

La participación ciudadana, transparencia y técnica normativa en las Leyes 39 y 40 de 2015. Los principios de buena regulación

Sumario: RESUMEN.—ABSTRACT.—I. INTRODUCCIÓN.—II. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA NUEVA LEY.—III. EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA EN LA NUEVA LEY.—IV. LA TÉCNICA NORMATIVA EN LA NUEVA LEY.—V. LOS PRINCIPIOS DE BUENA REGULACIÓN.—VI. CONCLUSIONES.

RESUMEN

La participación ciudadana se articula como una herramienta eficaz para conseguir uno de los objetivos que el Derecho público tiene encomendado en el siglo XXI, como es el progresivo acercamiento entre Estado y Sociedad que ya en el siglo XX se había iniciado. La participación ciudadana otorga una mayor transparencia a la gestión pública y mejora la técnica normativa por el mayor conocimiento de las normas que los potencialmente destinatarios de la misma tienen sobre ella y por la consecuente reducción de la litigiosidad que ello provoca.

PALABRAS CLAVE: Participación ciudadana, transparencia, técnica normativa, buena regulación.

ABSTRACT

Citizen participation is articulated as an effective tool to achieve one of the objectives that public law is entrusted in the XXI century, as is the gradual rapprochement between State and Society in the twentieth century had begun. Citizen participation

* Profesor Propio Adjunto. Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia de Comillas.

gives greater transparency to public management and improve technical standards for greater knowledge of the rules that potentially addressees have on it and the consequent reduction in litigation that it causes.

KEYWORDS: Citizen participation, transparency, good regulation.

I. INTRODUCCIÓN

Si las mercedes realizadas por el Derecho público en los siglos XIX y XX han consistido, fundamentalmente, en someter el ejercicio del poder a reglas conocidas de antemano y previsibles (sometimiento al principio de legalidad) y a que dicho sometimiento al principio de legalidad por parte de los poderes públicos quedase refrendado definitivamente por un control judicial casi absoluto sobre todas las actividades que el poder ejecutivo lleva a cabo, y, créanme, son bastantes más que las que llevaban a cabo los poderes públicos hace doscientos años, el objetivo vital que el Derecho público vendría llamado a cumplir en el siglo XXI debiera ser el fomento de la participación ciudadana en el proceso de formación de la voluntad de los órganos de gestión públicos, tanto para la elaboración de disposiciones de carácter general como para el proceso de formación de la voluntad de dichos órganos a través del dictado de actos administrativos. Ello supone la definitiva integración de la Sociedad en el Estado y poner fin a la secular distancia que históricamente ha separado a una del otro, aumentando la cuota de legitimidad democrática en el ejercicio del poder y reduciendo la litigiosidad de los asuntos públicos.

Sin embargo, como todo en la vida en general y en el Derecho en particular, la participación ciudadana en la gestión de los asuntos públicos debe ser regulada y tratada con las cautelas necesarias para que sus benéficos efectos no queden eclipsados por los indudables peligros que, potencialmente, puede entrañar. No podemos obviar que una participación ciudadana no sometida a los correspondientes controles o límites en cuanto a su intensidad y extensión puede conllevar efectos colaterales no deseados e, incluso, contraproducentes para la colectividad y el noble objetivo de defensa de los intereses generales que en la actualidad los distintos textos constitucionales encomiendan a los poderes públicos, especialmente al poder ejecutivo. El principal de esos problemas puede ser la dejación de funciones que el poder público pueda efectuar en un momento determinado en relación con asuntos cuya gestión requiere una complejidad técnica notable que no está al alcance de los representantes políticos que dirigen los designios de la nación y, consecuentemente, amparándose en una participación ciudadana se puede dar cobijo a una suplantación de la legitimidad democrática en el proceso de toma de decisión, cayendo éstas en manos de poderes fácticos con capacidad económico y, consecuentemente, de influencia en dicho proceso de toma de decisiones en un fenómeno que se ha dado en llamar “captura del regulador”.

Dejando de un lado ese indudable peligro, es evidente que los beneficios de la participación ciudadana en los procesos de elaboración de normas y de actos generan externalidades jurídicas positivas. Entre otras, el cumplimiento práctico más estricto de un principio nuclear de todo Estado democrático como es el de transparencia y la mejora en la calidad jurídica de las normas, como se analizará a lo largo de este artículo.

La necesidad de aprobar unas leyes como la 39 y 40 2015 no se apreciaba por la mayoría de la Doctrina. No obstante, el legislador ha intentado hacer de estas dos normas el banderín de la modernización de la Administración Pública española en su proceso de incorporación de los medios electrónicos y telemáticos a imagen y semejanza de lo que ocurrió en 1992 cuando la Ley 30/1992 se intentó configurar como la norma que, definitivamente, coadyuvaría a un funcionamiento más democrático de nuestra Administración Pública. Pues bien, ni la Ley 30/1992 mejoró la regulación contenida en la antigua Ley de Procedimiento Administrativo Común de 1958 ni la actual Ley 39/2015, que entrará en vigor el 2 de octubre de 2016, mejora la que viene a sustituir. Más bien al contrario, algunas de las soluciones por las que apuestan las normas posteriores causan mayores y merman las garantías de los ciudadanos, en algunos de los casos, como sucedió con la nefasta regulación inicial del silencio administrativo por parte de la Ley 30/1992 o de la notificación electrónica en la actual Ley 39/2015. El intento de presentar estas normas como el culmen de una reforma administrativa inexistente llevada a cabo en nuestro país a lo largo de la legislatura 2011-2015 y corolario de los trabajos de la CORA (Comisión para la reforma de la Administración) santificados por la OCDE no cuela *ad intra* (de puertas hacia dentro de nuestro país) y no justifica la promulgación de dos normas de esta factura, pensada más para que cuela *ad extra* (de puertas hacia fuera de nuestro país, en el ámbito europeo, para ser más exactos) como elemento tangible y coadyuvante a los esfuerzos de reducción de un déficit público indomable a la que esta reforma ayuda más bien poco.

Por lo que a la participación ciudadana, la transparencia y la técnica normativa específicamente hace referencia, que será el objeto de este artículo, no hay nada nuevo bajo el sol. La regulación contenida en la nueva normativa se limita a reproducir preceptos ya contenidos en otras normas de nuestro ordenamiento jurídico y si bien es cierto que introduce algunas novedades dignas de mención, como los principios de buena regulación, la planificación normativa, la evaluación normativa *ex post* o la llamada a la introducción del análisis económico del Derecho en el procedimiento de elaboración de normas, los buenos y loables propósitos de estas novedades no se acompañan de la necesaria voluntad política para desarrollarlos de una manera más precisa y contundente.

II. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA NUEVA LEY

En la Exposición de Motivos de la Ley 39/2015 (apartado IV, párrafo tercero) se afirma que *es necesario contar con una nueva regulación que, termi-*

nando con la dispersión normativa existente, refuerce la participación ciudadana, la seguridad jurídica y la revisión del ordenamiento. Con estos objetivos, se establecen por primera vez en una ley las bases con arreglo a las cuales se ha de desenvolver la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria de las Administraciones Públicas con el objeto de asegurar su ejercicio de acuerdo con los principios de buena regulación, garantizar de modo adecuado la audiencia y participación de los ciudadanos en la elaboración de las normas y lograr la predictibilidad y evaluación pública del ordenamiento, como corolario imprescindible del derecho constitucional a la seguridad jurídica.

La propia Constitución (art. 105, letra a)), o la actual Ley del Gobierno (Ley 50/1997, de 27 de noviembre) ya prevé fórmulas de participación ciudadana en el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general. La Ley del Gobierno, en su artículo 24, apartado 1, letras b) y c), a través de informes y consultas (letra b)) o a través de audiencia a los ciudadanos o a las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley que los agrupen o los representen y cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la disposición (letra c)). Incluso se regula la posibilidad de abrir un trámite de información pública cuando la naturaleza de la norma a aprobar lo aconseje.

La regulación que de la participación ciudadana se efectúa en la Ley 39/2015 se contiene, primordialmente, en el artículo 133. El esperanzador apartado primero de dicho precepto regula con mayor amplitud tanto la posibilidad de que los potenciales afectados por la norma puedan participar en el procedimiento de elaboración de la misma, ya sea una ley, lo que supone una novedad importante que no se recogía en el citado artículo 24 de la Ley del Gobierno, o un reglamento, puesto que podrá efectuarse a través de una consulta pública en el portal web de la administración competente, como el alcance de dicha participación, concretando los aspectos a los que puede quedar referida, que serían los siguientes:

- a) Los problemas que se pretenden solucionar con la iniciativa.
- b) La necesidad y oportunidad de su aprobación.
- c) Los objetivos de la norma.
- d) Las posibles soluciones alternativas regulatorias y no regulatorias.

Tres comentarios positivos merecen este apartado, como ya se ha señalado.

Primero, la regulación en la norma *ad hoc* de la posibilidad de la participación ciudadana tanto en el procedimiento de elaboración de los reglamentos como de las leyes. Si bien es cierto que ya se habían ensayado técnicas de participación ciudadana para la aprobación de normas con rango de ley, como la consulta pública a través de internet realizada con motivo de la aprobación de la Ley de Transparencia, es de alabar que dicha posibilidad, que tuvo un éxito apreciable en el supuesto que se acaba de referir, con una participación ciudadana razonable a través de más de 18.000 intervenciones, se haga extensible a todo tipo de normas con rango de Ley y, por

consiguiente, se amplíen las posibilidades de participación ciudadana a las normas con rango de Ley y no queden limitadas, como hasta ahora, a los procedimientos de elaboración de normas reglamentarias.

Segundo, el instrumento a través del cual se canaliza dicha participación es a su vez más fácil de utilizar por parte de los ciudadanos. Desde luego, la consulta pública a través de la página web de la administración competente para la aprobación de la norma en cuestión, legal o reglamentaria, es bastante más accesible para los potenciales afectados por la normativa futura que la audiencia genérica y rogada que se contiene en la actual letra c) del artículo 24 de la Ley del Gobierno, y más útil, por cuanto queda referida a un momento muy inicial de la elaboración de la normativa propuesta en la que la Administración puede tener un *feed back* relevante de los sectores potencialmente afectados por la misma.

Tercero, la concreción de los aspectos a los que puede quedar referida la participación ciudadana, aunque adolece de un mayor grado de concreción (las cuatro letras que recogen los aspectos de participación son realmente amplios e imprecisos) es un paso adelante que mejora la regulación actual por cuanto intenta sujetar en positivo el núcleo esencial sobre el que debe versar dicha participación.

Los apartados segundo y tercero de dicho precepto completan la regulación del apartado primero manteniendo, como herramientas adicionales de participación, la posibilidad de audiencias y consultas previstas a día de hoy en la actual Ley del Gobierno a los ciudadanos afectados y a las organizaciones o asociaciones reconocidas por ley que agrupen o representen a las personas cuyos derechos o intereses legítimos se vieren afectados por la norma y cuyos fines guarden relación directa con su objeto. Digno de destacar y de alabanza es la obligatoriedad de que el centro directivo del que depende la elaboración de la nueva normativa publique el texto de la misma en su página web cuando la norma afecte a los derechos e intereses legítimos de las personas, cosa que, al tratarse de una norma con rango de ley o reglamentario, ocurrirá siempre y que, por tanto, deberá ser cumplida en todo proyecto normativo futuro, como, de hecho, ya se ha venido practicando últimamente con alguna iniciativa legislativa, pero no reglamentaria, donde parece que cuesta más acabar con ciertas prácticas poco compatibles con los nuevos vientos de transparencia que deben presidir la actuación de todos los poderes públicos en general y muy especialmente el del poder ejecutivo y muy concretamente el de las administraciones públicas encargadas de aprobar dichos reglamentos.

Los buenos propósitos del comentado apartado primero del artículo 133 de la nueva Ley 39/2015, el más novedoso, se desvanecen, como no podía ser de otra manera, en el apartado cuarto, que dibuja el círculo negativo de participación ciudadana en su párrafo primero, ya que se impiden las consultas, audiencias e informaciones públicas en el caso de normas presupuestarias u organizativas de la Administración General del Estado, la Administración autonómica, la Administración local o de las organizaciones dependientes o vinculadas a éstas, o cuando concurran razones graves de

interés público que lo justifiquen. Podemos aceptar la primera excepción, es decir, la que queda referida a los ámbitos presupuestarios u organizativos de las administraciones públicas territoriales o de sus entes instrumentales por razones obvias derivadas del hecho del poder de dirección que les asiste para aprobar su presupuesto o dirimir intramuros su organización. No deberíamos, sin embargo, aceptar de tan buen grado la excepción segunda, la socorrida excepción de interés público. El propio legislador parece reconocer su complejo de culpabilidad cuando añade, innecesariamente si no fuera porque aflora el susodicho complejo, el adjetivo “graves” a las razones de interés público que justifiquen que un poder público no pueda revelar sus intenciones regulatorias. ¿Qué razones pueden ser tan graves como para ocultar a los ciudadanos afectados por una nueva normativa la esencia de la misma? A día de hoy, pocas o ninguna. ¿No es tiempo de acabar con estas cláusulas de habilitación general para la restricción de derechos que recuerdan a peligrosas cláusulas generales de habilitación decimonónicas como la del mantenimiento del orden público?

Más inquietante es, si cabe, el párrafo segundo de este apartado cuarto del artículo 133. Reza de esta guisa: *“cuando la propuesta normativa no tenga un impacto significativo en la actividad económica, no imponga obligaciones relevantes a los destinatarios o regule aspectos parciales de una materia, podrá omitirse la consulta pública regulada en el apartado primero”*. Como puede deducirse fácilmente de la lectura de este extracto, la posibilidad de excluir la consulta pública de fácil acceso desde el ordenador de mi casa o de la oficina que, a modo de caramelo, nos ha ofrecido el legislador en el apartado primero es una bomba atómica en manos de desaprensivos, quienes no encontrarán grandes dificultades para no utilizar una herramienta de participación que puede convertirse tan tediosa para espíritus libres, opacos o, simplemente, cacíquiles.

¿Por qué tanto miedo a ir más lejos? Porque tanto afán en buscar salidas de emergencia que pongan en peligro los indudables avances que en materia de participación ciudadana, afortunadamente, se han dado desde la aprobación de la Constitución española de 1978. Hemos de ser justos y comedidos y, en ese sentido, no negaremos que la consulta pública regulada en el apartado primero es una buena noticia, digna de una alabanza que no puede ser completa por la desnaturalización que de la misma puede llevarse a cabo cuando caiga en malas manos en aplicación de ese párrafo segundo del apartado cuarto.

Si echamos un vistazo general a la regulación de la participación ciudadana en el procedimiento de elaboración de normas legales y reglamentarias que efectúa la nueva norma podemos afirmar que seguimos la senda de acercarnos progresivamente a la regulación que de la misma se contiene en la APA norteamericana (Administrative Procedure Act), precursora, como en tantos otros aspectos, de la regulación de la participación ciudadana a través de plataformas de internet (e-rulemaking), y en otros países de nuestro entorno, pero nos quedamos todavía lejos de las enormes posibilidades e intensidades que en aquella se recogen (hasta cuatro tipos de participación

ciudadana en función de los intereses que tengan afectados los ciudadanos por la nueva regulación).

Es necesario mencionar también que los poderes públicos en nuestro país no han sentido hasta hace poco la presión social derivada de los deseos de participación ciudadana en los asuntos públicos y que ésta es, todavía hoy, muy inferior a la que se enfrentan los poderes públicos de los países más desarrollados. La madurez democrática también se mide por el grado de exigencia participativa que la Sociedad demanda. En nuestro país, no ha sido hasta el estallido de la crisis de 2007, a la que yo me niego a denominar crisis económica por entender que hunde sus raíces en asuntos mucho más profundos que los meramente económicos, que han sido los más tangibles, cuando hemos detectado una mayor exigencia social de participación. Sin embargo, dicha exigencia no se ha canalizado por los cauces institucionales ante la desconfianza que, a parte de la Sociedad más beligerante con las instituciones les planteaban las mismas. Craso error que ha profundizado en una desconfianza y enfrentamiento social todavía no superado hoy en día y cuyas consecuencias las estamos viviendo en la actualidad con la falta de un diálogo fluido entre los distintos representantes de los partidos políticos que ha culminado en la imposibilidad de formar gobierno tras la celebración de las elecciones generales en diciembre de 2015.

La necesidad de una exigencia social de participación ciudadana a través de los cauces institucionales habilitados para ella es palpable en nuestro país y deseable en el corto, el medio y el largo plazo. La participación ciudadana fuera de los cauces institucionales acarrea descrédito, desconfianza, inseguridad jurídica y social y sacude la paz social.

Siendo realmente saludable la participación ciudadana en los regímenes democráticos por las externalidades positivas que provoca, como, por ejemplo, el cumplimiento práctico del principio de transparencia a través de la apertura de la actividad pública a los ciudadanos, convirtiendo en realidad la famosa frase de Norberto Bobbio: “la Democracia es el Gobierno del poder público en público”¹, no se puede ocultar que plantea también peligros que no podemos dejar de exponer. El mayor de todos ellos viene representado por lo que de manera muy fina se conoce hoy como la “*captura del regulador*”, expresión heredera del anglicismo “*lobby*”, y que no es otra cosa que lo que de toda la vida se ha conocido en este país con un nombre tan intuitivo y proverbial como caciquismo o influencia que ejercen los sectores sociales más acaudalados sobre el poder público para conseguir una regulación que satisfaga sus intereses particulares. Los ejemplos pasados, presentes y, a buen seguro, futuros, son innumerables. Sin embargo, la apertura de los asuntos públicos a la participación ciudadana en general y en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales en particular, ya sean leyes o reglamentos, es el mejor antídoto contra la captura del regulador puesto que la transparencia que todo lo ilumina es la forma más democrática de igualar las posibilidades de los desiguales y de

¹ BOBBIO, NORBERTO: “La Democracia y el poder invisible”, editorial Plaza y Janés (1980).

que la Sociedad se involucre en los asuntos públicos por los cauces institucionales y huya de aventuras extra institucionales que tanto daño hacen, como estamos comprobando, a las instituciones y a la sociedad. El reto de la integración social en los asuntos públicos a través de esta participación ciudadana institucionalizada es, quizás, el más importante que afronta el derecho público en este siglo. De su éxito o fracaso dependerá, en buena medida, que se instaure definitivamente, de manera prolongada y pacífica, una confianza social que evite conflictos internos y externos y asegure, por lo tanto, la paz social de forma mucho más estable a la conocida hasta ahora. Por ello, es imprescindible contar con legisladores valientes que no sean timoratos en el reconocimiento de la participación ciudadana a todos los niveles, sin recurrir a cláusulas de estilo de otra época que cercenen de facto la misma, como el interés público.

El peligro de la captura del regulador se mitiga abriendo puertas y ventanas, explicando proyectos normativos, involucrando a la sociedad en los mismos y cumpliendo los poderes públicos con su encomienda, recogida hoy en el artículo 103, apartado 1, de la Constitución de 1978, que no es otro que servir con objetividad los intereses generales.

También debemos destacar que la participación ciudadana en el procedimiento de elaboración de normas legales y reglamentarias a través de las distintas herramientas que tanto el derecho comparado como el nuestro propio contemplan en la actualidad (consultas públicas, audiencias, informes...) completan los expedientes regulatorios de manera muy enriquecedora y suponen un plus interpretativo *ex post* a la hora de ser analizadas las normas aprobadas por parte de los tribunales de justicia, pues otorgan mayores pistas al órgano judicial encargado de dirimir posibles conflictos surgidos de la aplicación práctica de dichas normas por lo que al espíritu de la misma hace referencia.

La experiencia que la participación ciudadana en el procedimiento de elaboración de normas ha revelado en los países donde lleva tiempo instaurada es francamente positiva. Los potenciales afectados por la norma conocen mejor el contenido de la misma, respetan más su espíritu y, consecuentemente, se reduce significativamente el número de litigios en su aplicación. Por todo ello, debemos decir que la participación ciudadana, que desde hace tiempo ha venido para quedarse, debe ser contemplada como la solución no artificial y la ortodoxia más radical para la evolución natural de un modelo democrático al que, precisamente, en nuestros días se le critica por falta de legitimidad democrática. No obstante, como cualquier principio democrático de derecho, debemos poner de manifiesto de nuevo que la participación ciudadana debe ser circunscrita a los cauces institucionales para no caer en el caos o el desorden. La sociedad demanda participación y los poderes públicos deben escuchar su grito pero no deben caer en histrionismos sociales so pena de pervertir algo que, en su esencia, es razonable. Cuando se alaba en exceso la grandeza del pueblo, la democracia se corrompe.

En definitiva, en materia de participación ciudadana la nueva norma mejora la regulación anterior pero se queda corta en aspectos como la

evaluación *ex post*. Además, podríamos haber aprovechado para crear un Comité de Evaluación de Impacto normativo, como se ha hecho a nivel europeo para analizar el impacto de la legislación comunitaria europea, que mide los impactos económicos, sociales y medioambientales de las normativas aprobadas y en funcionamiento.

III. EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA EN LA NUEVA LEY

Es evidente la necesidad de que la actuación que llevan a cabo los poderes públicos en las Sociedades democráticas modernas se haga cada vez más visible. Y ello porque son muchos los ámbitos sobre los que dicha actuación se proyecta, afectando de manera más extensa e intensa a los derechos de los ciudadanos e interfiriendo notablemente en el proceso de decisiones que estos mismos adoptan de manera directa o indirecta, con lo que se agradece contar con la suficiente información para que el proceso de toma de decisiones sea lo más eficiente posible, lo cual redundará en una mejora general de la vida colectiva de dicha Sociedad, puesto que, si los ciudadanos en su conjunto toman decisiones eficientes, la suma agregada de dicha eficiencia produce una sinergia que se traduce en la mejora de la productividad y de la convivencia en la Sociedad sobre la que se proyectan dichas decisiones.

Hoy en día, no es admisible en un Estado social y democrático de Derecho homologable que el poder público viva de espaldas al ciudadano sino que debe actuar con luz y taquígrafos y no de manera opaca. La opacidad es propio de las Dictaduras, cuyo objetivo es hacer transparente la vida de los ciudadanos para controlarla todo lo que pueden y opaca la actuación del poder público para que los ciudadanos no puedan reaccionar frente a las arbitrariedades en el ejercicio de su poder, pero es inadmisibles en las Democracias modernas, cuyos poderes públicos deben convertirse en casas de cristal en las que la comunicación con los ciudadanos sea fluida y fructífera a los efectos señalados, es decir, para que ambos, se beneficien de una información mutua que redunde en la citada eficiencia en el proceso de toma de sus decisiones.

Ha costado muchos años conseguir la sensibilización de los poderes públicos acerca de la necesidad de otorgar la mayor transparencia posible a sus actuaciones por las enormes externalidades positivas que ello tiene, pero es evidente que estamos ante un proceso irreversible que no admite marcha atrás. El siglo XXI debe ahondar en el proceso iniciado ya en el siglo XIX de sometimiento lento, paulatino e imparable de lucha contra las inmunidades del poder y de control del ejercicio arbitrario del mismo. Y un buen aliado en dicha lucha es el respeto al principio de transparencia, entendido desde el más amplio punto de vista y expresivo de distintas realidades, como veremos, puesto que el principio de transparencia debe articularse como un paradigma de actuación global que debe configurarse como un estándar de actuación genérica de los poderes públicos y que, por ende, presenta distintas manifestaciones, como veremos.

La preocupación por el principio de transparencia ha sido más visible en algunos países de nuestro entorno que en el nuestro. De hecho, en el mundo anglosajón, EEUU y Reino Unido especialmente, este principio ha sido regulado y desarrollado ampliamente ya desde hace algún tiempo.

Sin embargo, España cuenta desde hace poco con una norma de cabecera que regula de manera global, directa y específica la necesidad de respetar el principio de transparencia en las actuaciones generales de los poderes públicos. En efecto, en la actualidad contamos con la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno.

Ninguna referencia directa al principio de transparencia encontramos en nuestro texto constitucional. Ello no significa que no podamos coherente el principio de transparencia con importantes principios constitucionales regulados expresamente en nuestro texto constitucional. El artículo 1, verdadero pilar fundamental sobre el que pivota la construcción del régimen político que se configura, es un buen ejemplo de ello. Los cuatro principios esenciales que caracterizan el Estado Social y Democrático de Derecho que la Constitución ampara (libertad, justicia, igualdad y pluralismo político) están relacionados, de una manera más o menos intensa, según cada caso, con el principio de transparencia.

Aparte de ese artículo 1, escarbando en el texto constitucional, podemos enumerar hasta otros veintitrés preceptos relacionados de alguna manera con el principio de transparencia. Serían los siguientes: 6, 7, 9, 18, 20.3, 20.5, 23, 54, 66.2, 92.1, 103, 105, 106.1, 109, 110, 111, 120, 129.1, 136, 151.2.5, 153, 164 y 168.

El principio de transparencia es un halo cuyo objetivo es convertir lo invisible en visible y, precisamente, es en el texto constitucional donde comienza su sigiloso camino, pues pese a su no mención expresa se hace visible en la práctica totalidad de su articulado.

Pero, ¿por qué no existe una mención expresa al principio de transparencia en el texto constitucional de 1978? Parece razonable pensar que el contexto histórico en el que se aprueba la norma fundamental juega un papel importante a la hora de encontrar una respuesta a dicha pregunta, puesto que en el momento en que se elabora la Constitución la preocupación por el riguroso respeto de este principio no gozaba de la importancia de la que goza en el momento actual y las exigencias de su cumplimiento no eran las mismas. Salvo en los países anglosajones, donde ya se podían encontrar referencias expresas a dicho principio, en los países de tradición jurídica continental no existía todavía en la época de aprobación de la Constitución una sensibilidad social, una preocupación política ni una construcción teórico-jurídica lo suficientemente desarrollada como para hacer que dicho principio de transparencia tuviese una mención específica y expresa en el texto constitucional de 1978. Aunque ese vacío constitucional se trata de cubrir ahora con el contenido del artículo 105 de la Constitución española de 1978, entendemos que dicho precepto no puede soportar sobre sus espaldas el enorme peso de la construcción de un principio que va mucho más allá de lo que en él el espíritu del constitu-

yente pretendía expresar. El artículo 105 de la Constitución es una mínima expresión del principio de transparencia. Es un precepto ínfimo que sólo cubre una pequeña manifestación del principio de transparencia, como es la participación ciudadana o el derecho de acceso a archivos y registros administrativos, pero que no es suficiente para cubrir el enorme espacio que ocupa el resto de manifestaciones del principio de transparencia.

Estamos seguros de que si el texto constitucional se hubiera promulgado en nuestros días la mención expresa al principio de transparencia hubiera sido una realidad en preceptos tan propicios para su inclusión como el artículo 9 o el 103, apartado 1. Incluso, no es descabellado pensar que podría haber formado parte del mismísimo artículo 1, apartado 1, de la Constitución, puesto que la transparencia en un Estado Social y Democrático de Derecho es un principio esencial equiparable a los valores superiores de nuestro ordenamiento que en dicho precepto se recogen: libertad, justicia, igualdad y pluralismo político, los cuales, sin transparencia, no pueden desplegar todos sus efectos.

La prueba más clara de lo que se acaba de afirmar la constituye el hecho de que, a nivel legal, el principio de transparencia sí que es citado expresamente por una norma de nuestro ordenamiento jurídico de la relevancia de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, aprobada unos años más tarde cuando el principio de transparencia empezaba a arraigar en nuestra cultura jurídica y que lo recoge en su artículo 3, apartado 5, en la redacción dada al mismo por la Ley 4/1999, de 13 de enero, con el siguiente tenor literal: *“en sus relaciones con los ciudadanos las Administraciones públicas actúan de conformidad con los principios de transparencia y de participación”*.

En ese contexto de creciente importancia del principio de transparencia, tanto la Ley 39/2015 como su siamesa 40/2015 no podían dejar pasar la ocasión de hacer guiños relevantes acerca de la necesidad de que las Administraciones Públicas actúen respetando el principio de transparencia (art. 3, apartado 1, letra c)), alusión heredera de la contenida en el artículo 3, apartado 5, de la Ley 30/1992, todavía vigente hasta el dos de octubre de 2016, u otras muchas referencias a dicho principio contenidas en una y otra norma y que iremos desgranando en este apartado. Como complemento a dicha previsión del artículo 3.1.c), el artículo 81, apartado 1, impone también a los entes integrantes del sector público institucional, en general, la obligación de respeto al principio de transparencia en sus actuaciones y, en particular, a las sociedades mercantiles estatales (falta hace), en el artículo 112, configurándose el citado principio de transparencia como principio rector de todas sus actuaciones, con lo que cierra el círculo de exigencia de dicho principio de transparencia a todos y cada uno de los entes públicos (territoriales o instrumentales).

Ya la propia exposición de motivos de ambas normas efectúa referencias al principio de transparencia. En la Ley 39/2015, el apartado III de dicha exposición de motivos alude a la transparencia como principio que

se pretende impulsar y favorecer a través de los documentos administrativos electrónicos, que facilitarán, según se indica, una información más ágil y actualizada al ciudadano.

Por su parte, el apartado I de la exposición de motivos de la Ley 40/2015 incluye la transparencia como uno de los objetivos fundamentales perseguidos por nuestro país en las reformas llevadas a cabo dentro del paquete de reformas estructurales exigidas por los organismos internacionales para evitar nuestro rescate, junto con la estabilidad presupuestaria o la regeneración democrática, que son los tres pilares sobre los que se tendrá que edificar, a juicio del legislador, la Administración Pública española del futuro.

Las alusiones a la transparencia no se quedan sólo en la exposición de motivos de ambas normas sino que impregnan su articulado, como ya hemos avanzado anteriormente. Aparte de la referencia general ya vista al funcionamiento transparente de todos los entes, territoriales o instrumentales, integrantes de las Administraciones Públicas o del Sector Público, la Ley 39/2015 se refiere a la transparencia en su artículo 13, letra d), cuando reconoce el acceso a la información pública, archivos y registros, que se hará en la actualidad de acuerdo con lo establecido en la Ley 19/2013 de Transparencia. Debemos recordar en este punto que el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos es un derecho constitucionalmente garantizado en el artículo 105, letra b), de la Constitución.

Asimismo, el artículo 71, apartado 1, obliga a que la Administración Pública respete los principios de transparencia y publicidad en la tramitación de todos los procedimientos administrativos. No en vano, el procedimiento administrativo, como herramienta de garantía para los ciudadanos que es, debe tramitarse con luz y taquígrafos. Nuestro texto constitucional recuerda (art. 105, letra c)) que en el procedimiento de adopción de actos administrativos debe darse audiencia a los ciudadanos y que en la tramitación de los procedimientos administrativos debe dispensarse un tratamiento igualitario a todos los ciudadanos. Pues bien, sólo se pueden cumplir ambos objetivos constitucionales si se efectúa una tramitación del procedimiento administrativo respetando los principios de publicidad y transparencia.

De igual modo, el principio de transparencia está muy presente en la Ley 39/2015 como principio esencial en la buena regulación. Es uno de los principios de buena regulación, de tal forma que el artículo 129, apartado 1, le invoca como uno de los principios que deben seguir las Administraciones Públicas en el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria y en ese mismo precepto, el apartado 5 también se refiere al principio de transparencia como esencial para que las Administraciones faciliten el acceso, de manera sencilla, universal y actualizada a la normativa en vigor y los documentos propios de su proceso de elaboración.

Por último, para dar cumplimiento práctico al principio de transparencia, el artículo 132, apartado 2, indica que, una vez aprobado el Plan Anual Normativo que, como novedad, regula la Ley 39/2015 y que contendrá las iniciativas legales o reglamentarias que vayan a ser elevadas para su apro-

bación en el año siguiente, dicho Plan Anual Normativo se publicará en el Portal de Transparencia de la Administración Pública competente.

Por su parte, la Ley 40/2015 también se ocupa de manera prolija por el principio de transparencia, tanto en su exposición de motivos, como hemos visto como en su articulado. Aparte del ya aludido artículo 3, apartado 1, letra c), que regula el principio de transparencia como uno de los principios de actuación de las Administraciones Públicas, nos encontramos con más alusiones a dicho principio a lo largo de su articulado.

Así, el artículo 6, apartado 1, párrafo segundo, indica que la Administración tendrá que dar la mayor difusión posible, en cumplimiento del principio de transparencia, a las órdenes e instrucciones de servicio, no sólo publicándolas en el boletín oficial correspondiente, sino a través de todos los medios de difusión que se recogen en la Ley 19/2013 de transparencia (publicidad activa (arts. 5 a 11, especialmente el art. 7, letra a))). Especialmente relevante en este sentido será la publicación de dichas órdenes e instrucciones de servicio en el Portal de Transparencia de la Administración de que se trate.

El artículo 38, apartado 3, señala que en la creación de la sede electrónica de cada administración se deberán respetar los principios de transparencia, publicidad, responsabilidad, calidad, seguridad, disponibilidad, accesibilidad, neutralidad e interoperabilidad, garantizándose, en todo caso, la identificación del órgano titular de la sede, así como los medios disponibles para la formulación de sugerencias y quejas, lo cual da una virtualidad práctica mayor al citado principio.

El ya aludido artículo 81, apartado 1, obliga a los entes instrumentales a someterse al principio de transparencia en sus actuaciones, al igual que el artículo 112 lo impone a las sociedades mercantiles públicas.

Por último, el artículo 157, apartado 2, regula la posibilidad de declarar como de fuente abierta las aplicaciones informáticas desarrolladas por la Administración que cedan o pongan a disposición de otras Administraciones si de ello se deriva un mejor y mayor cumplimiento del principio de transparencia en el funcionamiento de la Administración Pública o se fomente con ello la incorporación de los ciudadanos a la Sociedad de la información.

De la lectura de ambas normas se desprende una conclusión rotunda. El principio de transparencia recibe un trato prioritario en las dos leyes y se pone a la altura que le corresponde. En este sentido, el avance en el tratamiento normativo de dicho principio respecto a la normativa anterior a la que ambas normas vienen a sustituir es indudable y deriva del hecho del avance en la concepción y exigencia de dicho principio, que, en la actualidad, se configura como uno el verdadero elemento vertebrador del Estado Social y Democrático de Derecho. Es tal su importancia que podríamos afirmar sin miedo a equivocarnos que el grado de Democracia de los distintos países es fácilmente medible, a día de hoy, por el grado de cumplimiento por parte de los poderes públicos del principio de transparencia.

La preocupación por el respeto al principio de transparencia es relativamente reciente en nuestro país, como sabemos. Dicha preocupación ha sido más visible en algunos países de nuestro entorno que en el nuestro. De hecho, en el mundo anglosajón, EEUU y Reino Unido especialmente, este principio ha sido regulado y desarrollado ampliamente ya desde hace algún tiempo.

España cuenta desde hace poco con una norma de cabecera que regula de manera global, directa y específica la necesidad de respetar el principio de transparencia en las actuaciones generales de los poderes públicos. En efecto, en la actualidad contamos con la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno².

No es admisible por más tiempo que se pongan trabas al principio de transparencia por el miedo de la clase política a perder poder porque, en realidad, esa supuesta pérdida de poder puede ser perfectamente compensada con la enorme legitimación que se gana en cuanto a su ejercicio cuando se respeta la transparencia, lo que redundará en una mayor confianza de la Sociedad en las instituciones y sus gobernantes. En la situación actual en la que se encuentra nuestro país es absolutamente recomendable, necesario e imprescindible que el Estado se haga transparente a la Sociedad y que la clase dirigente aparque su sempiterno miedo a la pérdida de poder cuando comparte la información con la Sociedad.

Las prácticas por las cuales la información de unos pocos no se comparte con muchos han tocado a su fin y deben acabarse. De lo contrario, los muchos acabarán con los pocos no tardando demasiado y, entonces, no importará la información que tenía cada uno de esos pocos. La transparencia no es, desde luego, no puede serlo, un problema para la clase política y funcional, sino parte de la solución.

Es intolerable que España no se encuentre, a día de hoy, entre los veinte primeros países del mundo en ninguno de los parámetros de medición de transparencia, lo que pone en duda la homologación de nuestro sistema democrático al de los países de nuestro entorno y refuerza la necesidad de impulsar el cambio de cultura de las actuaciones de los poderes públicos y de la exigencia social en el cumplimiento más estricto del principio de transparencia.

La promulgación de la Ley 19/2013, de transparencia, sin ser el *optimum desideratum*, coadyvará, sin duda, a concienciar a los poderes públicos, y lo que es más importante, a la Sociedad, de que la transparencia es un principio que ha llegado para quedarse y ha supuesto, como se puede observar claramente en estas dos normas, un catalizador a través del cual la legislación sectorial se vaya empapando del mismo hasta hacer de la transparencia un principio democrático viral, utilizando la palabra que tan de moda está.

² Sobre la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, véase ALONSO TIMÓN, ANTONIO J.: "El principio de transparencia como elemento vertebrador del Estado Social y Democrático de Derecho", en el libro homenaje al Profesor Santamaría Pastor (*liber amicorum*), IUSTEL, 2014, páginas 47-82.

IV. LA TÉCNICA NORMATIVA EN LA NUEVA LEY

La técnica normativa es objeto de preocupación no sólo en España sino en muchos países de nuestro entorno. El grado de deterioro que ha sufrido en los últimos años ha hecho saltar las alarmas por su incidencia directa en el principio de seguridad jurídica y en el buen desenvolvimiento de las inversiones a nivel global. De hecho, la propia Unión Europea se ha ocupado de este asunto en la famosa comunicación de la Comisión Europea al resto de instituciones comunitaria de 8 de octubre de 2010 rotulada bajo el sugerente nombre de “Normativa Inteligente en la Unión Europea”.

El primer apartado de dicha comunicación se titula “cierre de ciclo: de una normativa mejor a una normativa inteligente” y en él se pone de manifiesto la importancia de la técnica normativa para conseguir “*un crecimiento inteligente, sostenible e integrador definidos en la Estrategia Europa 2020*”.

Continúa dicha comunicación afirmando que “*el programa «legislar mejor» ya ha dado lugar a cambios importantes en la manera en que la Comisión elabora sus políticas y propone normativas. Las consultas con las partes interesadas y los análisis de impacto son ahora elementos esenciales del proceso normativo que han aumentado la transparencia y la responsabilidad y han favorecido la elaboración de políticas a partir de elementos concretos. Este sistema se considera como una buena práctica de la UE y está en la base del proceso de toma de decisiones en las instituciones de la UE2. La Comisión ha simplificado una gran parte de la legislación existente y ha realizado progresos importantes con el fin de reducir las cargas administrativas. La Comisión considera que ha llegado el momento de pasar a una marcha superior. Es necesario legislar mejor, pero es preciso pasar a una normativa inteligente que se integre aún más en la cultura de trabajo de la Comisión. El Presidente de la Comisión se ha comprometido directamente en favor de la normativa inteligente, y la presente Comunicación tiene por objetivo definir lo que eso significará en la práctica. Se basa en una serie de contribuciones, en particular, una reciente Resolución del Parlamento Europeo titulada «Legislar mejor»; una consulta pública; el informe del Tribunal de Cuentas Europeo sobre el análisis de impacto en las instituciones de la UE; y los informes del Comité de Evaluación de Impacto (CEI)*”.

La citada comunicación explica cuáles son los elementos clave o esenciales a tener en cuenta para poder alcanzar ese objetivo de mejora de la creación normativa en el ámbito de la Unión Europea y conseguir así llegar a una normativa inteligente. Serían los siguientes:

- La normativa inteligente se refiere al conjunto del ciclo político, desde la concepción de un acto legislativo hasta la aplicación, el cumplimiento, la evaluación y la revisión de la normativa ya existente.
- La normativa inteligente debe seguir siendo una responsabilidad compartida de las instituciones europeas y los Estados miembros.
- La normativa inteligente no constituye un fin en sí, sino que debe formar parte integrante de esfuerzos colectivos en todos los ámbitos políticos.

- Las opiniones de los que se ven más afectados por la normativa desempeñan un papel clave en el proceso de normativa inteligente. La Comisión ha realizado grandes progresos en la implicación de las partes interesadas en la elaboración de sus políticas, pero, a juicio de la Comisión, puede darse un paso más, alargando el período de sus consultas y efectuando un análisis de sus procesos de consulta para estudiar cómo reforzar la voz de los ciudadanos y de las partes interesadas. Esta medida, de acuerdo con lo afirmado por la Comisión, contribuirá a poner en práctica las disposiciones del Tratado de Lisboa relativas a la democracia participativa.
- La política de normativa inteligente debe conceder más importancia que antes a la evaluación del funcionamiento y la eficacia de la legislación existente.

La preocupación de las instituciones comunitarias por la técnica normativa y por la simplificación de la normativa aplicable en el ámbito de la Unión no era nueva. Con anterioridad a esta rotunda comunicación de octubre de 2010. En el año 2009 la Comisión había aprobado el Tercer informe de evolución sobre la estrategia para la simplificación del marco regulador y dos programas de acción para la reducción de cargas administrativas en la Unión Europea en los años 2007 y 2009.

Como no podía ser de otra forma, esta preocupación por la técnica normativa a nivel europeo ha tenido una trascendencia, un reflejo tangible y visible a nivel nacional. Y España no ha sido una excepción. En los últimos años, la preocupación por la técnica normativa ha ido in crescendo en nuestro país y tanto la legislación como la cultura de la evaluación normativa se han ido implantando de manera cada vez más rigurosa. Incluso el Tribunal Constitucional ha efectuado aportaciones importantes en los últimos tiempos, profundizando en una senda que no había explorado en la forma en que debería.

El problema es más serio de lo que a simple vista pudiera parecer. Para muestra un botón: el informe de la CEOE en España hay en vigor unas 100.000 leyes y normas de todo tipo, de las cuales prácticamente 67.000 son de carácter autonómico, que distan mucho de tener una mínima coordinación con las estatales. Nada menos que alrededor de un millón de páginas, una verdadera hemorragia legislativa, que lejos de disminuir sigue creciendo hasta el extremo de que el pasado año tanto el Boletín Oficial del Estado como los distintos diarios oficiales de las comunidades autónomas imprimieron más de 1,2 millones de páginas. Es cierto que vivimos en sociedades complejas, pero tal desmesurada proliferación no favorece la seguridad jurídica ni el propio cumplimiento de la Ley. Tampoco aporta ningún beneficio tangible a los ciudadanos, pues lo cierto es que, en la práctica, gran parte de ese volumen legislativo obedece a la actual tendencia a incluir en las leyes interminables principios generales y declaraciones altisonantes más en la línea de la propaganda política que de la utilidad práctica, por no mencionar la infinidad de redundancias o simples cursilerías, provocadas

por una mal entendida corrección política por parte del legislador, contraria muchas veces a las más elementales reglas gramaticales reconocidas por la RAE.

Por su parte, la STC 119/2011, de 5 de julio, ha dado un giro de tuerca notable en la doctrina sobre los límites materiales del derecho de enmienda, novando su anterior doctrina explicitada en las SSTC 99/1987 y 194/2000, que no distinguía entre enmienda y proposición de ley, lo que conducía como corolario práctico a “colgar” de cualquier proyecto de ley enmiendas de oportunidad o conveniencia, sin tener en cuenta el título ni el contenido del proyecto de ley enmendado.

El legislador ha efectuado algunos cambios normativos en la materia desde que en 1991 se aprobasen unas Directrices de técnica normativa, reformadas en el año 2005. En el año 2009 se dio un paso más al aprobar la Guía metodológica para la elaboración de la Memoria del análisis de impacto normativo; y en el año 2011, con una preocupación creciente en el ámbito europeo, como hemos visto, se elabora el Informe de la Comisión de modernización del lenguaje jurídico. Posteriormente, la Ley de Transparencia incorpora en su disposición adicional segunda, un mandato a la Administración General del Estado para que acometa un proceso de revisión y simplificación normativa, en línea con lo expresado por la comunicación de la Comisión Europea de octubre de 2010. A tal fin, como indica el apartado 2 de esa disposición adicional, 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.

En realidad, una verdadera estrategia de calidad y simplificación normativa exige una actividad permanente de planificación, dirección, coordinación y revisión del sistema normativo. Estas tareas deberían realizarse, como ocurre en otros países de nuestro entorno, por un órgano de alto nivel que abarque todas las competencias de la actividad pre legislativa del Estado, inicie y prosiga un proceso de unificación y recodificación y controle la calidad de la técnica legislativa general. En los países europeos que se preocupan por una legislación clara y accesible a los ciudadanos existen órganos de alto nivel, generalmente dependientes de la Presidencia del Gobierno, encargados de la mejora permanente de la legislación.

La mayor parte de los Gobiernos de países miembros de la Unión Europea han constituido organismos de alto nivel para ayudar en las funciones de planificación, dirección, coordinación y revisión del sistema normativo. Tales organismos están dedicados a fomentar la mejora de las futuras regulaciones y a reformar los procedimientos normativos con vistas a mejorar su eficiencia y efectividad. Por ejemplo En Inglaterra, se dedican a estos estudios el *Royal Institute of Public Administration*, el *Office of Parliamentary Counsel*, la *Statute Law Society*, el Instituto de Criminología de la Universidad de Cambridge, el Centro de Criminología y de Estudios Filosóficos y Sociológicos de la Universidad de Edimburgo, así como los centros socio-legales de la Universidad de Sheffield y de Oxford. La creación de un ór-

gano permanente homologable a lo que existe en dichos países no tendría que suponer un incremento del gasto público y podría plantearse desde una reforma de la actual Comisión General de Codificación, órgano de asesoramiento en la preparación de tareas pre legislativas propias del Ministerio de Justicia, cuya participación real en las tareas legislativas ha sido muy desigual, interviniendo por lo general sólo en la preparación de los proyectos que pretenden reformar los grandes códigos o las leyes de enjuiciamiento. Como hemos comentado en otros apartados de este trabajo, la labor de depuración normativa mejoraría la seguridad jurídica, el conocimiento de las normas por parte de los ciudadanos, el mayor respeto a las mismas y la reducción de la litigiosidad en su aplicación práctica³.

Pues bien, la nueva Ley 39/2015 introduce algunas novedades en materia de técnica normativa, pero se nos revelan insuficientes para afrontar los enormes problemas de técnica normativa existentes en nuestro país, agravados por unos años de crisis donde se ha profundizado en el abuso del Real Decreto-Ley para regular todo tipo de cuestiones que no requerían de tal instrumento normativo por carecer los supuestos de hecho sobre los que se proyectaban de la extraordinaria y urgente necesidad que la Constitución exige como requisito esencial para que se utilicen estas herramientas normativas excepcionales que en nuestro país se convierten en habituales.

La nueva norma que entrará en vigor en octubre de este año apuesta por una regulación más detallada de esta materia y dedica a la misma siete preceptos que abarcan tanto la participación ciudadana, como la transparencia y la técnica normativa. Como se puede advertir a lo largo de este trabajo, existe una notable y directa relación entre la participación ciudadana, la transparencia y la técnica normativa. Respecto de la técnica normativa, la nueva Ley trata esta cuestión en los artículos 129 a 133. El artículo cabecero de todos ellos, el 129, trata de regular los principios esenciales que deben tener en cuenta las Administraciones Públicas a la hora de ejercer su potestad normativa bajo el pomposo título de “principios de buena regulación”, que más allá de lo acertado o no de la denominación, deja bien a las claras la preocupación existente sobre este asunto y la necesidad, por imperativo nacional y supranacional de mejorar la calidad de las normas y reducir su cantidad. Estos principios de buena regulación y los preceptos que acompañan a este artículo 129 serán objeto de análisis en el apartado siguiente de este trabajo.

Es necesario recordar que una mala regulación genera costes de transacción enormes. La legislación inteligente impulsada desde las instituciones europeas da un paso más. No sólo se centra en el análisis de costes o cargas administrativas que genera una mala regulación sino que mide los impactos económicos, sociales y medioambientales de las normativas y se centra en

³ CESAR MOLINAS en su libro “Qué hacer con España. Del capitalismo castizo a la refundación de un país” nos recuerda que “España es un caso agudo de incontinencia legislativa y de ineptitud técnica por parte del legislador. La calidad técnica de estas disposiciones es muy baja y esto es un incentivo para la alta litigiosidad que se observa en España... La litigiosidad en España es el 30 por ciento superior a la de Francia y el doble que la de Alemania”.

asegurar que las medidas que propone sean necesarias, rentables y de alta calidad⁴. Ese parece ser el espíritu del legislador cuando recoge entre los principios básicos de buena regulación en el artículo 129 la necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, y eficiencia, exigiendo que en la exposición de motivos o en el preámbulo, según se trate, respectivamente, de anteproyectos de ley o de proyectos de reglamento, quede suficientemente justificada la adecuación de la norma proyectada a dichos principios.

Por lo demás, resulta también conveniente advertir que el problema de la técnica normativa en nuestro país es más responsabilidad de los gobiernos (poder ejecutivo central y autonómicos) que de los Parlamentos, que pintan poco, cada vez menos, puesto que las normas se aprueban como consecuencia de las iniciativas legislativas de los Gobiernos en forma de Proyecto de Ley o de reglamentos aprobados por la Administración en la que se apoyan.

Decía U. KARPEN que “una mejora de la legislación es posible a través de los estudios sobre la legislación. La producción de Leyes “absolutamente buenas y efectivas” no es posible, pero la aproximación al objetivo de “Leyes mejores, relativamente buenas” puede en realidad justificarse y no es desesperada. Una doctrina sobre la legislación que también reflexione sobre sus límites de hecho y prescriptivos es la tarea del futuro”⁵.

V. LOS PRINCIPIOS DE BUENA REGULACIÓN

El artículo 129 de la Ley 39/2015 enumera los principios de buena regulación que deben respetar las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus potestades normativas para conseguir una mayor calidad de las normas y una mayor coherencia interna del ordenamiento jurídico. El apartado primero de dicho precepto indica que *“en el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria, las Administraciones Públicas actuarán de acuerdo con los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, y eficiencia. En la exposición de motivos o en el preámbulo, según se trate, respectivamente, de anteproyectos de ley o de proyectos de reglamento, quedará suficientemente justificada su adecuación a dichos principios”*.

Posteriormente, los apartados segundo a sexto especifican los requisitos que la iniciativa normativa de las Administraciones Públicas debe observar para cumplir de manera eficaz dichos principios. Es evidente la notable

⁴ En su Sentencia 150/1990, el Tribunal Constitucional ya dijo que “hay que comenzar por recordar que 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. En este orden de exigencias 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...”.

⁵ KARPEN, U., “Sobre la situación de los estudios acerca de la legislación en Europa. Doce tesis”, en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional número 9 (2005), p. 175.

influencia que ejerce la comunicación de la Comisión Europea de octubre de 2010 en la regulación por parte del legislador español de estos principios de buena regulación. Muy especialmente el apartado sexto cuando se hace referencia a la necesidad de evitar cargas administrativas innecesarias o accesorias y racionalizar, en su aplicación, la gestión de los recursos públicos, en cumplimiento del principio de eficiencia. La reducción de las cargas administrativas innecesarias es uno de los objetivos fundamentales que se plantea la Comisión europea en la citada comunicación como forma de reactivar la Economía europea y, especialmente, como apoyo a la pequeña y mediana empresa, que se ve especialmente penalizada en su actividad cotidiana por trabas administrativas innecesarias.

Los principios de buena regulación contenidos en la Ley 39/2015 forman parte, junto con gobierno electrónico, las relaciones de gobernanza multinivel o las reformas presupuestarias, del intento de reforma administrativa global emprendida por la CORA (Comisión para la Reforma de la Administración). La Exposición de Motivos de la Ley 40/2015 equipara esta reforma administrativa a las iniciativas paralelas adoptadas en los dos últimos años en áreas como estabilidad presupuestaria, transparencia y regeneración democrática, afirmando que se trata de uno de los más ambiciosos procesos de reforma realizados en un país de la OCDE. Estas reformas tratan de dar cumplimiento práctico a las recomendaciones que la OCDE dio a España en su informe de 2014 bajo el título de “*Spain: From Administrative Reform to Continuous Improvement*”.

Sin negar que los esfuerzos de reformas estructurales que se han acometido en España en la legislatura 2011 a 2015 han sido importantes, no podemos sentirnos satisfechos con el resultado de todos ellos, pues presentan un éxito dispar. De hecho, la reforma administrativa es una de las que no podemos ir alardeando demasiado. Pero esa es una harina de un costal que no puede cargarse a este trabajo. Tan sólo reiteraremos una de las ideas ya expresadas en un apartado inicial de este trabajo en el sentido de indicar que, en buena medida, las dos normas siamesas aprobadas el 1 de octubre de 2015 son más el resultado cosmético que había que vender hacia fuera de nuestras fronteras que el producto de una necesidad imperiosa que tuviese nuestro ordenamiento jurídico.

Dicho lo anterior, como todo no puede ser negativo, hay algunas cuestiones que se regulan en ambas normas que, desde luego, merecen alguna alabanza. Y, entre ellas, la regulación de los principios de buena regulación y, en general, la mayor atención que se presta a la participación ciudadana, el principio de transparencia, la simplificación normativa y la evaluación *ex ante* de las políticas públicas y sus resultados normativos, *ex post*, suponen una mejora respecto de la regulación anterior.

Los antecedentes fragmentarios de los principios de buena regulación en nuestro país hay que buscarlos, inicialmente, en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre (Ley Paraguas, que traspone al ordenamiento español la Directiva 123/2006, de Servicios, más conocida como Directiva Bolkenstein), especialmente los artículos 17 y 20, y, posteriormente, en la Ley 20/2013,

de 9 de diciembre, de Unidad de Mercado, cuya exposición de motivos afirma que dicha Ley *aprovecha para seguir impulsando un marco regulatorio eficiente para las actividades económicas que simplifique la legislación existente, elimine regulaciones innecesarias, establezca procedimientos más ágiles y minimice las cargas administrativas. La mayor parte de las barreras y obstáculos a la unidad de mercado se eliminan adoptando criterios de buena regulación económica. Es importante mantener la regulación bajo un proceso de revisión constante basado en los principios de buena regulación y de unidad de mercado nacional.* Las disposiciones adicionales sexta a novena de dicha norma completan las herramientas de buena regulación que tratan de conseguir que los objetivos que dicha norma persigue puedan conseguirse o, al menos, evaluarse periódicamente.

Es precisamente el deseo de acabar con la dispersión normativa existente en la materia la que impulsa al legislador de 2015 a introducir en una norma de carácter básico estos principios de buena regulación que deberán ser respetados por todas las Administraciones Públicas de nuestro país.

La regulación en el artículo 129 de la Ley 39/2015 de los principios de buena regulación se completa con las previsiones que, en desarrollo de esa loable iniciativa se contienen en los 130 y 132. El primero de ellos, artículo 130, obliga a las Administraciones Públicas a revisar periódicamente su normativa vigente para adaptarla al cumplimiento práctico de 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. El resultado de esta evaluación *ex post* se plasmará en un informe que se hará público, con el detalle, periodicidad y por el órgano que determine la normativa reguladora de la Administración correspondiente. Recordemos que, al tener esta norma carácter básico, no puede incidir más allá de lo que lo hace y, por ende, deberá ser la normativa propia de cada Administración Pública la que determine los detalles de la periodicidad en la evacuación de dichos informes.

Merece una crítica positiva este apartado 1 del artículo 130 por cuanto supone un avance con respecto a la regulación dispersa anterior a él y porque se regula en la norma *ad hoc* donde se tiene que contener, como la propia exposición de motivos se encarga de recordar. No obstante, podría haberse aprovechado la ocasión para tratar de ser un poco más exigentes con la evaluación normativa *ex post*. Se podría haber concretado más los ítems a evaluar, los indicadores de medición, los recursos a utilizar para la evaluación las consecuencias de las desviaciones observadas o los puntos a concretar por el informe a publicar. Somos conscientes de que quizás una norma con rango de Ley no puede concretar ese tipo de cuestiones y de que existen normas que ya se ocupan de manera fragmentaria de algunas de esas cuestiones pero sí, como indica el legislador en la exposición de motivos de la norma, el propósito es acabar con esa dispersión normativa y regular en una norma de carácter básico los principios de buena regulación como forma de mejorar la técnica normativa en general y la evaluación *ex post* en particular, se podrían haber incluido mayores pistas al respecto o, al

menos, haber efectuado una mención a un desarrollo reglamentario posterior de estas cuestiones que concretase alguno de los puntos que se han puesto de manifiesto. La referencia a que el Plan Anual Normativo identificará, 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, que se contiene en la disposición final tercera, apartado 12, de la Ley 40/2015 por la que se da una nueva redacción al artículo 25, apartado 2, de la Ley del gobierno nos parece insuficiente y poco coherente con ese propósito de desfragmentación normativa de la materia aludido en la exposición de motivos de la Ley 39/2015.

Otra novedad importante digna de destacar es la previsión contenida en el apartado 2 del artículo 130 que indica que *las Administraciones Públicas promoverán la aplicación de los principios de buena regulación y cooperarán para promocionar el análisis económico en la elaboración de las normas y, en particular, para evitar la introducción de restricciones injustificadas o desproporcionadas a la actividad económica*. Es la primera vez que se hace referencia expresa en nuestro ordenamiento jurídico a una cuestión ya muy tratada en algunos países de nuestro entorno occidental, como EEUU o Reino Unido, donde se lleva aplicando desde hace algunos años. Como sabemos, el análisis económico del Derecho es una corriente considerada dentro de la teoría del Derecho que aplica métodos propios de la economía en el razonamiento jurídico.

Incluye el uso de la metodología y los conceptos propios de la ciencia económica para predecir el efecto de las normas jurídicas, con el objeto de determinar qué leyes o disposiciones jurídicas son económicamente eficientes y predecir qué medidas deberían ser promulgadas o adoptadas. Es decir, propone la evaluación de las reales consecuencias de una norma existente y asimismo la predicción de los posibles efectos de una norma proyectada buscando diseñar mejores estructuras legales, más eficientes para arribar a los propósitos deseados, adoptando los medios que resulten más idóneos para ello.

La referencia al análisis económico del Derecho nos parece muy acertada y coherente con el contenido de estos artículos destinados a la buena regulación. La eficacia del análisis económico del Derecho es más que evidente si se mira hacia los países que llevan tiempo practicándola. La apuesta por regular expresamente esta cuestión y elevar a categoría jurídica de nuestro ordenamiento lo que ya se venía haciendo de manera implícita en nuestro país no puede ser valorado más que positivamente. Creemos que supone un acierto indudable del legislador de 2015.

Si el artículo 130, apartado 1, de la Ley 39/2015 nos habla de la evaluación *ex post*, el artículo 132 complementa al artículo 129 en la regulación de la evaluación *ex ante*. Para ello, exige a las Administraciones Públicas que hagan público, anualmente, un Plan Normativo que contendrá las iniciativas legales o reglamentarias que vayan a ser elevadas para su aprobación en el año siguiente. Una vez aprobado, el Plan Anual Normativo deberá

ser publicado en el Portal de la Transparencia de la Administración Pública correspondiente. Positiva debe ser también la valoración que dicho precepto merece, pues supone la imposición de una obligación legal de sentido común que redundará en una mejora de la seguridad jurídica y de la transparencia en la gestión administrativa. Además, este precepto es coherente con el contenido del artículo 130, apartado 1, puesto que la evaluación *ex post* dependerá en buena medida de los objetivos expresados *ex ante* por las Administraciones Públicas en el proceso de adopción de sus normas de carácter general.

Cabe destacar como novedad también de la norma la referencia a la posibilidad, contenida en el artículo 129, apartado 4, de habilitar directamente a las Autoridades Independientes, reguladas de manera expresa por primera vez como categoría propia en la Ley 40/2015, u otros organismos que tengan atribuida potestad normativa para aprobar normas en desarrollo o aplicación de las mismas, cuando la naturaleza de la materia así lo exija.

Por último, es necesario advertir que la Ley 40/2015 modifica en algunos aspectos importantes relacionados con esta materia la actual Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. Así, el artículo 9, letra e) de dicha norma, en relación con las funciones del Secretariado del Gobierno establece que deberá *velar por el cumplimiento de los principios de buena regulación aplicables a las iniciativas normativas y contribuir a la mejora de la calidad técnica de las disposiciones aprobadas por el Gobierno*. Igualmente, se modifica el artículo 26, apartado 9, de la Ley del Gobierno, indicando que el Ministerio de la Presidencia, con el objeto de asegurar la coordinación y la calidad de la actividad normativa del Gobierno, analizará los siguientes aspectos:

- a) La calidad técnica y el rango de la propuesta normativa.
- b) La congruencia de la iniciativa con el resto del ordenamiento jurídico, nacional y de la Unión Europea, con otras que se estén elaborando en los distintos Ministerios o que vayan a hacerlo de acuerdo con el Plan Anual Normativo, así como con las que se estén tramitando en las Cortes Generales.

También se añade un nuevo artículo 28 a la Ley del Gobierno, que queda redactado como sigue:

1. El Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de la Presidencia, aprobará, antes del 30 de abril de cada año, un informe anual en el que se refleje 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.
2. En el informe se incluirán las conclusiones del análisis de la aplicación de las normas a que se refiere el artículo 25.2, que, de acuerdo con lo previsto en su respectiva Memoria, hayan tenido que ser evaluadas en

el ejercicio anterior. La evaluación se realizará en los términos y plazos previstos en la Memoria del Análisis de Impacto Normativo y deberá comprender, en todo caso:

- a) La eficacia de la norma, entendiendo por tal la medida en que ha conseguido los fines pretendidos con su aprobación.
- b) La eficiencia de la norma, identificando las cargas administrativas que podrían no haber sido necesarias.
- c) La sostenibilidad de la disposición.

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.»

Con carácter general, como venimos comentando, la valoración que de la regulación de los principios de buena regulación cabe hacer es positiva. Ahora sólo falta que se cumplan los buenos propósitos y objetivos que la Ley expresa y, sobre todo, será primordial inculcar en los servidores públicos y autoridades una cultura administrativa al efecto, enfocada a pensar antes de disparar una norma y a evaluar constantemente los efectos que las mismas han tenido en la práctica. Gobernar no es legislar o reglamentar sino tratar de poner las menores trabas posibles para el ejercicio de las libertades públicas por parte de los ciudadanos. Se impone, desde luego, una racionalización y simplificación de nuestro ordenamiento jurídico, tal y como ya prevé e impone la Ley 19/2013, de Transparencia.

La regulación actual impone cargas innecesarias a ciudadanos y empresas y supone un quebranto de los principios de seguridad jurídica, con el consiguiente coste de oportunidad sobre las inversiones al no existir un escenario jurídico claro y solvente.

Como afirma el Profesor Cabrillo, una mala regulación crea costes administrativos extras para las empresas una mala regulación crea costes administrativos extras para las empresas⁶.

La importancia de una buena o mala regulación es esencial para un país. Afortunadamente, parece que, inducidos por las instituciones europeas, empezamos a tomar conciencia en los últimos años de ello. Desgraciadamente, nos queda todavía mucho trecho por recorrer para ponernos al nivel de los países que se han tomado en serio la buena regulación con anterioridad a nosotros.

⁶ En relación al PIB estos costes administrativos pueden oscilar entre un mínimo del 1.5% del PIB para Finlandia o Suecia hasta un máximo del 6.8% del PIB para Grecia y Hungría. España está entre los países con un coste administrativo más alto con un 4.6% del PIB, empatada con Portugal, Italia y Eslovaquia. Fuente: Blog de Empresa y Tecnología de Francisco Cabrillo. Artículo: "El coste de la mala Administración Pública" (25 de octubre de 2010). Algunos estudios canadienses y australianos cifran el coste de una mala regulación en torno al 10% del PIB de un país. Evidentemente, la incidencia en el PIB de una buena o mala regulación estará directamente relacionada con el grado de desarrollo de dicho país, de tal forma que a mayor grado de desarrollo menor incidencia en el PIB.

Transparencia, participación ciudadana y buena regulación deben ser los pilares sobre los que afrontar la regeneración democrática que nuestro país necesita y nuestra Sociedad demanda.

VI. CONCLUSIONES

- La reforma operada en nuestro ordenamiento jurídico por las Leyes 39 y 40 de 2015 son fruto de los intentos de modernización administrativa y de reformas del Sector Público español consecuencia de la necesidad de racionalizar la estructura y funcionamiento de nuestra Administración Pública con el objetivo de reducir costes y cumplir los objetivos de sostenibilidad y estabilidad presupuestaria.
- La necesidad, oportunidad y acierto, en general, de estas reformas es discutible. Sin embargo, contienen aspectos positivos en materia de participación ciudadana en el procedimiento de elaboración de normas y de cumplimiento del principio de transparencia que deberían ser expresados en aras a la consecución de una cultura participativa que coadyuvase en una mayor vertebración social de nuestro país.
- La participación ciudadana a través de los cauces institucionales prestigia nuestra Democracia mientras que los cauces de participación ciudadana extra muros de las instituciones subyuga nuestra Democracia.
- La mayor atención que normas como la Ley 39/2015 presta al principio de transparencia como elemento vertebrador del Estado Social y Democrático de Derecho debe servir para llamar la atención acerca de la necesidad de elevar dicho principio a los altares constitucionales, ahora que están tan de moda las reformas constitucionales, y regularlo en el artículo 103, apartado 1, como principio de actuación administrativa.
- La situación de la técnica normativa en nuestro país es, sencillamente, intolerable e inasumible en un contexto de crisis como el que nos ha tocado vivir. La introducción de herramientas de control *ex ante* y de evaluación *ex post* de la normativa por la que se apuesta en la Ley 39/2015 son adecuadas aunque insuficientes. Dicha apuesta debería ser completada por un desarrollo reglamentario que explicitase tanto unas como otras fases de contraste de la calidad normativa.
- Los costes de una mala regulación son sustanciosos y están empezando a ser cuantificados con una precisión cada vez mayor. Sus efectos directos sobre el Producto Interior Bruto son evidentes y sus efectos indirectos cada vez más tangibles, puesto que una mala regulación proyecta un escenario de inseguridad jurídica incompatible con la demanda de seguridad que exigen los inversores hoy en día a nivel mundial.

- La comunicación de la Comisión europea de octubre de 2010 en la que llama la atención al resto de instituciones comunitarias sobre la necesidad de conseguir una legislación inteligente en el horizonte temporal del año 2020 ha supuesto la necesidad de que nuestro país reflexione acerca de la necesaria racionalización de su ordenamiento jurídico en aras a reducir la inflación normativa absurda e innecesaria que padecemos y optemos por un aligeramiento de cargas administrativas innecesarias en todos los sectores como forma de impulsar el crecimiento y el apoyo a las pequeñas y medianas empresas, que son las mayores perjudicadas por quedar atrapadas en la telaraña normativa actual.
- Decía Ortega y Gasset que “la vida es una serie de colisiones con el futuro; no es una suma de lo que hemos sido, sino de lo que anhelamos ser”. Que nuestros anhelos no nos impidan ver el bosque en el que nos hemos metido en los últimos años y del que, con serenidad, sentido común y reforma interior de un modelo democrático que nos ha dotado de estabilidad, saldremos salir.