

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR

97

*ENERO
JUNIO
2011*

Escuela Militar de
Estudios Jurídicos

Ministerio de Defensa



DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO

José-Leandro Martínez-Cardós Ruiz
Letrado Mayor del Consejo de Estado

I. COMENTARIO GENERAL DE DOCTRINA LEGAL. II. DOCTRINA SOBRE TÉCNICA NORMATIVA.

I. COMENTARIO GENERAL DE DOCTRINA LEGAL.

El Consejo tuvo ocasión de examinar en su momento el proyecto de Real Decreto por el que regula la memoria del análisis de impacto normativo (dictamen de 16 de abril de 2009 emitido en el expediente 419/2009) y posteriormente las memorias ya elaboradas conforme al Real Decreto aprobado.

El tiempo transcurrido desde la implantación del nuevo sistema de memoria de los proyectos normativos ha permitido al Consejo sentar algunos criterios en esta materia –que se presenta crucial no sólo desde el punto de vista jurídico sino también económico– y de los que conviene dar cuenta.

En efecto, las normas constituyen instrumentos básicos para el desarrollo de las políticas públicas. Por ello, resulta primordial que las normas tengan unos determinados niveles de calidad, tanto en su elaboración como en su aplicación y cumplimiento. En tal sentido se ha desarrollado un amplio *corpus* doctrinal en torno a los problemas de la efectividad y la eficiencia de las normas, alrededor de la llamada «mejora de la regulación». Tiende ésta a garantizar la participación de los ciudadanos y, en especial, de los interesados en los procesos de elaboración normativa, a asegurar que la legislación sea clara, comprensible, proporcional a los objetivos perse-

guidos y ejecutable (*factibilidad*) y, en fin, a comprobar que las normas generan los beneficios prometidos con ocasión de su aprobación y no se constituyen en una rémora, bien para la libertad de los ciudadanos, bien para la actividad económica (*practicabilidad*).

La llamada «mejora de la regulación» ha pasado a ser uno de los objetivos fundamentales de los ordenamientos de los Estados más avanzados, al ser fomentada por organizaciones supranacionales. En este sentido, han asumido especial protagonismo la OCDE y la Unión Europea. Así, la OCDE señaló ya en 1989 que la mejora de la regulación era una exigencia general, que se anclaba en la noción de buen gobierno y que tenía como finalidad no disminuir, sin más, el número de normas, sino aprobar las precisas, teniendo en cuenta que habían de ser proporcionadas a sus fines, con objetivos claros, eficientes, accesibles y transparentes. Por todo ello, la OCDE concluía que invertir recursos en la mejora de la regulación producía beneficios tanto en el funcionamiento de la economía como en los ciudadanos (*Directory of Regulatory Review and Reform Organizations in OECD Member Countries*).

Por su parte, mediante el plan de acción denominado «Legislar mejor», la Unión Europea igualmente ha asumido y alentado la aplicación de los criterios informadores de la llamada «mejora de la regulación» no sólo respecto de la propia legislación comunitaria sino también en relación con la propia de los Estados miembros. En diciembre de 1992, el Consejo Europeo acordó que la Comisión debía presentar al Consejo Europeo y al Parlamento un informe anual sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Esta obligación quedó recogida en un protocolo anejo al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea en el marco de las modificaciones llevadas a cabo por el Tratado de Ámsterdam. Desde 1995, se consideró que la regulación estaba estrechamente vinculada a los citados principios, toda vez que, ajustándose al de subsidiariedad, la Unión limitaba su acción a lo necesario y eficaz y, vinculándose al de proporcionalidad, la Unión optaba por los modos de intervención más sencillos posibles –tras la consulta a las partes interesadas, la recogida de información técnica, el análisis del impacto y la verificación de modos de intervención alternativos–. Se concluyó que los informes sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad debían incluir un apartado concreto atinente a la cuestión regulatoria, pues, como se señalaba en el Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea –COM (2001)727, de 25 de junio de 2001–, «la mejora del marco regulador es una prioridad absoluta tanto para aumentar la competitividad, el crecimiento y el empleo como para impulsar el desarrollo sostenible y lograr una mayor calidad

de vida para los ciudadanos europeos». La relevancia atribuida por la Comisión a la cuestión motivó que, desde 2000, los citados informes sobre la cuestión regulatoria adquirieran sustantividad propia, tengan carácter independiente y den cuenta anualmente de las medidas introducidas para hacer efectivo el plan «Legislar mejor».

Después –y desde el informe Mandelkern de 2002–, la Comisión instó a los Estados miembros a poner en práctica las iniciativas de mejora de su marco regulador interno y, en especial, a consultar con los interesados las normas proyectadas y a realizar una evaluación del impacto antes de adoptar las normas nacionales que transpongan normas comunitarias, toda vez que «el cuidado de la efectividad y la eficacia de las normas es una cuestión irrenunciable en la agenda de una buena política normativa».

Las finalidades señaladas tanto por la OCDE como por la Unión Europea en relación con la llamada «mejora de la regulación» y, en especial, con el plan «Legislar mejor» son coincidentes en exigir una redacción clara y precisa de las normas; en la necesidad de identificar en su proceso de elaboración los factores que facilitarán una ejecución adecuada; en establecer claramente los objetivos que se propone alcanzar; en contar con los recursos materiales suficientes para su aplicación y en la posibilidad de ser cumplida con los menores costes y distorsiones posibles. Para asegurar la consecución de tales fines, el plan «Legislar mejor» preconiza la introducción y aplicación de diversas técnicas como son: la consulta de las partes interesadas, la recogida y uso de información técnica, la simplificación normativa, la cuantificación del coste económico de la regulación que se va a introducir, el diseño de alternativas normativas a la proyectada y, en fin, la evaluación del impacto de la norma.

La evaluación o análisis del impacto normativo se configura, en las directrices de la OCDE y de la Unión Europea, como un mecanismo sustantivo de análisis sistemático de todas las probables consecuencias de la intervención de las Autoridades públicas mediante instrumentos normativos (*Informe Mandelkern a la Comisión Europea sobre la evaluación del impacto, de 5 de junio de 2002*). Se trata de un mecanismo que evalúa de manera integrada las consecuencias de la introducción de normas en el ámbito de las empresas, de la igualdad de trato entre hombres y mujeres, el medio ambiente, el comercio..., centrándose no sólo en el coste económico y en la rentabilidad (relación coste-beneficio) sino también en las consecuencias sociales. Pretende delimitar eventuales efectos imprevistos y puede realizarse de manera prospectiva o de modo retrospectivo. El análisis del impacto normativo examina las consecuencias de la intervención legal en atención a los resultados que produce y pondera tres cuestiones: la per-

tinencia de la medida normativa (¿los objetivos perseguidos por la norma responden a necesidades o problemas planteados?, al decir de la Comisión Europea), su eficacia (¿resuelve la norma los problemas?) y su eficiencia (¿lo hace a un coste razonable?). El análisis del impacto normativo tiene, pues, por objeto facilitar la elaboración de políticas y el proceso de decisión política, sin sustituirlo.

El acuerdo del Consejo de la OCDE de 9 de marzo de 1995, por el que se aprobó el documento «*Mise à point et utilisation des listes des critères à prendre en compte pour l'élaboration des réglementations OCDE/GD (93), 181*», asumido por el Informe Mandelkern antes citado, estableció –y así lo recomienda la Comisión Europea– que los cuestionarios de evaluación a que deben someterse los proyectos de normas de los respectivos Estados se ciñan al examen de ciertos principios que, expresados en forma de preguntas, pueden y deben guiar la redacción de una memoria: ¿está definido correctamente el problema?, ¿está justificada la intervención del Estado?, ¿constituye la regulación la mejor forma de intervención pública?, ¿tiene la regulación un fundamento jurídico?, ¿cuál o cuáles son los niveles administrativos apropiados para esta acción?, ¿son suficientes los beneficios para compensar los costes?, ¿es una norma clara, coherente, comprensible y accesible a los usuarios? y ¿han tenido posibilidad de expresar sus opiniones las personas afectadas?

Se ha llamado la atención sobre el hecho de que la configuración del análisis del impacto normativo contenida en el plan «Legislar mejor» tiene un carácter no estrictamente jurídico e ignora el impacto primario que toda norma comporta: el de la alteración del ordenamiento jurídico a consecuencia de su inserción en éste. Habida cuenta el carácter de sistema –y no de simple agregado de normas– que el ordenamiento jurídico tiene, la inserción de una norma produce efectos inmediatos en éste, alterándolo. Esta incidencia debe ser igualmente considerada a la hora de realizar el análisis del impacto normativo que toda regulación comporta, más cuando el ordenamiento jurídico es extraordinariamente complejo a consecuencia de la proliferación normativa. Por ello, una concepción integral del análisis del impacto normativo comprende no sólo el análisis de las consecuencias no jurídicas sino también de las jurídicas que toda nueva disposición comporta.

La inclusión del examen de las consecuencias jurídicas derivadas de la aprobación de una norma se justifica en la seguridad jurídica y se proyecta en un doble ámbito: la determinación de las disposiciones afectadas por la modificación normativa –lo que obliga a elaborar en todo caso las denominadas tablas de vigencia de las disposiciones que preveía el artículo 129.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958– y el análisis de la

compatibilidad de la norma con el sistema de distribución de competencias y con otros ordenamientos jurídicos –orden constitucional de distribución de competencias, derecho de la Unión Europea– (*examen de convencionalidad* a que se refería el Consejo de Estado en su Memoria de 1997).

A fin de alcanzar los objetivos propuestos, las organizaciones supranacionales antes indicadas recomiendan a los Estados miembros adoptar medidas en tres órdenes diferentes: aprobar unas directrices normativas sobre las formas que han de adoptar las disposiciones legales, establecer unas normas orientadoras de los criterios organizativos de las disposiciones –especialmente relevantes en el caso de los Estados complejos– y, en fin, aprobar unas normas tendentes a valorar el impacto normativo que la aprobación de toda nueva regulación comporta.

No obstante no resultar obligatorias las recomendaciones antes expuestas, se ha incorporado a nuestro ordenamiento jurídico la noción de «análisis del impacto normativo» en su más amplia concepción, al establecer que examinará la oportunidad de la propuesta normativa, el impacto económico y presupuestario, el impacto por razón de género y el contenido y análisis jurídico de la norma, con especial referencia a la adecuación de la norma al orden de distribución de competencias y al listado pormenorizado de las normas que quedarán derogadas como consecuencia de su entrada en vigor (artículo 2 del proyecto).

En nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 22.1 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, previene que «*el procedimiento de elaboración de proyectos de ley, a que se refiere el apartado anterior, se iniciará en el ministerio o ministerios competentes mediante la elaboración del correspondiente anteproyecto, que irá acompañado por la memoria, los estudios e 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*». Y el artículo 24.1.a) del mismo Cuerpo legal establece, por su parte, que «*la iniciación del procedimiento de elaboración de un reglamento se llevará a cabo por el centro directivo competente mediante la elaboración del correspondiente proyecto, al que se acompañará un informe sobre la necesidad y oportunidad de aquél, así como una memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar*» y el párrafo segundo del apartado b) del mismo precepto dispone que, «*en todo caso, los reglamentos deberán ir acompañados de un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen en el mismo*».

Las memorias e informes indicados tienen una sustantividad propia, legalmente conformada. La memoria es un informe sobre la necesidad y oportuni-

dad de la norma proyectada, sin ir más allá. Dejando a un lado que, de ordinario, la memoria que acompaña a los textos normativos —cuando existe— no es más que un documento redactado a posteriori, a la vista del texto normativo cerrado y que ofrece una justificación de lo hecho, su contenido se ciñe a determinar las razones que exigen o aconsejan su aprobación. La memoria económica, por su parte, tiene por objeto estimar el coste que producirá la aplicación de la norma, y el informe sobre el impacto por razón de género, finalmente, señala las consecuencias que comportará en lo tocante a la igualdad entre hombres y mujeres. Los tres cubren aspectos parciales de lo que es el análisis del impacto normativo en los términos preconizados por la Unión Europea en su programa «Legislar mejor», pero ni aun considerados conjuntamente comprenden todas las facetas de dicho análisis en los términos conformados por las recomendaciones de la OCDE y de la Comisión Europea.

Finalmente, es de señalar que los proyectos normativos deberían ir precedidos de los correspondientes estudios de evaluación de las políticas públicas, esto es, de los estudios encaminados a ponderar y valorar los efectos de la política que se va a poner en práctica conforme a criterios definidos de manera previa y estricta.

Los criterios de evaluación de las políticas públicas deben ser, a saber: el de pertinencia, que compara los objetivos de la política y la enjundia del problema a resolver; el de eficacia, que compara los efectos de la política y los objetivos perseguidos; el de eficiencia, que analiza los medios económicos invertidos o a invertir y los efectos de la política y, en fin, el de economía, que analiza su coste.

La evaluación de políticas públicas se distingue de las técnicas de control en que se trata de una técnica de información y no un instrumento de garantía o sanción de los servicios administrativos.

II. DOCTRINA SOBRE TÉCNICA NORMATIVA

Las directrices para textos legales pueden servir también de orientación en el caso de disposiciones reglamentarias (Dictamen del Consejo de Estado de 27 de enero de 2000). Estas deben ser, además de conformes a las Leyes en que se basan, claras, completas y de fácil manejo (Dictamen del Consejo de Estado de 15 de diciembre de 1981). Los Decretos deben estructurarse en artículos numerados con cardinales arábigos y las Ordenes y Circulares en ordinales, sin artículos. Las disposiciones adicionales, transitorias, derogatorias y finales llevarán su numeración correlativa propia en ordinales expresados en letra (Dictamen del Consejo de Estado de 22 de mayo de 1997).

Las normas jurídicas son mandatos, de tal suerte que los imperativos, bien categóricos, bien hipotéticos en ellas contenidos, exigen el empleo del verbo ordenante en futuro y la ausencia de motivaciones o explicaciones.

Los términos deben ser claros y unívocos, lo que no impide la utilización de términos vulgares o técnicos. Lo importante es que la norma sea comprendida por su destinatario.

Es incorrecto la utilización de la técnica anglosajona de la definición previa de los conceptos. La Constitución debe mencionarse siempre por su nombre, evitando sinónimos tales como «Norma Suprema» o «Código Político». Es conveniente evitar el uso de extranjerismos (implementar, pool, leasing, etc.) y de conceptos jurídicos indeterminados. Por el contrario, es preferible que los conceptos utilizados estén avalados por la jurisprudencia o aceptados comúnmente por la doctrina, siendo bueno ajustarse a los clásicos. Deben omitirse las continuas remisiones. Y, por último, son aconsejables las soluciones sintéticas a las analíticas.

Respecto a los reglamentos, el Consejo ha señalado reiteradamente que:

a) Debe distinguirse entre Decreto de aprobación del Reglamento y éste mismo.

b) Hay dos fórmulas de articulación, a saber: bien desarrollar la Ley, de tal suerte que se omita en la disposición reglamentaria toda reproducción de la norma que trae causa; bien elaborar un texto completo que recoja las previsiones legales y las que, sin tener tal carácter, las desarrollen y completen. En este último caso, debe indicarse al final de cada precepto, entre paréntesis, el precepto legal que reproduce.

Debe, por último, tenerse en cuenta que las Ordenes Ministeriales van firmadas únicamente con los apellidos del Ministro (Ley de 24 de noviembre de 1843). No tienen, por tanto, artículos, sino sólo apartados.

c) La aprobación de un reglamento o disposición administrativa exige no sólo la legalidad de sus previsiones, sino también que concurren motivos de oportunidad para promulgarla (*Dictamen del Consejo de Estado núm. 41.180, de 20 de octubre de 1977*).

d) Resulta perturbador para la claridad y seguridad jurídica que un reglamento incorpore innecesariamente preceptos de una Ley (*Dictamen del Consejo de Estado núm. 41.263, de 16 de febrero de 1978*).

e) Aunque la potestad reglamentaria no se haya ejercido dentro del plazo previsto, no debe considerarse caducada la correspondiente facultad (*Dictamen del Consejo de Estado núm. 42.310, de 12 de julio de 1979*).