

CAPÍTULO PRIMERO

# INTRODUCCIÓN

JEAN-BERNARD AUBY  
THOMAS PERROUD

# ÍNDICE

I. DEFINICIÓN . . . . .	15
II. EL FUNDAMENTO O RAZÓN DE SER DE LA EVALUACIÓN DE IMPACTO REGULATORIO . . . . .	25
1. La nueva concepción del interés público a partir de los años setenta del pasado siglo en Estados Unidos y Francia . . . . .	27
2. La evaluación de impacto regulatorio y la calidad . . . . .	31
3. La evaluación de impacto regulatorio como producto de los principios característicos del Derecho Administrativo norteamericano . . . . .	33
4. La evaluación de impacto regulatorio y el programa «legislar mejor» . . . . .	38
III. LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA EVALUACIÓN DE IMPACTO REGULATORIO (EVALUACIÓN DE IMPACTO REGULATORIO) . . . . .	40
1. El período angloamericano: la evaluación de impacto regulatorio como herramienta para la desregulación . . . . .	40
2. El nuevo giro: la evaluación de impacto regulatorio en el ámbito de la mejora en la regulación . . . . .	46
3. Difusión y nuevos contenidos: los modelos de evaluación de Impacto . . . . .	50
IV. CONDICIONES Y MÉTODOS DE LA EVALUACIÓN DE IMPACTO REGULATORIO . . . . .	55
V. EFECTOS Y LÍMITES DE LA EVALUACIÓN DE IMPACTO REGULATORIO . . . . .	61
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS . . . . .	64

Traducción de Teresa Parejo Navas, Alicia I. Saavedra Bazaga y Clara Velasco Rico.

EN muchos Estados occidentales, el Derecho Administrativo atraviesa por un proceso de profundo cambio y transformación merced a la presión que experimenta desde las ciencias sociales, especialmente la economía, y las disciplinas técnicas, como las ingenierías y la biología. En Europa, el conocimiento experto y especializado se ha aliado con la Comisión Europea y la OCDE en su iniciativa conocida como regular mejor, o regular inteligentemente (*better/smarter regulation*)<sup>1</sup>. Estas instituciones promueven que los Estados miembros evalúen sus políticas públicas utilizando la evaluación de impacto regulatorio (*Regulatory Impact Assessment*, o RIA en el acrónimo inglés). Ésta es una buena herramienta, tanto para producir mejores leyes, como para reducir los costes que las iniciativas legislativas imponen a los ciudadanos, a las empresas y a los Gobiernos locales<sup>2</sup>. Las iniciativas de la OCDE y de la Unión Europea quieren propiciar una forma coherente de evaluación de las políticas públicas. La realidad resulta más compleja, sin embargo. Los defensores de la evaluación de impacto regulatorio proponen un análisis sistemático que evalúe el riesgo y el coste-beneficio, y asimismo defienden toda una serie de instrumentos heterogéneos al servicios de fines variados, no

---

[1] [http://ec.europa.eu/smart-regulation/index\\_es.htm](http://ec.europa.eu/smart-regulation/index_es.htm) [Nota del traductor].

[2] Colin KIRKPATRICK y David PARKER (Eds.), *Regulatory Impact Assessment: Towards Better Regulation?* Edward Elgar, 2007.

siempre coherentes o compatibles con la ponderación entre costes y beneficios.

Los movimientos en favor de la incorporación de la evaluación de impacto regulatorio, tanto en la fase de diseño de la legislación primaria (leyes formales), como en la de la normativa reglamentaria, se justifican en que las autoridades gubernamentales y los legisladores, dejados a su libre albedrío, podrían aprobar normas que no se ajusten a lo que requiere el interés general o interés público. En ese sentido, la evaluación de impacto regulatorio representa una nueva forma de establecer y determinar lo que debe ser considerado de interés general. La evaluación de impacto obliga a quienes aprueban las normas a ponderar los costes y beneficios, y a buscar el mejor resultado posible. Por su parte, la incorporación del público en su generación puede contribuir a preparar mejor la evaluación de impacto, al tiempo que propiciar normas que se ocupen de una forma más directa de las preocupaciones de los ciudadanos, sin que su voluntad quedara mediatizada por sus representantes políticos o por la élite integrada en las asociaciones representativas de intereses. También cabe reconocer una posible tensión respecto de la concepción de interés público que han articulado hasta el momento los Parlamentos y los Tribunales de Justicia.

La evaluación de impacto supone en esencia una apuesta por la eficacia funcional del Derecho. A su través, el Estado evalúa las normas legales y reglamentarias para determinar qué efectos tendrán en el comportamiento humano y en la consecución de los objetivos públicos. Esto es algo que parece claro. La evaluación de impacto invita a centrarse no en las propiedades formales del Derecho, sino en la manera en que éste funciona en el mundo real. Certidumbre, orden,

redacción clara y coherencia sirven en tanto medios para un fin, no como fines en sí mismos<sup>3</sup>.

En primer lugar, trataremos de definir la evaluación de impacto regulatorio (I), para exponer seguidamente los fundamentos en los que se basa (II). Intentaremos ofrecer una panorámica histórica de la gestación y desarrollo de esta herramienta (III), antes de pasar a analizar las condiciones y los métodos bajo los que la evaluación de impacto regulatorio se lleva a cabo (IV). Finalmente, reflexionaremos sobre los efectos y los límites de la evaluación de impacto regulatorio (V).

## I. DEFINICIÓN

Definir lo que debe entenderse por evaluación de impacto regulatorio no es tarea sencilla. El propósito y el contenido de este instrumento pueden variar enormemente en función del país. Como señalan los estudios comparados, «como con muchas otras cosas que se perciben como nuevas, el término ‘evaluación de impacto regulatorio’ se utilizan con diversos significados»<sup>4</sup>. Además, buena parte de la literatura especializada que se ocupa del tema se preocupa por determinar lo

---

[3] Cfr. Susan ROSE-ACKERMAN y Thomas PERROUD, «Policymaking and Public Law in France: Public Participation, Agency Independence, and Impact Assessment», *Columbia Journal of European Law*, 2013, cuya publicación está prevista en *Yale Law & Economics Research Paper* n° 463.

[4] «Italian, Irish and Dutch Presidencies of the Council of the European Union, A Comparative Analysis of Regulatory Impact Assessment in Ten EU Countries», *A Report Prepared for the EU Directors of Better Regulation Group Dublin*, Mayo 2004, p. 9.

que la evaluación debería o no con contener. Ambas perspectivas son necesarias para comprender el fenómeno.

La confusión más común reside en considerar como conceptos equivalentes la evaluación de impacto regulatorio y el análisis coste-beneficio (*Cost/Benefit Analysis*, o CBA, en inglés) de matriz estadounidense. Como Susan Rose-Ackerman destaca, «(l)a evaluación de impacto no es exactamente lo mismo que el análisis coste-beneficio, aunque una y otro tienen el mismo propósito de establecer políticas que tengan un efecto positivo neto y de mejorar el control y la rendición de cuentas de las políticas y las normas que se aprueban, al tiempo que incorporan otros valores»<sup>5</sup>. La confusión se justifica, sin embargo, en la medida en que la Orden Ejecutiva de la Casa Blanca número 12291 utiliza la expresión «análisis de impacto normativo»<sup>6</sup>. La diferencia entre el análisis

---

[5] Susan ROSE-ACKERMAN, «Putting Cost-Benefit Analysis in its Place: Rethinking Regulatory Review», 65 *U. Miami L. Rev.* 335.

[6] La Orden Ejecutiva 12291 establece la evaluación de impacto regulatorio por primera vez en los Estados Unidos. Véase: <http://www.archives.gov/federal-register/codification/executive-order/12291.html>. La citada Orden presidencial establece en sus artículos segundo y tercero lo siguiente (extracto): «SEC. 2. *GENERAL REQUIREMENTS*. In promulgating new regulations, reviewing existing regulations, and developing legislative proposals concerning regulation, all agencies, to the extent permitted by law, shall adhere to the following requirements: (a) Administrative decisions shall be based on adequate information concerning the need for and consequences of proposed government action; (b) Regulatory action shall not be undertaken unless the potential benefits to society for the regulation outweigh the potential costs to society; (c) Regulatory objectives shall be chosen to maximize the net benefits to society; (d) Among alternative approaches to any given regulatory objective, the alternative involving the least net cost to society shall be chosen; and (e) Agencies shall set regulatory priorities with the aim of maximizing the aggregate net benefits to society, taking into account the condition of the particular industries affected by regulations, the condition of the national economy, and other regulatory actions contemplated for the future. SEC. 3. *REGULATORY IMPACT ANALYSIS AND REVIEW*. (a) In order to implement Section 2 of this Order, each

coste-beneficio y la evaluación de impacto regulatorio podría explicar por qué esta última no se ha enfrentado a las

---

agency shall, in connection with every major rule, prepare, and to the extent permitted by law consider, a Regulatory Impact Analysis [...] (c) Except as provided in Section 8 of this Order, agencies shall prepare Regulatory Impact Analyses of major rules and transmit them, along with all notices of proposed rulemaking and all final rules, to the Director as follows: (1) If no notice of proposed rulemaking is to be published for a proposed major rule that is not an emergency rule, the agency shall prepare only a final Regulatory Impact Analysis, which shall be transmitted, along with the proposed rule, to the Director at least 60 days prior to the publication of the major rule as a final rule; (2) With respect to all other major rules, the agency shall prepare a preliminary Regulatory Impact Analysis, which shall be transmitted, along with a notice of proposed rulemaking, to the Director at least 60 days prior to the publication of a notice of proposed rulemaking, and a final Regulatory Impact Analysis, which shall be transmitted along with the final rule at least 30 days prior to the publication of the major rule as a final rule; (3) For all rules other than major rules, agencies shall submit to the Director, at least 10 days prior to publication, every notice of proposed rulemaking and final rule. (d) To permit each proposed major rule to be analyzed in light of the requirements stated in Section 2 of this Order, each preliminary and final Regulatory Impact Analysis shall contain the following information: (1) A description of the potential benefits of the rule, including any beneficial effects that cannot be quantified in monetary terms, and the identification of those likely to receive the benefits; (2) A description of the potential costs of the rule, including any adverse effects that cannot be quantified in monetary terms, and the identification of those likely to bear the costs; (3) A determination of the potential net benefits of the rule, including an evaluation of effects that cannot be quantified in monetary terms; (4) A description of alternative approaches that could substantially achieve the same regulatory goal at lower cost, together with an analysis of this potential benefit and costs and a brief explanation of the legal reasons why such alternatives, if proposed, could not be adopted; and [...] (2) The Director shall be deemed to have concluded review unless the Director advises an agency to the contrary under subsection (f) of this Section: (A) Within 60 days of a submission under subsection (c)(1) or a submission of a preliminary Regulatory Impact Analysis or notice of proposed rulemaking under subsection (c)(2); (B) Within 30 days of the submission of a final Regulatory Impact Analysis and a final rule under subsection (c)(2); and (C) Within 10 days of the submission of a notice of proposed rulemaking or final rule under subsection (c)(3). [...] (h) Agencies shall make their preliminary and final Regulatory Impact Analyses available to the public».

mismas críticas con las que se ha topado el primero en los Estados Unidos. El análisis coste-beneficio implica cuantificar, en términos monetarios, todos los beneficios y costes de un proyecto, ya sean lesiones o muertes humanas. Hay quien considera que cuantificar muertes humanas es moralmente peligroso<sup>7</sup>. La evaluación de impacto regulatorio no ha sufrido las mismas críticas.

Ambos mecanismos serán objeto de estudio aquí. La evaluación de impacto regulatorio ha de distinguirse también de aquellas otras evaluaciones específicas o sectoriales (como la ambiental) que, aunque participando de la misma filosofía, persiguen fines distintos aun cuando sean similares. El objetivo de esas específicas evaluaciones de impacto se localiza en evaluar las consecuencias de un proyecto, tanto las positivas como las negativas.

Entre otros interrogantes que se plantean, cabe destacar dos: ¿es posible hablar de una concepción común de la evaluación de impacto regulatorio que pudiera resultar aceptable en la mayoría de los sistemas jurídicos? Y si los criterios son distintos, ¿puede identificarse un concepto básico de lo que deba considerarse evaluación de impacto regulatorio que pudiera aplicarse en todos los países?

Pierre Issalys define la evaluación de impacto regulatorio utilizando diversos criterios: se trata de un trabajo de carácter científico, desarrollado por la Administración, y

---

[7] Robert KUTTNER, *Everything for Sale*, University of Chicago Press, 1999, p. 301. Véase también: Amartya SEN, «The Discipline of Cost-Benefit Analysis», 29 *J. Legal Stud.* 931 (2000); Henry S. RICHARDSON, «The Stupidity of the Cost-Benefit Standard», 29 *J. Legal Stud.*, 971 (2000); Martha C. NUSSBAUM, «The Costs of Tragedy: Some Moral Limits of Cost-Benefit Analysis», 29 *J. Legal Stud.*, 1005 (2000).



que tiene por objeto obtener la información necesaria para los políticos que han de decidir, y cuyos resultados pueden hacerse públicos. La finalidad de esta tarea es múltiple: establecer el impacto previsible de una política pública gracias a datos cualitativos y cuantitativos; identificar claramente cuál es el problema a resolver y los objetivos que dicha política persigue; determinar y comparar los costes respectivos, las ventajas y las desventajas de las diferentes propuestas con el fin de resolver un problema que se ha identificado de forma previa (incluso tomando en consideración la opción de no hacer nada, es decir, de no aprobar ningún política pública al respecto); y, finalmente, sobre la base de estos elementos, explicar, justificar y motivar la política pública propuesta<sup>8</sup>.

Para Radaelli, la evaluación de impacto regulatorio consiste en «una estimación sistemática y obligatoria de cómo la legislación primaria o secundaria puede afectar a ciertas categorías de interesados, a los sectores económicos, y al medio ambiente. ‘Sistemática’ significa coherente y no episódica o aleatoria. ‘Obligatoria’ se refiere a que no es una actividad voluntaria. En esencia, la evaluación de impacto regulatorio se traduce en un procedimiento administrativo especial, generalmente utilizado en la fase preliminar de diseño, esto es, en la fase de examen y control de una determinada iniciativa legislativa. Su mayor o menor refinamiento y grado de ela-

---

[8] Véase Pierre ISSALYS, «L’analyse d’impact des lois et règlements: impératif d’efficacité ou condition de légitimité?», en *Interpretatio non cessat : Mélanges en l’honneur de Pierre-André Côté / Essays in Honour of Pierre-André Côté*, Stéphane Beaulac y Mathieu Devinat (Dirs.), Éditions Yvon Blais; Pierre ISSALYS, «Impact Assessment as a Means Towards Higher Quality of Legal Norms: Beware of Blind Spots!», en Marta Tavares de Almeida (Dir.), *The Quality of Legislation*, Baden-Baden, Nomos, 2011.

boración, así como su alcance e intensidad analíticos, varían en función de los temas que deban abordarse y dependiendo también de los recursos disponibles –el grado de sofisticación debería ser proporcional a la importancia de los efectos esperados de la regulación–. De hecho, los efectos previsibles objeto del análisis pueden cubrir toda una variedad de índices y elementos, tales como las cargas administrativas que se impongan, los costes básicos derivados del cumplimiento de la nueva normativa, así como otros tipos más complejos de costes y beneficios, incluyendo los beneficios medioambientales, los efectos redistributivos y el impacto en el comercio. El ámbito de la evaluación de impacto regulatorio es amplio y el ámbito de las actividades económicas cubiertas alcanza desde ciertos tipos de empresas hasta sectores económicos enteros, desde la competitividad, hasta el impacto económico global de la nueva regulación. La evaluación de impacto regulatorio también puede utilizarse para evaluar los efectos que los proyectos normativos pueden tener sobre la Administración pública (por ejemplo, sobre otros departamentos ministeriales, escuelas, hospitales, prisiones, universidades) y a todos los niveles de gobierno, también regionales o locales. Pese a que la evaluación de impacto regulatorio se utiliza con frecuencia para valorar el impacto de un borrador o anteproyecto de futuro, también puede utilizarse para examinar los efectos de las normas que se hallan actualmente en vigor, por ejemplo, con el fin de eliminar algunas cargas establecidas por dicha norma, o bien, para escoger la manera más efectiva de simplificarla»<sup>9</sup>.

---

[9] Claudio M. RADAELLI y Fabrizio de FRANCESCO, *Regulatory Impact Assessment, The Oxford Handbook of Regulation*, 2010, pp. 279-301.

Para Kirkpatrick y Parker, la evaluación de impacto regulatorio consiste en un «método para analizar las políticas públicas, que tiene por objeto asesorar a los que han de realizar las políticas públicas, tanto en el diseño, como en la implementación y en la monitorización o supervisión de las mejoras de los sistemas regulatorios. A tal fin, la evaluación proporciona una metodología que sea capaz de determinar las probables consecuencias o efectos de una propuesta normativa»<sup>10</sup>.

Estas definiciones no son siempre coherentes, ni siquiera siempre satisfactorias, aunque contienen algunas características comunes:

En primer lugar, resulta en principio indiferente a esta técnica la naturaleza o carácter de las normas que hayan de ser objeto de evaluación. La evaluación de impacto regulatorio puede servir para medir los impactos de cualquier norma, ya sea un proyecto de ley, una directiva europea, un reglamento o resoluciones individuales. Ahora bien, aun cuando los borradores o anteproyectos objeto de examen se refieran a normas de naturaleza muy diferente, en realidad se trata de ordinario de normas de carácter *general*, en contraste o por contraposición a las resoluciones *singulares* (sean o no de carácter resolutorio de conflictos o de recursos).

En segundo lugar, la evaluación de impacto regulatorio se constituye de ordinario en un proceso *ex ante*. El objetivo de la evaluación de impacto regulatorio es la estimación *ex ante* del efecto probable sobre una política pública determinada. Puede utilizarse, no obstante, con posterioridad para revisar las políticas públicas ya existentes. Pero la labor de la evaluación de impacto regulatorio *ex ante* difiere de su utilización como mecanismo de evaluación *ex*

---

[10] C. KIRKPATRICK y D. PARKER, *Regulatory Impact Assessments: An Overview, in Regulatory Impact Assessment: Towards Better Regulation?*, C. Kirkpatrick y D. Parker (Eds.), Edward Elgar Publishing, 2007.

*post*, puesto que ésta se centraría en la medición de los impactos ya producidos y no en las futuras consecuencias.

En tercer lugar, la evaluación de impacto regulatorio hace referencia tanto al procedimiento, como al documento en el que consta la valoración, sea en forma de recomendación, o como mera información sobre los impactos positivos y negativos de un proyecto normativo. En este sentido, representa un acto preparatorio, cuyo contenido puede variar de un país a otro. Está claro, sin embargo, que las evaluaciones de impacto regulatorio no tienen efectos jurídicos; son meras recomendaciones para las autoridades competentes en cada caso por resolver.

El propósito de la evaluación de impacto regulatorio reside en ilustrar a quienes ostentan la competencia y la potestad para resolver. Constituye un documento que tiene el propósito de informar acerca de los posibles impactos de un determinado proyecto.

En cuarto lugar, es un trabajo de carácter científico, pese a que el grado de «cientificidad» puede variar enormemente de un país a otro. En este sentido, las aptitudes y capacidades necesarias para llevar a cabo una evaluación de impacto regulatorio son diversas. El equivalente estadounidense a la evaluación de impacto regulatorio es el análisis coste-beneficio y, por tanto, requiere unas grandes habilidades técnicas, tanto en materia económica, cuanto de carácter científico. Como explica Cass Sunstein, «un Gobierno comprometido con el análisis coste-beneficio intentará analizar las consecuencias o efectos de una norma, tanto en lo que hace a los costes, como en lo que se refiere los beneficios que irroga. Un análisis tal habrá de manejar elementos cuantitativos y cualitativos de los efectos esperados, incluyendo, por ejemplo, una declaración de las vidas que previsiblemente se salvarán, de los cánceres curables que se prevendrán, de los ataques de asma evitados, y mucho más (...). Allí donde la ciencia no permite predicciones, los Gobiernos deben establecer intervalos, por ejemplo, en el supuesto de las vidas que puede salvar una norma, debe decirse que salvará entre 100 y 240 vidas por año (...). Siempre que sea posible, los beneficios esperados deberían traducirse en términos monetarios, no porque

una vida sea realmente evaluable, por ejemplo en 6 millones de dólares, sino para permitir comparaciones pertinentes y establecer prioridades»<sup>11</sup>.

En otras palabras, el análisis coste-beneficio requiere de unas grandes habilidades para estimar el impacto esperado de una propuesta de política pública y para convertir esta estimación en términos monetarios.

También puede requerir especiales competencias jurídicas en algunos ordenamientos en los que la evaluación de impacto regulatorio no se limita a un análisis coste-beneficio, para examinar los problemas legales involucrados en la implementación de una futura norma. Por ejemplo, en Francia, se requiere, por Ley, que las evaluaciones de impacto expliquen los distintos sistemas de implementación que requieren las normas propuestas.

Así pues, los efectos que deben ser tenidos en cuenta en las evaluaciones de impacto regulatorio son muy variados; pueden ser económicos, legales, medioambientales, o sociales. Pueden afectar a la economía en general, o sólo a las pequeñas empresas, o bien concernir a los Gobiernos locales o a los Estados centrales. Los costes que han de valorarse son también de muy distinto signo: de carácter redistributivo, de naturaleza administrativa (cargas administrativas), costes de cumplimiento o de adaptación a la nueva normativa.

Todo ello explica por qué la evaluación de impacto regulatorio debe ser descentralizada. Una agencia o Administración no puede dominar todas las habilidades y aptitudes necesarias para llevar a cabo una evaluación de impacto regulatorio. Las agencias o departamentos que promueven una determinada medida y que ostentan en última instancia la capacidad decisoria sobre ella son quienes acometen la evaluación de impacto regulatorio.

En quinto lugar, la evaluación de impacto regulatorio puede definirse por su método. Como afirma Pierre Issalys, el método consiste en evaluar, cuantitativa y/o cualitativamente, las previsi-

---

[11] Cass SUNSTEIN, «The Cost-Benefit State: the Future of Regulatory Protection», Chicago, IL: *Section of Administrative Law and Regulatory Practice*, American Bar Association, 2002, p. 20.

bles consecuencias de las diferentes soluciones que se identifiquen para resolver la cuestión objeto de análisis<sup>12</sup>. La comparación de los costes, ventajas y desventajas de las medidas, debería ayudar a escoger la mejor política pública, aquella que minimice los costes mientras que, a la vez, maximice los resultados. El método de evaluación de impacto regulatorio comprende diferentes fases:

- «La definición del problema (en términos de riesgo, de necesidades, o de oportunidades para mejorar el *status quo*).
- Una forma de gobernanza que se base en un proceso de gestación de las normas que sea transparente y controlable, que ponga especial énfasis en las consultas, en el uso de las pruebas empíricas y contrastadas para la preparación de la legislación y que siga los estándares de validación propios de las ciencias sociales y naturales durante el proceso regulatorio.
- La expresa consideración de múltiples opciones, incluyendo la opción cero o la de no tomar ninguna medida, teniendo en cuenta alternativas que supongan una menor intervención pública en los mercados, medidas de Derecho blando o *soft-law*, acuerdos voluntarios, y, desde luego, los métodos tradicionales de «orden y mando» (*command and control regulations*)<sup>13</sup>.
- Metodologías específicas para el análisis de diferentes opciones regulatorias, como el análisis coste-beneficio, análisis de criterios múltiples, y la evaluación comparativa de riesgos.
- Un compromiso de supervisión *ex post* y de revisión de las regulaciones»<sup>14</sup>.

---

[12] Véase Pierre ISSALYS, *L'analyse d'impact des lois et règlements : impératif d'efficacité ou condition de légitimité*.

[13] Se hace con ello referencia al método tradicional de gobierno y administración, basado, como ocurre con la actividad administrativa de policía, en normas imperativas y vinculantes, y medidas o técnicas coercitivas en su aplicación, como el acto administrativo [Nota del editor].

[14] Véase Claudio M. RADAELLI (2005): «Diffusion without Convergence: How Political Context Shapes the Adoption of Regulatory Impact Assessment», *Journal of European Public Policy*, 12:5, 924-943.

Por tanto, el propósito de la evaluación de impacto regulatorio consiste en ofrecer, mediante esas fases, la información necesaria para la toma de decisiones. En palabras de Adler y Posner, se trata, en efecto, de «un proceso decisorio»<sup>15</sup>. Pero de un proceso decisorio cuyo objetivo consiste en producir o favorecer la adopción de ciertos tipos de decisiones. En el contexto de los EE. UU., la evaluación de impacto regulatorio y el análisis coste-beneficio pretenden propiciar decisiones «cuyos beneficios excedan de sus costes»<sup>16</sup>. En otros contextos, el propósito de la evaluación de impacto regulatorio puede ser diferente, de acuerdo con las preferencias nacionales, pese a que cabe afirmar que la evaluación de impacto regulatorio pretende fundar las políticas públicas en valoraciones «neutrales», en pruebas objetivas<sup>17</sup>.

## II. EL FUNDAMENTO O RAZÓN DE SER DE LA EVALUACIÓN DE IMPACTO REGULATORIO

Indagar en las razones del nacimiento y florecimiento de esta técnica en los Estados occidentales requiere ir más allá

---

[15] Matthew D. ADLER y Eric A. POSNER, «Rethinking Cost Benefit Analysis», *109 Yale L.J.* 165.

[16] Robert H. FRANK, «Why is Cost-Benefit Analysis so Controversial?», en *Cost-Benefit Analysis: Legal, Economic, and Philosophical Perspectives*, Matthew D. Adler y Eric A. Posner (Eds.), Chicago, University of Chicago Press, 2001, p. 77; Matthew D. ADLER y Eric A. POSNER, «Rethinking Cost Benefit Analysis», *109 Yale L.J.* 165.

[17] Véase Claudio M. RADAELLI (2005), «Diffusion without Convergence: How Political Context Shapes the Adoption of Regulatory Impact Assessment», *Journal of European Public Policy*, 12:5, 924-943.

del debate convencional que sobre la evaluación de impacto regulatorio y el análisis coste-beneficio se ha producido. De acuerdo con el enfoque tradicional, la raíz se encontraría en el neoliberalismo. Ello no obstante, la exactitud de esta explicación tiene sus límites<sup>18</sup>. Es cierto que la evaluación de impacto regulatorio ha sido promovida, desarrollada y defendida en Estados Unidos y Reino Unido en la época de Reagan y de Thatcher, bajo el influjo de una doctrina neoliberal que pone la economía en primer lugar.

Ha de ponerse de manifiesto, sin embargo, que ésta no es la única razón para su desarrollo. En primer lugar, la evaluación de impacto regulatorio no habría podido aparecer, si no fuera porque una serie de revoluciones intelectuales transformaron tanto la forma de actuar del Estado, como el modo en que es concebido el interés general o interés público (1). En segundo término, el desarrollo de la evaluación de impacto regulatorio en Estados Unidos ha de contextualizarse y entenderse necesariamente en el marco de la Ley de Procedimiento Administrativo (*Administrative Procedure Act*, APA, por sus siglas en inglés] que sigue el modelo conocido como *adversarial legalism*<sup>19</sup> para la elaboración de políticas públicas, o sistema basado en un modelo contradictorio (2).

---

[18] Estudiaremos este tema en el apartado III.

[19] No existe consenso en la traducción al castellano de este modelo. Es por ello que ha sido preferible conservar la expresión original. Ignacio de la Rasilla del Moral, en su traducción de la obra de Robert A. Kagan *Adversarial Legalism: The American Way of Law*, habla de «legalismo contencioso». Se trata, en realidad, de un modelo jurídico basado en el sistema contradictorio. La edición del referido libro en la Harvard University Press (<http://www.hup.harvard.edu/catalog.php?isbn=9780674012417>) recoge el siguiente extracto del modelo: «American methods of policy implementation and dispute resolution are more adversarial and legalistic when compared with the systems of other economically advanced countries. Americans more often rely on legal



## 1. LA NUEVA CONCEPCIÓN DEL INTERÉS PÚBLICO A PARTIR DE LOS AÑOS SETENTA DEL PASADO SIGLO EN ESTADOS UNIDOS Y FRANCIA

El impulso o movimiento para incorporar la evaluación de impacto en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales –legales y reglamentarias– se alimenta de la idea de que tanto el legislador como los administradores, abandonados a su suerte, podrán aprobar leyes y reglamentos que no respondan a las exigencias del interés general. En este sentido, la evaluación de impacto nos muestra un camino nuevo, una nueva forma de evaluar el interés público. La evaluación de impacto exige a los legisladores que equilibren beneficios y costes y que busquen el mejor resultado global. Pero además las aportaciones del público durante la preparación de una evaluación de impacto podrán imprimirle un sesgo a las leyes más cercano a las preocupaciones de los ciudadanos, sin que haya mediación de organismos representativos o de élite. Late, pues, una tensión potencial con la con-

---

threats and lawsuits. American laws are generally more complicated and prescriptive, adjudication more costly, and penalties more severe. In a thoughtful and cogently argued book, Robert Kagan examines the origins and consequences of this system of ‘adversarial legalism’. Kagan describes the roots of adversarial legalism and the deep connections it has with American political institutions and values. He investigates its social costs as well as the extent to which lawyers perpetuate it. Ranging widely across many legal fields, including criminal law, environmental regulations, tort law, and social insurance programs, he provides comparisons with the legal and regulatory systems of western Europe, Canada, and Japan that point to possible alternatives to the American methods. Kagan notes that while adversarial legalism has many virtues, its costs and unpredictability often alienate citizens from the law and frustrate the quest for justice. This insightful study deepens our understanding of law and its relationship to politics in America and raises valuable questions about the future of the American legal system» [Nota del traductor].

cepción tradicional del interés público, en cuanto articulada a través de los parlamentos y los jueces<sup>20</sup>.

Como ya se ha observado, la evaluación de impacto supone y entraña la existencia de una preocupación por la eficacia funcional del Derecho. El sistema de la evaluación de impacto regulatorio permite que los Estados valoren el efecto que las leyes y reglamentos y en general cualquier forma de regulación podrá tener sobre la conducta humana y la consecución de los beneficios perseguidos. La evaluación de impacto regulatorio ejemplifica y encarna la nueva forma de concebir el interés público. En primer lugar, la evaluación de impacto regulatorio demuestra que los intereses públicos ya no son producto de la exclusiva voluntad de la Administración, sino de la ponderación y equilibrio entre costes y beneficios. El interés público ya no es algo que la voluntad de la Administración pueda declarar unilateralmente, por puro decisionismo, sino que tiene que justificarse, que construirse.

Un ejemplo de esta evolución y cambio de perspectiva se halla en la misma jurisprudencia del *Conseil d'Etat* francés. Evolución ésta que resulta aún más interesante por cuanto representa un entrelazamiento de la nueva concepción del interés público con la idea de costes y beneficios, abogando por un necesario equilibrio entre ambos extremos. Asimismo, esta concepción es contemporánea a la creación de las evaluaciones de impacto en el Derecho ambiental de Estados

---

[20] Esta parte está basada en el artículo escrito por Susan ROSE-ACKERMAN y Thomas PERROUD, «Policymaking and Public Law in France: Public Participation, Agency Independence, and Impact Assessment», *Columbia Journal of European Law*, 2013, próximamente, *Yale Law & Economics Research Paper*, n° 463.

Unidos y Europa<sup>21</sup>, así como de otros muchos países, no sólo de la Unión Europea.

Abogados del Estado y letrados de las Administraciones francesas se han involucrado en la búsqueda de ese equilibrio y ponderación, desde el emblemático caso del *Conseil d'État* de la *Ville Nouvelle-Est*<sup>22</sup>. Ese caso, que se resolvió mucho antes del impulso que actualmente se le ha dado a la evaluación de impacto, tenía por objeto la aprobación oficial de un proyecto de desarrollo urbanístico, en el marco de la ley de expropiación forzosa (la privación de la propiedad privada para uso público)<sup>23</sup>. El dictamen mencionaba la necesidad de que el tribunal buscara el equilibrio o que ponderara (*bilan*) valores enfrentados. El *Conseil d'État* sostuvo que un proyecto no puede ser declarado legalmente de interés público a no ser que la privación de la propiedad privada, los costes financieros,

---

[21] La evaluación de impacto surgió en los debates estadounidenses sobre política ambiental y posteriormente se extendió a la formulación de políticas públicas en Europa. En EE. UU. estos debates dieron lugar a la aprobación de la Ley Nacional de Política Ambiental (NEPA por sus siglas en inglés) en 1970, que requiere una evaluación de impacto ambiental para todos los proyectos públicos que puedan afectar al medio ambiente (Ley Nacional de Política Ambiental, P.L. 91-190, 1970. Para una historia de la NEPA y la introducción de la evaluación de impacto ambiental, Rabel J. BURDGE (1991): *A Brief History and Major Trends in the Field of Impact Assessment*, *Impact Assessment*, 9:4, 93-104). En Francia también la evaluación de impacto se desarrolló por primera vez en el ámbito del medio ambiente con una ley de 1976. Michel PRIEUR argumenta que este instrumento constituye un «procedimiento administrativo revolucionario» (Loi du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature; véase M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, Dalloz, 2011, p. 91).

[22] *Guy Braibant* 27 AJDA 404 (1971) (reproducción de sus conclusiones sobre el caso).

[23] En Francia, con su sistema de doble corte, presentar casos resulta bastante complejo. Los tribunales administrativos, como en *Ville Nouvelle-Est*, deciden sobre la legalidad del proyecto. Si el proyecto es legalmente aceptable, las disputas sobre el nivel de compensación pasan a los tribunales civiles.

y los posibles costes sociales, no resulten excesivos en comparación con los beneficios públicos que genere el proyecto<sup>24</sup>.

Guy Braibant, el *Commissaire du gouvernement* en este caso, justificó esta evolución de la jurisprudencia con la explicación de que el *Conseil d'État* a partir de entonces debe de reconocer que el interés público es plural. En ese sentido, escribió lo siguiente: que ya no existe la separación entre el poder público y el interés general, de un lado, y, de otro, la propiedad privada. Con una frecuencia cada vez mayor, cabe apreciar la existencia de múltiples intereses públicos tras las autoridades expropiantes y los expropiados, llegando a darse el caso de que los intereses privados que se benefician de las operaciones pesan más en el proceso de toma de decisiones que los intereses públicos a los que la operación podría perjudicar. Por lo tanto, no es posible mantener el viejo razonamiento que llevaba a preguntarse si las privaciones, en sí mismas, eran de interés público. Las diversas ventajas y desventajas, el coste y el rendimiento de la inversión o, como dirían los economistas, la utilidad frente a la no utilidad, tienen que equilibrarse<sup>25</sup>.

Las palabras de Guy Braibant ponen de manifiesto hasta qué punto la concepción del interés público ha cambiado en la década de 1970.

Por lo tanto, el *Conseil* consideró en aquel caso que era apropiado que los jueces ponderaran el interés público frente a la privación de la propiedad privada, el coste financiero, los disturbios sociales, los daños al medio ambiente, etc. Así, debido a que el *Conseil d'État* hará concesiones, el decisor principal deberá hacer lo mismo si no quiere arriesgarse a que sus decisiones sean anuladas.

El caso de 1971 representa un importante reconocimiento por parte del *Conseil* de que el Derecho Público incluye tales equilibrios y compensaciones. Esta jurisprudencia resulta interesante en

---

[24] *Conseil d'Etat*, 28 mai 1971, *Ville Nouvelle-Est*, Recueil Lebon en 409. Traducido al inglés por los propios autores.

[25] Dictamen previo del *commissaire de gouvernement* en el caso *Braibant*, *supra* en nota 22.

la medida en que constituye, como se ha dicho, una expresión jurídica de la nueva concepción del interés público.

Ahora bien, éste no es el único fundamento para la evaluación de impacto regulatorio. En la Europa continental, la noción de calidad del Derecho también se utilizó para promover el uso de la evaluación de impacto regulatorio.

## 2. LA EVALUACIÓN DE IMPACTO REGULATORIO Y LA CALIDAD

Como es sabido, la OCDE<sup>26</sup> ha asociado estrechamente la evaluación de impacto regulatorio con la noción de calidad, a través de los programas de «legislar mejor» (*better regulation*)<sup>27</sup>.

En el caso francés<sup>28</sup>, el impulso a la evaluación de impacto regulatorio, como explica Jean Maïa en el trabajo, se debe a dos razones. De una parte, el *Conseil d'État* elaboró las directrices iniciales de 2003 sobre Evaluación de Impacto y respaldó la evaluación de impacto de los proyectos de ley. La razón no estribaba sólo en el deseo de elaborar mejores

---

[26] *Vid.*, por ejemplo, <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy> y <http://www.oecd.org/fr/reformereg/34976533.pdf>. [Nota del traductor].

[27] Véase Claudio M. RADAELLI (2004): «Getting to Grips with Quality in the Diffusion of Regulatory Impact Assessment in Europe», *Public Money & Management*, 24:5, 271-276; Maria de BENEDETTO, Mario MARTELLI y Nicoletta RANGONE, *La qualità delle regole*, Il Mulino, 2011, p. 23.

[28] Para Italia véase FORMEZ, *La qualità della regolamentazione: casi italiani e confronti internazionali*, Napoli, 2003 (documento disponible en: [http://www.osservatorioair.it/wp-content/uploads/2009/08/atti\\_convegno\\_napoli\\_ottobre\\_2003.pdf](http://www.osservatorioair.it/wp-content/uploads/2009/08/atti_convegno_napoli_ottobre_2003.pdf), última consulta, 31 de marzo de 2013).

proyectos de ley, sino también en limitar el número de normas nuevas. Puede parecer extraño que la cantidad de leyes pueda constituir, por sí sola, una fuente de preocupaciones, por contraste y comparación con las cargas regulatorias y las leyes fiscales<sup>29</sup>. Sin embargo, en Francia esa preocupación se encuentra estrechamente ligada al problema y al debate acerca de cuál deba ser el papel del órgano legislativo en relación a la élite del funcionariado en la promoción del interés público<sup>30</sup>. En la concepción del *Conseil d'État*, las leyes han de expresar el interés general y esta idea cala en los debates en Francia sobre el número y la calidad de las leyes que se promulgan<sup>31</sup>. Durante mucho tiempo, el *Conseil d'État* ha lamentado la «proliferación legislativa», la «sobreproducción» de normas, y la inflación de reglas provenientes del Parlamento y del ejecutivo<sup>32</sup>. El *Conseil d'État* sostiene que el aumento del número de textos jurídicos conlleva una pérdida

---

[29] El debate en EE. UU. se ha centrado no en las leyes y normas del poder ejecutivo, sino más bien en la carga para el sector privado. Para una crítica a la formulación de normas en los Estados Unidos, véase THOMAS O. MCGARITY, *Reinventing Rationality: The Role of Regulatory Analysis in the Federal Bureaucracy* (1991) en 273.

[30] Sobre las raíces históricas véase LINDSETH, *Paradox*, *supra* en 1404-1407.

[31] La preocupación por la calidad del Derecho no es, obviamente, sólo francesa. La investigación sobre la elaboración de proyectos de ley y la calidad del Derecho comenzó en Alemania y Suiza en el siglo XIX y XX y en el mundo del *common law* en los años setenta. Véase L. ECK, «Les études d'impact et la légistique», en *Les études d'impact accompagnant les projets de loi*, M. Philip-Gay (Ed.) (2012); K. GILBERT, *La légistique au concret: Les processus de rationalisation du droit*, Thèse, Paris 2, 2007.

[32] Véase *Rapport Public du Conseil d'État* 1991 en 15. El autor principal del informe fue Françoise CHANDERNAGOR, historiador y miembro del *Conseil d'État*. En 2005, el *Conseil d'État* informó de que había 10.500 leyes y 120.000 decretos vigentes. En 1991, el *Conseil d'État* contaba con 7.500 leyes. Además, cada año los Ministerios emiten más de 10.000 órdenes ejecutivas.

de valor legal. El derecho se trivializa; *quand le droit bavarde, le citoyen ne lui prête qu'une oreille distraite* («cuando el Derecho habla en exceso, los ciudadanos no le prestan atención»). Esta multiplicación de textos jurídicos puede dar lugar a una violación de la igualdad ante la ley, a un déficit democrático, y a la inseguridad jurídica<sup>33</sup>. El interés por detener esta «mareja» la podemos ver detrás del apoyo del *Conseil d'État* a las evaluaciones de impacto en relación con los anteproyectos de ley. El *Conseil* entiende que el requisito de la evaluación de impacto concuerda con su propio compromiso de defensa del interés general.

### 3. LA EVALUACIÓN DE IMPACTO REGULATORIO COMO PRODUCTO DE LOS PRINCIPIOS CARACTERÍSTICOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO NORTEAMERICANO

En Estados Unidos, algunos casos ponen de manifiesto que el control judicial de la Administración que la Ley de Procedimiento Administrativo norteamericana ha establecido supone un cierto mandato en favor de la evaluación de impacto regulatorio. En el Derecho Administrativo de EE. UU. las agencias independientes gozan de una amplia discrecionalidad para invocar su conocimiento experto en la ponderación de los intereses en conflicto. Sin embargo, esa discrecionalidad está vinculada o limitada por la necesidad de motivar las decisiones, lo cual significa que, en aquellos

---

[33] Para un análisis de la definición francesa de calidad jurídica, véase C.-H. MONTIN, *Legistics and the Quality of Legislation in France*, en <http://www.montin.com/documents/legistics.pdf>.

casos en que las partes planteen alternativas razonables a la posición que mantiene la agencia, resulta obligado, antes de resolver definitivamente, tener en cuenta y valorar esas diversas opciones. La obligación de motivar las decisiones que adopte la agencia implica la obligación de poner el conocimiento experto y el mejor análisis al servicio de «aportar luz sobre esa cuestión»<sup>34</sup>.

A través de estos principios de amplio espectro del Derecho Administrativo norteamericano, los tribunales han «inyecta[do] consideraciones de coste-beneficio»<sup>35</sup> dentro del proceso de elaboración de reglamentos y reglas, aplicando el test o análisis de la «arbitrariedad o el capricho», que deriva de la Ley de Procedimiento Administrativo, y del que se infiere que la decisión que subyace a la norma o regla se ha de motivar suficientemente. El deber de motivar las decisiones constituye un estándar que resulta exigible de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a partir del caso *State Farm*<sup>36</sup>. De acuerdo con esta doctrina, en la elaboración de una disposición de carácter general, la agencia debe ser capaz de «articular una explicación satisfactoria de sus actuaciones, lo que incluye la relación racional entre los hechos probados y la elección realizada». El Tribunal también debe discernir si la decisión de la agencia «se ha basado en la consideración de los factores relevantes».

---

[34] 412 F.3d 133, § 37.

[35] Richard G. STOLL, «Cost-Benefit Analysis Through the Back Door of ‘Reasoned Decisionmaking’?», 31 *ELR* 10228.

[36] *Motor Veh. Mfrs. Ass’n v. State Farm Ins.*, 463 U.S. 29 (1983).



En el caso *Chamber of Commerce v. SEC*<sup>37</sup>, «la norma en cuestión disponía que la junta del fondo de inversión no tuviera menos de un 75% de consejeros independientes y que estuviera presidida por un consejero independiente»<sup>38</sup>. Lo interesante de este caso es que uno de los motivos o causas de la revisión judicial, de acuerdo con la Ley de Procedimiento Administrativo, consiste en que el órgano jurisdiccional que conoce del asunto puede anular cualquier decisión de una agencia que sea «arbitraria, caprichosa, incurso en abuso de discrecionalidad, o que en cualquier modo resulte contraria a Derecho»<sup>39</sup>.

El Tribunal de Apelación de EE. UU. (*US Court of Appeal*) en este caso sostuvo que el hecho de que la SEC<sup>40</sup> no tuviera en cuenta alternativa alguna supuso de suyo una infracción de la Ley de Procedimiento Administrativo. Valorar y comparar alternativas u opciones diversas es esencial al proceso de razonamiento propio de la evaluación de impacto regulatorio y del análisis coste-beneficio. El Tribunal, por supuesto, era consciente de los riesgos de una doctrina tan general y añadió, por ello, que «a la Comisión no se le exige que tenga en cuenta *toda alternativa... que la mente humana sea capaz de concebir... independientemente de lo rara o desconocida que esa alternativa pueda ser*»<sup>41</sup>. El Tribunal concretó aún más el alcance de su doctrina señalando seguidamente que a la SEC se le perdonaría el

---

[37] *Chamber of Commerce v. SEC*, 412 F.3d 133 (D.C. Cir. 2005).

[38] Paul ROSE y Christopher J. WALKER, «The Importance of Cost-Benefit Analysis in Financial Regulation», *Report for U.S. Chamber of Commerce; Law and Capital Markets @ Ohio State*, marzo 2013, p. 29.

[39] Administrative Procedure Act 5 U.S.C. § 706(2)(A) (2000).

[40] *U.S. Securities and Exchange Commission*. La SEC es una agencia independiente que tiene por objeto la regulación de la industria y el mercado de valores [Nota del traductor].

[41] 412 F.3d 133, § 35. Aquí, sin embargo, dos comisarios disidentes habían la idea de una alternativa a la norma en cuestión, que debería haber sido considerada entonces

error de no haber tenido en cuenta esta alternativa si, por cualquier razón, su consideración no mereciera la pena<sup>42</sup>.

Ahora bien, en la medida en que la alternativa no era frívola, ni estaba fuera de lo razonable, la Comisión debía de haberla considerado<sup>43</sup>.

El Tribunal cita como autoridad en esta controversia el caso *Laclede Gas Co. v FERC*<sup>44</sup>. En este supuesto, el Tribunal de Apelación sostuvo que cuando una parte plantea alternativas visiblemente razonables frente a la decisión de la agencia, en este caso la FERC (*Federal Energy Regulatory Commission*), la agencia debe o bien considerar las alternativas, o bien dar alguna razón, dentro de su amplio margen de discrecionalidad, sobre las opiniones contrarias.

Estos casos ponen de manifiesto, pues, que un mínimo análisis coste-beneficio, que consista en el examen de alternativas, resulta obligado en el Derecho Administrativo estadounidense, en el marco de la obligación de motivar o razonar. Significan también que la Ley de Procedimiento Administrativo, como ha quedado dicho, propicia un modelo contradictorio (o *adversarial*). Y es que, en efecto, el procedimiento de elaboración de disposiciones generales en los Estados Unidos exige que las agencias publiquen con antelación la regla o reglamento propuesto y que escuchen a todos los interesados. El énfasis que la evaluación de impacto regulatorio pone en el análisis de las alternativas posibles a una medida determinada se explica en el contexto de un proceso marcadamente contencioso de elaboración de políticas,

---

[42] 412 F.3d 133, § 36.

[43] 412 F.3d 133, § 37.

[44] 873 F.2d 1494, 1498 (D.C.Cir.1989).

ciertamente característico de los Estados Unidos. Tal es la razón por la que, como ya notábamos, algunos autores definen este modelo como «sistema contradictorio» (*adversarial legalism*)<sup>45</sup>. En definitiva, el análisis coste-beneficio proporciona a las agencias una manera objetiva de justificar su proyecto y de responder a las alternativas.

Se entiende así el contexto en el que nacieron el análisis coste-beneficio y la evaluación de impacto regulatorio en Estados Unidos. Habida cuenta de que se trata de un proceso contradictorio y contencioso de elaboración de políticas, las agencias (que carecerían de otra forma de legitimidad democrática también) necesitan un estándar o un parámetro a partir del cual poder evaluar los puntos de vista divergentes u opuestos, especialmente porque los tribunales les obligan siempre a justificar la alternativa por la que han optado.

---

[45] Véase Robert Kagan, *Adversarial Legalism: The American Way of Law*, Harvard University Press, 2009. El autor define el *adversarial legalism* («sistema contradictorio») como un método de formulación de políticas públicas y de resolución de conflictos que se caracteriza por altos grados, en términos relativos, de: a) impugnación jurídica formal: los intereses enfrentados invocan derechos subjetivos, obligaciones, y requisitos procesales, impulsados por la amenaza de que se recurra a la revisión judicial o a la ejecución; b) activismo litigante: la recopilación y presentación de pruebas y la articulación de demandas están dominadas o profundamente influenciadas por las partes o intereses en disputa, que actúan principalmente a través de los abogados; c) incertidumbre sustantiva: las decisiones oficiales, en términos relativos o comparativos, son variables, impredecibles y reversibles; por lo tanto, la defensa de lo «adversarial» o de lo contradictorio, puede tener un impacto sustancial (Robert A. KAGAN, «Do Lawyers Cause Adversarial Legalism – A Preliminary Inquiry», 19 *Law & Soc. Inquiry*, 1994).

#### 4. LA EVALUACIÓN DE IMPACTO REGULATORIO Y EL PROGRAMA «LEGISLAR MEJOR»

La evaluación de impacto regulatorio se asocia en Europa con el programa «legislar mejor» o «regulación inteligente». De acuerdo con la definición de Julia Black, la «regulación inteligente» (*smart regulation*) debe entenderse como un enfoque pragmático, flexible y pluralista de la regulación, y a cuyo servicio se utilizan múltiples técnicas regulatorias y en la que intervienen toda una variada gama de actores reguladores para implementar un régimen regulatorio. Se tiende, pues, a hablar de regulación «descentralizada», de «gobernanza colaborativa», de «regulación externalizada», de «atribución de facultades a los participantes»; de la búsqueda de instrumentos complementarios o híbridos; de nuevas «secuencias de instrumentos», y de maximizar las oportunidades de llegar a soluciones que beneficien a todos (*win-win solutions*)<sup>46</sup>.

El movimiento en pro del «legislar mejor» es, por tanto, poliédrico. Para Baldwin, los orígenes del movimiento se remontan a las políticas de desregulación establecidas por el Gobierno conservador y explicadas en el Libro Blanco

---

[46] «A win-win situation, also called a win-win game or non-zero-sum game in game theory, is a situation by which cooperation, compromise, or group participation leads to all participants benefiting. The term can be applied to many aspects of daily living, and it is contrasted to the zero-sum game or win-lose situation, where the dominant factor is that at least one person wins while another loses. These are also called zero-sum games and examples include most two-person board games. For instance a chess game is zero-sum. One winner, +1, is added to one loser, -1, resulting in a total of zero» (cfr. wiseGEEK: <http://www.wisegeek.org/what-is-a-win-win-situation.htm>). Julia BLACK, «Tensions in the Regulatory State», *Public Law* 2007, Spr., 58-73.

de 1985 titulado *Lifting the Burden*<sup>47</sup>. En este documento, el Gobierno se ocupaba del efecto negativo de los costes de cumplimiento de la normativa en las empresas y la necesidad de desregular mediante la liberación de los mercados y la reducción de las cargas administrativas y legislativas<sup>48</sup>.

El lema «legislar mejor» aparece cuando el Gobierno laborista de Tony Blair sube al poder. *Legislar mejor* es entonces una manera de cambiar el debate sobre la desregulación hacia formas inteligentes y eficaces de regulación. Estamos ante la «tercera vía», en la búsqueda del equilibrio entre el programa conservador de dismantelar el Gobierno y el viejo Estado de bienestar.

La evaluación de impacto regulatorio representa el elemento clave de la caja de herramientas del movimiento «legislar mejor», en la que asimismo se encuentran la «simplificación de los procedimientos administrativos, la legislación consolidada, planes para la reducción de las cargas administrativas, alternativas favorecedoras del mercado, inspecciones basadas en el riesgo, presupuestos dirigidos a la regulación, estándares de consulta obligada, evaluaciones de sostenibilidad de la regulación propuesta y existente, y la revisión *ex-post*»<sup>49</sup>.

---

[47] DTI, *Lifting the Burden*, Cmnd 9571 (1985) («Levantando las cargas»).

[48] Robert BALDWIN, *Is better regulation smarter regulation?*, 2005, Aut., 485-511.

[49] C. M. RADAELLI (2010), *Regulating Rule-Making via Impact Assessment*. *Governance*, 23: 89-108.

### III. LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA EVALUACIÓN DE IMPACTO REGULATORIO (EVALUACIÓN DE IMPACTO REGULATORIO)

La historia de la evaluación de impacto regulatorio puede dividirse en líneas generales en tres etapas. El mecanismo fue inventado en el contexto anglo-sajón de los Gobiernos conservadores de los Estados Unidos y del Reino Unido (1). Adquiriría luego un mayor significado y contenido en la época de la denominada «tercera vía», durante el Gobierno británico de Blair (2). Posteriormente, este instrumento se extendería entre todos los Estados miembros de la Unión Europea, así como en el resto del mundo gracias a los estudios de la OCDE (3).

#### 1. EL PERÍODO ANGLOAMERICANO: LA EVALUACIÓN DE IMPACTO REGULATORIO COMO HERRAMIENTA PARA LA DESREGULACIÓN

Adler y Posner identifican tres pasos en el desarrollo del análisis coste-beneficio y de la evaluación de impacto regulatorio en el contexto norteamericano. Primero, el análisis coste-beneficio aparece asociado al crecimiento de la centralización a nivel federal: «En los Estados Unidos, el Gobierno del *New Deal* comenzó a utilizar el análisis coste-beneficio en 1936, cuando el Congreso ordenó a las agencias que valoraran los costes y los beneficios de los proyectos di-

señados para hacer frente a las inundaciones»<sup>50</sup>. Como ejemplo citan la Ley de Control de las Inundaciones de 1936, de acuerdo con la cual, los proyectos habrían de aprobarse si los beneficios que generan exceden de los costes estimados<sup>51</sup>. En segundo lugar, es de destacar el auge de la denominada ideología «progresista» a finales del siglo XIX y comienzos del XX, en cuya virtud las funciones del Gobierno podrían clasificarse en dos: las funciones que se refieren a cuestiones de política básica y de valor social, de un lado, y aquellas otras que poseen un carácter administrativo o instrumental, de otro<sup>52</sup>. Finalmente, el último paso vendría con la creación de las herramientas intelectuales que constituyen el presupuesto del análisis coste-beneficio, esto es, la invención de la moderna economía del bienestar<sup>53</sup>.

Este mecanismo no se habría inventado si no se hubieran dado esos fenómenos<sup>54</sup>. La primera generalización del análisis coste-be-

---

[50] Matthew D. ADLER y Eric A. POSNER, «Rethinking Cost Benefit Analysis», *109 Yale L.J.* 165.

[51] Ley de Control de Inundaciones de 1936, § 1. 49 Stat. 1570, 1570 (codificada con modificación en 33 U.S.C. § 701a (1994)). Otro escritor ha visto las primeras manifestaciones del análisis coste-beneficio en la Ley de Ríos y Puertos de 1902 (ch. 1079, § 3, 32 Stat. 331, 372 (1902)): Edward SHERWIN, «The Cost-Benefit Analysis of Financial Regulation: Lessons from the SEC's Stalled Mutual Fund Reform Effort», *Stanford Journal of Law, Business, and Finance*, vol. 12, nº 1, 2006.

[52] Robert H. NELSON, «The Economics Profession and the Making of Public Policy», 25 *J. ECON. Literature* 49, 52-54 (1987).

[53] Matthew D. ADLER y Eric A. POSNER, «Rethinking Cost Benefit Analysis», *109 Yale L.J.* 165.

[54] Para una explicación precisa del desarrollo del análisis coste-beneficio en los Estados Unidos: A. RENDA, *Impact Assessment in the EU, The State of the Art and the Art of the State*, Centre for European Policy Studies, Brussels, 2006, pp. 8-56.

neficio se sitúa en los tiempos de la Administración Nixon, cuando las empresas comenzaron a quejarse de los costes derivados de la regulación, en aquella época en materia medioambiental. Después de varios intentos durante distintas Administraciones, sería en 1981, a través de la conocida Orden Ejecutiva número 12.291<sup>55</sup> cuando se obliga a las agencias a realizar un auténtico análisis coste-beneficio. El artículo 2 de la precitada Orden dispuso: «Para la elaboración de nuevos reglamentos, la reforma de los reglamentos en vigor, y el desarrollo de propuestas legislativas que afecten al reglamento, todas las agencias, hasta donde permita la Ley, deberán cumplir los siguientes requisitos:

- a) Todas las decisiones administrativas deberán basarse en la información adecuada sobre la necesidad de, y las consecuencias de, las acciones de Gobierno propuestas;
- b) La regulación no podrá llevarse a cabo salvo que los potenciales beneficios para la sociedad superen los costes que pudieran recaer sobre la misma;
- c) Los objetivos de la regulación se elegirán con las miras puestas en maximizar el beneficio para la sociedad;
- d) Entre las distintas alternativas para alcanzar un objetivo determinado mediante la regulación, deberá elegirse la alternativa que suponga menos costes para la sociedad; y
- e) Las agencias deberán establecer prioridades regulatorias con la intención de maximizar el beneficio neto agregado para la sociedad, teniendo en cuenta la situación de los sectores particulares afectados por los reglamentos, el estado de la economía nacional, y otras acciones regulatorias contempladas para el futuro»<sup>56</sup>.

Esta disposición contiene todos los elementos de un análisis coste-beneficio: primero, un reglamento que se base en

---

[55] Orden emanada por el Presidente de los Estados Unidos.

[56] Véase la Orden Ejecutiva aquí: <http://www.archives.gov/federal-register/codification/executive-order/12291.html>.



pruebas y datos supone que todos los borradores o proyectos deban contar con la información necesaria; y, segundo, la Orden Ejecutiva establece un parámetro o criterio de decisión, en cuya virtud los beneficios de la propuesta deberán superar los costes que se generan hacia la sociedad en su conjunto. Cuando la Orden se refiere a la «sociedad» quiere decir que el reglamento debe de elaborarse contemplando a la sociedad en su conjunto, como un todo, y no en beneficio de un colectivo determinado. La calidad de un análisis coste-beneficio se sometía al control de la OIRA (*Office of Information and Regulatory Affairs*, esto es, Oficina de Información y de Regulación), un cuerpo creado dentro de la Oficina de Gestión y Presupuesto (*Office of Management and Budget*, en adelante, OMB).

La historia del análisis coste-beneficio en los Estados Unidos en ese período no es pacífica. El análisis coste-beneficio ha sido objeto de una crítica habitual, cual es la de ralentizar el procedimiento administrativo de elaboración de disposiciones de carácter general. También se ha cuestionado que la competitividad tenga un valor tan central, en detrimento de otros valores relevantes, como el medio ambiente o la salud. No han faltado analistas que consideraran que esta evolución negativa obedece a que los grupos de representación de intereses han capturado la Casa Blanca y la OMB<sup>57</sup>.

---

[57] Véanse las referencias en A. RENDA, *Impact Assessment in the EU, The State of the Art and the Art of the State*, Centre for European Policy Studies, Brussels, 2006, p. 12, nota 31; B. D. FRIEDMAN, *Regulation in the Reagan-Bush Era: The Eruption of Presidential Influence*, Pittsburgh, PA: Pittsburgh University Press, 1995; B. WOODWARD y D. S. BRODER, «Quayle's Quest: Curb Rules, Leave 'No Fingerprints'», *Washington Post*, 9 January 1992.

En la etapa de la Administración Clinton, se aprobó la Orden Ejecutiva 12.866 con el fin de resolver los conflictos suscitados entre la OIRA y las agencias promoviendo una nueva «filosofía» de regulación.

El art. 1(a) de la Orden establece que: «A los efectos de decidir si y cómo hay que regular, las agencias deberán evaluar todos los costes y beneficios de las alternativas regulatorias disponibles, incluyendo la de no regular. Se entiende que los costes y beneficios incluyen tanto las medidas cuantificables (hasta el máximo alcance en que éstas puedan ser estimadas) y las medidas cualitativas de los costes y beneficios que resultan difíciles de cuantificar, pero cuya ponderación resulta esencial. Asimismo, a los efectos de la elección entre varias posibles alternativas regulatorias, las agencias deberán seleccionar aquellas que maximicen el beneficio neto (incluyendo el potencial económico, el medio ambiente, la salud pública y seguridad públicas, así como otras ventajas; la distribución de los impactos; y la equidad), salvo que una Ley disponga otra cosa»<sup>58</sup>.

La filosofía no es completamente nueva y los principios se mantienen inalterados: la idea de que los organismos deben considerar que la opción de «no regular» así como la idea de que algunas medidas pueden no ser cuantificables parece nueva pero, en realidad, se encontraba ya reconocida.

En el Reino Unido, según pone de manifiesto Anthony Ogus<sup>59</sup>, el primer intento de introducción de la evaluación de impacto regulatorio se produjo en 1986 y como parte de un esfuerzo más general encaminado a la reforma de la cultura y actividades de la Administración británica y a la des-

---

[58] Véase la Orden Ejecutiva aquí: [http://www.reginfo.gov/public/jsp/Utilities/EO\\_12866.pdf](http://www.reginfo.gov/public/jsp/Utilities/EO_12866.pdf).

[59] Véase el trabajo de Anthony Ogus en este volumen.

regulación de algunos sectores de la economía. El Gobierno conservador de Margaret Thatcher se limitó a requerir en un primer momento a las Administraciones competentes que evaluaran tan sólo el impacto que los proyectos de reglamentos producían en las empresas para el cumplimiento de la nueva norma, esto es, los costes de cumplimiento (también denominado «Evaluación del Coste de Cumplimiento» o CCA)<sup>60</sup>.

El Libro Blanco *Lifting Burdens* contempla, de cara a una adecuada elaboración normativa, tres requisitos:

- (i) un análisis estructural de cada nueva propuesta, preparada y publicada por el organismo interesado que lo haya iniciado, incluyendo una evaluación sistemática de su impacto en las empresas;
- (ii) escrutinio crítico de la propuesta, en particular de la evaluación, a cargo de un pequeño grupo operativo o comisión radicado en el Gobierno central y con poderes reales;
- (iii) controles periódicos y ordinarios del grupo operativo sobre las propuestas en curso y sobre el alcance de cualquier supresión, simplificación o racionalización de los requisitos de los sistemas existentes<sup>61</sup>.

El enfoque británico es mucho menos integral o ambicioso que la metodología de EE. UU. Sólo se tiene en cuenta el impacto en las empresas. El documento muestra una clara preferencia frente a la regulación sin mencionar siquiera que la regulación pueda efectivamente producir beneficios.

---

[60] Véase el Libro Blanco, *Lifting the Burden*, 1985; y *Building Business – Not Barriers*, 1986.

[61] Libro Blanco, *Lifting the Burden*, 1985, p. 34.

## 2. EL NUEVO GIRO: LA EVALUACIÓN DE IMPACTO REGULADORIO EN EL ÁMBITO DE LA MEJORA EN LA REGULACIÓN

Una nueva estrategia en el Reino Unido vendría con la llegada de Tony Blair como primer ministro. La idea de la «tercera vía» en la que se basó supuso el abandono de la actitud contraria a la regulación. La nueva estrategia debía ser más comprensiva. La Oficina de Auditoría Nacional (*National Audit Office*) explicaría esta evolución como parte de una «iniciativa gubernamental por legislar mejor», y en cuyo contexto se introdujo la evaluación de impacto regulatorio en agosto de 1998, para reemplazar la mera evaluación del coste de cumplimiento. El propósito, por tanto, consistía en ampliar el foco de la evaluación regulatoria a fin de convertirla en parte integral del procedimiento de elaboración de las políticas públicas. Ello significaba que además de describir los fines de cada norma y de examinar los riesgos y los costes financieros que a su través se inferían a las empresas, era necesario también que las Administraciones analizaran los beneficios y tuvieran en cuenta el impacto global en la sociedad»<sup>62</sup>.

En este contexto, la evaluación de impacto regulatorio se ha convertido en parte de una reforma más amplia acerca de la realización de las políticas públicas que se conoce por el nombre de «legislar mejor». Los principios en que se basa esta reforma son proporcionalidad, transparencia, coherencia, determinación de los objetivos a alcanzar, y control

---

[62] Véase «Legislar Mejor: haciendo buen uso de la evaluación de impacto regulatorio», 15 de noviembre 2001, *HC 329*, 2001-02, p. 16.

(rendición de cuentas). La evaluación de impacto regulatorio opera en ese sentido como un instrumento integrador que pretende establecer un método claro de realizar las políticas públicas. Los criterios fueron detallados de la siguiente forma:

Objetivo y efectos previstos	Identificación de los objetivos de la propuesta regulatoria
Riesgos	Evaluación de los riesgos a que la regulación propuesta pretende hacer frente
Beneficios	Identificación de los beneficios de cada opción, incluyendo la de «no hacer nada»
Costes	Examen de todos los costes, incluyendo los costes indirectos
Asegurar el cumplimiento	Identificación de las opciones para la acción
Impacto en pequeños negocios	Asesoramiento del Servicio para Pequeñas Empresas
Consulta pública	Obtención y procesamiento de las alegaciones de los afectados, y claridad acerca de los temas y alternativas que han de ser debatidos
Supervisión y Evaluación	Establece los criterios para la supervisión y la evaluación
Recomendación	Resumen y recomendaciones a los Ministerios, teniendo en cuenta las opiniones expresadas en la consulta pública

De este modo, la evaluación de impacto regulatorio se convirtió en una técnica más comprensiva y menos parcial. Y así se ha mantenido después.

A nivel de la Unión Europea, los primeros intentos de establecer una evaluación de impacto se remontan al año

1986, bajo la presidencia británica, con la denominada «Evaluación de Impacto Empresarial» (*Business Impact Assessment*, BIA). Pero el mecanismo no funcionó correctamente y presentó numerosas deficiencias. En efecto, esta clase de evaluaciones operaban con frecuencia como un mero ejercicio teórico *ex post*, puesto que se realizaban sobre propuestas ya finalizadas, al término del procedimiento, y, por tanto, con relevantes limitaciones e inconvenientes, tanto en lo que hace a la calidad del análisis, como en lo que se refiere a la posibilidad de influir en el contenido final. El sistema de evaluación empresarial que se ha mantenido después tampoco concreta qué clase de análisis ha de llevarse a cabo, lo que ha desembocado en toda una práctica muy variada en lo que a la calidad se refiere, en función del departamento o unidad de que se trate en cada caso<sup>63</sup>.

La publicación del informe *Mandelkern*, publicado en el año 2001, así como el trabajo realizado por la OCDE determinaron una profunda reforma de este instrumento. El modelo de evaluación de impacto introducido por la Comisión en aquellos años resultó mucho más amplio y ambicioso. Como recuerda Renda, el nuevo modelo de evaluación integral de impacto, establecido en 2002, incorpora no sólo la dimensión económica, sino también la social y ambiental, de cada propuesta normativa, en un esquema bifásico o dual. Todas las iniciativas de la Comisión propuestas para su inclusión en la Estrategia de Política Anual o en el Programa de Trabajo y de Legislación de la Comisión y que requieran

---

[63] «Final Report Business Impact Assessment (BIA) pilot project, Lessons Learned and the Way Forward», *Enterprise Paper* N° 9, DG Enterprise, European Commission, 2002, p. 2.

alguna medida regulatoria para su implementación (y por tanto incluyendo no sólo reglamentos y directivas, sino también Libros Blancos, programas de gasto y directrices de negociación para los acuerdos internacionales) deben someterse a una «evaluación de impacto preliminar». A ello se añade que las propuestas con mayores expectativas de impacto son objeto de un análisis más profundo denominado «evaluación de impacto ampliada»<sup>64</sup>.

El procedimiento deviene claramente más complejo. Las categorías o clases de impactos se han hecho más amplias y han de valorarse los efectos económicos, medioambientales y sociales. La complejidad deriva también del hecho de que las diversas clases de proyectos han de satisfacer las diferentes exigencias de las distintas evaluaciones de impacto. El análisis coste-beneficio debe utilizarse, aunque no de forma sistemática<sup>65</sup>. El procedimiento europeo de la evaluación de impacto regulatorio parece muy complejo y gravoso.

Este breve recorrido histórico pone de manifiesto que la evaluación de impacto regulatorio se ha ido adquiriendo complejidad con el paso del tiempo desde que naciera en los EE. UU.

---

[64] A. RENDA, *Impact Assessment in the EU, The State of the Art and the Art of the State*, Centre for European Policy Studies, Brussels, 2006, p. 53.

[65] Véanse las Directrices de la Evaluación de Impacto de la Comisión (enero 2009) en: [http://ec.europa.eu/governance/impact/key\\_docs/key\\_docs\\_en.htm](http://ec.europa.eu/governance/impact/key_docs/key_docs_en.htm).

### 3. DIFUSIÓN Y NUEVOS CONTENIDOS: LOS MODELOS DE EVALUACIÓN DE IMPACTO

Como sucede en muchas ocasiones con las transposiciones legales, se importa un instrumento aunque con la finalidad de servir a un propósito distinto para el que originalmente estaba destinado cuando se inventó.

El análisis comparado demuestra que la evaluación de impacto regulatorio representa una herramienta que ha sido utilizada para múltiples y diferentes propósitos en Europa. Tal y como observa Radelli, «la evaluación de impacto regulatorio constituye una solución para diferentes problemas. En Alemania, Suecia e Italia, ésta se percibe como una posible solución a los problemas de simplificación; en los Países Bajos se asocia a la cuestión de la competitividad; en Dinamarca y Bélgica, la conexión es entre la evaluación de impacto regulatorio y la calidad del entorno empresarial. A nivel de la Unión Europea, la evaluación de impacto regulatorio se concibe como una respuesta al problema del déficit de legitimidad del sistema normativo de la Comunidad»<sup>66</sup>.

Los objetivos, pues, son diferentes. Su formato difiere también. En el mundo anglosajón, a nivel de la Unión Europea y también en algunos países como el Reino Unido, Alemania o España, las evaluaciones de impacto presentan una clara dimensión cuantitativa y buscan como objetivo inmediato la reducción de las denominadas cargas administrativas, «simplificar la burocracia» (o *red tape*, como se le

---

[66] Véase Claudio M. RADAELLI (2005): «Diffusion without Convergence: How Political Context Shapes the Adoption of Regulatory Impact Assessment», *Journal of European Public Policy*, 12:5, 924-943.



denomina en inglés), y, en definitiva, los mejores resultados regulatorios.

En Francia esta técnica se encuentra en una abierta oposición a su tradición. Y es que en Francia, las evaluaciones de impacto no tienen como único objetivo la valoración de carácter económico. Por el contrario, en la Ley Orgánica que la regula<sup>67</sup>, las evaluaciones de los diversos impactos a que han de someterse los proyectos legislativos, ésta es sólo uno de los objetivos de las evaluaciones de impacto, puesto que el principal objetivo parece ser de carácter jurídico, en sentido amplio. Tal y como prevé la referida Ley Orgánica, las evaluaciones de impacto deberían evaluar específicamente:

- El modo en que el proyecto de ley resulta conforme con la legislación de la Unión Europea en vigor o en preparación, y su impacto en el sistema jurídico interno;
- el estado en que se encuentra la aplicación de la ley a nivel nacional en las áreas o ámbitos que contempla el proyecto de ley;
- las condiciones temporales de las medidas proyectadas, de las normas en vigor que han de ser derogadas, y de las disposiciones transitorias propuestas;
- las condiciones de aplicación de las provisiones previstas a nivel de las autoridades locales sujetas a lo dispuesto en los arts. 73 y 74 de la Constitución<sup>68</sup>, en Nueva Caledonia y en los Mares del Sur franceses y en los Territorios Antárticos, justificando, en su caso, las adaptaciones propuestas y la no aplicación de las disposiciones proyectadas para algunas de estas autoridades;

---

[67] En Francia, las Leyes Orgánicas son normas que implementan requisitos constitucionales y con la misma fuerza jurídica que la Constitución.

[68] Preceptos éstos relativos a las entidades territoriales [Nota del editor].

- la evaluación de los impactos económico, financiero, de empleo y medioambiental y los costes financieros, así como de beneficios esperados de las disposiciones previstas para cada categoría de Administración pública y personas naturales y legales afectadas, indicando el método de cálculo utilizado;
- la evaluación de las consecuencias de las medidas previstas sobre el sector de empleo público;
- las consultas llevadas a cabo antes del dictamen del Consejo de Estado; y
- la lista provisional de la implementación de la legislación necesaria<sup>69</sup>.

Esta relación demuestra claramente que, en la concepción francesa, la evaluación de impacto se ocupa sobre todo de la articulación de las normas en el tiempo y en el espacio (entre la Unión Europea, el nivel nacional y el local) y la implementación legal de las normas previstas. Ello refleja el espíritu con el que se adoptó la evaluación de impacto en Francia. Como se ha notado, respondió en primer término a la preocupación del *Conseil d'Etat* (última instancia de la jurisdicción administrativa francesa) por la calidad normativa. Preocupación por la calidad que no pretendía sin más reducir las cargas administrativas y la burocracia innecesaria, sino sobre todo dar mayor claridad y certidumbre al Derecho ante la multiplicación de normas. Esa es la razón por la que, simultáneamente, se llevaron a cabo numerosas simplificaciones y codificaciones del ordenamiento francés.

---

[69] Loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution, article 8. La traducción se toma de la OCDE, *Legislar Mejor en Europa: Francia*, 2010, pp. 109-110. Véase también el trabajo de Jean Maïa en el presente volumen.

El Reino Unido, sin embargo, se mueve en otro plano y persigue objetivos distintos. En ese sentido, se encuentra en la vanguardia de lo que se denomina «regular mejor» o «regular inteligentemente», dentro de cuya agenda se halla la evaluación de impacto. El objetivo prioritario reside sin duda en la dimensión económica y se traduce en la reducción de cargas administrativas y en sus respectivos costes, aspirando, por ejemplo, a disminuirlos en un 25%<sup>70</sup>. Además, el hecho de que la evaluación de impacto se presente con un resumen ejecutivo que sintetice los costes y beneficios en términos monetarios del proyecto supone un claro compromiso de los distintos Gobiernos británicos con una concepción cuantitativa de la evaluación de impacto. El eje, pues, no se sitúa, como en Francia, en la dimensión jurídica o legal.

En este sentido, otros países han adoptado una dirección similar, probablemente poniendo un menor énfasis en lo económico. España, por ejemplo, ha desarrollado una concepción más «gerencial» o de «gestión empresarial» que Francia. De acuerdo con la misma OCDE, el Real Decreto 1083/2009 (memoria del análisis de impacto normativo) de Julio de 2009<sup>71</sup>, está fuertemente enraizado en la lógica del «regular mejor», y, por ello, se preocupa por una mayor competitividad, crecimiento sostenible y creación de empleo<sup>72</sup>. En el año 2009, el Gobierno consideró que el citado Decreto constituía un «signo de su compromiso con la mejora del

---

[70] Véase OCDE, *Legislar Mejor en Europa: Reino Unido*, 2010, pp. 14-15.

[71] Véase Guía Metodológica para la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo en [http://www.seap.minhap.gob.es/es/areas/funcion\\_publica/iniciativas/impacto\\_normativo.html](http://www.seap.minhap.gob.es/es/areas/funcion_publica/iniciativas/impacto_normativo.html).

[72] OCDE, *Legislar Mejor en Europa: España*, 2010, p. 91.

sistema de evaluación de impacto regulatorio, y un ‘punto de no retorno’ para el impulso de la política general de ‘Legislar Mejor’»<sup>73</sup>. El espíritu del sistema español de evaluación de impacto regulatorio se mueve por un interés económico, aunque también legal: la evaluación de impacto debe también evaluar, entre otras cosas, la adecuación de la norma con el sistema de distribución de competencias español.

En Alemania también el objetivo de la evaluación de impacto (que incluye propuestas tanto legislativas como reglamentarias) consiste en informar a los que toman las decisiones y en reducir los costes de la regulación<sup>74</sup>. Las actuales directrices fueron diseñadas en 2000 (*Leitfaden zur Gesetzesfolgenabschätzung*) y el Ministerio del Interior publicó también un completo manual sobre el tema (*Handbuch zur Gesetzesfolgenabschätzung*). El proceso introducido por la reforma de 2000 establecía tres clases de análisis que habrían de llevarse a cabo en tres fases diferentes del procedimiento de elaboración:

- Una evaluación de impacto regulatorio preliminar dirigida a valorar si la norma resulta necesaria y a identificar y a comparar alternativas;
- Una evaluación de impacto regulatorio simultánea cuyo objeto consiste en determinar si las medidas proyectadas encajan y se ajustan con las circunstancias de sus destinatarios y con el contexto regulatorio; y

---

[73] OCDE, *Legislar Mejor en Europa: España*, 2010, p. 91.

[74] Véase OCDE, *Legislar Mejor en Europa: Alemania*, 2010, p. 98.

- Una evaluación de impacto regulatorio *ex post*, o retrospectiva, con el propósito de valorar si el objetivo de la regulación se ha satisfecho una vez implementado<sup>75</sup>.

De acuerdo con lo que establece el informe de la OCDE, el sistema alemán se halla muy próximo al modelo anglosajón: «El foco se centra en el análisis de los costes así como en los beneficios, tanto en términos monetarios como no monetarios. Para evaluar los impactos económicos, ecológicos y sociales, se utiliza un cuestionario predefinido (*checklist*) para llamar la atención sobre los posibles efectos en las tres áreas examinadas. La metodología de la evaluación de impacto regulatorio subraya la identificación y evaluación de las alternativas a la regulación propuesta, incluyendo la opción de no desarrollar ninguna acción. La unidad administrativa que dirige la evaluación remite la información al Ministerio competente y realiza controles internos, y consultas a expertos en la materia para una evaluación de impacto regulatorio más profunda<sup>76</sup>.

#### IV. CONDICIONES Y MÉTODOS DE LA EVALUACIÓN DE IMPACTO REGULATORIO

Las experiencias evaluadoras no siguen un mismo patrón o modelo, como ha quedado claro a resultas de cuanto an-

---

[75] Véase OCDE, *Legislar Mejor en Europa: Alemania*, 2010, p. 98.

[76] *Ibid.*, p. 101.

tecede. De hecho, existen grandes diferencias entre ellas, lo que afecta, por lo menos a los aspectos siguientes:

a) De un país a otro, la base legal en la que se fundamenta la evaluación de impacto regulatorio resulta muy variada. Por un lado, encontramos sistemas jurídicos en los que la evaluación de impacto regulatorio se exige mediante ley y sus características se hallan bien definidas en la norma, incluso en normas constitucionales. En Francia, por ejemplo, desde 2008, la evaluación de los proyectos legislativos se ha convertido en una obligación constitucional, establecida en el artículo 39 de la Constitución.

En contraste con esos supuestos, no faltan ordenamientos jurídicos en los que la evaluación de impacto regulatorio se encuentra regulada de manera informal, a través de diversos instrumentos de Derecho blando o *soft law*, tales como guías, circulares, instrucciones y otros documentos semejantes. Éste es el caso del Reino Unido, de la Unión Europea y también de Grecia, como explica George Dellis<sup>77</sup>. Parece que la previsión informal de la evaluación de impacto regulatorio es más común que el establecimiento formal de la misma.

b) Lo que también varía de un ordenamiento jurídico a otro es el ámbito de la evaluación de impacto ambiental, es decir, cuáles son los instrumentos legales que han de someterse a examen, tanto en términos substantivos, como desde un punto de vista orgánico.

---

[77] En el presente volumen.

En algunos Estados, como, por ejemplo, en Grecia, la evaluación de impacto se impuso, inicialmente, sólo respecto de aquella normativa que afectase al medio ambiente, antes de ser aplicada a otros ámbitos. En otros, sin embargo, se dispuso su aplicación inmediata a todos los instrumentos normativos.

En lo que hace a la vertiente institucional de la evaluación de impacto regulatorio, una cuestión clave es si obliga a todas las agencias y Administraciones o sólo a aquéllos cuya actividad parece ser más permeable a tal análisis. Ello puede presentar particular interés en los sistemas en que las agencias por disposición legal gozan de un estatus de notable independencia frente al Gobierno y al Parlamento. Esta independencia puede verse comprometida mediante la evaluación de impacto regulatorio. Por ello, en Estados Unidos, las agencias reguladoras independientes no están sujetas a la Orden Ejecutiva, a la que antes se ha hecho referencia, que establece la obligación de realizar un análisis coste-beneficio. Sin embargo, no faltan ejemplos en otros ordenamientos jurídicos en los que los organismos reguladores independientes realizan evaluaciones de impacto regulatorio<sup>78</sup>.

c) En algunos países, se han creado Administraciones especializadas en llevar a cabo directamente la evaluación, o bien de promoverla y regularla, y/o de vigilar que se cumple de forma efectiva y real la evaluación de impacto regulatorio. Algunos ejemplos son la Oficina estadounidense de

---

[78] Alessandro NATALINI, Francesco SARPI y Giulio VESPERINI (Eds.), *L'analisi dell'impatto della regolazione, Il caso delle Autorità indipendenti*, Carocci Editore, 2012.

Información y Asuntos Normativos –que forma parte de la Oficina presidencial de Gestión y Presupuestos– (*US Office of Information and Regulatory Affairs*, integrada en la *Office for Management and Budget*); la Comisión Británica para la Mejor Regulación (*British Better Regulation Executive*), que pertenece al Ministerio de Industria y de Innovación; la italiana Oficina para el Análisis y la Evaluación del Impacto Normativo (*Uffizio per l'Analisi e la Verifica dell'Impatto della Regolamentazione*), bajo la tutela del primer ministro; o la española Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas, bajo el paraguas del Ministerio de Administraciones Públicas<sup>79</sup>. Sin embargo, en Australia, existe una comisión especial de funcionarios encargados de la evaluación de impacto regulatorio<sup>80</sup>.

d) La evaluación de impacto regulatorio no es muy constante en cuanto a sus objetivos, sus técnicas o los procedimientos que sigue.

Pese a que su función general se conciba de forma análoga –anticipar los posibles resultados de una futura regulación, para verificar si se corresponden con los objetivos que sus creadores tenían en mente–, el significado real de la evaluación de impacto regulatorio varía notablemente si su eje se sitúa, por ejemplo, en el análisis coste-beneficio, o, por el contrario, en el análisis de eficacia (coste-rendimiento), que obligaría a la elección del medio menos costoso para alcan-

---

[79] **Maria de BENEDETTO**, **Mario MARTELLI** y **Nicoletta RANGONE**, *La qualità delle regole*, Il Mulino, 2011, p. 156.

[80] **M. CERILLO** y **J. HERTIN**, *Regulatory Impact Analysis in Australia*, Brussels, European Commission Joint Research Centre, 2004.



zar un determinado objetivo. En algunos sistemas, la evaluación de impacto regulatorio pretende reducir los costes de obtención de la información necesaria en cada caso para los individuos y las empresas, como sucede en Holanda. En otros, se orienta hacia la evaluación de riesgos y la evaluación de competitividad, como en Estados Unidos, Canadá, Reino Unido o Australia<sup>81</sup>.

Las técnicas difieren igualmente, en lo que hace a los indicadores o parámetros que se usan para la evaluación correspondiente. Sin embargo, se ha generado un cierto nivel de armonización mediante el establecimiento de estándares comunes e indicadores globales, como explica Martina Conticelli<sup>82</sup>.

Los procedimientos de evaluación de impacto regulatorio presentan generalmente una misma estructura básica o secuencia, descrita por Edward Donelan: una evaluación preliminar, una evaluación parcial de las diferentes opciones políticas propuestas, y una evaluación final del conjunto. Jean Maïa apunta que, en el sistema francés, el procedimiento cuenta con una cuarta fase, en la que se controla la calidad de la evaluación realizada.

En la mayoría de casos, las Administraciones competentes para llevar a cabo las evaluaciones de impacto normativo

---

[81] Maria de BENEDETTO, Mario MARTELLI y Nicoletta RANGONE, *La qualità delle regole*, p. 23.

[82] Véase también Giacinto della CANANEA y Aldo SANDULLI (Dirs.), *Global Standards for Public Authorities*, Editoriale Scientifica, 2012; Kevin DAVIS, Angelina FISHER, Benedict KINGSBURY y Sally ENGLE MERRY (Eds.), *Governance by Indicators. Global Power through Quantification and Rankings*, Oxford University Press, Law and Global Governance Series, 2012.

siguen una metodología específica, elaborada por los promotores de esta técnica en el seno del aparato gubernamental.

e) Otro factor de divergencia se da en una cuestión crucial, cual es la relativa a la conexión que tiene la evaluación de impacto con el procedimiento decisorio.

En este punto, el problema fundamental reside obviamente en determinar en qué medida influye el análisis en la decisión final, esto es, cómo asegurar que sus conclusiones sean tenidas realmente en cuenta por los órganos competentes para resolver finalmente.

En el Reino Unido, los Ministros deben intervenir al término de cada fase del procedimiento de evaluación (consultas, propuesta final y propuesta revisada), de cara a garantizar que han tenido en cuenta las distintas evaluaciones y su gestación.

Una forma eficaz de asegurar que los que han de tomar las decisiones reflexionen sobre los pros y los contras puestos de manifiesto en la evaluación es publicar los informes de la evaluación de impacto regulatorio<sup>83</sup>. Otra forma aún más incisiva consistiría en requerir que las decisiones finalmente adoptadas entren en diálogo con la evaluación (motivación específica).

---

[83] Georges DELLIS indica que su publicación no es obligatoria en Grecia.

## V. EFECTOS Y LÍMITES DE LA EVALUACIÓN DE IMPACTO REGULATORIO

a) Efectos. La cuestión principal consiste en determinar si la evaluación de impacto regulatorio posee un efecto real en las decisiones que se toman bajo su amparo. Ello depende de varios factores. El más relevante es si a la evaluación de impacto regulatorio se le ha dado –o no– una dimensión normativa, es decir, y como explica Anthony Ogus, si la evaluación se considera más o menos vinculante a los efectos de adoptar políticas públicas.

Otro factor, ya mencionado, es si la evaluación de impacto regulatorio se hace pública y si quienes deben tomar las decisiones han de motivarlas con relación a la evaluación; si es así, los políticos poseen un margen de decisión menor y pueden desviarse menos de las conclusiones alcanzadas en la evaluación.

También resulta relevante si la evaluación se halla inserta o no en el marco de procedimientos participativos y de consulta. Cuando es así, la decisión final puede desviarse en mayor medida de las conclusiones de la evaluación de impacto por el hecho de que es posible que haya habido más aportaciones de carácter político dentro del procedimiento.

Otro tema importante es el de la influencia que la evaluación de impacto regulatorio puede tener en la evaluación *ex post* de las decisiones, en particular en la revisión que pueden llevar a cabo los jueces. El trabajo de Alberto Alemanno se centra en esta cuestión en el presente volumen y pone de manifiesto que, cuando se contrasta el resultado de la evaluación con la decisión finalmente adoptada, pueden darse dos escenarios: es posible un contraste directo donde los in-

formas de evaluaciones de impacto pueden impugnarse ante los tribunales, alegando el incumplimiento de las normas reguladoras del procedimiento de evaluación de impacto regulatorio; un contraste indirecto se dará allí donde el informe derivado de la evaluación de impacto pueda ser invocado para impugnar la validez de la decisión final. En la realidad, hasta el momento, el análisis comparado sólo muestra casos en los que las decisiones finales son declaradas ilegales por los jueces si se ponen de manifiesto marcadas deficiencias en el seno del procedimiento de la evaluación de impacto. Así, en el sistema francés, una evaluación de impacto ambiental deficiente constituye un vicio procedimental que *per se* puede determinar la anulación de la decisión final<sup>84</sup>.

b) Las contribuciones que recoge este libro demuestran que la evaluación de impacto regulatorio no constituye una panacea, y que, en todos los sistemas en los que se practica, presenta algunas deficiencias, o cuando menos, limitaciones obvias.

El análisis comparado pone de relieve que para conseguir que la evaluación adquiriera un mínimo de eficiencia y relevancia es necesario que se den algunas condiciones o presupuestos: una organización y un procedimiento adecuados tanto respecto de la evaluación en sí como en su conexión y

---

[84] Con todo, ha de tenerse en cuenta la diferencia entre una práctica deficiente (infracción de procedimiento), y una desviación o desvinculación de los resultados de la evaluación (cuestión de fondo). Ahora bien, en los casos en que la desvinculación o desviación del resultado de la evaluación carezca de la suficiente motivación o justificación se habría incurrido en una infracción, de nuevo, de carácter procedimental; habría faltado, en otras palabras, un verdadero diálogo [Nota del editor].

contexto con el conjunto de organizaciones y procedimientos; una capacitación suficiente de las personas que han de llevarla a cabo; etc. Estas condiciones no son fáciles de alcanzar.

Una cuestión crucial es que la evaluación de impacto regulatorio se basa fundamentalmente en la lógica económica, lo que generalmente no es suficiente para valorar decisiones políticas poliédricas. Parece que algunas políticas son menos susceptibles de ser reducidas a opciones económicas que otras, mientras que otras políticas públicas incluyen demasiados impactos a largo plazo, que son difíciles de valorar mediante las evaluaciones de impacto normativo. Susan Rose-Ackerman menciona el cambio climático, los riesgos de accidentes nucleares y la preservación de la biodiversidad como ejemplos en tal sentido.

Anthony Ogus también pone de manifiesto cuán difícil es manejar la incertidumbre que rodea a la mayor parte de las predicciones científicas.

Por estas razones, y por algunas otras que aparecen en los capítulos siguientes, la evaluación de impacto regulatorio no representa la solución para todos los problemas relacionados con la racionalidad de las decisiones regulatorias.

Sin embargo, como concluye Anthony Ogus, «todo ello no socava (...) su importancia: proporciona una disciplina útil a quienes deben tomar las decisiones, volviendo transparente el razonamiento que motiva la propuesta y sistematizando el proceso de toma de decisiones».

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADLER, M. & POSNER, E., *New Foundations of Cost-Benefit Analysis*, Harvard Univ. Press, 2006.
- ALEMANNINO, A., «The Better Regulation Initiative at the Judicial Gate – A Trojan Horse within the Commission’s Walls or the Way Forward?», *European Law Journal*, 2009, n° 15, p. 382.
- ASSEMBLÉE NATIONALE, «Les études d’impact et l’élaboration de la loi: rapport d’information sur les critères de contrôle des études d’impact accompagnant les projets de loi», Paris, 2009.
- BECKER, H. A., *Social Impact Assessment: Method and Experience in Europe, North America and the Developing World*, UCL Press, London and Bristol, Pa, 1997.
- BENEDETTO, M. de; MARTELLI, M. y RANGONE, N., *La qualità delle regole*, Il Mulino, 2011.
- BRINKMANN, H.; ERNST, T.; FRICK, F.; KOOP, A. y RIEDEL, H., «Comment réduire les lourdeurs bureaucratiques: l’application du modèle des coûts standards en Allemagne», *Revue Française d’Administration Publique*, n°135, 2010, pp. 619-642.
- CECOT, C.; HAHN, R.; RENDA, A. y SCHREFLES, L., «An Evaluation of the Quality Assessment in the European Union with Lessons from the US and the EU», *Regulation and Governance*, n° 2, p. 494.
- DORAN, G., «There’s a S.M.A.R.T. Way to Write Management’s Goals and Objectives», *Management Review*, 1981, n° 70, p. 29.
- «DOSSIER SUR LES POLITIQUES PUBLIQUES ET L’ÉVALUATION D’IMPACT SUR LA SANTÉ», *Télescope*, vol. 14, n° 2, 2008, printemps-été, pp. 1-117.
- «EUROPEAN COURT OF AUDITORS, Impact Assessments in the EU Institutions: Do They Support Decision-Making?» (*Special report* n° 3, 2010).
- FABER, Daniel, «Rethinking the Role of Cost-Benefit Analysis», *The University of Chicago Law Review*, 2009, n° 73, p. 1361.
- HAMPTON, P., *Reducing Administrative Burdens: Effective Inspection and Enforcement*, London, 2005.

- HAHN, R. & LITAN, R., «Counting Regulatory Benefits and Costs: Lessons for the US and Europe», *AEI -Brookings* 04-07.
- HOUSE OF LORDS, «European Union Committee, Fourth Report, Impact Assessments in the EU: Room for Improvement?» (Sessions 2009-2010).
- JACOBS, S., *Current Trends in Regulatory Impact Analysis: The Challenges of Mainstreaming RIA into Policy-Making*, Jacobs and Associates, 2006.
- KIRKPATRICK, C. y PARKER, D., *Regulatory impact assessment: towards better regulation?*, CRC Series on Competition, Regulation and Development, Edward Elgar, 2008.
- LA SPINA, A. y MAJONE, G., *Lo Stato Regolatore*, Il Mulino, 2000.
- LASSERRE, B., *Méthodologie des études d'impact et coût de la réglementation: rapport du groupe de travail* (mars 2004).
- LUZIUS MADER, «Evaluating the Effects: A Contribution to the Quality of Legislation», *Statute Law Review*, 2001, p. 119.
- MATTARELLA, B., *La trappola delle leggi*, Il Mulino, 2011.
- MEUWESE, A. C., *Impact Assessment in EU Law Making*, Kluwer, 2008.
- OECD, *L'analyse de l'impact de la réglementation: Meilleures pratiques dans les pays de l'OCDE* (1997).
- OECD (2007), Stéphane Jacobzone, Gregory Bounds, Chang-Won Choi et Claire Miguet, «Regulatory Management Systems across OCDE Countries: Indicators of Recent Achievements and Challenges», Paris, *Documents de travail de l'OCDE sur la gouvernance publique*, n° 9, Paris.
- OECD, *L'analyse d'impact de la réglementation: un outil au service de la cohérence des politiques* (2009).
- PILDES, Robert y SUNSTEIN, Cass, «Reinventing the Regulatory State», *The University of Chicago Law Review*, 1995, n°62, p. 1.
- RADAELLI, Claudio (Ed.), *L'analisi d'impatto della regolazione in prospettiva comparata*, Rubettino, 2001.
- RADAELLI, C. M., «The Diffusion of Regulatory Impact Analysis in OECD Countries: Best Practices or Lesson-drawing?», *European Journal of Political Research*, 43(5): 2004, pp. 725-749.

- RADAELLI, C. M., «Diffusion without Convergence: How Political Context Shapes the Adoption of Regulatory Impact Assessment», *Journal of European Public Policy*, 12(5): 2005, pp. 924-843.
- RADAELLI, C. M. & MEUWESE, A. C., «Hard Questions, Hard Solutions: Proceduralisation through Impact Assessment in the EU», *West European Politics*, 33(1): 2010, pp. 136-153.
- RENDA, A., *Impact Assessment in the EU – The State of the Art and the Art of the State*, Centre for European Policy Studies, Brussels, 2006.
- REVESZ, R. & LIVERMORE, M., *Retaking Rationality: How Cost Benefit Analysis Can Better Protect the Environment and Our Health*, Oxford Univ. Press, 2008.
- ROBERTSON, C., «Impact Assessment in the European Union», *Eipascoppe*, n° 2, 2008, pp. 17-20.
- SÉNAT, «Projet de loi organique relatif à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution: rapport de M Jean-Jacques Hyest» (02/2009).
- SUNSTEIN, C., *The Cost Benefit State: The Future of Regulatory Protection*, 2003, Administrative ABA.
- VERSCHUUREN, J., *The Impact of Legislation – A critical Analysis of Ex Ante Evaluation*, Martinus Nijhoff Pub., 2009.
- WEATHERILL, Simon (Ed.), *Better Regulation*, Hart Publishing, 2007.
- WEST, William, «Administrative Rulemaking: An Old and Emerging Litterature», *Public Administration Review*, 2005, n° 65, p. 655.
- WISMAR, M.; BLAU, J.; ERNST, K. y FIGUERAS, J. (Eds.), *The Effectiveness of Health Impact Assessment: Scope and Limitations of Supporting Decision-making in Europe*. Copenhagen: European Observatory on Health Systems and Policies, World Health Organization, 2007.
- ZERBE Jr., R. O., «Is Cost-Benefit Analysis legal? Three Rules», *Journal of Policy Analysis and Management*, vol. 17, 1998, pp. 419-456.