

HURI-AGE

Red Tiempo de los Derechos



Papeles el tiempo de los derechos

ANÁLISIS DE IMPACTO NORMATIVO SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES.

Julia Carceller Stella

Palabras clave: análisis de impacto normativo, política de mejora de la legislación, evaluación impacto derechos fundamentales.

Número: 5 Año: 2019

ISSN: 1989-8797

Comité Evaluador de los Working Papers “El Tiempo de los Derechos”

María José Añón (Universidad de Valencia)
María del Carmen Barranco (Universidad Carlos III)
María José Bernuz (Universidad de Zaragoza)
Manuel Calvo García (Universidad de Zaragoza)
Rafael de Asís (Universidad Carlos III)
Eusebio Fernández (Universidad Carlos III)
Andrés García Inda (Universidad de Zaragoza)
Cristina García Pascual (Universidad de Valencia)
Isabel Garrido (Universidad de Alcalá)
María José González Ordovás (Universidad de Zaragoza)
Jesús Ignacio Martínez García (Universidad of Cantabria)
Antonio E Pérez Luño (Universidad de Sevilla)
Miguel Revenga (Universidad de Cádiz)
Maria Eugenia Rodríguez Palop (Universidad Carlos III)
Eduardo Ruiz Vieytes (Universidad de Deusto)
Jaume Saura (Instituto de Derechos Humanos de Cataluña)

Análisis de Impacto Normativo sobre derechos y libertades fundamentales.

Julia Carceller Stella

El análisis de impacto normativo o regulatorio es uno de los principales instrumentos y brazos de la política de mejora de la regulación o *better regulation*. Su introducción en España, tanto de la política como de sus medios, ha sido tardía, tímida e incompleta. Este trabajo pretende abordar brevemente el análisis de impacto normativo y reflexionar en torno a la conveniencia de dotarlo de un enfoque orientado a la valoración y medición de impacto sobre los derechos y las libertades fundamentales.

1. Introducción

Las críticas en torno a la calidad de la legislación obligan a plantearse mecanismos para reforzar la legitimidad y eficacia de la acción normativa de los poderes públicos. El análisis de impacto normativo constituye una herramienta valiosa para el buen gobierno y para mejorar la transparencia y participación en la tarea legislativa y reglamentaria. Éstas como esenciales potestades públicas deben procurar a los derechos y libertades públicas una atención y observancia especial privilegiada.

La política de *better regulation* impulsada por instituciones como la OCDE o la UE pretende mejorar la calidad de todo tipo de decisiones públicas entre las que se encuentran esencialmente la producción normativa de los poderes públicos, señalando pues directamente el ordenamiento jurídico como base de sus reformas. Esta política engloba una serie de instrumentos para alcanzar múltiples y variados objetivos entre los que se encuentra el análisis de impacto normativo. Partiendo de la base de que, para la misma, la legislación se considera como un medio y no como un fin en sí mismo¹, en ocasiones se produce cierta confusión entre los propósitos de la política y los medios para su consecución.

¹ “*La legislación no es un fin en sí misma, sino un medio para obtener beneficios tangibles para los ciudadanos europeos y hacer frente a los desafíos comunes que tiene Europa ante sí.*” COMISION EUROPEA, *Legislar mejor: obtener mejores resultados para una Unión más fuerte*, Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo europeo y al Consejo, Bruselas, 2016, p. 2.

Algunos atributos y notas de la regulación, tales como: calidad, eficacia, efectividad, eficiencia, transparencia, claridad, simplicidad, necesidad, adecuación, participación, predecibilidad o proporcionalidad, aparecen de manera frecuente y reiterada cuando se exponen sus fines o trata de definirse a sí misma y, contribuyen a ilustrarnos sobre sus metas. Por regulación debemos entender pues, en sentido amplio y genérico, cualquier intervención pública para el desarrollo de una política que suponga obligatoriedad; es evidente el lugar destacado que ocupa en la misma la acción normativa de los poderes públicos.

Las repercusiones y consecuencias que causa un entorno normativo inestable y complejo sobre la economía y sus agentes, podrían señalarse como el originario caldo de cultivo de esta política y las que han protagonizado su principal impulso y motor de desarrollo². Todavía esta perspectiva puede apreciarse como predominante en muchos de sus enfoques de estudio y aplicación³. Puede también que la conceptualización más restringida y clásica de regulación, como aquella actividad público administrativa reguladora del mercado, desde la aproximación del derecho público económico, haya propiciado tal enfoque⁴.

Pero es evidente que no son únicamente impactos de tipo económico los que producen las normas, pudiendo destacarse en primer lugar los que repercuten en el propio sistema jurídico, por ejemplo, sobre los principios constitucionales y los derechos o, sobre el orden y el sistema de fuentes. A su vez, el ordenamiento jurídico tiene también enormes efectos sobre otras realidades, como impactos sociales, medioambientales o políticos, máxime cuando este se contempla, de manera cada vez más generalizada, como la principal forma de materializar las políticas públicas. Esta perspectiva es visible, aunque parcialmente, en los primeros documentos de la OCDE⁵. El Libro Blanco de la Gobernanza Europea de la Comisión, en 2001, focalizó e insertó claramente esta política como instrumento útil y para la mejora del buen gobierno. Es

2 Aunque en la UE se habló por primera vez de *better regulation* en la cumbre europea de Edimburgo de diciembre de 1992, bajo presidencia británica, será en el Consejo Europeo de Lisboa de marzo de 2000, en la que se adoptó la Estrategia de Lisboa, donde empieza a considerarse una de las prioridades ligadas al plan de convertir la economía europea en la más competitiva del mundo.

3 BAIGES I PLA, E. GIBERT I BOSCH, A. VVAA; *Better Regulation: una estrategia ineludible*, Programa Partners, Barcelona, ESADE, 2009.

4 BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés; *Mejorar la regulación: una guía de razones y de medios*, Marcial Pons, Madrid, 2009 y *Regulación: Mito y Derecho. Desmontando el mito para controlar la intervención de los reguladores económicos*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010, p.35: «si en el caso norteamericano, regulación y Agencia se confunden, en el caso británico sucede lo mismo con regulación y la actividad del Estado de intervención (restricción) de las actividades económicas... regulación se confunde con intervención pública de las actividades económicas».

5 OCDE, *Recommendation of the Council on Improving the Quality of Government Regulation*, 1995.

precisamente éste, el enfoque que sustentará una nueva perspectiva de los análisis de impacto que, como instrumentos para la transparencia y el buen gobierno, debe servir a mejorar la calidad del sistema jurídico, considerando en primer orden los pilares sobre los que se sustenta y lo informan, los derechos y libertades fundamentales.

2. Análisis de impacto normativo como proceso de aprendizaje o metodología al servicio de la *better regulation*

Coincidimos con Carmen Balsa en que “*better regulation es un concepto de difícil traducción porque es un objeto de difícil definición*”⁶. Podemos intentar definir de manera genérica la política de mejora de la regulación como una “*amalgama de procedimientos y sistemas de funcionamiento que deben aplicarse durante todo el ciclo de intervención*”⁷ pública o como “*una forma de trabajar para garantizar que las decisiones políticas se preparen de forma abierta y transparente, con la mejor información disponible y respaldada por la participación integral de las partes interesadas*”⁸”.

La mejora de la regulación implica una búsqueda de nuevas formas, fases o herramientas en los procesos de creación de las normas y para revisión de la normativa vigente. En torno a ella se han ido poniendo en marcha una serie de instrumentos y medidas entre las que se encuentra el análisis de impacto. Éste instrumento, pese a tener entidad propia, se haya hoy muy unido a la política de mejora de la regulación que lo impulsa y constituye una de sus herramientas más relevantes para el cumplimiento de sus objetivos.

La terminología no debe llevarnos a confusión puesto que se utilizan en ocasiones indistintamente análisis de impacto normativo, análisis de impacto regulatorio, evaluación de impacto regulatorio... Optamos aquí por “análisis” y no por “evaluación” para referirnos esencialmente al estudio o previsión de impacto que se realiza de manera previa ex ante en la propuesta normativa y para distinguirlo mejor de la evaluación ex post. Optamos también por el término normativo y no regulatorio, puesto que este instrumento ha centrado su atención mayoritariamente en proyectos de normas y no

⁶ BALSA PASCUAL, Carmen; La “Better Regulation”, en *Papeles de Evaluación 1/2006*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 2006.

⁷ ÁLVAREZ SUÁREZ, M. “La mejora de la regulación en España como política pública: análisis y evolución”, *GAPP. Nueva Época*, N° 17, mayo 2017, p. 27.

⁸ “*It is a way of working to ensure that political decisions are prepared in an open, transparent manner, informed by the best available evidence and backed by the comprehensive involvement of stakeholders.*” EUROPEAN COMMISSION, *Better Regulation Guidelines*, Brussels, 2017, p. 4.

como en el ámbito anglosajón incluyendo planes, programas u otro tipo de intervenciones públicas. Debemos en este punto recordar, que esta terminología ha sido la escogida para su inclusión en nuestro ordenamiento jurídico⁹. Uno de los términos que lo describe permanece inalterado, el impacto. Éste es central para comprender y explicar en esencia este instrumento. La preocupación por los efectos de las normas sobre el entorno es clave para entender su funcionamiento y las finalidades que persigue.

Podemos encontrar aclaraciones sobre que es el análisis de impacto normativo, en adelante, AIN, de los organismos que lo promueven, la Comisión europea¹⁰, la OCDE¹¹, en instrucciones administrativas para su aplicación¹², de la propia normativa¹³, de variados documentos¹⁴ e informes. También desde el ámbito académico se ha intentado

⁹ Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo.

¹⁰ “Impact assessments collect evidence (including results from evaluations) to assess if future legislative or non-legislative EU action is justified and how such action can best be designed to achieve desired policy objectives. An impact assessment must identify and describe the problem to be tackled, establish objectives, formulate policy options, assess the impacts of these options and describe how the expected results will be monitored.” Web European Comission: https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/impact-assessments_en

¹¹ “Regulatory Impact Analysis (RIA) is a systemic approach to critically assessing the positive and negative effects of proposed and existing regulations and non-regulatory alternatives. As employed in OECD countries it encompasses a range of methods. It is an important element of an evidence-based approach to policy making.” OCDE web: <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/ria.htm>

“RIA is a process of systematically identifying and assessing the expected effects of regulatory proposals, using a consistent analytical method, such as benefit/cost analysis. RIA is a comparative process: it is based on determining the underlying regulatory objectives sought and identifying all the policy interventions that are capable of achieving them. These “feasible alternatives” must all be assessed, using the same method, to inform decision-makers about the effectiveness and efficiency of different options and enable the most effective and efficient options to be systematically chosen.” OCDE, *Introductory Handbook for Undertaking Regulatory Impact Analysis (RIA)*, 2008, p.3.

¹² “El Análisis de Impacto Normativo es una herramienta para la mejora de la regulación, mediante la cual se sistematiza y ordena la información relevante para valorar el impacto de una iniciativa normativa con el fin de ayudar en el proceso de su aprobación.” Consejo de Ministros Gobierno de España, *Guía Metodológica para la elaboración de la memoria del análisis de impacto normativo*, Madrid, 2009, p. 4.

“The impact assessment process is about gathering and analysing evidence to support policymaking. It verifies the existence of a problem, identifies its underlying causes, assesses whether EU action is needed, and analyses the advantages and disadvantages of available solutions.” EUROPEAN COMMISSION, Commission Staff Working Document, Better Regulation Guidelines, op. Cit. p. 15.

¹³ Artículos 1 y 2 del Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo. Art. 2 Obiettivi e articolazione delle attivita' di analisi e verifica dell'impatto, nonche' di consultazione del Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 15 settembre 2017, n. 169 Regolamento recante disciplina sull'analisi dell'impatto della regolamentazione, la verifica dell'impatto della regolamentazione e la consultazione (Italia).

¹⁴ “En este trabajo se ha defendido la tesis de que la evaluación de impacto es una herramienta cuya finalidad esencial es mejorar las normas adaptándolas a los nuevos tiempos en una realidad social que cambia gran velocidad. La EIN ayuda a comunicar mejor las iniciativas legislativas a los grupos de interés y a los ciudadanos en general facilitando un proceso legislativo más transparente y participativo. De esta forma, la EIN asegura una mejor comprensión y cumplimiento de las normas.” PINILLA PALLEJA, R. *Qué es y para qué sirve la Evaluación de Impacto normativo*, Agencia de Evaluación y

darle una definición; como por ejemplo “*Aquel trabajo de carácter científico, desarrollado por la Administración pública, destinada a los dirigentes políticos para el proceso de decisión pero cuyo resultados son susceptibles de hacerse públicos*”¹⁵, o como “*evaluación sistemática y obligatoria sobre como la legislación primaria y/o secundaria podrían afectar a ciertas categorías de interesados, sectores económicos y el medio ambiente. Sistemático significaría coherente y no esporádico o aleatorio y obligatorio en el sentido que no es una actividad voluntaria. Esencialmente, el RIA es un tipo de procedimiento administrativo, generalmente usado en la fase pre-legislativa de diseño de la legislación*”¹⁶.

No es sencillo encontrar una definición única puesto que su propio contenido sigue forjándose con diferencias según contextos espacio-temporales. Sin embargo, podemos identificar elementos comunes que lo identifican y ayudan a caracterizarlo:

- a) Se trata de una evaluación sistemática, o de carácter científico. El grado de profundidad y rigor es muy variable. En cualquier caso, requiere de conocimientos, capacidades y habilidades específicos e interdisciplinares. Comprende varias metodologías, tanto cualitativas como cuantitativas, y diferentes enfoques; pero aspira a ser un sistema objetivo y neutral, basado en el tratamiento de datos y evidencias.
- b) Hace referencia tanto a un procedimiento como al documento donde se recoge este proceso. La conceptualización del RIA como proceso va ganando fuerza frente a las dificultades como método del carácter omnímodo, su eficacia integradora o su capacidad de acierto sobre los pronósticos a futuro. Su naturaleza es contemplada cada vez más como un proceso de aprendizaje continuo¹⁷ y de gestión del conocimiento y la información. Porque de sus resultados se obtienen conocimientos y una experiencia para su mejora. En España suele ir acompañada de la expresión “memoria” cuando hace

Calidad, Papeles e Evaluación 8/2008, Ministerio Administraciones Públicas Gobierno de España, Madrid, 2008, p. 34.

15 *Il s'agit d'un travail à caractère scientifique, entrepris à l'initiative de l'administration publique à l'intention des dirigeants politiques mais dont les résultats sont susceptibles d'être rendus publics...*” ISSALYS, P. “Analyse d'impact et production normative: de l'efficacité à la légitimité”, *Reviste Fac. Direito UFMG*, Número Especial: Jornadas Jurídicas Brasil-Canadá, 2013, (pp. 245 – 274), p. 246.

16 “*RIA (or simply Impact Assessment, IA) is a systematic and mandatory appraisal of how proposed primary and/or secondary legislation will affect certain categories of stakeholders, economic sectors, and the environment. “Systematic” means coherent and not episodic or random. “Mandatory” means that it is not a voluntary activity. Essentially, RIA is a type of administrative procedure, often used in the pre-legislative scrutiny of legislation.*” RADAELLI, C. M. Y DE FRANCESCO, F. “Regulatory Impact Assessemment”, en *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford University Press, 2010, p. 279.

17 JACOBS, S. H. “Current trends in the process and methods of regulatory impact assessemment: mainstreaming RIA into policy processes”, en KIRKPATRICK, C. PARKER D. (Eds.), *Regulatory Impact Assessemnt. Towards Better Regulation?* Edward Elgar Publishing, Cheltenham,UK, 2007. pp.18-36.

referencia expresa al documento donde viene plasmado el resultado de aplicar el análisis (IA “report” en el contexto anglosajón). Este documento debe reunir a su vez una serie de características para cumplir de la mejor manera posible con sus objetivos.

c) El RIA se elabora por la Administración. Su aplicación está mayoritariamente ligada al trabajo de los ejecutivos, como instrumento de buen gobierno, y se lleva a cabo generalmente por los órganos administrativos que producen la propuesta normativa. Sin embargo, tal encuadre afronta a su vez grandes problemas, fundamentalmente en torno al olvido de la centralidad de la función legislativa en los parlamentos, las críticas de neutralidad a su ejecución por parte de los propios órganos promotores y las deficiencias de preparación, perfiles o recursos de sus artífices.

d) destinado a informar e ilustrar la decisión política, nunca sustituirla, introduciendo elementos de racionalidad para la elección de las distintas opciones posibles. Pretende el fortalecimiento del debate en torno a la propuesta, la transparencia en la decisión, y abre cauces de participación, favoreciendo nuevos mecanismos de legitimación y control.

e) no tienen efectos jurídicos, si bien, debería servir de base interpretativa, valor probatorio y argumentativo contra la arbitrariedad de la decisión pública. La obligatoriedad legal en determinados contextos implicará una fase prescriptiva en los diferentes procesos de elaboración reglamentaria que implicarán por ende, consecuencias de tipo jurídico¹⁸.

f) se realiza sobre los proyectos de normas, con carácter *ex ante* y para prever sus posibles efectos. El debate en torno a su concreta ubicación debe tener en cuenta, además, el diseño y los trámites específicos previstos en cada sistema. En algunos ámbitos se contemplan incluso el desglose durante el proceso de elaboración normativa de dos RIA (o únicamente un modelo más sencillo en relación a la relevancia del proyecto)¹⁹. Uno previsto para la propuesta en un estado incipiente, para promover la participación y como parte esencial de ese proceso de aprendizaje, y como elemento para la planificación normativa. Y otro, como RIA más cercano y previo a la toma de la decisión política. Debemos señalar también, sin embargo, la colocación del análisis de

18 La inobservancia, del análisis de impacto preceptivo legalmente previsto (sectorial o genérico) implicaría la nulidad de las disposiciones reglamentarias según el artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Véase en este sentido, y a modo de ejemplo, la sentencia 591/2003 del Tribunal Superior de Justicia de Comunitat Valenciana, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera FD 3º (recurso 1479/2001). O la STS 1140/2008, de 22 de marzo de 2018, Sala de lo Contencioso sección 4ª que determina la nulidad de la Orden Ministerial por omisión análisis impacto sobre la familia.

19 (Early planning and preparation) que recibe diversos nombres, “light RIA”, “initial RIA” (UK), “Screening RIA” (Irlanda), “roadmaps” (Comisión Europea), “consultation RIA” (Australia).

impacto en un estadio *ex post* para la evaluación de resultados, frecuente en su materialización desde el análisis cuantitativo del tratamiento estadístico. En cualquier caso, éste constituye, desde cualquier enfoque, la base sobre la que edificar el análisis y la evaluación *ex post* en términos comparativos. Y también con la adopción de la perspectiva cíclica de la *smart regulation*, se va diluyendo su posicionamiento como fase *ex ante*.

g) Su fin es, en última instancia, analizar las consecuencias y efectos, el impacto, de los proyectos normativos. Éstos se producen sobre diferentes y variados ámbitos. Su alcance ha ido evolucionando en línea con la transformación de las teorías y políticas a él afines. Su surgimiento se identifica generalmente con el análisis coste beneficio en los EEUU, pero es un error identificarlo, pese a la relevancia y peso que en la actualidad sigue teniendo este desarrollo metodológico.

3. El enfoque sobre los derechos fundamentales en los análisis de impacto.

El análisis de impacto supone, en líneas generales, sacar a la palestra y a un plano visible, la preocupación por los efectos de las intervenciones públicas. Y así, cuando ponemos el enfoque en las normas jurídicas y el impacto que estas producen, parece esencial plantearse en primer término cuales son los impactos que producirán sobre los valores básicos y pilares sobre los que se sustenta el ordenamiento. Cuáles son los efectos que la norma jurídica produce sobre los derechos y las libertades fundamentales.

Podemos situar el origen del AIR en los años 70 del pasado siglo en el ámbito de algunas políticas públicas específicas. La preocupación de los efectos económicos de las intervenciones públicas se encuentra en el contexto de su surgimiento y en el desarrollo de una sus principales metodologías, el análisis coste beneficio. Asimismo, podemos destacar en sus inicios los intentos de evaluar qué repercusión podrían tener las reformas legislativas o reglamentarias sobre la mejora o el daño al medio ambiente o la evaluación de los impactos sobre la igualdad de género. A partir de aquí se fue generalizando a otros ámbitos y, en lo que respecta a las esferas sobre las que medir y estudiar los previsibles impactos, podemos observar una tendencia generalizada a ampliarlos, habiendo sido la Comisión Europea la institución a la cabeza con su *análisis integrado*²⁰.

La perspectiva del impacto sobre los derechos fundamentales fue señalada ya como

20 RENDA, A. *Impact assessment in the EU. The state of the art and the art of the state*. Centre for European Studies, Brussels, 2006.

relevante por el Consejo de Europa que sostiene que debería prestarse una atención especial a la evaluación de los efectos de la legislación sobre el ejercicio de los derechos fundamentales, organizando en torno a él un proceso de evaluación y determinando sus requisitos²¹.

Ésta perspectiva está ya presente también en el actual modelo de la Unión Europea de análisis de impacto. Así es como la recoge la herramienta 28 que desarrolla las directrices²² para la mejora de la legislación²³.

Nuestro modelo de AIN vigente²⁴ no recoge específicamente y de manera genérica el impacto sobre derechos y libertades fundamentales. Sí se exige el impacto sobre la igualdad de género, en la infancia, adolescencia y en la familia²⁵ y prevé a modo de cajón de sastre “otros impactos”; establece que la memoria del análisis de impacto normativo incluirá cualquier otro extremo que pudiera ser relevante a criterio del órgano proponente, prestando especial atención a los impactos de carácter social y medioambiental, al impacto en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

Debemos aclarar en este punto, que existen diferentes modelos de AIN, los cuales contemplan algunas especificidades, pero en su mayoría siguen en esquema o estructura común planteada por fases²⁶ dentro de las cuales se va organizando la información en torno a la propuesta y sus efectos. Se percibe cada vez más como un proceso de aprendizaje continuo más que como una metodología concreta, debido a las dificultades de cuantificación y predictivas de algunas de las áreas de impacto que pretende abarcar en su concepción integral. Pero no debemos olvidar que mantiene la pretensión de ser un proceso científico que se apoya en diferentes metodologías que obviamente están

²¹ KARPEN, U. *The obligation to evaluate the effects of laws on the exercise of fundamental rights*. Proceedings of the Council of Europe’s legal co-operation and assistance activities (2000-2001). Council of Europe, Sounion, 1999.

²² EUROPEAN COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT, *Better Regulation Guidelines*, Brussels, 2017. Disponible en (consultado 10/2018): <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/better-regulation-guidelines.pdf>

²³ TOOL #28: FUNDAMENTAL RIGHTS & HUMAN RIGHTS. Disponible en (consultado 10/2018): https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/file_import/better-regulation-toolbox-28_en_0.pdf

²⁴ Artículo 2.1 g) del Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo.

²⁵ Artículo 2.1 f) del Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo.

²⁶ Modelo UE: The questions an impact assessment should answer 1. What is the problem and why is it a problem? 2. Why should the EU act? 3. What should be achieved? 4. What are the various options to achieve the objectives? 5. What are their economic, social and environmental impacts and who will be affected? 6. How do the different options compare (effectiveness, efficiency and coherence)? 7. How will monitoring and subsequent retrospective evaluation be organised? EUROPEAN COMMISSION, *Better Regulation Guidelines*, Brussels, 2017, p. 17

muy vinculadas a los campos en los que se aspira a estudiar el impacto producido.

La exigencia de los análisis de impacto en los procedimientos de elaboración legislativa y reglamentaria han ido propiciando la aparición de guías oficiales de carácter administrativo que esencialmente adoptan una perspectiva cualitativa. El grado de complejidad y las técnicas utilizadas varían enormemente. Desde simples cuestionarios a modo de *check list* de comprobación hasta complejos análisis cuantitativos econométricos.

Algunos de los análisis de carácter sectorial, tienen además guías específicas, y en alguna ocasión su elaboración ha contado con colaboración de instancias que podríamos considerar expertas y representativas sobre la materia a tratar.

Para la introducción del impacto sobre los derechos fundamentales en el modelo de la Comisión Europea encontramos una serie de documentos de trabajo como por ejemplo *Commission Staff Working Paper Operational Guidance on taking account of Fundamental Rights in Commission Impact Assessment*²⁷. En ellos se prevé la incorporación de esta perspectiva en las diferentes fases de elaboración o de contenidos del esquema básico. Los derechos fundamentales deben estar presentes en la definición del problema para el que se elabora la propuesta y la información ofrecida sobre el contexto al que se dirige; en la determinación de los objetivos y descripción de las opciones y alternativas. Se trata de intentar identificar cuáles de ellos pueden ser potencialmente afectados por la propuesta y en qué grado. Esta información se complementa con el proceso de consulta a interesados, afectados y expertos o público en general. La justificación y selección de la propuesta habrá tenido en cuenta estas variables.

Encontramos también guías expresamente referidas para el análisis de impacto de los derechos humanos encontramos varias, pero esencialmente orientadas la evaluación de impacto sobre las actividades de empresas o medidas con incidencia en la esfera económica. Podemos destacar por ejemplo “*Human rights impact assessment guidance and toolbox*”²⁸ del Instituto Danés de los Derechos Humanos. En este sentido, Naciones Unidas ha presentado recientemente un borrador *Guiding Principles for human rights impact assessments for economic reform policies*, que pese a estar destinado a políticas de reforma económica contiene relaciones y consideraciones significativas en la relación del instrumento con este concreto campo de análisis de los impactos. También

²⁷ http://ec.europa.eu/smart-regulation/impact/key_docs/docs/sec_2011_0567_en.pdf

²⁸ <https://www.humanrights.dk/business/tools/human-rights-impact-assessment-guidance-and-toolbox>

el análisis de impacto referido a derechos humanos ha sido utilizado como instrumento para las políticas de desarrollo²⁹.

Por otra parte, descubrir algunas guías sectoriales también en nuestro contexto; como la conjunta del Gobierno del principado de Asturias, UNICEF y la Universidad Pontificia de Comillas (Madrid)³⁰ para la evaluación del impacto sobre la infancia y la adolescencia o varios ejemplos de las de evaluación de impacto de género³¹.

4. Conclusiones.

Tal como lo define Susan Rose-Ackerman, “en esencia, la evaluación de impacto resulta indicativa de la preocupación por la eficacia funcional del Derecho. El Estado debe evaluar las leyes y los reglamentos para determinar qué efectos tendrán sobre el comportamiento humano y si lograrán beneficios públicos [...]. La evaluación de impacto no se concentra en las propiedades formales del Derecho sino en lo que éste hace, consigue, genera”³² . Por ello la eficacia del derecho, la eficacia de los derechos, debe ser analizada sobre la realidad en la que se proyectan utilizando instrumentos como el AIN que contribuyen a acercar la realidad a las normas.

El AIN como proceso de aprendizaje trata de nutrir las propuestas normativas con información sobre el contexto social del que provienen y sobre el que se proyectan. La evaluación y análisis de la eficacia de los derechos fundamentales encuentra en este instrumento una mecanismo óptimo sobre el que anclarse. Favoreciendo el conocimiento de la situación de partida y posibilitando la comparativa *ex post* sobre sus efectos. Constituye una oportunidad única para profundizar y desarrollar metodologías y teorías con las que examinar cuantitativa como cualitativamente la previsión de posibles impactos sobre los derechos.

El análisis de impacto aporta transparencia y accesibilidad a la toma de decisiones políticas, favoreciendo el debate informado de las propuestas y ofreciendo cauces de

²⁹ Fabiane Baxewanos, Werner Raza, *Human Rights Impact Assessments as a New Tool for Development Policy?* Austrian Research Foundation for International Development, Working Paper nº 37, 2013.

³⁰<https://www.unicef.es/publicacion/guia-metodologica-para-la-elaboracion-de-los-informes-previos-de-impacto-en-la-infancia>

³¹ <https://www.educacion.navarra.es/documents/27590/223133/GUIA+METODOLOGICA.pdf>
<http://www.mujeresenred.net/IMG/pdf/guiaimpacto.pdf>

http://institutomujer.castillalamancha.es/sites/institutomujer.castillalamancha.es/files/publicaciones/descargas/impacto_genero_imp.pdf
http://www.emakunde.euskadi.eus/contenidos/informacion/pub_guias/es_emakunde/adjuntos/26.guia.para.la.elaboracion.de.informes.de.impacto.de.genero.pdf

³² ROSE-ACKERMAN, S. “Evaluación de impacto y análisis coste-beneficio: ¿qué es lo que implican para la formulación de políticas y reforma del derecho?” En AUBY, J.B. y PERRAUD, T. La evaluación de impacto regulatorio. Cit. p. 125.

participación. Supone una apuesta de buen gobierno ante el desafío de una nueva manera de hacer política en la era de la gobernanza. Apostando por una nueva forma de definir el interés público³³, mejorando la justificación de las decisiones normativas que se toman para su consecución y posibilitando la valoración real de los efectos de tales intervenciones. Donde es necesario poner en valor y en un primer plano del escenario, complejo e interconectado en red, los derechos fundamentales.

Referencias bibliográficas

ÁLVAREZ SUÁREZ, M. “La mejora de la regulación en España como política pública: análisis y evolución”, GAPP. Nueva Época, Nº 17, mayo 2017.

BALSA PASCUAL, Carmen; La “Better Regulation”, en Papeles de Evaluación 1/2006, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 2006.

BAIGES I PLA, E, GIBERT I BOSCH, A. VVAA; Better Regulation: una estrategia ineludible, Programa Partners, Barcelona, ESADE, 2009.

BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés; Mejorar la regulación: una guía de razones y de medios, Marcial Pons, Madrid, 2009 y Regulación: Mito y Derecho. Desmontando el mito para controlar la intervención de los reguladores económicos, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010.

COMISION EUROPEA, Legislar mejor: obtener mejores resultados para una Unión más fuerte, Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo europeo y al Consejo, Bruselas, 2016.

Consejo de Ministros Gobierno de España, Guía Metodológica para la elaboración de la memoria del análisis de impacto normativo, Madrid, 2009.

EUROPEAN COMMISSION, Better Regulation Guidelines, Brussels, 2017.

EUROPEAN COMMISSION, Staff working document, Better Regulation Guidelines, Brussels, 2017.

ISSALYS, P. “Analyse d’impact et production normative: de l’efficacité à la légitimité”, Revista Fac. Direito UFMG, Número Especial: Jornadas Jurídicas Brasil-Canadá, 2013, (pp. 245 – 274).

JACOBS, S. H. “Current trends in the process and methods of regulatory impact assessment: mainstreaming RIA into policy processes”, en KIRKPATRICK, C.

PARKER D. (Eds.), Regulatory Impact Assessment. Towards Better Regulation? Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, 2007.

³³ AUBY, J.B. y PERRAUD, Th. La evaluación de impacto regulatorio. Introducción. Global Law Press/INAP. Sevilla, 2013. p. 24

KIRKPATRICK, C. PARKER, D. Regulatory Impact Assessment, Towards Better Regulation? CRC series on Competition, Regulation and development, Edward Eldar Publishing, Cheltenham, UK, 2007

OCDE, Introductory Handbook for Undertaking Regulatory Impact Analysis (RIA), 2008.

OCDE, Recommendation of the Council on Improving the Quality of Government Regulation, 1995.

PINILLA PALLEJA, R. Qué es y para qué sirve la Evaluación de Impacto normativo, Agencia de Evaluación y Calidad, Papeles e Evaluación 8/2008, Ministerio Administraciones Públicas Gobierno de España, Madrid, 2008.

RADAELLI, C. M. Y DE FRANCESCO, F. “Regulatory Impact Assessment”, en The Oxford Handbook of Regulation, Oxford University Press, 2010.

RENDÁ, A. Impact assessment in the EU. The state of the art and the art of the state. Centre for European Studies, Brussels, 2006.

ROSE-ACKERMAN, S. “Evaluación de impacto y análisis coste-beneficio: ¿qué es lo que implican para la formulación de políticas y reforma del derecho?” En AUBY, J.B. y

PERRAUD, T. La evaluación de impacto regulatorio. Op. Cit.

KARPEN, U. The obligation to evaluate the effects of laws on the exercise of fundamental rights. Proceedings of the Council of Europe’s legal co-operation and assistance activities (2000-2001). Council of Europe, Sounion, 1999.