



Legislador i tècnica legislativa





Legislador i tècnica legislativa

Workshop celebrat al Palau del Parlament
el dia 17 de febrer de 2003

Publicacions del Parlament de Catalunya
Barcelona, 2003

BIBLIOTECA DE CATALUNYA, DADES CIP

Legislador i tècnica legislativa : workshop celebrat al Palau del Parlament el dia 17 de febrer de 2003. (Testimonis parlamentaris ; 15)

Textos en català, anglès i castellà

ISBN 84-393-6286-2

I. Catalunya. Parlament II. Col·lecció: Testimonis parlamentaris ; 15

1. Legislació Avaluació Congressos 2. Projectes de llei Redacció Congressos 3. Lleis Aplicació Congressos

340.13(061.3)

Primera edició, novembre del 2003 (edició núm. 176)

Tiratge: 800 exemplars

© Publicacions del Parlament de Catalunya

Parc de la Ciutadella, s/n

08003 Barcelona

Tel. 933 046 635 · Fax 933 046 636

A/e: edicions@parlament-cat.net

Assessorament lingüístic: Departament de Serveis Lingüístics

Disseny gràfic: 03 BCN Packagers, SL, Barcelona

Fotografies sobre coberta: Parlament Europeu: Seu d'Estrasburg. Saló de sessions

Impressor: Indústries Gràfiques Gabriel Gibert, SA (Tarragona)

Enquadernat a: Enquadernacions Fontanet, SL (Lleida)

ISBN: 84-393-6286-2

Dipòsit legal: T. 1.481/2003

Contingut

PRESENTACIÓ	7
Ismael E. Pitarch	
INAUGURACIÓ	13
Joan Rigol i Roig	
I PONÈNCIA	23
Ulrich Karpen	
Evaluation of legislation	23
<i>L'avaluació de la legislació</i>	49
II PONÈNCIA	73
Luzius Mader	
Improving legislation by evaluating its effects: The Swiss experience	73
<i>Millorar la legislació per mitjà de l'avaluació dels seus efectes: l'experiència suïssa</i>	97
COL·LOQUI (I i II ponències)	121
Carles Viver i Pi-Sunyer, <i>moderador</i>	



III PONÈNCIA	139
Marta Tavares de Almeida	
Evaluation of legislation: The Portuguese experience	139
<i>L'avaluació de la legislació: l'experiència portuguesa</i>	156
COL·LOQUI (III ponència)	171
Lluís Aguiló Lúcia, <i>moderador</i>	
IV PONÈNCIA	189
María Jesús Montoro Chiner	
Seguretat jurídica i tècnica legislativa	189
COL·LOQUI (IV ponència)	243
Imma Folchi i Bonafonte, <i>moderadora</i>	
APÈNDIX	269
Llista de participants	

Presentació

Dr. Ismael E. Pitarch

Lletrat major del Parlament de Catalunya

Coordinador del workshop

El dia 17 de febrer d'enguany va tenir lloc al Palau del Parlament el *workshop* Legislador i Tècnica Legislativa, l'objectiu del qual s'explicita en les paraules del president Rigol en l'acte de presentació: transcendir els aspectes de la forma de les lleis per a prestar una atenció més pregon a l'avaluació legislativa. La preocupació i l'interès per aquesta qüestió fa temps que ens ocupen.

Una adequada confecció formal de la llei és la primera obligació, i la més elemental, del legislador davant la necessitat que la norma sigui ordenada, ben estructurada i, sobretot, entenedora i comprensible, no només per a l'operador jurídic, sinó també per als ciutadans; és per això que, si no s'ha fet abans, durant el tràmit parlamentari, amb la col·laboració dels serveis tècnics del Parlament i dels ponents i els responsables de les iniciatives legislatives, la ponència i la comissió han d'incorporar les directrius de tècnica legislativa al dictamen que presenten al Ple, i integrar-les a la llei. A casa nostra, primer des de la universitat, el grup Gretel, eficaçment dirigit pels doctors Carles Viver i Pi-Sunyer i Pau Salvador i Coderch, fou pioner en aquesta preocupació i hi incorporà i trasplantà les primeres directrius i recomanacions sobre la forma de les lleis, que, d'alguna manera, després, el Govern i el Parlament han portat a la pràctica.

Una segona àrea, més complexa, difícil d'assolir i de resultats més incerts, però també imprescindible, és la que es refereix a l'avaluació prèvia de les normes abans de tramitar-les, cosa que correspon de fer, primer de tot, a qui presenta la iniciativa legislativa, i també al mateix Parlament abans d'aprovar-la, a fi de garantir-ne la racionalitat i l'eficiència, de millorar l'actuació de l'Administració en l'aplicació de la llei i de facilitar la funció reguladora que té en el si de la socie-



tat. En aquesta àrea, els treballs de la doctora Montoro Chiner també han estat pioners a l'acadèmia; però, de moment, encara no han tingut una aplicació suficient en el regne dels fets.

Finalment, una àrea connexa es refereix a l'avaluació posterior i a l'anàlisi de l'aplicació de les lleis aprovades quan, mitjançant les oficines d'avaluació legislativa, es consideren els resultats de la legislació, l'adequació i la bondat de les solucions i la conveniència o la necessitat de promoure-hi modificacions o rectificacions. Fer sentir la necessitat d'aquestes oficines fou un dels objectius latents del *workshop*, ja que, encara que queda lluny de les preocupacions i els interessos immediats del nostre Parlament, ineludiblement, tard o d'hora, caldrà dotar-lo d'una oficina d'avaluació legislativa. Un altre objectiu del *workshop* va ser crear o compartir complicitats: el Parlament necessita el suport, la crítica, l'estudi i les propostes de professors i d'investigadors rigorosos, d'administradors diligents, de jutges prudents, de mitjans de comunicació crítics i d'uns ciutadans participatius que l'esperonin a prestar atenció i a donar resposta a les necessitats de les persones, a fi que aprovi unes lleis racionals i eficients que responguin als propòsits de millorar la convivència cívica i la pau comuna i que contribueixin a assolir la plenitud cultural i el benestar social.

Els ponents del *workshop* són alguns dels millors especialistes europeus en avaluació legislativa: el doctor Ulrich Karpen, professor de la Universitat d'Hamburg; el doctor Luzius Mader, de l'Oficina Federal de Justícia de Berna; la doctora Marta Tavares de Almeida, de la Facultat de Dret de la Universitat Nova de Lisboa, i la doctora María Jesús Montoro Chiner, catedràtica de dret administratiu de la Universitat de Barcelona. De les vuitanta-sis persones inscrites, finalment, n'hi assistiren seixanta.

He de donar les gràcies reiteradament als ponents i als moderadors, per la seva participació generosa i il·lusionada, molt especialment a la doctora Montoro, per la col·laboració i el suport que ens ha presat abans de la jornada i en l'edició posterior de les ponències; a les persones inscrites, i més encara a les que hi assistiren, pel seu interès i la seva participació en els col·loquis; a les senyores Blanca Massé i Francesca Guardiola, per la tasca infatigable i imprescindible

d'atendre les inscripcions i de tenir cura de tots els detalls de la jornada, i també a les persones que van treballar en les tasques auxiliars. Finalment, gràcies a les persones dels departaments de Serveis Lingüístics i d'Edicions del Parlament que han preparat aquesta publicació. I, sobretot, moltes gràcies als lectors curiosos que hi dialogaran.

Palau del Parlament, 10 d'abril de 2003
XXIII aniversari de la constitució del Parlament

Inauguració

M. H. Sr. Joan Rigol i Roig

President del Parlament de Catalunya

Bon dia. Siguin benvinguts al Parlament de Catalunya, en aquesta jornada sobre el legislador i la tècnica legislativa.

Ara intentava, amb paraules breus, abans d'arribar aquí, explicar als ponents el que significa aquesta casa, i els remarcava les dates fonamentals: l'any 1714 —aquest edifici començà sent una caserna del rei Felip V— i l'any 1931, quan Catalunya va voler recuperar les seves institucions polítiques, i allò que significava la força de les seves institucions era precisament el fet de tenir un parlament, i des del 1931 fins al 1939, i després del llarg parèntesi del temps franquista, allà on Catalunya projecta la seva personalitat política és precisament el Parlament.

I fixin-se com la prova de foc que una regió —en llenguatge europeu— és una regió potent, l'única definició que troben —o que trobem— és la de «regions amb competències legislatives». En definitiva, són les regions que tenen un parlament. Fins i tot els mateixos poders executius, quan s'han d'agrupar en l'àmbit europeu, per distingir-se com a realitat política, només troben en el parlament, en la seva capacitat legislativa, la definició de saber si té dinàmica política, perquè l'aspiració de qualsevol àmbit legislatiu és que hi hagi una relació i una proximitat entre el poble i les decisions que es van prenent en l'àmbit de la mateixa dinàmica política, perquè el parlament és el centre de la insatisfacció creativa; és a dir, *insatisfacció* perquè les necessitats i els problemes de la nació i dels ciutadans són innumbrables i difícils, creixen i es transformen, i n'apareixen de nous al llarg del temps, massa sovint abans d'haver resolt els primers que es va plantejar. I és *insatisfacció*, però *creativa*, perquè el Parlament no pot restar passiu davant les necessitats i els problemes, sinó que els ha de donar



resposta, la resposta més ajustada i adequada possible; una resposta que no pot ser merament teòrica i especulativa, sinó que s'ha d'ajustar a la força dels fets i a la realitat de les coses, i sovint no és fàcil de trobar, i encara menys d'explicar.

Ens apleguen avui, aquí, doncs, a tots, l'interès per un mateix problema i la voluntat d'estudiar i analitzar les millors respostes i solucions teòriques per a resoldre d'una manera més adequada les nostres necessitats.

També hauria pogut començar, en comptes de parlar d'aquesta *insatisfacció creativa*, que és una expressió, doncs, una mica emfàtica, d'una altra manera, que diria «el Parlament és la casa de la llei», que no deixa de ser també una definició amb un cert sentit emfàtic.

Aquesta definició, segurament, els hauria sorprès menys o els hauria semblat més adequada a l'objecte de la nostra reunió. Però he volgut fer aquelles afirmacions perquè dialoguin entre elles i amb vostès, i em permetin construir el discurs que ara els vull fer.

El Parlament, font i origen del poder legislatiu de l'estat democràtic, ha de fer unes lleis que recullin les aspiracions del país i que responguin a les necessitats col·lectives, fins i tot quan adopten la forma d'una decisió singular. Certament, el més important de la llei és el contingut i la manera com s'adequa a la societat que vol regular. La forma de les lleis, però, cada vegada més clarament, va unida al fons en una unitat indestructible. No vull caure, ara, en la pedanteria de donar-los, a vostès, una lliçó sobre uns temes que coneixen molt millor que no pas jo mateix, únicament vull palesar com coincideixen les preocupacions de vostès amb les necessitats i les inquietuds del Parlament.

Pel que fa al fons i la forma de les lleis, hi ha, almenys, tres àrees que mereixen la nostra atenció. La primera, la més simple i la més fàcilment assolible, és l'àrea que estudia la forma de les lleis pròpiament dita, és a dir, l'edició material, la presentació, l'ordenació i l'estructura. M'agrada destacar que, a Catalunya, el grup Gretel, sàviament i prudentment dirigit pels senyors Carles Viver i Pi-Sunyer i Pau Salvador, féu la primera anàlisi de la nostra legislació, i hi incorpo-

rà i trasplantà les primeres directrius i recomanacions sobre la forma de les lleis, que després han estat desenvolupades i repensades per governs i parlaments autonòmics, i també pels de l'Estat.

Una adequada confecció formal de la llei és la primera i més elemental resposta del legislador a la necessitat de fer-la entenedora i comprensible, no únicament a l'operador jurídic, sinó també als ciutadans. Aquesta és, per tant, una de les primeres i més elementals responsabilitats del Parlament; s'ha d'exigir i aconseguir que els projectes que envia el Govern al Parlament s'adaptin a la norma sobre l'elaboració de les normes proposada pel Comitè Assessor per a l'Estudi de l'Organització de l'Administració, que el Govern de la Generalitat ha fet seva. Els grups parlamentaris també han d'adequar-hi les proposicions de llei que presenten. Si no s'ha fet abans, però, en el tràmit parlamentari s'ha de proposar d'introduir-hi les recomanacions i les esmenes tècniques que ho facin possible.

En aquest sentit, és insubstituïble, per bé que de vegades pugui resultar complex i ingrat, el diàleg dels lletrats amb els ponents i els responsables tècnics i polítics de les lleis del Parlament. Per això, no em puc estar d'instar-los a persistir, a no defallir i a fugir de la rutina i la comoditat —sé que aquesta tasca significa un esforç per als lletrats, però de debò que l'han de continuar fent amb insistència— perquè la ponència i la comissió incorporin les directrius de tècnica legislativa al dictamen que presenten al Ple, per tal que s'integri en el cos de la llei que, finalment, és aprovada.

Una segona àrea, més complexa i més difícil d'assolir, i de resultats més incerts, però també imprescindible, és la que es refereix a l'avaluació prèvia de les normes abans de presentar-les —cosa que correspon de fer, primer de tot, a qui presenta cada iniciativa legislativa—, a la racionalitat i a l'eficiència d'aquestes amb vista a millorar l'actuació de l'Administració en l'aplicació de la llei i a facilitar-li la funció reguladora en el si de la societat.

També en aquesta àrea, des de casa nostra, els treballs de la doctora Montoro Chiner han estat pioners. No vull estendre-m'hi, perquè la sessió de treball que ara encetem té com a objecte, precisament, aquestes qüestions, sobre les quals ens il·lustraran alguns dels mi-



llors especialistes europeus: el doctor Ulrich Karpen, professor de la Universitat d'Hamburg; el doctor Luzius Mader, de l'Oficina Federal de Justícia de Berna; la doctora Marta Tavares de Almeida, de la Facultat de Dret de la Universitat Nova de Lisboa, als quals agraeixo molt sincerament la presència i la illusió amb què han acceptat la nostra invitació, i, finalment, la doctora María Jesús Montoro Chiner, a la qual vull agrair molt especialment la col·laboració i l'interès en la celebració reeixida d'aquesta sessió de treball.

Finalment, la tercera àrea és la que es refereix a l'avaluació posterior i a l'anàlisi de l'aplicació de les lleis dictades pel parlament, quan aquest, mitjançant les oficines d'avaluació legislativa, considera els resultats de la seva legislació, l'adequació i la bondat de les seves solucions i la conveniència o la necessitat de promoure-hi modificacions o rectificacions, oficina que manca en el nostre Parlament, que encara és prou lluny de les preocupacions i els interessos immediats i de la qual aviat caldrà dotar-lo, i que des d'ara hem de començar a estudiar, defensar i promoure per culminar, provisionalment, l'arquitectura legislativa que correspon a un país amb veu pròpia i coherent en el concert de les nacions democràtiques i sobiranes.

Torno al principi. El Parlament —deia— és el centre de la insatisfacció creativa. Com poden veure, en un aspecte tan concret com el que avui ens ocupa són moltes les necessitats a què el Parlament ha de donar resposta; en algun cas no es gens fàcil, en d'altres, però, les tenim a l'abast. És, doncs, on tenim la responsabilitat de donar-la. Algunes respostes, com les que es refereixen a la forma de les lleis, són fàcils de donar, i només la rutina ens priva de fer-ho. Altres són més complexes i costoses, demanen més recursos i són més difícils de desenvolupar i portar a terme. És per això que, si no ens esperona la insatisfacció, no podem donar respostes que siguin creatives i que s'allunyin de la nostra pràctica quotidiana.

És en aquesta àrea que el Parlament necessita el suport, la crítica, l'estudi i les propostes de professors i d'investigadors, d'administradors diligents, de jutges prudents, de mitjans de comunicació crítics, de ciutadans participatius que l'esperonin, primer, a prestar atenció i, després, a donar resposta a les necessitats que les normes, les lleis

que fa el Parlament siguin racionals i eficients i responguin als motius i els propòsits de millorar la convivència cívica i assolir el bé comú.

Per portar-ho a terme i fer que doni fruit —que la societat té el dret d’esperar—, són imprescindibles, primer, el diàleg i el treball conjunt i previ entre els responsables de l’Administració i del Govern i els grups parlamentaris, i la formalització i la concreció final d’aquest treball per a la col·laboració entre els lletrats i els membres del Parlament a l’hora de tramitar les lleis i aprovar-les.

Permetin-me fugir una mica del guió que tinc establert, perquè els voldria fer tres consideracions. Hi ha parlaments que tenen majoria absoluta, i aleshores, políticament, tenen els avantatges i els problemes propis de les majories absolutes. Hi ha parlaments que tenen, o que tenim, majories relatives, i aleshores cada llei és fruit d’una negociació imprescindible i necessària per a tirar-la endavant. Quan els parlaments tenen majories relatives, és a dir minories, moltes vegades, aquestes lleis, que són fruit de la negociació, porten una certa dosi d’inconcreció; inconcreció que és fruit, precisament, d’haver de trobar un punt comú amb els vots que es necessiten per a poder tenir una majoria.

Aquestes inconcrecions comporten, moltes vegades, dificultats d’interpretació i dificultats d’aplicació. És aquí on els diversos grups han de saber discernir entre el que és inconcreció, per deixar-ho difuminat, del que signifiquen els acords polítics en profunditat. Moltes vegades els interessos tàctics o estratègics són molt concrets, i aleshores, en aquesta negociació, es va pel camí de la difuminació. És un mal camí, segons el meu entendre. En canvi, quan s’aprofundeix en la diversitat de posicions tàctiques i es busca un concepte omnicomprensiu, però molt clar, aleshores és quan la llei s’enriqueix.

Saber discernir quan és fruit, diguem-ne, d’aquesta difuminació, per no entrar al fons de la qüestió, o saber veure quan s’eleva el concepte que de la tàctica es passa a la unitat conceptual bàsica, i aleshores es fa una bona negociació, saber distingir això, és una qüestió que ens afecta, als polítics i també al cos de lletrats d’un parlament. Els volia fer aquesta primera consideració.

Una segona consideració: vostès saben que, juntament amb la llei de pressupostos, hi ha la famosa llei d'acompanyament, i quan sents les opinions dels tècnics, aquests clamen que és un abús excessiu de legislació; no sols les opinions dels tècnics de dintre la casa, del Parlament, sinó les de tots els advocats que saben que se'ls desfà el marc jurídic allà on cada any han d'estudiar aquella llei per saber on són, i això és ben bé així. Però quan passa això amb les diferents majories i minories dels parlaments, o passa tan sovint com cada any, és que hi ha alguna cosa de fons que s'ha de tractar. I, segons el meu entendre, el problema és el següent: vostès saben més bé que jo que legislar vol dir tractar les coses a llarg termini; no es pot legislar cada quinze dies sobre un aspecte; legislar vol dir fixar uns criteris per a un període de temps prou llarg. Però resulta que el ritme a què evoluciona la societat i la importància que, cada vegada més, té la conjuntura, especialment quan s'introdueixen problemes de tipus econòmic, fan que es doni una contradicció entre la resposta a la conjuntura —que hi ha molta petició de la societat per respondre-hi d'una manera immediata— i el sentit legislatiu.

Jo crec que aquesta contradicció situa els teòrics de la qüestió davant un repte important, i com que aquest és l'auditori que hi encaixa, jo els encoratjo a buscar una solució que no sigui només la crítica fàcil de la llei d'acompanyament de cada any, sinó a veure quins són els reptes en els quals la construcció de les lleis tinguin, per un cantó, aquesta certa fixesa en el temps però que responguin també a les demandes de la societat davant les conjuntures que se'ns presenten a l'hora de confeccionar els pressupostos. Era una segona qüestió que els volia posar fora de guió.

I una tercera i última qüestió. A veure, jo crec que cal avaluar les lleis *a posteriori* i saber si responen o no responen als objectius, i aquest és un dels temes de la seva trobada avui, aquí. Sàpiguen que els polítics, de vegades, fem coses, i l'avaluació d'aquestes no ens la fa el cos tècnic capaç de veure si hem respost o no hem respost al que ens proposàvem, sinó que ens la fa un periodista que és capaç de posar el micròfon davant de qualsevol persona i donar a les seves paraules una dimensió, a la televisió, tan forta que al final, l'avaluació, la fa la senyora aquella que passa per allà el dia de la inauguració, i no

el cos de tècnics que ens poden dir si l'hem encertada o no l'hem encertada, d'acord amb els objectius que ens havíem proposat.

Qui vulgui aportar elements d'avaluació sobre les lleis ha d'entendre que els polítics estem immersos també en aquesta situació complexa, i que, per tant, una avaluació tècnica estricta pot no arribar a avaluar la situació en què els polítics es troben. Per tant, s'ha de saber que els qui volen avaluar des del punt de vista tècnic i amb una certa eficiència les mateixes lleis s'han d'encarar amb la possibilitat de donar-hi una dimensió prou forta com perquè l'efecte mediàtic no neutralitzi l'autèntica avaluació d'aquests fets.

Eren les tres consideracions que els volia fer des de la pràctica d'estar al capdavant d'un parlament com el nostre, com el català.

I acabo. He parlat al principi d'algunes definicions del Parlament. Per acomiadar-me i deixar-los, a vostès, que facin la feina que han escollit fer avui, en vull recordar dues de molt suggeridores. La primera diu que el Parlament és la casa dels drets de la persona. És aquesta convicció la que pot esperonar i conjuntar els esforços a què adés em referia. És per això que em satisfà especialment la presència de persones tan diverses —lletrats, assessors, professors, administradors, jutges, periodistes, estudiants—, que refermen la nostra confiança i la nostra fe en el futur per a un millor reconeixement i una garantia més alta dels drets de tothom.

Acabo amb l'última definició —ja veuen que avui sóc prolífic donant definicions de *parlament*—: el Parlament és la casa de tots, i també és casa seva, per això la seva tasca, el seu treball d'avui es pot fer amb la simplicitat i la facilitat de les coses de casa, i per això no els dono pas la benvinguda, sinó que únicament els dic: són vostès a casa seva, i gràcies per venir, per estar-hi i per treballar-hi al llarg del dia d'avui.

Moltes gràcies.

Ara s'acostuma a dir aquelles paraules de ritual: queda inaugurada la jornada Legislador i Tècnica Legislativa.

Moltes gràcies.



I ponència

The evaluation of legislation

Univ. Prof. Dr. Ulrich Karpen

Catedràtic de la Universitat d'Hamburg

Summary

Part I. Effectuating fundamental rights by evaluation of legislation

Introduction: The constitutionalisation process in Europe

1. Fundamental rights' standards in Europe
2. Effectuating fundamental rights
3. Evaluation of legislation in view of effectuating fundamental rights

Effectuating fundamental rights:
A perspective

Part II. Efficient organization of the legislative process: Precondition for the quality of legal norms

- A. Quantity and quality of norms
1. Statistics and arguments
 2. Deregulation and quality control
 3. Effectiveness
 4. Efficiency
 5. Efficacy
 6. Prospective, concurring, retrospective RIA

- B. Instruments of prospective RIA
1. Checklists
 2. Analysis
 3. In-vitro-test - scenario - simulation
 4. In-vivo-test
 5. Costs
- C. Concurrent RIA
1. The draft in parliament
 2. Rationality of facts - rationality of politics
 3. Political action
- D. Retrospective RIA
1. Monitoring
 2. Broad participation
 3. «Sunset legislation»
- E. Institutional frame of RIA
1. RIA-Regulation in the hierarchy of law
 2. Persons and organization
 3. Procedure
 4. Finally

A la pàgina 49, a continuació del text en anglès, se'n reproduïx la traducció catalana.

Part I. Effectuating fundamental rights by evaluation of legislation

INTRODUCTION: THE CONSTITUTIONALISATION PROCESS IN EUROPE

The constitutionalisation process of the European Union is underway. The recent and most visible step is the proclamation of the Charter of Fundamental Rights of Dec 7, 2000.¹ The Community was conceived as a legal order formed by international treaties, negotiated by the Governments of States, the High Contracting Parties, under International Law and giving birth to an International Organization. The Constitutionalism thesis claims that in critical aspects the Community has evolved and behaves as if its founding instrument were not a treaty governed by international law but, to use the language of the European Court of Justice, a Constitutional Charter governed by a form of Constitutional Law. Constitutionalisation is the process by which the EC treaties evolved from a set of legal arrangements binding upon sovereign states, into a vertically integrated legal regime conferring judicially enforceable rights and obligations on all legal persons and entities, public and private, within the sphere of application of EC Law.² This process is supported and advanced by revisions of national constitutions. All together one can clearly observe a convergence of constitutional law and thinking in

1. 2000/C 364/01, Official Journal of the European Communities, 18.12.2000.

2. JOSEPH H.H. WEILER, The Reformation of European Constitutionalism, in: KARL F. KREUZER/ DIETER H. SCHEUING/ULRICH SIEBER (ed.), *Die Europäisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen in der Europäischen Union*. Baden-Baden, 1997, p. 10.



the Union and its member states. Having reached the objective of a single currency, the idea of a constitution is the only one that has enough symbolic strength to give back momentum to a European policy in which European citizens can identify themselves, finding in the European institutions an «added value», that has not always been perceived.³

Human Rights as laid down in the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 1950 and now the Charter of Fundamental Rights, and the machinery for their protection represent an integrational value and instrument. Basic freedoms enshrined and protected by law are among the elements which give society and its members a sense of identity. Fundamental rights are a tool of unification of the European Institutional System. Europe is not a geographic, but a cultural term, and constitutions, namely their fundamental rights sections «bill of rights», are basic norms as well as a mirror of cultural heritage.⁴

Fundamental rights cannot be — and are not — theoretical and illusory, but rather practical and effective. The national constitutions provide instruments and procedures for effectuating fundamental rights, by inserting them into the legal order, detailing their content in laws, setting limits, if necessary. Fundamental rights can be enforced by courts. On the European level direct effect and supremacy, are at the core of the constitutional construct. Effective application and enforcement of European Law, namely fundamental rights and freedoms, today is much more on the agenda than it used to be.

The primary instrument of effectuating fundamental rights are norms, as enacted by the legislators, regulations and directives on the EU-level, statutes and ordinances on the member-states level. In enacting these norms the legislator strive at promoting the vigor of fundamental rights as much as possible and limiting them only as far as needed. To this end an evaluation of the possible effects of legis-

3. STEFANO RODOTÀ, The Charter of Fundamental Rights, in: Reports for the 1st. European Jurists Forum, Nürnberg, 2001, Baden-Baden, 2001, p. 19.

4. PETER HÄBERLE, Das Konzept der Grundrechte, in: Europäische Rechtskultur, Baden-Baden, 1994, S. 279 ff. (299).

lation on fundamental rights is required. It is standard in EU- and Member States' procedures to evaluate draft laws *ex ante* and laws *ex post* to bring fundamental rights to their broadest effects.⁵

This paper will analyse its topic in three steps. First of all the fundamental rights' standards in Europe will be unfolded. Second some criteria for effectuating fundamental rights need explanation and finally instruments and procedures to evaluate laws are presented.

1. FUNDAMENTAL RIGHTS' STANDARDS IN EUROPE

In the perspective of the general topic of this conference this analysis will focus on European fundamental rights. So the International Bill of Rights can only be mentioned, namely the Universal Declaration of Human Rights of Dec 10, 1948 and the two comprehensive International Covenants (Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and Covenant on Civil and Political Rights, both of Dec 16, 1966) The catalogue of the first instrument has a high standard but is in the reach of every state. The covenants enjoy a greater jurisprudential status; they provide an enforcement machinery. All three bills of rights-bodies are, of course, of high importance for expounding and implementing European fundamental rights. The same observation is even more true for the catalogues of fundamental rights in member-states-constitutions and the constitutions of smaller entities, as in non-unitary systems such as federations. Interesting enough «Federal Human Rights» have played a strong integral role in these countries.

As far as the sources of European fundamental rights are concerned, there are two main streams. The Council of Europe set into force the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of Nov 4, 1950, and the European Social Charter of Oct 18, 1961. The European Union-fundamental rights flow from three sources. First of all some fundamental freedoms are laid down in

5. ULRICH KARPEN (ed.), *Evaluation of Legislation*. Proceedings of the Fourth Congress of the European Association of Legislation (EAL) in Warsaw (Poland), Baden-Baden (Nomos), 2001.



existing constitutional documents. They are code law. This is mainly the catalogue of freedom as enshrined in the Treaty Establishing the European Community. Secondly there are fundamental rights through interpretation by the European Court of Justice. This is case law. And from Dec 7, 2000 there is the Charter of Fundamental Rights of the European Union.

These sources have to be examined differently. The fundamental freedoms in the EC-Treaty are binding law and expounded and applied without too many problems. The human right «saga»⁶ of the European Community is well known and does not need an elaborate reiteration. Briefly stated, in the absence of a written Bill of Rights the European Court of Justice, in an exercise of judicial activism, created a higher law super structure of fundamental and human rights, to be culled from different sources and against which the acts of the Community organs could be reviewed in the normal course of judicial review provided by the treaty. In the beginning the court demonstrated some reticence.⁷ Later⁸ the court held that the extent of fundamental rights was to be ascertained by a comparative distillation of the constitutional legal orders of the member states, including international treaties which hitherto had been considered irrelevant. The result was to be a homogeneous community body of law, which draws inspiration from rights, directly traceable to the treaty itself (e.g. nondiscrimination, Art. 141), furtheron from the constitutional traditions of member states and finally from international treaties, in which member states have collaborated or to which they are signatories, principally the ECHR. The refer to the general principles in the constitutional traditions of the member states is since long laid down in Art 288 Sec 2 EC-Treaty: «In the case of non-contractual liability, the community shall in accordance with the general principles common to the laws of the Member States...». The same — after Maastricht— is true for Art 6 Sec 1 EU-Treaty: «The Union is founded on the prin-

6. JOSEPH H.H. WEILER, Protection of Fundamental Human Rights within the Legal Order of the European Communities, in: RUDOLF BERHARDT/JOHN ANTHONY JOLOWICZ (eds.), *International Enforcement of Human Rights*, Berlin, 1987, p. 113 (114).

7. *Stork Case* 1/58 (1959), ECR 17.

8. *E.G. HAUER V. LAND RHEINLAND PFALZ*, Case 44/79 (1979), ECR 3727.

ciples of liberty, democracy, respect for human rights and fundamental freedoms and the rule of law, principles, which are common to the Member States». Reference to the ECHR is made in Art 6 Sec 2 EU-Treaty: «The Union shall respect fundamental rights, as guaranteed by the European Conventions for the Protection of Human Rights and fundamental Freedoms [...] and as they result from the constitutional traditions common to the Member States as general principles of Community Law». These principles are not the lowest common denominator of national practices, but rather a comprehensive enumeration of all rights that were deemed to be implicit in or required for human dignity, a common standard of achievement, high, but one within reach of all societies as Dicey ⁹ wrote for a well known standard: «The Habeas Corpus Acts declare no principle and define no rights, but they are for practical purposes worth a hundred constitutional articles guaranteeing individual liberty».

Now the law of the Union covers indeed a significant bill of rights, directly binding, and the court developed supremacy of this bill of rights. This is not yet true for the Charter of Fundamental Rights of the European Union of 2000. The Charta is strictly speaking not legally binding; it is a political instrument. It has not been submitted to parliamentary vote or popular referendum, and it is difficult to adopt a (part of a) constitution without the people. The Charter is solemn political declaration of the EU-Organs. By the Charter we have reached the formulation of an integral model through right, which takes on a meaning that goes beyond the EU's specific requirements. Basically it meets a general need: to identify a system of values, it makes the power of citizen effective, reconstructs the ground conditions of democratic legitimacy. One may talk of integration through rights.¹⁰ The Charter exceeds the common traditions of member states by far. It is an essential element for the interpretation of binding European as well as national fundamental rights. The Advocats General refer to the Charter, although the court is hesitating to follow.

9. A.V. DICEY. Introduction to the Study of the Law of the Constitution, 10th ed., 1961, p. 199.

10. RODOTÀ, *op. cit.* (n. 3), p. 20.



The instruments of fundamental rights and their scholars developed a European standard of rights and freedoms, applicable both on the European and national levels, sort of a European *ordre public*. This standards covers the catalogue and functions of fundamental rights, their reach and limitations, methods of interpretation, scope of application, remedies and judicial supremacy.

Indeed the legal instruments of human rights and fundamental freedoms present the tradition rights to defend the individual against government's encroachment. This is the primary meaning of basic rights, reflected in the 18th/19th century bills of rights. The European conventions and the charter as well as national bills of rights added a new series of rights. Drawing on 19th century ideas of socialism and on non socialist commitments to what has come to be called the welfare state, the catalogues include some economic and social rights, notably the right to social security (as in Art 34 of the Charter) and only in the late 20th and our century a third generation of fundamental rights is added. It is a specification of rights in respect of specific and new groups of individuals, like children, old people, disabled, future generations and rights, which are in fact political objectives like protection of environment (as in Art 37 of the Charter). Classical fundamental rights, man versus the state, provide a *status negativus*. Social rights (*status positivus*) entitle the individual to share state offerings. Political and citizen rights provide a *status activus* to participate in political and societal life as a democratic subject. A special *status activus processualis* is in the core of rule of law, provides access to the courts, covers the principle of *nullum crimen sine lege* and entitles to fair hearing. The equal protection-standard is in the oldest tradition of fundamental rights: basic rights and freedoms are not subject to distinctions of any kind such as race, color, sex, language, religion.

All branches of government are called upon to apply fundamental rights to their best and widest effect. But rights are not absolute. In the exercise of his or her rights and freedoms everyone shall be subject, however, only to such limitations as are determined by law. Solely for the purpose of securing due recognition and respect for the rights and freedoms of others and of meeting the just requirements

of morality, public order and the general welfare in a democratic society. Limitations of fundamental rights must stand the proportionality test and protect the essence of the rights.

There is a convergence in applying methods of interpretations of fundamental rights. Basically there are five approaches. One starts from the text and the systematic position of the right. The latter is e.g. true for social rights. In the historical perspective one will e.g. observe, that in the property right of Art 17 of the Charter no trace of a reference to the right's social function can be detected. The teleological method may be helpful to define the meaning of protection of environment or sustainable development chances. Finally, especially in a transnational environment the comparative method is indispensable. Finally it has to be underlined that every bill of rights presents a table of values, from where one can draw reconstructive elements to give each right a meaning in harmony with all parts of the constitution. In view of the new phase of the building of Europe one may mention the social state principle, rule of law or laicity as a principle of the Charter. This value nation is mentioned in Sec 2 of the Preamble of the Charter: «the Union is founded on the indivisible, universal values of human dignity, freedom, equality and solidarity».

As far as the scope of application is concerned the fundamental rights of the EC-Treaty are binding for all community activities according to Art 220. The Charter after being in force, according to Art 51 Sec 1, is addressed to the institutions and bodies of the union with due regard for the principle of subsidiarity and to the member states only when they are implementing Union law. A most careful limitation in the latter sense in practice will prove to be difficult. According to Art 52 Sec 2 the Charter rights as recognised by the Charter and based on the Treaties, including the Union Treaty, shall be exercised under the conditions and in the limits of these treaties. This applies only to written rights, not to principles as developed by the EC. According to Art 53 the Charter does not intend to restrict or affect human rights and fundamental freedoms in other instruments, be it on the European or national level. This provision seems to invite to a strong protection of national bill of rights.



As far as remedies are concerned, judicial supremacy seems to be considered as an essential component by some observers. However, a range of lesser remedies or procedures might be described. They include political-level review, administrative review, judicial review of alleged violations and anticipatory judicial review.

2. EFFECTUATING FUNDAMENTAL RIGHTS

«When I go to a country, I do not look to see whether there are good laws but whether those there are enforced, for good laws are elsewhere», Montesquieu¹¹ wrote. Indeed any difficulty in making good international and supranational law paled beside the problem of making good international law effective. The history of the international legal discipline is replete with examples of carefully crafted norms disregarded in practice. But if international law is not effective, it is a form of morality. European law, especially European fundamental rights, started low but in the meantime have gained a good standard of efficacy. European law enjoys in a more and more accepted manner direct effect and supremacy.¹² As Lord Denning¹³ mentioned: «The treaty is like an incoming tide. It flows into the estuaries and up the rivers. It cannot be held back». Direct effect means that obligations among states created by a treaty confer rights on individuals which courts must protect even against their own statal public authorities.¹⁴ The community constitutes a new legal order for the benefit of which the states have limited their sovereign rights, albeit within limited fields, and the subjects of which comprise not only member states but also their nationals, so that the community has in the respective fields supremacy.¹⁵ Effectuating or, similar, enforcing¹⁶ European law is understood in its largest sense, to include

11. MONTESQUIEU, Notes sur l'Angleterre, *Oeuvres Complètes*, 331, Éditions Du Seuil, 1964.

12. Factortame case, Rs C 213/89, EuGH I, 2433.

13. Bulmer vs. Bollinger, 1974, 2 ALLER, 1226, 1231.

14. VAN GEND EN LOOS, in: WEILER, *op. cit.* (n. 2), p. 24.

15. WEILER, *op. cit.* (n. 2), p. 23.

16. LOUIS HENKIN, The International Bill of Rights: The Universal Declaration and the Covenants, in: BERNHARDT, *op. cit.* (n. 6), p. 1.

not only means to compel or induce compliance with norms, but all the internal efforts to promote the enjoyment and improve the condition of human rights in Europe. In this wide interpretation applying and effectuating fundamental rights means compliance of all European and member state organs and European citizens in corporation with national legal orders, detailing and limiting through European and national legislation, enforcement through courts and other instruments. Since European law, as interpreted by the court, takes a very integrational posture, the application of community human rights standards to practices of the member states is a major issue than to that of the organs of the community itself.

Effectuating European fundamental rights has to take place in four dimensions: horizontal effectiveness on EU-level, vertical direct effectiveness from EU to national levels, and indirect vertical effectiveness from EU to national level and indirect horizontal effectiveness on national levels.

Horizontal effectiveness on EU level means, that fundamental rights and freedoms are addressed to the institutions and bodies of the Union (Art 51 Sec 1 of the Charter). Directives and regulations are the major instruments to unfold, detail, limit fundamental rights. Vertical effectiveness reaches from EU-level to national member states and their subjects. Generally European law is applied and integrated and detailed by national organs, namely the legislator, which is bound to obey European fundamental rights. These rights have, however, direct effect to the European citizens. Indirect vertical effectiveness of European law takes place if the member states versus their subjects fail to obey European law. Of course regulations have direct effect but directives are binding only as to the result to be achieved, but leave to the national authorities the choice of form and method. Directives have to be transformed namely by statutes and ordinances, to their best effect (*effet utile*). If a member state fails to meet its responsibilities, the national subject may claim damages from the member state on the basis of Art 10 EC-Treaty.¹⁷ And there will be an increasing indirect horizontal effectiveness of European law on

17. *Brasserie du Pêcheur*, EuGH 1996 I, 1029.



member states level, as judges will have to interpret private relationships with reference to the European instruments of fundamental rights and freedom.

All community and member state organs, mainly the supranational and national legislators, have to effectuate European and national fundamental rights as much as possible, since they are vested in Constitutions. But what means *to effectuate*? Generally one may differentiate between effectiveness, efficacy and efficiency.¹⁸

By *effectiveness* we mean the extent to which the observable attitudes and behaviors of the target population (individuals, enterprises, public officials in charge of the implementation or enforcement of legislation) correspond and are due to the normative model, i.e. to the attitudes and behaviors prescribed by the legislator. Thus, with regard to this criterion, two questions have to be asked: Is the norm respected or implemented? And can the correspondence between the observable degree of respect or implementation be imputed to the norm or not? For some types of norms, in particular for orders, injunctions or prohibitions, the word *compliance* may be used at least for the first question. For others, such as norms concerning the granting of permits or subsidies by state authorities, the word most frequently used is *implementation*. From a traditional legal perspective, it is the effectiveness of legislation that is very clearly in the center of interest.

By *efficacy* we mean the extent to which legislative action achieves its goal. This criterion is particularly interesting from a political point of view and it shows also how important it is to clearly define the goal or the goals of a legislative decision: if the political authorities, the legislator, renounces defining the goals, it is impossible to assess the efficacy of legislation. This does not necessarily mean that the goals have to be explicitly mentioned in the normative act itself. They may also be expressed in a «authorised» definition of the goals, evalua-

18. LUZIUS MADER, Evaluation of Legislation - Contribution to the quality of Legislation, in: Evaluation of Legislation - Proceedings of the council of Europe's legal co-operation and assistance activities (2000-2001), Strassbourg, 2001.

tors have to define themselves what they consider to be the relevant goals of a particular piece of legislation.

Effectiveness is a condition, but not necessarily a guarantee for the efficacy of legislation: it contributes to the efficacy only if the causal assumptions implicitly underlying the legislator's choice of the instruments are accurate. On the other hand, the simple fact that the goals of a particular legislation are realised does not necessarily prove the efficacy of this legislation; the realisation of the goals may result from other factors.

By *efficiency* we mean the relation between the «costs» and the «benefits» of legislative action. The words *costs* and *benefits* are used in this context in a very broad sense. The first includes not only the direct financial consequences resulting from the compliance with respectively the implementation of legal norms; it takes also into account immaterial elements, such as psychological or emotional inconveniences, and even all negative effects caused by a particular legislation. The second refers mainly to the goals of a particular legislative action: all effects which are compatible with these goals or further their realisation can be considered as benefits. Evaluating the efficiency of legislation means therefore considering, on the one hand, its costs and on the other hand the extent to which its goals are achieved, facilitating in this way the choice between various measures or the judgment on the proportionality of different measures. The assessment of the costs and benefits is made primarily from the point of view of the legislator but, of course, it can take into account other points of view, especially the point of view of the target population of the legal norms. In this sense, we may distinguish also between internal and external costs and benefits.

These three criteria (effectiveness, efficacy and efficiency) highlight some aspects of the effects of legislation; they emphasise aspects that are particularly important in the law-making process; but, of course, they do not elucidate exhaustively the complex causal relations existing in social reality; they do not necessarily comprehend all relevant effects of a particular legislative action, sometimes designated by the word *impact*.



A practical example may help to illustrate this fact: In most countries, the drivers and even other passengers of cars have to wear safety belts. The legal obligation is supposed to reduce the injuries in case of an accident. The effectiveness of this norm seems to vary considerably. At least in some countries or areas a relatively high proportion of drivers wear the safety belt and they do so, partly at least, because a legal obligation exists (effectiveness). There is evidence, that wearing the safety belt contributes to reduce injuries (efficacy). And the costs of this measure (technical equipment on the cars, implementation activities of public authorities; in a broader sense also the physical and psychological constraints for the drivers and passengers) are not disproportionate compared with the extent to which this measure contributes to reduce injuries (efficiency). Nevertheless, there seems to be some evidence that the measure produces also negative effects, that could lead to more sceptical conclusions. In particular, wearing the safety belt seems to change the drivers' attitudes or capacities in an adverse manner, resulting in more accidents and particularly in more serious injuries caused to cyclists and pedestrians. Therefore, the evaluation of the overall impact of this measure probably has to admit some nuances.

It is the responsibility of all European and national organs to effectuate fundamental rights and freedoms. It becomes obvious, that the main duty rests with the legislature, both on European and member states' level, if one looks at effectuating social rights: rights to decent existence, minimum income, health care a.s.o. The same is true for the right to environmental protection, consumer protection a.s.o. The administrative branch is bound to obey fundamental rights, which is underlined by the rights of individuals to get access to documents (Art 42 of the Charter) and to an Ombudsman (Art 43) as well as the right to petition (Art 44). In many member states there are institutions to take responsibility for dataprotection or protection of the environment. Finally the power to enforce fundamental rights rests with the judiciary. The first and important court, to be mentioned, is the European Court. By judicial activism the Court tried successfully to balance the democratic deficit of the community as well as the «government des bureaucrats» and — finally — to build up a supernational structure. In fact the Court is the singel most important fac-



tor in the European integration process and one may talk of a «government des juges». Only later the issue of supremacy was realized by the German and Italian Constitutional Courts, posed to them by national jurisdiction over alleged human rights violations by the community.¹⁹ Similar importance can be attributed to the European Court of Human Rights.²⁰ It is legitimate to talk of a fully developed systems of European Constitutional Judiciary in view of these two courts. Of course fundamental rights on the member states' level are enforced by national (constitutional) courts, which mostly have the competence of reviewing all legislative and administrative acts and are accessible for individual complaints of unconstitutionality of state actions.

3. EVALUATION OF LEGISLATION IN VIEW OF EFFECTUATING FUNDAMENTAL RIGHTS

Since legislation on the European and national level has to optimize the effectiveness of fundamental rights and freedoms, the legislator has to evaluate his product in advance and control it after the law has been implemented. Legistics, as science of legislation, is dealing with contents of laws and the legislative process in ministries and parliaments since long. Only recently activities both in theory and practice are concentrated on implementation, effectiveness, efficacy and efficiency of norms, namely in view of effectuating fundamental rights. The method to be applied in measuring the effects of laws is evaluation. Evaluation is the use of social science-methods for the prognosis, calculation and control of effects of norms, namely the costs of laws. Laws should be as effective and efficient as possible. They should stand the economic rationality test. They should reach a maximum or an optimum. The question whether norms achieve in fact what they intend to regulate on is indeed of very high interest. Evaluation is the fastest growing subdiscipline of legistics, where econo-

19. GERMAN BUNDESVERFASSUNGSGERICHT, BVerfGE 89, 155 (188) (of 1993).

20. JOCHEN ABR. Frowein/Wolfgang Peukert, *Europäische Menschenrechtskonvention*; 2. Aufl., Kehl, 1996, p. 497 ff.



mists, psychologists, sociologists and legal experts cooperate successfully. No doubt that effectiveness of laws requires high quality of the legal rule and a reliable ascertainment of its implementation.

But which are the criteria of evaluation? «Effectuating» fundamental rights is an essential criterion, but not all. The oldest testimony of an evaluation is found in *Genesis*, Chapter 1. In the beginning God created the heaven and the earth. After the first day, when he created light, day and night, he rested and he «saw the light, that it was good». After the next days — when he created firmament, water, grass, fruit, trees a.s.o. — he rested and found, that it was good. The same, after he had created great whales and every living creature after his kind. And on the sixth day he created man, male and female in his own image, and resting. «God saw everything that he had made and — behold — it was very good.» This evaluation of his own work provokes many questions. Which were the criteria of God's evaluation? Is man really a «very good» product? Which are the steps of the scale? Very good — good — satisfactory? Do we share God's evaluation?

If we evaluate criteria, steps, results of evaluation, we can say the following. Evaluation of laws may be: prognosis of costs or *ex ante* evaluation, concurrent judgment of costs that tries to optimise effects in the legislative process, control of costs after implementation or *ex post* evaluation.

A comprehensive *ex ante* evaluation of the effects of legislation is ambitious, almost impossible. A more limited evaluation of the financial effects of legislation is possible and is becoming standard in European countries. *Ex ante* evaluation tries to take into account the costs of implementation of the law in enterprises and in public administration and its costs to individuals. The suggestions for measures to ensure effective implementation and the instruments which are already applied are so numerous that a résumé can mention only some of them, for example: law models and simulation of laws prior to enacting, in vivo and in vitro tests, hearings, enquiries, ombudsman, checklists for good drafting, revision, consolidation of law, «sunset legislation».

Most voices are optimistic with regard to a sound evaluation, but there are pessimistic ones, such as the Swiss opinion: «Preparatory games are not useful - life is much too complex». To give an interesting example: why do French-speaking Swiss obey the obligation to use the safety belt in cars less carefully than their German-speaking fellow citizens? The statute is the same in both regions, it is, however, applied differently.

In a democratic rule of law government, respecting fundamental rights, government actions are, in principle, limited, whereas the sphere of individual rights is, in principle, unlimited. Each abridgement of civil rights needs authorization by a statute of the legislator, on national level by the parliament.

Since fundamental rights are a barrier to State action — fundamental rights as defensive rights — or the source of individual claims — fundamental rights as positive sharing rights —, the legislator in the process of law drafting must evaluate the impact of his product on fundamental rights.

Government, by enacting laws, wants to direct human behavior. Government may do that in several ways with different degrees of intensity, ranging from indicative to influential and, finally, imperative. These measures may cause conflicts with fundamental rights in increasing measure.

Government may want to give information for individual behavior. Governmental agencies may want to steer by indication. They may warn people that law-studies may be frustrating since there are too many lawyers on the market and no jobs. Governmental agencies may encourage people to take early retirement since there is unemployment, government agencies may inform people on how to protect themselves against Aids. They may indicate that the consumption of bananas is healthy.

This form of indicative guidance does not interfere with fundamental rights. But very often, in order to give information government needs to know. Government needs to collect data, and collecting data may interfere with the fundamental rights of individuals to decide by



themselves what they want to let government know about them. There is a basic right of personal data protection.

Collecting information for tax laws, for example, may interfere with this fundamental right. It may be necessary to monitor telephone conversations to combat organised crime and drug trafficking. This may interfere with the fundamental rights of privacy. Exploring the educational and professional priorities of people may be necessary for government planning of education and higher education. All these governmental actions require a statutory law which is enacted by Parliament because they may interfere with fundamental rights. Statistical surveys may lead to the revealing of data and secrets of businesses, enterprises and trade and will, therefore, require a legal mandate.

Government may want to go one step further and influence people's behavior. This may be influenced in a negative sense, for instance, to reduce smoking, drinking or air pollution by imposing high taxes on tobacco, whisky and cars. Of course, a tax law infringes on the fundamental rights of free exercise of profession, vocation and property. This impact has to be evaluated in advance and needs approval by an act of Parliament.

Influence may be sought in a positive sense. Government may encourage house-building by subsidies, education by scholarships, early retirement by state pensions. These subsidies enlarge the field of fundamental rights, increase individual freedom and thus do not require a statutory law as such, but, of course, a budget appropriation of Parliament. The tricky problem, however, is very often the equality clause. Why encourage house-building, not flat-building or farmhouse-building? There must be a sufficient good reason for differentiation. Why give scholarships to foreigners and not to nationals, to poor students and not to rich ones? (and who is «poor», who is «rich»?) Why offer state pensions to those aged 62 years, not those aged 59? There must be a good reason. Enlarging the freedom of one person may curtail the freedom of others and thus a statutory law is needed and the legislator has to evaluate these conflicts in advance, in quality, intensity and extent.

Finally government may want to direct people in an imperative manner by ordering them: to go to school, not to kill their neighbor, not to sit on the lawn, to pay taxes.

It is obvious that it is necessary to evaluate the effects in advance in the period of drafting and concomitantly with the parliamentary process and later on in the period of implementation of the law.

EFFECTUATING FUNDAMENTAL RIGHTS: A PERSPECTIVE

This paper tried to present some ideas of how protection of fundamental rights could and must be an essential factor of evaluation of legislation. The ideas are mainly traced down from the constitution, bills of rights and their basic principles, both on the supranational and national level. The constitution is a set of values and organizational principles. A constitution is, of course, the basic will of the people. They decide in the constitution, how they want to live. But the constitution, namely a democratic rule of law constitution, is as well — so to say — reason because separation of powers, parliamentary legislation, an independent judiciary, provide reasonable instruments and procedures to protect individuals from illegal and illegitimate inroads into their fundamental rights.

To obey reason is necessary, indispensable, but not all. To repeat one of the maxims of the Founding Fathers of the American Constitution: «Let us be guided by experience, because reason may mislead us». Fundamental rights and freedoms on European and member states levels are an experiment to assure European citizens a life in freedom, equality and solidarity.



Part II. Efficient organization of the legislative process: Precondition for the quality of legal norms

A. QUANTITY AND QUALITY OF NORMS

1. Statistics and arguments

All modern democratic states suffer from an increasing quantity and a decreasing quality of norms. In most modern states since decades we observe a proliferation of laws. Just to give an example: Every citizen of the Federal Republic of Germany has to obey some 6.000 Federal Laws. Since the country is a federation in addition he or she has 2.500 State Laws on his shoulders. And this is not all. He/she has to obey some hundred of local statutes. The Aquis Communautaire, the body of European Law, consists more and more of ordinances, which are direct applicable norms. The Aquis currently covers some 110.000 pages.

Of course, there are a lot of reasons for that flood of laws. The single most important is the development of the industrial and technical world: Traffic, energy (nuclear energy), information technology (data protection) are just examples. Another reason is the growing social and welfare State. The modern welfare state requires a lot of laws since the social state principle and the equality standard as a yardstick for state offerings require legal legislation.

On the other hand we are observing a decreasing quality of norms. As the former German Chancellor Otto von Bismarck said once: «If people knew how sausages and laws are be made». Norms and laws are very long and very detailed. We have too many amendments. The number of comprehensive law codes which are in force for a long time is decreasing.

2. Deregulation and quality control

Regulating Impact Assessment (RIA) helps to reduce quantity of norms. It is an instrument of deregulation, can bar proliferation

of laws RIA is also a tool to improve quality of laws. Criteria for the quantity of norms are just numbers, volume of the law. Criteria for measuring quality of norms are effectiveness, efficiency and efficacy.

3. Effectiveness

Effectiveness means that the law, if enacted, will be observed by the addressees. Just to give an example: It is difficult to analyse the reasons of the fact that the seatbelt-provisions in some parts of Switzerland are much more carefully observed than in others. The effectiveness is different in different parts of the country.

4. Efficiency

Efficiency of a norm means that a given goal is reached on as low costs as possible or that law with given funds can reach as much of a goal as possible.

5. Efficacy

Efficacy means to look at the intent of the legislator and whether it is sufficiently reached at. The intent of the seatbelt-law is obviously to prevent accidents with persons being dead or severely injured. One has to look at whether the law really reaches the intent of the legislator properly. In doing so one has to check alternative solutions like speedlimit or improving the roads or bringing more traffic on to the railroads.

6. Prospective, concurring, retrospective RIA

Every law passes six steps: impulse for legislation, drafting, parliamentary procedure, publication, implementation, monitoring. Steps 1 and 2 are escorted by prospective RIA (ex ante RIA); steps 3 and 4 by concurrent RIA, steps 5 and 6 by retrospective RIA (ex post RIA).



B. INSTRUMENTS OF PROSPECTIVE RIA

1. Checklists

Whoever drafts should first of all apply a checklist to inquire the necessity, effectiveness and comprehensibility of the proposed legal measure. In the meantime these «commonsense questions» are used in almost all European countries.

2. Analysis

The drafter should make a detail analysis of the draft, indicating its objectives, costs, effects, and alternatives by statistics, data collecting a.s.o. Second he may check the draft by simulation (in-vitro-test). Third he may apply an in-vivo-test.

A good example for an analysis of drafts — namely under financial perspective — are the estimates of the Congressional Budget Office of the United States Congress in Washington. In the estimates f.i. of the Sustainable Fisheries Act of 1996 and the International Dolphin Conservation Program Act of 1996 the Budget Office checked the costs for reducing the number of fisher boats, the resulting unemployment, the reduction of tax income a.s.o.

3. In-vitro-test - scenario - simulation

An in-vitro-test is a simulation of the draft at a «green table». A good example is the Natural Catastrophy Act of the German State of Rhineland Palatinate. The Minister of the Interior gathered around a table all institution which are involved in coping with a national catastrophe: The police, the fire brigade, the river police, the army, the local, regional and state authorities, the road authority, even the boy scouts association, because its members may assist in a catastrophe. Some natural catastrophies were simulated and from the cooperation and reaction of all the people assambled one found a lot of deficiencies of the draft.

4. In-vivo-test

The most progressive instrument of checking a draft is the «in-vivo-test». In this case the draft is distributed to the administrators, who administer currently on the basis of the law being in force. F.i. a draft of a social law to support the youth has been checked in this manner. Every administrator who decides on applications for social support was asked to take his decision on the basis of the law as being in force and the draft law. By looking at the reports of hundreds of administrators one found a lot of mistakes of the draft.

The same is true for a new Civil Procedure Code of the Federal Republic. The Minister of Justice of the State of Nordrhein-Westfalia submitted the draft code to the judges of the various levels of the courts and asked them to carry out law-suits on the basis of the two laws as enacted and to be enacted. Again it was found that the draft code led to longer duration of the processes, more costs a.s.o.

5. Costs

These instruments allow a better drafting, but are relatively costly. A small evaluation may cost some 15.000 Euro, a thorough evaluation in all detail of a draft some 150.000 Euro. Consequently at the moment it is impossible to analyse every draft with these instrument, but good evaluation of some drafts has spillover-effects to other drafts.

C. CONCURRENT RIA

1. The draft in parliament

The draft is then initiated in Parliament. After the first reading the draft is referred to the committee responsible for consideration. The committee may schedule hearings with experts and undertake inquiries. Parliamentary support staff should enable committees to make a concurrent evaluation of the draft.



2. Rationality of facts - rationality of politics

It is vital that politicians are participating in the RIA-process from the beginning. Because they have to take into account other arguments than governments and their administrators and drafters. It is the deputies who produce democratic legitimation to the law. They have to consider acceptance, compliance by the people. They know, how to collect majority votes. They may look at the draft in the perspective of the next election. The world is not platonic, but rather political. Reason and experience must be combined.

3. Political action

Sometimes the decision making process in parliament does not meet the requirements of rationality at all. To give two examples from practical experience: A German State Parliament had to decide on the draft of a Civil Law Code. A paragraph dealt with entitlement of a person to act for another person. Under German law this entitlement maybe offered to that person before acting (authorizing) or after having acted (approval). The draft said *approval* of an act but undoubtedly *entitlement* was meant, because the provision covered consent before and after acting. The warning that the paragraph was incorrect did not succeed, because the warner was of the oppositional faction of the house and the majority wanted to stay with the draft.

D. RETROSPECTIVE RIA

1. Monitoring

It is necessary the parliament keeps legislation «under control», by exercising *ex post* evaluation, requiring regular reports from the government regarding implementation of the law as well as following up the process of amendments and consolidation of legislation.

2. Broad participation

Ex post evaluation must be done not only by the parliament but by the whole «Legal Staff» of the country. This means that next to parliament the courts, the lawyers, the legal science, the administration, the citizen (namely via the petitions to the petitions committee of the parliament) participate in evaluation of the law.

3. «Sunset legislation»

A new instrument of *ex post* evaluation is «sunset legislation». The duration of a law is explicitly limited. It expires unless parliament decides that it should be prolonged, be it in the existing version or as amended.

E. INSTITUTIONAL FRAME OF RIA

1. RIA-Regulation in the hierarchy of law

Institutions require persons, organisation and procedure. They should be set up by regulation. It needs to be decided, on which level in the hierarchy of norms RIA should be regulated. There are different advantages and disadvantages. If RIA as a mandatory instrument of improving legislation is regulated in the constitution, this is very visible, but very inflexible, since the Constitution could be amended only with special majority of votes. In addition regulation in the constitution could be very short. If one chooses statutory law or subordinate legislation, regulation could be more detailed, however inflexible as well. Regulation in the rules of procedure of government and/or parliament lacks transparency, could, however, be sufficient detailed. Finally, regulation in administrative guidelines of the ministries could meet the special needs of RIA in that ministry may lack, however, sufficient coordination with RIA-procedure in other drafting units.



2. Persons and organization

From the beginning of the procedure RIA needs close cooperation of civil servants, experts and politicians. One may prefer an internal model - RIA close to the decision maker — or an external one — RIA done by independent, distanced, autonomous bodies, like universities, research-compounds a.s.o. To bring in political rationality and support, RIA organisation needs «cheerleaders» in every caucus of parliament.

3. Procedure

RIA procedure must be as thorough and as transparent as possible, but must stand the proportionality test in view of the costs.

4. Finally

RIA strives for better prognosis of effects of norms, more reason. Abiding by reason is necessary and indispensable, but it is not everything. To repeat one of the maxims of the Founding Fathers of the US-american Constitution: «Let us be guided by experience, because reason may mislead us». A law requires compliance, and rationality is a necessary, although not sufficient prerequisite of compliance.

L'avaluació de la legislació

Sumari

Part I. Implantació dels drets fonamentals mitjançant una avaluació de la legislació

Introducció. El procés de constitucionalització a Europa

1. Estàndards dels drets fonamentals a Europa
2. Implantació dels drets fonamentals
3. Avaluació de la legislació amb la finalitat d'implantar els drets fonamentals

Implantació dels drets fonamentals: una perspectiva

Part II. Organització eficient del procés legislatiu: condicions prèvies per a la qualitat de les lleis

- A. Quantitat i qualitat de les lleis
 1. Estadístiques i arguments
 2. Desregulació i control de la qualitat
 3. Efectivitat
 4. Eficiència
 5. Eficàcia
6. AIL potencial, concurrent i retrospectiva

B. Instruments de l'AIL potencial

1. Llistes de control
2. Anàlisi
3. Prova in vitro: una simulació de l'aplicació
4. Prova in vivo
5. Costos

C. AIL concurrent

1. El projecte al Parlament
2. Racionalitat dels fets, racionalitat de les polítiques
3. Acció política

D. AIL retrospectiva

1. Seguiment
2. Una àmplia participació
3. Sunset legislation

E. Marc institucional de l'AIL

1. AIL. Regulació en la jerarquia del dret
2. Persones i organitzacions
3. Procediment
4. Conclusió



Part I. Implantació dels drets fonamentals mitjançant una avaluació de la legislació

INTRODUCCIÓ. EL PROCÉS DE CONSTITUCIONALITZACIÓ A EUROPA

El procés de constitucionalització de la Unió Europea és en vies d'execució. La darrera etapa, i la més visible, és la proclamació de la Carta de drets fonamentals del 7 de desembre de 2000.¹ La Comunitat es va concebre com un ordre jurídic format pels tractats internacionals i negociat pels governs dels estats, les altes parts contractants, a l'empara del dret internacional, amb la finalitat de crear una organització internacional. Les tesis constitucionalistes afirmen que, en alguns aspectes decisius, la Comunitat ha canviat i es comporta com si els seus instruments fundacionals no fossin tractats regits pel dret internacional sinó, emprant l'expressió del Tribunal Europeu de Justícia, una carta constitucional regida per una forma de dret constitucional.² La constitucionalització és el procés mitjançant el qual els tractats de la Comunitat Europea passen de ser un conjunt de disposicions legals que vinculen els estats sobirans a ser un règim jurídic integrat verticalment, que confereix drets i obligacions exigibles judicialment a totes les persones jurídiques i a totes les entitats, públiques o privades, de tot l'àmbit d'aplicació del dret comunitari. Aquest procés es basa en les revisions de les constitucions nacionals i avança gràcies a aquestes. Prenent en consideració tots aquests factors, és fàcil observar una convergència del dret constitucional i del pensament a la Unió i als estats membres. Un cop aconseguida la fita d'una moneda única, tan sols la idea d'una constitució té prou força simbòlica per a tornar el dinamisme a una política europea amb la qual els ciutadans es puguin sentir identificats i puguin trobar en les institucions europees un «valor afegit» que no sempre ha estat percebut.³

Els drets humans, tal com estan establerts al Conveni per a la protecció dels drets humans i les llibertats fonamentals de 1950, i, ara, a la Carta de drets

1. 2000/C 364/01. *Diari Oficial de les Comunitats Europees*, 18.12.2000.

2. JOSEPH H. H. WEILER, *The Reformation of European Constitutionalisation*, a: KARL F. KREUZER/ DIETER H. SCHEUING/ULRICH SIEBER (ed.), *Die Europäisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen in der Europäischen Union*. Baden-Baden, 1997, p. 10.

3. STEFANO RODOTÀ, *The Charter of Fundamental Rights*, a: *Reports for the 1st European Jurists Forum*, Nuremberg, 2001, Baden-Baden, 2001, p. 19.

fonamentals, i els mecanismes per a la protecció d'aquests, representen un valor i un instrument integrador. Les llibertats bàsiques protegides per la llei són part dels elements que proporcionen a la societat i als seus membres un sentit d'identitat. Els drets fonamentals són una eina d'unificació del sistema institucional europeu, ja que Europa no és un concepte geogràfic, sinó un concepte cultural, i les constitucions, i especialment les seves seccions sobre els drets fonamentals, són tant lleis bàsiques com un reflex de l'herència cultural.⁴

Els drets fonamentals no poden ser, ni són, teòrics ni il·lusionis, ans al contrari, són pràctics i efectius. Les constitucions nacionals ofereixen instruments i procediments per a la implantació dels drets fonamentals, mitjançant la seva introducció en l'ordenament jurídic i la determinació del seu contingut a les lleis, limitant-los, si escau. A més, els tribunals poden fer valer els drets fonamentals. A escala europea, l'efecte directe i la supremacia conformen el nucli de la construcció constitucional. En l'actualitat, una aplicació efectiva del dret comunitari i, especialment, dels drets fonamentals i de les llibertats, gaudeix de molta més prioritat que no pas abans.

L'instrument principal per a la implantació dels drets fonamentals són les lleis, tal com les promulguen els legisladors, els reglaments i les directives de la Unió Europea, i les lleis parlamentàries i els decrets estatals. Mitjançant la promulgació de les esmentades lleis, els legisladors impulsen la promoció de la força dels drets fonamentals tant com és possible, i tan sols els limiten en la mesura que calgui. Amb aquesta finalitat, cal avaluar les possibles conseqüències de la legislació sobre els drets fonamentals. L'avaluació ex ante dels projectes de llei i ex post de les lleis, amb la finalitat d'ampliar al màxim l'aplicació dels drets fonamentals,⁵ s'ha convertit en un estàndard a la Unió Europea i en els procediments dels estats membres.

Aquest estudi desenvolupa el tema en tres parts. En primer lloc, s'exposen els estàndards dels drets fonamentals a Europa. En segon lloc, s'expliquen alguns criteris per a la implantació dels drets fonamentals. I, finalment, es presenten instruments i procediments per a l'avaluació de les lleis.

4. PETER HÄBERLE, *Das Konzept der Grundrechte*, a: *Europäische Rechtskultur*, Baden-Baden, 1994, S. 279 i seg. (299).

5. ULRICH KARPEN (ed.), *Evaluation of Legislation. Proceedings of the Fourth Congress of the European Association of Legislation (EAL) in Warsaw (Poland)*, Baden-Baden (Nomos), 2001.



1. ESTÀNDARDS DELS DRETS FONAMENTALS A EUROPA

Seguint el tema general de la conferència, aquesta anàlisi se centrarà en els drets fonamentals europeus. En conseqüència, només s'esmentaran les cartes internacionals de drets, especialment la Declaració universal dels drets humans del 10 de desembre de 1948, i els dos pactes internacionals generals (Pacte de drets econòmics, socials i culturals i Pacte de drets polítics i civils, ambdós del 16 de desembre de 1966). El principi del primer instrument jurídic és d'estàndard complex, però és a l'abast de tots els estats. Els signants gaudeixen de més estatus jurisprudencial, i proporcionen instruments d'aplicació. És evident que aquestes tres cartes de drets tenen una gran importància en l'explicació i en la implantació dels drets fonamentals europeus. I la mateixa observació és encara més pertinent per als reculls de drets fonamentals de les constitucions dels estats membres i per a les constitucions d'entitats més reduïdes com, per exemple, les de sistemes no unitaris, com ara les federacions. Els «drets humans federals», també molt interessants, han tingut un paper integral i sòlid en aquests països.

Pel que fa a les fonts dels drets fonamentals europeus, hi ha dos corrents principals. El Consell d'Europa va aplicar el Conveni per a la protecció dels drets humans i les llibertats fonamentals del 4 de novembre de 1950 i la Carta social europea del 18 d'octubre de 1961. Els drets fonamentals de la Unió Europea emanen de tres fonts. En primer lloc, algunes llibertats fonamentals ja estan establertes en alguns documents constitucionals. Es tracta dels codis jurídics. Bàsicament, aquest és el principi de llibertat, tal com es troba consagrat en el Tractat constitutiu de la Comunitat Europea. En segon lloc, hi ha drets fonamentals que emanen de la interpretació del Tribunal Europeu de Justícia. Es tracta de la jurisprudència. I, des del 7 de desembre de 2000, disposem de la Carta de drets fonamentals de la Unió Europea.

Cal examinar aquestes fonts d'una manera diferent. Les llibertats fonamentals del Tractat de la Comunitat Europea són lleis vinculants, i s'expliquen i s'apliquen sense gaires problemes. La gènesi⁶ dels drets humans de la Comunitat Europea és ben coneguda i no cal repetir-la. Com que són poc de-

7. Stork Case 1/58 (1959), ECR 17.

8. E. G. HAUER V. LAND RHEINLAND PFALZ, Case 44/79 (1979), ECR 3727.

terminants a causa de l'absència d'una carta escrita de drets, el Tribunal Europeu de Justícia, en un exercici d'activisme jurídic, va crear una superestructura jurídica superior de drets humans i fonamentals. Aquesta era constituïda per diferents fonts, mitjançant les quals es podrien estudiar les actuacions dels òrgans de la Comunitat seguint el curs normal del control judicial establert pel Tractat. Al començament, el Tribunal va mostrar algunes reticències.⁷ Posteriorment,⁸ el Tribunal va afirmar que calia determinar l'àmbit dels drets fonamentals mitjançant una síntesi comparativa dels ordenaments jurídics constitucionals dels estats membres, incloent-hi els tractats internacionals que, fins aleshores, s'havien considerat irrellevants. El resultat va ser un cos legislatiu comunitari homogeni que extreia la inspiració dels drets, directament identificables en el mateix Tractat (per exemple, la no-discriminació, article 141), també de les tradicions constitucionals dels estats membres i, finalment, dels tractats internacionals, en els quals els estats membres han collaborat, o bé en són signants, principalment el Tribunal Europeu dels Drets Humans (TEDH). Les al·lusions als principis generals de les tradicions constitucionals dels estats membres es troben ja a l'article 288, secció 2, del Tractat de la Comunitat Europea: «En matèria de responsabilitat extracontractual, la Comunitat, de conformitat amb els principis generals comuns a les legislacions dels estats membres...». Després de Maastricht, passa el mateix amb l'article 6, secció 1, del Tractat de la Unió Europea: «La Unió es basa en els principis de llibertat, democràcia i respecte dels drets humans i de les llibertats fonamentals i en l'estat de dret, principis que són comuns als estats membres». A l'article 6, secció 2, del Tractat de la Unió Europea s'al·ludeix al TEDH: «La Unió ha de respectar els drets fonamentals tal com els garanteix el Conveni europeu per a la protecció dels drets humans i de les llibertats fonamentals [...] i com resulten de les tradicions constitucionals comunes als estats membres, en tant que principis generals del dret comunitari». Aquests principis no són el denominador comú de les actuacions nacionals, sinó una àmplia enumeració de tots els drets que es van considerar implícits o necessaris per a la dignitat de la persona. Un estàndard comú d'aplicació, d'alt nivell, però a l'abast de totes les societats, com comenta Dicey⁹ en una coneguda cita: «Les actes

6. JOSEPH H. H. WEILER, Protection of Fundamental Human Rights within the Legal Order of the European Communities, a: RUDOLF BERHARDT/JOHN ANTHONY JOLOWICZ (ed.), International Enforcement of Human Rights, Berlin, 1987, p. 113 (114).



d'habeas corpus no estableixen cap principi ni defineixen cap dret, però a efectes pràctics valen més que cent articles constitucionals que garanteixin la llibertat individual».

En l'actualitat, el dret comunitari protegeix un nombre important de declaracions de drets, directament vinculants, i el tribunal ha aconseguit la supremacia d'aquesta carta. Tanmateix, això encara no succeeix amb la Carta de drets fonamentals de la Unió Europea de l'any 2000. L'esmentada Carta tan sols és descriptiva i no és jurídicament vinculant; es tracta d'un instrument polític. No ha estat sotmesa al vot parlamentari ni a un referèndum popular, i és difícil adoptar una —o part d'una— constitució sense el suport dels ciutadans i les ciutadanes. La Carta és una declaració política solemne dels òrgans de la Unió Europea, i gràcies a aquesta hem aconseguit la formulació d'un model integral basat en els drets, que ha adquirit un significat que va més enllà de les necessitats específiques de la Unió Europea. Bàsicament, satisfà una necessitat general: per tal d'identificar un sistema de valors, confereix efectivitat al poder dels ciutadans i de les ciutadanes, reconstrueix les condicions bàsiques de la legitimitat democràtica. Es pot parlar d'integració a partir dels drets.¹⁰ Per ara la Carta supera amb escreix les tradicions comunes dels estats membres. Constitueix un element essencial per a la interpretació de la vinculació europea i dels drets fonamentals nacionals. L'advocat general del Tribunal de Justícia Europeu fa al·lusió a la Carta, tot i que el Tribunal no sap si ha de seguir el mateix camí.

Els instruments de drets fonamentals i els seus especialistes han elaborat un estàndard europeu de drets i llibertats, aplicable tant a escala nacional com a escala supranacional: una espècie d'ordre públic europeu. Aquest estàndard inclou el conjunt dels drets fonamentals, i també les funcions, l'abast i les limitacions d'aquests, els mètodes d'interpretació, l'àmbit d'aplicació, els instruments jurídics i la supremacia jurídica.

De fet, els instruments legals dels drets humans i de les llibertats fonamentals fan ús dels drets tradicionals per a defensar l'individu contra l'abús del govern. Aquest és el significat principal dels drets bàsics, que ja es reflectia a les cartes de drets dels segles XVIII i XIX. Les convencions europees, la Carta i les cartes nacionals de drets hi van afegir tota una nova sèrie de drets. A partir de les idees socialistes del segle XIX i dels compromisos no socia-

9. A. V. DICEY, Introduction to the Study of the Law of the Constitution, 10a ed., 1961, p. 199.

listes, fins a la consecució de l'anomenat estat del benestar, aquestes recopilacions inclouen alguns drets econòmics i socials —especialment, el dret a la seguretat social (com apareix a l'article 34 de la Carta— i només a final del segle XX i durant aquest nou segle s'hi ha afegit una tercera generació de drets fonamentals. Es tracta d'especificacions de drets destinades a grups nous i específics d'individus (per exemple, els infants, la gent gran, les persones discapacitades o les generacions futures) i de drets que, de fet, constitueixen objectius polítics, com ara la protecció del medi ambient (com estableix l'article 37 de la Carta). Els drets fonamentals clàssics, el concepte de l'home contra l'estat, proporciona un status negativus. Els drets socials (status positivus) permeten a l'individu fer ús dels serveis de l'estat. Els drets polítics i ciutadans proporcionen un status activus per a participar a la vida política i civil d'una manera democràtica. Un status activus processualis especial es troba en la base de l'estat de dret: permet l'accés als tribunals, inclou el principi de nullum crimen sine lege i dóna dret a un judici just. L'estàndard de protecció igualitari ja es troba a la tradició més antiga dels drets fonamentals: els drets i les llibertats bàsics no estan subjectes a discriminacions de cap tipus, com ara racials, sexuals, culturals o religioses.

Tots els departaments governamentals estan cridats a aplicar els drets fonamentals de la manera més àmplia possible. No obstant això, aquests no són absoluts. En l'exercici dels drets i de les llibertats, tots els ciutadans i ciutadanes només han d'estar subjectes a les limitacions establertes per la llei, amb l'única finalitat de garantir el respecte i el reconeixement deguts dels drets i les llibertats de la ciutadania i de cobrir les necessitats justes de moralitat, ordre públic i benestar general en una societat democràtica. Les limitacions dels drets fonamentals han de superar la prova de proporcionalitat i cal que protegeixin l'essència dels drets.

Es dóna una convergència en l'aplicació de mètodes per a la interpretació dels drets fonamentals. Bàsicament, hi ha cinc tendències. La primera parteix del text i de la posició sistemàtica del dret i la segona es dóna, per exemple, en els drets socials. Amb perspectiva històrica, es pot observar que en el dret de propietat de l'article 17 de la Carta no hi ha cap referència a la funció social de l'esmentat dret. El mètode teleològic pot ser útil per a definir el significat de termes com ara protecció del medi ambient o oportunitats de desenvolupament sostenible. També cal remarcar que, especialment en un entorn transnacional, el mètode comparatiu és indispensable. I, finalment,



és important destacar que cada carta de drets presenta una taula de valors, des d'on es poden extreure elements reestructuradors que omplin cada dret de significat, en harmonia amb tots els components de la constitució. Tenint en compte la nova fase de construcció europea, cal citar el principi d'estat social, l'estat de dret o la laïcitat com a principis de la Carta. S'alludeix a aquest valor de nació a la secció 2 del preàmbul de la Carta: «la Unió es funda a partir del valor indivisible i universal de la dignitat de la persona, de la llibertat, de la igualtat i de la solidaritat».

En tot el seu àmbit d'aplicació, els drets fonamentals del Tractat de la Unió Europea són vinculants per a totes les activitats comunitàries, com estableix l'article 220. Les disposicions de la Carta, un cop aquesta entri en vigor, s'adrecen, tal com especifica l'article 51, secció 1, a les institucions i els òrgans de la Unió, tot respectant el principi de subsidiarietat, i també als estats membres, únicament quan apliquin el dret comunitari. En el darrer cas, es demostrarà la dificultat d'una limitació pràctica més curosa. Com estableix l'article 52, secció 2, els drets de la Carta, reconeguts en aquesta i basats en els tractats, inclòs el Tractat de la Unió, s'han d'aplicar sota les condicions imposades pels esmentats tractats i dins les limitacions que aquests fixen. Tanmateix, aquest fet només és aplicable als drets escrits, no als principis desenvolupats per la Comunitat Europea. Tal com descriu l'article 53, la Carta no té la intenció de restringir o modificar els drets humans ni les llibertats fonamentals, ja sigui en l'àmbit europeu o nacional. Aquesta disposició sembla que convida a una forta protecció de les cartes nacionals de drets.

Pel que fa als instruments jurídics, alguns experts consideren que la supremacia jurídica és un component fonamental. No obstant això, caldria establir un ventall de procediments o d'instruments jurídics que incloguin una revisió en l'àmbit polític, una revisió administrativa, una revisió judicial de presumptes violacions i una revisió judicial preparatòria.

2. IMPLANTACIÓ DELS DRETS FONAMENTALS

Montesquieu¹¹ va escriure el següent: «Quan visito un país no m'aturo a examinar si hi ha bones lleis, sinó si les que hi ha es compleixen, ja que de bones lleis se'n troben arreu». De fet, totes les dificultats a l'hora de crear

10. RODOTÀ, *op. cit.* (n. 3), p. 20.

una bona legislació internacional i supranacional van disminuir davant el problema de conferir efectivitat a aquesta bona legislació internacional. La història de la disciplina jurídica internacional ofereix molts exemples de lleis redactades amb molta cura que, a la pràctica, no es respecten. Ara bé, tot i que el dret internacional no és efectiu, constitueix una forma de moralitat. El dret comunitari —i, especialment, els drets fonamentals europeus— ha millorat d'una manera significativa fins a aconseguir un bon nivell d'eficàcia. El dret europeu gaudeix de l'efecte directe i de la supremacia¹² d'una manera cada cop més acceptada. Com deia lord Denning,¹³ «el Tractat és com la pujada de la marea. Entra als estuaris i remunta els rius. No es pot aturar». L'efecte directe significa que les obligacions contretes entre els estats com a conseqüència d'un tractat confereixen als individus drets que els tribunals han de protegir, fins i tot en contra de les seves pròpies autoritats públiques estatals.¹⁴ La comunitat constitueix un nou ordre jurídic pel qual els estats han restringit els seus drets sobirans, tot i que en àmbits limitats, i que s'aplica no només als estats membres, sinó també a la ciutadania, de manera que la comunitat disposa de supremacia en ambdós casos.¹⁵ Quan es parla d'implantar o d'aplicar¹⁶ el dret comunitari, es fa en el sentit més ampli per tal d'incloure no només mitjans per a exigir o motivar el compliment de les lleis, sinó també la força interna per a promoure els drets humans a Europa i millorar-ne la condició. Emmarcada en aquesta àmplia interpretació, l'aplicació dels drets fonamentals implica que els òrgans europeus i nacionals i la ciutadania europea els compleixin, a més de complir els ordenaments jurídics nacionals. La delimitació s'ha de fer per mitjà de les lleis europees i nacionals, i els tribunals i la resta d'instruments han de vetllar perquè s'apliquin. Si es té en compte que, com afirma el Tribunal Europeu, el dret comunitari manté una posició molt integradora, l'aplicació pràctica dels estàndards de drets humans als estats membres constitueix una qüestió més important que la resta de temes dels mateixos òrgans de la comunitat.

11. MONTESQUIEU, Notes sur l'Angleterre, *Oeuvres Complètes*, 331, Éditions du Seuil, 1964.

12. Factorstame case, Rs C 213/89, EuGH 1, 2433.

13. Bulmer vs. Bollinger, 1974, 2 A11ER, 1226, 1231.

14. VAN GEND EN LOOS, a: WEILER, *op. cit.* (n. 2), p. 24.

15. WEILER, *op. cit.* (n. 2), p. 23.

16. LOUIS HENKIN, The International Bill of Rights: The Universal Declaration and the Covenants, a: BERNHARDT, *op. cit.* (n. 6), p. 1.



L'aplicació dels drets fonamentals europeus s'ha d'efectuar en quatre dimensions: efectivitat horitzontal en l'àmbit de la Unió Europea, efectivitat directa vertical des de la Unió Europea cap als estats, efectivitat vertical indirecta des de la Unió Europea fins a l'àmbit nacional i efectivitat horitzontal indirecta en l'àmbit nacional.

L'efectivitat horitzontal en l'àmbit de la Unió Europea significa que els drets i les llibertats fonamentals estan adreçats als òrgans i a les institucions de la Unió (article 51, secció 1 de la Carta). Les directives i els reglaments són l'instrument principal per a desenvolupar, detallar i limitar els drets fonamentals. L'efectivitat vertical implica tant la Unió Europea com els estats membres i la seva ciutadania. En general, els òrgans nacionals detallen i apliquen el dret comunitari i, principalment, els legisladors, que estan obligats a respectar els drets fonamentals europeus. No obstant això, aquests drets tenen efecte directe pel que fa als ciutadans i les ciutadanes d'Europa. S'invoca l'efectivitat vertical indirecta del dret comunitari si els estats membres no respecten la legislació europea en perjudici de la ciutadania. És evident que els reglaments tenen efecte directe, però les directives només són vinculants pel que fa a la consecució del resultat, i deixen la forma d'aconseguir-la en mans de les autoritats nacionals. Cal transformar les directives, principalment per mitjà de lleis parlamentàries i d'ordenances, per tal d'aconseguir-ne la màxima eficàcia (effet utile). Si un estat membre incompleix les seves responsabilitats, els individus poden fer una reclamació a l'estat, basada en l'article 10 del Tractat de la Unió Europea.¹⁷ Així augmentarà l'efectivitat horitzontal indirecta del dret comunitari en l'àmbit dels estats membres, ja que els jutges hauran d'interpretar les relacions privades tenint en compte els instruments europeus de llibertats i de drets fonamentals.

Tots els òrgans comunitaris i nacionals, i principalment els òrgans legislatius nacionals i supranacionals, han d'aplicar els drets fonamentals europeus i nacionals de la manera més extensa possible, ja que les constitucions atorguen aquests drets. Però, què significa aplicar? En general, cal diferenciar entre efectivitat, eficàcia i eficiència.¹⁸

17. Brasserie du Pêcheur, EuGH 1996 I, 1029.

18. LUZIUS MADER, Evaluation of Legislation - Contribution to the quality of Legislation, a: Evaluation of Legislation - Proceedings of the council of Europe's legal cooperation and assistance activities (2000-2001), Estrasburg, 2001.

Quan parlem d'efectivitat ens referim al fet que els comportaments observables de la població objectiu (individus, empreses, organismes encarregats d'aplicar la legislació) es deuen al model normatiu i hi corresponen, com, per exemple, els comportaments prescrits pels legisladors. En conseqüència, tenint en compte aquest criteri, cal formular dues preguntes: la primera és si es respecta o bé si s'aplica la llei; la segona, si el grau observable de respecte o d'aplicació és imputable a la llei. Per a alguns tipus de lleis, especialment per a les resolucions, els interdictes o les prohibicions, cal parlar de compliment, almenys en el cas de la primera pregunta. Pel que fa a la resta de lleis, com, per exemple, les relatives a la concessió per l'estat de llicències o de subsidis, en general s'hauria de parlar d'aplicació. Des d'una perspectiva jurídica tradicional, queda clar que l'efectivitat de la legislació suscita el màxim interès.

Quan parlem d'eficàcia ens referim al fet que l'acció legislativa aconsegueix el seu objectiu. Aquest criteri és especialment interessant des d'un punt de vista polític, i també mostra la importància d'una definició clara de l'objectiu o dels objectius d'una decisió legislativa: si les autoritats polítiques, els legisladors, no defineixen els objectius, és impossible determinar l'eficàcia de la legislació. Això no significa que calgui esmentar els objectius explícitament en el mateix document normatiu. També es poden descriure en una definició «autoritzada» dels objectius. També cal que els avaluadors defineixin allò que consideren que són objectius pertinents d'un determinat punt legislatiu.

D'una banda, l'efectivitat és una condició de l'eficàcia d'una legislació, però no n'és necessàriament garantia: contribueix a l'eficàcia només si les premisses causals que siguin la base implícita de l'elecció dels instruments pel legislador són precises. D'altra banda, el fet que s'aconsegueixin els objectius d'una legislació determinada no demostra necessàriament l'eficàcia de l'esmentada legislació, ja que la consecució dels objectius es pot deure a altres factors.

Quan parlem d'eficiència ens referim a la relació entre els «costos» i els «beneficis» d'una acció legislativa. Els termes costos i beneficis s'empren en aquest context en un sentit molt ampli. El primer no només inclou les conseqüències financeres directes del compliment de les lleis implantades, sinó que també pren en consideració elements immaterials, com ara els in-



convenients psicològics o emocionals, i fins i tot el conjunt d'efectes negatius provocats per una determinada legislació. El segon fa referència principalment als objectius d'una determinada acció legislativa: tots els efectes compatibles amb aquests objectius o que, més enllà de la seva consecució, poden considerar-se com a beneficis. En conseqüència, una avaluació de l'eficiència de la legislació implica prendre en consideració, d'una banda, els seus costos i, de l'altra, el grau de compliment dels objectius. Això facilita l'elecció entre diverses mesures o la decisió sobre la proporcionalitat de les diverses mesures. La valoració dels costos i dels beneficis es fa, principalment, des del punt de vista del legislador, però, per descomptat, pot tenir en compte altres punts de vista i, especialment, el punt de vista de la població objectiu de les lleis. En aquest sentit, també cal distingir entre costos i beneficis interns i externs.

Aquests tres criteris (efectivitat, eficàcia i eficiència) remarquen algunes característiques dels efectes de la legislació. Remarquen aspectes que són particularment importants en el procés de creació de lleis, però, per descomptat, no aclareixen d'una manera exhaustiva les complexes relacions causals que es donen a la realitat social. A més, no abasten necessàriament tots els efectes pertinents d'una determinada acció legislativa, a vegades definits amb la paraula impacte.

Un exemple pràctic pot ajudar a il·lustrar aquest fet: en la major part de països, els conductors, i fins i tot els acompanyants, han de portar el cinturó de seguretat. S'espera que aquesta obligació legal redueixi les lesions en el cas d'accident. L'efectivitat d'aquesta llei varia considerablement. Com a mínim en alguns països o regions, una proporció relativament alta de conductors porta el cinturó de seguretat, i ho fa, en part, perquè hi ha una obligació legal (efectivitat). A més, està demostrat que portar el cinturó de seguretat contribueix a reduir les lesions (eficàcia). I els costos d'aquesta mesura (equipament tècnic als cotxes, mesures a adoptar per les autoritats públiques; i, en un sentit més ampli, també restriccions físiques i psicològiques per als conductors i per als acompanyants) no són desproporcionats en comparació amb el fet que aquesta mesura contribueix a reduir les lesions (eficiència). Tanmateix, aquesta llei també provoca efectes negatius que podrien portar a conclusions més escèptiques. En concret, portar el cinturó de seguretat altera negativament les actituds o les habilitats dels conductors, fet que provoca més accidents i, sobretot, lesions més greus causades als ci-

clistes i als vianants. En conseqüència, l'avaluació de l'impacte de conjunt d'aquesta mesura segurament ha d'admetre alguns matisos.

És responsabilitat de tots els òrgans europeus i nacionals l'aplicació dels drets i les llibertats fonamentals. I és obvi que la tasca principal recau en els òrgans legislatius, tant comunitaris com estatals, si ens referim a l'aplicació dels drets socials: dret a una existència digna, a percebre uns ingressos mínims, a l'assistència sanitària, etcètera. El mateix succeeix, per exemple, amb el dret a la protecció del medi ambient i amb el dret a la protecció del consumidor. La branca administrativa està obligada a respectar els drets fonamentals, fet remarcat pels drets de l'individu a accedir als documents (article 42 de la Carta) i al Síndic de Greuges (article 43), i també el dret a efectuar una petició (article 44). En molts estats membres hi ha institucions que han de vetllar per la protecció de dades o per la protecció del medi ambient. Finalment, la força per aplicar els drets fonamentals recau en el poder judicial. En aquest sentit, cal destacar el primer tribunal, i també el més important, el Tribunal Europeu. Mitjançant un acte d'activisme jurídic va aconseguir equilibrar el dèficit democràtic de la comunitat i el «govern dels buròcrates», i va desembocar en la creació d'una estructura supranacional. De fet, el Tribunal és el factor més important en el procés d'integració europea, de manera que es podria parlar d'un «govern dels jutges». No va ser fins més tard que els tribunals constitucionals d'Alemanya i d'Itàlia van adoptar el principi de supremacia, ja que la Comunitat els va atorgar competències en presumptes vulneracions en matèria de drets humans.¹⁹ I la mateixa importància és atribuïble al Tribunal Europeu dels Drets Humans.²⁰ Tenint en compte aquests dos tribunals, és legítim parlar d'un sistema de poder jurídic constitucional europeu plenament desenvolupat. Per descomptat, els tribunals (constitucionals) nacionals apliquen els drets fonamentals en l'àmbit estatal, i la seva competència principal és la revisió de tots els actes legislatius i administratius. A més, s'hi pot recórrer en cas de demandes individuals d'inconstitucionalitat de les accions dels estats.

19. GERMAN BUNDESVERFASSUNGSGERICHT, BVerfGE 89, 155 (188) (de 1993).

20. JOCHEN ABR. FROWEIN/WOLFGANG PEUKERT, *Eurpäische Menschenrechtskonvention*; 2. Aufl. Kehl. 1996. p. 497 i seg.

3. AVALUACIÓ DE LA LEGISLACIÓ AMB LA FINALITAT D'IMPLANTAR ELS DRETS FONAMENTALS

Tenint en compte que la legislació europea i nacional ha d'optimitzar l'efectivitat dels drets i de les llibertats fonamentals, el legislador ha d'avaluar el seu producte a priori i l'ha de controlar després que s'hagi implantat la llei. Fa molt de temps que la legística, la ciència de la legislació, s'ocupa dels continguts de les lleis i del procés legislatiu als parlaments i als ministeris. Només s'ha tractat el tema de l'efectivitat, de l'eficàcia i de l'eficiència de les lleis en activitats pràctiques i teòriques molt recents, especialment amb la finalitat d'aplicar els drets fonamentals. L'avaluació és el mètode que cal aplicar per a mesurar els efectes de les lleis, i constitueix una utilització de la ciència social (mètodes per a la prognosi, per al càlcul i per al control dels efectes de les lleis, sobretot els seus costos). Cal que la legislació sigui tan efectiva i tan eficient com sigui possible. Cal que les lleis superin la prova de racionalitat econòmica, i cal que aconseguixin un màxim o bé un punt òptim. L'aspecte de la consecució real dels objectius d'una llei continua sent del màxim interès. L'avaluació és la subdisciplina de la legística que ha experimentat un creixement més ràpid, i constitueix un punt de cooperació satisfactòria entre els economistes, els psicòlegs, els sociòlegs i els experts juristes. No hi ha cap dubte que l'efectivitat de les lleis depèn d'una qualitat alta d'aquestes i d'una verificació fiable pel que fa a la implantació.

Però, quins són els criteris per a una avaluació? «Implantar» els drets fonamentals és un criteri essencial, però no és l'únic. L'exemple més antic d'avaluació, el trobem al capítol 1 del Gènesi. Al principi, Déu va crear el cel i la terra. Després del primer dia, durant el qual va crear la llum, el dia i la nit, va descansar i «va veure que la llum era bona». Després de la resta de dies, durant els quals va crear el cel, l'aigua, l'herba, la fruita, els arbres, etcètera, va descansar i veié que tot era bo. El mateix va succeir després d'haver creat les grans balenes i totes les criatures vivents segons el seu gènere. I al sisè dia va crear l'ésser humà, l'home i la dona, a la seva imatge i semblança, i va descansar. «Va observar tot allò que havia creat i veié que tot era bo». Aquesta avaluació del seu propi treball suscita força preguntes. Quins van ser els criteris de l'avaluació de Déu? L'home és realment un producte «molt bo»? Quina és la gradació d'aquest barem? Molt bo, bo, satisfactori? Compartim l'avaluació de Déu?

Si analitzem els criteris, les etapes i els resultats de l'avaluació, es pot afirmar que l'avaluació de les lleis pot ser tant una prognosi dels costos o una avaluació ex ante, com una sentència concurrent dels costos que busca l'optimització dels efectes del procés legislatiu i el control dels costos després de la implantació o bé una avaluació ex post.

Una avaluació ex post general dels efectes de la legislació és molt ambiciosa, i gairebé impossible. Una avaluació més limitada de les conseqüències financeres de la legislació és possible i està esdevenint un estàndard als països europeus. L'avaluació ex ante mira de prendre en consideració els costos de la implantació de la llei per a les empreses, per a l'administració pública i per als individus. Les possibles mesures que garanteixen una implantació eficaç i els instruments que ja s'apliquen són tan nombrosos que tan sols n'esmentarem alguns, com, per exemple, els models legislatius i les simulacions de lleis abans que entrin en vigor, les proves in vivo i in vitro, les vistes, les consultes, el Síndic de Greuges, les llistes de control per a una bona redacció, la revisió, la consolidació de la llei o l'anomenada Sunset legislation.

La major part de punts de vista relatius a una avaluació sòlida són optimistes, tot i que també n'hi ha de pessimistes, com el de Suïssa: «Els jocs preparatoris no són útils, ja que la vida és molt més complexa». Un exemple interessant és el fet que els suïssos germanòfons compleixen l'obligació de portar el cinturó de seguretat als automòbils d'una manera més rigorosa que els seus veïns francòfons. Per què? La norma és la mateixa per a les dues regions, però l'aplicació hi és diferent.

En principi, un govern que respecta els drets fonamentals en el marc d'un estat de dret democràtic té limitades les accions, mentre que en l'àmbit individual els drets són, en principi, il·limitats. Cada retallada dels drets civils nacionals requereix l'autorització del legislador per mitjà d'una llei parlamentària.

Tenint en compte que els drets fonamentals són un obstacle per a l'acció estatal (drets fonamentals com a drets defensius) o una font de reclamacions individuals (drets fonamentals com a compartició positiva de drets), cal que el legislador que prepara una llei avaluï les conseqüències que el seu producte té sobre els drets fonamentals.



Els governs, per mitjà de l'aplicació de lleis, pretenen dirigir el comportament humà, i cal que ho facin de diverses maneres i amb diverses intensitats, que van des de l'acció indicativa a la influent fins a la imperativa. Aquestes mesures poden provocar cada vegada més conflictes amb els drets fonamentals.

A més, els governs poden proporcionar informació per al comportament individual. Les agències governamentals poden dirigir mitjançant indicacions, com, per exemple, advertir que estudiar dret pot ser infructuós, ja que hi ha molts advocats al mercat i no hi ha llocs de treball. Aquestes mateixes agències poden afavorir les prejubilacions, ja que hi ha atur, i poden informar la gent de com s'han de protegir contra la sida o sobre els beneficis del consum de plàtans.

Aquest tipus d'indicacions no interfereixen en els drets fonamentals. No obstant això, en la major part d'ocasions en què el govern vol informar, aquest necessita dades, i la recopilació de dades pot interferir amb els drets fonamentals dels ciutadans de decidir quina informació volen que el govern en tingui. Existeix un dret bàsic de protecció de dades personals.

Per exemple, la recopilació d'informació per a la llei fiscal pot interferir amb aquest dret fonamental. O també pot ser necessària l'escolta de converses telefòniques en la lluita contra el tràfic d'estupefaents i contra el crim organitzat, fet que pot interferir amb aquest dret fonamental de privacitat. O, per exemple, per a la planificació governamental de l'ensenyament i de l'ensenyament superior pot ser necessari un estudi de les prioritats professionals i educatives dels ciutadans i ciutadanes. Totes aquestes accions governamentals requereixen una llei promulgada pel Parlament, perquè poden interferir amb els drets fonamentals. Els estudis estadístics poden desembocar en una revelació de dades i de secrets empresarials, comercials i industrials, fet que fa palesa la necessitat d'una resolució judicial.

Fins i tot el govern podria voler anar més enllà i influir en el comportament de la ciutadania. D'una banda, en un sentit negatiu, per exemple, per reduir el nombre de fumadors o bevedors o per lluitar contra la contaminació, mitjançant la imposició d'impostos elevats que gravin el tabac, les begudes alcohòliques i els cotxes. És evident que una legislació fiscal vulnera el dret fonamental a la propietat, a la vocació i al lliure exercici de l'activitat. Cal

avaluar aquesta conseqüència a priori i cal que s'aprovi mitjançant una llei parlamentària.

D'altra banda, la influència també pot ser positiva: el foment de la construcció d'habitatges per mitjà d'ajuts, de l'educació per mitjà de la concessió de beques o de les prejubilacions per mitjà de les pensions estatals. Aquests subsidis amplien l'àmbit dels drets fonamentals, incrementen la llibertat individual i, en conseqüència, no requereixen cap tipus de llei parlamentària, però sí una partida pressupostària del Parlament. Tanmateix, el principal problema rau molt sovint en la part que fa referència a la igualtat. Per quina raó cal fomentar la construcció de cases i no de pisos, o de masies? Hi ha d'haver una raó prou bona per a establir aquesta diferenciació. Per quina raó cal concedir beques a persones estrangeres i no a persones del país?, i per què a estudiants pobres i no a estudiants rics? (i què és «pobre» i què és «ric»?) Per què s'han d'oferir pensions estatals a les persones de més de seixanta-dos anys i no a les de més de cinquanta-nou? Hi ha d'haver una bona raó. Ampliar la llibertat d'una persona pot retallar la llibertat de les altres i, en conseqüència, cal una llei parlamentària i cal que el legislador avaluï aquests conflictes a priori, en tota la seva amplitud, des d'una perspectiva de qualitat i d'intensitat.

Per acabar, el govern pot optar per dirigir la ciutadania d'una manera imperativa, mitjançant ordres: anar a l'escola, no matar els conciutadans, no seure a la gespa o pagar impostos.

Queda ben clar que cal avaluar els efectes a priori en el període de preparació i durant el procés parlamentari, i més endavant, quan la llei s'apliqui.

IMPLANTACIÓ DELS DRETS FONAMENTALS: UNA PERSPECTIVA

Aquest estudi ha volgut presentar algunes idees sobre la manera com la protecció dels drets fonamentals podria ser i hauria de ser un punt essencial en l'avaluació de la legislació. Les idees provenen principalment de les constitucions i de les cartes de drets i dels seus principis bàsics, tant a escala supranacional com a escala nacional. Una constitució és un recull organitzat de valors i de principis i, per descomptat, representa la voluntat bàsica del poble, que concreta en les constitucions com vol viure. Però a més, una constitució, sobretot una constitució d'un estat de dret democràtic, també



és la raó per la qual la separació de poders, la legislació parlamentària i la independència del poder judicial proporcionen tots els instruments i els procediments raonables per a protegir els individus de les intrusions il·legals i il·legítimes en els seus drets.

Obeir la raó és necessari, indispensable, però no ho és tot. Citant una de les màximes dels fundadors de la Constitució nord-americana: «Deixem-nos guiar per l'experiència, perquè la raó ens pot confondre». Els drets i les llibertats fonamentals nacionals i supranacionals constitueixen una prova per a garantir a la ciutadania europea una vida en llibertat, igualtat i solidaritat.

Part II. Organització eficient del procés legislatiu: condicions prèvies per a la qualitat de les lleis

A. QUANTITAT I QUALITAT DE LES LLEIS

1. Estadístiques i arguments

Tots els estats democràtics moderns pateixen un increment en la quantitat de les lleis i un deteriorament de la qualitat d'aquestes. Des de fa força dècades, en la major part dels estats moderns s'observa una ràpida proliferació de lleis. Tan sols a tall d'exemple, voldria comentar que cada ciutadà i ciutadana de la República Federal d'Alemanya ha de respectar unes sis mil lleis federals. Com que el país és una federació, cal afegir-hi unes dues mil cinc-cents lleis estatals més. Però no s'acaba aquí, ja que també han de respectar centenars de disposicions locals. L'Aquis Communautaire, el cos del dret comunitari, consisteix en una gran quantitat de reglaments, que són lleis d'aplicació directa. Aquest Aquis ocupa unes cent deu mil pàgines.

És evident que hi ha moltes causes d'aquesta abundància de lleis. La causa principal és el desenvolupament del món industrial i tècnic: el trànsit, l'energia (energia nuclear) o les tecnologies de la informació (protecció de dades) en són alguns exemples. Una altra causa és el creixent estat social i l'estat del benestar, ja que el principi d'estat social i l'estàndard d'igualtat que regeix l'accés als serveis estatals requereixen una gran quantitat de legislació.

A més, s'observa una reducció de la qualitat de les lleis. Com va dir una vegada l'excanceller alemany Otto von Bismarck, les lleis són com les sal-sitxes, és millor no veure com es preparen. Són molt extenses i detallades, i hi ha moltes esmenes. S'ha observat la reducció del nombre de codis legals generals que es mantenen en vigor durant molt de temps.

2. Desregulació i control de la qualitat

L'avaluació de l'impacte de la legislació (AIL) contribueix a la reducció de la quantitat de les lleis. Constitueix un instrument de desregulació, pot aturar la proliferació de lleis i també és una eina per millorar-ne la qualitat. Els criteris relatius a la quantitat són tan sols xifres, el volum de la llei. En canvi, els criteris per a mesurar la qualitat de les lleis són l'efectivitat, l'eficiència i l'eficàcia.

3. Efectivitat

Per efectivitat s'entén el compliment d'una llei en vigor pels seus destinataris. A títol d'exemple, cal recordar la dificultat d'analitzar les raons per les quals la normativa sobre el cinturó de seguretat es respecta més en unes regions determinades de Suïssa que a la resta. L'efectivitat és variable segons les zones del país.

4. Eficiència

Per eficiència d'una llei s'entén que aquesta ha aconseguit un objectiu determinat amb els mínims costos possibles, o bé, si es tracta d'una llei amb un pressupost assignat, que aquesta compleix el seu objectiu en la mesura en què sigui possible.

5. Eficàcia

L'eficàcia implica fixar-se en la intenció del legislador i avaluar si ha aconseguit l'objectiu en el grau necessari. La intenció de la normativa del cinturó de seguretat és clara: prevenir la mort i les lesions greus en els accidents. Cal determinar si aquesta llei compleix l'objectiu del legislador d'una manera



adequada, alhora que també s'han de tenir en compte les solucions alternatives, com ara la limitació de la velocitat màxima, la millora de les carreteres o el transferiment d'una part del trànsit per carretera al transport per ferrocarril.

6. AIL potencial, concurrent i retrospectiva

Cada llei passa per sis etapes: causa de la legislació, projecte, procediment parlamentari, publicació, aplicació i seguiment. Les dues primeres etapes van lligades a l'AIL potencial (AIL ex ante); les etapes tercera i quarta, a l'AIL concurrent, i les dues darreres etapes, a l'AIL retrospectiva (AIL ex post).

B. INSTRUMENTS DE L'AIL POTENCIAL

1. Llistes de control

Abans del projecte s'ha d'aplicar un procediment de control per tal de determinar la necessitat, l'efectivitat i la intelligibilitat de la mesura legal proposada. Aquestes «qüestions de sentit comú» s'empren a gairebé tots els països europeus.

2. Anàlisi

El legislador ha d'analitzar de manera detallada el projecte, i cal que n'indiqui els objectius, els costos, els efectes i les alternatives mitjançant estadístiques, recopilació de dades, etcètera. A continuació, cal provar el projecte mitjançant una simulació (prova in vitro). I, finalment, s'ha d'efectuar una prova in vivo.

Un bon exemple per a una anàlisi dels projectes, especialment des d'una perspectiva financera, el constitueixen les avaluacions de l'Oficina Pressupostària del Congrés dels Estats Units, a Washington. En aquests estudis, i més concretament en l'Acta per a una indústria pesquera sostenible de 1996 i en l'Acta del Programa internacional de protecció de dofins de 1996, l'Oficina Pressupostària va calcular els costos de la reducció del nombre d'embarcacions pesqueres, l'atur que en resultaria, la reducció dels ingressos per impostos, etcètera.

3. Prova in vitro: una simulació de l'aplicació

Una prova in vitro és una simulació del projecte en un «camp de proves». Un bon exemple és l'Acta de catàstrofes naturals de l'Estat alemany de Renània-Palatinat. El Ministeri de l'Interior va reunir totes les institucions que haurien de donar resposta en un cas de catàstrofe nacional: policia, bombers, policia fluvial, exèrcit, autoritats estatals, regionals i locals, trànsit i fins i tot les organitzacions d'escoltes, ja que els seus membres poden ajudar en el cas que hi hagi una catàstrofe. Es varen simular diverses catàstrofes naturals, i gràcies a la cooperació i a la reacció del conjunt de persones, es va descobrir un gran nombre de deficiències del projecte.

4. Prova in vivo

L'instrument més avançat per a l'avaluació d'un projecte és la prova in vivo. En aquest cas, el projecte es fa arribar als òrgans administratius, que actuen com si la llei ja hagués entrat en vigor. Per exemple, un projecte d'una llei social per a ajudar els joves es va avaluar d'aquesta manera. Es va demanar a cada òrgan administratiu amb poder decisor en l'aplicació de lleis socials que actués com si el projecte ja estigués en vigor, i gràcies als informes dels centenars d'òrgans administratius es va descobrir un gran nombre d'errors en el projecte.

El mateix succeeix amb el nou Codi civil de la República Federal d'Alemanya. El ministre de Justícia de l'Estat de Rin del Nord - Westfàlia va sotmetre el projecte de llei als jutges dels diversos tribunals, i els va demanar que efectuassin els procediments civils de dues maneres: com si la llei ja hagués entrat en vigor i com si només fos un projecte. Un cop més, es va descobrir que el projecte de llei perllongava els procediments, generava més costos, etcètera.

5. Costos

Aquests instruments permeten una millor redacció del projecte, però són relativament costosos. Una petita avaluació costa al voltant de 15.000 euros, mentre que una avaluació minuciosa d'un projecte en costa uns 150.000. En conseqüència, avui és impossible analitzar tots els projectes



mitjançant aquest instrument, tot i que una bona avaluació d'alguns projectes també pot repercutir en altres.

C. AIL CONCURRENT

1. El projecte al Parlament

En aquesta etapa, el projecte inicia el procediment parlamentari. Després d'una primera lectura, el projecte es remet a la comissió que l'ha d'estudiar. Aquesta pot programar compareixences amb experts i encarregar estudis. A més, el personal de suport parlamentari ha de col·laborar perquè les comissions puguin fer una avaluació concurrent del projecte.

2. Racionalitat dels fets, racionalitat de les polítiques

És d'una importància vital que els polítics participin en el procés d'AIL des de l'inici, perquè han de prendre en consideració altres arguments diferents dels dels governs, dels seus òrgans administratius i dels legisladors. Els membres del Parlament són els que confereixen legitimitat democràtica a la llei, i han de prendre en consideració l'acceptació i el compliment d'aquesta per la població. Saben com aconseguir vots i, en conseqüència, quan tractin el projecte ho faran amb la perspectiva d'unes eleccions. El món, més que platònic, és polític. Cal combinar la raó i l'experiència.

3. Acció política

A vegades, el procés parlamentari de presa de decisions no compleix de cap manera les necessitats de racionalitat. A tall d'exemple, citarem dos casos pràctics: el Parlament d'un estat alemany havia de decidir un projecte de codi civil. Un paràgraf tractava de la legitimació d'una persona per a actuar en nom d'una altra. Segons la legislació alemanya, aquesta legitimació es pot concedir a la persona abans d'actuar (autorització) o bé després d'haver actuat (aprovació). El projecte parlava d'aprovació d'un acte, tot i que, sense cap mena de dubte, volia dir legitimació, perquè la disposició incloïa el consentiment abans i després de l'acte. L'advertiment sobre la incorrecció del paràgraf no va prosperar, ja que la persona que la va formular era membre de l'oposició, i el grup majoritari no va voler modificar el projecte.

D. AIL RETROSPECTIVA

1. Seguiment

Cal que el Parlament mantingui la legislació «sota control», per mitjà d'una avaluació ex post, dels informes del Govern sobre l'aplicació de la llei i d'un seguiment del procés d'esmenes i de la consolidació de la legislació.

2. Una àmplia participació

Els parlamentaris no són els únics responsables de l'avaluació ex post, sinó també tot el «personal jurídic» del país. Això significa que, a més del Parlament, els tribunals, els advocats, la ciència jurídica, l'administració i la ciutadania (especialment per mitjà de peticions destinades a la Comissió de Peticions del Parlament) participen en l'avaluació de la legislació.

3. Sunset legislation

La sunset legislation és un nou instrument d'avaluació ex post. La vigència d'una llei és limitada d'una manera explícita, i prescriu si el Parlament no decideix prorrogar-la, ja sigui en la versió vigent o bé en la versió esmenada.

E. MARC INSTITUCIONAL DE L'AIL

1. AIL. Regulació en la jerarquia del dret

Les institucions necessiten persones, organització i mecanismes, i cal que aquests estiguin determinats per una norma. Per tant, també cal decidir en quin nivell de la jerarquia del dret cal regular l'AIL. Hi ha diversos avantatges i inconvenients. Si es reglamenta a la constitució, com que l'AIL és un instrument preceptiu per a la millora de la legislació, el resultat és molt manifest, però inflexible, perquè d'aquesta manera la constitució només es podria esmenar per mitjà de majories especials de vots. A més, una reglamentació de la constitució podria ser insuficient. En canvi, si s'opta pel dret escrit o pel text reglamentari, la norma seria més detallada, però continuaria sent inflexible. També cal esmentar que, tot i que una norma per regles



de procediment del govern i/o del Parlament no oferiria prou transparència, podria mostrar el detall suficient. Finalment, una norma des de línies administratives imposades pels diversos ministeris podria satisfer les necessitats de l'avaluació de l'impacte de la legislació del ministeri en qüestió. No obstant això, podria mancar la coordinació necessària amb els mecanismes d'avaluació de l'impacte de la reglamentació de la resta d'unitats legislatives.

2. Persones i organitzacions

Des de l'inici del mecanisme, per a l'AIL cal una cooperació propera dels funcionaris, dels experts i dels polítics. Es pot optar per un model intern d'AIL, proper a l'òrgan decisor, o bé per un model extern dut a terme per organismes independents, com ara universitats, consorcis d'investigació, etcètera. Per tal d'aportar la racionalitat política i el suport necessaris, els organismes d'AIL necessiten «animadors» en cada sessió parlamentària.

3. Procediment

Cal que el procediment d'AIL sigui tan acurat i transparent com sigui possible, però ha de superar la prova de la proporcionalitat pel que fa als costos.

4. Conclusió

Com més bé es faci l'AIL per a aconseguir una previsió millor dels efectes de les lleis, més racionalitat hi haurà. Complir amb la raó és necessari i indispensable, però no és l'únic que cal tenir en compte. Repetim una de les màximes dels fundadors de la Constitució nord-americana: «Deixem-nos guiar per l'experiència, perquè la raó ens pot confondre». Una llei s'ha de complir i ha de ser racional, tot i que no constitueix un requisit previ de compliment obligat.

II ponència

Improving legislation by evaluating its effects: The Swiss experience

Prof. Dr. Luzius Mader

Oficina Federal de Justicia de Berna

Summary

- I. Preliminary remarks
- II. The definition and nature of evaluation
 - 1. A more precise definition
 - 2. The interdisciplinary nature of evaluation
 - 3. Evaluation as a decision-making tool
- III. Evaluation and institutional context
- IV. The current situation of evaluation in Switzerland
 - 1. Status and forms of institutionalisation
 - a) Article 170 of the Federal Constitution
 - b) Article 43 of the Federal Statute concerning the Relations between the Councils (prospective evaluation)
 - c) Instrument-specific reporting obligations
 - d) Field-specific reporting obligations and evaluation clauses
 - e) Experimental legislation
 - f) Creating new bodies
 - g) Expanding the remit of existing bodies
 - h) Institutionalisation at cantonal level
- 2. The situation in practice
- V. Prospects for expanding evaluation in Switzerland
 - 1. Tangibility and implementation of institutional approaches
 - 2. The necessary evaluation capacity
 - 3. Interaction between politics, administration and science
 - 4. Interaction and collaboration within the administration
- VI. Concluding remarks – Recommendations for the expansion of evaluation

A la pàgina 97, a continuació del text en anglès, se'n reproduïx la traducció catalana.

I. PRELIMINARY REMARKS

I am going to talk about the current legal situation and the practice of evaluation in Switzerland today. Before I do so, I would like to briefly precise what I mean by the evaluation of legislation and emphasise that evaluation — be it prospective or retrospective — forms an essential part of any effort aimed at improving the quality of legislation. It is a crucial element of what is sometimes called *legisprudence*, a term used to designate a multidisciplinary, comprehensive, practical as well as theoretical approach to legislative work. I then try to show that the development of evaluation can be facilitated or, on the contrary, impeded by the institutional arrangements of a specific political system. The main part of my contribution deals with the current situation of evaluation in Switzerland. To which extent and in which forms the evaluation of legislation is institutionalised in Switzerland? Does the evaluation practice correspond to the extent of formal institutionalisation? How are the prospects for further developments in this field? Finally, I try to formulate some tentative recommendations.

II. THE DEFINITION AND NATURE OF EVALUATION

1. A more precise definition

Before looking into the current status of work in Switzerland concerning the evaluation of the effects of legislation, I think it is appropriate to briefly describe and define this particular approach aimed at improving the quality of law. Indeed, it seems to me to be worth-



while to give a more precise definition of what I mean by *evaluation* (*évaluation législative*, *Gesetzesfolgenabschätzung*, *Gesetzesevaluation*) because not all of the efforts made to improve the quality of law can be subsumed under this heading. In particular, the term should not be used as a synonym for any type of normative assessment. It has little to do, for example, with the examination of whether or not (draft) legislation complies with legal requirements of form, although this process is also a vital element in the ultimate quality of laws and although it goes without saying that certain legal requirements and criteria (especially the proportionality principle, or the requirement for equal treatment) are closely linked with the question of the effects of legislation. The term *evaluation* also excludes examinations into whether or not a law is actually necessary, as well as efforts to couch legislation in comprehensible language. This does not necessarily mean, however, that whether or not a law is comprehensible is irrelevant in the context of evaluation. After all, laws which are incomprehensible or difficult to understand are hardly appropriate means of achieving the legislators' stated aims.

Evaluation should be defined more narrowly and precisely than has often been the case in the past. In this paper, I will use it as meaning the methodical recording and assessment of the effects or consequences of legislation.

Evaluations can be described as methodical if they:

- Are carried out in a way which can be generally understood and followed, i.e. the foundations of statements or judgements are known, accessible and verifiable.
- Are based on a systematic process intended to record all relevant effects as comprehensively as possible.
- Endeavour to be as objective as possible in the causal connections that are drawn, i.e. in particular, the views expressed are not one-sided or influenced by any particular interests.¹

1. See the definition proposed by a working group of the Federal Department of Justice and Police: EIDGENÖSSISCHES JUSTIZ-UND POLIZEIDEPARTEMENT (ed.), *Die Wirkungen staatlichen Handelns besser ermitteln—Probleme, Möglichkeiten, Vorschläge*, Bern, 1991, p. 13.

Defined in this way, the recording and assessment of the effects of legislation are more than simply impressionistic and intuitive in nature. But nor, on the other hand, do they necessarily comply in all respects with the most stringent criteria of a scientific evaluation of the effects of primary and secondary legislation. In reality, they tend to represent a continuum between these two extremes, attempting to absorb, systematise and apply common knowledge and administrative experience, on the one hand, while taking a scientific approach as far as is practicable. They do so to record and assess both the potential (prospective evaluation) and actual (parallel and retrospective evaluation) effects of legislation.²

2. The interdisciplinary nature of evaluation

Evaluation is an important part of a concerted effort to improve the quality of legislation.³ It is necessarily interdisciplinary in nature.⁴ In other words, it is not a specifically juristic exercise. Recording and assessing the effects of legislation is not something for which legal knowledge and familiarity with juristic working procedures and methods are the primary qualifications. Indeed, political and administrative sciences, economics and sociology are much more crucial.

Evaluation generates convincing and usable results when it succeeds in bringing together findings from various sources (common knowledge, the media, political discussions, administrative practice, different scientific disciplines), synthesizing and valorizing them and feeding them into the legislative process — be it in the stage of drafting legislation or of controlling its results.

2. For the different types of evaluations, the methodology and the initiatives towards institutionalisation in Germany, see CARL BÖHRET / GÖTZ KONZENDORF, *Handbuch der Gesetzesfolgenabschätzung* (GFA), Baden-Baden, 2001; see also WERNER BUSSMANN, *Die Methodik der prospektiven Gesetzesevaluation*, in *LeGes* 1997/3, p. 109 ff.; WERNER BUSSMANN, *Rechtliche Anforderungen an die Qualität der Gesetzesfolgenabschätzung*, in *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 1998, p. 127 ff.
3. See especially the «Mandelkern» report of 13 November 2001; see also LUZIUS MADER, *Evaluating the Effects – a Contribution to the Quality of Legislation*, in *Statute Law Review*, 2001, p. 119 ff.
4. See KILIAN BIZER [et al.] (eds.), *Responsive Regulierung – Beiträge zur interdisziplinären Institutionenanalyse und Gesetzesfolgenabschätzung*, Tübingen, 2002.

The specific role of the legists, most of whom in practice are (still) trained lawyers, is to bridge the gap between evaluation and actual legislative processes and procedures. Is it appropriate to evaluate the potential effects before taking a legislative decision? Are there any findings from past evaluations which might be relevant to and usable in a particular legislative project? Should legislation state that an evaluation must be carried out (evaluation clause, reporting obligation)? Should an evaluation be carried out or instigated as part of a later review of legislation, even if there is no legal obligation to do so? These are issues that those charged with preparing, enacting and implementing legislation must address. They must be able to develop appropriate responses and take the necessary precautions.

3. Evaluation as a decision-making tool

Evaluation can and should provide lawgivers with a foundation for decision-making and thereby contribute to the rationality of the legislative process.⁵ It is, however, essential that we are realistic about what it has to offer. Firstly, evaluation cannot, in a strict sense, prove causal links between legislative decisions and social and economic reality. In other words, it cannot offer any certainties and, as such, its efficacy is limited.

Viewed from this perspective, evaluation will never be able to replace the political decisions, either. It is a decision-making tool that neither can nor will usurp the role of politics. It can, however, contribute significantly to the greater plausibility of statements regarding causes and effects of legislative action. It can do so by drawing express attention to hypotheses about the effects of law, explaining them and giving reasons for them, whenever a legislative decision is being made. Later on, evaluation can help to review, uphold or disprove such hypotheses. In this way, it helps to ensure that an in-depth, open and public debate about the effects of legislation can — indeed

5. See HEINZ SCHÄFFER / OTTO TRIFFTERER (eds.), *Rationalisierung der Gesetzgebung*, Baden-Baden, 1984; HEINZ SCHÄFFER, *Rationalisierung der Rechtsetzung*, in Heinz Schäffer (ed.), *Theorie der Rechtsetzung*, Wien 1988, p. 199 ff; MARÍA JESÚS MONTORO CHINER, *La evaluación de las normas – Racionalidad y eficiencia*, Barcelona, 2001.

must — be conducted. It also entails a greater obligation to offer specific reasons for the decisions that are made.

Thirdly, a realistic and pragmatic view of evaluation leads us to conclude that it cannot be a matter of blanket routine. Instead, it must be used strategically, on a case-by-case basis. Evaluation should not simply mean going through the bureaucratic motions — a process performed simply out of a sense of duty. In fact, it should happen only where it is believed to offer a genuinely suitable means of improving the basis for decision-making at justifiable and reasonable cost. Nonetheless, its selective practice presupposes that those charged with legislative work are sufficiently sensitive to decide when evaluation is appropriate or not, and that they are capable of judging its efficiency realistically.

III. EVALUATION AND INSTITUTIONAL CONTEXT

The current status of the evaluation of legislation is, in any country, inextricably linked to the extent to which evaluation is institutionalised. And the extent and forms of institutionalisation largely depend on the particular institutional context of a country: each country has specific institutional and political circumstances or arrangements that may foster or hinder evaluation. This applies also to the political system in Switzerland.

There are a number of elements which create a favourable climate for the development of evaluation in Switzerland:

- Implementation of federal laws by the cantons: Since federal legislation is implemented and enforced by the cantons, the issues and problems of implementation in Switzerland are relatively high on the country's agenda, and they are repeatedly at the focus of scientific interest. Research into implementation, which developed comparatively early in Switzerland,⁶ very soon prompted questions about the effects of legislation.

6. See PETER KNOEPFEL, *Öffentliches Recht und Vollzugsforschung*, Bern, 1979.

-
- Direct democracy: Since laws in Switzerland require direct democratic sanction and may be put to an (optional) referendum, it has always been important to have comprehensible, citizen-friendly legislation. This has certainly helped the way in which legisprudence (legislative methodology) and, as a part of it, legislative evaluation, has developed.
 - The coalition system: As all of the major parties have a seat in the government, and because optional referenda mean that proposed laws must be «referendum-proof», i.e. supported by a broad consensus, it is unlikely that an opposition party will use the findings of an evaluation process for its own ends. Willingness to deploy the process of evaluation is thus overshadowed by political fears to a much lesser degree than in countries where the governing and opposition parties alternate in power.
 - The extensive legislative process: Since the legislative process in Switzerland is a relatively long one — a law frequently takes 6-8 or even more years to move from its first draft to enactment — there is plenty of time for (prospective) evaluation.

By contrast, the factors listed below rather tend to slow down the development of evaluation:

- The consultation procedure: Cantons, political parties, stakeholder groups, local authorities, etc. all have the opportunity to be involved in the preparation of legislation. In particular, they can state their case at the public hearing or consultation stage of a draft law and present their concerns to the legislators. This extended participation base ensures that effects, as they are seen from the point of view of those affected (enforcement agencies, those targeted by the laws), are taken into account at an early stage of the legislative process. This consultation procedure is sometimes cited one of the reasons why separate evaluations are not carried out.
- The collegial principle: The fact that the Swiss government takes its decisions as a collegial authority is one of the reasons for its highly developed inter-ministerial consultation mechanisms. Almost all government business, especially draft primary or sec-

ondary legislation, is submitted for consultation to the agencies which are affected or which have an interest in the proposed law. These agencies always include the bodies which span a variety of fields, such as the Federal Office of Justice, the Federal Finance Administration and the Federal Chancellery. This process means that the differing opinions, interests and perspectives of those within the government, and thereby also the evaluation of effects based on administrative experience, can be incorporated into the draft.

- The militia parliament: All members of the federal parliament exercise their office as a secondary occupation. When dealing with draft laws, they can therefore call upon their primary professional backgrounds in evaluating the main effects of the bill — although such assessments are often coloured by certain personal interests. In general, the small size of the country and the comparatively minor differentiation of functions should support reiterative learning processes. This in turn may make the formal process of evaluation seem unnecessary.

The positive and negative factors given above are doubtless only part of the explanation, and they may give rise to other arguments or even counter-arguments. This catalogue of factors will suffice in the present context, however, as its main aim is to emphasise that any discussion about evaluation and its institutionalisation must be placed in the context of the overarching political system.

IV. THE CURRENT SITUATION OF EVALUATION IN SWITZERLAND

In my view, the current situation as regards the evaluation of legislation in Switzerland can be summarised as follows:

- Evaluation is institutionalised to a considerable degree and is comparatively far advanced. This is particularly true at the federal level, but less so among the cantons.
- The practice of evaluation, however, is still relatively modest overall, and in any event is less widespread than might be ex-



pected given its degree of institutionalisation. This demonstrates once more that there is often a significant gap between the law as it appears in the statute books and the law in action.

- Nonetheless, the prospects for development are very good, because many of the key conditions for a marked improvement in the practice of evaluation are already in place.

1. Status and forms of institutionalisation

In Switzerland, the greatest steps in the institutionalisation of evaluation have taken place over the last 15 years. It has taken a variety of forms (e.g. procedural as well as organisational measures), encompasses both the prospective and retrospective dimensions and has taken hold at a number of normative levels. The sections which follow are not intended to give a complete picture. Instead, they should be understood simply as drawing attention to a number of key elements.⁷

a) Article 170 of the Federal Constitution

The question of institutionalisation was discussed as part of the complete revision of the Federal Constitution, primarily in connection with the preparation of parliamentary reform. The preliminary work of an expert committee was ultimately incorporated into the new Federal Constitution of 18 April 1999. According to article 170, «the Federal Parliament shall ensure that the efficacy of measures

7. For a comprehensive treatment of the legal foundations and the practice, readers are referred in particular to a report which was produced by the Institute of Political Science at the University of Zurich by the since-disbanded Administrative Supervision Unit set up on behalf of the Federal Council (*Verwaltungskontrollstelle des Bundesrates*): THOMAS WIDMER [et al.], *Stand und Aussichten der Evaluation beim Bund* (Final report of 9 March 2001 to the Swiss Federal Chancellery); see also MARKUS SPINATSCH, *Evaluation in Switzerland: Moving toward a Decentralized System*, in JAN-ERIC FURUBO [et al.] (eds.), *International Atlas of Evaluation*, London, 2002, p. 375 ff.; for the situation in Germany refer specifically to CARL BÖHRET / GÖTZ KONZENDORF (fn 2), for Austria, see BRUNO BINDER [et al.], *Berechnung und Abschätzung der Folgekosten von Gesetzen in Österreich*, Linz, 1999; for France, see STEVE JACOB, *L'institutionnalisation de l'évaluation des politiques publiques en France* (dissertation supervised by Jean Leca, Institut d'Études Politiques de Paris), Paris, 2001.

taken by the Confederation is evaluated».⁸ This anchors evaluation at the very highest normative level.

Article 170 of the Federal Constitution emphasises the parliament's responsibility to investigate the efficacy of measures taken by the Confederation and, by implication, the responsibility of the lawgiver for the consequences of its activity. It does not mean, however, that the parliament itself must undertake or instigate these investigations. It must ensure that the efficacy is evaluated and is certainly permitted to delegate this task — at least in part — to the government and administration. Yet this provision is also to be understood in its wider sense: Firstly, it relates not only to *ex post* evaluation, but also covers *ex ante* (prospective) evaluation. Secondly, it is not limited to examine the efficacy of legislation, i.e. the extent to which government action achieves its aims, but aims at a more general recording and assessment of the effects. The wording of the constitutional provision simply gives a particular emphasis.

b) Article 43 of the Federal Statute concerning the Relations between the Councils (prospective evaluation)

Slightly older is Article 43 para. 3 of the Federal Statute concerning the Relations between the Councils (*Geschäftsverkehrsgesetz*),⁹ which deals with prospective evaluation. Under the terms of this 1984 provision, the opinions and reports on draft legislation which the government submits to the parliament must specify the effects on the Confederation in personnel and financial terms, the cost implications for the cantons and local authorities, the impact on the economy, the ratio of costs to benefits and, if financial aid or indemnities are proposed, that the draft complies with the principles of the Swiss Subsidies Act (*Subventionsgesetz*).¹⁰

8. See CHARLES-ALBERT MORAND, *L'évaluation des effets des mesures étatiques*, in DANIEL THÜRER / JEAN-FRANÇOIS AUBERT / JÖRG PAUL MÜLLER (eds.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zurich, 2001, p. 1119 ff.

9. See the systematic collection of federal legislation (*Systematische Sammlung des Bundesrechts*, SR) 171.11.

10. SR 616.1; these principles include the need for as well as the appropriateness and cost-effectiveness of the planned subsidies.

In 1999, Article 43 gained a para. 2bis, which is also of relevance here. It states that the government must comment, furthermore, on the implementation of the proposed laws. In particular, it must state how the preliminary legislative process has assessed whether the draft law can be easily implemented, and in which way the experience gained from implementation will be recorded and evaluated.

The requirements contained in Article 43 para. 3 have been given concrete form in internal government regulations and tools. Of particular relevance here is the checklist developed by the Federal Chancellery for the formulation of opinions and reports. The 1988 version, which is the one currently in effect, states explicitly that these opinions and reports should extend beyond the finance and personnel-related effects of draft laws. It goes on to say that other important effects, including potential secondary and delayed effects, must be discussed in detail. Furthermore, the opinions and reports must give the foundations on which the statements about the probable effects of proposed measures are based (e.g. administrative precedent, expert opinions, studies conducted on a scientific basis, etc.). This checklist is presently being revised, the aim being to replace it with guidelines for composing Federal Council opinions and reports. The new tool determines that the desired effects of legislation should be set out when its objectives are presented. However, other effects must also be outlined and, in particular, grounds should always be given for the stated effects and causal relationships. This, according to the new guidelines, is the only way in which the stringency of such statements can be tested.¹¹

A further practical expression of Article 43 para. 3 is the RFA (*Regulierungsfolgenabschätzung*) process, introduced to evaluate the specific economic consequences of legislation. It was prompted largely by preliminary work related to the OECD and states that the economic effects of draft legislation (both primary and secondary) must be analysed. The corresponding governmental guidelines state that the examination must look especially closely at the need and

11. See SWISS FEDERAL CHANCELLERY, *Leitfaden zum Verfassen von Botschaften des Bundesrates (Botschaftsleitfaden)*, draft, July 2002.

options for government action, the effects on individual groups within society, the implications for the economy as a whole, possible alternative regulations and the expediency of enforcement.¹²

c) Instrument-specific reporting obligations

Article 5 of the Federal Subsidies Act (*Subventionsgesetz*)¹³ of 1990 provides for the review of financial aid and indemnities on a periodic basis, but at least every six years. The purpose of the review is to find out whether or not they, or any subsidies granted on the basis of these provisions, are in compliance with the principles of the above legislation.¹⁴ Several such reviews have already taken place. They have taken a regular critical look at legislation relating to the subsidies act and have helped cast a little light on the subsidies jungle.¹⁵

d) Field-specific reporting obligations and evaluation clauses

Perhaps the most important form of institutionalisation are the field-specific reporting obligations and evaluation clauses that are laid down in much of Switzerland's primary and secondary legislation.¹⁶ Indeed, few new laws are adopted today without such reporting obligations or evaluation clauses.

For example, Article 44 of the Swiss Environmental Protection Act (*Umweltschutzgesetz*)¹⁷ states that the Confederation and the cantons must conduct studies on environmental impact and evaluate the

12. Federal Council guidelines dated 15 September 1999; there is also a manual and a checklist to support the RFA process. The SME test is especially interesting in this context. This involves examining legislation to see whether or not it takes sufficient account of the particular circumstances and needs of small and medium-sized enterprises.

13. SR 616.1.

14. See fn 10.

15. For information on the findings of these investigations, see in particular the Federal Council's subsidies report: Official Journal of the Swiss Confederation (*Bundesblatt, BBl*) 1998, p. 2051 ff., and 1999, p. 8013 ff.

16. For an overview refer to the Federal Office of Justice website: <http://www.bj.admin.ch>.

17. SR 814.01.

success of the measures provided for in the act. Article 20 of the Swiss Energy Act (*Energiegesetz*)¹⁸ mandates the Federal Council to carry out regular studies to establish the extent to which the measures provided for in the act have contributed to the achievement of its goals. Or, to give an example which is not yet in force, Article 26 of the draft federal legislation on measures to combat illegal working, submitted to the Federal Assembly by the Federal Council in early 2002,¹⁹ states that the government must ensure that the measures provided for by the law are evaluated. No later than five years after the act enters into force, the competent ministry must submit a report of the evaluation findings, including proposals for next steps, to the Federal Council.

Similar provisions can be found at secondary legislation (ordinance) level. For example, Article 32 of the Federal Health Insurance Ordinance (*Krankenversicherungsverordnung*)²⁰ states under the heading «analysing effects» that the competent specialist agency, in collaboration with the insurers, service providers and cantons, as well as with representatives of the scientific community, must conduct or initiate scientific studies on the implementation and effects of the law.²¹ Another example, Article 11 of the Victim Aid Ordinance (*Opferhilfeverordnung*)²² states under the heading of reporting and evaluation that the cantons must report to the Federal Office of Justice, the supervisory agency, every two years on the enforcement and effects of victim aid legislation; this federal agency must then evaluate the effectiveness and efficacy of victim aid on the basis of these reports.²³

18. SR 730.0.

19. See *BBl* 2002, p. 3605 ff.

20. SR 832.102.

21. The implementation of this provision of the 1995 ordinance has already led to more than 20 evaluation studies on partial aspects of the enforcement and the effects of health insurance.

22. SR 312.51.

23. For such a report see FEDERAL OFFICE OF JUSTICE, *Dritter Bericht des Bundesamts für Justiz an den Bundesrat über den Vollzug und die Wirksamkeit der Opferhilfe 1993-1998*, Bern, 2000; some evaluation reports have also been produced at cantonal level, e.g. Health and Welfare Directorate of the Canton of Bern, *Erfolgskontrolle der Opferhilfe-Beiträge*, Bern, 1998.

External experts are usually brought in to meet these reporting obligations and to undertake the analyses prescribed in the evaluation clauses. In addition, certain federal agencies have created specialist units which carry out this work themselves, or which are at least capable of providing effective support where such work is outsourced.

e) Experimental legislation

Evaluations are sometimes conducted in connection with experimental legislation. The term describes legislation that is intended to create the basis for subsequent and more permanent legislation by testing potential statutory provisions.²⁴ By definition, such legislation is in force for only a limited period. However, this time limit alone does not mean that a law qualifies as experimental legislation.

Swiss lawgivers have enacted a range of such experimental regulations in recent years.²⁵ Traffic (e.g. speed limits) is one particular area in which this means of institutionalising (parallel) evaluation has almost become a tradition. Nonetheless, the Ordinance of 21 October 1992 on the Promotion of Parallel Scientific Research and Improving the Living Conditions of Drug Addicts²⁶ is a particularly interesting example. This ordinance explicitly states the purpose of the experimental legislation. According to Article 1 para. 2, the experiment should supply a scientific decision-making basis for the selection and improvement of prevention and treatment programmes to reduce drug problems. It lays down evaluation criteria, determines how the experiments are to be structured and even sets out in detail the conditions under which they may be terminated early.

24. See LUZIUS MADER, *Experimentelle Gesetzgebung*, in DIETER GRIMM and WERNER MAIHOFFER (eds.), *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik*, 1988, p. 211 ff.

25. For an overview see LUZIUS MADER, *La législation expérimentale en Suisse*, in CHARLES-ALBERT MORAND (ed.), *Evaluation législative et lois expérimentales*, Aix-en-Provence, 1993.

26. See the official collection of federal legislation (*Amtliche Sammlung des Bundesrechts*, AS) 1992, p. 2213 ff.

This example displays the essential hallmarks of genuine experimental legislation. In this sense, it is exemplary. Given that it deals with such a delicate area and a problem that is the subject of highly controversial debate (the ordinance also deals with the dispensing of hard drugs such as heroin), it could hardly be anything else. The results of the experiment led in 1998 to doctors legally being able to prescribe heroin for a specific period. This short-term regulation is now to be extended until the final legislation comes into effect as part of the revision of the Swiss Narcotics Act (*Betäubungsmittelgesetz*), but no later than the end of 2009.²⁷

f) Creating new bodies

In addition to the procedural forms of institutionalisation, it is worth mentioning the organisational changes that were made. Of particular interest here is the creation in 1990 of the Parliamentary Control of the Administration Unit which, according to Article 47sexies para. 2 of the Federal Statute concerning the Relations between the Councils (*Geschäftsverkehrsgesetz*)²⁸ supports the parliamentary control committees of both chambers of parliament in monitoring governmental tasks and how they are completed, as well as the effects of the action taken by authorities and the administration. Under the terms of the provision, such supervision must be exercised in accordance with the criteria of lawfulness, appropriateness, efficacy and efficiency.

This administration supervision body, the remit of which is laid down in greater detail in Article 14a of the Federal Assembly's ordinance on parliamentary services,²⁹ has since had a large number of evaluations of law carried out. In some cases, it has carried out such studies itself.³⁰

27. See the opinion dated 3 July 2002 on the Federal Law Extending the Federal Decree on the Prescribing of Heroin by Doctors (*Bundesgesetz über die Verlängerung des Bundesbeschlusses über die ärztliche Verschreibung von Heroin*): BBl 2002, p. 5839 ff.

28. SR 171.11.

29. SR 171.115.

30. For more information refer to the website of the Swiss Federal Assembly (parliamentary services): <http://www.pd.admin.ch>.

It is also worth mentioning that, in recent years, several federal agencies have set up specialist units to deal specifically with the evaluation of legislation. They include, for example, the Federal Office for Public Health, the Federal Office for Social Security, the Federal Office for Agriculture and the Federal Office of Justice.

It should be noted, however, that the government supervision unit, created in 1989 to assist the Federal Council in its supervision of the administration and intended to conduct more or less the same tasks for the government as the parliamentary control unit carries out for the parliament, including evaluating effects and in particular efficacy, has since been disbanded. Admittedly, contrary to its original and much broader remit, this unit had essentially carried out ordinary tasks concerning the supervision of the administration. Its activities were not necessarily linked to the evaluation of legislation.

g) Expanding the remit of existing bodies

Of primary relevance here is the Swiss Federal Audit Office which, as the Confederation's most senior financial supervisory body, supports the government and the parliament in exercising their financial authority and supervisory functions over the administration. According to Article 5 of the Swiss Financial Audit Act (*Finanzkontrollgesetz*)³¹ the Federal Audit Office exercises its supervisory powers in accordance with the criteria of propriety, lawfulness and efficiency, the term «efficiency» being open to broad interpretation. Where tests of efficiency are concerned, para. 2 of this provision (reworded in 1994) states that it must be established whether resources are being used sparingly, whether there is a favourable balance of costs and benefits and whether the expenditure will bring about the anticipated effect. The change made in 1994 marked a significant break with traditional financial reviews, which concentrated on lawfulness and propriety, towards an examination that takes greater account of efficacy and efficiency.

31. SR 614.0.

h) Institutionalisation at cantonal level

Not only at federal level has evaluation made great progress in recent years.³² Broadly similar developments can also been recorded in several cantons. Bern and Geneva, for instance, are two — very different — examples worthy of mention.

In 1995, the canton of Geneva set up an independent commission, separate from the administration, to evaluate public policy.³³ The commission has since carried out an impressively large number of evaluation projects.³⁴

In canton Bern, the evaluation of legislation has become a major issue in connection with efforts towards administrative reform (introduction of New Public Management, NEF 2000 project).³⁵

2. The situation in practice

Does the reality reflect what we might expect given the status of institutionalisation? The answer to this question is not black or white, but shades of grey. Overall, however, we can certainly say that practice still lags significantly behind the legal possibilities — and even legal obligations in some cases. Certain reporting obligations and evaluation clauses, in particular, have remained little more than pa-

32. In this regard, the situation in Switzerland can be compared with that in Germany, where significant institutionalisation initiatives can also be observed at *Land* level: see esp. INGO UNKELBACH, *Die Institutionalisierung der Gesetzesfolgenabschätzung auf Landesebene*, Aachen, 1998; see also CARL BÖHRET / GÖTZ KONZENDORF, *Rechtsoptimierung mittels Gesetzesfolgenabschätzung – Waldgesetz Rheinland-Pfalz*, Speyer, 1998.

33. On the composition, remit and working methods of this commission, see JEAN-DANIEL DELLEY, *L'évaluation législative entre rigueur scientifique et utilité pratique – l'expérience de la Commission externe d'évaluation des politiques publiques du canton de Genève*, in ANDREAS AUER [et al.] (eds.), *Aux confins du droit (Essais en l'honneur du professeur Charles-Albert Morand)*, Basel, 2001, p. 51 ff.

34. For further information, visit <http://www.geneve.ch/cepp>.

35. See ANDREAS LIENHARD, *Zur Beurteilung der Auswirkungen von Gesetzen – Institutionalisierung der prospektiven Gesetzesfolgenabschätzung im Kanton Bern – Stand und Optimierungspotential*, in DANIEL KETTIGER (ed.), *Wirkungsorientierte Verwaltungsführung und Gesetzgebung*, Bern, 2000, p. 159 ff.; see also DANIEL KETTIGER, *Gesetzescontrolling*, Bern, 2000, esp. p. 63 ff.

per tigers to date. It is probably true to say that this applies particularly to prospective evaluation (Article 43 para. 3 of the Federal Statute concerning the Relations between the Councils).

As mentioned above, the report from the Institute of Political Science at the University of Zurich on the status and prospects of evaluation at the federal level³⁶ gives a good overview of the present situation. In brief, it shows which official agencies and experts carried out evaluations during the 1990s, as well as the methods used, how much the evaluations cost and the findings that they produced, or how such findings have been applied. The outcome of the Institute's study can be summarised in general terms as follows: A marked increase in evaluation work can be observed; most of these projects were initiated by the official agencies (federal offices) responsible for the areas in question and carried out by external experts; evaluation practice and how the concept is interpreted still vary widely, even within the official agencies themselves; no optimum degree — or, perhaps more accurately, no optimum form — of institutionalisation has yet been achieved; the reasons for this include wrangling over authority and responsibility, poorly defined tasks, and a lack of synchronisation and collaboration; there are also huge differences in the personnel and financial resources that the different official agencies can devote to carrying out evaluation projects; furthermore, evaluation is still not integrated into the decision-making process to a sufficient degree.

In the summer of 2001, the Control Committees of the Swiss parliament requested information from the government on the practical implementation of evaluation clauses. Prompted by this enquiry, the Federal Office of Justice analysed the situation more closely in certain selected areas — around ten federal offices. It has recently submitted a report to the supervisory bodies that usefully expands on and updates the status report of the Institute of Political Science. The report gives information about the number of evaluation clauses which exist in the areas studied, the number of evaluations that are

36. See fn 7.

held, ongoing or planned per year, the internal staff resources used and financial expenditure, as well as the accessibility of the evaluation findings and their practical use.³⁷

V. PROSPECTS FOR EXPANDING EVALUATION IN SWITZERLAND

How does the future of the evaluation of legislation look like in Switzerland? Past experience, and the developments of recent years in particular, encourage me to be relatively optimistic about its prospects. This view is supported by a range of factors:

1. Tangibility and implementation of institutional approaches

There is a distinct readiness to take the institutionalisation measures that we have seen in recent years, turn them into something more concrete and put them into practice in the field. In this connection, the implementation of Article 170 of the Federal Constitution as part of a complete revision of current legislation on relations between the councils (drafting of a new Parliament Act),³⁸ are worthy of particular attention. Here, specifically, the division of functions between the legislative committees and the control committees are to be clarified where evaluations are concerned. Article 44 para. 1e of the draft bill states that the legislative committees must be responsible for reviewing the efficacy of Federal Assembly bills in which they were involved at the earlier consulting stage. And provision is made in Article 54 para. 4 for the chairmen and women of the control committees and delegations (Financial and Business Control Committees, Financial and Business Control Delegations) to decide on applications from the legislative committees for the efficacy of legislation to be examined by the parliamentary supervisory body or the Federal Audit Office.

37. See letter dated 1 November 2002 from the Federal Office of Justice to the Control Committees of the Federal Assembly.

38. See the draft dated 1 March 2001 from the *Staatspolitische Kommission des Nationalrates*: BBl 2001, p. 3467 ff.; in the meantime the new Parliament Act has been passed, see BBl 2002, p. 8160 ff.; it will enter into force in December 2003.

The interest of the Conference of Secretaries General (*Generalsekretärenkonferenz*; GSK) in this issue is also important here. The GSK is an internal administration coordination body which is chaired by the Federal Chancellor and composed of the secretaries general of the seven government departments (ministries), i.e. the persons responsible for the administrative management of the departments. This conference decided in May 2002 to set up an interdepartmental «Evaluations» contact group to look into the federal administration's programmes for the implementation of Article 170 of the Federal Constitution. The Federal Office of Justice is charged with leading the contact group.

In addition to representatives of the federal administration, this contact group also includes one representative of the Parliamentary Control of the Administration Unit and one representative of the Federal Audit Office. The group provides a means of coordinating the efforts of all the various federal bodies which have an interest in the best possible practical implementation of Article 170 of the Federal Constitution and the strengthening of evaluation in practice. This is another reason to be optimistic about the prospects for expansion.

2. The necessary evaluation capacity

A further factor supporting a relatively confident and optimistic view of the prospects for expansion is the fact that, in the last 15 years, there has been a significant expansion in the staff and specialist capacity for carrying out evaluations. The increase in departmental research, and specifically various national research programmes³⁹ as well as other initiatives from the Swiss National Science Foundation have all played a crucial part in this development. Switzerland now has a large number of «providers» in the evaluation market with the necessary expertise and experience to carry out evaluations. In other

39. Special note in this context should be taken of the Swiss National Research Programme No. 27, on the effects of government action. See WERNER BUSSMANN, *Evaluationen staatlicher Massnahmen erfolgreich begleiten und nutzen – ein Leitfaden*, Chur, 1995 and WERNER BUSSMANN [et al.] (eds.), *Einführung in die Politikevaluation*, Basel, 1997.

words, they are familiar with the methods that need to be used, have the essential degree of specialisation in a specific area and are accustomed to working within political and administrative structures.

The development of deontological standards⁴⁰ and the broader range of training now available in this area⁴¹ has also helped to secure the presence of the necessary quantitative and qualitative capacity.

3. Interaction between politics, administration and science

Prospects for the future also depend on whether or not a genuine culture of evaluation can develop successfully. Interaction between politics, administration and science is enormously important here, and exchange between these fields has intensified significantly in recent years, not least thanks to the creation of appropriate forums and associations. Prime examples in this regard include the Swiss Evaluation Society (SEVAL), established in 1996, as well as the Swiss Association of Legislation (Schweizerische Gesellschaft für Gesetzgebung, SGG), set up in 1980. Since the 1990s, the latter has also been heavily involved in issues related to the evaluation of law.⁴² Both associations organise regular conferences devoted specifically to interaction and exchange between politics, administration and science.

4. Interaction and collaboration within the administration

Another important element, finally, is interaction within the administration and the collaboration between the different administrative agencies concerned. A relatively informal Confederation-level network of people from various federal offices, parliamentary services and from the Federal Audit Office exists since 1996. The network meets several times a year to discuss issues of general interest and to

40. See in particular the Evaluation Standards issued by SEVAL, the Swiss Evaluation Society.

41. E.g. the supplementary Evaluation course which the University of Bern began to offer in 2002.

42. See in particular the regular articles in the journal *LeGes – Gesetzgebung & Evaluation*, which is published by the Swiss Federal Chancellery and also serves as the SGG and SEVAL gazette.

formulate common concerns: Potential institutionalisation measures and their implementation, methodological aspects, issues relating to the management of evaluation projects (e.g. placement and support), appraisal of the findings of evaluations, etc. The Federal Office of Justice is currently responsible for «running» the network which, in the same way as the interaction between politics, science and administration, makes a substantial contribution to the creation of an evaluation culture — an essential foundation for further progress in this area. Evaluation should become a natural part of the activities of any administration, and should no longer be practised and regarded as an occasional disruption.⁴³

VI. CONCLUDING REMARKS – RECOMMENDATIONS FOR THE EXPANSION OF EVALUATION

In the light of the trends in Switzerland and on the basis of my personal experience, I should like to conclude by formulating a number of considerations which might also be of relevance elsewhere. I will summarise them into six points:

- The potential offered by the evaluation of legislation should not be over-estimated. It is important to develop realistic expectations. Evaluation does not provide definite answers and certainly cannot take the place of political decision-making. It can only supply the basis on which such decisions are made.
- It is therefore also difficult to present genuine and precise evidence of the success of evaluation, i.e. proof that conducting evaluations contributes substantially to an improvement in the quality of legislation. In my view, it is essential that the lawgiver works with hypotheses about the relationships between causes and effects, as well as bringing about effects. Prospective evaluation ensures that these hypotheses must be formulated in explicit terms and also display a minimum degree of sophistication. Ret-

43. In this sense JEAN-DANIEL DELLEY, *Du miroir tendu au miroir tenu – l'administration face à l'obligation d'évaluer*, JEAN KELLERHALS [et al.] (eds.), *Pour un droit pluriel (Etudes offertes au professeur Jean-François Perrin)*, Basel, 2002, p. 303 ff.

rospective evaluation forces the legislator to review the stringency of his hypotheses and take an interest in the actual effects of his actions. I firmly believe that this makes a practical contribution to the quality of legislation.

- Where the details of institutionalisation are concerned, I prefer solutions that guarantee a certain diversity. Evaluation should not be the exclusive preserve of a single body. Indeed, a pluralistic approach is much better suited to bringing about the necessary broad base of awareness and promoting the development of a genuine evaluation culture which, ultimately, is crucial to success. This also applies in the sense of ensuring that findings are appraised in the best possible way.
- Prospective, parallel and retrospective approaches should not be completely separate, i.e. allocated to different institutions or organisations, as they may be interdependent or complementary. Integrated solutions offer advantages from a methodological viewpoint (prospective evaluation creates a solid foundation for retrospective evaluation, and vice-versa) and also make it easier to appraise the findings as part of the political decision-making process.
- The primary responsibility for carrying out evaluation should rest with those bodies which do the bulk of the legislative work, i.e. (in Switzerland at least) with the competent bodies within the administration (the federal offices). They prepare legislation and implement or enforce it. This solution offers the best means of ensuring that the findings of evaluations are integrated into the political decision-making process.
- Evaluation should contribute to as rational a debate as possible about legislative options. It can only do so, however, if its findings are accessible to all of the authorities concerned and to the general public. Evaluation processes initiated by the administration must also be available to the parliament, and vice-versa. The publication of findings ensures that all stakeholders and, in particular, the scientific community, can discuss them. Not least of all, this can also be regarded as an element of quality assurance.

Millorar la legislació per mitjà de l'avaluació dels seus efectes: l'experiència suïssa

Sumari

- I. Comentaris preliminars
- II. Definició i caràcter de l'avaluació
 - 1. Una definició més precisa
 - 2. Caràcter interdisciplinari de l'avaluació
 - 3. L'avaluació com a eina per a la presa de decisions
- III. Avaluació i context institucional
- IV. La situació actual de l'avaluació a Suïssa
 - 1. Estat i formes d'institucionalització
 - a) Article 170 de la Constitució federal
 - b) Article 43 de l'Estatut federal sobre les relacions entre els consells (avaluació prospectiva)
 - c) Informes obligatoris sobre instruments específics
 - d) Informes obligatoris sobre àmbits específics i clàusules d'avaluació
 - e) Legislació experimental
 - f) Creació de nous organismes
 - g) Ampliació de l'àmbit d'actuació dels organismes existents
 - h) Institucionalització a escala cantonal
 - 2. La situació actual
- V. Perspectives per a l'ampliació de l'avaluació a Suïssa
 - 1. Tangibilitat i aplicació de les metodologies institucionals
 - 2. La capacitat d'avaluació necessària
 - 3. Interacció entre política, administració i ciència
 - 4. Interacció i col·laboració en l'àmbit administratiu
- VI. Conclusions. Recomanacions per a l'ampliació de l'avaluació



I. COMENTARIS PRELIMINARS

A continuació, parlaré de la situació jurídica i de la pràctica de l'avaluació a Suïssa en l'actualitat. Tanmateix, abans m'agradaria definir breument el meu concepte d'avaluació de la legislació i remarcar el fet que l'avaluació — ja sigui prospectiva o bé retrospectiva — és un element essencial de qualsevol iniciativa destinada a millorar la qualitat legislativa. És una part cabdal d'allò que de vegades s'ha anomenat legisprudència, un terme emprat per a designar un enfocament multidisciplinari, global, pràctic i, alhora, teòric de la tasca legislativa. En resum, tractaré de mostrar que el desenvolupament de l'avaluació pot ser facilitat o, al contrari, dificultat per les disposicions institucionals d'un sistema polític determinat. El gruix de la meua contribució tracta de la situació actual de l'avaluació a Suïssa. En quin grau i en quines formes l'avaluació de la legislació està institucionalitzada a Suïssa? La pràctica de l'avaluació correspon al grau d'institucionalització formal? Quines són les perspectives d'avenços propers en aquest àmbit? Finalment, intentaré formular algunes modestes recomanacions.

II. DEFINICIÓ I CARÀCTER DE L'AVALUACIÓ

1. Una definició més precisa

Abans d'analitzar la situació actual de la tasca relativa a l'avaluació dels efectes de la legislació a Suïssa, crec que és convenient descriure i definir breument aquest enfocament concret que té com a objectiu millorar la qualitat del dret. En efecte, considero que és important proporcionar una definició més precisa del meu concepte d'avaluació (évaluation législative, Gesetzesfolgenabschätzung, Gesetzes evaluation) ja que no totes les iniciatives destinades a millorar la qualitat de les lleis poden ser incorporades a aquest apartat. Més concretament, aquest terme no s'hauria d'emprar com a sinònim de qualsevol tipus de valoració normativa. Per exemple, té poc a veure amb l'estimació de si una llei (o el seu projecte) compleix els requisits formals necessaris, tot i que aquest procés també constitueix un element vital per a la qualitat final de la legislació, i encara que no cal dir que alguns requisits i alguns criteris jurídics (sobretot el principi de proporcionalitat, o la necessitat d'un tracte igualitari) van estretament lligats amb la

qüestió dels efectes de la legislació. El terme avaluació també exclou els estudis sobre la necessitat real d'una llei, i els esforços per adaptar-la a un llenguatge entenedor. Tanmateix, això no significa necessàriament que el fet que una llei sigui o no sigui comprensible hagi de ser irrellevant en el context de l'avaluació. Al cap i a la fi, les lleis que resulten incomprensibles o que són difícils d'entendre no són els mitjans més adequats per a assolir els objectius establerts pel legislador.

Cal definir el terme avaluació d'una manera més acurada de com sovint s'ha fet. En aquest estudi, l'empraré per a referir-me a l'emmagatzematge metòdic i a la valoració dels efectes o de les conseqüències de la legislació.

Una avaluació es pot considerar metòdica si:

- Es fa d'una manera entenedora i intel·ligible, és a dir, si els fonaments de les afirmacions i de les valoracions són conegudes, accessibles i verificables.
- Es basa en un procés sistemàtic la finalitat del qual consisteix a emmagatzemar tots els efectes rellevants de la manera més exhaustiva possible.
- Intenta ser tan objectiva com sigui possible en les relacions causals que s'estableixen, és a dir, que els punts de vista expressats siguin múltiples i que no estiguin influïts per interessos particulars.¹

Partint d'aquesta definició, l'emmagatzematge i la valoració dels efectes de la legislació són molt més que un simple exercici intuïtiu i basat en impressions. No obstant això, no necessàriament compleixen en tots els aspectes els criteris més estrictes d'una avaluació científica dels efectes de la legislació primària i secundària. En realitat, d'una banda, acostumen a representar un continu entre aquests dos punts, i intenten absorbir, sistematitzar i aplicar el coneixement de domini públic i l'experiència administrativa. De l'altra, intenten adoptar un punt de vista científic en la mesura que sigui possible. L'objectiu és emmagatzemar i valorar tant els efectes potencials (avaluació

1. Vegeu la definició proposada per un grup de treball del Departament Federal de Justícia i Policia: EIDGENÖSSISCHES JUSTIZ-UND POLIZEIDEPARTEMENT (ed.), *Die Wirkungen staatlichen Handelns besser ermitteln – Probleme, Möglichkeiten, Vorschläge*, Berna, 1991, p. 13.

prospectiva) com els efectes reals (avaluació paral·lela i retrospectiva) de la legislació.²

2. Caràcter interdisciplinari de l'avaluació

L'avaluació constitueix una part important de l'esforç concertat per a millorar la qualitat de la legislació.³ Té necessàriament un caràcter interdisciplinari.⁴ Dit d'una altra manera, no es tracta d'un exercici específicament jurídic. L'emmagatzematge i la valoració dels efectes de la legislació són una tasca que no requereix un domini del dret ni una familiaritat amb els procediments jurídics. De fet, les ciències polítiques i administratives, l'economia i la sociologia hi tenen un paper molt més determinant.

L'avaluació dona com a fruit resultats convincents i útils quan aconsegueix conjuminar conclusions procedents de diverses fonts (ja sigui de coneixement general, o a través dels mitjans de comunicació, dels debats polítics, de la tasca administrativa o de les diverses disciplines científiques), sintetitzant-les, valorant-les i incorporant-les al procés legislatiu, bé en la fase de preparació legislativa o bé en la de control dels resultats.

La tasca específica dels experts en lleis, la majoria dels quals —encara— són, a la pràctica, advocats qualificats, consisteix a conciliar, d'una banda, l'avaluació i, de l'altra, els procediments i els processos legislatius reals. És adequat avaluar els efectes potencials abans de prendre una decisió legislativa? Hi ha conclusions d'avaluacions anteriors que poden ser rellevants i útils en un projecte legislatiu determinat? La legislació hauria d'imposar una avaluació (clàusula d'avaluació, informe obligatori)? S'hauria d'impulsar o de desenvolupar una avaluació en el context d'una revisió posterior de la legis-

2. Per als diversos tipus d'avaluacions, la metodologia i les iniciatives d'institucionalització a Alemanya, vegeu CARL BÖHRET / GÖTZ KONZENDORF, *Handbuch der Gesetzesfolgenabschätzung (GFA)*, Baden-Baden, 2001, i també WERNER BUSSMANN, *Die Methodik der prospektiven Gesetzesevaluation*, a *LeGes* 1997/3, p. 109 i seg.; WERNER BUSSMANN, *Rechtliche Anforderungen an die Qualität der Gesetzesfolgenabschätzung*, a *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 1998, p. 127 i seg.
3. Vegeu especialment l'informe «Mandelkern», del 13 de novembre de 2001; i també LUZIUS MADER, *Evaluating the Effects – a Contribution to the Quality of Legislation*, a *Statute Law Review*, 2001, p. 119 i seg.
4. Vegeu KILIAN BIZER [et al.] (ed.), *Responsive Regulierung – Beiträge zur interdisziplinären Institutionenanalyse und Gesetzesfolgenabschätzung*, Tübingen, 2002.



lació, fins i tot si no hi ha l'obligació jurídica de fer-ho? Les persones encarregades d'elaborar, de promulgar i d'aplicar la legislació s'han de plantejar aquestes qüestions. Cal que trobin les respostes adequades i que adoptin totes les precaucions que calgui.

3. L'avaluació com a eina per a la presa de decisions

L'avaluació hauria de proporcionar als legisladors principis bàsics per a la presa de decisions i, per tant, hauria de contribuir a la racionalitat del procés legislatiu.⁵ No obstant això, és imprescindible que siguem realistes pel que fa referència a allò que ens ofereix. En primer lloc, en un sentit estricte, l'avaluació no pot establir relacions causals entre les decisions legislatives i la realitat social i econòmica. Dit d'una altra manera, no pot oferir certes es i, per tant, té una eficàcia limitada.

Des d'aquesta perspectiva, l'avaluació tampoc no podrà substituir les decisions polítiques. És una eina per a la presa de decisions que no pot substituir el paper de la política. Tanmateix, pot contribuir d'una manera significativa a donar més plausibilitat a les afirmacions que fan referència a les causes i als efectes de l'acció legislativa. Això es pot aconseguir dedicant una atenció expressa a les hipòtesis sobre els efectes de la llei, explicant-les i raonant-les, sempre que s'hagi de prendre una decisió legislativa. En fases posteriors, l'avaluació pot ajudar a revisar, confirmar o refutar les esmentades hipòtesis. En aquest sentit, contribueix a garantir el fet que es pot fer —i, de fet, s'hauria de fer— un debat públic obert i en profunditat sobre els efectes de la legislació. A més, implica més obligació d'oferir raons específiques per a les decisions adoptades.

En tercer lloc, un enfocament pragmàtic i realista de l'avaluació ens porta a concloure que no pot ser un instrument generalista. Ben al contrari, s'ha d'emprar d'una manera estratègica i aplicar-la cas per cas. L'avaluació no hauria de significar un simple estudi de les propostes burocràtiques (un procés dut a terme simplement per obligació). De fet, tan sols s'hauria de

5. Vegeu HEINZ SCHÄFFER / OTTO TRIFFTERER (ed.), *Rationalisierung der Gesetzgebung*, Baden-Baden, 1984; HEINZ SCHÄFFER, *Rationalisierung der Rechtsetzung*, a HEINZ SCHÄFFER (ed.), *Theorie der Rechtsetzung*, Wien, 1988, p. 199 i seg.; MARÍA JESÚS MONTORO CHINER, *La evaluación de las normas – Racionalidad y eficiencia*, Barcelona, 2001.



donar en els casos en els quals es creu que pot constituir un mitjà plenament adequat per a millorar els principis bàsics de la presa de decisions amb un cost justificable i raonable. No obstant això, aquesta pràctica selectiva pressuposa que les persones encarregades de la tasca legislativa estan prou sensibilitzades per a decidir quan és apropiada una avaluació, i que són capaces de jutjar-ne l'eficiència d'una manera objectiva.

III. AVALUACIÓ I CONTEXT INSTITUCIONAL

L'estat actual de l'avaluació de la legislació, a qualsevol país, està vinculat indissolublement al grau d'institucionalització de l'avaluació. I el grau d'institucionalització i les formes que aquesta pren depenen en gran mesura del context institucional de cada país: cada estat té unes disposicions o circumstàncies polítiques i institucionals determinades que poden impulsar o obstaculitzar l'avaluació. Aquest fet, també el trobem en el sistema polític de Suïssa.

Hi ha alguns elements que proporcionen un entorn favorable per al desenvolupament de l'avaluació a Suïssa:

- L'aplicació de les lleis federals als cantons: atès que els cantons són els encarregats d'aplicar les lleis federals, les qüestions i els problemes d'aplicació a Suïssa apareixen relativament sovint; aquest fet suscita un gran interès científic constant. La recerca en l'àmbit de l'aplicació, que es va desenvolupar comparativament d'hora a Suïssa,⁶ ben aviat va plantejar preguntes sobre els efectes de la legislació.*
- Democràcia directa: tenint en compte que a Suïssa les lleis requereixen una ratificació democràtica directa i es poden sotmetre a un referèndum facultatiu, sempre ha estat important disposar d'una legislació intel·ligible i propera als ciutadans. Sense cap mena de dubte, aquest fet ha col·laborat en el desenvolupament de la legisprudència (metodologia legislativa) i, com a component seu, de l'avaluació legislativa.*
- El sistema de coalició: ja que tots els grans partits tenen representació en el govern, si prenem en consideració que els referèndums opcionals com-*

6. Vegeu PETER KNOEPFEL, *Öffentliches Recht und Vollzugsforschung*, Berna, 1979.

porten el fet que les lleis presentades han de superar les possibles consultes populars —per mitjà d'un consens ampli—, és improbable que un partit de l'oposició faci servir les conclusions del procés avaluatiu en benefici seu. En conseqüència, la voluntat d'iniciar el procés d'avaluació està molt menys enterbolida per pors polítiques que en altres països en què hi ha una alternança de poder entre els partits del govern i de l'oposició.

- *El llarg procés legislatiu: atès que el procés legislatiu, a Suïssa, és relativament llarg —sovint, una llei triga un període d'entre sis i vuit anys, o encara més, per a passar del seu primer projecte fins que entra en vigor—, hi ha molt de temps per a l'avaluació (prospectiva).*

Al contrari, els factors següents acostumen a endarrerir el desenvolupament de l'avaluació:

- *El procés consultiu: els cantons, els partits polítics, els sectors implicats, les autoritats locals, etcètera tenen l'oportunitat d'implicar-se en la preparació de la legislació. D'una manera més concreta, poden expressar els seus arguments durant les compareixences públiques o durant la fase consultiva del projecte de llei, i poden fer arribar les seves inquietuds als legisladors. Aquest context de participació ampliat garanteix que es valoraran els efectes de les lleis en una fase primerenca del procés legislatiu, ja que aquests s'analitzen des dels diversos enfocaments dels sectors implicats (els organismes d'aplicació, els directament afectats per la llei). A vegades, aquest procés consultiu s'esmenta com una de les raons per les quals no es fan avaluacions separades.*
- *El principi col·legial: el fet que el Govern suís prengui les decisions com a autoritat col·legiada és una de les causes de l'elevat desenvolupament dels seus mecanismes de consulta interministerial. Pràcticament totes les activitats governamentals, especialment la preparació de legislació primària o secundària, estan subjectes a una consulta de les agències afectades o de les interessades en la llei proposada. Aquestes agències sempre inclouen organismes que comprenen diversos àmbits, com ara l'Oficina Federal de Justícia, l'Administració de Finançament Federal i la Cancelleria Federal. Aquest procés implica que es poden incorporar al projecte les opinions, els interessos i les perspectives diferents dels membres del Govern i, en conseqüència, també l'avaluació dels efectes basada en l'experiència administrativa.*



-
-
- *Particularitats del Parlament: tots els membres del Parlament federal exerceixen el càrrec com a segona ocupació. En conseqüència, quan treballen en els projectes de llei, poden fer servir els seus entorns professionals primordials per a avaluar-ne els efectes principals —tot i que, sovint, aquestes valoracions estan influïdes per determinats interessos personals. En general, les reduïdes dimensions del país i el grau de diferenciació de funcions relativament menor haurien de propiciar processos d'aprenentatge reiteratius. Alhora, aquesta circumstància podria fer que el procés formal d'avaluació semblés innecessari.*

Sens dubte, els elements positius i negatius esmentats només són una part de l'explicació, i d'aquests poden sorgir altres arguments o, fins i tot, contraarguments. Això no obstant, aquest ventall d'elements serà suficient en el context actual, ja que el seu objectiu principal és remarcar que tots els debats sobre l'avaluació i sobre la seva institucionalització s'han de situar en el context del sistema polític parlamentari.

IV. LA SITUACIÓ ACTUAL DE L'AVALUACIÓ A SUÏSSA

Segons el meu punt de vista, la situació actual de l'avaluació a Suïssa es pot resumir de la manera següent:

- *L'avaluació té un grau considerable d'institucionalització i està en un estat comparativament molt avançat. Aquest fet incideix particularment en l'àmbit federal, però menys en el dels cantons.*
- *Tanmateix, en conjunt, la pràctica de l'avaluació encara és relativament modesta, i no és tant com caldria esperar tenint en compte el grau d'institucionalització. Aquest fet demostra un cop més que, sovint, hi ha una diferència important entre les lleis tal com apareixen en els codis legislatius i les lleis en vigor.*
- *No obstant això, les perspectives de desenvolupament són molt bones, perquè ja hi ha moltes de les condicions indispensables per a una millora accentuada de la pràctica de l'avaluació.*

1. Estat i formes d'institucionalització

A Suïssa, els passos més grans en l'àmbit de la institucionalització de l'avaluació s'han fet durant els darrers quinze anys. Han adoptat diverses formes (per exemple, mesures organitzatives i de procediment), que engloben tant el vessant prospectiu com el retrospectiu, i s'han desenvolupat a diversos nivells normatius. Els punts següents no pretenen fer una descripció detallada, sinó que simplement tracten de fer ressaltar alguns aspectes essencials.⁷

a) Article 170 de la Constitució federal

La qüestió de la institucionalització es va debatre en el context de la revisió completa de la Constitució federal, principalment en relació amb la preparació de la reforma parlamentària. En última instància, es va incorporar a la nova Constitució federal del 18 d'abril de 1999 la tasca preliminar d'una comissió d'experts. De conformitat amb l'article 170, «el Parlament Federal ha de garantir l'avaluació de l'eficàcia de les mesures adoptades per la Confederació».⁸ Aquest fet consolida l'avaluació en l'àmbit normatiu més elevat.

L'article 170 de la Constitució federal remarca la responsabilitat del Parlament d'estudiar l'eficàcia de les mesures desenvolupades per la Confederació i, per implicació, la responsabilitat dels legisladors en les conseqüències de la seva tasca. Tanmateix, això no significa que el mateix

7. Per a un tractament exhaustiu de la pràctica i dels fonaments jurídics, remetem els lectors a un informe redactat per la dissolta Unitat de Control Administratiu de l'Institut de Ciències Polítiques de la Universitat de Zuric, creada en nom del Consell Federal (*Verwaltungskontrollstelle des Bundesrates*): THOMAS WIDMER [et al.], *Stand und Aussichten der Evaluation beim Bund* (informe final del 9 de març de 2001, presentat a la Cancelleria Federal de Suïssa); vegeu també MARKUS SPINATSCH, *Evaluation in Switzerland: Moving toward a Decentralized System*, a JAN-ERIC FURUBO [et al.] (ed.), *International Atlas of Evaluation*, Londres, 2002, p. 375 i seg.; per a la situació a Alemanya consulteu CARL BÖHRET / GÖTZ KONZENDORF (n. 2), a Àustria, vegeu BRUNO BINDER [et al.], *Berechnung und Abschätzung der Folgekosten von Gesetzen in Österreich*, Linz, 1999; a França, vegeu STEVE JACOB, *L'institutionnalisation de l'évaluation des politiques publiques en France* (dissertació supervisada per Jean Leca, Institut d'Études Politiques de Paris), París, 2001.

8. Vegeu CHARLES-ALBERT MORAND, *L'évaluation des effets des mesures étatiques*, a DANIEL THÜRER / JEAN-FRANÇOIS AUBERT / JÖRG PAUL MÜLLER (ed.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zuric, 2001, p. 1119 i seg.



Parlament emprengui o impulsi aquests estudis. Ha de garantir, d'una banda, l'avaluació de l'eficàcia i, de l'altra, que realment pot delegar aquesta iniciativa —com a mínim, en part— al Govern i a l'Administració. Tot i això, aquest article 170 s'ha d'entendre en el sentit més ampli. En primer lloc, no només fa referència a l'avaluació ex post, sinó que també inclou l'avaluació ex ante (prospectiva). En segon lloc, no només es limita a examinar l'eficàcia de la legislació, és a dir, el grau en el qual l'acció governamental aconsegueix les fites establertes, sinó que té com a objectiu un emmagatzematge i una valoració més general dels efectes. La redacció de l'article constitucional tan sols aporta una remarca concreta.

b) Article 43 de l'Estatut federal sobre les relacions entre els consells (avaluació prospectiva)

L'article 43, paràgraf 3, de l'Estatut federal de relacions entre els consells (Geschäftsverkehrsgesetz),⁹ és una mica més antic, i tracta de l'avaluació prospectiva. De conformitat amb aquest article de 1984, els dictàmens i els informes sobre projectes normatius que el Govern presenti al Parlament han d'especificar els efectes financers i socials sobre la Confederació, els costos que implica per als cantons i per a les autoritats locals, les repercussions sobre l'economia, la proporció entre costos i beneficis i, si es proposa algun tipus d'indemnització o d'ajut financer, que el projecte compleixi els principis de la Llei suïssa d'ajuts (Subventionsgesetz).¹⁰

El 1999 es va afegir el paràgraf 2 bis a l'article 43. Aquest paràgraf també és rellevant per a la qüestió que ens ocupa, ja que estableix que el Govern, de manera addicional, ha d'emetre un informe sobre l'aplicació de lleis proposades. En concret, ha de descriure com s'ha valorat la dificultat de l'aplicació del projecte de llei durant el procés legislatiu preliminar i de quina manera s'avaluarà i s'emmagatzemarà l'experiència obtinguda de l'aplicació.

9. Vegeu la col·lecció sistemàtica de legislació federal (*Systematische Sammlung des Bundesrechts*, SR) 171.11.

10. SR 616.1; aquests principis inclouen la necessitat de la idoneïtat i de la relació entre cost i eficàcia dels ajuts previstos.

*Les condicions establertes per l'article 43, paràgraf 3, s'han aplicat a les eines i a les normes internes del Govern. És d'una importància especial per a aquest cas la llista de control feta per la Cancelleria Federal per a elaborar els informes i els dictàmens. La versió de 1988, encara vigent, explicita que els esmentats dictàmens i informes haurien d'anar més enllà dels efectes financers i socials dels projectes de llei. Aquesta afegeix que s'han de tractar detalladament altres efectes importants, com ara els efectes retardats i els efectes secundaris potencials. A més, els informes i els dictàmens han d'incloure els principis bàsics que fonamenten les conclusions sobre els efectes probables de les mesures proposades (per exemple, precedents administratius, dictàmens d'experts, estudis desenvolupats amb fonaments científics, etcètera). Actualment s'està revisant aquesta llista de control, amb la finalitat de substituir-la per línies mestres per a l'elaboració dels dictàmens i dels informes del Consell Federal. Aquesta nova eina estableix que s'haurien d'especificar els efectes esperats de la legislació en el moment de presentar els seus objectius. No obstant això, també s'han de perfilar altres efectes i, especialment, sempre s'haurien d'aportar els principis bàsics dels efectes descrits i de les relacions causals. Tal com estipulen les noves línies mestres, és l'única manera d'avaluar el rigor d'aquestes conclusions.*¹¹

*El procés RFA (Regulierungsfolgenabschätzung), implantat per a avaluar les repercussions econòmiques de la legislació, constitueix una expressió encara més pràctica de l'article 43, paràgraf 3. Va ser impulsat en gran mesura pel treball preliminar relacionat amb l'OCDE, i estableix que s'han d'analitzar els efectes econòmics dels projectes normatius (tant primaris com secundaris). Les línies mestres governamentals corresponents especifiquen que l'avaluació ha de dedicar una atenció especial a la necessitat de l'acció de govern i a les diverses opcions, als efectes sobre els diversos col·lectius socials, a les implicacions per al conjunt de l'economia, a les possibles legislacions alternatives i a la viabilitat de l'aplicació.*¹²

11. Vegeu CANCELLERIA FEDERAL SUÏSSA, *Leitfaden zum Verfassen von Botschaften des Bundesrates (Botschaftsleitfaden)*, avantprojecte, juliol de 2002.
12. Línies mestres del Consell Federal, del 15 de setembre de 1999; també hi ha un manual i una llista de control per a donar suport al procés RFA. La prova SME és especialment interessant en aquest context. Aquesta implica una anàlisi de la legislació per a determinar si pren prou en consideració les circumstàncies concretes i les necessitats de les petites i mitjanes empreses.



c) Informes obligatoris sobre instruments específics

L'article 5 de la Llei federal d'ajuts (Subventionsgesetz)¹³ de 1990 fa la revisió dels ajuts financers i de les indemnitzacions d'una manera periòdica, com a mínim cada sis anys. L'objectiu de la revisió és determinar si aquests ajuts, o qualsevol altre concedit de conformitat amb l'articulat, compleixen els principis de l'esmentada llei.¹⁴ Ja s'han fet diverses revisions d'aquestes característiques, que han adoptat un enfocament crític i regular de la legislació relativa a la llei d'ajuts i que han contribuït a aclarir una mica l'espessa trama dels subsidis.¹⁵

d) Informes obligatoris sobre àmbits específics i clàusules d'avaluació

És possible que la forma més important d'institucionalització sigui els informes obligatoris sobre àmbits específics i les clàusules d'avaluació que hi ha en la major part de la legislació primària i secundària de Suïssa.¹⁶ De fet, avui dia es promulguen molt poques lleis sense els informes obligatoris i sense les clàusules d'avaluació.

Per exemple, l'article 44 de la Llei suïssa de protecció del medi ambient (Umweltschutzgesetz)¹⁷ estableix que la Confederació i els cantons han de fer estudis sobre l'impacte ambiental i han d'avaluar l'èxit de les mesures proposades per la llei. L'article 20 de la Llei suïssa d'energia (Energiegesetz)¹⁸ estableix que el Consell Federal dugui a terme estudis regulars per a determinar el grau de contribució de les mesures proposades per la llei en la consecució dels seus objectius. O, per posar un exemple que encara no està en vigor, l'article 26 del projecte de llei federal de mesures contra el treball il·le-

13. SR 616.1.

14. Vegeu n. 10.

15. Per a informació sobre les conclusions d'aquests estudis, vegeu l'informe sobre subsidis del Consell Federal: *Diari Oficial de la Confederació Suïssa (Bundesblatt, BBl)* 1998, p. 2051 i seg., i 1999, p. 8013 i seg.

16. Per a una visió de conjunt, visiteu la pàgina web de l'Oficina Federal de Justícia: <http://www.bj.admin.ch>.

17. SR 814.01.

18. SR 730.0.

gal, presentat pel Consell Federal a l'Assemblea Federal a començament del 2002,¹⁹ estipula que el Govern ha de garantir l'avaluació de les mesures establertes per la Llei. En un període no superior als cinc anys després de l'entrada en vigor, el ministeri competent en la matèria ha de presentar al Consell Federal un informe amb les conclusions de l'avaluació que inclogui propostes per a les fases següents.

Es troben preceptes similars en l'àmbit de la legislació secundària (Verordnung / ordonnance [Suiïssa], decret, reglament). Per exemple, l'article 32 del Decret federal d'assegurança sanitària (Krankenversicherungsverordnung)²⁰ estableix, en l'apartat d'anàlisi dels efectes, que l'agència especialitzada competent en la matèria, en col·laboració amb les entitats asseguradores, amb els serveis proveïdors i amb els cantons, i també amb membres de la comunitat científica, ha de fer o d'encarregar estudis científics sobre l'aplicació i sobre els efectes de la llei.²¹ Un altre exemple el constitueix l'article 11 del Decret d'ajut a les víctimes (Opferhilfeverordnung),²² que estipula, en l'apartat dedicat a informes i avaluació, que cada dos anys els cantons han de lliurar a l'Oficina Federal de Justícia (l'agència supervisora) un informe sobre l'aplicació i sobre els efectes de la legislació d'ajut a les víctimes. Seguidament, aquesta agència federal ha d'avaluar l'efectivitat i l'eficàcia de l'ajut a les víctimes prenent com a referència aquests informes.²³

Sovint s'hi incorporen experts externs per a redactar els informes obligatoris i fer les anàlisis prescrites per les clàusules d'avaluació. A més, algunes agències federals han creat unitats especialitzades que s'ocupen d'aquesta tasca o que, com a mínim, poden proporcionar un suport eficaç quan s'externalitza.

19. Vegeu BBl 2002, p. 3605 i seg.

20. SR 832.102.

21. L'aplicació d'aquest article de la Disposició de 1995 ja ha portat a elaborar més de vint estudis d'avaluació sobre aspectes parcials de l'aplicació i dels efectes de l'assegurança sanitària.

22. SR 312.51.

23. Per a aquests informes, vegeu OFICINA FEDERAL DE JUSTÍCIA, *Dritter Bericht des Bundesamts für Justiz an den Bundesrat über den Vollzug und die Wirksamkeit der Opferhilfe 1993-1998*, Berna, 2000; també s'han publicat alguns informes d'avaluació en l'àmbit cantonal, per exemple, Health and Welfare Directorate of the Canton of Bern, *Erfolgskontrolle der Opferhilfe-Beiträge*, Berna, 1998.



e) Legislació experimental

A vegades, les avaluacions es fan en relació amb la legislació experimental. Aquest terme descriu la legislació amb la qual es preveu establir les línies mestres d'una legislació posterior de caràcter més permanent, per mitjà d'una avaluació de les disposicions normatives potencials.²⁴ Per definició, aquest tipus de legislació només es manté en vigor durant un període limitat de temps. Tanmateix, aquest període, per si mateix, no significa que una llei sigui legislació experimental.

Els legisladors suïssos han aplicat un ventall de normes experimentals d'aquest tipus en els darrers anys.²⁵ La llei de trànsit (per exemple, pel que fa a límits de velocitat) constitueix un àmbit específic en el qual aquest mitjà d'institucionalització de l'avaluació (paralela) s'ha adoptat pràcticament com a tradició. Això no obstant, el decret del 21 d'octubre de 1992 sobre la promoció de recerca científica paralela i sobre la millora de les condicions de vida dels drogoaddictes²⁶ és un exemple especialment interessant que declara explícitament l'objectiu de la legislació experimental. De conformitat amb l'article 1, paràgraf 2, la prova hauria de proporcionar un fonament científic per a la presa de decisions en matèria de selecció i de millora dels programes de prevenció i de tractament per a reduir els problemes de la droga. Descriu els criteris d'avaluació, estableix l'estructura de les proves i, fins i tot, especifica fil per randa les condicions en les quals aquests problemes es podrien eradicar abans.

Aquest exemple mostra la característica primordial de la legislació experimental real. En aquest sentit és exemplar. Dificilment podria ser d'una altra manera, ja que tracta un àmbit molt delicat, i la problemàtica és objecte d'un debat molt controvertit (la disposició també fa esment de la distribució de drogues dures, com ara l'heroïna). Aquesta prova va tenir com a conseqüència que, el 1998, es va autoritzar els metges a prescriure heroïna durant un període de temps determinat. Actualment, aquesta normativa de curt termini és a punt de prorrogar-se fins que entri en vigor la

24. Vegeu LUZIUS MADER, *Experimentelle Gesetzgebung*, a DIETER GRIMM i WERNER MAIHOFFER (ed.), *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik*, 1988, p. 211 i seg.

25. Per a una visió de conjunt, vegeu LUZIUS MADER, *La législation expérimentale en Suisse*, a CHARLES-ALBERT MORAND (ed.), *Evaluation législative et lois expérimentales*, Ais de Provença, 1993.

26. Vegeu el recull oficial de legislació federal (*Amtliche Sammlung des Bundesrechts*, AS) 1992, p. 2213 i seg.



legislació definitiva, en el context de la revisió de la Llei suïssa de narcòtics (Betäubungsmittelgesetz), però en cap cas més enllà del final de l'any 2009.²⁷

f) Creació de nous organismes

A més de les formes de procediment de la institucionalització, és important destacar els canvis organitzatius que hi ha hagut. És particularment interessant per a aquesta qüestió la creació, el 1990, de la Comissió Parlamentària de Control de l'Administració que, de conformitat amb l'article 47, paràgraf 2, de l'Estatut federal de relacions entre els consells (Geschäftsverkehrsgesetz),²⁸ col·labora amb les comissions de control parlamentari d'ambdues cambres [del Parlament] en el control de l'acció de govern i del seu desenvolupament, i dels efectes de la mesura adoptada per les autoritats i per l'Administració. Segons les disposicions de la normativa, l'esmentat control s'ha d'efectuar seguint els criteris de legitimitat, d'idoneïtat, d'eficàcia i d'eficiència.

Aquest organisme de control de l'Administració, l'àmbit d'actuació del qual especifica amb detall l'article 14 de la Disposició de l'Assemblea Federal sobre els serveis parlamentaris,²⁹ ha fet un gran nombre d'avaluacions legislatives. En alguns casos, el mateix organisme ha elaborat aquests tipus d'estudis.³⁰

També és important esmentar que, en els darrers anys, diverses agències federals han creat comissions especialitzades que s'encarreguen específicament de l'avaluació de la legislació. A tall d'exemple, esmentem l'Oficina Federal de Salut Pública, l'Oficina Federal de la Seguretat Social, l'Oficina Federal d'Agricultura i l'Oficina Federal de Justícia.

No obstant això, cal assenyalar que s'ha dissolt la Comissió de Control del Govern, creada l'any 1989 per a ajudar el Consell Federal en el control de

27. Vegeu el dictamen del 3 de juliol de 2002 sobre la Llei federal que prorroga el Decret federal sobre la prescripció d'heroïna pels metges (*Bundesgesetz über die Verlängerung des Bundesbeschlusses über die ärztliche Verschreibung von Heroin*): BBl 2002, p. 5839 i seg.

28. SR 171.11.

29. SR 171.115.

30. Per a més informació, visiteu la pàgina web de l'Assemblea Federal Suïssa (serveis parlamentaris): <http://www.pd.admin.ch>.



l'administració i dissenyada per a fer per al Govern aproximadament les mateixes tasques que la unitat de control parlamentari duu a terme per al Parlament; entre altres, l'avaluació dels efectes i, especialment, la valoració de l'eficàcia. S'ha d'admetre que, contràriament al seu extens àmbit d'actuació original, aquesta unitat ha fet essencialment tasques rutinàries relacionades amb la supervisió de l'Administració. Les seves actuacions no estaven necessàriament vinculades amb l'avaluació de la legislació.

g) Ampliació de l'àmbit d'actuació dels organismes existents

L'Oficina Federal d'Auditories de Suïssa —l'organisme més antic de control financer de la Confederació, que col·labora amb el Govern i amb el Parlament en l'exercici de la seva autoritat financera i de les seves funcions de control de l'Administració— és d'una importància cabdal per a la qüestió que ens ocupa. Tal com estableix l'article 5 de la Llei suïssa d'auditories financeres (Finanzkontrollgesetz),³¹ l'Oficina Federal d'Auditories exerceix la seva autoritat de control de conformitat amb els criteris de conveniència, de legitimitat i d'eficiència, i interpreta el terme eficiència d'una manera general. Pel que fa a les proves d'eficiència, el paràgraf 2 d'aquesta disposició (reformulada el 1994) estipula que cal determinar si els recursos s'empren amb racionalitat, si hi ha una relació favorable entre costos i beneficis i si la inversió comportarà l'efecte previst. El canvi introduït el 1994 va significar una ruptura important amb els informes financers tradicionals, que se centraven en la legitimitat i en la conveniència, i es va apostar per una avaluació que confereix més importància a l'eficàcia i a l'eficiència.

h) Institucionalització a escala cantonal

Els grans progressos efectuats en els darrers anys en l'àmbit de l'avaluació no només s'han produït a escala federal.³² Molts avenços similars s'han do-

31. SR 614.0.

32. En aquest sentit, la situació a Suïssa es pot comparar amb la situació a Alemanya, on també es donen importants iniciatives d'institucionalització en l'àmbit dels *länder*: vegeu especialment INGO UNKELBACH, *Die Institutionalisierung der Gesetzesfolgenabschätzung auf Landesebene*, Aquisgrà, 1998; vegeu també CARL BÖHRET / GÖTZ KONZENDORF, *Rechtsoptimierung mittels Gesetzesfolgenabschätzung – Waldgesetz Rheinland-Pfalz*, Espira, 1998.

nat també en diversos cantons. Berna i Ginebra, per exemple, són dos casos —molt diferents— dignes d'esment.

El 1995, el cantó de Ginebra va crear una comissió independent, aliena a l'Administració, per a avaluar la política pública.³³ Des que es va crear, aquesta comissió ha fet una enorme quantitat de projectes d'avaluació.³⁴

Al cantó de Berna, l'avaluació de la legislació ha esdevingut una qüestió prioritària en relació amb les iniciatives destinades a reformar l'Administració (introducció de Nova gestió pública, projecte NEF 2000).³⁵

2. La situació actual

La realitat reflecteix allò que es podria esperar tenint en compte el grau d'institucionalització? La resposta a aquesta pregunta no és absoluta, sinó que admet matisos. Tanmateix, en general, sens dubte es pot afirmar que la pràctica encara queda molt endarrerida, lluny de les possibilitats jurídiques —i, fins i tot, en alguns casos, lluny de les obligacions jurídiques. En particular, alguns informes obligatoris i algunes clàusules d'avaluació no han passat de ser paper mullat fins a l'actualitat. Segurament és cert que aquest fet es dona especialment en el cas de l'avaluació prospectiva (article 43, paràgraf 3, de l'Estatut federal de relacions entre els consells).

Tal com he esmentat abans, l'informe de l'Institut de Ciències Polítiques de la Universitat de Zuric sobre l'Estat i sobre les perspectives de l'avaluació a escala federal³⁶ proporciona una bona descripció de la situació actual. D'una manera resumida, mostra quines agències i quins experts van dur a terme avaluacions durant els anys noranta, i també els mètodes emprats, el

33. Sobre la composició, l'àmbit d'actuació i els mètodes de treball d'aquesta comissió, vegeu JEAN-DANIEL DELLEY, *L'évaluation législative entre rigueur scientifique et utilité pratique – l'expérience de la Commission externe d'évaluation des politiques publiques du canton de Genève*, a ANDREAS AUER [et al.] (ed.), *Aux confins du droit (Essais en l'honneur du professeur Charles-Albert Morand)*, Basilea, 2001, p. 51 i seg.

34. Per a més informació, visiteu <http://www.geneve.ch/cepp>.

35. Vegeu ANDREAS LIENHARD, *Zur Beurteilung der Auswirkungen von Gesetzen – Institutionalisierung der prospektiven Gesetzesfolgenabschätzung im Kanton Bern – Stand und Optimierungspotential*, a DANIEL KETTIGER (ed.), *Wirkungsorientierte Verwaltungsführung und Gesetzgebung*, Berna, 2000, p. 159 i seg.; vegeu també DANIEL KETTIGER, *Gesetzescontrolling*, Berna, 2000, esp. p. 63 i seg.

36. Vegeu n. 7.



cost de l'avaluació, les conclusions presentades i l'aplicació d'aquestes. Els resultats de l'estudi de l'Institut es poden resumir de la manera següent: s'observa un augment marcat de la tasca avaluativa; la major part d'aquests projectes van ser impulsats per les agències oficials (oficines federals) responsables d'aquests àmbits concrets, i fets per experts externs; la pràctica de l'avaluació i la interpretació del concepte encara varia en gran mesura, fins i tot entre les mateixes agències oficials; encara no s'ha aconseguit un grau òptim —o, essent més acurats, una forma òptima d'institucionalització; les causes d'aquest fet inclouen els conflictes sobre l'autoritat i sobre la responsabilitat, les tasques poc definides, i una manca de sincronia i de col·laboració; també hi ha enormes diferències en els recursos humans i financers que les diverses agències oficials poden destinar al desenvolupament de projectes d'avaluació; a més, l'avaluació encara no està prou integrada en el procés de presa de decisions.

*L'estiu del 2001, la Comissió de Control del Parlament suís va sol·licitar informació al Govern sobre l'aplicació pràctica de les clàusules d'avaluació. Com a conseqüència d'aquesta sol·licitud, l'Oficina Federal de Justícia va analitzar la situació d'una manera més acurada en alguns àmbits determinats —aproximadament a deu oficines federals. Recentment ha presentat un informe als organismes de control que amplia i actualitza l'informe de l'Institut de Ciències Polítiques sobre l'estat de la qüestió. Aquest informe proporciona informació sobre el nombre de clàusules d'avaluació que hi ha en els àmbits estudiats, el nombre d'avaluacions fetes, les que estan en curs o les previstes per any, els recursos humans interns dedicats i la despesa econòmica, i també l'accessibilitat a les conclusions de les avaluacions i la seva utilització pràctica.*³⁷

V. PERSPECTIVES PER A L'AMPLIACIÓ DE L'AVALUACIÓ A SUÏSSA

Quin futur hi ha per a l'avaluació de la legislació a Suïssa? L'experiència del passat i, en especial, els avenços dels darrers anys m'animen a ser relativament optimista pel que fa a les previsions. Hi ha tot un ventall d'elements que abonen aquest punt de vista:

37. Vegeu la carta de l'1 de novembre de 2002 de l'Oficina Federal de Justícia a les Comissions de Control de l'Assemblea Federal.

1. Tangibilitat i aplicació de les metodologies institucionals

Hi ha una voluntat diferent en el moment de prendre les mesures d'institucionalització que hem vist en els darrers anys, transformar-les en quelcom més concret i aplicar-les en un àmbit determinat. En relació amb això, mereix una atenció especial l'aplicació de l'article 170 de la Constitució Federal com a part de la revisió completa de la legislació actual sobre relacions entre els consells (preparació d'una nova llei parlamentària).³⁸ En aquest cas concret, cal aclarir la divisió de funcions entre les comissions legislatives i les comissions de control quan aquesta afecta les avaluacions. L'article 44, paràgraf 1, del projecte de llei estableix que les comissions legislatives s'han de responsabilitzar de la revisió de l'eficàcia dels projectes de llei de l'Assemblea Federal en els quals estiguessin implicats durant una fase consultiva anterior. I a l'article 54, paràgraf 4, s'estipula que els presidents i les presidentes de les delegacions i de les comissions de control (comissions de control financer i empresarial, delegacions de control financer i empresarial) han de determinar, a petició de les comissions legislatives, l'eficàcia de la legislació que l'organisme de control parlamentari o l'Oficina Federal d'Auditories haurà d'estudiar.

També cal esmentar la importància de la Junta de Secretaris Generals (Generalsekretärenkonferenz; GSK) en aquest àmbit. La GSK és un organisme intern de coordinació de l'Administració, presidit pel canceller federal i format pels secretaris generals de les set àrees de govern (ministeris), és a dir, les persones responsables de la gestió administrativa dels departaments. El maig de 2002, aquesta Junta va decidir crear un grup de contacte interdepartamental, Evaluations, amb la finalitat d'aplicar l'article 170 de la Constitució federal als programes de l'administració federal. L'Oficina Federal de Justícia és l'encarregada de liderar aquest grup de contacte.

A més dels representants de l'Administració federal, també inclou un representant de la Unitat Parlamentària de Control de l'Administració i un representant de l'Oficina Federal d'Auditories. Aquest grup proporciona un mitjà per a coordinar les iniciatives de tots els organismes federals interessats en la millor aplicació pràctica possible de l'article 170 de la

38. Vegeu l'avantprojecte de l'1 de març de 2001 de la *Staatspolitische Kommission des Nationalrates*: BBl 2001, p. 3467 i seg.; mentrestant, s'ha aprovat la nova Llei parlamentària, vegeu BBl 2002, p. 8160 i seg.; entra en vigor el desembre de 2003.



Constitució Federal i en l'enfortiment de l'avaluació que se'n fa. Aquest és un altre motiu que convida a l'optimisme pel que fa a les previsions d'ampliació.

2. La capacitat d'avaluació necessària

Una altra circumstància que contribueix a un punt de vista relativament optimista i confiat en les previsions d'expansió és el fet que, durant els darrers quinze anys, s'ha produït una millora important en els recursos humans i especialitzats per a fer les avaluacions. L'increment de recerca departamental i, especialment, diversos programes de recerca d'àmbit nacional,³⁹ i també altres iniciatives de la Fundació Nacional de la Ciència han estat una part crucial d'aquest desenvolupament. Avui dia, Suïssa té un nombre elevat de «proveïdors» en el mercat de l'avaluació amb l'experiència i amb els coneixements necessaris per a fer les avaluacions. En altres paraules, estan familiaritzats amb els mètodes que han d'emprar, tenen el grau necessari d'especialització en una àrea específica i estan aversejats a treballar en les estructures polítiques i administratives.

La creació d'estàndards deontològics⁴⁰ i el ventall més ampli de recursos formatius disponibles actualment en aquest àmbit⁴¹ també han contribuït a garantir la presència de la capacitat quantitativa i qualitativa necessària.

3. Interacció entre política, administració i ciència

Les perspectives de futur també depenen de la viabilitat de desenvolupar amb èxit una autèntica cultura de l'avaluació. La interacció entre política, administració i ciència té una importància enorme en aquesta qüestió, i l'intercanvi entre aquests àmbits s'ha intensificat d'una manera significativa en

39. En aquest context s'ha de tenir present el Programa nacional de recerca suís núm. 27, sobre els efectes de l'acció del Govern. Vegeu WERNER BUSSMAN, *Evaluationen staatlicher Massnahmen erfolgreich begleiten und nutzen – ein Leitfaden*, Chur, 1995 i WERNER BUSSMANN [et al.] (ed.), *Einführung in die Politikevaluation*, Basilea, 1997.

40. Vegeu especialment els Estàndards d'avaluació emesos pel SEVAL, la Societat Suïssa d'Avaluació.

41. Per exemple, el curs d'avaluació suplementària que la Universitat de Berna va començar a oferir el 2002.

els darrers anys, entre altres factors, gràcies a la creació d'associacions i de fòrums adequats. En aquest sentit, alguns dels exemples més importants són la Societat Suïssa d'Avaluació (SEVAL), fundada el 1996, i l'Associació Suïssa de Legislació (Schweizerische Gesellschaft für Gesetzgebung, SGG), creada l'any 1980. Aquesta darrera, des dels anys noranta, també ha estat fortament vinculada a qüestions relacionades amb l'avaluació legislativa.⁴² Ambdues associacions organitzen regularment conferències dedicades específicament a la interacció i a l'intercanvi entre política, administració i ciència.

4. Interacció i col·laboració en l'àmbit administratiu

Finalment, un altre element important és la interacció en l'àmbit administratiu i la col·laboració entre les diverses agències administratives implicades. Des del 1996, hi ha una xarxa de treball relativament informal, a escala confederal, constituïda per persones de diverses oficines federals, dels serveis parlamentaris i de l'Oficina Federal d'Auditories. Aquesta xarxa es reuneix diverses vegades l'any per a debatre qüestions d'interès general i tractar preocupacions comunes: mesures potencials d'institucionalització i la seva aplicació, aspectes metodològics, temes relacionats amb la gestió dels projectes d'avaluació (per exemple, implantació i suport), valoració de les conclusions de les avaluacions, etcètera. Actualment, l'Oficina Federal de Justícia és l'encarregada d'impulsar aquesta xarxa que, com és el cas de la interacció entre política, ciència i administració, contribueix d'una manera substancial a la creació d'una cultura de l'avaluació i és un element principal per a futurs progressos en aquest àmbit. L'avaluació hauria d'esdevenir una part natural de les activitats de l'Administració, i no s'hauria de veure com una simple alteració ocasional.⁴³

42. Vegeu especialment els articles periòdics al diari *LeGes – Gesetzgebung & Evaluation*, publicat per la Cancelleria Federal Suïssa, que també serveix com a diari del SGG i del SEVAL.

43. En aquest sentit, vegeu JEAN-DANIEL DELLEY, *Du miroir tendu au miroir tenu – l'administration face à l'obligation d'évaluer*, JEAN KELLERHALS [et al.] (ed.), *Pour un droit pluriel (Etudes offertes au professeur Jean-François Perrin)*, Basilea, 2002, p. 303 i seg.



VI. CONCLUSIONS. RECOMANACIONS PER A L'AMPLIACIÓ DE L'AVALUACIÓ

Prenent en consideració les pautes de Suïssa i la meua experiència personal, m'agradaria acabar fent una sèrie de recomanacions que també podrien ser rellevants en altres àmbits. Les resumeixo en sis punts:

- *No s'hauria de subestimar el potencial que ofereix l'avaluació de la legislació. És important no crear falses expectatives. L'avaluació no proporciona respostes definitives i, ben segur, no pot ocupar el lloc de la presa de decisions polítiques; tan sols pot aportar uns principis bàsics a partir dels quals es prenen les decisions.*
- *En conseqüència, també és difícil presentar proves reals i precises de l'èxit de l'avaluació, és a dir, fets que demostrin que les avaluacions que es duen a terme contribueixen a millorar la qualitat legislativa d'una manera substancial. Des del meu punt de vista, és essencial que el legislador treballi amb hipòtesis sobre les relacions causa-efecte, i totes les seves repercussions. L'avaluació prospectiva garanteix que aquestes hipòtesis s'han de formular en termes explícits i, a la vegada, han de mostrar un grau mínim de sofisticació. L'avaluació retrospectiva obliga el legislador a revisar el rigor de les seves hipòtesis i a interessar-se pels efectes reals de les seves accions. Crec fermament que contribueix d'una manera pràctica a la qualitat de la legislació.*
- *Pel que fa als detalls de la institucionalització, personalment prefereixo solucions que garanteixin una certa diversitat. L'avaluació no hauria de ser l'àmbit exclusiu d'un organisme determinat. De fet, un enfocament plural és molt més apropiat per a aportar els fonaments generals de coneixement necessaris i per a incentivar el desenvolupament d'una autèntica cultura de l'avaluació que, en última instància, resulta indispensable per a l'èxit. Aquesta circumstància també és aplicable per a poder garantir la millor valoració possible dels resultats de l'avaluació.*
- *Els enfocaments prospectius, paral·lels i retrospectius no haurien d'estar totalment separats, és a dir, repartits entre diverses institucions i organitzacions, ja que poden ser interdependents o complementaris. Les solucions integrades ofereixen avantatges des d'un punt de vista metodològic (l'avaluació prospectiva crea un fonament sòlid per a l'avalua-*

ció retrospectiva, i viceversa), i també faciliten la valoració de les conclusions com a part del procés de presa de decisions polítiques.

- *La responsabilitat principal en el procés de l'avaluació, l'haurien de tenir els organismes que elaboren el gruix de la tasca legislativa, és a dir (com a mínim a Suïssa), els organismes competents de l'Administració (les oficines federals), ja que aquests són els que preparen la legislació, i l'han de complir. Aquesta solució ofereix els millors mitjans per a garantir la integració dels resultats de les avaluacions en el procés de presa de decisions polítiques.*
- *L'avaluació hauria de contribuir a un debat, tan racional com sigui possible, sobre les opcions legislatives. Tanmateix, això només és factible si els seus resultats són a l'abast de totes les autoritats que hi estiguin interessades i del públic en general. Els processos d'avaluació impulsats per l'Administració també han de ser a l'abast del Parlament, i viceversa. La publicació de les conclusions garanteix que tots els sectors implicats i, sobretot, la comunitat científica, les puguin estudiar. Aquesta tasca també es pot considerar, entre altres, un element que garanteix la qualitat legislativa.*



Col·loqui

subsegüent a la I i la II ponències

Moderador

Dr. Carles Viver i Pi-Sunyer

*Catedràtic de dret constitucional
de la Universitat Pompeu Fabra, Barcelona*

Intervenien

Sr. Claro José Fernández-Carnicero

Prof. Dr. Luzius Mader

Univ. Prof. Dr. Ulrich Karpen

Dr. Manuel Pulido Quecedo

El moderador

Moltes gràcies als professors doctors Karpen i Mader per les seves magnífiques intervencions. Amb la natural modèstia dels savis i amb l'eficàcia i l'eficiència dels experts en avaluació legislativa, cap dels dos professors no s'ha deixat presentar pel doctor Pitarch, el qual en tenia unes llargues biografies. Jo ho faré molt breument per no ferir ni la seva modèstia ni l'eficiència d'aquest acte, perquè només hi ha un quart d'hora per al debat.

El professor Karpen va estudiar dret i ciència política a Colònia i a Berkeley, va ser professor de dret constitucional a Friburg i a Berlín, i ara és professor de dret constitucional a Hamburg. Va ser membre del Parlament de l'Estat d'Hamburg durant deu anys i actualment és president de l'Associació Europea de Legislació i de l'Associació Alemanya de Legislació.

El professor Luzius Mader va estudiar a Ginebra i a la London School of Economics. És doctor a Ginebra i actualment és professor associat de l'Institut d'Estudis Avançats d'Administració Pública, i també és vicedirector del Departament Federal de Justícia i expert, com s'ha pogut comprovar, en aquests temes.

Bé, feta aquesta brevíssima presentació, jo crec que aquestes dues intervencions ens han obert molts interrogants a tots nosaltres. A mi m'han fet venir ganes de tornar als meus estudis de tècnica legislativa, que ja tinc molt oblidats des de fa deu anys, i em sembla que, arran d'aquestes dues intervencions, hi tornaré.

Ens queda, en teoria, un quart d'hora per al debat i el col·loqui. Em sembla que els organitzadors ens deixaran cinc o deu minuts més,



seran una mica flexibles. El que jo sí que els demanaria emfàticament és que facin preguntes, perquè a mi em van contractar una mica perquè iniciés el debat si no hi havia preguntes, però em fa l'efecte que les preguntes que puc fer jo, a vostès possiblement no els interessaran gaire, perquè, com els deia, són temes que jo tinc poc treballats. Per tant, els demano que siguin vostès els que comencin aquest col·loqui, i jo em limitaré a donar-los la paraula.

Sí, si us plau.

El Sr. Claro José Fernández-Carnicero

Me llamo Fernández-Carnicero, soy jefe del Departamento de Estudios del Senado. No es fácil concretar en una pregunta los muchos interrogantes —como decía el profesor Viver— que han suscitado las dos magníficas ponencias, magníficas sobre todo por su tratamiento metódico y por el rigor en su exposición.

Ateniéndome —y con el deseo de ser muy breve— al espíritu más pragmático y teniendo en cuenta la distinción que hacía el profesor Mader entre cultura y técnica, refiriendo la cultura fundamentalmente a la evaluación y postulando un tratamiento pluralista, y entendiendo la técnica como técnica normativa o, *stricto sensu*, legislativa, a mí me queda la duda —y ésta sería la pregunta— de si esa distinción o esa separación, que desde el punto de vista conceptual es muy clara, entre elaboración de normas y evaluación de su impacto —recordando el trabajo de la profesora Montoro en la serie «Cuadernos y Debates» del Centro de Estudios Constitucionales, en donde la factibilidad de una norma era premisa de su calidad—..., pues bien, ¿hasta qué punto está justificada esa separación tan rigurosa entre la elaboración de las normas y la evaluación de sus impactos? Yo creo que estamos muy lejos del escolasticismo medieval que separaba materia y forma, y que, hoy, los que vivimos la práctica parlamentaria sabemos que no se puede distinguir entre teoría normativa y práctica normativa. Por tanto, una buena evaluación está directamente vinculada a una adecuada redacción de la norma, que no es sólo un problema de lingüística, que es un problema que va más allá.

Yo le pediría simplemente si puede reconsiderar esa separación tan radical entre elaboración de normas y evaluación de su impacto.

Muchas gracias.

El moderador

Profesor Mader, me parece que..., por alusiones.

El Prof. Dr. Luzius Mader

Well, maybe I was not very clear about this matter. When I listened to your remarks I had the feeling that what you are in favor of corresponds exactly to my opinion. It is necessary, in the terms of preparation of legislation, to be as analytical as possible. Methodological preparation of legislation means that you cut the legislative process in different analytical steps: the analysis of a problem, the examination and definition of the aims of legislation, the research of the necessary means permitting to achieve these aims. Based on these first three analytical steps the essential content of what you are going to put in a new legal act is given. You should start drafting this legal act only once you have made your analysis of the problem, once you have the necessary clarification with regard to the aims or goals, and once you have examined the wide range of instruments that could be used in order to realize these aims and have made your choice with regard to the specific instrument you would like to use. Then you do the drafting, then legislation is enacted, then you should try to examine how legislation is implemented and, once the implementation process starts, you can consider the effect.

Analyzing the effects retrospectively after the enactment of a law can be reasonably made only if, in the preparatory stage, you have already made reflections on the potential effects. If during the first three steps you try to consider which could be the potential effects, how you could get information on these different potential effects, if you are explicit, as well, with regard to the aims also of your legislation, you will be able to retrospectively do a much better job than if this prospective work has not been done. This is elementary for preparing good legislation. For this reason, it seems to me to be nec-



essary to choose organizational solutions that make sure that the same units, the same persons that prepare legislation, have to consider also what is happening after the adoption of a law.

If there is an institutional or organizational separation between preparatory work on the one hand and implementation as well as retrospective evaluation on the other, probably the feedback mechanisms will not be working properly or, at least, they do work not in the same way as if these different elements are united in the same institution. But you should not limit the evaluation task to the persons being in charge of preparing and implementing legislation. It seems to me to be wise to have other organs too. In particular, a financial audit can be very useful because a financial audit has a much bigger distance; will not be influenced in the same way by judgments that have been made by persons that are very much involved in the process.

This is the reason why I'm in favor of a pluralistic approach. Pluralism assures that the sensibility for this question of the effect is shared by the various institutions and persons participating in one way or another in the legislative process.

[Traducció]

Bé, potser no he estat prou clar en aquest aspecte. Quan escoltava els seus comentaris he tingut la impressió que la seva opinió es correspon exactament amb la meua. Pel que fa a la preparació de la legislació, cal ser tan analític com sigui possible. La preparació metodològica de la legislació implica dividir el procés legislatiu en diferents fases analítiques: l'anàlisi d'un problema, l'examen i la definició dels objectius de la legislació i la recerca dels mitjans necessaris per a aconseguir aquests objectius. D'acord amb aquestes tres primeres fases analítiques, el contingut essencial del que s'introduirà en un nou acte jurídic està donat. S'ha de començar a redactar aquest acte jurídic únicament un cop analitzat el problema, un cop ja es tenen les idees clares pel que fa als objectius o les metes, i un cop s'ha examinat l'àmplia gamma d'instruments que es poden fer servir per a dur a terme aquests objectius i s'ha triat l'instrument específic que es vol fer servir. Aleshores, es redacta i es promulga la legislació, i és llavors quan s'ha d'intentar examinar com s'implanta la legislació i, un cop iniciat el procés d'implantació, se'n pot valorar l'efecte.

Un cop promulgada una llei, només se'n poden analitzar, en certa manera, els efectes retrospectivament si en l'etapa preparatòria s'ha reflexionat sobre els efectes potencials. Si durant les tres primeres fases s'intenta considerar quins podrien ser-ne els efectes potencials, com obtenir informació sobre aquests diferents efectes potencials, si s'és explícit, també, amb relació als objectius de la legislació en qüestió, aleshores retrospectivament es pot fer una feina molt millor que si aquesta feina prospectiva no s'ha fet. Això és fonamental per a preparar una bona legislació. Per aquesta raó, em sembla que cal triar solucions organitzatives que garanteixin que les mateixes unitats, les mateixes persones que preparen la legislació hagin de considerar també què passa un cop promulgada una llei.

Si hi ha separació institucional o organitzativa entre la feina preparatòria, d'una banda, i la implantació i l'avaluació retrospectiva, de l'altra, probablement els mecanismes de reacció no funcionaran correctament o, si més no, no funcionaran de la mateixa manera que si aquests diferents elements estan units en la mateixa institució. Però aquesta tasca no s'hauria de limitar a les persones encarregades de la preparació i la implantació. A mi em semblaria més prudent tenir també altres òrgans; una auditoria financera podria ser molt útil perquè una auditoria financera hi posa més distància, no es deixa influir de la mateixa manera per judicis fets per persones que estan molt més implicades en el procés.

És per això que estic a favor d'un enfocament plural. El pluralisme garanteix que totes les institucions i les persones que participen d'una manera o altra en el procés legislatiu comparteixin la mateixa sensibilitat per la qüestió de l'efecte.

El moderador

Thank you very much. Parece que hay una precisión por parte del señor Fernández-Carnicero.

El Sr. Claro José Fernández-Carnicero

Brevísimo. Simplemente, a la vista de que comparto su criterio de esa posición del redactor de la norma, diríamos, como en una especie de observatorio abierto, no parece que tenga lógica la reserva



de la redacció de la norma al Govern s'únic, ja que la supremacia institucional del Parlament li deu permetre verificar els mateixos elements que el Govern ha verificat quan ha redactat la norma.

Muchas gracias.

El Prof. Dr. Luzius Mader

Very shortly, I think this clearly depends mainly on the specific institutional national context. In many countries, preparing the laws is a task of the parliamentary services or committees, of Parliament itself. I completely agree with you that this way of organizing the preparatory legislative work is probably much closer to our idea of the functioning or the task of a Parliament. In Switzerland it is just different — more than 90% of the laws are prepared by the Administration and the 10% that is left which has its origin in parliamentary committees is, in fact, also prepared by the Administration because representatives of the responsible ministries are invited as experts to accompany and support the work of parliamentary committees.

These are the realities, and it is one of the reasons why, in Switzerland at least, evaluation is, in my eyes, something to be institutionalized where the work is done, practically meaning in the Administration. But it was nevertheless very useful to create an auxiliary organ for the parliamentary control committees. This unit has an important complementary role to fulfill. Here again I am in favor of a pluralistic approach.

[Traducció]

Molt breument. Penso que això depèn clarament sobretot del context nacional institucional específic. En molts països, la preparació de les lleis és feina dels serveis parlamentaris o de les comissions del mateix Parlament. Estic totalment d'acord amb vostè que aquesta manera d'organitzar les tasques legislatives preparatòries probablement és més propera a la nostra idea del funcionament o la feina d'un Parlament. A Suïssa és diferent: l'Administració prepara més del 90% de les lleis, mentre que el 10% restant, que té l'origen en les comissions parlamentàries, de fet també és l'Administració qui les

prepara, perquè els representants dels ministeris responsables són convidats com a experts per a acompanyar la feina de les comissions parlamentàries i donar-hi suport.

Aquesta és la realitat, i penso que és una de les raons per les quals a Suïssa, si més no, l'avaluació és, segons el meu parer, una cosa que caldria institucionalitzar on es duu a terme la feina, la qual cosa significa pràcticament l'Administració. Però, tanmateix, va ser molt útil crear un òrgan auxiliar per a les comissions parlamentàries de control. Aquesta unitat té un paper complementari important a fer. Altra vegada estic a favor d'un enfocament plural.

L'Univ. Prof. Dr. Ulrich Karpen

I would like to intervene because, of course, you hit the nail on the top. It's very obvious. I would just say three words.

First of all, it's true, you must make a differentiation between form and matter, and that is what Luzius Mader wanted to do — the techniques how to tackle the law, parts, paragraphs, subparagraphs, the language that it is in coordination with the other codes. That, you, and me as well, we didn't want to negotiate although it is very important, but this is another workshop.

We dealt completely with matter and I agree with Luzius Mader that dealing with matter has to do first with two parts: first of all, data collection of the effects. Sometimes the legislator, neither in the Government nor in the Parliament, knows about what the effects are. I gave you one example which was typical, the courts: they just didn't know what happens in the courts, because they are far ahead in the Government. Another is a labor law, labor protection law: they simply did not know what it meant to middle range businesses to just give the statistics on a regular basis. They order them to give the businesses, but a middle range business of ten persons needed to introduce another people just to do the statistical and bureaucratic work. They didn't know, and is important to know that.

Second, the instruments: the legislator has to know about the possible results of instruments. I did not go into detail but you can always



use indicative, influential and imperative instruments. And there you need to know what the effects are just to university accession, university admission. You may be indicative saying people, «Well, is nice to be a lawyer but please don't study law in Spain because we have an overflow of lawyers and we don't need too many». You may be influential by giving scholarships to people who are studying, for instance, physics and chemistry, engineering, informatics, because you have a lack of that, or you may be imperative, say we take special examinations to take this political decision, and this could not be taken by the Government nor in a governmental oriented, obviously, country like Switzerland, neither in a obviously parliamentary oriented country like Spain.

But you must know the effects, what it means to the field, and this leads me to the point where, with all respect, I differentiate from mister Mader, a result of biographical ways. He is a governmental person, I feel more a professor than a parliamentarian. I insist, and I agree with you, that the Parliament must be in the position to reverse completely what the government ordered, because they come as experts. I know them, they are very knowledgeable, I would like to hear them, but in addition I would like to hear my own people; I would go to the professions, I would go the basis, and I would be in a position to say, «Well, it was your best intent, but we as Parliament wanted the other way round».

And I think we don't disagree basically, but we set a different strong point and you exactly mentioned that, and so I wanted to be clear about that again.

[Traducció]

M'agradaria intervenir perquè, és clar, l'heu encertada de ple. És molt obvi. Només diré tres cosetes.

En primer lloc, és veritat que cal diferenciar la forma de la matèria, i això és el que Luzius Mader volia fer —les tècniques sobre com tractar la llei, les parts, els paràgrafs, els subparàgrafs, el llenguatge que es coordina amb els altres codis. Això, ni vostè ni jo tampoc, malgrat que és molt important, no ho volíem tractar, però això seria un altre seminari.

Hem tractat de la matèria, i estic d'acord amb Luzius Mader que tractar de la matèria té a veure, primer, amb dues coses: en primer lloc, la recollida de dades sobre els efectes. De vegades ni el legislador, ni el Govern ni el Parlament no saben quins són els efectes. Els he donat un exemple que és típic: els tribunals; ni tan sols saben què passa als tribunals, perquè ells són al capdavant del Govern. Un altre exemple és el dret laboral, el dret de protecció laboral: simplement no sabien què significava per a les empreses mitjanes donar estadístiques de manera regular. Van establir que les empreses n'havien de fer, però una empresa mitjana de deu persones necessita contractar una persona més, simplement perquè faci tota la feina estadística i burocràtica. No ho sabien, i és important tenir en compte aquestes coses.

En segon lloc, els instruments: el legislador ha de conèixer els possibles resultats dels instruments. No he entrat en detalls, però sempre es poden emprar instruments indicatius, influents i imperatius, i s'han de saber els efectes que té l'accés a la universitat, l'admissió a la universitat. Es pot indicar dient a la gent: «Bé, està bé ser advocat, però no estudieu dret a Espanya perquè tenim massa advocats, no en necessitem tants». S'hi pot influir donant beques a les persones que, per exemple, estudien física i química, enginyeria o informàtica, perquè en fan falta. O es pot ser imperatiu i dir que fem exàmens especials i prenem aquesta decisió política, i això no ho pot dur a terme el Govern en un país de sistema governamental, òbviament, com Suïssa, ni en un país de sistema parlamentari, com Espanya.

Però s'han de conèixer els efectes, el que representa per al sector, i això em porta a un punt en què, amb tot el respecte, discrepo del senyor Mader —qüestió de biografia—: ell és una persona del Govern, i jo em sento més professor que no pas parlamentari. Hi insisteixo —i estic d'acord amb vos— que el Parlament ha d'estar en posició de capgirar completament el que el Govern ha ordenat, perquè vénen com a experts, els conec, saben moltes coses, m'agradaria escoltar-los, però, a més, m'agradaria escoltar la meua pròpia gent, aniria a veure els professionals, a la base, i em trobaria en posició de dir: «Bé, ha estat la vostra millor temptativa, però nosaltres, com a Parlament, ho volíem just a l'inrevés».

I penso que bàsicament estem d'acord, però hem establert un punt de vista fortament diferenciat, i com que vostè ho ha esmentat, jo ho volia tornar a deixar ben clar.



El Prof. Dr. Luzius Mader

What is really helpful is the fact that we make sure in institutional terms that with regard to this problem there can be a dialogue between the different state organs. Making sure that there can be a dialogue means that there must be some capacity within the Administration, but there must also be the necessary capacity in the parliamentary organs. A dialogue is possible only if there is the necessary capacity on both sides.

It is useful to spread this preoccupation as wide as possible and, at the same time, make sure that there are at least some points where the necessary critical level or mass can be reached, critical level or mass in terms of capability to mandate or to effectuate evaluations.

[Traducció]

Penso que el que realment és útil és que garantim que, des del punt de vista institucional, hi pot haver diàleg amb relació a aquest problema entre els òrgans estatals. Garantir que hi pot haver diàleg significa que hi ha d'haver la capacitat de fer-ho en l'Administració, però també n'hi ha d'haver la capacitat necessària en els òrgans parlamentaris. El diàleg només és possible si hi ha la capacitat suficient en totes dues parts.

És útil escampar aquesta preocupació al màxim possible i, alhora, assegurar-se que hi ha almenys alguns punts en què es pot arribar al nivell o a la massa crítics que són necessaris; nivell o massa crítics en el sentit de capacitat d'encarregar o de portar a terme les avaluacions.

El moderador

Sí, por favor, Manuel Pulido.

El Dr. Manuel Pulido Quecedo (assessor del president del Govern de Navarra)

Me gustaría plantear, en esta primera intervención, la cuestión más a ras de tierra, de forma más *tópica* o empírica. Y me gustaría preguntarles si, tanto en Alemania como en Suiza, esa cultura, a la que se refería el señor Luzius Mader, que forma parte de todo el *iter* de le-

gislación y de control de las leyes, ha tenido algún reflejo en el ámbito judicial. Ustedes nos han hablado de la institucionalización, tanto en normas de rango constitucional —el artículo 170 de la Constitución suiza—, como de algunas otras normas. En España, salvo error u omisión por mi parte, tanto el Tribunal Constitucional como los tribunales ordinarios, son renuentes a entrar en problemas de técnica legislativa; aunque en alguna ocasión han tenido que remedar las malas artes del legislador.

Suele citarse como ejemplo paradigmático el ATS (Sala de lo Civil) de 10 de febrero de 1998 que «devolvió» a la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón la competencia para conocer del recurso de casación en materia de derecho civil foral aragonés, tras el *error* cometido en las Cortes Generales al tramitarse la reforma del Estatuto de autonomía de Aragón, mediante la Ley orgánica 5/1996, de 30 de diciembre, que sencillamente lo suprimió.

Salvo éste y otros ejemplos, los tribunales, habitualmente, suelen escudarse en el *passe-partout* de que los problemas de constitucionalidad o de legalidad no lo son de técnica legislativa, excepción hecha de algún caso extremo en el que se ha considerado que las cuestiones de técnica legislativa repercutían de manera relevante (STC 150/190) en el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE). En esa misma línea, podría citarse una reciente e importante Sentencia del Tribunal Supremo español (Sala de lo Contencioso- Administrativo), de hace muy pocos días —lleva fecha de 27 de enero de este año— en la que se establece un control, un límite para las leyes de acompañamiento a cuya problemática se refería el M. H. *President* del Parlamento en su exposición.

Por tanto, la pregunta concreta sería: ¿Los órganos judiciales son sensibles a los problemas de técnica legislativa o de evaluación de las leyes? Segunda: ¿Han sacado consecuencias judiciales de la normatividad e institucionalización de la técnica en las leyes suizas o, en su caso, en Alemania, tanto a nivel federal como de los *länder*?

El moderador

Cualquiera de los dos...



El Prof. Dr. Luzius Mader

I think your question concerns the relation between the findings which you can get by using this instrument evaluation, and the judgments made from a legal juristical point of view by a tribunal. There are many cases where tribunals — in Switzerland also our supreme court in Lausanne — base their decisions on information that explains why the legislator has made a particular decision and on which basis this particular decision has been made; there are a lot of legal or constitutional principles that oblige, I would say, a tribunal to take into consideration such elements.

How can you answer the question whether or not a particular provision of the law is arbitrary or not? How can you come to a conclusion with regard to the proportionality of a particular measure? How can you come to a well-founded judgment with regard to the question of equality of treatment? If you consider, for example, the principle of equality of treatment between men and women, you are inevitably obliged to take into consideration all findings, all relevant evidence, all conclusions of evaluation reports with regard to the present situation of equality between men and women. To mention another example being very topical now in Switzerland, the same applies to the question of equality between disabled and not disabled persons. You must also take into consideration these elements when you have to consider, for example, different fiscal measures with regard to their effects on specific categories of persons. How do fiscal measures affect different categories of persons?

It is necessary to have in mind the prospective and, undoubtedly also, the retrospective work that has been done with regard to these topics in order to use reasonably elementary juristical concepts such as the concept of proportionality, of equality of treatment, of the interdiction of arbitrary action by the State. In this sense, our tribunals have to take into consideration the results of evaluations.

I don't know whether this answers your question. We have cases in our jurisprudence where the judges explicitly refer to such findings or such evidence on the effects of legislative action. In this sense, the situation in Switzerland is not unlike the one existing in Germany

where — professor Karpen is probably going to develop on this — procedural requirements have been developed by the constitutional judges with regard to the way in which the legislator or the organs preparing legislation have to collect information in order to comply with the interdiction of arbitrary treatment in a legislative context.

[Traducció]

Crec que la seva pregunta fa referència a la relació entre els resultats que es poden obtenir amb aquesta avaluació instrumental i els judicis que un tribunal pot fer des d'un punt de vista legal.

Hi ha molts casos en què els tribunals —a Suïssa també el nostre Tribunal Suprem, a Lausana— basen les decisions en informació que explica per què el legislador ha pres una decisió determinada i sobre quina base s'ha adoptat aquesta decisió concreta. Jo diria que hi ha molts principis legals o constitucionals que obliguen un tribunal a prendre en consideració aquests elements.

Com podem contestar la pregunta de si una provisió determinada d'una llei és arbitrària o no? Com podem arribar a una conclusió amb relació a la proporcionalitat d'una mesura concreta? Com podem arribar a una determinació ben fonamentada de la qüestió de la igualtat de tracte? Si considerem, per exemple, el principi d'igualtat de tracte entre els homes i les dones, estem inevitablement obligats a prendre en consideració tots els resultats, totes les proves rellevants, totes les conclusions dels informes d'avaluació amb relació a la situació actual d'igualtat entre els homes i les dones. Per posar un altre exemple molt d'actualitat ara a Suïssa, el mateix s'aplica a la qüestió de la igualtat entre persones discapacitades i no discapacitades. També cal tenir en consideració aquests elements quan s'hagin de valorar, per exemple, diferents mesures fiscals amb relació als efectes en grups específics de persones. Com afecten les mesures fiscals els diversos grups de persones?

Cal tenir en compte el treball prospectiu i, indubtablement també, el retrospectiu que s'ha dut a terme amb relació a aquestes qüestions per a poder emprar raonablement conceptes jurídics elementals com ara els de proporcionalitat, igualtat de tracte o el d'interdicció de l'arbitrarietat per l'Estat. I en aquest sentit els nostres tribunals han de tenir en compte els resultats de les avaluacions.



No sé si això respon la seva pregunta. En la nostra jurisprudència tenim casos en què els jutges es remeten explícitament a aquests resultats o a aquestes proves dels efectes de l'acció legislativa. En aquest sentit, la situació a Suïssa no és gaire diferent de la que hi ha a Alemanya, on —el professor Karpen en deurà parlar una mica més— els requisits de procediment, els han desenvolupat els jutges constitucionals amb relació a la manera com el legislador o els òrgans que preparen la legislació han de recollir informació per a complir la interdicció de l'arbitrarietat en un context legislatiu.

L'Univ. Prof. Dr. Ulrich Karpen

I can report mainly from the work of the Federal Constitutional Court, which is very influential as you all know. I will not go into details as far as interpretation is concerned because this is average work; if the text, the wording is not ok, the Court rejects it. But I want to tell you three developments after the last twenty five years. I think in this case further going than the Supreme Court of the United States, which in essence is one of the best courts and has been a model for the German Constitutional Court, in three issues the Court went very far as far as evaluation is concerned. First of all, in many decisions the Federal Constitutional Court said that good quality is mandatory, and applying the rule of law state, the broad rule of law state notion of the Constitution. If the law is not consistent with other codes it is rejected, if there are elements of arbitrariness, it is rejected, if there are disputes and disagreements with equality of treatment, it is rejected. For instance, they went very far in regulating access to higher education into details; how to evaluate the expertise in Spanish language and history and things like that — I mean, it goes very, very far, to put it modestly. The same is true for the organization of the universities; how to have a department, sub department, how to integrate laborers next to the professors in self-administration. Here, I think, they expanded short articles of the Constitution in a way which has never been experienced before.

The second is the Court said explicitly that the legislator must keep the law under control. So he must not say: «Well, I adopt the law, good bye now». It must keep it under control and this could be done only by retrospective evaluation.

Thirdly, and this is important, in a very knowledgeable and important case, two times, both dealing with abortion — and this is a very complicated procedure, I must not go into detail —, the Court refused to accept the decision of the Federal Diet, the Parliament, due to insufficient evaluation, and pointed out that this, and this, and this, had not been taken into consideration must be taken, so that they rejected it and the second draft had again to undergo scrutinizing by the Federal Constitution Court and then finally pass. How long this holds nobody knows because this question, as you know, is very crucial, but in these cases the Court explicitly said that of course *ex post* and *ex ante* evaluation is necessary, and that's exactly..., I mean we have not yet reached the point to put it into our Constitution, but I myself try to do that in the state of Nordrhein..., Palatinat, but I failed there to put it into the Constitution. But you see, it is as..., how can I say, valid another Constitution as in Switzerland within the Constitution.

[Traducció]

Bàsicament puc parlar de la feina del Tribunal Constitucional Federal, que com tots vostès saben, té molta influència. No m'entretindré en la interpretació, ja que és una tasca molt habitual; si la redacció del text no és correcta, el Tribunal el rebutja. Però els vull explicar tres casos dels darrers vint-i-cinc anys, que en aquest cas van anar més enllà que no pas el Tribunal Suprem dels Estats Units, que és un dels millors tribunals i que ha servit de model per al Tribunal Constitucional alemany; en aquestes tres qüestions el Tribunal va arribar molt lluny pel que fa a l'avaluació.

En primer lloc, en moltes decisions el Tribunal Constitucional Federal va dir que la qualitat era preceptiva, i aplica la norma de la llei estatal, l'àmplia norma de la llei estatal segons la Constitució. Si la llei no és coherent amb altres codis, es rebutja; si hi ha elements d'arbitrarietat, es rebutja; si hi ha disputes i desacords pel que fa a la igualtat de tracte, es rebutja. Per exemple, van arribar molt lluny i van ser molt detallistes en la regulació de l'accés a l'ensenyament superior; com avaluar els coneixements en espanyol i història i coses així —vull dir que, modestament, va molt, molt lluny. El mateix es pot dir de l'organització de les universitats: com tenir un departament, un subdepartament, com integrar els treballadors i els professors en



l'autoadministració. Aquí crec que van expandir paràgrafs de la Constitució com no s'havia fet mai fins aleshores.

En segon lloc, el Tribunal va dir explícitament que el legislador ha de mantenir la llei sota control. De manera que no ha de dir: «Bé, aprovo la llei, i apa adéu-siau», sinó que l'ha de mantenir sota control i això només es pot fer mitjançant una avaluació retrospectiva.

En tercer lloc —i això és important—, en un cas molt conegut i important, dues vegades, totes dues tracten de l'avortament —i aquest és un procediment molt complicat, no m'hi entretindré—, el Tribunal va rebutjar acceptar la decisió de la Dieta federal, el Parlament, per manca d'avaluació, i va indicar que «això, això i això altre que no s'ha tingut en compte cal que es tingui en compte». Per tant, el van rebutjar i el segon avantprojecte va haver de ser examinat novament pel Tribunal Constitucional Federal i, finalment, es va aprovar.

Ningú no sap durant quant de temps això se sostindrà, perquè aquesta qüestió, com tots sabeu, és molt important, però en aquests casos el Tribunal va dir explícitament que cal l'avaluació ex post i ex ante, i això és exactament..., vull dir, encara no hem arribat al punt de posar-ho a la Constitució, però jo mateix he intentat dur-ho a terme a l'Estat de Rin del Nord..., Palatinat, però no ho he aconseguit introduir a la Constitució. Però, veieu, és com..., com ho puc dir?, com a Suïssa, com tenir una altra constitució dins la Constitució.

El moderador

Moltes gràcies, una altra vegada, als professors Karpen i Mader i a tots vostès perquè han fet molt fàcil aquesta moderació. Aixequem la sessió quinze o vint minuts. D'aquí a vint minuts ens tornarem a trobar.

Gràcies.

III ponència

Evaluation of legislation: The Portuguese experience

Dra. Marta Tavares de Almeida

*Facultat de Dret de la Universitat Nova de Lisboa
Departament de Programes Especials*

Summary

- I. Introduction
- II. Proposals aiming at the quality of regulation
- III. Legislative evaluation studies – Some examples
 - 1. Code of Administrative Procedure
 - 2. Minimum Granted Income Act
 - 3. Administrative Courts Procedure Act and Administrative and Fiscal Courts Organization Act
 - 4. Highway Code – Amendment of Article 84 (blood alcohol legal limit)
- IV. Conclusion

A la pàgina 156, a continuació del text en anglès, se'n reproduïx la traducció catalana.

El moderador (Dr. Lluís Aguiló Lúcia, lletrat major de les Corts Valencianes)

Bon dia de bell nou. Anem a continuar el programa d'esta sessió de treball. Correspon ara la intervenció de la professora Marta Tavares de Almeida, sobre la situació de la tècnica legislativa, concretament de l'avaluació legislativa, a Portugal.

Hi hauria moltes coses a dir de la professora Tavares de Almeida, però faré solament unes pinzellades de la seua àmplia biografia professional. Va estudiar a la Universitat de Lisboa i va ampliar estudis de dret social a la Universitat de la Sorbona, a París. És la coordinadora del Departament de Projectes Especials de l'Escola de Dret de la Universitat Nova de Lisboa. És vicepresidenta de l'Associació Europea de Legislació, i en estos moments també és la directora de la revista *Cadernos de Ciência de Legislação*.

D'altra banda ha estat, dels anys 1971 al 1987, assessora del ministre de Treball, a Portugal, i també ha tingut molta participació en l'Institut Nacional de l'Administració de Portugal. I, sobretot, a part d'una àmplia biografia de tots coneguda, s'ha de dir que darrerament fa molts seminaris i dirigeix molts treballs d'investigació en molts països sud-americans.

Crec que és una biografia prou àmplia d'una persona que coneix molt bé los temes que estem tractant en esta sessió i, per tant, jo crec que ara podem donar-li la paraula perquè nos done la seua opinió de lo que s'està fent a Portugal en esta matèria.

Obrigado, i quan vostè vulgui.



I. INTRODUCTION

The first legislative evaluation studies carried out in Portugal — understood as «...an analysis of the implementation and effects of legislation based on scientific methods»¹ — are rather recent; in fact these data back only five years.

A legislative evaluation policy, however, is still lacking - draft regulations are still not legally required to be accompanied by an impact assessment study² and there is no systematic practice for *ex post* evaluations; only scattered studies on a few major political or social impact projects exist at this moment. This situation reflects the lack of a public policy evaluation tradition, as well as the only recent emergence of scientific works in this field.

Although I do not intend to analyze public policy evaluation process in any detail, I consider essential to very briefly summarize the *statu quo*.

It was the First Community Support Framework for Portugal³ (1989/93), which requires the assessment of its various programmes,

1. Cf. LUZIUS MADER, *L'évaluation législative – Pour une analyse empirique des effets de la législation*, Lausanne, Payot, 1985, p. 44.
2. According to article 25 of the Rules of Procedure of the Council of Ministers of the XV Constitutional Government (Council of Ministers' Resolution N. 91/2002, in the *Government Gazette*, 1st Series B, of 3 May 2002), the list of documents that should be attached to bills forwarded to the Secretary of State of the Presidency of the Council of Ministers does not request the identification of envisaged effects arising from the implementation of regulations (impact assessment). There is a single reference under n. 1, item d) to «the Summary evaluation of financial and human resources involved in the respective enforcement, both in the short and medium-term». On the other hand, the Rules of Procedure of the Parliament, under article 137, n. 2, item d), lay down in a vague and non-compulsory manner that bills should be accompanied, whenever possible, by «a list of benefits and consequences of their implementation». It is also worth mentioning Decree-Law n. 135/99, of 22 April, which establishes administrative modernizing measures. According to article 4, n. 2, «the explanatory note accompanying draft regulations [associated with administrative modernizing measures]... must clearly refer the envisaged impact of proposed regulations...».
3. Community Support Framework for Portugal. *Annual Report*. «Primeira Avaliação de Impacto Macroeconómico», Ministry of Planning and Territory Administration, Secretary of State for Planning and Regional Development, Central Planning Department, April 1991. VITORINO NUNO (coord.), «Avaliação ex post do 1º Quadro Comunitário de Apoio 1989-1993». Summary Report. Observatory of the Community Support Framework, Ministry of Equipment, Planning and Territory Administration, January 1996.

instruments and measures, which proved a determining factor in the development of public policy evaluation studies. At approximately the same time, the first studies on environmental impacts were carried out, in compliance with European regulations and within the goals set by the Environmental Basic Law of 1987.⁴ The enactment of the Basic Law for the Evaluation of Higher Education in 1994⁵ was also of the utmost importance in the development of assessment studies. We must also refer to the important work conducted, since 1996, by the Permanent Observatory of Portuguese Justice.⁶

The purpose of this Paper is to list the main legislative evaluation studies conducted so far, which, in our opinion, can be used as a benchmark for future developments in this area.

II. PROPOSALS AIMING AT THE QUALITY OF REGULATION

1. The rationalization of public legislative production, both in terms of the law-making procedure and reorganization of the regulations already in force, is deemed vital for the development of efficient and effective public policies.

4. According to Law n. 11/87, of 7 April, every activity likely to impact on the environment must be subject to an environmental impact assessment. Decree-Law n. 186/90, of 6 June (amended by Decree-Law n. 69/2000, of 3 May) regulates the content of environmental impact assessment and transposes Directive n. 85/337/EEC, of 27 June 1985, to the Portuguese legal system. However, prior to the disclosure of the afore-said decree-law, some environmental impact assessment studies had already been conducted in compliance with the referred directive. Therefore, the Council of Ministers' Resolution n. 14/87, Government Gazette, 1st Series B, of 21 March 1987, regarding the Integrated Plan of Roadways to Lisbon makes the first reference to an environmental impact assessment study: «6 – BRISA shall submit, within 1 year, an environmental impact study of the Costa do Estoril Expressway, in compliance with Council Directive 85/337/EEC, of 27 June 1985».
5. Following the approval of Law n. 38/94, of 21 November, Decree-Law n. 205/98, of 11 July, was enacted. It lays down the general rules required to implement the global assessment system and establishes the National Committee for the Evaluation of Higher Education.
6. The Permanent Observatory of the Portuguese Justice, Center of Social Studies (CES), Faculty of Economics of the University of Coimbra, is developing its work under an agreement signed in 1996 between CES and the Ministry of Justice. This agreement was in force from 1996 to late 1999 and was renewed in 2003. *Observatório Permanente de Justiça*: <http://www.ces.fe.uc.pt/observatório/opj.htm>



What follows is a brief summary of two proposals, not yet implemented, which reflect a deep concern with the impact of regulations on economic operators.

- In the framework of the Administration modernization and reform policy, an action plan (1997/1999)⁷ was presented, involving public organizations and services. It puts forward the development of impact assessment studies, setting down that «...each new regulation or transposition of European directives must primarily assess its effects on business and the impacts on SMEs, thereby adopting an assessment form showing the consequences of each measure...». This proposal was adopted within the scope of the 1996/1999 Strategic Cooperation Agreement.⁸ The Advisory Board for SMEs (IAPMEI) was entrusted to promote this measure. Subsequently a study was carried out by Carlos da Costa Moraes,⁹ including an assessment template form.
- The Programme for Productivity and Economic Growth (*Programa para a produtividade e o crescimento da economia*)¹⁰ was approved in July 2002. It proposes legislative policy measures¹¹ aimed at the «review and reorganization of legislation», focusing particularly on the development of an economic policy. This document does not make a clear reference to the methodology to be adopted. However, since *ex post* evaluation studies are considered to be the most important instruments in ensuring quality and consistency in any process of revision of existing regulations, it is expected that these are to be carried out in the framework of this programme.

7. *Melhor Administração, Mais Cidadania*, Presidency of the Council of Ministers, Deputy Minister and Secretary of State for Public Administration and Administrative Modernization, August 1999; namely appendices «Comissão de Empresas – Administração Plano de Actividades – 1997/1999 – 2 – Medidas de Melhoria da Qualidade dos Serviços Públicos - Projecto 2.4.»

8. «Acordo de Concentração Estratégica 1996/1999» Section 9 – «Modernização e Reforma da Administração Pública – Relações Cidadãos, Empresas e Administração», Item 2.1.2.

9. CARLOS DA COSTA MORAIS, «Sistema de avaliação do impacto das normas jurídicas», *Legislação. Cadernos de Ciência de Legislação*, 32, Oct-Dec 2002, p. 39-55.

10. Cf. Council of Ministers Resolution n. 103/2002, Government Gazette, 1st Series B, of 26 July 2002.

11. *Idem* Note 10 – II (1, 6 and 7) and item V (1).

2. The Commission for the Simplification of Regulation (CSR), which was established in 2001¹² — working under the umbrella of the Ministry for the State Reform and Public Administration —, proposed, for the first time at governmental level, a global reflection on the quality of regulation.

Therefore, following a clear diagnosis showing the deficiencies and weaknesses of legal frameworks — low formal and material quality patterns, legislative inflation, lack of law enforcement and a serious problem of access to legislation — a series of recommendations were put forward.

Given the fundamental importance of legislative evaluation for a decision-making process and considering the progress achieved so far in other European countries, the Commission for the Simplification of Regulation¹³ published a most valuable document. The priority adoption of two measures was highly recommended by the Commission:

- a) On the one hand, the explanatory notes accompanying draft regulations must include the OECD checklist — international regulatory quality standard —, requiring answers to the various items included therein.
- b) On the other hand, a central agency should be established to promote and monitor *ex ante* evaluation studies. These should preferably be conducted by the regulatory authority in co-operation with the agency; which should «...provide technical support and ensure the required methodological consistency».¹⁴

12. The Commission for the Simplification of Regulation was established in accordance with the Council of Ministers Resolution N. 29/2001, of March 9th. The Commission had a 1-year mandate, renewable for the same time period. The Prime Minister's resignation in December 17th 2001, the resulting dismissal of the government and the dissolution of the Parliament, associated with the need for early elections, hindered the Commission from fulfilling its mandate. Its chairman decided for the submittal of a report, appending several working documents produced by the Commission.

13. *Report of the Commission for the Simplification of Regulation*, Ministry for the State Reform and Public Administration, Vol. II, March 2002; Also published in *Legislação. Cadernos de Ciência de Legislação*, 30/31, Jan. - June 2002.

14. *Idem*, p. 50, n. 13.



3. Parliament resolution 57/2002, 17 October, announces the terms of reference of an *ex post* evaluation study on family planning regulations with a view to assessing their effectiveness and «current degree of fulfillment...». This resolution suggests that several universities apply for the development of this study, which would be commissioned to the one selected by the Parliament Committee for Labour and Social Affairs (entrusted with the promotion of this study).

It is worthwhile referring that this is an innovative procedure within the Parliament. In fact, the Parliament (or otherwise its committees) receives information on the enforcement of laws, in a non-systematic manner, through hearings, reports or questions to the government.

III. LEGISLATIVE EVALUATION STUDIES – SOME EXAMPLES

A few common aspects can be found in the still early tradition of legislative evaluation studies:

- a) The main legal documents which were subjected to an evaluation procedure clearly demonstrate that there was mainly a political legislative impulse (coming from the Government Programme).
- b) In all the examples studied it was proved that legislative initiative lies with Government in terms of bills presented to the Parliament and the making of decree-laws — according to the Portuguese Constitution, the Government has the power to make decree-laws on matters within the partially reserved powers of the Parliament, that are delegated to the Government by the Parliament.
- c) The legal documents subjected to an evaluation put forward innovative proposals with a broad legal, political and social impact.
- d) All the studies carried out (except the first assessment study on the Code of Administrative Procedure) were commissioned by the Government, and developed by third parties outside the governmental departments.

1. Code of Administrative Procedure

The Code of Administrative Procedure (CAP) is thought to be responsible for «one of the major reforms of the national Public Law in the 20th Century» and therefore has drawn the attention of legislators.

Decree-Law 442/91, 15 November, which enacted the CAP, stipulated, due to the complexity and novelty of the proposed solution, a three year trial period to be followed by an in-depth review... This is an example of *global experimental legislation*¹⁵ — half way between *ex ante* and *ex post* evaluation, as it is understood by the doctrine.¹⁶

Decree-Law 6/96, 31 January, approved the new version of the CAP. The conclusions drawn from a regulatory assessment study developed by an independent organization — Instituto Nacional de Administração — and carried out by a multidisciplinary team (lawyers and sociologists)¹⁷ contributed to the CAP's review. This pioneer study, in line with the theories put forward by the Sociology of Law,¹⁸ aimed mainly at «assessing the extent to which legal devices to be evaluated are actually attained (effectiveness)».¹⁹ The study developed a partial evaluation and selected «...four principles from the CAP that support innovative rules in the Portuguese Administrative Law».²⁰ The methodology adopted for the development of this project involved documental research (official documents, reports and legislation) and data collection through interviews and surveys

15. JACQUES CHEVALLIER, «Les lois expérimentales. Le cas français», in CHARLES ALBERT MORAND (coord.), *Evaluation Législative et Lois Experimentales*, Aix-Marseille, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1993, p. 125.

16. LUZIUS MADER, *ibidem*, p. 47.

17. JOÃO CAUPERS, MARTA TAVARES DE ALMEIDA and PIERRE GUIBENTIE, «Efeitos de algumas normas do Código do Procedimento Administrativo – estudo do caso em avaliação legislativa», *Legislação. Cadernos de Ciência de Legislação*, 12, Jan. - Mar 1995, p. 5-49.

18. ERHARD BLANKENBURG, «La recherche de l'efficacité de la loi. Réflexions sur l'étude de la mise en oeuvre: le concept d'implémentation», *Droit et Société*, 2, 1986, p. 59.

19. JOÃO CAUPERS [et al.], *ibidem*, p. 7, n. 17.

20. JOÃO CAUPERS [et al.], *ibidem*, p. 9, n. 17.



conducted in pre-selected bodies of Central and Local Administration.

In September 2000, a Committee was established with a view to develop «...a new global assessment of the CAP...».²¹ Unfortunately, its work was not completed due to a change in Government. However, in its Preliminary Report,²² the Committee had identified the data collection procedure used in the first stage of its work, namely: a public consultation process (through the Internet); various request to several bodies of the Public Administration; requests to representatives of several sectors of society for proposals and suggestions for change; and requests for contributions from experts in public law.

In the framework of this CAP review, the Commission for the Simplification of Regulation commissioned (November 2001) an independent interdisciplinary team (including experts in law and economics) to develop a legislative assessment study on the impact of the «review of the tacit granting of petition»²³ set in the CAP. This study pursued two main objectives: «...firstly, it aimed at demonstrating the feasibility of impact assessment studies regarding extremely complex regulations; secondly, the team was asked to contribute, in this particular aspect [review procedure of the tacit granting of petition], to the decision-making process of the Code of Administrative Procedure Review Committee...».²⁴

A preliminary legal and economic characterization of the «tacit granting of petition» was carried out in identifying «...aspects of efficiency and reallocation resulting from the [four] review options

21. Cf. Order n. 19163/2000, Ministry for the State Reform and Public Administration (in Government Gazette, 2nd Series, n. 220, of 22 September 2000), establishing the Code of Administrative Procedure Review Committee.

22. *Código do Procedimento Administrativo (Revisão-Relatório Preliminar)*, Code of Administrative Procedure Review Committee, Ministry for the State Reform and Public Administration edition, May 2001. The resignation of the Government (Dec. 2001) resulted in the disruption of the Commission's work.

23. MARTA TAVARES DE ALMEIDA, PEDRO PITA BARROS and NUNO GAROUPA, «Avaliação Legislativa do CPA. Deferimento Tácito (art. 108)», *Legislação. Cadernos de Ciência de Legislação*, 30/31, Jan-June 2002, Vol. II, p. 191-226.

24. *Idem*, p. 192, n. 23.

concerning the tacit granting of petition».²⁵ The definition of the methodological approach followed, which identified the need (i) to make an *ex post evaluation* of effects resulting from the implementation of the «tacit granting of petition» set under the CAP, (ii) to carry out a survey to determine the level of satisfaction of individuals vis-à-vis the administration as regards this principle, and (iii) to conduct a cost-effectiveness assessment of the selected options. Data to be collected for the study was eventually identified in detail. However, due to the aforesaid change in Government, it was not possible to take the project to a final conclusion.

2. Minimum Granted Income Act

Law 19-A/96, 29 June, was also subject to a legislative evaluation procedure. It dealt with the Minimum Granted Income (MGI),²⁶ a priority and emblematic measure of the XIII Constitutional Government.²⁷ A careful methodological approach to the drafting of this law^{28, 29} was therefore developed.

25. *Idem*, p. 191, n. 23.

26. Law 19-A/96, of 21 June, established the Minimum Granted Income through the non-contributory regime of social security and a social integration programme. The law came into force on 1 July 1997, not including the articles establishing experimental pilot projects and the National Committee for the Minimum Granted Income (its managing body), both of which came into force in June 1996.

27. Programme of the XIII Constitutional Government (1995), particularly Item IV, 1.5.: «The achievement of preset goals will be based particularly on the following measures: a) establishment of the Minimum Granted Income so that its beneficiaries can have enough resources to meet their minimum vital needs, aimed at promoting their social integration; it shall be benchmarked on the value of the Social Pension and granted according to the number of family members».

28. For the «internal procedure» of Law 19-A/96 compare article by VASCO DUARTE ALMEIDA, entitled «Aspectos do procedimento legislativo na primeira metade da VII Legislatura», *Legislação. Cadernos de Ciência de Legislação*, 19/20, April-Dec 1997, namely p. 161-177.

29. In addition to the evaluation studies referred to below, an European Seminar on the Minimum Income was organized in September 1996 by *União das Mutualidades Portuguesas*, supported by the European Commission and the Ministry of Solidarity and Social Security, in order to assess and discuss European countries' experience on this matter. The relevant inputs have been used to sustain the proposals put forward in the regulation of the Law. The proceedings of the seminar were published in a report entitled «As políticas do rendimento mínimo na União Europeia», coordinated by PIERRE GUIBENTIF and DENIS BOUGET, *União das Mutualidades Portuguesas* edition, 1997.



Once again, an *experimental legislation* approach was adopted (partial experimentation, combining sectorial and territorial elements)³⁰ in compliance with the Act's article 20,³¹ which allows experimental pilot-projects selected in accordance with criteria established therein.

The National Committee for the Minimum Granted Income (NCMG), which was established as the monitory body, commissioned the Center for Research and Sociological Studies [a center associated to the Higher Institute for Labor and Business Sciences] a global assessment of the experimental stage of the MGI implementation. This study³² conducted in 1997 «...focused mainly on pilot projects approved from the beginning of the experimental stage (1 July 1996) through late 1996».³³

The methodological approach used by the authors resulted in the development of three aspects: «a characterization of social exclusion phenomena; a baseline study on the Minimum Granted Income; and a characterization study on the experimental stage of pilot projects».³⁴ The findings and recommendations of this important study proved essential for the drafting of Decree-Law 196/97, 31 July, amended by Decree-Law 84/2000, 11 May, which regulated Law 19 A/96.

This law was also submitted to an *ex post* evaluation study³⁵ (disclosed in April/May 2002) conducted by expert teams from the In-

30. JACQUES CHEVALLIER. *ibidem*, p. 125.

31. Article 20, Law 19 - A/96.

«1. From the publication of this Law to 1 July 1997, social action-related experimental pilot projects will be developed; they will be approved by the Ministry of Solidarity and Social Security and aimed at economically disadvantaged individuals and families who meet the minimum income granting requirements established under this law.»

32. LUIS MANUEL CAPUCHA (coord.), *Rendimento Mínimo Garantido: Avaliação da fase experimental*, Centre for Research and Sociological Studies, 1998.

33. *Idem*, p. 1, n. 31.

34. *Idem*, p. 1, n. 31.

35. ALEXANDRA CASTRO (collaboration of João Lamy), *Avaliação de impactes do rendimento mínimo garantido. Caracterização das coordenações das comissões locais de acompanhamento*, vol. 1, Instituto para o Desenvolvimento Social ed., Ministry of Work and Solidarity, April 2002.

FERNANDO DIOGO and RICARDO ROQUE (collaboration of Fernando Moura), *Avaliação de impactes do rendimento mínimo garantido. Caracterização dos perfis dos beneficiários do RMS: famílias monoparentais femininas*, vol. 5, Instituto para o Desenvolvimento Social ed., Ministry of Work and Solidarity, May 2002.

stitute for Social Development and experts from several research university centers. It aimed at «...assessing [the MGI] ...with a view to understanding its effects and facilitate the development of strategies for the future participation of public powers».³⁶ This assessment is primarily focused «...on the detailed analysis of issues and problems arising from the implementation of such a measure and on the stakeholders' perception of impacts (partners, officials and beneficiaries)».

The methodology adopted in these studies was based on a survey of statistical data on the MGI, followed by data collection by means of interviews of the various stakeholders (namely the staff of the MGI Local Monitoring Committee and its beneficiaries).

ALEXANDRA CASTRO, *Avaliação de impactes do rendimento mínimo garantido. Caracterização dos perfis dos beneficiários do RMG: desempregados de longa duração*, vol. 9, Instituto para o Desenvolvimento Social ed., Ministry of Work and Solidarity, May 2002.

ALEXANDRA CASTRO, *Avaliação de impactes do rendimento mínimo garantido. Caracterização dos perfis dos beneficiários do RMG: isolados com mais de 55 anos*, vol. 8, Instituto para o Desenvolvimento Social ed., Ministry of Work and Solidarity, May 2002.

ALEXANDRA CASTRO, *Avaliação de Impactes do Rendimento Mínimo Garantido. Caracterização dos perfis dos beneficiários do RMG: jovens em situação de marginalidade*, vol. 6, Instituto para o Desenvolvimento Social ed., Ministry of Work and Solidarity, May 2002.

ALEXANDRA CASTRO [et al.] (coord.), *Avaliação de Impactes do Rendimento Mínimo Garantido. Caracterização dos beneficiários do RMG: minorias étnicas*, vol. 7, Instituto para o Desenvolvimento Social ed., Ministry of Work and Solidarity, May 2002.

ALEXANDRA CASTRO [et al.], *Avaliação de Impactes do Rendimento Mínimo Garantido. Beneficiários do RMG. Síntese e Recomendações*, vol. 10, Instituto para o Desenvolvimento Social ed., Ministry of Work and Solidarity, May 2002.

ALEXANDRA CASTRO [et al.], *Avaliação de Impactes do Rendimento Mínimo Garantido. Os beneficiários do RMG: trajetórias de vida, vivências e impactes diferenciados*, Instituto para o Desenvolvimento Social ed., Ministry of Work and Solidarity, May 2002.

Avaliação de Impactes do Rendimento Mínimo Garantido. Os técnicos do RMG: representações e perfis sócio-profissionais, vol. 2, Instituto para o Desenvolvimento Social ed., Ministry of Work and Solidarity, May 2002.

ALEXANDRA CASTRO [et al.], *Avaliação de Impactes do Rendimento Mínimo Garantido. Caracterização dos perfis dos beneficiários do RMG: famílias com problemas de saúde*, vol. 4, Instituto para o Desenvolvimento Social ed., Ministry of Work and Solidarity, May 2002.

36. ALEXANDRA CASTRO (collaboration of João Lamy), *Avaliação de Impactes do Rendimento Mínimo Garantido. Caracterização das coordenações das Comissões Locais de Acompanhamento*, vol.1, Instituto para o Desenvolvimento Social ed., Ministry of Work and Solidarity, April 2002, p. 4.



3. Administrative Courts Procedure Act and Administrative and Fiscal Courts Organization Act

Administrative Courts Procedure Act and Administrative and Fiscal Courts Organization Act, enacted in 2002, were planned in detail. Reform of the administrative justice system was given a particular importance by the XIII Constitutional Government,³⁷ which set up the regulatory work completed during the XIV Constitutional Government.³⁸

This is a very recent example of an *ex ante* evaluation, which include two assessment studies, carried out during the years 2000/2001.

The government commissioned to a committee, constituted by the Supreme Administrative Court and the Central Administrative Court judges, the elaboration of both draft bills. In the framework of the preparatory works, the Ministry of Justice commissioned two studies with different purposes. In this context, a major study on the administrative justice in Portugal (*A Justiça Administrativa em Portugal*)³⁹ was conducted by the Permanent Observatory of the Portuguese justice, dating back to 1974 through today. Its authors identified four priority objectives, namely: «...to study the system's resources in terms of courts and their composition... secondly, to study the system's operation, the number of legal proceedings, the most litigious matters, the type of plaintiffs, and administrative authorities. Thirdly, to assess the results of administrative justice measured by the type of decisions made... And ultimately, to measure the duration and length of administrative proceedings».⁴⁰

37. Programme of the XIII Constitutional Government (1995) – Item 1 – Justice – 1.1.4. – *Justiça Administrativa Fiscal* – envisages the need a) To amend the organic law of Administrative and Fiscal Courts with a view to ensuring these courts' response capacity; b) To amend laws regarding the administrative justice system, expeditious procedures, appeals and guarantees of enforcement of judgements.

38. Programme of the XIV Constitutional Government (1999) – Item C – *Uma Justiça para garantir os direitos e a segurança dos cidadãos* – «To approve the reform of administrative courts and their respective procedure laws, which projects are now complete».

39. VITAL MOREIRA and CATARINA SARMENTO E CASTRO, *A Justiça Administrativa em Portugal (1974-1999)*, *Relatório de um projecto de investigação*, Permanent Observatory of the Portuguese Justice, Centre of Social Studies (CES), Faculty of Economics of the University of Coimbra, Coimbra, 2001.

40. *Idem*, p. 8, n. 39.

The other study was commissioned to *Accenture* — a management consulting organization —, working together with *Sérvulo Correia e Associados*, a barristers' Chambers. It aimed at assessing «...the organization and operation of Administrative Courts and their management mechanisms...». ⁴¹ It is an interesting project, which for the first time in a Portuguese law making procedure, combined the expertise of management and law; the latter provided the required legal framework in the domain of administrative justice system. When introducing the bills to the Portuguese Parliament, the Minister for Justice of that time stated: «This study proved vital in the drafting of bills and introduced a new way of conducting legal reforms in Portugal». ⁴²

A wide public debate was set up on February 2000, based on the first drafts of the Administrative Courts Procedure Act and the Administrative and Fiscal Courts Organization Act, and the reports of the above-referred studies. In partnership with public law universities and Universidade Católica, the Ministry for Justice convened thematic colloquia and developed a *webpage* on the reform of administrative disputes. In January 2001, following the closing of the public debate, an order was published by the Minister for Justice, ⁴³ which established «the political guidelines for the reform of the administrative justice system». This measure took into account the conducted studies and the issues discussed in the public debate, while the Legislative Policy and Planning Department of the Ministry of Justice ⁴⁴ was entrusted with drafting bills to be submitted to Parliament.

41. *Estudo da organização e funcionamento dos tribunais administrativos, Final Report (Pró activo – Programa de reforma do contencioso administrativo, Ministry of Justice)* ACCENTURE, October 2000, p. 5.

42. Cf. Speech of the minister of Justice, 31 October 2001, addressing the Parliament, in *Parliament Gazette*, I, dated 31 October 2001.

43. Order 1602/2001 in *Government Gazette*, II Series, of 26 January 2001 (p. 1647).

44. Decree-law 146/2000, of 18 July, approving the organic law of the Ministry of Justice determined the establishment of the Regulating and Planning Policy Office of the Ministry of Justice, which was established with the coming into force of its organic law, approved by Decree-law 89/2001, of 23 March.



4. Highway Code – Amendment of Article 84 (blood alcohol legal limit)

The last of the selected examples of regulatory assessment studies deals with a cost-effectiveness analysis aimed at determining the economic effects of changing the blood alcohol legal limit.⁴⁵

A team of economists, specializing in the economic analysis of law, were commissioned, in September 2001, by the Commission for the Simplification of Regulation, to conduct a study in the wake of the changes made to the Highway Code by Decree-Law 162/2001, 22 May.⁴⁶ This regulation reduced the blood alcohol legal limit (from 0.5 gr./l to 0.2 gr./l), with an enforcement date extended to 1 October 2001. This impact assessment, which was conducted after the regulation's approval, rather than as an *ex ante* evaluation of effects, is primarily a pedagogical academic exercise. Therefore, to begin with, its authors focused on conceptual aspects of economic analysis of legislation, thereby developing the *economic efficiency* concept; what followed was an analysis of the economic effects arising from the change in the blood alcohol legal limit; the difficulties faced were addressed and recommendations for future action were made. Various options were considered, including maintaining things as they were before the afore-said legislative change (zero option). Thereafter, an in-depth analysis of costs and benefits arising from each option was made. Control and monitoring measures were suggested with a view to allowing an *ex post* evaluation of objectives set by the legislator.

45. PEDRO PITA BARROS and NUNO GAROUPA, «Avaliação de impacto de normas – Efeitos económicos da alteração ao artigo 81º do Código da Estrada», in *Report of the Commission on the Simplification of Regulation*, Ministry for the State Reform and Public Administration ed., vol. II, March 2002. Also published in *Legislação. Cadernos de Ciência de Legislação*, 30/31, vol. I, Jan-June 2002, p. 135-182.

46. In accordance with Decree-law 162/2001, 22 May, it should come into force 30 days after its publication. Decree-law 178 – A/2001, of 12 June, in considering the need for a longer preparatory timeframe arising from the changes made by the previous regulation, postponed its coming into force to 1 October 2001. Later, Law 1/2002, of 2 January, suspended the enforcement of the new blood alcohol legal limit (0,2 g/L) for a period of 10 months and determined the establishment of a monitoring and assessment commission. The Law 1/2002 was abrogated by Law 20/2002, of 21 August, which re-established the former blood alcohol legal limit (0,5 g/L).



The authors highlighted the difficulties faced during the data collection; problems well known when conducting this kind of studies. However, since studies in this field have only recently started in Portugal, the sharing of information and the collection of data presents serious difficulties, as the data are neither regularly available, nor compulsory collected.

This led authors to recommend the development of a «set of information common to the various studies»⁴⁷ so that the lack of data is not used as a reason for not conducting the necessary studies. The Authors added that the experimental stage of such studies must be overcome and that these should be made compulsory in preparing new regulations. Particular attention should therefore be given to data collection, the establishment of multidisciplinary teams and the gradual participation of experts from the various departments in legislative evaluation studies.

IV. CONCLUSION

- a) In Portugal, we still have a long way to go. I consider the following steps have being necessary:

A political commitment to developing a systematic procedure of legislative evaluation.

- b) The adoption of the two measures recommended by the Commission for the Simplification of Regulation — the explanatory note must incorporate the OECD checklist; a central body should be established in order to promote and monitor *ex ante* evaluation.
- c) Developing and promoting specialized training of legists in programmes of legislative methodology.
- d) Establishing a stronger link with other countries and international institutions which already have a tradition of studies in this field.

Nevertheless, I believe that our legislators and legists are now aware of the crucial importance of legislative evaluation.

47. PEDRO PITA BARROS and NUNO GAROUPA, *ibidem*, p. 179.



Avaluació de la legislació: l'experiència portuguesa

Sumari

- I. Introducció*
- II. Propostes destinades a millorar la qualitat normativa*
- III. Alguns exemples d'estudis d'avaluació legislativa*
 - 1. Codi de procediment administratiu*
 - 2. Llei de l'ingrés mínim garantit*
 - 3. Llei de procediment dels tribunals administratius i Llei d'organització dels tribunals administratius i fiscals*
 - 4. Codi de circulació. Esmena a l'article 84 (taxa màxima d'alcohol a la sang)*
- IV. Conclusió*



I. INTRODUCCIÓ

Els primers estudis d'avaluació legislativa elaborats a Portugal —entesos com «una anàlisi de l'aplicació i dels efectes de la legislació basada en mètodes científics»¹— són força recents; de fet, es van iniciar fa tan sols cinc anys.

Tanmateix, perdura la manca d'una política d'avaluació legislativa (encara no és jurídicament obligatori que els projectes de llei vagin acompanyats d'un estudi de valoració de l'impacte² i no hi ha un procediment sistemàtic per a les avaluacions ex post); en l'actualitat, només hi ha estudis dispersos sobre alguns projectes de gran impacte polític o social. Aquesta situació mostra l'absència d'una tradició d'avaluació de la política pública, i també la incipient aparició de treballs científics en aquest àmbit.

Tot i que no pretenem analitzar el procés d'avaluació de la política pública de manera detallada, considerem que és essencial resumir breument l'estat de la qüestió.

El primer Marc comunitari de suport per a Portugal³ (1989-1993) —que requeriria la valoració dels programes, els instruments i les mesures— va

1. Vegeu LUZIUS MADER, *L'évaluation législative – Pour une analyse empirique des effets de la législation*, Lausana, Payot, 1985, p. 44.
2. De conformitat amb l'article 25 de les normes de procediment del Consell de Ministres del XV Govern Constitucional (Resolució del Consell de Ministres núm. 91/2002, publicada en el *Butlletí Oficial de l'Estat*, 1a sèrie B, del 3 de maig de 2002), la llista de documents que s'han d'adjuntar als projectes enviats al secretari d'Estat de la Presidència del Consell de Ministres no inclou la descripció dels efectes previstos de l'aplicació de lleis (valoració de l'impacte). Al punt 1 d, s'alludeix de manera superficial a «l'avaluació resumida dels recursos financers i humans involucrats en les respectives aplicacions, tant a curt com a mitjà termini». D'altra banda, les normes de procediment del Parlament, de conformitat amb l'article 137, n. 2 d, estableixen, de manera vaga i no obligatòria, que els projectes de llei han d'anar acompanyats, sempre que sigui possible, d'una «llista de beneficis i de conseqüències de la seva aplicació». També és important destacar el Decret llei 135/1999, del 22 d'abril, sobre mesures de modernització de l'Administració. De conformitat amb l'article 4, n. 2, «la nota explicativa que acompanya els projectes de llei [relacionats amb les mesures de modernització de l'administració]... ha de definir clarament l'efecte previst de les lleis presentades...».
3. Marc comunitari de suport per a Portugal. *Informe Anual. «Primeira Avaliação de Impacto Macroeconómico»*. Ministeri de Planificació i d'Administració Territorial, Secretaria d'Estat per a la Planificació i per al Desenvolupament Regional, Departament Central de Planificació, abril de 1991. NUNO VITORINO (coord.), «Avaliação ex post do 1º Quadro Comunitário de Apoio 1989-1993». Informe resumit. Observatori del Marc comunitari de suport, Ministeri d'Equipaments, de Planificació i d'Administració Territorial, gener de 1996.



marcar un punt d'inflexió en el desenvolupament dels estudis d'avaluació de la política pública. Més o menys contemporàniament es van fer els primers estudis sobre l'impacte ambiental, de conformitat amb les normatives europees i segons els objectius fixats per la Llei bàsica de medi ambient de 1987.⁴ La promulgació de la Llei bàsica per a l'avaluació de l'educació superior al 1994⁵ també va ser de summa importància per als estudis de valoració. I també cal esmentar l'important treball dut a terme per l'Observatori Permanent de la Justícia Portuguesa⁶ des de 1996.

L'objectiu d'aquest informe consisteix a enumerar els principals estudis d'avaluació legislativa elaborats fins ara, que creiem que es poden emprar com a banc de proves per a avenços futurs en aquest àmbit.

II. PROPOSTES DESTINADES A MILLORAR LA QUALITAT NORMATIVA

1. La racionalització de la producció de legislació pública, tant pel que fa al procés de creació legislativa com pel que fa a la reorganització de les lleis vigents, és d'una importància vital per al desenvolupament de polítiques públiques eficients i efectives.

4. De conformitat amb la Llei 11/1987, del 7 d'abril, tota activitat que pugui afectar el medi ambient ha d'estar subjecta a una valoració de l'impacte ambiental. El Decret llei 186/1990, del 6 de juny (esmenat pel Decret llei 69/2000, del 3 de maig) regula el contingut de la valoració de l'impacte ambiental i trasllada la Directiva 85/337/EEC, del 27 de juny de 1985, al sistema jurídic portuguès. Tanmateix, abans de la promulgació de l'esmentat Decret llei, ja s'havien fet alguns estudis de valoració de l'impacte ambiental seguint l'esmentada directiva. En conseqüència, la Resolució del Consell de Ministres 14/1987, publicada en el *Butlletí Oficial de l'Estat*, 1a sèrie B, del 21 de març de 1987, que versa sobre el Pla integrat de carreteres a Lisboa, fa referència, per primera vegada, a l'estudi de valoració de l'impacte ambiental: «6 – BRISA ha de presentar, en el període d'un any, un estudi de l'impacte ambiental de l'autopista de Costa do Estoril, de conformitat amb la Directiva del Consell 85/337/EEC, del 27 de juny de 1985».
5. Després de l'aprovació de la Llei 38/1994, del 21 de novembre, l'11 de juliol es va promulgar el Decret llei 205/1998, que determina les normes generals necessàries per a implantar el sistema de valoració global i crea la Comissió Nacional per a l'Avaluació de l'Educació Superior.
6. L'Observatori Permanent de la Justícia Portuguesa, el Centre d'Estudis socials (CES), i la Facultat d'Econòmiques de la Universitat de Coïmbra treballen en col·laboració des de la signatura de l'acord entre el CES i el Ministeri de Justícia l'any 1996. L'acord esmentat ha estat en vigor des de 1996 fins a final de 1999, i es va renovar el 2003.

Observatório Permanente de Justiça: <http://www.ces.fe.uc.pt/observatório/opj.htm>

El resum següent de dues propostes que encara no s'han posat en pràctica mostra un grau elevat de conscienciació pel que fa a les repercussions de les lleis sobre els agents econòmics.

— *En el context de la política de modernització i de reforma de l'Administració, es va presentar un pla d'acció (1997-1999)⁷ que implicava els serveis i les organitzacions públiques i proposava l'elaboració d'estudis de valoració de l'impacte, i establia que «cada nou reglament o cada nova transposició de les directives europees ha de considerar, en primer lloc, les seves conseqüències econòmiques i el seu impacte sobre les PIME, mitjançant una valoració que mostri les conseqüències de cada mesura...». Aquesta proposta va ser aprovada en el context de l'Acord de cooperació estratègica 1996-1999.⁸ L'Institut de Suport a les PIMES (IAPMEI) va ser l'encarregat d'impulsar aquesta mesura. Posteriorment, Carlos da Costa Morais⁹ va fer un estudi que incloïa un model de valoració.*

— *El mes de juliol de 2002, es va aprovar el Programa per a la productivitat i per al creixement econòmic (Programa para a produtividade e o crescimento da economia).¹⁰ Aquest programa proposa mesures en matèria de política legislativa¹¹ amb la finalitat «de revisar i de reorganitzar la legislació», i se centra especialment en el desenvolupament d'una política econòmica. Aquest document no fa una referència directa a la metodologia que cal seguir. No obstant això, tenint en compte que es considera que els estudis d'avaluació ex post constitueixen l'instrument més important per a garantir la qualitat i la consistència en qualsevol procés de revisió de la legislació vigent, cal esperar que es duguin a terme aquest tipus d'estudis en el marc d'aquest programa.*

7. *Melhor administração, mais cidadania*. Presidència del Consell de Ministres, viceministre i secretari d'Estat d'Administració Pública i per a la Modernització Administrativa, agost de 1999; els apèndixs «Comissão de Empresas – Administração Plano de Actividades – 1997/1999 – 2 – Medidas de melhoria da qualidade dos serviços públicos - Projecto 2.4.»

8. «Acordo de concentração estratégica 1996/1999» Secció 9 – «Modernização e reforma de Administração Pública – Relações Cidadãos, Empresas e Administração», punt 2.1.2.

9. CARLOS DA COSTA MORAIS, «Sistema de avaliação do impacto das normas jurídicas», *Legislação. Cadernos de Ciência de Legislação*, 32, octubre - desembre de 2002, p. 39-55.

10. Vegeu la Resolució del Consell de Ministres 103/2002, publicada en el *Butlletí Oficial de l'Estat*, 1a sèrie B, del 26 de juliol de 2002.

11. Ídem nota 10 – punt II – (1, 6 i 7) i punt V (1).



2. La Comissió per a la Simplificació de la Regulació (CSR), creada l'any 2001,¹² que treballa a l'empara del Ministeri per a les Reformes Estatals i per a l'Administració Pública, va proposar —per primera vegada en l'àmbit governamental— una reflexió global sobre la qualitat de la legislació.

En conseqüència, després d'un estudi complet que va posar de manifest les deficiències i els punts febles dels marcs legals (models de baixa qualitat formal i material, inflació legislativa, manca de compliment de la llei i un greu problema d'accés a la legislació) va presentar una sèrie de recomanacions.

Tenint en compte la gran importància de l'avaluació de la legislació per a un procés de presa de decisions i el progrés aconseguit fins ara en altres països europeus, la Comissió per a la Simplificació de la Regulació¹³ va publicar un document d'una importància cabdal. Aquesta Comissió va recomanar especialment l'adopció de dues mesures:

- a) D'una banda, les notes explicatives que acompanyen els projectes de llei han d'incloure la llista de control de l'OCDE —estàndard internacional de qualitat reguladora—, fet que implica respondre les diverses qüestions incloses en l'esmentada llista.*
- b) De l'altra, cal crear una agència central per a impulsar i controlar els estudis d'avaluació ex ante. Preferiblement, l'autoritat reguladora hauria de ser l'encarregada de desenvolupar aquests estudis, en col·laboració amb l'agència, la qual hauria de «proporcionar suport tècnic i de garantir la consistència metodològica pertinent».¹⁴*

12. La Comissió per a la Simplificació de la Regulació es va crear de conformitat amb la Resolució del Consell de Ministres 29/2002, del 9 de març. La Comissió disposava d'un mandat d'un any, renovable per a un altre període d'un any. La renúncia del primer ministre el 17 de desembre de 2001, la dimissió consegüent del Govern i la dissolució del Parlament, relacionada amb la necessitat d'avançar les eleccions, va impedir el compliment del mandat per la Comissió. El seu president va decidir presentar un informe, i hi va adjuntar diversos documents de treball produïts per la Comissió.

13. *Informe de la Comissió per a la Simplificació de la Regulació*, Ministeri de Reformes Estatals i d'Administració Pública, vol. II, març 2002; també publicat a *Legislação. Cadernos de Ciência de Legislação*, 30/31, gener - juny 2002.

14. Ídem nota 13, p. 50.

3. La Llei parlamentària 57/2002, del 17 d'octubre, defineix els punts de referència d'un estudi d'avaluació ex post sobre les lleis de planificació familiar, amb la finalitat de valorar-ne l'eficàcia i «el grau actual de compliment». Aquesta Llei proposa que diverses universitats optin al desenvolupament d'aquest estudi, que seria encarregat a la universitat seleccionada per la Comissió Parlamentària de Treball i Afers Socials (l'encarregada d'impulsar aquest estudi).

És important destacar que es tracta d'un procediment innovador al Parlament. De fet, el Parlament, o si no, les comissions, reben informació sobre el compliment de les lleis d'una manera no sistemàtica, per mitjà de compareixences, d'informes o bé d'interpel·lacions al Govern.

III. ALGUNS EXEMPLES D'ESTUDIS D'AVALUACIÓ LEGISLATIVA

Es poden trobar unes quantes característiques comunes en la tradició, encara incipient, dels estudis d'avaluació legislativa:

- a) Els principals documents jurídics subjectes a un procediment d'avaluació demostren amb claredat que, fonamentalment, hi havia un impuls legislatiu polític (procedent del programa de Govern).
- b) En tots els exemples estudiats queda demostrat que la iniciativa legislativa recau en el Govern, mitjançant la presentació de projectes de llei al Parlament i la promulgació de decrets llei —segons la Constitució portuguesa, el Govern pot promulgar decrets llei sobre qüestions parcialment reservades al Parlament, que aquest darrer delega al Govern.
- c) Els documents jurídics subjectes a una avaluació contenen propostes innovadores d'un gran impacte jurídic, polític i social.
- d) El Govern va encarregar tots els estudis realitzats (a excepció del primer estudi de valoració del Codi de procediment administratiu) i altres entitats alienes al Govern els van dur a terme.



1. Codi de procediment administratiu

El Codi de procediment administratiu (CAP) s'ha creat per impulsar «una de les reformes del dret públic nacional més grans del segle XX» i, en conseqüència, ha despertat l'interès dels legisladors.

El Decret llei 442/1991, del 15 de novembre, que promulgava el CAP, va imposar un període de prova de tres anys, que conclouria amb una revisió en profunditat, a causa de la complexitat i de la novetat de la solució proposada. Aquest és un exemple de legislació experimental global¹⁵ —a cavall entre l'avaluació ex ante i l'avaluació ex post, tal com ho estipula la doctrina.¹⁶

El Decret llei 6/1996, del 31 de gener, va aprovar la nova versió del CAP. Les conclusions extretes d'un estudi de valoració legislativa dut a terme per una organització independent —Instituto Nacional de Administração— i realitzat per un equip multidisciplinari (advocats i sociòlegs)¹⁷ va contribuir a la revisió del CAP. Aquest estudi pioner, que segueix les teories de la sociologia del dret,¹⁸ tenia com a finalitat principal «valorar el grau real de compliment dels instruments jurídics objecte de l'avaluació (eficàcia)».¹⁹ L'estudi feia una avaluació parcial i seleccionava «quatre principis del CAP que impulsen lleis innovadores en el dret administratiu portuguès».²⁰ La metodologia adoptada per a elaborar aquest projecte incloïa la recerca documental (documents oficials, informes i legislació) i la recopilació de dades per mitjà d'entrevistes i d'enquestes a organismes de l'Administració local i central seleccionats prèviament.

15. JACQUES CHEVALLIER, «Les lois expérimentales. Le cas français», a CHARLES ALBERT MORAND (coord.), *Evaluation Législative et Lois Experimentales*, Aix-Marseille, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1993, p. 125.

16. LUZIUS MADER, *ibídem*, p. 47.

17. JOÃO CAUPERS, MARTA TAVARES DE ALMEIDA i PIERRE GUIBENTIF, «Efeitos de algumas normas do Código do Procedimento Administrativo – estudo do caso em avaliação legislativa», *Legislação. Cadernos de Ciência de Legislação*, 12, gener - març de 1995, p. 5-49.

18. ERTHARD BLANKENBURG, «La recherche de l'efficacité de la loi. Réflexions sur l'étude de la mise en oeuvre: le concept d'implémentation», *Droit et Société*, 2, 1986, p. 59.

19. JOÃO CAUPERS [et al.], *ibídem*, n. 17, p. 7.

20. JOÃO CAUPERS [et al.], *ibídem*, n. 17, p. 9.

El setembre de 2000, es va crear una comissió amb l'objectiu de fer «una nova valoració global del CAP».²¹ Malauradament, la seva tasca no es va poder concloure a causa d'un canvi de govern. Això no obstant, en l'Informe preliminar,²² la Comissió va definir el procediment de recopilació de dades emprat durant la primera fase del seu treball, que va consistir en un procés de consulta popular (per mitjà d'Internet); diverses sol·licituds als diferents organismes de l'Administració pública; peticions a representants dels diversos sectors socials, per a suggeriments i propostes de canvi, i sol·licituds d'aportacions d'experts en dret públic.

En el context d'aquesta revisió del CAP, el novembre de 2002, la Comissió per a la Simplificació de la Regulació va encarregar a un equip interdisciplinari independent (que reunia experts en dret i en economia) l'elaboració d'un estudi de valoració legislativa de l'impacte de la «revisió de la concessió tàcita de sol·licituds»²³ establerta al CAP. Aquest estudi perseguia dos objectius principals: «en primer lloc, tenia com a objectiu demostrar la viabilitat dels estudis de valoració de l'impacte en casos de regulacions extremament complexes; en segon lloc, es va demanar a l'equip que intervingués, en aquest aspecte concret [procés de revisió de la concessió tàcita de sol·licituds], en la presa de decisions de la Comissió de Revisió del Codi de Procediment Administratiu».²⁴

Es va elaborar una descripció jurídica i econòmica preliminar de la «concessió tàcita de sol·licitud» mitjançant la identificació «d'aspectes d'eficiència i de reassignació resultants de les [quatre] opcions de revisió relatives a la concessió tàcita de sol·licituds».²⁵ A continuació, es va definir l'enfocament

21. Vegeu la Llei 19163/2000, del Ministeri de Reformes Estatals i d'Administració Pública (publicada en el *Butlletí Oficial de l'Estat*, 2a sèrie, n. 220, del 22 de setembre de 2000), que crea la Comissió de Revisió del Codi de Procediment Administratiu.

22. *Código do Procedimento Administrativo (Revisió-Projecte d'Informe)*, Comissió de Revisió del Codi de Procediment Administratiu, edició del Ministeri de Reformes Estatals i d'Administració Pública, maig de 2001. La renúncia del Govern (desembre de 2001) va desembocar en la interrupció de la tasca de la Comissió.

23. MARTA TAVARES DE ALMEIDA, PEDRO PITA BARROS i NUNO GAROUPA, «Avaliação Legislativa do CPA. Deferimento Tácito (art. 108)», *Legislação. Cadernos de Ciência de Legislação*, 30/31 gener - juny de 2002, vol. II, p. 191-226.

24. Ídem nota 23, p. 192.

25. Ídem nota 23, p. 191.



metodològic adoptat, que va posar de manifest la necessitat: (i) de fer una avaluació ex post de les repercussions de l'aplicació de la «concessió tàcita de sol·licituds» establerta al CAP; (ii) de fer un estudi per a determinar el grau de satisfacció dels ciutadans i ciutadanes respecte a l'Administració, tal com estableix aquesta Llei, i (iii) de valorar la relació cost-eficàcia de les opcions seleccionades. Finalment, es va descriure detalladament les dades que calia recopilar per a l'estudi. Tanmateix, a causa de l'esmentat canvi de Govern, va ser impossible concloure el projecte.

2. Llei de l'ingrés mínim garantit

La Llei 19-A/1996, del 29 de juny, també estava subjecta a un procediment d'avaluació legislativa. Aquesta abordava l'ingrés mínim garantit (MGI),²⁶ una mesura prioritària i emblemàtica del XIII Govern Constitucional.²⁷ En conseqüència, es va fer una aproximació metodològica per a la preparació d'aquesta llei.^{28, 29}

Una vegada més, es va adoptar una aproximació a la legislació experimental (experimentació parcial, que combina elements sectorials i territorials),³⁰

26. La Llei 19-A/1996, del 21 de juny, implantava l'ingrés mínim garantit per mitjà del règim no contributiu de la Seguretat Social i creava un programa d'integració social. La Llei va entrar en vigor l'1 de juliol de 1997, sense incloure els articles que creaven, d'una banda, projectes pilot experimentals i, de l'altra, la Comissió Nacional per a l'Ingrés Mínim Garantit (el seu organisme gestor): ambdós van entrar en vigor el juny de 1996.

27. Programa del XIII Govern Constitucional (1995), especialment el punt IV, 1.5.: «La consecució dels objectius establerts es basarà especialment en les mesures següents: a) implantació de l'ingrés mínim garantit, de manera que els seus beneficiaris puguin disposar dels recursos suficients per cobrir les seves necessitats bàsiques, amb la finalitat d'impulsar-ne la integració social; aquest ajut s'ha de calcular segons el valor de la Seguretat Social i es concedeix prenent en consideració el nombre de membres de la família».

28. Pel «procediment intern» de la Llei 19-A/1996, compareu l'article de VASCO DUARTE ALMEIDA «Aspectos do procedimento legislativo na primeira metade da VII Legislação», *Legislação. Cadernos de Ciência de Legislação*, 19/20, abril - desembre de 1997, p. 161-177.

29. A més dels estudis d'avaluació esmentats a continuació, el setembre de 1996 la *União das Mutualidades Portuguesas* va organitzar un seminari europeu sobre l'ingrés mínim garantit, en col·laboració amb la Comissió Europea i el Ministeri de Solidaritat i Seguretat Social, amb la finalitat de valorar i de debatre l'experiència dels països europeus en aquest àmbit. S'han emprat les conclusions pertinents per a enfortir les propostes establertes per la Llei. Les sessions del seminari es van publicar en un informe titulat «As políticas do rendimento mínimo na União Europeia», coordinat per PIERRE GUIBENTIF i DENIS BOUGET, edició de la *União das Mutualidades Portuguesas*, 1997.

30. JACQUES CHEVALLIER, *ibídem*, p. 125.

de conformitat amb l'article 20 de la Llei,³¹ que permet projectes pilot experimentals seleccionats seguint els criteris establerts en l'esmentat document.

La Comissió Nacional per a l'Ingrés Mínim Garantit (NCMG), que es va crear com a organisme de control, va encarregar al Centre per a la Recerca i per als Estudis Sociològics, un centre associat a l'Institut Superior de Treball i de Ciències Empresarials, una valoració global de la fase experimental d'aplicació del MGI. Aquest estudi,³² fet el 1997, «se centrava principalment en projectes pilot aprovats des de l'inici de la fase experimental (1 de juliol de 1996) fins a final de 1996».³³

L'aproximació metodològica emprada pels autors va desembocar en el desenvolupament de tres aspectes: «una descripció del fenomen de l'exclusió social, un estudi de referència de l'ingrés mínim garantit i un estudi descriptiu de la fase experimental dels projectes pilot».³⁴ Les conclusions i les recomanacions d'aquest important estudi van resultar essencials per a la preparació del Decret llei 196/1997, del 31 de juliol, esmenat pel Decret llei 84/2000, de l'11 de maig, que regulava la Llei 19 A/1996.

També es va sotmetre aquesta Llei a un estudi d'avaluació ex post³⁵ (presentat l'abril - maig de 2002), dut a terme per equips d'experts de l'Institut

31. Article 20, Llei 19- A/1996.

«1. Des de la publicació d'aquesta Llei fins a l'1 de juliol de 1997, es van elaborar projectes pilot experimentals relacionats amb l'acció social, seran aprovats pel Ministeri de Solidaritat i de Seguretat Social i aniran destinats a ciutadans econòmicament desfavorits i a famílies que compleixin els requisits establerts per aquesta Llei per la concessió de l'ingrés mínim.»

32. LUIS MANUEL CAPUCHA (coord.), *Rendimento Mínimo Garantido: Avaliação da fase experimental*, Centre per a la Recerca i per als Estudis Sociològics, 1998.

33. Ídem nota 31, p. 1.

34. Ídem nota 31, p. 1.

35. ALEXANDRA CASTRO (col·laboració de João Lamy), *Avaliação de impactes do rendimento mínimo garantido. Caracterização das coordenações das comissões locais de acompanhamento*, vol. 1, Instituto para o Desenvolvimento Social ed., Ministeri de Treball i de Solidaritat, abril de 2002.

FERNANDO DIOGO i RICARDO ROQUE (col·laboració de Fernando Moura), *Avaliação de impactes do rendimento mínimo garantido. Caracterização dos perfis dos beneficiários do RMS: famílias monoparentais femininas*, vol. 5, ed. Instituto para o Desenvolvimento Social, Ministeri de Treball i de Solidaritat, maig de 2002.

ALEXANDRA CASTRO, *Avaliação de impactes do rendimento mínimo garantido. Caracterização dos perfis dos beneficiários do RMG: desempregados de longa duração*, vol. 9, ed. Instituto para o Desenvolvimento Social, Ministeri de Treball i de Solidaritat, maig de 2002.

per al Desenvolupament Social i per experts de diversos centres d'investigació universitaris. El seu objectiu era valorar l'MGI «amb la finalitat de comprendre els seus efectes i d'afavorir el desenvolupament d'estratègies per a la futura participació dels poders públics».³⁶ Principalment, aquesta valoració es va centrar «en l'anàlisi detallada de temàtiques i de problemes que poguessin sorgir de l'aplicació de l'esmentada mesura i en la percepció de l'impacte pels implicats (partícpis, funcionaris i beneficiaris)».

La metodologia adoptada per a aquestes avaluacions es basava en un estudi de dades estadístiques sobre l'MGI, a més d'una recopilació de dades per mitjà d'entrevistes amb els diversos implicats (especialment, el personal de la Comissió Local de Control de l'MGI i els seus beneficiaris).

ALEXANDRA CASTRO, *Avaliação de impactes do rendimento mínimo garantido. Caracterização dos perfis dos beneficiários do RMG: isolados com mais de 55 anos*, vol. 8, ed. Instituto para o Desenvolvimento Social, Ministeri de Treball i de Solidaritat, maig de 2002.

ALEXANDRA CASTRO, *Avaliação de impactes do rendimento mínimo garantido. Caracterização dos perfis dos beneficiários do RMG: jovens em situação de marginalidade*, vol. 6, ed. Instituto para o Desenvolvimento Social, Ministeri de Treball i de Solidaritat, maig de 2002.

ALEXANDRA CASTRO [et al.], *Avaliação de impactes do rendimento mínimo garantido. Caracterização dos beneficiários do RMG: minorias étnicas*, vol. 7, ed. Instituto para o Desenvolvimento Social, Ministeri de Treball i de Solidaritat, maig de 2002.

ALEXANDRA CASTRO [et al.], *Avaliação de impactes do rendimento mínimo garantido. Beneficiários do RMG. Síntese e recomendações*, vol. 10, ed. Instituto para o Desenvolvimento Social, Ministeri de Treball i de Solidaritat, maig de 2002.

ALEXANDRA CASTRO [et al.], *Avaliação de impactes do rendimento mínimo garantido. Os beneficiários do RMG: trajetórias de vida, vivências e impactes diferenciados*, ed. Instituto para o Desenvolvimento Social, Ministeri de Treball i de Solidaritat, maig de 2002.

Avaliação de Impactes do Rendimento Mínimo Garantido. Os técnicos do RMG: representações e perfis sócio-profissionais, vol. 2, ed. Instituto para o Desenvolvimento Social, Ministeri de Treball i de Solidaritat, maig de 2002.

ALEXANDRA CASTRO [et al.], *Avaliação de impactes do rendimento mínimo garantido. Caracterização dos perfis dos beneficiários do RMG: famílias com problemas de saúde*, vol. 4, ed. Instituto para o Desenvolvimento Social, Ministeri de Treball i de Solidaritat, maig de 2002.

36. ALEXANDRA CASTRO (collaboració amb João Lamy), *Avaliação de impactes do rendimento mínimo garantido. Caracterização das coordenações das comissoes locais de acompanhamento*, vol. 1, Instituto para o Desenvolvimento Social ed., Ministeri de Treball i Solidaritat, abril de 2002, p. 4.

3. Llei de procediment dels tribunals administratius i Llei d'organització dels tribunals administratius i fiscals

La Llei de procediment dels tribunals administratius i la Llei d'organització dels tribunals administratius i fiscals, promulgades l'any 2002, es van preparar de manera detallada. El XIII Govern Constitucional³⁷ va conferir una importància especial a la reforma del sistema de justícia administrativa, i va establir la tasca reguladora que es completaria durant el XIV Govern Constitucional.³⁸

Aquest fet és un exemple molt recent d'avaluació ex ante, que inclou dos estudis de valoració, elaborats durant els anys 2000 i 2001.

El Govern va encarregar a una comissió, constituïda pel Tribunal Suprem Administratiu i pels jutges del Tribunal Central Administratiu, la redacció d'ambdós projectes de llei. Durant la tasca preparatòria, el Ministeri de Justícia va impulsar dos estudis amb objectius diferents. En aquest context, l'Observatori Permanent de la Justícia Portuguesa va fer un estudi important sobre la justícia administrativa a Portugal (A justiça administrativa em Portugal),³⁹ que es remunta a 1974 i arriba fins als nostres dies. Els seus autors van identificar quatre objectius prioritaris: «estudiar els recursos del sistema en matèria de tribunals i de la seva composició [...], en segon lloc, estudiar el funcionament del sistema, el nombre d'accions legals, les qüestions més litigioses, el tipus de demandants i les autoritats administratives. En tercer lloc, valorar els resultats de la justícia administrativa segons el tipus de decisions preses [...]. I, finalment, determinar la durada dels procediments administratius».⁴⁰

37. Programa del XIII Govern Constitucional (1995) – Punt 1 – Justícia – 1.1.4. – *Justiça administrativa fiscal* – estableix la necessitat: a) d'esmenar la Llei orgànica dels tribunals administratius i fiscals amb la finalitat de garantir-ne la capacitat de resposta; b) d'esmenar les lleis relatives al sistema de justícia administrativa, als judicis ràpids, *expeditious procedures*, a les apel·lacions i a les garanties de compliment de les sentències.

38. Programa del XIV Govern Constitucional (1999) – Punt C – *Uma Justiça para garantir os direitos e a segurança dos cidadãos* – «Per aprovar la reforma dels tribunals administratius i de les seves respectives normes de procediment, els projectes de la qual ja estan preparats».

39. VITAL MOREIRA, CATARINA SARMENTO I CASTRO, *A justiça administrativa em Portugal (1974 - 1999)*, *Relatório de um projecto de investigação*, Observatori Permanent de la Justícia Portuguesa, Centre d'Estudis Socials (CES), Facultat d'Econòmiques de la Universitat de Coïmbra, Coïmbra, 2001.

40. Ídem nota 39, p. 8.



L'altre estudi es va encarregar a Accenture —una consultoria empresarial—, que va treballar en col·laboració amb Sérvulo Correia e Associados, un bufet d'advocats. El seu objectiu consistia a valorar «l'organització i el funcionament dels tribunals administratius i els seus mecanismes de gestió».⁴¹ Es tracta d'un projecte interessant que, per primera vegada en el procés portuguès de creació legislativa, combinava els coneixements de la gestió i del dret; aquesta darrera disciplina proporcionava el marc jurídic necessari en l'àmbit del sistema judicial administratiu. Quan es van presentar els projectes al Parlament portuguès, el ministre de Justícia de llavors va afirmar: «Aquest estudi ha estat d'una importància vital durant la redacció dels projectes i ha establert una nova manera de fer reformes jurídiques a Portugal.»⁴²

El febrer de l'any 2000 es va impulsar un ampli debat públic, basat en els primers esborranys de la Llei de procediment dels tribunals administratius i de la Llei d'organització dels tribunals administratius i fiscals, i basat també en els informes dels estudis esmentats abans. En col·laboració amb les universitats de dret públic i amb la Universidade Católica, el Ministeri de Justícia va convocar colloquis temàtics i va crear una pàgina web sobre la reforma de litigis administratius. El gener del 2001, després de la clausura del debat públic, el ministre de Justícia⁴³ va presentar una llei que definia «les línies mestres en l'àmbit polític per a la reforma del sistema de justícia administrativa». Aquesta mesura va prendre en consideració els estudis duts a terme i les qüestions objecte del debat públic i es va encarregar al Departament de Planificació i de Política Legislativa del Ministeri de Justícia⁴⁴ la presentació dels projectes de llei, que se sotmetrien al Parlament.

41. *Estudo da organização e funcionamento dos tribunais administrativos, Informe final (Pró activo – Programa de reforma do contencioso administrativo, Ministeri de Justícia) ACCENTURE, octubre de 2000, p. 5.*

42. Vegeu el discurs del ministre de Justícia del 31 d'octubre de 2001 adreçat al Parlament, publicat en el *Butlletí Oficial de l'Estat*, I sèrie, amb data del 31 d'octubre de 2001.

43. Llei 1602/2001, publicada en el *Butlletí Oficial de l'Estat*, II sèrie, del 26 de gener de 2001 (p. 1647).

44. El Decret llei 146/2000, del 18 de juliol, que aprovava la Llei orgànica del Ministeri de Justícia, establia la creació de l'Oficina de Regulació i de Política de Planificació del Ministeri de Justícia, fet esdevingut amb l'entrada en vigor de la seva Llei orgànica, aprovada pel Decret llei 89/2001, del 23 de març.

4. Codi de circulació. Esmena a l'article 84 (taxa màxima d'alcohol a la sang)

El darrer dels exemples d'estudis d'avaluació legislativa seleccionats és una anàlisi de la relació cost-eficàcia amb la finalitat de determinar les conseqüències econòmiques de la modificació de la taxa màxima d'alcohol a la sang.⁴⁵

El setembre de 2001, la Comissió per a la Simplificació de la Regulació va encarregar a un equip d'economistes, especialitzat en l'anàlisi econòmica del dret, un estudi sobre els canvis introduïts al Codi de circulació pel Decret llei 162/2001, del 22 de maig.⁴⁶ Aquesta Llei reduïa la taxa màxima d'alcohol a la sang (de 0,5 g/l a 0,2 g/l), i se'n va fixar l'entrada en vigor per a l'1 d'octubre de 2001. Aquesta valoració de l'impacte, duta a terme després de l'aprovació de la Llei, constitueix en essència un exercici acadèmic de pedagogia més que no pas una avaluació ex ante de les repercussions. En conseqüència, en primer lloc, els autors es van centrar en aspectes conceptuals de l'anàlisi econòmica de la legislació, i van desenvolupar el concepte d'eficiència econòmica. En segon lloc, es van analitzar els efectes econòmics del canvi de la taxa màxima d'alcohol a la sang. I, en tercer lloc, van presentar les dificultats sorgides i van emetre recomanacions per a futures actuacions. Es van considerar diverses opcions, inclosa la de mantenir la legislació anterior al canvi esmentat (opció zero). Finalment, es va fer una anàlisi en profunditat dels costos i dels beneficis sorgits de cada opció. Es van proposar mesures de control i de seguiment amb la finalitat de permetre una avaluació ex post dels objectius establerts pel legislador.

Els autors van destacar les dificultats sorgides durant la recopilació de dades; aquests problemes són ben coneguts en aquest tipus d'estudis. Tanma-

45. PEDRO PITA BARROS i NUNO GAROUPA, «Avaliação de impacto de normas – Efeitos económicos da alteração ao artigo 81º do Código da Estrada», a *Informe de la Comissió per a la Simplificació de la Regulació*, ed. Ministeri de Reformes Estatals i d'Administració Pública, vol. II, març de 2002. També publicat a *Legislação. Cadernos de Ciência de Legislação*, 30/31, vol. I, gener - juny de 2002, p. 135-182.

46. De conformitat amb el Decret llei 162/2001, del 22 de maig, ha d'entrar en vigor trenta dies després d'haver estat publicat. El Decret llei 178 – A/2001, del 12 de juny, després de prendre en consideració la necessitat d'un marc temporal preparatori més ampli que sorgís dels canvis realitzats per la regulació anterior, en va posposar l'entrada en vigor fins a l'1 d'octubre de 2001. Posteriorment, la Llei 1/2002, del 2 de gener, va paralitzar l'entrada en vigor de la nova taxa màxima d'alcohol a la sang (0,2 g/l) durant un període de deu mesos i va establir la creació d'una comissió de valoració i de control. La Llei 1/2002 va ser abrogada per la Llei 20/2002, del 21 d'agost, que reestablia l'últim límit legal d'alcohol a la sang (0,5 g/l).



teix, tenint en compte que els estudis en aquest àmbit són incipients a Portugal, l'intercanvi d'informació i la recopilació de dades presenten dificultats greus, ja que aquestes no es troben disponibles de manera regular ni es recullen obligatòriament.

Aquest fet els va portar a recomanar el desenvolupament d'un «cos d'informació comuna als diversos estudis»,⁴⁷ de manera que la manca de dades no constituís una excusa per a no fer les avaluacions necessàries. Els autors van afegir que calia superar la fase experimental dels estudis esmentats i que la preparació d'anàlisis d'aquest tipus hauria de ser obligatòria en noves lleis. En conseqüència, s'hauria de conferir una atenció especial a la recopilació de dades, a la creació d'equips multidisciplinaris i a la incorporació gradual d'experts de diversos departaments als estudis d'avaluació legislativa.

IV. CONCLUSIÓ

A Portugal encara queda molt de camí per recórrer. Creiem que cal fer els passos següents:

- a) Un compromís polític per tal d'elaborar un procediment sistemàtic d'avaluació legislativa.*
- b) L'adopció de dues mesures recomanades per la Comissió per a la Simplificació de la Regulació (les notes explicatives han d'incorporar la llista de control de l'OCDE i cal crear un organisme central per a impulsar i controlar l'avaluació ex ante).*
- c) El desenvolupament i l'impuls de la formació especialitzada d'experts en lleis, per mitjà de programes de metodologia legislativa.*
- d) El reforçament dels vincles amb altres països i amb institucions internacionals que ja tenen experiència en estudis en aquest àmbit.*

No obstant això, considerem que, avui dia, els nostres legisladors i els nostres experts en lleis són conscients de la vital importància de l'avaluació legislativa.

47. PEDRO PITA BARROS i NUNO GAROUPA, ídem, p. 179.

Col·loqui

subsegüent a la III ponència

Moderador

Dr. Lluís Aguiló Lúcia

Lletrat major de les Corts Valencianes

Intervenien

Univ. Prof. Dr. Ulrich Karpen

Dra. Marta Tavares de Almeida

Dr. Ismael E. Pitarch

Dr. Manuel Pulido Quecedo

Sr. Claro José Fernández-Carnicero

El moderador

Obrigado, professora Tavares. Moltes gràcies. Jo crec que ens ha fet una magnífica il·lustració de quina és la situació en esta matèria en Portugal en estos moments, i unes conclusions una mica pessimistes, com apuntava al final. En tot cas, jo crec que és una magnífica intervenció complementària de les dos intervencions d'aquest matí, i d'acord amb la mateixa mecànica que hem fet anteriorment, jo invite tots vostès a fer les preguntes i els suggeriments que la intervenció de la professora Tavares ens ha pogut suggerir a tots.

Per tant, vostès tenen la paraula.

Professor Karpen...

L'Univ. Prof. Dr. Ulrich Karpen

Marta, doctor Tavares, may I ask you...? I mean Oeiras is from the beginning really a strong centre of all these issues, so I, with all respect, don't share what the chairman said is a pessimistic answer. May I ask you: has Oeiras made efforts to deepen evaluations of one or two or three drafts as exemplary for the status of the arts in Portugal? And, if so, which were the drafts that had undergone this, again, thorough evaluation including civil society, including the decisions makers, including academics like you yourself?

[Traducció]

Marta, doctora Tavares, puc preguntar-li...? Oeiras és, des del començament, un centre realment fort per a totes aquestes qüestions, per la qual cosa —i amb tot el respecte— no comparteixo el que el moderador ha dit que és



una resposta pessimista. Puc preguntar-li: Oeiras ha fet esforços per aprofundir en les avaluacions d'un, dos o tres avantprojectes com a exemples de l'estat de la qüestió a Portugal? I, si és així, quins han estat els avantprojectes que han passat per aquesta —un cop més— avaluació a fons, incloent-hi la societat civil, incloent-hi els que prenen les decisions, incloent-hi els acadèmics com vostè?

La Dra. Marta Tavares de Almeida

When professor Karpen speaks about Oeiras he is speaking about the National Institute of Administration (INA). There are two main projects on this matter at the Institute that I consider important. One is a regular training program on Law Making. Every year, there is a training program for jurists, for two weeks, on methodology of law and legislative drafting. This is a project I consider very important.

On the other hand, the Institute publishes a periodical that is called *Legislação. Cadernos de Ciência de Legislação*. This periodical publishes papers, projects, training programs, bibliographies, general information — at national and international level — on Legislative Science. I must say that, for example, in the two last issues, we published the Mandelkern Commission Report — I suppose you know what the Mandelkern group is —, and we have also published the conclusions of the Portuguese Commission for the Simplification of Regulation.

Concerning studies on Legislative Evaluation, I must say that there is only one study of the responsibility of INA — partial evaluation of the Code of Administrative Procedure. The other important studies on Legislative Evaluation were prepared under the umbrella of the Commission for the Simplification of Regulation.

[Traducció]

Quan el professor Karpen parla d'Oeiras parla de l'Institut Nacional de l'Administració (INA). Hi ha dos projectes principals sobre aquesta matèria a l'Institut, que considero importants. Un és un Programa de formació sobre l'elaboració de lleis. Cada any hi ha un programa de formació per a

juristes, de dues setmanes de durada, sobre metodologia de les lleis i redacció legislativa. Aquest és un projecte que considero molt important.

D'altra banda, l'Institut edita una publicació periòdica, anomenada Legislação. Cadernos de Ciência de Legislação, que publica articles, projectes, programes de formació, bibliografies i informació general —tant d'àmbit nacional com internacional— sobre ciència legislativa. Haig de dir que, per exemple, en els dos darrers números hem publicat l'Informe de la Comissió Mandelkern —suposo que tots vostès saben què és el grup Mandelkern— i també hem publicat les conclusions de la Comissió per a la Simplificació de la Regulació.

Pel que fa a estudis sobre avaluació legislativa, haig de dir que només hi ha un estudi de responsabilitat de l'INA: l'avaluació parcial del Codi de procediment administratiu. Els altres estudis importants sobre avaluació legislativa s'han portat a terme sota l'aixopluc de la Comissió per a la Simplificació de la Regulació.

El moderador

Molt bé. Alguna altra pregunta? Alguna altra qüestió?

El Dr. Ismael E. Pitarch

Tinc una pregunta, que em perdonarà que faci també al professor Karpen, més ben dit encara, a l'exdiputat Karpen, que també recull el plantejament que ha fet abans Claro José Fernández-Carnicero. Certament, la forma de les lleis és molt important perquè afecta el fons de les lleis. La pregunta meva és: des de la seva experiència, com acull el legislador les propostes per a la millora de la llei que fan els tècnics del Parlament? Perquè, si no hi ha agències parlamentàries independents i neutrals per a proposar al Parlament millores de tècnica legislativa, és responsabilitat dels que treballem al Parlament de proposar, en qualsevol iniciativa, les millores que recomana la tècnica legislativa; habitualment, si les propostes afecten exclusivament la forma, hi ha possibilitats de sortir-te'n, de la teva feina de suggerir: que la llei modificativa porti el número de la modificació que fa, que les disposicions addicionals siguin efectivament i exclusivament addicionals, que els articles estiguin ben ordenats i sistematitzats...,



i, així, col·laborar a fer la llei més clara i més intel·ligible en pro de la seguretat jurídica.

Però quan s'entra en temes d'avaluació legislativa, és molt important la cooperació i, fins i tot més, la complicitat del legislador; és llavors quan, de vegades, hom troba que, segons quin suggeriment proposa, és interpretat per la majoria governamental i parlamentària com que es dificulta i es posen traves a una llei, perquè no els interessin ni *checklists* ni millores tècniques quan hi ha un missatge polític urgent a donar amb l'aprovació de la llei, i a l'inrevés, tampoc cal que les minories i l'oposició demanin per què o com el Govern ha arribat a les seves conclusions, atès que les llistes de control i les avaluacions establertes pel govern resten massa sovint *mysteria et arcana imperii*.

M'interessa, doncs, doblement, d'una banda l'experiència a Portugal, també, però, m'ha quedat la recança de preguntar al professor Karpen: vostè, com a professor i expert, va tenir èxit al seu Parlament pel que fa a imposar les millores de tècnica legislativa? A Alemanya, els parlaments, i els seus membres, accepten aquestes disciplines o també tenen el rebuig i el recel primari dels països mediterranis?, i no vull parlar d'Hispanoamèrica, perquè allí encara són més fortes, no?, doctora Tavares? La pregunta potser és més política que tècnica, però, de fet, és també molt tècnica.

La Dra. Marta Tavares de Almeida

Then I will add something. No, but yes... You go first, professor Karpen.

[Traducció]

Doncs, hi afegiré alguna cosa. No, però sí... Vostè primer, professor Karpen.

L'Univ. Prof. Dr. Ulrich Karpen

Well, tensions between the two powers — I mean the legislative and executive — are common everywhere in the world, and, as far as I understand Mister Montesquieu and Mister Locke, they are a part

of the whole game, I mean. People want to have their own decisions and don't want to share the ideas with others, but the idea of separation of power is exactly that you come to a compromise or to a better solution, sometimes by bringing into a battle these two ideas. So it happens in our country, say, well, notwithstanding the differences of temper between the Mediterranean and the northern countries at all.

Well, on the governmental side I would say that the issue of respecting and taking knowledge of the expertise of the academic and other experts is fairly well done, is fairly acceptable but because there is always a minister who is in charge and can say, «Well, we take this and not that». There is a hierarchy. In between Government and Parliament this problem is not solved, and as we discussed on another conference with doctor Mader and I myself, the tension in between the rational of the expertise and the rational of politics is not fully understood, but this is the basic thing which has to be understood, that the rational of the politicians is not only that you get the best draft law in all issues, but that you get to push through, that you get to get adopted, and that means that you have to compromise with other parties, with other political forces, that you have to choose the second best solution in order to get the law adopted at all. If you don't compromise, even in issues of quality, even in issues of consequences, you have a good game but you don't get a law, and that makes no sense.

So these tensions are not solved and indeed we want to bring in — and this is one of the reasons why I'm so happy to discuss that issue with Luzius Mader all the time —, we want to bring into Parliament the feeling that there is a chance to crosscheck the good ideas of the Government by that instrument softening the tensions between the powers and to get the experts to understand the parliamentarians don't only work on the quality of expertise and the rational, but have to take into account the political issues and get to understand the politicians that they can't decide everything without looking to the experts and that then, in the process of negotiations, you may find the second best solution but the second best solution then becomes a law.



[Traducció]

Bé, les tensions entre els dos poders, el legislatiu i l'executiu, són comunes arreu del món, i, tal com entenc Montesquieu i Locke, són part del joc. La gent vol tenir les seves decisions i no vol compartir les idees amb altres, però la idea de la separació de poders és la d'arribar a un compromís o a una solució millor, de vegades confrontant aquestes dues idees. Així és com passa al nostre país, diguem, tot i les diferències de caràcter entre els països mediterranis i els del nord.

Bé, pel que fa al Govern, diria que la qüestió de respectar i rebre coneixement de l'especialització dels acadèmics i altres experts es duu a terme correctament, és força acceptable, però perquè sempre hi ha un ministre encarregat que pot dir: «Bé, això sí i això no»; hi ha una jerarquia. Entre el Govern i el Parlament aquest problema no està resolt, i, tal com vam debatre en una altra conferència amb el doctor Mader, la tensió entre la racionalitat de l'especialització i la racionalitat de la política no s'entén del tot, i això és precisament el que s'ha d'entendre, que la racionalitat dels polítics no és únicament aconseguir el millor avantprojecte en totes les qüestions, sinó tirar-lo endavant, que s'aprovi, i això vol dir que t'has de comprometre amb altres partits, amb altres forces polítiques, i has d'escollir la segona millor solució per tal d'aconseguir que s'aprovi la llei. Si no t'hi compromets, fins i tot en qüestions de qualitat, de conseqüència, tens un bon joc, però no tens llei, i això no té cap sentit.

Per tant, aquestes tensions no estan solucionades i efectivament volem donar —i aquesta és una de les raons per les quals estic tan content de debatre contínuament aquesta qüestió amb Luzius Mader— al Parlament la impressió que mitjançant aquest instrument hi ha una oportunitat de comprovar les bones idees del Govern, de suavitzar les tensions entre poders, i d'aconseguir que els experts entenguin que els parlamentaris no treballen únicament per la qualitat de l'especialització i la racionalitat, sinó que també han de tenir en compte les qüestions polítiques, i entendre que els polítics no poden decidir-ho tot sense fixar-se en els experts, i que aleshores, en el procés de negociació, es pot trobar la segona millor solució, i la segona millor solució aleshores esdevé llei.

La Dra. Marta Tavares de Almeida

May I add something? I believe that if the bills presented by the Government to the Parliament are well prepared, namely with an evaluation study, when they arrive at the committees, the Parliament has much more elements to prepare a very good report on the subject. What is your opinion?

[Traducció]

Hi puc afegir una cosa? Penso que si els projectes de llei que presenta el Govern al Parlament estan ben preparats, amb un estudi d'avaluació, quan arriben a les comissions, el Parlament té molts més elements per a preparar un bon informe sobre la qüestió. Què en pensa?

L'Univ. Prof. Dr. Ulrich Karpen

Not only my opinion, but my experience is of course that it is much better if the representatives of the government offices come to the committee and discuss issues with the parliaments; the situation is much better if they have not only saying, «Well, this bill does not cost anything and makes things easier, it is more fair, and it is very nice, but if they have a very detailed analysis».

[Traducció]

No només la meua opinió, sinó també la meua experiència és que, és clar, és molt millor si els representants dels departaments del Govern arriben a la Comissió i debaten les qüestions amb els parlaments. La situació és molt millor si no es limiten a dir: «Bé, aquest Projecte de llei no costa res i fa les coses més fàcils, és més just i està molt bé», i en tenen una anàlisi més detallada.

La Dra. Marta Tavares de Almeida

Yes. There is a deep analysis.

[Traducció]

Sí. És una anàlisi profunda.



L'Univ. Prof. Dr. Ulrich Karpen

OK. But the final answer is discussion does not stop. Sometimes discussion...

[Traducció]

Exacte. Però la resposta final és que el debat no s'atura. De vegades el debat...

La Dra. Marta Tavares de Almeida

No, no, I agree with you.

[Traducció]

No, no, hi estic d'acord.

L'Univ. Prof. Dr. Ulrich Karpen

People, unfortunately, deputies are inclined to question these details and say, «Well, I from my constituency have information that what you wrote there is not so, and I from my constituency and from other information sources — from the unions, from the business —, have the information that the situation is that so. Then they are in the trouble to answer silly questions or good questions, and to back up their information and that's good for the politicians, and then at the very end sometimes the committees have the feeling, well, it's a good evaluation of the draft but it seems to me that it is one-eyed, governmental one-eyed, the Government wants to have that, but we don't want that, then we stop the negotiation and say, «Let's have an enquiry; let's have an enquiry and then we introduce some thirty people and discuss full day the whole matter,» and of course the evaluation of the government then goes into pieces sometimes.

This is a long-lasting process, it uses time, it is time-consuming, but nobody said that democracy is the quickest form of government, nevertheless is the best one.

[Traducció]

Malauradament, la gent, els diputats tendeixen a posar en qüestió aquests detalls i a dir: «Bé, jo, des del meu districte electoral, tinc informació que diu que el que vostè ha escrit no és veritat, i per mitjà del meu districte electoral i d'altres fonts d'informació —els sindicats, les empreses—, tinc informació que diu que la situació és aquesta altra». Aleshores es troben amb el problema de respondre preguntes ridícules o preguntes intel·ligents i d'haver de demostrar la seva informació, i això és bo per als polítics, i aleshores, al final de tot, de vegades les comissions tenen la sensació que l'avaluació de l'avantprojecte és bona, però a mi em sembla que és esbiaixada, governamentalment esbiaixada; el Govern ho vol així, però nosaltres no ho volem així, aleshores aturem la negociació i diem: «Fem una investigació, hi involucrem una trentena de persones i debatем durant un dia sencer la qüestió», i aleshores, de vegades, l'avaluació del Govern es desmunta.

És un procés que dura molt, requereix temps, vol dir molt de temps, però ningú no ha dit que la democràcia sigui la forma més ràpida de govern, tantmateix és la millor.

El moderador

Sí, Manuel Pulido.

El Dr. Manuel Pulido Quecedo

En esa línea quería preguntarle si existe alguna experiencia en Portugal entorno a la evaluación económica de leyes —no me refiero a las leyes fiscales o de contenido estrictamente económico, sino a leyes que afectan a diversos ámbitos o ramos de la Administración, por ejemplo, la Administración judicial, la educativa, etcétera. En España se ha suscitado en tiempos recientes un cierto debate en torno a la reforma de la Ley de educación (Ley orgánica 10/2002, de calidad de la educación) en el que la oposición, el Partido Socialista, se ha quejado amargamente de que la Ley no llevaba una memoria económica, que evaluase el coste económico de la reforma educativa. Y hace poco se ha producido, en el año 2000, una reforma muy profunda de toda la legislación procesal civil (Ley 1/2000, de enjuiciamiento civil), con una nueva ley que ha sustituido a una ley centenaria, de



1881, sin que tampoco se hubiese evaluado los costes que conlleva la aplicación de la nueva Ley.

Y la pregunta que suele plantearse en estos casos es si la valoración del coste (no sólo económico) de la ley mediante la incorporación, *verbi gratia*, de una memoria económica exhaustiva acerca de las prospecciones económicas del gasto que ello supone, facilita el que la ley se apruebe. Porque puede ocurrir que, ante una ley tan cara, una ley que comprometa gastos en términos prospectivos —pensemos en los escenarios de Maastricht y en las exigencias de la Unión Europea—, haya reticencias, haya dificultades para su aprobación. Digamos que la pregunta es si en el contexto de esta lucha por mejorar la evaluación de las leyes —en la que resulta, por tanto, legítima la cita a la que hizo alusión el doctor Karpen a la célebre frase del canciller Bismarck, sobre que de la ley y las salchichas es mejor no saber como se elaboran—, porque en ocasiones, si bien es cierto que la clásica mención al valor de la ley como exigencia de la «conformación de la realidad social», puede sonar a retórica en estos tiempos, no se sabe a veces qué es primero, si los bueyes o la carreta. En ocasiones, una buena ley posibilita, en ejercicios posteriores, el que una reforma legislativa costosa se lleve a cabo, si no en cuatro años a lo mejor en ocho, o en doce, pero, al fin y a la postre, se lleva a cabo. Mientras que, por el contrario, un exceso de celo en la evaluación puede hacer desistir al Parlamento de aprobar un texto legislativo.

¿Qué le parecen estas consideraciones?

La Dra. Marta Tavares de Almeida

I think that I'd like to make two or three points. I think that even if a law takes some time to be adopted, but there is a good evaluation study, we don't waste time. And for me, well, Switzerland has very good examples, and Germany, but I remember the examples of Sweden where all the legislation takes a long time to be prepared, sometimes two or three years. But they reach a consensus and a major part of social actors are involved in the preparation of the law, so the law is well accepted. So if there is a good evaluation study, if we have a culture of evaluation — as professor Mader said — we consider that we are not wasting our time.

The other aspect I would like to underline is a very interesting experience on evaluation studies. I myself and two economists, two professors from the School of Economics of the Universidade Nova, evaluated the different options for an amendment of the current system of «tacit granting of petition» in the frame of the Code of Administrative Procedure. The economists pointed out that a cost-benefit analysis is not only an economic analysis; we must also involve cultural, political and social costs. We must see between the costs and benefits what is the best solution, and it is not only an economic analysis, but it involves social, administrative, political costs.

In this project, we have analyzed very well the problem, the objectives, the methods, and then we choose four options: the zero option — changing nothing —, and then three other options with different proposals, and you have assessed the effects of each of these options. I must say that in this field the work was more of the two economists, my work was more identifying all the proposals, analyzing the legislation, doing the link between the law and the economists. Really we always need a multidisciplinary team in a evaluation study.

[Traducció]

M'agradaria comentar dues o tres qüestions. Penso que fins i tot si una llei triga a ser aplicada, però hi ha un bon estudi d'avaluació, no perdem el temps. I per mi, Suïssa en té molt bons exemples, i Alemanya també, però recordo els exemples de Suècia, on la legislació triga molt a preparar-se, de vegades dos o tres anys; però arriben a un consens i, com que hi ha una àmplia part dels actors socials implicats, la llei acaba sent ben acceptada. De manera que si hi ha un bon estudi d'avaluació, si hi ha una cultura de l'avaluació —com diu el professor Mader—, considerem que no perdem el temps.

L'altre aspecte que m'agradaria subratllar és una experiència molt interessant referent als estudis d'avaluació. Jo mateixa i dos economistes, dos professors de la Facultat d'Econòmiques de la Universidade Nova, hem avaluat les diferents opcions per a l'esmena del sistema actual de «concessió tàcita de petició» en el marc del Codi de procediment administratiu. Els economistes han assenyalat que una anàlisi cost-benefici no és solament una anàlisi econòmica; s'hi han d'incloure costos culturals, polítics i socials. Hem de veure entre els costos i els beneficis quina és la millor solució, i no és úni-



cament una anàlisi econòmica, sinó que implica costos socials, administratius i polítics.

En aquest projecte hem analitzat molt bé el problema, els objectius, els mètodes, i hem triat quatre opcions: l'opció zero —no canviar res— i tres altres opcions amb diferents propostes de valoració dels efectes de cadascuna d'aquestes opcions.

Haig de reconèixer que, en aquest camp, el treball va ser més cosa dels dos economistes; la meua feina va consistir més a identificar les propostes, analitzar la legislació i servir de nexa entre el dret i els economistes. Sempre cal un equip multidisciplinari en un estudi d'avaluació.

L'Univ. Prof. Dr. Ulrich Karpen

I would, if you allow mister chairman, link two interesting points of this morning together. Doctor Mader talked, I think, quite rightly that it is not a technique we are talking about but a culture. And doctor Tavares mentioned one of the most important issues: time. Time, time for evaluation is not lost time, but time, even if it is two years and takes one period of legislature, is an essential element of the whole business, because evaluation, of course, needs some academic and bureaucratic expertise, but it needs, on the other hand, special procedure; evaluation is a procedure.

I mean, to pick up the idea of time of doctor Tavares in Sweden, the Swedish experiment, I mean the final goal we want to reach with every draft law is to make it a law which is implemented and accepted by the people, and that means if you apply the proper procedure and include the people, the target people as being affected by the law, and the target people of an economic law are different from the target people of a penal law, and the target people of an ecology law are different from the target people of a law which deals with working with nuclear materials.

If you include this people in evaluating the draft law from the very beginning, and that means from the beginning in the initiation process in Government, and in the negotiation process in the full house and the committee, most of the work for the final law to be accepted you have done already. So what I want to say is that there is a deep

notion and a deep good idea to say it is culture not only techniques and it is a procedure and it is a dynamic process and in the very end, if you have integrated all this people, the adoption of the law is easy, because the major work has been done. The law then not falls from heaven as a gift from the Lord but it is the product of a procedure which includes many of the decision makers and the addressees from the very beginning.

[Traducció]

M'agradaria, si m'ho permeteu, senyor moderador, enllaçar dues qüestions força interessants d'aquest matí. El doctor Mader ha dit, crec, molt encertadament que no estem parlant d'una tècnica, sinó d'una cultura. I la doctora Tavares ha mencionat una de les qüestions més importants: el temps. El temps per a avaluar no és temps perdut, però el temps, fins i tot si són dos anys i triga un període d'una legislatura, és un element essencial de tot plegat, perquè l'avaluació, per descomptat, necessita especialització, tant acadèmica com burocràtica, però, d'altra banda, necessita també un procediment especial; l'avaluació és un procediment.

El que vull dir, recollint la idea del temps de la doctora Tavares a Suècia, l'experiment suec, és que l'objectiu final que volen assolir amb cada avantprojecte és fer una llei implantada i acceptada per la gent, i això vol dir aplicar-hi el procediment correcte i incloure-hi la gent, la gent a qui va adreçada la llei, i els destinataris d'una llei econòmica són diferents dels destinataris d'una llei penal, i els destinataris d'una llei ecològica són diferents de les persones a qui va destinada una llei relacionada amb el fet de treballar amb material nuclear.

Si des del principi incloem aquests destinataris en l'avaluació de l'avantprojecte, i això significa des del principi —en el procés d'iniciació en el Govern i en el procés de negociació en el ple i en la comissió—, ja haurem fet la major part de la feina perquè la llei s'accepti. Per tant, el que vull dir és que és una noció profunda i una bona idea dir que és cultura, no solament tècniques, i que és un procediment i un procés dinàmic, i, finalment, si hem integrat tota aquesta gent, l'aplicació de la llei és fàcil perquè la major part de la feina ja està feta. Aleshores la llei no cau del cel com un regal del Senyor, sinó que és el resultat d'un procediment que inclou, des del principi, tant els qui prenen les decisions com els destinataris.



El moderador

Per raons de temps, serà ja l'última pregunta. Gràcies.

El Sr. Claro José Fernández-Carnicero

De acuerdo. Muy rápido. Es una referencia a la relación entre evaluación *ex ante* y motivación de las leyes. Es un tema clásico, es un tema que, como todos conocen, está incluso en los ilustrados del siglo XVIII, en Gaetano Filangieri, en su obra clásica sobre el arte de legislar, o incluso en Bentham, en Jeremy Bentham, en su *Nomografía*.

Hoy padecemos una desviación, que es la que subyace en el concepto tecnocrático de la ley, que consiste en convertir la ley en un mero acto de decisión, en un mero acto decisionista, en un mero acto de voluntad. Y la ley debe ser fundamentalmente un mandato normativo, con vocación de permanencia, con vocación de estabilidad. La permanencia y la estabilidad, para ser efectivas, exigen ante todo la motivación de la ley. La motivación tiene —como todos conocemos, y aunque esto sea muy reiterativo, pero creo que es bueno recordarlo aquí— dos actos.

En primer lugar, la motivación cuando es proyecto de ley, por eso se llama *exposición de motivos*, y cuando ya es ley, de acuerdo con el lenguaje constitucional, *preámbulo*. Bien, es importante que el Gobierno, en la exposición de motivos, realmente no se limite a exponer los motivos políticos de la decisión, sino que dé una relación de todos los actos que de alguna manera justifican el acto de legislar, es decir las razones de su iniciativa, para que no sea una pura decisión o un acto arbitrista, sino que realmente responda desde su origen a pautas de racionalidad.

Pero tan importante como que el Gobierno, en su exposición de motivos, haga una relación de todo lo que avala la ley —aunque luego haya otros documentos que acompañen la ley, como la memoria económica y todo aquello que dice el artículo 88 de la Constitución española que debe acompañar la ley—, es también no menos importante que el Parlamento, en su preámbulo, continúe con esa filosofía de evaluación *ex ante* y no se limite a copiar, a transcribir la exposi-

ción de motivos, que es estrictamente gubernativa, y motive lo que es un acto propio del Parlamento.

Esto puede sonar muy teórico, pero a veces tiene unas consecuencias fundamentales. ¿Por qué? Porque si el Parlamento se esfuerza por... yo no digo innovar absolutamente lo que es la exposición de motivos, pero sí por motivar lo que ha sido el *iter* de formación de voluntad en el Parlamento, está dando elementos también para que en la interpretación de la norma, aunque el preámbulo no sea propiamente un acto normativo, se aporten elementos para que la evaluación *ex ante* sea realmente eficaz.

Es decir, los poderes públicos tienen que acostumbrarse a dar cuenta de lo que hacen, y por eso el principio de motivación es tan importante, y por eso —y termino— en la Constitución española tiene cada día más importancia el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos del artículo 9.3, que también es aplicable al Parlamento, porque el Parlamento puede caer en la tentación del decisionismo, de decir simplemente amén a lo que un gobierno le propone. El Parlamento tiene que motivar, porque eso es evaluar también de alguna manera; ayuda, por lo menos, a evaluar.

Muchas gracias.

La Dra. Marta Tavares de Almeida

Yes. I agree with you. The only thing I would add is that I think that is very important to prepare and send to the Parliament a very good memorandum with a clear identification of the problem and of the social, political and economic effects that the law could provoke. And I suppose that then the Parliament, the committees can add what they want.

[Traducció]

Sí. Estic d'acord amb vostè. L'única cosa que afegiria és que crec que és molt important preparar i enviar al Parlament un molt bon memoràndum, amb una identificació clara del problema i dels efectes socials, polítics i econòmics que podria provocar la llei. Suposo que aleshores el Parlament, les comissions hi poden afegir el que vulguin...



El Sr. Claro José Fernández-Carnicero

Pero no sólo eso, no sólo enviar documentos que de alguna manera sirvan de fundamento a la ley, sino que eso se refleje en la introducción a la ley.

La Dra. Marta Tavares de Almeida

Ah! Sí, claro. They must be considered en la introducción a la Ley. Estoy de acuerdo. And then we have all the procedure of hearings, consultation in the Parliament, and these procedures can add very important elements to the first bill. So, I agree with you.

Thank you.

[Traducció]

Ah! Sí, és clar. S'han de tenir en compte a la introducció de la Llei. Hi estic d'acord. I després hi ha tot el procés d'audiències i consultes en el Parlament, i aquests procediments poden afegir elements molt importants al primer projecte. Per tant, estic d'acord amb vostè.

Gràcies.

El moderador

Obrigado, professora Tavares. Moltes gràcies.

Amb esta última intervenció finalitza la sessió del matí. Només vull donar les gràcies a tothom perquè ha sigut molt fàcil, la moderació, i recordar-vos que a les quatre i quart de la vesprada continuarà esta sessió de treball amb la ponència de la professora Montoro.

Moltes gràcies i fins després.

IV ponència

Seguretat jurídica i tècnica legislativa

Dra. María Jesús Montoro Chiner

*Catedràtica de dret administratiu
de la Universitat de Barcelona*

Sumari

- I. La seguretat jurídica: una aproximació conceptual
 - A. No es deriva només del conjunt de regles jurídiques
 - B. Aportació limitada de la tècnica legislativa a la seguretat jurídica
 - C. Seguretat jurídica com a condició d'eficàcia de les normes
 - D. Seguretat jurídica i conjunt de requisits mínims del sistema normatiu
- II. Textos normatius com a expressió de continguts, senyals i símbols
 - A. Norma, text de la norma i normativitat
 - B. La seguretat jurídica depèn de la normativitat i no del text de la norma
 - C. Valoració diferent de la seguretat jurídica segons els diversos conceptes de ciència jurídica
 - D. Seguretat jurídica i regles configurades per privats
 - E. Seguretat jurídica i comitès científics o d'experts
 - F. Efectes de la norma i seguretat jurídica
- III. Requisits mínims del sistema normatiu: la seguretat jurídica en les limitacions de drets fonamentals, en la regulació del procediment i en la configuració de les fonts del dret
 - A. Certesa, previsibilitat i predictibilitat
 - 1. Posició del Tribunal Constitucional sobre el principi de seguretat jurídica
 - 2. Seguretat jurídica i legitimitat de la norma
 - B. Des de la protecció dels drets fonamentals. Exigències de seguretat jurídica
 - 1. El supòsit de l'article 11.2 de la Llei 35/1988
 - 2. Funcions del factor temps en la seguretat jurídica
 - C. Exigències de seguretat jurídica en la regulació de regles de procediment
 - 1. Seguretat jurídica en l'ús d'instituts jurídics
 - 2. Seguretat jurídica en la creació del dret: el cas dels reglaments i de la legislació delegada
 - D. Lleis de pressupostos generals i lleis d'acompanyament
- IV. Societat en temps de canvi i seguretat jurídica. Aportacions des de la tècnica legislativa
 - A. L'origen de les regles: nombroses galàxies substitueixen l'única fins ara coneguda
 - B. La regulació
 - C. L'autoregulació
 - 1. Normes i especificacions tècniques de compliment voluntari
 - 2. Elements indispensables de les normes tècniques
 - D. El principi de cautela o la seguretat jurídica en temps de risc



El coordinador del *workshop* (Dr. Ismael E. Pitarch, lletrat major del Parlament de Catalunya)

Bona tarda. Abans de començar amb la conferència, permetin-me que, des de l'organització, faci uns breus comentaris. Primer de tot, gràcies; no els diré gràcies a vostès per la seva presència, que també; sinó que em permetran que doni primer les gràcies a Blanca Massé i Francesca Guardiola, perquè sense la seva dedicació i la seva col·laboració en l'organització no hauríem pogut fer avui aquestes jornades; després gràcies, sobretot, a la doctora Montoro, que ha posat a la nostra disposició les seves amistats, l'agenda de les seves coneixences, perquè poguéssim contactar amb uns conferenciant tan destacats.

Després els demanaré a vostès que, si no van deixar l'adreça quan s'hi van inscriure, ho facin, per poder-los enviar la publicació de les jornades. S'han dit moltes coses, de vegades sense temps de madurar-les; per això serà bo llegir-les amb calma i amb reflexió; també per això, vull agrair al professor Karpen el doble regal que ens ha fet: portava escrita una magnífica conferència, i ens ha donat també una nova magnífica conferència. Intentarem d'editar-les totes dues, o la fusió d'ambdues, perquè són molt suggerents.

Ara, en aquest dilluns de febrer, vull recordar que Gandhi deia: «no hi ha camí per a la pau, la pau és el camí». Avui hem descobert, en aquest context parlamentari, que el camí de la pau té dues voreres diàfanes: el diàleg i el temps; per la tècnica legislativa, per defensar els drets humans, perquè el Parlament faci el que se n'espera, per oposar-se a la guerra, calen diàleg i temps. Les voreres del camí de la pau són el diàleg i el temps.

Finalment, m'agrada dir als professors Karpen i Mader, completant una dita, que si «els amics dels meus amics són els meus amics», tam-



bé «els professors dels meus professors són els meus professors». Ha estat molt agradable i enriquidor aprendre personalment i directament de vostès, quan fins ara els coneixíem només per mitjà de les referències de la doctora Montoro o dels escrits i les cites del professor Pau Salvador. Els puc confessar, a aquesta hora més càlida de després de dinar, que el primer disgust important i la primera lliçó d'humilitat que vaig rebre al Parlament, la vaig rebre indirectament de vostès, per mitjà dels professors Viver Pi-Sunyer i Salvador, quan vaig tenir coneixença dels estudis del grup Gretel sobre la forma de les lleis i la tècnica legislativa, i, posteriorment, dels d'avaluació legislativa de la doctora Montoro. Havíem estudiat tant com poguérem dret públic, constitucional i parlamentari..., havíem fet l'esforç de preparar i d'aprendre la nova Constitució i, de sobte, vam saber que fèiem malament les lleis del Parlament, quan tan bé les volíem fer; havíem, doncs, de començar a estudiar i conèixer noves disciplines, de les quals ni ens havien parlat a les facultats. Vam descobrir que si la forma de les lleis era important, més important encara n'era el fons; si la tècnica legislativa ens estimulava perquè era assolible, malgrat les inèrcies ambientals, l'esforç per a incorporar l'eficiència de la legislació i les oficines parlamentàries de seguiment i avaluació legislativa, havia de comprometre en el futur moltes de les nostres reflexions i actuacions. En els valors constitucionals de la seguretat jurídica, en el respecte dels drets del ciutadà, en la voluntat prometeica de millorar el treball del Parlament en el que tenim a l'abast, van néixer la llavor del que avui són aquestes jornades, i el desig que en siguin un inici, perquè en aquest, com en tants d'altres afanys parlamentaris, amb temps i amb diàleg, hi ha un llarguíssim camí per recórrer.

Gràcies.

La moderadora (Il·lma. Sra. Imma Folchi i Bonafonte, oficiala major del Parlament de Catalunya)

Molt bé, Ismael. Bé, comencem ara ja la darrera ponència d'aquest *workshop* Legislador i tècnica legislativa.

Aquesta darrera ponència és a càrrec de la doctora María Jesús Montoro, i és per a mi un honor presentar-la i actuar de moderadora en la sessió que ens impartirà la doctora Montoro, i és un honor, i quasi podria dir que és un costum, moderar-la en sessions sobre tècnica legislativa, sobre tècnica normativa, ja que en múltiples ocasions, o en les ocasions en què les institucions públiques de Catalunya s'han plantejat reflexions sobre el tema de la tècnica legislativa, sobre el tema de les normes per a elaborar les normes, en totes aquestes ocasions ens hem vist implicades la doctora Montoro i jo. Evidentment, ella aportant sempre la ciència i la reflexió jurídica, i jo aportant sempre la curiositat i l'interès. Poques aportacions més he pogut fer.

Presentar la doctora Montoro és complicat, perquè és una persona que té un currículum professional dilatadíssim, un currículum professional molt extens, en àmbits molt diversos del que podríem dir que és la ciència jurídica. Tothom sap que és catedràtica, que és catedràtica de dret administratiu de la Universitat de Barcelona; però també és membre de la Comissió Jurídica Assessora; també és membre del Consell Rector de l'Escola d'Administració Pública de Catalunya, on en certes ocasions hem promogut també jornades i cursos de reflexió sobre la tècnica normativa; és professora de la Càtedra Jean Monnet de la Universitat de Barcelona, i, en fi, té una multitud de publicacions fetes sobre la matèria específica de l'avaluació de les normes i la racionalitat i l'eficiència de les normes jurídiques, sobre l'abast de la tècnica normativa en la Llei 13, que, per cert, va constituir un experiment pioner en l'àmbit de l'ordenament jurídic català, quan, l'any 1989, s'estava elaborant aquesta Llei d'organització, procediment i règim jurídic de l'Administració de la Generalitat. Doncs en aquesta Llei ens vam en-testar uns quants, atïats per la doctora Montoro, a introduir algun precepte que continguéssin unes normes bàsiques que guïessin el procés d'elaboració de les normes generals, i ens en vam sortir, almenys en la teoria; el precepte es va incorporar a la Llei, el compliment pràctic ja mereixeria una avaluació de l'eficàcia de les normes a les quals fa referència tota aquesta jornada de treball. No obstant tot això, és, en fi, una ini-



ciativa que en el seu moment va ser pionera i que tenim ja incorporada al nostre ordenament jurídic com un primer pas per a seguir endavant en aquest procés d'anàlisi i avaluació de l'eficàcia de les normes i en aquest procés d'introduir unes regles de tècnica normativa que afectin tots els poders que elaboren normes: poder legislatiu, en la mesura en què som els titulars d'aquesta funció cabdal per a la democràcia de fer les lleis, però també poder executiu, en la mesura que li toca fer el desenvolupament de tot aquest cabal legislatiu que aprovem els parlaments.

La doctora Montoro ens té preparada una sessió interessantíssima sobre la seguretat jurídica i la tècnica legislativa. És una sessió que serveix per a complementar perfectament tota l'anàlisi que al llarg d'aquest matí hem anat fent sobre l'avaluació de l'eficàcia de les normes i sobre els diversos models que ens han ofert tant el professor Mader com el professor Karpen, com la doctora Marta Tavares, als quals des d'aquesta tribuna voldria agrair molt sincerament la presència entre nosaltres i la illustració que ens han fet dels models dels seus respectius països.

I permeteu-me ara que me n'aprofiti —aquí, dels polítics, se n'aprèn molt, i quan tens un micro te n'aprofites—, doncs, que me n'aprofiti ara, perquè vull agrair molt sincerament a l'Ismael Pitarch la iniciativa que ha tingut d'organitzar aquesta jornada, Legislador i Tècnica Legislativa. Des de l'inici d'aquesta legislatura, d'aquesta sisena legislatura del Parlament de Catalunya, ens anàvem plantejant entre els membres del Cos de Lletrats la necessitat de promoure unes reflexions sobre la tècnica normativa, i de promoure-les des de diverses perspectives: des d'una perspectiva teòrica i des d'una perspectiva d'estudiar models estrangers, des d'una perspectiva de conèixer quins eren els avenços que s'havien arribat a aconseguir en aquest camp en altres països. El quefer quotidià, la feina de cada dia, sovint dificulta poder dur a la pràctica aquestes voluntats de reflexió, però ens hem vist quan encara no hem acabat aquesta sisena legislatura, durant la qual hem tingut moltíssima feina quotidiana, però això no ens ha impedit —gràcies a l'esforç de l'Ismael Pitarch i de tot el Cos de Lletrats— poder arribar a fer aquesta sessió de treball, que suposo, i espero, i desitjo, i m'hi comprometo davant de tothom, que no serà l'última que farem sobre la matèria, i, sobre tot, si tenim les ilustracions que ens aportarà ara la doctora Montoro.

Així que esperem les teves paraules, María Jesús.

I. LA SEGURETAT JURÍDICA: UNA APROXIMACIÓ CONCEPTUAL

Mentre la societat entengui que el desenvolupament de qualsevol activitat o conducta ha de tenir una referència en el dret, es pot definir la seguretat jurídica com la seguretat del dret.¹ Per aquesta raó, el dret ha de tendir a conformar-se amb un mínim nivell de certesa o de confiança, de manera que els individus trobin una «estructura i un funcionament regulars».²

A. No es deriva només del conjunt de regles jurídiques

En termes de tècnica legislativa interessa fer ressaltar que la seguretat jurídica, en el pla formal, exigeix la correcta situació de l'estructura normativa en l'ordenament, tal com la Constitució disposa; i, en el pla material, que el contingut de regulació de les normes s'ajusti a la capacitat que posseeix cada una d'aquestes, en l'estructura de l'ordenament, per a cobrir el supòsit de fet concret. Des de l'Estat de dret, és obvi que l'apel·lació a la certesa de la llei no cobreix tots els espais necessaris per a la consecució de la seguretat jurídica; la vinculació juridicoconstitucional a la llei i al dret significa la introducció d'una estructura jurisprudencial i jurisdicteòrica que es coneix com la interpretació de la llei i que dona lloc al procés de formació del dret. Per això, la seguretat jurídica no pot quedar reduïda exclusivament al contingut de regles jurídiques, sinó que cal estendre-la a un procés més ampli en el qual convergeixen les regles i la interpretació que en resulta. Aquesta necessària simbiosi entre norma i dret no es pot menystenir, tot i que s'escometi una anàlisi de la seguretat jurídica des del punt de vista estricte de la tècnica legislativa.

Les normes són fruit d'un consens polític, però, com assenyala Larenz,³ «el que és decisiu és que el dret, si ha de ser una “mesura de la política” i, com a tal, vincular tots els òrgans de l'Estat, no pot

1. ARCOS RAMÍREZ, F. *La seguridad jurídica, una teoría formal*, Madrid, 2000, p. 32.

2. PÉREZ LUÑO, A. E. *La seguridad jurídica*, Barcelona, 1991, p. 21.

3. LARENZ, K. *Metodología de la ciencia del Derecho*, Madrid, 1980, p. 499.



quedar exclusivament a disposició dels que, en cada cas, siguin políticament competents —tot i que representin la respectiva majoria—, sinó que ha de mostrar el component que li garanteixi també, davant d'allò que és polític, una certa mesura d'autoestabilitat, un valor propi. Certament, per a arribar a ser aquí i ara dret positiu, vigent, no pot prescindir de l'actuació política, és a dir, de decisions; però les decisions, al mateix temps, s'han de justificar davant les exigències del Dret».

B. Aportació limitada de la tècnica legislativa a la seguretat jurídica

La tècnica legislativa és, en efecte, un instrument per a l'obtenció de la seguretat del dret. En la mesura que la tècnica legislativa col·labora en la recta elaboració de les normes, en l'adequació dels seus mandats i prohibicions, en l'ajustament temporal de les seves determinacions i en l'exactitud material i temporal de l'aplicació dels seus preceptes, es pot concloure que l'aplicació de regles de tècnica legislativa millora la concepció de les regles jurídiques, i augmenta amb això l'exactitud i la certesa del dret. No obstant això, seria superficial concloure que la tècnica legislativa es converteix en la panacea de la seguretat jurídica i de la fiabilitat del dret.

El Tribunal Constitucional ha manifestat, en diverses ocasions, que la seguretat jurídica és la suma de certesa i legalitat, jerarquia i publicitat normativa, irretroactivitat d'allò que no és favorable i interdicció de l'arbitrarietat (STC 20-VII-1981 i 10-VII-1987). Fins i tot donant per bona aquesta definició de la seguretat jurídica com a suma de principis, exigències i fins i tot valors de l'ordenament, fàcilment es comprova que la tècnica legislativa és un instrument que penetra transversalment en cada un d'aquests, ja que la concepció adequada del precepte, la utilització correcta de la norma que els conté, la situació de la norma en l'ordenament i la racionalitat dels seus continguts signifiquen un percentatge de correcció en la certesa, en la legalitat, en la jerarquia, en la publicitat, etcètera.

Potser caldria desmitificar la influència de la tècnica legislativa en la seguretat jurídica. Unes normes millors no creen un dret millor, però

sí que és cert que unes normes millors compliquen menys la creació del dret. No tota inseguretat jurídica s'origina per normes deficitàries, però la major part de la inseguretat jurídica resulta actualment de normes deficitàries.

Curiosament, no obstant això, resulta que determinades condicions o exigències de seguretat jurídica són condicions o exigències de tècnica legislativa. Així, Fuller⁴ adverteix que el nucli de la qualitat o la qualitat de les normes coincideix, en gran manera, amb les notes o exigències de seguretat jurídica: generalitat de les normes, promulgació, irretroactivitat, claredat, coherència normativa, possibilitat de compliment, estabilitat i congruència entre l'acció oficial i la llei declarada. Paradoxalment, aquestes consideracions o condicions s'ancoren en la denominada *moralitat interna del dret*, que, en el fons, arriba a transformar la seguretat jurídica, més que en un principi, en un valor constitucional.

C. Seguretat jurídica com a condició d'eficàcia de les normes

Una altra cosa és si actualment la seguretat jurídica ha deixat de ser el que va significar en el passat, ja que el desafiament dels temps moderns i canviants i la transformació de la societat per les noves tecnologies de la informació i les biotecnologies obliga que el productor de les normes navegui en un àmbit d'incertesa que l'incapacita per a adoptar decisions o resolucions normatives convertides en regles capaces d'originar estabilitat i certesa jurídica. Per aquesta raó m'inclinaria a admetre la seguretat jurídica més com a condició per a l'eficàcia del dret o de les normes que com a condició ontològica d'aquestes. Considero més correcte admetre que la societat dels temps moderns exigeix a la seguretat jurídica el coneixement *ex ante* del que l'Estat pretén dels particulars; formulat d'una altra manera: predictibilitat i previsibilitat, més que un valor teòric a esperar de l'estructura de les normes. Així, coneixement del dret i previsibilitat de les seves regles en sentit formal és el que el ciutadà espera de l'ordenament referit a la seva conducta, més que no pas un atribut

4. FULLER, L. *La moralidad del Derecho*, Mèxic, 1964, p. 52-53.



del mateix ordenament en el pla teòric. En conclusió, racionalitat, previsibilitat i precaució, certesa davant la incertesa, més que no pas un altre tipus de consideracions teòriques, de moralitat o de justícia.

D. Seguretat jurídica i conjunt de requisits mínims del sistema normatiu

Per aquesta raó, el mètode d'aproximació al problema que aquí se segueix consisteix a analitzar els requisits mínims d'un sistema normatiu per a aconseguir, presumiblement, la fiabilitat del dret; quin tipus de seguretat jurídica es requereix i s'espera en períodes de canvi i què es pot evitar aplicant unes senzilles regles de tècnica legislativa, la qual cosa, en el fons, no és més que posar en relació la vinculació juridicoconstitucional de l'aplicador i del jutge a la llei i al dret. A això s'ha donat una resposta que aquí ens fem pròpia: «la vinculació del jutge a la llei significa posar en vigor la funció de la llei juridicoconstitucionalment prevista amb els mitjans de l'argumentació i la fonamentació jurídiques per a tractar de trobar una resolució justa, i així respectar també la missió i la responsabilitat, no substituïbles juridicodjudicialment, del poder legislatiu».⁵ Aquesta idea no minimitza la participació de la jurisprudència en la formació del dret, ja que reconeix l'activitat de l'aplicador o l'activitat judicial com un procés de formació del dret que, en el cas del jutge, està «fonamentada i limitada constitucionalment i juridicoteòricament per l'ofici del jutge i per la missió de la jurisprudència judicial».

Com assenyalava el jutge Larenz,⁶ d'acord amb la seva posició juridicoconstitucional, té la missió de concretar la forma i d'omplir, d'acord amb la Constitució, les llacunes de l'ordre jurídic, en ambdós aspectes, respecte al desenvolupament del dret, però també ha de tenir en compte la primacia del legislador en la formació de les normes. Per això, està vinculat als seus actes d'establiment del dret i a les deci-

5. BADURA, P. «Grenzen und Möglichkeiten des Richterrechtes», a *Schriftenreihe des deutschen Sozialgerichtesverbandes*, XI. 1973, p. 87.

6. *Op. cit.*, p. 501.

sions valoratives. La necessitat d'una creació del dret *contra legem* només li és permesa quan es tracta de la solució de contradiccions de valoració dins l'ordre jurídic en conjunt. Novament es troba aquí l'interès de la tècnica legislativa, per a evitar el que s'anomena *desenvolupament judicial del dret contra legem*, el que postulava el moviment modern del dret lliure; com més perfecció i claredat troba el que jutja en la recerca de la norma, menys solucions de contradiccions haurà de valorar i, per tant, la decisió tindrà més qualitat i ajustament constitucional i, possiblement, més seguretat jurídica.

II. TEXTOS NORMATIUS COM A EXPRESSIÓ DE CONTINGUTS, SENYALS I SÍMBOLS

A. Norma, text de la norma i normativitat

Si s'entén que la funció de l'ordenament jurídic és aportar ordre i permanència en els comportaments, direcció de la realitat i desenvolupament de la societat, legitimació i integració, i recerca de consens en determinats conflictes polítics, és essencial distingir entre normativitat, norma i text de la norma, i delimitar exactament la funció i la capacitat del text del precepte. I en això es basa, precisament, el problema, és a dir, a analitzar el text de la norma com a contingut o com a senyal o símbol, especialment quan el text de la norma no conté la normativitat i l'estructura material concreta de la regla o quan dóna significacions o frases, quan atorga sentits, quan expressa finalitats i impedeix, de manera lògica, la representació de la subsumpció de la conseqüència jurídica en el text per mitjà de l'habitual tasca interpretativa. Com assenyala Müller,⁷ l'específic en els textos normatius és la qualitat de la normativitat, és a dir, el complex regulatiu subordinat que li és atribuït. La normativitat no és una qualitat del text, tal com es mostra; la normativitat és un procés o un antecedent estructurat. Cada norma no constitueix un element aïllat i incomunicat en el món del dret que s'integra en un ordenament jurídic determinat (STC 233/1999, FJ 19). Cal analitzar la normativitat del dret i analit-

7. MÜLLER, F. *Juristische Methodik*, Berlín, 1976, p. 116.



zar, alhora, la normativitat del complex de regles al qual pertany el text del precepte concret, per tal d'arribar a l'anàlisi del comportament i de la relació de la normativitat entre norma i text normatiu.

B. La seguretat jurídica depèn de la normativitat i no del text de la norma

Posant en relació el que hem dit abans amb la seguretat jurídica, es dedueix fàcilment que aquesta és una qualitat del dret que opera com a resultat de l'estructura de la norma, de la seva normativitat i del seu text, en funció, a més, de la seguretat jurídica del *ser* de la norma. *Sein* significa 'norma jurídica' com a ordre, com a judici hipotètic, com a principi configurat de manera lògica i formal, com a voluntat buida de contingut. Per això, el dret i la realitat, la norma i el supòsit de la realitat que preveu la norma, es troben a vegades confrontats: en el rigorisme neokantià seria l'enfrontament entre el *ser* i l'*haver de ser*, *Sein* i *Sollen*. Com que norma i realitat apareixen separades, cal tractar-les de manera separada. La seguretat jurídica és quelcom que aparenta tenir una influència diferent en el positivisme pur i en altres corrents jurídics. Si, en el positivisme, norma i text de la norma tenen el mateix valor, precisament perquè conforma un pensament apartat de la realitat, la seguretat jurídica és un concepte que es fa dependre estrictament del resultat dels preceptes, i no del resultat de la seva aplicació per mitjà d'un procés complex interpretatiu.

La seguretat jurídica es pot fer dependre d'un procés interpretatiu mitjançant el qual se subsumeix la realitat en el text de la norma, sabent que el text de la norma n'expressa la normativitat dins d'un conjunt o de la totalitat d'una estructura jurídica de l'ordenament desenvolupat durant decennis o segles, sotmès a interpretacions de naturalesa valorativa, o sotmès al més pur positivisme jurídic.

C. Valoració diferent de la seguretat jurídica segons els diversos conceptes de ciència jurídica

L'anàlisi de la fiabilitat del dret no pot ser la mateixa des d'un concepte positivista de ciència jurídica que des d'un concepte de la ciència jurídica en el qual es posi atenció a determinats valors. La referència a valors no se cenyeix tan sols als valors de l'ordenament, sinó també als valors que la societat utilitza i que són el contingut d'expressions que actualment tothom coneix però que ningú no s'atreveix a definir, i menys el legislador, ja que incorporen elements de la tecnologia o de la ciència, que acaben denominant-se *desenvolupament sostenible*, *risc* o *principi de cautela*, i que decididament ens porten al convenciment que el dret és la llei positiva en el coneixement de la doctrina i de la jurisprudència.

Com assenyala Müller,⁸ el purisme en la norma és incompatible amb la inseguretat jurídica, per la senzilla raó que, tendint només al text de la norma —i no als valors— en la seva aplicació, norma i text de la norma resulten ser el mateix. M'inclino a pensar que en el moment actual és difícil entendre la norma nua, freda, fora del seu contingut social o de la realitat, i que, per cert, no hi caben textos normatius mancats de valors, si més no en la seva interpretació. L'expressió extrema del que s'ha dit és que les normes es transformen en configuració de continguts, senyals i símbols, i la seva interpretació haurà de tenir en compte drets fonamentals com la protecció de la vida o de la integritat física, o valors constitucionals com la dignitat. En aquestes circumstàncies, cal plantejar-se si la seguretat jurídica és el valor que fins ara s'entenia que era, o és, en efecte, un valor d'eficiència del dret i, per tant, les transformacions de la societat juntament amb les transformacions del dret incideixen en el concepte de seguretat jurídica i dificulten la influència que la bona tècnica legislativa pugui arribar a tenir en la seva consecució.

8. *Op. cit.*, p. 58.



D. Seguretat jurídica i regles configurades per privats

Partint del fet que l'objectiu de la legislació és l'estabilitat del comportament social, entès com les relacions de l'individu envers ell mateix i envers els altres individus i la permanència d'aquestes relacions, es podria assenyalar que crear ordre i seguretat jurídica és la missió principal o la funció essencial de l'ordenament. Això no obstant, en els temps moderns, la funció de l'ordenament és fonamentalment la direcció, la consolidació determinativa dels comportaments humans i, sobretot, com assenyala Müller,⁹ la funció directriu determinativa en àmbits concrets, com ara la sanitat, l'economia, el medi ambient, el comerç, etcètera.

La complexitat creixent de la societat ha conduït, a més, al fet que, en nombroses ocasions, l'Estat permeti que els mateixos individus que tenen un coneixement especialitzat intervinguin per mitjà del seu potencial normatiu i de procediments consensuats en l'establiment d'un tipus de normes que creixen paral·leles a les autèntiques normes emanades del legislatiu; tot i que siguin acceptades d'una manera voluntària, tenen un alt grau d'efectivitat perquè cobreixen tots els espais a què el legislador no podria arribar, a causa de l'alta especialització de la matèria. Hi ha àmbits i sectors en els quals la societat ha produït regles paral·leles a les autènticament legislatives, que no es poden ignorar quan parlem de seguretat jurídica, ja que, a vegades, constitueixen un ordenament paral·lel, aplicable a productes, processos o tecnologies que mouen un àmbit econòmic en els processos productius. Curiosament, aquest tipus de regles tenen un grau d'acceptació molt més alt, tot i que siguin fonamentalment de contingut tècnic o econòmic, que no pas les regles jurídiques emanades del legislatiu *stricto sensu*, circumstància que pot fer pensar si la societat, per mitjà de processos d'autoregulació o de creació de normes tècniques (tot i que poden semblar el mateix, no ho són), desplaçarà amb el temps la capacitat normativa de l'Estat de dret. Com s'ha de congregar la seguretat jurídica amb aquest tercer tipus de regles paral·leles que apareixen perquè l'ordenament així ho preveu, però que pel

9. MÜLLER, G. *Elemente einer Rechtssetzungslehre*, Zurich, 1999, p. 10-11.

seu element subjectiu de producció i aplicació constitueixen una especialitat en l'ordenament? La seva aparició i proliferació queden justificades per la incapacitat de l'ordenament jurídic tradicional per a abordar els problemes de la societat moderna.

E. Seguretat jurídica i comitès científics o d'experts

El panorama s'acaba de descriure si, a més, hi introduïm la intervenció dels comitès d'experts o dels comitès de científics que assessoren els poders normatius, sigui en lleis o en reglaments, d'una manera preceptiva o no preceptiva, es tracti d'informes vinculants o de no vinculants. Tot aquest hipotètic control d'intervenció o de qualitat de les normes, si més no pel que fa a la recerca del supòsit de fet, adequat i adaptat a l'Estat de la ciència, de la realitat i de la tecnologia, introdueix en el procés normatiu un tipus de controls que no sempre són innecessaris en el dret. El judici de la ciència, del qual està tan necessitat sempre el poder polític, atorga a la legislació un halo de legitimitat, ja que la composició dels comitès, propers a tots els sectors socials, aporta més grau de qualitat en el supòsit normatiu, tot i que l'allunyi, generalment, de la seva normativitat, entenent per normativitat, com ja hem dit, l'estructura anterior total de les normes. Aquesta circumstància fa que en alguns sectors, com ara els de la biotecnologia, l'allunyament de la nova norma respecte a la normativitat de les seves regles en dificulti la interpretació, encara que millora, moltes vegades, la seguretat jurídica.¹⁰

F. Efectes de la norma i seguretat jurídica

No estic d'acord amb la representació ideològica que el canvi ha d'impedir necessàriament la seguretat jurídica, o que la seguretat jurídica és un concepte passat de moda en períodes moderns o de canvi tecnològic o social. Però sí que crec que cal relativitzar el con-

10. Un desenvolupament més complet d'aquesta qüestió, l'exposo en el treball «Seguridad jurídica, principio de cautela y comités científicos», en el número monogràfic de la revista *Documentación Administrativa, Derecho Administrativo, Ciencia y Nuevas Tecnologías*, en curs de publicació.



cepte de seguretat jurídica o portar-lo cap a una expressió —com ja he dit— de l'eficiència de la norma, en el sentit que valgui per al que es va concebre, és a dir, que no produeixi en el conjunt de la societat uns efectes diferents dels que el legislador va lligar amb la seva concepció. En terminologia actual, ja hi ha prou seguretat jurídica si la norma produeix l'efecte pretès i elimina tota possibilitat d'originar efectes collaterals. Els efectes collaterals d'una regla jurídica, a causa que manca al text de la norma l'entramat necessari entre aquesta i la seva normativitat, són detectables en massa ocasions —tantes que no es poden comptar— i encareixen la creació del dret, encareixen l'aparell de la justícia, i encareixen, a més, la capacitat d'aplicació del dret.

III. REQUISITS MÍNIMS DEL SISTEMA NORMATIU:

LA SEGURETAT JURÍDICA EN LES LIMITACIONS DE DRETS FONAMENTALS, EN LA REGULACIÓ DEL PROCEDIMENT I EN LA CONFIGURACIÓ DE LES FONTS DEL DRET

A. Certesa, previsibilitat i predictibilitat

1. Posició del Tribunal Constitucional sobre el principi de seguretat jurídica

La seguretat jurídica, quant a certesa de la norma o garantia de la confiança dels ciutadans (STC 205/1992, FJ 2), comporta una protecció de qui ajusta la conducta a la legislació vigent davant canvis normatius raonablement imprevisibles, especialment pel que fa a la conducta econòmica. La seguretat jurídica com a jerarquia prohibeix la remissió en blanc d'una llei als reglaments (STC 225/1993, FJ 6.d). La seguretat jurídica, referida al dret fonamental a la legalitat punitiva, implica les garanties d'ordre material i de caràcter absolut en els àmbits en què es produeixen les limitacions dels drets que comporten les sancions penals i administratives, i d'ordre formal, referint-se al rang forçosament legal de les normes tipificadoras de les conduttes i reguladores de les sancions (STC 6/1994 i 45/1994). El principi de seguretat jurídica no és garantia d'un dret fonamental, per la qual cosa és exclòs de la protecció del recurs d'empara.

La seguretat jurídica com a irretroactivitat de les normes té les seves excepcions en les normes sancionadores més favorables i en les normes tributàries, però això no significa que la legitimitat d'aquesta retroactivitat no pugui ser qüestionada quan entra en col·lisió amb altres principis, com ara, precisament, el de seguretat jurídica.

«Afirmer que las normas tributarias no se hallan limitadas en cuanto tales por la prohibición de retroactividad establecida en el artículo 9.3 CE, en tanto que no son normas sancionadoras o restrictivas de derechos individuales, no supone de ninguna manera mantener, siempre y en cualquier circunstancia, su legitimidad constitucional, que puede ser cuestionada en cuanto a su eficacia retroactiva entre en colisión con otros principios consagrados en la Constitución (STC 126/1987, FJ 9), señaladamente por lo que aquí interesa, el de seguridad jurídica, recogido en el mismo precepto constitucional (STC 173/1996, FJ 3 y 4).» (STC 182/1997, FJ 11)

El principi de seguretat jurídica no s'ha entès com un valor absolut, perquè això donaria lloc a la congelació o la petrificació de l'ordenament jurídic existent (STC 126/1987, FJ 11); tampoc no s'entén com un dret dels ciutadans el manteniment d'un règim jurídic determinat, en concret fiscal (STC 27/1981 i 6/1983). La seguretat jurídica protegeix la confiança dels ciutadans que ajusten la conducta a la legislació vigent davant canvis normatius que no siguin raonablement previsibles (STC 150/1990, FJ 8). En definitiva, respecte a la seguretat jurídica i la retroactivitat, s'ha de dir que, no essent aquella un valor absolut, això no significa que qualsevol regulació pugui reputar-se conforme a la protecció de la confiança dels ciutadans que garanteix l'article 9.3 de la Constitució. La vulneració de la Constitució per vulneració de la seguretat jurídica no es pot establir sinó mitjançant una anàlisi de les circumstàncies concretes que hi concorren, especialment de la previsibilitat de la mesura adoptada i les raons que han portat a adoptar-la, i, alhora, «sólo después de una ponderación de los diferentes elementos en presencia, es posible concluir si el artículo 9.3 CE ha resultado vulnerado o si, por lo contrario, la seguridad jurídica que, insistimos, no es un valor absoluto, debe ceder ante otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos» (STC 82/1997, FJ 12).



La seguretat jurídica com a claredat i certesa del dret també és un principi exigible en la determinació de l'aplicació de les normes. Així, en la STC 118/1996, FJ 8, s'adverteix:

«La claridad y certeza del derecho que requiere el principio de seguridad jurídica, consagrado en el artículo 9.3 de la CE [...], no se ve favorecida por esta forma de legislar [...] la norma deja en la más completa indefinición los casos en que la ley debe de considerarse de aplicación directa, y aquellos otros en los que haya de tener aplicación supletoria, por lo que no puede decirse que lleve a cabo una regulación que facilite el conocimiento por parte de los poderes públicos y de los ciudadanos afectados, de cuáles son las normas estatales que se estiman aplicables (STC 15/1989, FJ 1).»

Malgrat això, el Tribunal Constitucional no va admetre la inconstitucionalitat del precepte només per infracció de la seguretat jurídica, si no se suma a una altra vulneració que constitueixi indubtablement una extralimitació competencial.

El Tribunal Constitucional tampoc no ha posat objeccions d'inconstitucionalitat a la tècnica d'incloure preceptes bàsics estatals en lleis autonòmiques, tot i que l'ha condicionada al fet que la reproducció sigui íntegra, sense omissions que donin lloc a confusió o vulnerin la seguretat jurídica (STC 73/1997, FJ 2, entre altres). No ha estalviat crítiques des de la tècnica legislativa (STC 162/1996, FJ 3) tot i que s'admet per raons de sistemàtica. Segons el meu parer és una tècnica rebutjable, ja que el legislador autònom autolimita la seva capacitat de configuració normativa i, posteriorment, confon respecte a quin és el dret invocable en cas de recurs de cassació. En supòsits concrets, com el de la disposició addicional primera de la Llei 8/1987, municipal i de règim local de Catalunya, la tasca de conèixer quines són les regles bàsiques estatals que el dret autonòmic local assumeix com a pròpies del seu règim local es relega a l'aplicador; a l'hora de refondre la legislació vigent a Catalunya sobre règim local, com passa en aquests moments, el Govern acaba per decidir quin és el de la regla incorporada —o ha estat incorporada tàcitament— el seu àmbit, etcètera, especialment si el legislador no n'ha fet l'adaptació prèvia.

La certesa del dret exigeix el manteniment dels límits concrets en les lleis amb un contingut constitucionalment definit, com la Llei de pressupostos generals. Una regulació aliena a aquesta funció pot originar incertesa i violar el principi de seguretat jurídica, i, en aquest cas, pot ocasionar la inconstitucionalitat del precepte aliè a la Llei pressupostària.

«La certeza del Derecho que exige que una ley de contenido constitucionalmente definido, como es la Ley de Presupuestos Generales, no contenga más disposiciones que las que corresponden a su función institucional, debido a la incertidumbre que una regulación ajena a esta función puede originar (por todas, STC 65/1990, FJ 3; 76/1992, FJ 4.a; 178/1994, FJ 5; y 195/1994, FJ 2) [...].

»En el presente supuesto es dado a apreciar que la incorporación de una regulación ordenadora del estatuto de la función pública regional, cual es la contenida en la disposición cuestionada [...] a la Ley de Presupuestos, cuyo carácter temporal resulta expresamente afirmado en el bloque de la constitucionalidad aplicable a la materia contemplada, ha supuesto un quebranto del principio de seguridad jurídica, entendido como certeza del Derecho [...]» (STC 130/1999, FJ 8).

De tot el que s'acaba de dir, que, com és lògic, no té la pretensió de ser una anàlisi constitucional sobre les conseqüències de la seguretat jurídica, es pot concloure que la seguretat jurídica no és un valor absolut, que poques vegades té transcendència respecte a la constitucionalitat i la validesa de la norma, que es fa valer sempre juntament amb altres principis i que es pondera per mitjà dels seus continguts (certesa, irretroactivitat del que no és favorable, jerarquia i interdicció de l'arbitrarietat, a més de publicitat de la norma).



2. Seguretat jurídica i legitimitat de la norma

La conclusió a què s'arriba des del pla de la tècnica legislativa és que la seguretat jurídica o, més ben dit, la inseguretat jurídica, es produeix, més que de la norma, de la seva normativitat, és a dir, de l'encaix del text o precepte de la norma que pretesament comporta el vici de la inseguretat en la resta de l'ordenament jurídic, sigui per aspectes formals o per aspectes materials. A tot el que s'ha dit, cal afegir-hi que alguns autors consideren que la seguretat jurídica és incompatible amb la injustícia; la seguretat jurídica és no només previsibilitat de la legalitat, sinó també previsibilitat d'una legalitat que gaudeix de legitimitat.¹¹ Per a allunyar-se de les ideologies que identifiquen Estat de dret amb seguretat jurídica,¹² i per a evitar plantejaments que obliden la legitimitat de la norma i la seva injustícia en nom d'una seguretat jurídica només basada en una utilització ideològica del positivisme, el Tribunal Constitucional ha definit la seguretat jurídica com la suma dels principis de certesa i de legalitat, de jerarquia i publicitat normativa, d'irretroactivitat del que no és favorable, d'interdicció de l'arbitrarietat, equilibrada de manera que permeti promoure, en l'ordre, la justícia i la igualtat en llibertat. (STC 27/1981, FJ 10)

B. Des de la protecció dels drets fonamentals. Exigències de seguretat jurídica

Tal com s'ha avançat en la introducció, es podria admetre que la seguretat jurídica, més que un valor moral i positiu, és una suma d'exigències que tracten d'alleujar els mals que es poden produir des del mateix dret, en el sentit que és més un valor negatiu que un valor positiu que permeti foragitar els conflictes originats o creats pel mateix dret. En suma, mals que es produeixen per deficiència de l'art de legislar, però que difícilment la tècnica legislativa evita: només els atenua.

11. PÉREZ LUÑO, A. E. *Op. cit.*, p. 58. ARCOS RAMÍREZ, F. *Op. cit.*, p. 167.

12. Cito per ARCOS RAMÍREZ, F. (*op. cit.*, p. 167, nota 163) l'obra de K. DOHERING.

Si la tècnica legislativa és un mitjà que pot mitigar el càncer de l'ordenament jurídic constituït per la inseguretat jurídica, és evident que aquesta desenvolupa el seu paper principal en els supòsits en què el que està malament s'ha d'evitar costi el que costi: protecció dels drets fonamentals, procediment i processos, i creació i formació de les normes.

En el cas dels drets fonamentals, cal tenir-ne en compte no només el contingut constitucionalment declarat, sinó també la configuració legal. El problema s'aguditza perquè, als drets fonamentals, els manquen en gran manera uns contorns precisos, i, en aquests casos, la seguretat o la inseguretat jurídica només es pot mesurar aplicant les regles de la raonabilitat.¹³ Per als drets fonamentals, temps o terminis excessivament breus, imposicions o restriccions confuses, regulacions compostes de conceptes jurídics indeterminats i excessiva discrecionalitat, o, fins i tot, regulacions disperses de part dels continguts que no són constitutius del seu desenvolupament estricte, resulten lesius a l'hora de fer-ne la configuració i condueixen necessàriament a la inseguretat. No cal evitar les regulacions indicatives dels drets fonamentals o, si més no, orientatives de comportaments individuals i socials, però aquestes han d'expressar, més enllà d'un mandat imperatiu, els comportaments socials que s'han de perseguir per mitjà de regulacions individuals.

A més, cal tenir en compte que la major inseguretat jurídica que pateix l'exercici de drets fonamentals es percep mitjançant les normes que no en regulen directament l'exercici, però que indirectament afecten drets fonamentals (medi ambient, sanitat, investigació). Si la regulació dels sectors mediambientals o la regulació de la sanitat afecta l'exercici dels drets individuals, generalment això no preocupa el legislador, però ja s'ha pogut comprovar com normes sobre residus o sobre protecció atmosfèrica han interferit en l'exercici de drets fonamentals (per exemple, el cas *López Ostra*). Més recentment, els supò-

13. CARRASCO PERERA, A. «El juicio de razonabilidad en la jurisprudencia constitucional», REDC núm. 11, 1984, p. 53: «Juicio de razonabilidad y juicio de constitucionalidad coinciden tanto en su contenido —sólo lo razonable es constitucional— como en su límite —dentro del marco de la razonabilidad todas las soluciones son constitucionalmente válidas, porque todas ellas son objetivamente no arbitrarias.»



sits de sorolls als aeroports o els sorolls que provenen de zones de lleure (STC 119/2001).¹⁴ Doncs bé, aspectes relatius als assaigs clínics continguts en la Llei 25/1990, del medicament, especialment l'article 90, intitulat «Respecte als postulats ètics», han estat modificats per la Llei 63/2002, de mesures fiscals, administratives i d'ordre social (d'acompanyament als pressupostos generals per a l'any 2003).

1. El supòsit de l'article 11.2 de la Llei 35/1988

Un exemple paradigmàtic del que s'ha dit, que possiblement afecta més d'un dret fonamental, era l'article 11.2 de la Llei 35/1988, de reproducció assistida. El text del precepte deia literalment: «No se autorizará la crioconservación de óvulos con fines de reproducción asistida en tanto no haya suficientes garantías sobre la viabilidad de los óvulos después de su descongelación.» Com és sabut, actualment ja s'ha donat llum verda a la utilització dels òvuls congelats per a la fecundació, després d'un informe de la Comissió de Reproducció Assistida, per mitjà d'un real decret. L'anàlisi dels preceptes permet concloure que afecta tant la persona que entra en un procés de reproducció assistida com, en part, l'investigador i el seu dret a la investigació científica. Gairebé quinze anys més tard, mitjançant la utilització d'una figura reglamentària, s'ha procedit a «desenvolupar o aclarir» un precepte que, segons el meu parer, no plantejava més qüestió, sempre que s'entenguessin correctament el supòsit de fet i les seves conseqüències jurídiques. El precepte ha estat modificat pel Congrés el 16 d'octubre de 2003, però encara l'ha de tramitar el Senat.

Els preceptes de les lleis contenen supòsits de fet i conseqüències jurídiques. A vegades, la conseqüència jurídica es remet de manera dinàmica a un moment posterior; tot i que formalment és una tècnica rebutjable perquè és controvertida, també el supòsit de fet es pot remetre a un moment posterior. En la legislació moderna, les remissions s'efectuen en benefici de l'estat de la tècnica i de l'estat de la ciència. En aquests casos es produeixen dubtes interpretatius quant al moment o el període temporal en què sorgeix el supòsit de fet re-

14. KARPEN, H.U. «The obligations to evaluate the effects of law on the exercise of fundamental rights», Fourth Congress of the EAL, juny del 2000.

mès amb la conseqüència jurídica ja concretada. Aquest era el cas de l'esmentat article 11.2 de la Llei 35/1988. Segons alguns, el text era confús; segons altres, el text era incert. Però el text admet la lectura següent: la crioconservació d'òvuls s'ha d'efectuar amb garanties sobre la viabilitat després de la descongelació; s'autoritza amb garanties; no s'autoritza mentre no hi hagi garanties. En el moment que ja hi ha garanties, el supòsit de fet queda entès de manera diferent: es pot autoritzar perquè hi ha garanties en la descongelació. Que el precepte comentat necessités un desenvolupament reglamentari era una qüestió de regulació i aclariment de les competències administratives per a autoritzar, però, des de fa anys, la regla quedava aclarida, i el seu text presentava una clàusula temporal d'adaptació interna que en el precepte feia innecessària la modificació de la norma mitjançant una norma del mateix rang, ja que la prohibició s'aixecava quan es produïen les garanties de viabilitat en la crioconservació. Qualsevol altra interpretació portava a l'absurd que, en aquell moment històric (poc després de 1988), es podien congelar preembrions resultants de la reproducció assistida però, en canvi, no es podien congelar ovòcits, que corresponen a una fase menys desenvolupada, llevat que s'interpretés, com es fa aquí, en el sentit que la Llei elimina els impediments un cop hi ha les garanties. Quan les garanties apareixen ja no es pot parlar de prohibició absoluta de la Llei, sinó de regla o text de la norma, la normativitat de la qual, en relació amb altres, permet extraure la conseqüència jurídica un cop ha avançat l'estat de la ciència.¹⁵

15. Les comunitats autònomes, segons el Reial decret 120/2003, del 31 de gener, són les responsables d'autoritzar i avaluar els experiments. Les actuacions han de ser gratuïtes i han de tenir l'aprovació per escrit dels participants i una assegurança de responsabilitat civil. També fixa les condicions dels centres que desenvolupin els assaigs. Com ha comentat la premsa (*El País*, dissabte 1 de febrer de 2003), la regulació de la fecundació d'òvuls congelats arriba tres mesos després que naixés a Barcelona una nena fruit d'aquesta tècnica. La Llei de reproducció humana assistida de 1988 no permetia la congelació i la posterior descongelació d'òvuls amb finalitat reproductiva. En aquest cas, la prohibició no obeïa a una objecció ètica dels legisladors, com la que impedia la investigació amb preembrions, sinó a una precaució davant una tècnica que el 1988, quan es va redactar la Llei, no estava suficientment provada. El naixement de la nena va demostrar que el procés era viable. Així, la Llei del 1988, de reproducció assistida, que sí que permetia la congelació d'esperma, ha estat ampliada amb la possibilitat que les dones que han de patir un procés d'esterilització (per quimioteràpia o extirpació d'ovaris, per exemple) puguin congelar els seus òvuls per a fer-ne ús més endavant per a procrear.



2. Funcions del factor temps en la seguretat jurídica

L'exemple de l'article 11.2 de la Llei 35/1988 representa també un cas de com el temps en el dret incideix en la seguretat jurídica. El dret es compon de temps, o si més no l'estructura del dret. Els temps en el dret tenen un paper estel·lar, ja que els drets atribuïts es componen de referències i estructures temporals. El temps és un factor en el dret i és, a més, un factor en la llei, però el temps en la llei no és sempre el temps natural. A vegades, el temps en la llei és empíric, i, generalment, el temps jurídic té límits empírics. Podem parlar de la «juricitat» del temps. Pensament jurídic i pensament temporal haurien de coincidir, ja que en el pensament jurídic el pensament temporal produeix efectes en la interpretació de les normes. Es pot parlar del valor jurídic del temps, perquè el temps és un factor de legitimació del dret. La mateixa Constitució es vincula a un temps concret i el legislador pren els supòsits de fet d'un temps concret. Tot i que la creació del dret es produeixi en un moment temporal concret, aquest s'ha d'ajustar a la realitat social i a les necessitats de la societat.

L'allunyament de la interpretació de la norma en el moment que es va concebre és una mesura de cautela per trobar la interpretació adequada per raó que, de vegades, la norma projecta els seus propis supòsits, com s'ha dit, a un moment posterior, o, fins i tot, les seves conseqüències jurídiques. Per aquesta raó es considera que el que la Llei 42/1988 permetia, la «puesta a disposición del investigador de estructuras biológicas desde las primeras fases, para dar la posibilidad de donación de gametos o células reproductivas y de óvulos fecundados *in vitro*¹⁶ garantizando la libertad científica e investigadora,

16. El supòsit esmentat és especialment controvertit, ja que, com es comprova, en resulten afectats el dret a la vida, a la llibertat científica i a la investigació, la protecció de la llibertat d'empresa, el dret a la igualtat i el dret a la intimitat. La referència al dret a la vida, cal interpretar-la en la seva versió també de la integritat física. Partint de l'article 2 de la Convenció europea de drets humans, el *nasciturus* no té dret a la vida, ni és titular de drets cívics, si més no en la jurisprudència del Tribunal Europeu de Drets Humans. El Tribunal Constitucional, en la Sentència 212/1996 i en la Sentència 116/1999, i abans ja en la Sentència 53/1985, ha decidit que l'article 15 de la Constitució només protegeix els nascuts. En les qüestions relacionades amb els embrions no hi està implicat el dret a la vida. El qui ha de néixer no té un dret fonamental a la vida, però la Constitució no ho oblidia, ja que és un bé jurídic constitucionalment protegit com a part del contingut normatiu de l'article 15 de la Constitució. No pertoca invocar la garantia normativa que protegeix els drets fonamentals respecte al contingut essencial de

condicionándola a valores de la Constitución: protección del cuerpo y de la vida, y capacidad de decisión del afectado y la vida humana», es veia, en certa manera, impedit per una interpretació no adaptada a la realitat de l'article 11.2 de la Llei 35/1988, que ha estat recentment modificada pel Congrés amb una regulació pròxima, per bé que diferent a la que aquí es proposa (BOCG - CD, Sèrie A 171-10, 21.10.2003).

C. Exigències de seguretat jurídica en la regulació de regles de procediment

La major part de situacions jurídiques afectades per inseguretat jurídica s'originen per regulacions deficientes del procediment, entenent per aquest tant els procediments administratius com els processos davant qualsevol jurisdicció, per raó que tant els uns com els altres

l'article 53.2 de la Constitució. En tot cas, l'Estat legislador té un deure de protecció de qui ha de néixer.

En els trasplantaments de fetus humans o de preembrions no viables es dona, a més, el cas que aquests ni tan sols són *nasciturus*. En el cas de les estructures cel·lulars, es tracta d'aclarir el que segueix: no és *nasciturus* el preembrió no viable, i el preembrió viable pot ser-ho quan s'implanti, però fins ara és una estructura cel·lular, que alguns civilistes anomenen *cosa*. Però el que és clar és que no és un bé jurídicament protegible; cal preguntar-se si l'embrió, que no és un bé jurídicament protegible, podria estar protegit sota el concepte de la dignitat humana, o si podria estar protegit per la irradiació de la dignitat humana, en l'antesala de la protecció a la vida. Si s'entén que la dignitat humana és la base dels drets fonamentals, o si la dignitat humana significa la possibilitat de ser titular de drets, com defensen alguns.

Referent a això, alguns assenyalen que l'embrió gaudeix d'una posició constitucionalment garantida, que implicaria rebuig a l'adopció per part de l'Estat de qualsevol mesura destructiva o impeditiva del seu creixement. I que impedeix també la manipulació de les ments dels progenitors cap a l'embrió, per mitjà del seu rebuig, amb mesures indirectes. En aquest aspecte, la Sentència del Tribunal Constitucional 116/1999 estableix que l'Estat s'ha d'abstenir d'obstaculitzar el procés natural de gestació i està obligat a protegir, efectivament, la vida. Però una cosa és l'embrió en el seu procés natural i una altra cosa és l'estructura cel·lular en fase preembrionària. Des del punt de vista de la col·lisió entre drets fonamentals, cal analitzar la tensió entre el dret a la vida i la llibertat investigadora. Els drets fonamentals a vegades col·lionen: així, el dret de vaga de fam col·lionaria amb el dret a la vida, ja que el dret a la vida té un contingut positiu que, per la seva protecció positiva, impedeix considerar-lo com a dret a la mort. (Es tractava del cas de l'alimentació dels presos en vaga de fam, STC 61/1990.)

També col·lionen el dret a la llibertat ideològica i el dret al règim de visites de parels de condemnats (STC 141/2000), i, en l'article 17 de la Constitució, llibertat amb seguretat (STC 145/2001), o, en l'article 20, llibertat d'expressió amb relació laboral (STC 197/1998).

Tornant a l'ús de preembrions en la investigació, el dret fonamental a la investigació no inclou l'ús dels preembrions perquè aquell acaba d'entrar en contacte amb la irradiació de la dignitat



poden vulnerar la tutela judicial efectiva o redundar-hi, produir indefensió, o portar a situacions d'autèntica inactivitat o omissió. Les normes procedimentals en sentit ampli són el vehicle per a fer valer drets materials. No té sentit, doncs, que la dificultat en l'aplicació de les normes processals i procedimentals origini, alhora, altres conflictes de naturalesa formal que dilatin o difereixin la consecució de drets materials. No només perquè les infraccions de procediment fan sorgir drets formals a qui potser no posseïa drets materials, sinó també perquè per al titular de drets materials pot significar un calvari, en alguns casos, arribar a obtenir-ne l'efectivitat. El dèficit en la regulació de les normes de procediment origina processos dins un al-

humana de l'estructura celular de l'embrió. Per tant, el dret fonamental a la investigació no obliga el legislador a fer claudicar el preembrió en una hipotètica llei amb finalitats exclusivament investigadores. Perquè l'investigador no pot disposar sobre un altre hipotètic subjecte de dret; si bé s'ha acordat que l'embrió encara no és subjecte de dret. Per això es tracta de posar en benefici de la investigació objectes de dret o coses, masses o estructures cel·lulars, que donarien un resultat diferent.

Algunes persones assenyalen que, si el legislador retarda la regulació de la investigació amb preembrions, aquest retard podria resultar contrari a la ciència i coartar la llibertat científica dels investigadors més enllà del que és raonable en un dret fonamental. La irradiació i la dimensió objectiva dels drets fonamentals obliguen el legislador a adoptar les mesures certes i necessàries en benefici d'aquests. Per aquesta raó, la investigació amb gàmetes no atempta contra el dret a la vida, i tampoc ho fa la investigació amb embrions en fase preembrionària.

Respecte als preembrions sobrants de la reproducció assistida, després d'un procés de fecundació *in vitro*, i no trasplantats, cal assenyalar el que segueix: la dona que els va produir no els necessita, ja que a ella no la portarien a un embaràs. Si volgués un altre embaràs ho diria per escrit i resoldria la qüestió. L'adopció d'embrions encara no s'ha plantejat, perquè no tenen l'estatus de persona, tot i que seria possible si els que els van originar en fessin manifestació expressa, ja que la protecció de la vida no exigeix que es conservin indeterminadament. En principi, sembla que es pugui deixar que segueixin el seu destí. Però deixar que segueixin el seu destí podria semblar també contrari a la dignitat humana. Abans de deixar-los seguir el seu destí, podrien ser destinats a la investigació per a la diagnosi terapèutica de malalties, si no es poden aconseguir els mateixos resultats d'una altra manera, i sempre sota un control estatal en el sentit de control públic. Així, la protecció a la vida s'equilibra amb la llibertat d'investigació i amb el dret a la salut d'altres, i amb el principi rector reconegut per l'article 44 de la Constitució, respecte a la promoció de la investigació per a l'interès general.

Relacionant tot això amb l'article 9.3 de la Constitució i la seguretat jurídica, la regulació actual sembla que és contrària al principi de seguretat jurídica. Si bé és cert que el Tribunal Constitucional ha assenyalat que, només si les emissions o confusions que la Llei genera originessin en els destinataris una incertesa radicalment insuperable sobre la cultura exigida o sobre la previsibilitat dels seus efectes, hi hauria inseguretat jurídica. Aquest sembla que és ara el cas, pel que fa a la investigació amb cèl·lules mare.

tre procés, encareix l'ordenament jurídic i pot arribar a fer inefectiva la recerca de la solució concreta, i, si no la fa efectiva, la dilata excessivament.

S'ha dit moltes vegades que les regles sobre procediment s'haurien de mantenir tan homogènies com fos possible, i que s'hauria de procurar evitar que la regulació distingís terminis diversos, sentits diferents d'actes o resolucions en funció del temps transcorregut, i, especialment, dins del dret públic, que es fragmentessin les regles genèriques sobre el procediment. De fet, es tendeix a homogeneïtzar en allò que és bàsic —si més no, en el procediment administratiu— les regles d'aplicació bàsica i les regles d'aplicació que han de ser desenvolupades per altres regles jurídiques, però, en canvi, en innumbrables detalls, com ara termes o requisits, es produeix una fragmentació que fa malbé l'efecte inicial de l'homogeneïtzació.¹⁷

Un altre element productor d'inseguretat jurídica és la dispersió del contingut regulatiu de les normes procedimentals que de mica en mica van desapareixent de les lleis generals sobre el procediment i passen a ocupar àmbits de regulació de lleis que ordenen un sector

17. La regulació de l'impacte ambiental o del control integral de la contaminació, regulades en el seu origen per les instàncies europees, amb solucions diverses a cada part del territori de l'Estat.

La Llei 41/2002, del 14 de novembre, bàsica reguladora de l'autonomia del pacient i de drets i obligacions en matèria d'informació i documentació clínica, porta un precepte, que és l'article 9, que s'intitula «Limitacions del consentiment informat i consentiment per representació». En l'apartat 4 es llegeix que la interrupció voluntària de l'embaràs, la pràctica d'assaigs clínics i la pràctica de tècniques de reproducció humana assistida es regeixen pel que s'estableix amb caràcter general sobre la majoria d'edat i per les altres disposicions especials aplicables. Cal preguntar-se què signifiquen amb caràcter general les disposicions sobre la majoria d'edat, com casa la norma amb les regles civils de protecció del menor, d'estat civil i d'interrupció de l'embaràs en menors.

D'altra banda, l'article 9, paràgraf 2, lletra a, diu: «quan hi hagi risc per a la salut pública per raons sanitàries establertes per la Llei. En tots els casos, un cop adoptades les mesures pertinents, de conformitat amb el que estableix la Llei orgànica 3/1986 (que permet l'internament obligatori en circumstàncies determinades), s'ha de comunicar a l'autoritat judicial en el termini màxim de 24 hores, sempre que disposin d'internament obligatori de persones».

D'aquesta manera queda delimitat el dret fonamental regulat per la Llei orgànica 3/1986, amb l'exigència de comunicació a l'autoritat judicial en una llei ordinària, reguladora, a més, dels drets i les obligacions en matèria d'informació i documentació clínica.



o una matèria.¹⁸ Si del procediment administratiu es passa als procediments jurisdiccionals, què s'ha de dir de les qüestions que han sorgit a propòsit de la Llei 29/1998, que s'haurien pogut evitar amb un tractament més clar de les limitacions competencials?¹⁹

1. Seguretat jurídica en l'ús d'instituts jurídics

Finalment, respecte a l'ús adequat de les fonts del dret, cal advertir que no estem en un moment d'esplendor o plenitud de l'art i la forma d'utilitzar les normes. S'empren lleis com a actes administratius, algunes vegades per a impedir l'execució de sentències.²⁰ S'empra la forma de llei per a matèries que es podrien regular per reglament, i el contingut de les lleis d'acompanyament dels pressupostos gene-

18. Així, la Llei 11/2001, del 5 de juliol, per la qual es crea l'Agència Espanyola de Seguretat Alimentària, en la disposició addicional segona, regula el règim jurídic aplicable a la resolució administrativa d'autoritacions d'homologació i registre de plaguicides, autorització sanitària de mercaderies, autorització d'establiment per a repartir carn i productes carnis als Estats Units d'Amèrica, autorització sanitària de producció i comercialització amb països tercers de carn fresca, i l'avaluació i el registre de preparats alimentaris per a règims especials; el que es regula de l'autorització és el sentit del silenci administratiu genèricament atribuït per l'apartat 2 de l'article 43 de la Llei 30/1992, en la seva versió modificada per l'apartat 2 de la disposició addicional primera de la Llei 4/1999. Torna a succeir el mateix que amb la Llei 9/2003 (règim de productes modificats genèticament), però en la disposició addicional quarta, no en el cos de la norma que regula l'autorització. La dispersió del règim del silenci administratiu i del seu sentit encara és més gran.
19. Volum I i volum II de les resolucions del Tribunal Suprem en qüestions competencials sorgides de la Llei 29/1998, de la jurisdicció contenciosoadministrativa, que edita el Consell General del Poder Judicial (Madrid, 2001). Fonamentalment en la interpretació del fur electiu de l'article 14.1, regla 2, de la Llei 29/1998, en matèria d'estrangeria; de funció pública, respecte al naixement i l'extinció de la relació de serveis i funcionaris de carrera; d'atur; de propietat industrial; de Seguretat Social, i de trànsit i seguretat vial, que són aspectes —tots aquests— relatius a sectors de gran transcendència social i econòmica. Per posar un altre exemple, les qüestions derivades de la competència dels jutjats del contenciós i els tribunals superiors de Justícia en matèria d'expropiacions, qüestionada per les interlocutòries del Tribunal Suprem del 24 de juny de 2002, però reqüestionada o replantejada per la Sala Contenciosa Administrativa, secció 2a, del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, respecte al Jurat d'Expropiació de Catalunya i la naturalesa jurídica d'aquest òrgan, en relació amb l'atribució competencial del coneixement dels seus actes als jurats del contenciós. En suma, quatre anys després de la seva entrada en vigor, es qüestionen les competències entre el mateix ordre jurisdiccional.
20. Sentència del 3 d'abril de 2000, recaiguda en el recurs de cassació 4118/1998, sobre la presa d'Itoiz. S'utilitza una llei foral de reserves naturals, la Llei 9/1996, per a impedir l'execució d'una sentència, la qual cosa vulnera els articles 117 i 163 de la Constitució; 1, 2 i 5 de la Llei orgànica del poder judicial i altres de la Llei orgànica del Tribunal Constitucional, entre d'altres.

rals creix en proporció inversa al decreixement de l'activitat parlamentària. Es manté un diàleg entre el legislador i el Tribunal Constitucional per mitjà de les lleis d'acompanyament dels pressupostos generals per a reparar els inconvenients d'una declaració d'inconstitucionalitat. En fi, l'organització administrativa s'altera quant a la forma o el règim jurídic per mitjà de lleis d'acompanyament (anomenades així en sentit ampli). I, per descomptat, es regulen aspectes generals de l'activitat administrativa o de la seva organització, com l'Estatut de la funció pública, la vigència del qual és temporal,²¹ en lleis de pressupostos.

I què podem dir de les normes fiscals que es presten a equívoc? Per exemple, la disposició addicional cinquena de la Llei 30/1994, sobre el règim tributari de l'Església catòlica i altres confessions, esglésies i comunitats religioses, l'apartat 2 de la qual conté la regulació de les exempcions d'impostos a les universitats. Així: «el règim que disposa l'article 58.1 d'aquesta Llei és aplicable a les entitats que tinguin legalment equiparat el seu règim fiscal al de les entitats sense afany de lucre». La Llei orgànica 6/2001, d'universitats, en l'article 80 reproduïx l'antic 53.1 de l'LRU, que va quedar derogat per la disposició addicional novena de la Llei de jaciments locals. Deixa sense efecte la derogació dels beneficis fiscals de l'LRU i torna a reconèixer beneficis fiscals importants a les universitats, sempre que els béns quedin afectats al compliment dels seus fins (STSJC, 31 de desembre de 2002, Secció 1a de la Sala Contenciosa).

2. Seguretat jurídica en la creació del dret: el cas dels reglaments i de la legislació delegada

Un supòsit a tenir en compte pel que fa a la deficiència de les disposicions reguladores de normes procedimentals és el que afecta, alhora, les faltes de claredat de la regulació del procediment de creació del dret: per exemple, el que es refereix a la creació de textos reglamentaris (projectes de decrets) i de projectes de decrets legislatius,

21. Amb la consegüent declaració de nul·litat, en aquest cas, per la Sentència 130/1999, de l'1 de juliol.



com és el cas de l'article 64 de la Llei 13/1989, del 14 de desembre, d'organització, procediment i règim jurídic de l'Administració de la Generalitat de Catalunya. El precepte fa referència a la intervenció dels particulars en l'elaboració de projectes de reglament i de disposicions de caràcter general, conseqüència d'una delegació legislativa del Parlament al Govern mitjançant una llei de bases que tingui per objecte la formació de textos articulats o mitjançant una llei ordinària quan es tracti de refondre diversos textos legals en un de sol. La finalitat del precepte consistia a evacuar bé un tràmit d'informació pública com una forma de participació directa dels ciutadans en els assumptes d'interès públic. Convé recordar el precepte:

«Article 64. Si una llei ho exigeix o si ho decideix, segons els casos, el Govern o el conseller competent, la proposta de disposició general ha de ser sotmesa a informació pública o audiència de les entitats que, per llei, tenen la representació i la defensa d'interessos de caràcter general, o afectats per la dita disposició.»

Aquest control jurídic anticipat, que alguns consideren que és postulat d'eficiència i eficàcia pròpies de l'Estat social i democràtic de dret, es pot fer derivar de la participació a què es refereixen els articles 23.1 i 9.2 de la Constitució espanyola. Si aquesta derivació seria discutible, el que és clar és que es pot fer derivar de l'article 105 de la Constitució, segons el qual la Llei ha de regular l'audiència dels ciutadans en el procediment d'elaboració de les disposicions administratives.

Després de la lectura del precepte es pot comprovar que la seva expressió final no quedava ben determinada, a causa, en part, de les modificacions que va patir el text durant la tramitació parlamentària. Respecte al precepte esmentat, a propòsit d'una norma elaborada per la Generalitat de Catalunya a l'empara de la Llei 13/1989 i mitjançant el seu tràmit formal, el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya va fer, en una sentència del 13 d'octubre de 1994 (Secció 4a), les afirmacions següents:

- a) La Llei 13/1989, com que afecta l'organització pròpia de l'Administració de Catalunya, és l'aplicable territorialment per a l'elaboració de disposicions de caràcter general.

b) És aplicable en la base la jurisprudència que, sobre el tràmit d'audiència, han establert el Tribunal Constitucional i el Tribunal Suprem en interpretar l'article 105 de la Constitució. L'article 64 esmentat no es pot interpretar en el sentit que prescriu un tràmit d'audiència no preceptiu, ja que, agafant com a base l'article 105 de la Constitució, la Llei ha de regular l'audiència als ciutadans directament o per mitjà de les seves organitzacions, especialment en el procés d'elaboració de les disposicions administratives que les afecten. No es refereix, doncs, a una simple reserva a la Llei formal, sinó que estableix un tràmit essencial, indispensable i preceptiu, que impedeix la configuració d'aquest dret com una facultat discrecional de l'Administració: el que l'article 105 de la Constitució regula és una regla material del procediment administratiu que l'article 64 de la Llei 13/1989 pot perfilar, però mai deixar a arbitri de la discrecionalitat d'una llei autonòmica o de la decisió del Govern o d'un conseller.

En resum, l'article 64 pot millorar l'addició de l'expressió constitucional ampliant l'esfera de drets dels ciutadans, però mai retallant-la. (Aquest detall ja va ser advertit pel Consell Consultiu de la Generalitat en emetre el Dictamen 161, del 22 de juny de 1989, sobre el projecte de la Llei 13/1989 de referència.)

Un problema pitjor es planteja quan el projecte de disposició general és conseqüència d'una delegació legislativa del Parlament al Govern, mitjançant una llei de bases, que té per objecte la formació de textos articulats, o una llei ordinària quan es tracti de refondre diversos textos legals en un de sol. Com que en aquestes normes es podrien introduir algunes modificacions no permeses respecte a la matèria objecte de delegació, aquesta possibilitat justifica la necessitat del tràmit d'audiència i informació pública, en el cas que la naturalesa de la disposició ho aconselli. És ben cert que, si la introducció d'innovacions o modificacions és essencial, aquestes no són cobertes per les lleis de delegació i tenen naturalesa de reglament, com ha posat de manifest reiteradament la jurisprudència. En aquest cas, el tràmit d'audiència o el d'informació pública són difícils d'obviar.

Davant la dificultat de distingir quines matèries són les que estan excloses (en el sentit de revisar l'expressió «en el cas que la natura-



lesa de la disposició ho aconselli»), s'hauria de plantejar primerament quin tipus de refosa es proposa. Quan es tracta d'una refosa modesta o de poc abast de textos legals anteriors, solament a efectes d'ordre, enumeració o coordinació de preceptes, que acostumen a tenir, a més, caràcter organitzatiu, el tràmit d'audiència o d'informació pública podria ser exclòs en termes de tècnica normativa. No obstant això, quan es tracta de delegacions que permeten l'harmonització o la connexió de textos, és difícil assenyalar, en termes de tècnica legislativa, que la informació pública o l'audiència no són necessàries. Amb el benentès que no caldrà el tràmit si les organitzacions o les associacions que hi poden intervenir han participat en el procés d'elaboració de la disposició.

Tot això donant per fet que l'article 9 del Decret 324/2001, del 4 de desembre, relatiu a les relacions entre els ciutadans i l'Administració de la Generalitat de Catalunya per mitjà d'Internet, adverteix que la «informació administrativa facilitada per Internet no substitueix la publicitat legal de les lleis, de les disposicions generals i dels actes que han de ser publicats formalment en el DOGC i altres diaris oficials l'edició impresa dels quals és l'únic instrument que dona fe de la seva autenticitat i el seu contingut». Si més no, per ara.

Des d'un altre punt de vista es troben fàcilment habilitacions per a refondre textos autoritzades per una llei de pressupostos o una llei d'acompanyament; s'autoritza la refosa de textos legals vigents per mitjà de les lleis de mesures fiscals i administratives, o lleis d'acompanyament, sense fixació del termini.²² O s'introdueixen en els textos refosos determinacions de naturalesa temporal mitjançant disposicions addicionals o finals que concedeixin un termini per a realitzar alguna activitat o constituir un òrgan, amb allargament dels terminis i de les determinacions originàries de les lleis refoses. Doncs bé, el termini cert de l'autorització perquè l'executiu legisli és essencial, i, alhora, la legislació delegada no pot obrir terminis ni contenir referències temporals que no estiguin prèviament contingudes en les lleis.

22. A l'empara de l'article 82 de la Constitució i, per exemple, de l'article 33.1 de l'Estatut d'autonomia de Catalunya, malgrat que el precepte constitucional disposa que la delegació no es pot entendre concedida de manera implícita o per un període indeterminat.

D. Lleis de pressupostos generals i lleis d'acompanyament

Són conegudes les sentències del Tribunal Constitucional que marquen els límits materials de les lleis de pressupostos entre «un contingut mínim, necessari i indisponible, constituït per l'expressió xifrada de la previsió d'ingressos i l'habilitació de despeses, i un contingut possible, no necessari o eventual» (STC 76/1992, 237/1992, 83/1993 i 203/1998). En el contingut no necessari o eventual no té cabuda la regulació de qualsevol matèria. Com s'ha assenyalat en l'última de les sentències citades, «la inclusió en la llei anual de pressupostos de matèries en què no es donen aquestes condicions pot ser contrària a la Constitució perquè comporta una restricció il·legítima de les competències del poder legislatiu, en disminuir les seves facultats d'examen i esmena sense base constitucional, i pot afectar el principi de seguretat jurídica, a causa de la incertesa que origina una regulació d'aquesta mena» (FJ 3). Com també és sabut, el que el Tribunal Constitucional va advertir per a la llei de pressupostos generals de l'Estat és aplicable a les institucions autonòmiques homòlogues i als seus pressupostos. La introducció d'elements materials allunyats del contingut no necessari o eventual de la Llei de pressupostos representa l'intent de regulacions materials sotmeses a una vigència temporal o anual. És coneguda la inseguretat jurídica que comporta la regulació material de qualsevol àmbit en una norma de vigència limitada.²³

En suma, l'anomenat *desbordament material* de les lleis de pressupostos pot transgredir la Constitució, ja que omet la funció específica que l'article 134.2 els assigna, i se n'allunya; a més, impedeix la facultat d'examen complet i l'exercici de competències del poder legislatiu, especialment pel que fa a les esmenes (66.2).

23. La STC 130/1999 declara inconstitucional i nul·la una disposició addicional de la Llei de la Comunitat Regional de Cantàbria de pressupostos generals perquè atempta contra el principi de seguretat jurídica, ja que introdueix en la Llei de pressupostos la regulació del Cos Superior de Lletrats; reconeix la transgressió del principi de seguretat jurídica, entesa com a certesa del dret, i tracta la conseqüència que comporta incloure disposicions materials de vigència indeterminada que no han estat incloses abans en altres normes, en una llei de pressupostos de caràcter i vigència limitats.



Doncs bé, si la llei de pressupostos té un contingut material limitat, la invenció de les anomenades *lleis d'acompanyament* dels pressupostos estatal i autonòmics pot ser també enjudiciada des del punt de vista de la tècnica legislativa. Apareixen a partir de 1993, després que el Tribunal Constitucional expressés la seva posició respecte a la Llei de pressupostos generals de l'Estat, amb la Sentència 76/1992. S'han estès pràcticament a tot el territori de l'Estat, també en l'àmbit autonòmic. Entre les lleis de pressupostos i les lleis d'acompanyament hi ha tan sols una diferència formal, perquè el contingut se separa en dos projectes diferents, però la tendència no s'altera, ja que es continuen introduint modificacions legislatives nombroses i, a més, es tramiten conjuntament amb la Llei de pressupostos, atesa la seva vinculació (inexistent) a la llei de pressupostos. No hi ha, doncs, una gran diferència respecte a la situació anterior a la Sentència. Matèries tan heterogènies com les limitacions del soroll, les maniobres de l'enlairament i de l'aterratge d'avions, les professions d'enòleg i altres del sector vitivinícola, la competència dels ordres jurisdiccionals social i contenciós administratiu, el règim jurídic de l'Hospital Clínic i Provincial de Barcelona, i, recentment, els postulats ètics i el seu respecte als assaigs clínics, com s'ha dit aquí, es troben teòricament «lligades a la Llei de pressupostos».²⁴

Es tracta, doncs, d'analitzar aquí les anomenades *lleis d'acompanyament*, formalment separades de les de pressupostos, però que en depenen funcionalment, per la qual cosa jurídicament estan sotmeses als mateixos límits. L'única diferència que les exclou i que no n'afecta la tramitació és la vigència no temporal, teòrica, de les lleis d'acompanyament. Hi ha qui manté que es tracta d'un supòsit de frau de llei, l'única conseqüència jurídica del qual seria eludir el límit material de les lleis de pressupostos, en primer lloc, perquè s'introdueixen matèries en lleis de contingut constitucionalment predefinit, la qual cosa vulneraria la seguretat jurídica (STC 76/1992),

24. CAZORLA PRIETO, L. M. «Las leyes de acompañamiento a los presupuestos», a *I Jornadas parlamentarias de la Asamblea de Madrid «Parlamento y presupuestos»*, Madrid, 2000, p. 229. Com assenyala la doctrina (BOCANEGRA SIERRA, R. «Observaciones sobre el régimen jurídico de la empresa», a *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, tom II, València, 2000, p. 2560.



i també perquè les facultats d'examen i d'enjudiciament de la norma queden constitucionalment limitades i disminuïdes, i tot el seu suport deriva de l'article 134 de la Constitució, paràgrafs 1 i 6, i dels reglaments parlamentaris.

El Consell Consultiu ja es va manifestar l'any 1998 sobre les lleis d'acompanyament, que són lleis ordinàries amb característiques pròpies, independents de qualsevol altra, però connectades amb la Llei de pressupostos per la seva vocació de ser-ne un complement i compartir-hi una unitat de propòsit. Les lleis d'acompanyament, estatals o autonòmiques, que afecten en uns casos més de cinquanta o seixanta normes, inclouen modificacions, com s'ha dit, que no tenen a veure amb la política d'ingressos i despeses.

Segons el meu parer, falta també el principi d'especialitat que la Constitució exigeix en la presentació i la tramitació dels projectes de llei, que es pot derivar de l'article 88. El fet que els projectes hagin d'anar acompanyats dels antecedents necessaris per a pronunciar-se sobre aquests quan entren al Congrés pot significar el principi d'especialitat i coneixement. Per això els projectes han d'anar acompanyats dels estudis necessaris, de les memòries i dels informes sobre la nova norma. Això és habitual en la tramitació d'una llei ordinària, per raó de la seva especialitat, i seria habitual en la tramitació de totes les seves modificacions, si bé aquest element falta quan les modificacions s'hi introdueixen per mitjà de la llei d'acompanyament. Com s'ha indicat, hi ha recursos admesos a tràmit pel Tribunal Constitucional referents a lleis d'acompanyament.

El mateix fet de la seva denominació, *lleis d'acompanyament*, tampoc no dona peu a buscar una categoria legislativa particular, ja que, com s'ha dit, no hi ha cap precepte en la Constitució del qual directament o indirecta pugui derivar l'existència d'una categoria legislativa particular on s'hagin de contenir les «bases», la «legislació bàsica» o les «normes bàsiques» de l'Estat, a les quals, diverses vegades, sota totes aquestes determinacions, es refereix l'article 149.1 de la Constitució. «El mateix es podria dir de les lleis d'acompanyament, ja que el que exigeix és la categoria general d'una llei votada a les Corts», sense que el fet que una llei tingui aquest contingut alteri de cap mane-



ra el rang formal atribuït per la mateixa Constitució. En conclusió, d'això s'exclouen tan sols les que, segons la mateixa Constitució, tenen una altra categoria formal o una altra disposició singular respecte a la categoria general de les lleis (STC 233/1999, FJ 40).

Si s'analitza la seguretat jurídica en els seus vessants objectiu i subjectiu s'arriba a la conclusió que la garantia de certesa de la norma en les lleis d'acompanyament no perilla per la seva vigència temporal, sinó per la deficient tècnica legislativa que obliga l'aplicador a constatar en una llei complexa les diferents modificacions que han patit les normes anteriors; però això no ha d'anar lligat necessàriament a la violació del principi de seguretat jurídica en el seu aspecte objectiu. Com ha dit el Tribunal Constitucional, ateses les lleis d'acompanyament des del pla de la seguretat jurídica en el seu vessant subjectiu, és a dir, respecte a la idea de previsibilitat o predictibilitat, és difícil assegurar a priori que totes les regles que hi són contingudes, o alguna d'aquestes, vulnerin aquest principi des del pla de la seguretat jurídica subjectiva, ja que, tal com s'ha dit moltes vegades, aquest no és un valor absolut, i cedeix davant d'altres béns o drets constitucionalment protegits (STC 182/1997, FJ 13; STC 173/2000, FJ 9 i 10).

Del principi d'interdicció de l'arbitrarietat i el de seguretat jurídica es podria deduir un deure dels poders públics d'observar «els tràmits essencials per a l'elaboració de les normes jurídiques» com a correlat de l'interès legítim dels ciutadans que l'Administració pública compleixi aquests tràmits. Tot i que, referit als reglaments, també es deriva que aquests principis constitucionals no cobreixen l'obligació dels poders públics davant la concurrència d'un vici procedimental que afecti les normes (STC 273/2000, FJ 12).

Així doncs, si la seguretat jurídica en el seu aspecte objectiu o subjectiu, el deure teòric de produir normes ben fetes, la claredat del legislador i no la confusió jurídica no són requisits aplicables per a poder enjudiciar el límit material de les lleis d'acompanyament ni tampoc ho són les regles de la previsibilitat, generadores d'incerteses insuperables sobre les conductes a exigir pels poders públics, la conclusió a què s'arriba és que les lleis d'acompanyament només estan ín-

timament lligades a les lleis de pressupostos, i com a tals són alienes a tot el que quedi fora del seu límit general.

Aquest no és el lloc adient per a indicar que el Consell General del Poder Judicial, pel que fa al projecte que va donar llum a la Llei 66/1997, ja va advertir que la dispersió de continguts i antecedents legislatius que dificulten la tasca del legislador per al coneixement real i la incidència del precepte o preceptes en l'ordenament, a part de la forma en què s'operen les derogacions tàcites de les normes modificades. En certa mesura, el Tribunal Constitucional no és aliè a aquest problema, i en diverses ocasions s'ha referit a la necessitat d'expulsar de l'ordenament a les regles no connexes amb les lleis de pressupostos que no hagin estat reproduïdes en altres normes tramitades de manera ordinària.²⁵

25. El fet que en les comunitats autònomes l'abús de les lleis d'acompanyament tingui menys justificació que en l'Estat és una qüestió controvertida. L'afirmació que en el sistema unicameral sigui més senzill tramitar les lleis no és absolutament adequada a la realitat, ja que també depèn de les majories parlamentàries.

A més, cal fer un retret final des del punt de vista de la tècnica legislativa: la modificació massiva d'un nombre tan ingent de normes per mitjà de la llei d'acompanyament és frívola, com ho són les modificacions de normes del dret positiu que provenen de les esmenes introduïdes, per exemple, en el Senat.

Tot això es potencia quan en les lleis de mesures fiscals i administratives i de l'ordre social es procedeix a modificar articles i apartats de les lleis anteriors de mesures fiscals administratives i de l'ordre social, que alhora han constituït modificacions de normes materials. Com ha passat, per exemple, amb l'article 112 de la Llei 53/2002 de l'Estat, entre molts altres, que fa referència al règim de les autopistes, circumstància que es potencia ja quan l'operació legislativa de modificació s'efectua mitjançant les disposicions addicionals de la Llei de mesures que modifiquen preceptes anteriors d'altres lleis de mesures.

Per continuar amb els exemples, les modificacions recents de la Llei del medicament portades a terme per la Llei de mesures fiscals administratives i de l'Ordre social 53/2002, en l'article 124.3, arriba a definir els assaigs clínics, i a distingir-los de les observacions. I regula, en l'apartat 4, també mitjançant modificació de la Llei del medicament 25/1990, els anomenats *postulats ètics dels assaigs clínics* (sense dades suficients, en condicions de respecte als drets fonamentals, etc.).

Pel que fa a la Llei 31/2002, del 30 de desembre, del Parlament de Catalunya, de mesures fiscals i administratives, l'article 76, que modifica supòsits específics de la Llei 7/1996, concretats en la seva disposició transitòria segona, en la redacció donada per la Llei 4/2000, del 26 de maig, de mesures fiscals i administratives pel que fa al Cos d'Advocats de la Generalitat, si bé no s'ha arribat a fer-ne ús, o el mateix precepte que modifica la composició de la Comissió Jurídica Assessora o la composició del Jurat d'Expropiació de Catalunya.



IV. SOCIETAT EN TEMPS DE CANVI I SEURETAT JURÍDICA. APORTACIONS DES DE LA TÈCNICA LEGISLATIVA

A. L'origen de les regles: nombroses galàxies substitueixen l'única fins ara coneguda

L'ordenament jurídic s'està transformant des d'un sistema galàctic únic conegut en què el legislatiu era la font d'energia i de poder cap a un sistema plurigalàctic. Durant segles, el poder legislatiu formava el centre del sistema solar pel que fa a la direcció de conductes. El poder legislatiu atenia les exigències de la societat o la dirigia per mitjà de normes. Avui dia, com és sabut, nombroses circumstàncies fan que varii el centre de poder normatiu ja distribuït en diverses galàxies, i han permès que diferents organitzacions, grups o sectors acaparin una bona part de la capacitat normativa atribuïda inicialment al legislatiu. Les circumstàncies són, entre altres, les següents: la liberalització de mercats i sectors, la modificació de l'actuació administrativa des de l'activitat unilateral a l'activitat participativa, el deure de vigilància estricta sobre els drets fonamentals, la globalització, l'adveniment de la societat de la informació i de les noves tecnologies, els avenços científics i tècnics i la seguretat en els processos productius, a més de les modificacions recents en la forma de produir-se les normes en el dret europeu. Analitzem cada una d'aquestes circumstàncies, i els efectes que han pogut originar en el desplaçament de la capacitat normativa.

B. La regulació

El fet que el sector econòmic estigui sotmès a regles de llibertat de competència o concurrència —gas, aigua, hidrocarburs, electricitat— no implica necessàriament la desaparició d'empreses del sector públic en el mateix sector; però l'existència d'aquestes, en combinació amb les empreses privades, necessitava un sistema neutral que permetés establir unes regles que fessin conviure empreses privades i empreses que, actuant com a semipúbliques, poguessin exercir una influència determinada en el sector. Per a evitar la desigualtat, es busca el sistema de la creació d'òrgans de tall anglosaxó, com ara

les autoritats reguladores independents. A partir d'aquestes, el poder públic, mitjançant el terme *regulació*, determina el règim d'una activitat econòmica o disciplina un sector. Per tant, l'autoritat independent que reglamenta o regula és l'autoritat reguladora d'un sector. Tot i que el concepte de regulació no és aliè al dret administratiu, ja que s'ha volgut equiparar l'activitat d'ordenació, concretament a l'activitat de policia, és sabut que la regulació no només utilitza aquest instrument, sinó que utilitza també arbitratges, tècniques contractuals, mediació, etcètera.²⁶ L'activitat de regulació posa ordre al funcionament del mercat, conjuga els veritables interessos i objectius i estableix el marc d'actuació entre tots els operadors. El poder autoritari unilateral se substitueix en l'autoregulació no per regles precises, sinó per constant compensació i acoblament d'interessos de l'activitat que es reguli.

El legislador es limita a establir el marc institucional dels òrgans o les entitats que exerceixen les potestats de regulació, les competències i les potestats a exercir, i l'àmbit de les seves facultats, i deixa en llibertat, tot i que n'estableix les responsabilitats, l'autoritat de regulació. El nombre d'actes que aquestes autoritats produeixen, alguns d'ells equiparables a autèntiques regles o reglamentacions, es dedueixen de l'activitat legislativa genèrica, *stricto sensu*, procedent del legislatiu.

En l'àmbit dels drets fonamentals, la necessitat d'assegurar i protegir el seu contingut, en especial, en l'àmbit de la denominada *llibertat informàtica*, i tot el que envolta la societat de la informació, ha exigít que el contingut i l'abast de les mesures de seguretat s'adoptin per agències (l'Agència de Protecció de Dades), a qui s'encarrega el tractament i l'obligació d'adoptar totes les mesures de seguretat de les dades informàtiques, sobretot la formació dels fitxers informàtics. A l'empara de l'article 37, apartat b, de la Llei orgànica 15/1999, l'Agència de Protecció de Dades té la potestat de dictar instruccions en què expressa els seus criteris d'acceptació pel que fa a la seguretat dels

26. TORNOS MAS, J. La actividad de regulación. *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, tom I, València, 2000, p. 1339.



registres i els fitxers.²⁷ Aquests criteris s'apliquen a la seguretat dels fitxers automatitzats, tot i que el Fitxer Automatitzat del Poder Judicial se n'aparta una mica.

C. L'autoregulació

Parlem ara de l'autoregulació. El fet que els estats hagin de garantir activitats o àmbits no estrictament regulats pel dret ha donat lloc al fenomen de l'anomenada *autoregulació*, tant en la vida empresarial com en el sector industrial. Tot i que l'autoregulació i el control dels mitjans de comunicació pot ser veritablement un paradigma, actualment l'autoregulació s'ha arribat a estendre a àmbits professionals, fins i tot a la funció pública: els codis de conducta són paradigmàtics. L'autoregulació, que en el fons ha funcionat com un element col·lateral o una alternativa a l'anomenada *desregulació*, és un concepte o un terme complex, que sota la confusió entre subjectes i instruments és exercida per organismes de normalització internacional, europeu o nacional, utilitzant com a instruments normatius els codis ètics de conducta, les normes tècniques de manuals de bones pràctiques, o els protocols i els procediments normalitzats de treball. L'autoregulació significa una minva del poder regulador de l'Estat, la seva descàrrega, en el fons, i l'atribució d'una certa responsabilitat als subjectes socials que se n'encarreguen. En les fonts del dret no tenen entrada les normes o les regles procedents de l'autoregulació. Això no obstant, alguns ho consideren un ordenament propi d'un subsistema. Un subsistema, tant tècnic com ètic o científic, dedicat a marcar l'estat

27. Així, les instruccions 1/1995, de l'1 de març, relativa a la prestació de serveis d'informació sobre solvència patrimonial i crèdit; 2/1995, del 4 de maig, sobre mesures que garanteixin la intimitat de les dades personals obtingudes com a conseqüència de la contractació d'una assegurança de vida conjunta amb la concessió d'un préstec hipotecari o personal; 1/1996, de l'1 de març, sobre fitxers informatitzats establerts amb la finalitat de control a l'accés dels edificis; 2/1996, de l'1 de març, sobre fitxers automatitzats establerts amb la finalitat de controlar l'accés als casinos i les sales de joc: naturalment, aquestes estan dictades a l'empara de la Llei orgànica de protecció de dades en la seva versió originària, no modificada, de 1992.

SIBINA TOMÉS, D. La implantació obligatòria, abans del 26 de març i del 26 de juny de 2000, respectivament, de les mesures de seguretat de nivell bàsic i de nivell mitjà establertes pel Reglament de mesures de seguretat de fitxers automatitzats que continguin dades de caràcter personal, aprovat per Reial decret 994/1999, a *Quaderns de Dret Local*, núm. 23, 1999.

dels coneixements assolits en aquests camps per mitjà de la utilització de les anomenades *millors tecnologies disponibles*. Però per mitjà de condicions contractuals, o de les regles privades que disciplinen l'activitat interna d'una organització, les decisions adoptades adquireixen carta de naturalesa i es converteixen en un instrument normatiu, o en una forma de negociació del dret.²⁸

Potser entre les fonts del dret no hi ha els instruments d'autoregulació, possiblement els subjectes privats no exerceixen cap potestat reglamentària; malgrat tot, de l'incompliment d'aquestes regles deriven responsabilitats, o fins i tot sancions, independentment que qualsevol de les regles tècniques pugui ser elevada a la categoria reglamentària, amb l'atorgament de naturalesa vinculant per a la mateixa Administració. De tot el que s'ha dit ja es pot deduir que la funció principal del poder legislatiu en totes aquestes situacions és l'establiment d'un marc jurídic i la remissió concreta, definida, expressa, determinant a tots aquells actors, socials o privats, que faran les esmentades tasques de regulació, autoregulació o establiment de criteris.²⁹

Aquest no és el lloc de discutir si es pot parlar exactament de remissió receptible en la forma aplicada a la delegació de les lleis ordinàries o de bases per a elaborar textos de lleis articulades o textos refosos; entenc que es tracta d'una remissió vinculada al compliment d'uns objectius determinats, però no exactament al text de la norma. El terme *receptivitat* pot al·ludir al fet que l'ordenament acull com a propi del legislatiu el que és fet per l'executiu amb patrons previs o existents, com són les lleis anteriors que s'han de refondre, les lleis d'habilitació i tota la normativitat de l'ordenament anterior. En els casos a què ens referim, l'operador privat suplanta «amb les seves regles la figura o la posició del legislatiu allà on no hi ha regles, normes, lleis, textos previs, ni ha de buscar-los, ja que la seva missió no consisteix a combinar les regles preexistents, sinó a crear-ne, o a

28. ALPA, G. «Derecho público “y” Derecho privado. Una discusión abierta», RDP, 1999, p. 37.

29. ESTEVE PARDO, J. Denomina aquest fenomen la remissió receptiva «cuando resueltamente se asumen como propios los resultados de la autoregulación. Cuando se produce una remisión nominada o precisa que la identifique sin cuestión a una concreta norma o declaración». *Autoregulación. Génesis y efectos*, Pamplona, 2002, p. 146-147.



manera de regles futures, encaixables en la remissió a les finalitats de la qual queda vinculada.

1. Normes i especificacions tècniques de compliment voluntari

L'article 8, apartat 3, de la Llei d'indústria defineix les normes tècniques com «les especificacions tècniques d'aplicació repetitiva i continuada, l'observança de les quals no és obligatòria, establerta amb participació de totes les parts interessades, que aprova un organisme reconegut, a escala nacional o internacional, per la seva activitat normativa». El Reial decret 1337/1999, del 31 de juliol, a l'article 2.6, entén per *norma tècnica* «l'especificació tècnica aprovada per un organisme reconegut d'activitat normalitzadora per a ésser aplicada d'una manera repetida o contínua, l'observança de la qual no és obligatòria, i que estigui inclosa en una de les categories següents. Primera, norma internacional: norma adoptada per un organisme internacional de normalització i posada a disposició del públic. Segona, norma europea: norma adoptada per un organisme europeu de normalització i posada a disposició del públic. Tercera, norma nacional: norma adoptada per un organisme nacional de normalització i posada a disposició del públic.»

De les definicions legislatives transcrits, es dedueix que les normes tècniques contenen especificacions tècniques, és a dir, definició de les propietats o caràcters físics d'un producte; que són aplicables de manera repetitiva i continuada, i que no són d'observança obligatòria. Això adverteix que aquest tipus de normes constitueix una forma d'autoregulació privada, i que no són obligatòries, llevat dels supòsits que una disposició administrativa general o una llei efectui una remissió obligatòria. Que la norma sigui accessible al públic pot significar que li calgui algun mecanisme, tant d'informació pública, com de publicació en diaris oficials obligatoris (per exemple, la remissió de les normes aprovades pels organismes per a publicar-les en el *Butlletí Oficial de l'Estat*). El fet que les normes tècniques hagin d'ésser establertes amb la cooperació i el consens de totes les parts interessades o amb la seva aprovació general implica la participació dels agents econòmics, dels consumidors, els usuaris, els represen-

tants de les administracions públiques i, com ja es va advertir, la significació de la qualitat, l'eficiència, la legitimació i l'acceptabilitat. El fet que les normes es basin en resultats conjunts de les experiències de la tècnica i de la tecnologia és la manifestació del constant fenomen d'adaptació als avenços tècnics, del progrés i de la ciència, que precisament legitimen l'existència dels organismes de normalització. El fet que l'objectiu de les normes tècniques sigui el benefici òptim del conjunt de la comunitat és la manifestació de l'eficiència i de l'optimització de les activitats de mercat, de l'extraterritorialitat, de la circulació de productes i, en general, de l'eliminació de qualsevol obstacle tècnic a la circulació dels béns. Finalment, el fet que les normes tècniques hagin d'ésser aprovades per un organisme qualificat és el que n'identifica la legitimació democràtica i el compliment de les exigències de l'Estat de dret, malgrat el caràcter privat dels òrgans de normalització o regulació.

El Reglament per a la infraestructura de la qualitat i la seguretat industrials (RICASEI), aprovat pel Reial decret 2200/1995, del 28 de desembre, unifica tota la reglamentació anterior aplicable a tots els agents col·laboradors de l'Administració, els organismes de normalització industrial que hi havia fins aleshores, que per mitjà d'una autorització administrativa prèvia, reben dels poders públics amb competència per a la preparació i l'aprovació de normes tècniques industrials. Aquest Reglament deroga el Reial decret 1614/1985, de l'1 d'agost, constitutiu de l'Associació Espanyola de Normalització (AENOR). L'article 8 del Reial decret 2200/1995 defineix els organismes de normalització com a «entitats privades sense ànim de lucre la finalitat de les quals és desenvolupar en l'àmbit estatal les activitats relacionades amb l'elaboració de normes, mitjançant les quals s'unifiquen criteris respecte a unes matèries determinades i es possibilita l'ús d'un llenguatge comú en camps d'activitat concreta». Alhora, l'esmentat Reglament indica que els organismes de normalització han d'actuar amb imparcialitat, independència i integritat, i han de portar a terme llurs funcions amb solvència tècnica i financera; a més, han de tenir personalitat jurídica pròpia i s'han d'organitzar d'acord amb el que estableixen les normes que emanen de la Unió Europea per a aconseguir l'equiparació amb altres organismes similars dels estats membres (article 10 del RICASEI).



En una fase ja aproximativa a la definició de les normes tècniques, segons el meu parer, s'han de destacar els elements següents: primer, la participació dels particulars en l'elaboració; segon, la fase d'informació pública; tercer, la publicació de la norma; quart, la connexió i la correlació de la norma per mitjà de l'organisme que la produeix o l'aprova amb la necessària habilitació legislativa respecte al subjecte, el contingut, els límits, la finalitat i els objectius de la norma. Tot i que estrictament no és una font material del dret (article 1089 del Codi civil), s'hi transforma per la seva acceptació de forma convencional; per això la seva eficàcia jurídica depèn de la seva acceptació, i per aquest motiu, segons la meua opinió, cal acudir a les normes del Codi civil per a fonamentar l'autovinculació dels particulars a les normes tècniques per mitjà del principi de diligència o del deure de diligència, i de la teoria de les condicions generals dels contractes.

Per a la constitucionalitat de les activitats administratives que després de l'acceptació pels subjectes privats i el seu sotmetiment voluntari tutelen els interessos públics protegits (posem per cas la imposició de sancions després de l'aplicació voluntària de la norma o la lesió en algun dels béns jurídics dels particulars), cal afegir les precisions següents: necessària remissió per llei formal; necessària remissió per mitjà d'un reglament habilitat per la llei; publicitat en els diaris oficials; aprovació per òrgans determinats i qualificats per l'Administració. Cal tenir en compte que, tot i que s'assumeixin d'una manera voluntària, les normes tècniques afecten la llibertat d'empresa i el dret de propietat; per això, cal exigir a les normes tècniques i als qui les elaboren, si més no, els mateixos requisits que la mateixa Administració exigeix als organismes d'acreditació i comprovació de compliment d'obligacions públiques per mitjà d'entitats privades.

En aquest sentit, la Sentència del Tribunal Constitucional 83/1984, del 29 de juliol, ja va advertir l'abast de les remissions de la llei al reglament, de manera que la norma habilitant s'ha d'estendre al «nucli essencial o bàsic» de la regulació, de manera que el reglament sigui un complement de la regulació legal indispensable per motius tècnics, o per a optimitzar el compliment de les finalitats proposades per la Constitució o per la llei mateixa. En aquest sentit, les normes tècniques, complement de complements, han de tenir el suport

respecte al seu nucli essencial o bàsic, d'una regulació legal. Per això, només motius tècnics, requisits tècnics, de seguretat, d'uniformització, etc. justifiquen el procés de gestació de les normes tècniques i, en conseqüència, els seus límits haurien d'estar formulats, si més no, amb criteris, directrius, objectius i finalitats en una norma.

Aquests límits afectarien, en tot cas, els subjectes i la seva qualitat; l'objecte o el contingut de les especificacions; la seva extensió; la publicitat i els béns jurídics protegibles als quals es refereixen, per fer només una analogia, el que l'article 4.1 de la Llei general de defensa dels consumidors i usuaris marca com a contingut mínim dels reglaments de seguretat, els productes industrials.

Noteu que una de les potestats irrenunciabls de l'Estat és imposar, per mitjà de les autoritats administratives, sancions concretades en el marge de la Llei. Si sancionar és, des d'aquest punt de vista, aplicar la llei, és imprescindible, per seguretat jurídica, que les institucions públiques i els ciutadans coneixin la llei. Per això, la presumpció del coneixement de les normes és un principi funcional de l'ordenament, i atesa la complexitat del sistema de fonts de producció que la nostra societat ha adquirit, no només en l'àmbit intern, sinó en el de la Unió Europea o en l'internacional, és exigible que la claredat en el coneixement, i la certesa respecte de la seva existència, evitin l'arbitrarietat en la seva aplicació i la confusió en els operadors econòmics.

2. Elements indispensables de les normes tècniques

Com ja s'ha reconegut, la disciplina de la indústria i la disciplina jurídica de la tutela ambiental són plenes de normatives tècniques de continguts dispersos. Hi ha normes que defineixen límits d'acceptabilitat de les emissions contaminants; hi ha normes que fixen estàndards i objectius de qualitat de substàncies emeses segons característiques metrològiques; i hi ha normes que preveuen mètodes d'edició d'anàlisis o de valoració de resultats; i, encara, hi ha normes que imposen prescripcions per a l'execució de l'exercici d'obres o, fins i tot, de normes que imposen requisits per a l'homologació o el comerç de determinats productes. Sabem que les normes ambientals no poden prescindir de regles de tipus tècnic, si bé és cert que aquestes hauri-



en de ser de naturalesa vicària o mancades d'autonomia pròpia. Per això, el concepte i la definició de normativa tècnica en matèria ambiental adquireix matisos propis; la formació de la norma, i la juridificació de les disposicions tècniques, igual que l'eficàcia jurídica d'aquestes normes en relació amb d'altres normes de l'ordenament, els confeixeixen una precarietat i una provisionalitat específiques, ja que estan dotades d'elements d'opinió conformats per la ciència i per la tècnica.

Per aquesta raó, i davant la manca de seus tècniques institucionalitzades per a l'elaboració de les normes tècniques en l'àmbit de la indústria i del medi ambient i, en general, la protecció dels usuaris i els consumidors, es proposa l'observança de les característiques següents en relació amb les normes habilitants i en relació amb les normes tècniques pròpiament dites.

- La norma tècnica no es pot desvincular del principi de legalitat ni del principi de l'Estat de dret. Per tant, una llei formal hauria de delegar o habilitar en normes tècniques, directament o a través de reglamentacions, els elements directament relacionats de caràcter tècnic i científic, perquè hi pot haver conformitat entre les clàusules generals o els principis generals de les normes i l'elaboració de la norma tècnica. En tot cas, la norma hauria de fixar el contingut, els objectius i les finalitats.
- Una llei formal hauria d'habilitar determinats organismes amb representació dels poders públics, de les associacions, dels particulars i dels consumidors i els usuaris, per a dictar aquest tipus de normes. La conformació dels subjectes hauria d'ésser de caràcter imparcial i independent, i s'hi hauria de garantir la procedència del món científic. Així, la norma tècnica es basaria certament en els resultats conjunts de la ciència, la tecnologia i l'experiència.
- Amb l'establiment de la norma tècnica per cooperació i consens dels poders públics, els interessats, les associacions, etc. no n'hi hauria prou perquè tingués caràcter normatiu, sinó que caldria que fos aprovada posteriorment per l'Administració, ja fos en forma de reglament, ja fos per mitjà d'un acord que, per seguretat jurídica, n'establís l'eficàcia després de la publicació en el Butlletí oficial. Sense coneixement de la norma no hi podria haver seguretat jurídica.

-
- Totes les normes tècniques haurien de contenir una clàusula que en limités l'àmbit de vigència i establís l'obligació que fossin revisades amb una freqüència determinada. Penseu que, sense aquesta clàusula, l'elecció del moment en què s'hauria de revisar resta a l'arbitri dels creadors de la norma tècnica.
 - El fonament de la norma tècnica i de la seva observança no obligatòria per als particulars i per a les administracions públiques seria, en aquest cas, qüestionable. Caldria pensar si, en la matèria ambiental, en què hi ha relacionats més drets que el de propietat i el de llibertat d'empresa, es pot simplement remarcar que l'observança de la norma tècnica no és obligatòria, i que els particulars l'assumeixen de manera voluntària. Partint del principi de cautela ambiental, el fonament del deure de diligència i el de les condicions generals dels contractes, al qual anteriorment s'ha fet referència, la seva no-obligatorietat pot ésser un argument jurídic dèbil quan hi ha drets fonamentals com el de la vida, el de la salut, el de la integritat física o el de la intimitat.
 - L'objectiu de la norma tècnica (especialment en matèria ambiental) no és solament el benefici òptim del conjunt de la comunitat. El principi comunitari de l'observança d'un alt nivell de tutela ambiental, el principi de prevenció i el principi de cautela exigeixen que l'objectiu de les normes tècniques vagi més enllà del benefici últim de la comunitat en el seu conjunt. El medi ambient és un valor constitucional i és un bé jurídicament protegible; per tant, s'hauria d'estimar que la norma tècnica ambiental té un contingut trans-econòmic i la seva finalitat és diferent de la purament economicista o mercantil de donar més possibilitat de circulació als productes.
 - El procediment de decisió per a garantir l'exigència d'imparcialitat en l'elaboració d'una norma tècnica ha d'anar sempre acompanyat d'una informació pública en la qual puguin ésser confrontats els subjectes destinataris i, especialment, les associacions ambientals. A més, el procediment d'elaboració de la norma hauria d'incloure un tràmit de valoració o avaluació de cada una de les normes tècniques del sector; aquesta avaluació es podria confiar a un òrgan estatal amb competència específica en medi ambient, compost per membres pertanyents a tots els sectors afectats.



Això eliminaria tots els trets d'opinió, i no purament tècnics, que de vegades s'esmunyen en les normes tècniques ambientals. Qui avalua ha d'ésser aliè a la regulació.

- Del dret positiu no es pot fonamentar l'exclusió de la revisió jurisdiccional de les normes tècniques, fins i tot comprenent-ne la dificultat. Si l'habilitació Llei-Reglament és exigible, s'hauria de pensar que les normes o bé participen de la categoria dels reglaments o bé participen de la categoria dels actes. Tant en un cas com en l'altre, per motius diferents, poden ésser sotmeses al control contenciós-administratiu per la jurisdicció administrativa. Es comprèn la dificultat del que s'acaba de remarcar, ja que l'especialitat i la tecnificació de la norma exclouria del coneixement judicial clàssic o tradicional el control d'aquestes especificacions. Però, com a font material del dret, si més no es podria postular que el jutge administratiu pot revisar la conformitat de la norma tècnica amb l'habilitació legal, l'extensió, el compliment de la finalitat, etcètera, ja que, si l'aparell de l'Estat pot dictar actes administratius justificats o fonamentats en aquestes normes (d'inspecció, d'acreditació o de sanció), directament derivats del principi de legalitat, no es pot excloure la revisió de la jurisdicció contenciosa, si més no pel que fa a la seguretat jurídica, a la publicitat, al contingut, a l'ajustament amb l'habilitació i, en general, a tots els aspectes constitucionals relacionats amb el principi de legalitat. S'ha de tenir en compte que la norma tècnica opera a través d'un mecanisme de *feed-back*: per una banda, és una remissió del legislatiu a un poder autònom per a l'elaboració de la norma, i, per una altra banda, és una remissió als mateixos òrgans de l'Estat que assumeixen també el contingut de les normes tècniques, ja que si aquestes estan a disposició voluntària dels particulars, no estan a disposició voluntària dels poders públics.
- Quan els efectes de les normes tècniques no són vinculants i el particular els accepta de manera voluntària, l'incompliment d'aquestes normes tècniques es pot entendre com un incompliment contractual, i deriva, a través de la Llei 7/1998, del 13 d'abril, sobre condicions generals de contractació, en un rescabament de danys i perjudicis.

En els supòsits en què la norma adquireix vigència a través de la corresponent remissió en els reglaments tècnics que hi hagi en la legislació d'indústria, d'edificació i d'habitatge, s'hauria d'entendre, en aplicació de la Directiva 98/34/CEE, relativa al procediment de remissió d'informació en matèria de reglamentacions i normes tècniques, que és una disposició amb efectes de norma. Per això, quan les normes tècniques contenen obligacions, no és estrany que produeixin els mateixos efectes que en les reglamentacions tècniques. Per aquest motiu, si una norma comporta un límit abusiu o desproporcionat que pugui anar en contra de la llibertat de competència, és revisable.

En el sistema espanyol el més lògic resulta que la remissió, jurídica i adequadament realitzada pel Reglament a la norma tècnica, produiria l'efecte que la norma podria ésser impugnada, directament o indirectament, a través del Reglament remitent. Aquesta revisió es produiria, com s'ha dit, a través de la jurisdicció administrativa. Sempre amb el límit que la Directiva 98/34/CEE impedeix que les administracions dels estats europeus utilitzin en les seves actuacions normes tècniques nacionals que no hagin estat notificades per l'entitat de normalització corresponent, de conformitat amb el procediment marcat en la Directiva.

L'anterior, sempre amb les reserves que en matèria ambiental resulta aconsellable postular la revisió de la norma tècnica, si més no per al seu encaix amb el principi de legalitat, les seves remissions i el seu ajustament a la reglamentació tècnica corresponent.

D. El principi de cautela o la seguretat jurídica en temps de risc

Anem ara als conceptes que s'han introduït últimament en normes, com ara «principis del desenvolupament sostenible», «principi de prevenció», «principi de cautela o de prevenció», o «principis de gestió del risc», «millor tecnologia disponible», «segons l'Estat de la ciència», «segons la *lex artis ad hoc*», etcètera. Aquests conceptes, que ara es denominen de diverses maneres, però que en el fons són conceptes jurídics indeterminats, són clàusules tècniques que, tot i que es pugui admetre a través de la seva vinculació que es converteixen en



«dictàmens pericials anticipats»,³⁰ són, en el fons, remissions que contenen a vegades la conseqüència i a vegades el supòsit de fet de la norma. Doncs bé, per a intentar defensar la primacia de la norma en l'Estat de dret, el legislador no té altre remei que definir la seva posició davant aquest concepte tècnic que introdueix en les seves normes i omplir-lo de contingut, perquè els operadors i els destinataris sàpiguen quan s'aparten del concepte o de la clàusula tècnica, o quan s'hi aproximen. No obstant això, la definició, de vegades, pot ser simplement insuficient; o podem trobar diverses definicions del mateix concepte contingudes en normes distintes que regulen un objecte, un àmbit i un sector idèntics. Per aquesta raó, la definició ha d'anar acompanyada de l'expressió de criteris i de la imposició de límits amb expressió d'àmbits de certesa i d'àmbits d'allunyament que permetin a l'operador, si més no, conèixer per endavant quan se separen, o quan encaixa la seva actuació amb la clàusula tècnica prèviament definida.

Les definicions del principi de cautela no són homogènies. N'hi ha prou a comparar les definicions legals del principi de precaució o cautela en la Llei 8/2002, del 18 de desembre, de la comunitat autònoma de Galícia, de protecció de l'ambient atmosfèric de Galícia, i la de la Llei 20/2002, del 5 de juliol, del Parlament de Catalunya, reguladora de la seguretat alimentària.³¹ No contenen paràmetres o límits; inclouen només definicions.

En contraposició amb això, un exemple de definició amb establiment de paràmetres, jerarquia de béns jurídics protegibles i imposició de

30. ESTEVE PARDO, J. *Técnica, riesgo y derecho*, 1999, p. 176-177.

31. Article 6 de la Llei 20/2002: «1. Cuando, previa evaluación de la información disponible, se prevea la posibilidad de que se produzcan efectos nocivos para la salud, derivados de un proceso o de un producto que permita determinar el riesgo con suficiente certeza, aunque hay incertidumbre científica, pueden adoptarse medidas adicionales de gestión del riesgo para asegurar la protección de la salud, a la espera de la información científica adicional que permita una evaluación del riesgo más exhaustiva.»

Art. 3., apartat c, de la Llei 8/2002: «El de precaución, adoptando medidas cuando existan indicios de riesgos graves para la salud humana o el medio ambiente, aun en caso de que no pueda justificarse claramente el nexo causal sobre la base de las pruebas científicas disponibles.» Esta última definición, más concisa, es mucho más explicativa por el hecho del establecimiento del nexo causal.

limitacions és el que conté la Llei foral 10/2002, del 6 de maig, de la comunitat de Navarra, en els articles 5 i 6. En la regulació de la protecció de la salut davant l'exposició de les persones als camps electromagnètics, es defineix el concepte de lloc d'utilització sensible, que es concreta en els centres escolars, els centres de salut, els hospitals, les residències geriàtriques i els parcs públics. Com a limitació a les instal·lacions d'estacions base de telecomunicació per ones electromagnètiques no guiades (que és el títol i l'objecte d'aquesta Llei), s'enumeren els conjunts historicoartístics, les zones arqueològiques i els jardins declarats com a béns d'interès cultural, les categories d'espais naturals protegits per la Llei foral d'espais naturals de Navarra. El que s'ha dit fins ara no vol dir que el supòsit de fet estigui d'acord amb allò materialment exigible: un radi d'acció de cent metres de les infraestructures de telecomunicació cap a les zones o els espais qualificats com a sensibles és quelcom que el legislador ha d'haver comprovat prèviament. I així arribem al principi de cautela en les seves diverses interpretacions.³²

El legislador es troba en una situació d'incertesa perquè no pot saber les conseqüències exactes, però això no ha de servir de pretext per a no emprendre accions i adoptar mesures en deteriorament del

32. Es parla també de la teoria o del criteri del risc probable. Concepte introduït pel Tribunal de Justícia de la Comunitat Europea que s'assembla al principi de precaució, especialment tingut en compte en la crisi de les vaques boges, i que va negar en diverses ocasions la suspensió de les mesures imposades per la Comissió. Així, la Interlocutòria del 12 de juliol de 1996, i la de 13 de juliol de 1996. (TPI «[...] habida cuenta de las circunstancias del presente caso, que se caracterizan por la gravedad y amplitud del riesgo probable, la urgencia de la situación y la complejidad de la evaluación de sus múltiples aspectos, tanto sanitarios como económicos y sociales [...] reconociendo a la Comisión [...] una amplia facultad de apreciación para adoptar las medidas apropiadas necesarias.») També durant la crisi de les vaques boges, el TJCE va dictar la Sentència Regne Unit/Comissió, del 5 de maig de 1998, i la sentència *National Farmers Union* del 5 de maig de 1998. El TJCE fa referència als principis de cautela i acció preventiva de l'article 174.2 del Tractat de la Comunitat Europea. Es basa en diversos arguments, entre ells la proporcionalitat, per la seva falta, la desviació de poder, la infracció del principi de llibertat de circulació. Estima que la mesura de la Comissió no s'havia allunyat dels límits i dels objectius comunitaris, davant la incertesa dels riscos ocasionats per la crisi de les vaques boges, les institucions poden adoptar, sempre que tinguin dubtes sobre l'existència o l'abast dels riscos per a les persones i la seva salut, les mesures de protecció necessàries sense que calgui esperar que es manifesti plenament la realitat i la gravetat dels riscos. Posteriorment, el TJCE ha aplicat el principi també en els supòsits de retirada de productes farmacèutics.



medi. Aquest principi jurídic, com diu algú, o filosoficomoral, per a distingir les polítiques de cautela no és sinó el nou motlle de la seguretat, que pot permetre escollir entre diverses mesures l'adopció de les de cautela, d'ordre i contingut divers. S'hauria de plantejar si aquest principi de cautela jurídica no és la funció pròpia del principi de seguretat jurídica en el temps modern.³³ En fi, potser és prematur dir que la cautela és la certesa en temps d'incertesa, o la seguretat en períodes d'inseguretat. En les matèries que envolten la salut humana, el medi ambient i la seguretat alimentària, la seguretat jurídica o s'ha de fer dependre del principi de cautela, o es pot fer derivar del principi de cautela. No és que estigui convençuda que només en aquest segle s'ha de decidir en la incertesa; els éssers humans possiblement han viscut fases d'incertesa similars a les que ara afecten les decisions plurals, però la capacitat de dany o destrucció de la incertesa a la qual s'està sotmès actualment és més gran. La seguretat jurídica ja no és la seguretat absoluta. Tampoc no existeix el risc zero. En la societat del risc, la gestió de la inseguretat o del risc pot canalitzar-se a través del principi de cautela. Tot i que això ho hauria de desenvolupar més, és destacable que les assegurances de responsabilitat civil pels danys individuals, pels riscos col·lectius, són una

L'article 200-1 del Codi Rural Francès des de la Llei 95/101 Barnier, del 2 de febrer de 1995, defineix el principi de precaució o cautela com aquell segons el qual en absència de certesa, tenint en compte els coneixements científics i tecnològics del moment, no s'ha de retardar l'adopció de mesures efectives i proporcionades per a prevenir un risc de dany greu i reversible al desenvolupament a un cost econòmicament acceptable. Segons el meu judici, és una de les millors definicions del principi de cautela. És una forma d'avançar-se a la consumació de riscos incerts, que implica avançar-se al risc, abans que es converteixi en un dany irreparable o irreversible. És un efecte legal de la incertesa científica i, per tant, una política d'acció en contra de la incertesa («Policy for action in the face of uncertainty»), que dóna preferència a la prevenció per sobre de la curació. KOURILSKY, P.H. i VINEY, G., *Le principe de precaution*, La documentation française, 2000, p. 212.

33. Hi ha autors que assenyalen que el principi de cautela és una regla de dret. O una regla jurídica amb un valor i abast propis. És valor jurídic obligatori perquè es troba en l'actual 174.3 del Tractat de Roma, derivat de l'antic 130.R en la versió del Tractat de Maastricht. La prova és que el principi de precaució s'utilitza més enllà del dret ambiental, ja que, com hem vist, la salut, la seguretat alimentària, les llibertats públiques, la defensa nacional, els accidents col·lectius i les catàstrofes naturals encaixen en el principi.

BECHMANN, P. i MANSU, V. *Le principe de precaution*, París, 2002, p. 56.

manifestació del principi de cautela. No s'atorga la seguretat, però s'indemnitza en cas de pèrdua d'aquesta.³⁴

Algun cop s'han adduït raons de seguretat jurídica per no acceptar en les normes la utilització de conceptes jurídics indeterminats. En efecte, ho vaig fer l'any 1989, en el meu treball.³⁵ Advertia que els conceptes jurídics indeterminats s'han d'evitar, en especial per a tipificar infraccions, tot i que es poden utilitzar com a criteris que permetin atenuar o agreujar una sanció. Però ara som davant alguna cosa més que conceptes jurídics indeterminats. Som davant criteris lògics, tècnics o d'experiència. El legislador busca la certesa en el context econòmic, ambiental, professional, etcètera, on perfila el seu contingut. Els conceptes jurídics indeterminats no són incompatibles amb la seguretat jurídica; però el concepte de principi de precaució o de cautela potser hauria de començar a equiparar-se (en l'àmbit de la regulació de la societat en temps de canvi, enfortida per la definició de la societat i de la seva autoregulació, o de l'exercici privat de funcions legislatives), com una aproximació a la seguretat jurídica. En el fons és l'eficiència: obtenir protecció a canvi de precaució. Com, si no, opera la seguretat jurídica com a «suma de certesa», amb paraules del Tribunal Constitucional, quan aquesta no pot existir *a priori*?³⁶

En resum, no hi ha cap altra manera de combinar la seguretat jurídica en època d'incertesa a través de l'apellació a una *lex certa* que si bé és formalment *certa* no és materialment *certa* quant als supòsits de fet i a les conseqüències que regula, ja que la clàusula tècnica i el principi de cautela apellen necessàriament a la incertesa de la decisió que s'adopta i a la necessitat d'adoptar-la sense saber o sense haver pogut avaluar exactament la relació causa-efecte entre amenaça potencial i dany o risc previsible.

34. HORDAIN, V. P. *Principe de precaution et responsabilité civile*, Le petit affiche, novembre 2000, núm. 239, p. 51.

35. MONTORO CHINER, M. J. *Adecuación y factibilidad: Presupuestos de calidad de las normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 53.

36. MONTORO CHINER, M. J. «Implementation at a national level of european legislation on waste with particular reference to the State Science and Technic in the process of environmental legislation: The case of Directives 1999/31/EC and 2000/53/EC», International legal seminar, Kluwer, 2003, en curs de publicació.



Col·loqui

subsegüent a la IV ponència

Moderadora

Il·lma. Sra. Imma Folchi i Bonafonte
Oficiala major del Parlament de Catalunya

Intervenen

Dr. Martí Bassols i Coma

Dra. María Jesús Montoro Chiner

Sr. Claro José Fernández-Carnicero

Dr. Manuel Pulido Quecedo

Sr. Joaquim M. Mateu Vives

Sra. Celsa Picó Lorenzo

Univ. Prof. Dr. Ulrich Karpen

Sr. Alfons López Salgueiro

La moderadora

Molt bé, María Jesús. Ja tenim una primera intervenció demanada en aquest col·loqui, que encetem ara. El senyor Martí Bassols.

El Dr. Martí Bassols i Coma

Martí Bassols, lletrat del Congrés. Abans de tot, he de felicitar els lletrats del Parlament de Catalunya per haver organitzat aquesta jornada tan magnífica i tan interessant, i sobretot a la professora María Jesús Montoro, mi felicitación por tan brillantísima exposición.

Yo he venido aquí, fundamentalmente, además de a escuchar esto, porque me parece que el miércoles empieza en el Congreso de los Diputados un episodio muy pequeño, pero que puede ser muy importante, de los problemas de la evaluación legislativa, cual es una comisión que se va a crear para estudiar y combatir el problema de la piratería en los productos de la propiedad intelectual en toda su gama. Aparece un nuevo procedimiento para ver cómo se reconduce todo un sector del ordenamiento que hace referencia a la propiedad intelectual, a los discos, a los juegos de ordenadores, etcétera. Aquí se plantea la primera reflexión, que se ha discutido ya durante la mañana: ¿en qué medida, frente a la autoevaluación de los poderes públicos, influye la evaluación que, a su vez, hacen los poderes privados —y esto la profesora Montoro lo ha tocado muy bien— y qué influencia tiene en el legislador? Yo creo que esto es importante, porque la seguridad jurídica, como bien se ha expuesto..., supone que el sujeto que emana las normas tiene seguridad en sí mismo, porque, si no, sus productos no podrían dar seguridad. En el siglo XIX el legislador tenía una representación del mundo propia del mismo, aceptable o no aceptada, pero era un legislador seguro de sus peque-



ños esquemas. Hoy el mundo es muy complicado y no lo tiene. Nos encontramos con dos fuentes de perturbación aparente: los poderes privados participan en la elaboración del proceso legislativo, y sobre todo en comisiones de investigación y de preparación de leyes, con esto introducen tal cantidad de intereses en el proceso decisorio que el legislador, a lo sumo, lo que puede hacer es una síntesis de lo que le presentan, máxime cuando quiere, por así decirlo, avalarlos o ser complaciente con ellos, porque éste es el gran problema, ¿no?, el legislador actual lo que quiere, por lo que tiene obsesión, es por los procesos electorales y por quedar bien ante la sociedad, porque no tiene una representación, y quizá ya nunca más se va a tener aquella idea de representación tan clara.

Todo lo que ha explicado la profesora Montoro es muy interesante. Un segundo ejemplo que me parece paradigmático: ¿cómo los poderes privados inciden en la evaluación *ex ante* o *ex post*? Voy a poner un ejemplo que me está preocupando mucho: ustedes saben que la Ley de la edificación de 1999 establece que todas las edificaciones en España tienen que tener concertados tres seguros: uno contra los daños de la construcción, otro contra los incendios, otro contra los materiales. Pues bien, la primera cuestión que ha aparecido en el momento de su aplicación es que las compañías de seguros se oponen radicalmente a estos seguros, porque dicen que no entran dentro de su giro y tráfico, y han hecho estudios interesantísimos de cómo lo que les propone el legislador es inviable. Entonces, la sorpresa está en la Ley de acompañamiento de este año —se ha hablado muy mal de las leyes de acompañamiento, pero yo creo que también a veces son autoevaluaciones *ex post* del propio legislador, pero con trampa, por supuesto; siempre está la trampa—; en este caso, la trampa está en que dicen: «La autopromoción se exime de los seguros». En consecuencia, ahora todo el mundo elimina al promotor y se autodeclara promotor en cualquier edificación para evitar el coste del seguro. El legislador sabía que estos seguros eran muy caros, sabía que si las empresas no daban viabilidad, no asumirían la contratación de estos seguros. Han pasado tres años, la Ley de edificación no se aplica, ni creo que los dos seguros que están pendientes se extiendan —no sé si en Cataluña lo habéis hecho o no, en vuestra Ley de edificación o de vivienda—, pero a este respecto también hay que ver

cómo influye, cómo se conecta el tema de cuando una ley es impopular para determinados sectores y el legislador la quiere implantar. Además..., la Ley de la edificación conlleva el gran problema de que en vez de ser la propia Administración la que asume los controles, los delega en una sociedad de seguro. Estas sociedades de seguro tienen estudios muy interesantes, no solamente como *lobby*, porque creo que hay que distinguir lo que es el *lobby* de lo que es la participación en una evaluación privada, porque sería distinto; los papeles se pueden intercambiar, como sabemos, en la vida, pero son dos cosas distintas. Este caso creo que es un caso paradigmático, ¿no?: el legislador introduce una norma y luego él mismo se ve obligado a fomentar una especie de trampa en la propia regulación. En esto coincido con todas las tesis de la profesora Montoro, en el sentido de que la seguridad jurídica está cambiando radicalmente.

No me resisto, por último, a decirle que ayer, leyendo *La Vanguardia*, mientras estaba llegando, descubrí un artículo pavoroso sobre lo que se puede hacer con la transparencia fiscal este año respecto a la valoración de los inmuebles y respecto a programar la futura herencia en función de la cuestión económica. Yo sugiero a los que no lo han leído que lo lean y que tomen nota. Bueno, aquí hay gente muy joven, afortunadamente, para programar su herencia, pero para los que ya peinamos canas es un artículo apasionante, es decir, cómo se puede allí hacer aparentemente todo. Entonces, un legislador que actúe así yo creo que va a ser muy difícil que atienda la seguridad jurídica y la eficiencia de las normas.

Mi conclusión, ante todo, es que querer racionalizar un órgano decisor y racional —la palabra *racional* es muy fuerte, diría emotivo— es muy difícil. Creo, por lo tanto, que es una gran labor la que se hace... al proponer al legislador unas pautas de evaluación y de técnica jurídica. Por ello quiero decir que me han satisfecho muchísimo estas jornadas y felicito a los que antes han intervenido esta mañana y a la profesora Montoro por su brillante exposición.

Muchas gracias.



La moderadora

Vols dir alguna cosa, María Jesús?

La Dra. María Jesús Montoro Chiner

Nada que decir, por lo bien que ha expuesto el tema; yo incluso me refería al problema que implica un riesgo mayor: el seguro ambiental, según aparece regulado en el Derecho europeo. Las normas europeas han intentado regular el seguro de riesgo ambiental; incluso alguno de los Estados miembros ya han efectuado la transposición, pero no hay, por lo visto, compañías de seguros dispuestas a asegurar el riesgo ambiental, o al menos no hay demasiadas dispuestas a ello, porque el seguro es una técnica que se basa en el conocimiento o en la posible mesurabilidad del riesgo. En el caso del medio ambiente, el riesgo puede provenir de daños presentes, de daños pasados, de daños graduales, acumulados, etc., y éste es un problema más grave, ya que afecta la salud humana y tiene repercusiones sobre derechos fundamentales; el ejemplo que tú has puesto de manifiesto afecta el derecho de propiedad y la herencia.

La moderadora

Tenemos otra palabra, solicitada por aquí, la de Claro José Fernández-Carnicero.

El Sr. Claro José Fernández-Carnicero

Muchas gracias. Yo me sumo a la felicitación que acaba de hacer Martín Bassols a la profesora Montoro, además de la satisfacción de volvernos a encontrar, y la quiero felicitar porque suele ser habitual la invocación de la seguridad jurídica al referir la técnica normativa fundamentalmente al lenguaje. Es cierto que el otro gran parámetro de juicio de la técnica normativa es el procedimiento, que es en lo que ella, fundamentalmente, se ha centrado.

Le quiero hacer una reflexión que antes, en privado, le he anticipado después de escuchar esta mañana a los ponentes, y lo hago con la intención de, muy modestamente, formular una propuesta, la siguiente: si subrayamos los defectos derivados de la heterogeneidad de los procedimientos aplicables a normativas sectoriales —ella se ha

referido a las diecisiete regulaciones sobre, por ejemplo, la evaluación del impacto ambiental—, me pregunto si no es, si cabe, tan grave o más la heterogeneidad en las directrices o criterios de técnica normativa, porque en unos casos hay una regulación más o menos definida, en otros casos ni siquiera eso, lo que nos lleva a treinta y cuatro «modelos» de técnica normativa, sumando gobiernos y parlamentos en las comunidades autónomas, más los órganos comunes del Estado, Gobierno y Parlamento o Cortes Generales. Si ante esa inseguridad..., y teniendo en cuenta que el procedimiento de la técnica normativa ha incorporado siempre el principio de precaución o el principio de cautela, es decir, independientemente de que me parece interesante esa dualidad de conceptos entre cautela y seguridad jurídica en el sentido convencional, la razón de ser última de la técnica normativa es introducir un principio de precaución o de cautela para evitar la arbitrariedad en la toma de decisiones. Pues bien, en ese panorama de dispersión, me pregunto si no estamos ante un buen momento para pensar un poco entre todos y caminar en el espíritu del Tratado de Niza, que introduce un criterio de armonización del derecho europeo. No propongo ningún órgano especial, sino, de la manera más flexible, con un espíritu, diríamos, de red o de *network* de cooperación horizontal, podríamos crear un observatorio de técnica normativa compartido por todos los órganos que tienen interés en la materia. Por enunciar, serían, evidentemente, los órganos comunes—Gobierno, Parlamento, gobiernos y parlamentos en las comunidades autónomas— y, desde luego, pensando siempre que la técnica normativa no puede olvidar la relación entre redacción e interpretación de normas, atendiendo a los criterios del artículo 3.1 del Código civil, deberían estar también representantes del poder judicial y, por supuesto, operadores jurídicos de colegios de abogados y de la universidad.

Esto no debería suponer ninguna complejidad institucional, por lo que me permito invitar a quienes tienen más autoridad que yo a pensar en la necesidad de caminar hacia una armonización, que no uniformidad estricta, de criterios de técnica normativa que pudiera articularse, más o menos, en ese horizonte flexible de red configurada como un observatorio abierto y compartido.

Nada más, muchas gracias.



La Dra. María Jesús Montoro Chiner

Yo formaría parte muy a gusto de un nudo de esa futura red, cuya constitución me parecería interesante, desde luego, puesto que pronto, en determinadas materias, en Europa no encontraremos la norma aplicable, puesto que el precepto ya no lo encontramos hoy en día.

La moderadora

Todo un reto. Manuel Pulido también había pedido la palabra.

El Dr. Manuel Pulido Quecedo

Sí, como no podía ser de otro modo, me adhiero a la *cláusula* Bassols, de felicitación al decano, nuestro decano, Ismael Pitarch, por la organización de esta interesantísima jornada o *workshop* sobre Legislador y Técnica Legislativa; felicitación que hago extensiva al Parlamento de Cataluña, en la persona de su Oficial Mayor, Imma Folchi, en la medida que es copartícipe de la misma.

La primera cuestión que me gustaría abordar, al filo de las consideraciones del profesor Bassols, descansa en la referencia al principio de seguridad. Quizás, como decía Roversi, ello obedece a la propensión o tendencia del hombre a la armonía, lo que probablemente sea extensible a la seguridad: el hombre tiende a la seguridad, mientras que la vida está plena de inseguridades; quizás, y, en consecuencia, en el mundo más cerrado del siglo XIX, al menos en lo relativo a ámbitos del derecho privado, era posible buscar, tender, *verbi gratia*, en los contratos, la seguridad, mientras que hoy eso es más complicado. Pero ¡claro, eso es una cosa y otra que la propia legislación potencie, prime o cebe la bomba de la inseguridad, como parece ser, en nuestros días, al socaire del fenómeno ya desbocado de las leyes de acompañamiento.

Bien es cierto que también, y esto conllevaría una segunda consideración, debe contener algún aspecto restrictivo, que ponga algún límite a la amplitud del concepto de enervación o evitación del riesgo. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha venido señalando, desde sus primeros años, que la invocación del artículo 17 en sede de recurso de amparo, esto es, la lesión de la *seguridad personal* no era posible incluirla en el *principio de seguridad jurídica* (art. 9.3 CE); mire

usted, podría decirse con cierta retórica al uso, son cosas distintas; o cuando se trataba de invocar la seguridad bajo la capa del artículo 14 de la Constitución Española, del derecho a la igualdad, pues había que decir: «Mire usted, sí, ya sabemos que la aplicación de la ley debe hacerse de manera segura, constante, etcétera, pero todo tiene sus límites».

Pero, como digo, volviendo al inicio de la intervención, sí que creo que una serie de técnicas inadecuadas potencia esa inseguridad, y tocamos, con ello, los temas que están en el ambiente, tanto por fechas como porque han salido en el coloquio. Uno es la falta absoluta de *homogeneidad* en el *contenido* de los textos legislativos. Hace poco comentaba el profesor Rodrigo Bercovitz, a raíz de la Ley Orgánica 9/2002, del 10 de diciembre, de modificación de la Ley orgánica 10/1995, del Código Penal y del Civil, sobre sustracción de menores —que en seis artículos introduce modificaciones en seis normas totalmente distintas—, que había que propiciar al modo francés, para hacer realidad el principio de publicidad de las leyes, la introducción de una reseña al menos en el *Boletín Oficial del Estado*, que enumerase cada uno de los preceptos de las leyes modificadas. Pues, seguramente, si en los reglamentos de las cámaras se introdujesen normas precisas, interpretables por la jurisprudencia parlamentaria, acerca de lo que debe incluirse en una ley, aunque hubiese a veces errores y sea objeto de posible discusión, sería un factor de contención al desbordamiento existente. En mi opinión, el ejemplo francés acerca de las leyes de presupuestos con la Ley orgánica del 58 es positivo y, por lo tanto, tanto la jurisprudencia del Conseil Constitutionnel que la interpreta como la legislación que se aprueba, es bastante más positiva que la nuestra. Por lo tanto, instrumentos de posible mejora existen. Otro tema es el de la Ley de acompañamiento de nuestros pesares, que haciendo el legislador una lectura perversa de una jurisprudencia no sé si modélica, pero bastante recipiendaria de la doctrina científica, fundamentalmente de la Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1992, que en un caso paradigmático..., acerca de la inclusión en la Ley de presupuestos de una modificación de la Ley General Tributaria sobre la inviolabilidad de domicilio por razones fiscales, sentó la doctrina acerca del contenido *esencial* y *eventual* de las leyes de Presupuestos, estableciendo límites a las mismas. ¡Claro!, de



eso a llegar a estas leyes-río que deben concitar no ya el esfuerzo de los especialistas..., sino que quizá hoy la primera cuestión que deba saber cualquier persona que se ocupa..., no digo juristas, cualquier licenciado que se ocupa en materia de leyes es determinar qué es lo que está vigente, lo cual nos vuelve poco menos o nos retrotrae al siglo..., ¡qué xvi, al siglo xiii!, es decir, al *derecho de los juristas*; a ver qué es lo que dicen los juristas, porque claro, ya tampoco puede uno someterse a lo que dice el Tribunal Supremo, porque ¿cuántas *líneas jurisprudenciales* hay en el Tribunal Supremo y en el Tribunal Constitucional? Entonces, se dice, vayamos a García de Enterría, preguntemos a Bercovitz o Díez Picazo, vayamos a la doctrina de los exégetas, etcétera, para que nos digan qué es lo que está vigente, lo cual es, francamente, un poco decepcionante a estas alturas de nuestro tiempo; con lo cual aquel adagio que decían los alemanes —«Menos leyes y más justicia»— y quizás antes, nuestro Saavedra Fajardo, de que «la multiplicidad de leyes genera una gran injusticia», debería hacernos reflexionar a los estudiosos o a algunos periodistas interesados y especializados en estas cuestiones, cuando se preguntan: «¿Qué hacen los parlamentos de las comunidades autónomas?, Cataluña, 30 leyes; Navarra, 40, o 35, o 20», pues, podrían, de alguna manera, decir: «Oiga, y ¿legislan bien o no legislan bien?», porque ésa quizás es la pregunta.

La moderadora

Gracias, Manuel, unas reflexiones sentidas y duras y de gran valor de quien viene del legislativo, aunque ahora está ejerciendo funciones en el ejecutivo.

Tenim una altra paraula demanada de qui la meva miopia m'impedeix identificar el nom. És problema de l'edat.

El Sr. Joaquim M. Mateu Vives

Em dic Joaquim Maria Mateu. Hem estat parlant àmpliament de tots els elements que estan collidint amb el principi de seguretat jurídica, i hi ha hagut un element de què no hem parlat que crec que també és important: l'instrument jurídic de la correcció d'errades. M'explicaré i ho explicaré des del punt de vista que m'hi he trobat en l'exercici de la meva feina.

El Ministeri d'Agricultura al final del mes de desembre de l'any 2000 va publicar el Reial decret sobre bases d'ajuts estructurals en el sector de la pesca, els ajuts estructurals a càrrec de fons IFOP. Un dels apartats feia referència a la modernització d'embarcacions de pesca, i s'establia que les embarcacions, per poder-se acollir a aquest tipus d'ajuts, havien de tenir una antiguitat, una edat superior a cinc anys a comptar de la seva data d'entrada en servei, però mai superior a trenta. Aleshores, ens trobem que una part molt important de la flota espanyola, i també en concret de la flota pesquera catalana, supera amb escreix aquesta edat. Què va passar? Resultava que moltes embarcacions, per aplicació d'aquest article, quedaven exclòses automàticament de les possibilitats d'obtenir un ajut. El sector protesta, com és normal i, quan arriba el mes d'abril, a través d'una publicació al *Butlletí Oficial de l'Estat* —un dissabte, gairebé amb nocturnitat i traïdoria—, d'una correcció d'errades, automàticament se li dóna la volta: l'article es modifica i se suprimeix el requisit dels trenta anys; el que ara diu l'article és que les embarcacions n'han de tenir més de cinc, i automàticament, no hi ha un límit màxim perquè les embarcacions es puguin acollir a aquest tipus d'ajut.

Per això el que voldria saber és si l'instrument jurídic de la correcció d'errades es pot estar convertint en un mecanisme de revisió *ex post* o simplement és un autèntic nyap legislatiu.

La Dra. María Jesús Montoro Chiner

Sí, yo creo que lo último (*rialles*), porque el fenómeno no es nuevo. Incluso hemos vivido algunas experiencias más sonadas. No sé si recuerdan la modificación de la legislación urbanística del año 1992. En aquella norma estatal básica se contenía una cláusula que enlazaba registro de la propiedad con autorizaciones, licencias, etc., que inmediatamente promulgada escandalizó a los juristas, y desapareció creo que un 17 de julio en una corrección de erratas. Difícil es saber a quién es imputable esa corrección; pues si se ha hecho directamente desde el *Boletín Oficial del Estado*, falta el mandato normativo entre el poder legislativo y el *Boletín Oficial*; esto es un auténtico fraude a la soberanía popular.



La moderadora

Tenim més paraules demanades.

La Sra. Celsa Picó Lorenzo

Celsa Picó, magistrada del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya. Entones, al hilo de seguridad jurídica, técnica legislativa y caso omiso del legislador, a la vista de los problemas que se suscitan a lo largo del tiempo para ser solventados en un plazo razonable, me gustaría plantear una cuestión con relación a un tema de una de las últimas leyes del Parlamento de Cataluña, la Ley 2/2002, la Ley de urbanismo. No quisiera equivocarme al hilo de la correcta terminología, según distinguía el letrado del Senado, entre preámbulo y exposición de motivos, que muchas veces hay cierta tendencia a confundir. Entones, la Ley 2/2002 —ahora no recuerdo si se está moviendo con preámbulo, creo que sí, creo recordar que dice «preámbulo»— intenta solventar un conflicto que se ha suscitado en los últimos diez años en Cataluña: el problema de la publicación del planeamiento, publicación íntegra de las normas, problema que derivaba de dos cuestiones: una, cómo se interpretaba el Estatuto de autonomía de Cataluña y la publicación de las normas, incluyendo las normas urbanísticas; dos, la modificación que se produjo a mediados de los años noventa de la Ley de bases de régimen local intentando solventar el problema, pero que tampoco fue muy afortunada en la redacción, y tres, también al hilo de lo que acaba de decir el representante del Parlamento navarro...

La moderadora

Manuel Pulido, ahora en el Gobierno navarro, antes letrado del Parlamento navarro.

La Sra. Celsa Picó Lorenzo

...que de distintas corrientes jurisprudenciales y que se residenció en que mientras desde hace trece años el Tribunal Supremo, incluyendo sentencia en Sala Tercera en pleno —muy pocas hay, lo cual significa que tiene un cierto peso—, resolvió la interpretación de la publicación del planeamiento urbanístico, que debía ser en su integridad, inclu-

yendo normas, o sea, normas jurídicas y también planimetría..., respecto a la doctrina que mantenía el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de que, con apoyo en el Estatuto de autonomía de Cataluña y en la vieja *refosa*, el Decreto legislativo 1/1990, bastaba la publicación del acuerdo de la Comisión de Urbanismo con relación a la norma de planeamiento, sin necesidad de su publicación íntegra ni en el *Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya* ni en el *Boletín Oficial de la Provincia*, si en vez de ser normas subsidiarias o plan general fuera un estudio de detalle, por ejemplo.

Bien, con esa dualidad jurisprudencial nos hemos movido durante un tiempo. Hubo en la anterior legislatura..., o sea, después, pensando al hilo de la pregunta que antes le formulaba al señor Pitarch, que le decía que como últimamente no recibíamos un *chivato* de cómo estaban proyectos de ley, tanto en el Parlamento catalán como en el Parlamento estatal, le había perdido la pista a una (creo recordar que fue) proposición de ley, pero claro, luego lo he pensado: al extinguirse el anterior mandato parlamentario, todo lo que estaba sin aprobar en el trámite que fuera, pues ahí quedaba. Un proyecto, que creo que más bien era proposición, que no era proyecto, o sea, que debió surgir de algún grupo parlamentario, que tenía un elevadísimo coste económico, que era la publicación íntegra de todo el planeamiento en el *Diario Oficial de la Generalitat* y el *Boletín Oficial de la Provincia*, se extinguió el anterior mandato, no está ese proyecto ni esa proposición en marcha, pero ¿qué sucede? En este momento, ya estamos viendo unos flecos muy serios de esa consecuencia de la jurisprudencia y el no seguimiento por parte del legislador de la previsión que tenía, y es que ya no en el planeamiento urbanístico, en que surgen problemas ya en algún litigio, es decir, si las licencias despliegan eficacia por ausencia de publicación, sino en actuaciones expropiatorias amparadas en normas urbanísticas no publicadas en su integridad, que, por tanto, carecen de cobertura..., pues, ámbito de Cataluña, o sea, no otra comunidad autónoma, 24 de diciembre del 2002, pues, bueno, pues es una aprobación definitiva de relación de bienes y derechos para ampliar un cementerio municipal en una localidad catalana, se estima en casación revocando la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña interpuesta por el expropiado respecto a la ausencia de cobertura legal por ausencia de publicación.



Bien, esta actuación fue afectada en una fase previa, que era la publicación de bienes y derechos, pero el problema que podemos tener, y que va a ser de mayor coste económico que la publicación en los diarios oficiales de la Generalitat y boletines oficiales de la provincia, es esa otra técnica jurisprudencial, que sobre todo se desarrolló a raíz del Centro Penitenciario de Cuatro Caminos —había alguna sentencia anterior, pero ésa fue la que la potenció—, y es que la nulidad de un planeamiento, y se equipara nulidad de un planeamiento a carencia de eficacia del mismo, a efectos expropiatorios conlleva el incremento en el justiprecio de un 25%, es decir, como castigo a la Administración por carencia de cobertura legal o por actuar contrariamente al ordenamiento.

Entonces, esa cuestión, que se sabe desde hace un cierto número de años, con la que se ha convivido, que hubo un momento en que se intentó darle salida, pero que sigue ahí, aparcada, aflorará con intensidad en esta década, con mayor coste económico, sin haber tomado a tiempo —que era un poco, pues, al hilo de las evaluaciones— una medida que impidiera, digamos, lo que puede suceder, que es que aquí es nula la relación de bienes y derechos, porque..., supongo que, posiblemente, habrá más nulidades, que alguna otra actuación en este procedimiento se llevará a efecto, pero en otras, digamos, que sí que se sustentan exclusivamente en el planeamiento por la ausencia de publicación, tendrá, a la larga, más coste económico que lo que se quiso evitar sin haber puesto medidas a medio plazo o a corto plazo.

La Dra. María Jesús Montoro Chiner

Sí, es otro ejemplo, y en este caso, insisto que se trata de un ejemplo en la creación del derecho; si mantenemos la antigua teoría de que el planeamiento tiene carácter reglamentario y las normas del planeamiento tienen carácter normativo, sería un vicio en la creación de la norma.

Personalmente eché de menos cuando se promulgó el Decreto 324/2001, relativo a las relaciones de los ciudadanos y la Administración de la Generalidad de Cataluña con otros sectores, ya que era compatible que el acuerdo de aprobación de un plan que ha de ser publicado junto a las normas permitiese, a su vez, colgar en la red

memorias, normas, etcétera, puesto que ofrecería un supuesto de información más completa. En todo caso, seguimos sin saber qué tipo de publicidad es la necesaria y ello produce efectos que pueden llegar a constituir la nulidad de la licencia, y no debe olvidarse que los efectos de la rectificación a tiempo son mucho menos caros que la rectificación de una nulidad.

La moderadora

Un moment, ens ha demanat la paraula, també, el doctor Karpen.

L'Univ. Prof. Dr. Ulrich Karpen

Well, professor Montoro, the discussion shows clearly that your qualified and elucidated statement leaves little room for questions, most are comments, and so I would like to comment on two points and trying to, well, link your statement with the general topic of this conference which is evaluation of legislation.

First of all I would like to address to your more theoretical parts one and two. And your topic was better laws give better certainty, and lack of certainty of the law is a problem of today. I've found again that you made the interesting differentiation of Thomas Aquinas between form and matter, because it's quite clear, if the form of the law is lacking quality it's a loss of certainty, if the wording is not all right, if the clarity of the sentences is not all right, if the consistency of the norms with other ones is not all right, if the compliance does not work, all these are issues of the form, but then it comes the matter, and there you said, «Well, unfortunately we lack certainty of the law because we navigate in a field of uncertainty.»

Well, my theory is that has always been the case and will always be the case. This is the reason why in my view law usually is a little bit conservative, law has problems to structure the future, law has problems to set values for the future because it's the people, you and me, and your neighbor who set the values but not the law. So I wanted to say it was, I think, Tom Sawyer who in his famous poem *Huckleberry Finn* said, «Forecasting is difficult and dangerous, especially if affects the future.» And this is true for the legislator. How can the legislator forecast the future?



So I would not like to stay with this observation but I draw two consequences for the practical evaluation of the law. First of all, *ex ante* evaluation, regular impact assessment preceding legislation is just, as I said this morning, an indication, it is not a prophecy, it is not a clear forecasting of a clear future —forget about that concept. So don't make people overestimate the possibilities, the capabilities of evaluation and evaluators.

The second consequence: be careful, watch closely what happens, but react slowly, allow development to happen before you legislate, don't react too hasty. Probably what you have said about caution was legal certainty meets a little bit what I have in mind now, but it's definitely true that a good evaluator says at its best, «At the moment the time is not right for legislation; let time pass, let's observe the problem, let's see how the civil society deals with the problem, then let's legislate.»

My second observation addresses the more practical part three of your presentation and deals with one of the most interesting issues of legal theory: time and law, and law and time. Well, I could make it very easy and say bluntly things change in time and we are changing in time, so law is changing in time. Well, but this is not all. We have the feeling that the social situation in our circumstances of living conditions is accelerating, and it is true that we observe that our legislators everywhere are speeding off. I've been talking and writing about the motorized legislators; sometimes the amendments of a law are valid before the law itself is in action. This is true, I can give you examples.

But again, I would like, well, to ask myself the critical question: are we really the first generation in that position which feels that acceleration is this typical situation of our times? I guess not. Our grandparents found that it was accelerated and our children will find that so.

So how can we draw again practical issues for evaluation, regulation impact assessment, on this particular issue, time and law? Well, I have some suggestions, they are not very new, especially not in this workshop, but it proves that they are valid.

First of all, don't think and don't make people think that wise legislators make laws for eternity, this is not true. Second, let's make more

use of some set legislation, let's observe that in three years time things have changed and we have to change and adapt our laws. Thirdly, let's legislate on time limited legislation for problems that certainly expire in a foreseeable future.

Next suggestion: let's make use of the development of knowledge, of technicians who overlook better the incalculable futures. And you mentioned the independent experts. I disagree that they are doing the legislation, but, well, depends on their good advice to adapt the law.

The next practical suggestion is make more use of revision of the law, revise the actual codes as often as possible, and computers, and egovernment, and information technology make possible to have the full legal order of a country, so to speak, in one set.

So make use of the consolidation of the law as enacted and of the new law. We make the experience that going through consolidation of a law in a state we found out that more than 50% of the laws are outdated; you could simply wipe them out. And then uncertainty of the law sometimes is due to the fact that the knowledge of the law is a fiction today, nobody can overlook the corpus of the law, and you can reduce this problem by consolidation of the law. And a good evaluator would do that sort of scrutinizing the legal order before he says, «Well, you have to draft a law or you have to amend a law.» So I think it's very topical what you have said and fortunately enough there are practical tools to cope at least with some of these problems which you have raised quite cautiously.

Thanks.

[Traducció]

Bé, professora Montoro, el debat mostra clarament que la seva declaració qualificada i aclaridora deixa poc lloc a preguntes; tinc sobretot comentaris. Per tant voldria fer un parell de comentaris i intentar relacionar la seva participació amb el tema central d'aquesta conferència, que és l'avaluació de la legislació.

En primer lloc, m'agradaria fer referència a les parts més teòriques del seu discurs, la primera i la segona. El motiu dominant ha estat que com millors



siguin les lleis més gran serà la seguretat que ofereixen, i precisament un dels problemes actuals és la manca de seguretat de les lleis. He trobat un cop més que ha fet la interessant diferenciació de Tomàs d'Aquino entre forma i matèria, perquè és prou clar que si a la forma de la llei li manca qualitat això es tradueix en una pèrdua de seguretat, si l'enunciat no és correcte, si les frases no són prou clares, si les normes no són prou coherents entre elles, si no estan d'acord, totes aquestes qüestions formen part de la forma, però aleshores afecta la matèria, i aquí vostè ha dit: «Bé, desafortunadament ens manca la seguretat de la llei perquè naveguem en un mar d'inseguretat».

Bé, la meua teoria és que aquesta ha estat sempre la qüestió i sempre ho serà. Aquesta és la raó per la qual, al meu parer, la llei acostuma a ser una mica conservadora, la llei té problemes per estructurar el futur, la llei té problemes per fixar els valors per al futur ja que és la gent, vostè i jo, i el seu veí, i no la llei, qui fixem els valors. Per tant, volia dir que em sembla que va ser Tom Sawyer, en el seu famós poema Huckleberry Finn, que va dir: «Pro nosticar és difícil i perillós, especialment si afecta el futur.» I això és així per al legislador. El legislador com pot preveure el futur?

Per tant, no m'agradaria quedar-me amb aquesta observació, sinó extreure'n dues conseqüències per a l'avaluació pràctica de la llei. En primer lloc, l'avaluació ex ante (una valoració d'impacte regular abans del procés legislatiu) és simplement, com he comentat aquest matí, una indicació, no una profecia; no és una predicció clara de futur transparent, oblidem-nos d'aquest concepte. Per tant, no fem que la gent sobreestimi les possibilitats, les capacitats de l'avaluació i els avaluadors.

La segona conseqüència: anem amb compte, mirem de prop què passa, però reaccionem a poc a poc, permetem que el desenvolupament s'esdevingui abans de legislar, no reaccionem precipitadament. Probablement el que ha dit sobre la prudència és que la seguretat legal està d'acord una mica amb el que estic pensant, però és definitivament veritat que el millor que pot dir un bon avaluador és: «Ara no és el moment adequat per a legislar; deixem que el temps passi, observem el problema, vegem com el tracta la societat civil, i aleshores ja legislem».

La meua segona observació es refereix a la tercera part, la més pràctica de la seva presentació, i a una de les qüestions més interessants de la teoria legal: el temps i la llei, i la llei i el temps. Bé, ho podria fer molt fàcil i dir clarament que les coses canvien amb el temps, que nosaltres canviem amb el temps i

que, per tant, la llei canvia amb el temps. Però això no és tot. Tenim el pressentiment que la situació social en les nostres circumstàncies, en les nostres condicions de vida, s'està accelerant, i és veritat que veiem que els nostres legisladors a tot arreu van més de pressa. He parlat i escrit sobre els legisladors motoritzats; de vegades les esmenes d'una llei són vàlides fins i tot abans que la llei s'apliqui. Això és així i us en puc donar exemples. Però un cop més, m'agradaria, bé, preguntar-me la qüestió crítica: som realment la primera generació en la posició de sentir que l'acceleració és una circumstància típica dels nostres temps? M'imagino que no. Els nostres avis van pensar que el temps s'estava accelerant i els nostres fills també ho veuran així.

Per tant, com podem extreure per a l'avaluació, la valoració d'impacte regular, qüestions pràctiques sobre aquesta qüestió en particular, temps i llei? Bé, tinc alguns suggeriments, que no són gaire nous, especialment en aquesta jornada, però demostren que són vàlids.

En primer lloc, no pensem ni fem que la gent pensi que els legisladors savis fan lleis per a l'eternitat, això no és així. En segon lloc, utilitzem més la legislació que ja hi ha, mireu si al cap de tres anys les coses han canviat i si hem de canviar i adaptar les lleis. En tercer lloc, legislem en legislació limitada en el temps per a problemes que realment tenen data de caducitat previsible.

Un altre suggeriment: utilitzem el desenvolupament del coneixement, dels tècnics que dominen millor els futurs incalculables. I vostè ha mencionat els experts independents. No estic d'acord que siguin ells els qui fan la legislació, però, bé, sí que depèn del seu bon consell que s'adapti la llei.

El suggeriment pràctic següent és fer més revisions de la llei, revisar els codis actuals tan sovint com sigui possible, i els ordinadors i el Govern electrònic i la tecnologia de la informació fan possible tenir tot l'ordre legal d'un país dins, per dir-ho d'alguna manera, d'un mateix tot.

Per tant, fer ús de la consolidació de la llei tal com s'ha promulgat i de la nova llei. Vam tenir una experiència estudiant la consolidació d'una llei en un estat en què vam trobar que més del 50% de les lleis estan antiquades, i simplement es podrien eliminar. De vegades la inseguretat de la llei es deu al fet que avui dia el coneixement de la llei és una ficció; ningú no pot passar per alt el corpus de la llei i, per tant, aquest problema es pot reduir mitjançant la consolidació de la llei. I un bon avaluador faria aquesta mena d'escrutini de l'ordre legal abans de dir: «Bé, hem de fer un avantprojecte o



esmenar una llei». Per tant, penso que el que vostè ha dit és molt actual i, afortunadament, hi ha eines pràctiques per a poder afrontar almenys alguns d'aquests problemes que ha plantejat cautelosament.

Gràcies.

La Dra. María Jesús Montoro Chiner

Lo que ha expuesto es material para una tesis. Estoy esencialmente de acuerdo porque creo que la aceleración en el tiempo se ha producido siempre e igualmente la incertidumbre. Ahora el legislador se enfrenta a esos problemas. Pero las consecuencias de un fallo en los períodos actuales es muchísimo más grave que hace cuarenta, cincuenta u ochenta años; ahora las consecuencias pueden derivar en un problema sanitario grave, alimentario, de defensa de los consumidores y usuarios, etcétera.

También es cierto que el ciudadano se está acostumbrando; en el momento en que surge cualquier problema exige al Estado de derecho —llamémoslo así por llamar de algún modo a los poderes públicos— una respuesta rápida, y el poder público da esa respuesta inmediata; por ello, sucede lo que normalmente en la vida actual no debe de suceder, puesto que, para que las cosas salgan bien hace falta un cierto período de alejamiento del tema, o unos meses de reposo; al cabo del tiempo las cosas se ven mejor. Contrariamente, se está legislando para casos concretos y para supuestos concretos; tenemos la legislación del episodio, y la legislación de la anécdota. Naturalmente, una cosa es que el derecho y el tiempo no se ajustan bien y que hemos de acostumbrarnos a que el derecho no es perdurable, ni permanente; pero otra cosa es que estamos asistiendo a un tipo de normas de contingencia de las que a los veinte meses ya nadie se acuerda, ni se aplican porque el supuesto de hecho que originó la norma ha dejado de ser noticia. Tampoco el legislador se toma la molestia de hacer una llamada *limpieza legislativa* para eliminar todas las normas extravagantes que nadan y navegan sin ser aplicadas.

O sea, desde este punto de vista participo de todos los consejos de técnica legislativa y evaluación que usted nos ha suministrado; pero es muy difícil convencer a la opinión pública de que ante cualquier problema que surja en el país o en un país próximo, el legislador no

tome inmediatamente la respuesta, sino que se busque un tiempo para reflexionar. Y aquí en España, por otros motivos, estamos viendo la aparición de normas que surgen por un consenso político y un consenso entre organismos, ya no sólo científicos, o un consenso entre órganos constitucionales del Estado, que modifican un Código Penal en veintisiete días, o menos; pero tal vez era necesario hacerlo.

La moderadora

Bé, teníem una altra paraula demanada? Sí.

El Sr. Alfons López Salgueiro

Sóc Alfons López Salgueiro, del Departament de Medi Ambient. La doctora Montoro, a qui respecto profundament i valoro molt i molt, ha fet una exposició molt clara; en aquest cas ella sap molt bé que aquest servidor de qüestió jurídica en sap ben poc —ben poc; potser en l'àmbit tècnic puc tenir més marge de maniobra, però no en l'àmbit jurídic.

En tot cas, i en línia amb alguna conversa que havíem tingut sobre risc i percepció del risc, la pregunta que li faria és: a què aspirem ben bé en el món occidental —em sembla que també fan servir aquestes paraules a Bombai, on la preocupació és sopar a la nit, no és el que succeirà d'aquí a quatre o cinc anys? En el món occidental la percepció del risc és una obsessió, podríem dir, fins i tot cultural: defugir una realitat que és la provisionalitat de la vida, de l'expressió de la vida, i que, per tant, mirant de defugir aquesta realitat un s'emmarca en una visió del món segons la qual no vol tenir cap risc, el risc ha de ser zero, i quelcom l'ha de fer oblidar la provisionalitat; des d'aquest punt de vista, algú li ha de resoldre la inseguretat, l'ha de tranquil·litzar. Ara que ja som grans i tenim cabells blancs, qui podria venir a resoldre això?, qui podria venir a normalitzar?

Jo recordo que en el món científic, normalment, hi havia avenços tècnics o científics, i era després d'anys i anys —segur que tampoc era la millor solució, segur—, quan en la realitat s'entrava a legislar, a normalitzar, a definir criteri tècnic. En aquest moment, l'ansietat que tenim al món occidental provoca bàsicament que ja es vulgui tenir clar abans que el bé, que el servei, sigui al mercat, cosa que també és raonable.



La pregunta, doncs, fóra: d'alguna manera és gestió de risc o és gestió de la ignorància?, perquè, és clar, si és ignorància, sempre en tindrem, i a mesura que en sabem més, indubtablement l'horitzó de la ignorància és més ampli, tot i que un és conscient que en sap més, justament per això el finestral que s'obre és enorme. Dins d'aquesta mena d'espiral, de buit, de coneixement, de certesa, de risc de percepció, el món de les lleis, per a un tècnic com puc ser jo, quin paper pot tenir a l'hora de modular ansietats, diria, fins i tot, de frenar inquietuds, d'estimular allò de què moltes vegades parlem tots i que és tan difícil, de fer particip la ciutadania dels nivells de coneixement sobre tecnologies, que és difícil d'arribar-hi, perquè les mateixes definicions són complexes. Prevenció en base al coneixement sembla una aliança bona, diguem, potser la més noble; la cautela fruit de la ignorància és una visió, indubtablement, de *caniche* cultural humà; aquesta té limitacions, perquè és així, i l'espècie humana té el seu nínxol, per descomptat, i el seu biòtop, i la cultura n'és un d'important, i el tema del risc cada vegada conforma més aquestes ansietats.

Des de Medi Ambient moltes vegades l'interrogant és: autoritzo aquella activitat?, no l'autoritzo? Des del punt de vista de la prevenció, sembla que les millors tecnologies disponibles, les prenem en consideració perquè donen prou joc, però, sens dubte, sempre hem d'operar des de la prevenció que dóna el coneixement; des de la cautela de la ignorància frenaríem tant i tant els avenços que potser l'interrogant és: «Quin ritme s'ha de marcar a la societat?». La mateixa energia que movem al món occidental és extraordinària i la panoràmica de possibilitats de risc són enormes, molt més grans que la situació que podien viure els nostres avis; la nostra esperança de vida és molt llarga, i potser l'entorn ja no el tenim tan verge com a l'edat mitjana, quan fora dels burgs, dels castells, tot era terriblement natural i equilibrat. És a dir, com podem modular culturalment aquestes ansietats, bàsicament del món occidental, per no entrar en les mancances d'allò que definim com a Tercer Món?

La Dra. María Jesús Montoro Chiner

Me temo que el título que me otorgaron cuando acabé la carrera y la venia docente que el Estado me ha suministrado no me habilita para dar una contestación a la reflexión tan profunda y de ese calado efec-

tuado. Me remito al pensamiento de un sociólogo, Ulrich Beck, que al hablar de la sociedad del riesgo advierte que «El ser humano debe de estar convencido de que ha perdido la indemnidad y debe conocer que puede cambiarle su posición y su estatus vital y jurídico en algunos segundos». Yo no creo que la situación sea para consolarse, pero dibuja y perfila aquello que uno no puede explicar y que para algunos es ignorancia, y para otros es exceso de cautela. El ciudadano exige mucho del Estado. Un buen ejemplo, a propósito de cualquier incidente o accidente que surja en la vida, en una familia, en la naturaleza, es habitual que los medios, la televisión, en general, la comunicación, lleven la imagen de un perjudicado que advierte: «Alguien tiene que darme una respuesta de esto», «Alguien tiene que pagar por esto». Bien, pues si uno mirando una ventana se cae por la misma, el Estado de derecho a esto no le da respuesta. Y pienso que estamos en una sociedad en donde todo lo que se le puede pedir al Estado de derecho es una cierta garantía para hacer valer las cosas, pero no para la indemnidad de las cosas. Éste es mi punto de vista, aunque creo que me ha formulado una pregunta casi de naturaleza psicológica. Pero me doy cuenta de que el legislador ha de traducir las necesidades humanas en reglas jurídicas y mandatos jurídicos, y ha de tomar decisiones, bien respecto a las antenas, respecto de los teléfonos móviles y su uso, para evitar que suceda lo que ha sucedido por no haber tomado a su tiempo debidas decisiones, por ejemplo, respecto al tabaco.

La moderadora

Bé, estem ja acabant aquesta sessió de tècnica legislativa, el que passa és que l'estem acabant amb reflexió psicològica, filosòfica i quasi metafísica, tal com s'ha plantejat la qüestió.

Per acabar de donar una connotació jurídica ens han demanat les dues últimes paraules, que agrairia que pogués ser així, atesa l'hora que és. Tenim Claró José i el doctor Karpen.

L'Univ. Prof. Dr. Ulrich Karpen

I would quickly react to this interesting controversy. Well, sir, I think that the basic issue is risk and we strive for better knowledge but the future is not ours to know, unfortunately.



Because this conference has been so serious I would like to share with you a little joke. I mean, the politicians are the experts, of course, of risk, the scientists are the experts of knowledge, and so what makes the difference between a politician and a scientist? Well, a politician is a man or a woman who knows little about many things, then, if he is advanced, he knows less about more things, and in the very end, if he is a premier of Spain, he knows nothing about everything. Now, in comparison, what is a scientist? A scientist is a man or a woman who knows much about few things, then if he is advanced and a full professor, a *catedrático* in Spain, he knows more about fewer things, and at the very end if he has grey hair he knows everything about nothing, that's what it is. (Rialles.)

[Traducció]

M'agradaria replicar ràpidament a aquesta controvèrsia tan interessant. Bé, penso que la qüestió principal és el risc, i ens esforcem per aconseguir un millor coneixement, però desafortunadament no és cosa nostra saber el futur.

Com que aquesta trobada ha estat tan seriosa, m'agradaria compartir amb tots vosaltres un petit acudit. Els polítics són, és clar, els experts del risc, i els científics són els experts del coneixement, i, per tant, què és el que diferencia un polític d'un científic? Bé, un polític és un home o una dona que sap molt poc sobre moltes coses; aleshores, com més experiència té, menys sap sobre més coses, i al final de tot, quan és el primer ministre d'Espanya, no sap res de tot. Ara bé, comparant-los, què és un científic? Un científic és un home o una dona que sap molt sobre poques coses; aleshores, si té més experiència i és professor titular, un catedràtic a Espanya, sap més sobre encara menys coses, i al final de tot, quan té els cabells blancs, ho sap tot de res; aquesta és la diferència. (Rialles.)

La moderadora

Claro José...

El Sr. Claro José Fernández-Carnicero

Rápidamente, por la reflexión que hizo el profesor Karpen en relación con el tiempo, tengo que decir, sin ánimo de hacer ninguna bro-

ma, que aquí estamos hablando de evaluación en relación con la técnica legislativa, porque somos conscientes de la devaluación —de la devaluación— de las normas, precisamente por lo que muy bien ha expuesto la profesora Montoro, por su carácter episódico, por su coyunturalidad. Creo que uno de los mayores males que hoy padecen los parlamentos y en donde se entiende, más allá de los tópicos, lo que significa la crisis del parlamento es, precisamente, el haberse sometido a la tiranía compulsiva del tiempo, por haberse sometido a la tiranía que algunos llamamos *futurista* por lo que significó para el futurismo la exaltación de la velocidad. Bien, hay un refrán muy vulgar de mi tierra de origen, de la Mancha, que es que «no hay que confundir la velocidad con el tocino», y creo que esto explica bastante bien lo que significa dar valor a lo que tiene valor y, por tanto, distinguir el ritmo necesariamente reflexivo de los parlamentos del ritmo tecnocrático de los ejecutivos, evitando la confusión de esas dos culturas institucionales, porque insisto: siguen siendo los ejecutivos tecnocráticos en el peor sentido de la palabra, es decir compulsivos pero no más eficaces los que impiden a los parlamentos preservar un ritmo propio de reflexión.

Y es que aunque el parlamento, como muy bien decía Martí Bassols, se ajuste a un principio de complacencia electoral, incluso la complacencia electoral con reflexión gana.

Muchas gracias.

La moderadora

Doctora Montoro?

La Dra. María Jesús Montoro Chiner

Sí, y no solamente de anécdota a anécdota. Estos días, y a propósito de una cuestión que no viene al caso contar, estaba reflexionando no sólo sobre temas de seguridad jurídica, sino también sobre temas de retroactividad a propósito de lo que me sugería la lectura de una tesis doctoral de cuyo tribunal yo iba a formar parte; pues pensaba que aquello que el doctorando planteaba por escrito estaba en parte esbozado en la exposición y el preámbulo del Código civil cuando en 1889 Martínez Alonso lo presentó. Puede consultarse en cualquiera



de las ediciones al uso. Viene a señalar que de ese cuerpo normativo lo más complicado es pasar de un sistema a otro sistema, pues ¿qué hacer con los derechos adquiridos?, ¿cómo regular las situaciones iniciadas en el anterior período pero cuyo derecho ha de ser ejercido conforme al Código civil?, etcétera. Hay varios apartados de la exposición de motivos que están marcando ya la retroactividad plena, de primer grado, de segundo grado, mínima, etcétera. Pues bien, cuando se acabó de presentar la exposición de motivos, el autor anteriormente citado advirtió: «Pues, pese a todo, esta obra no es una obra perfecta», y ésa es la confesión de una exposición de motivos, de una pieza o de un código liberal para su época, que pudo tener unas críticas sociales, pero fue una obra pensando en cómo se transponían y se situaban en la regulación nueva los derechos anteriores. Lección de humildad. El Código civil decía de sí mismo que no era una obra perfecta.

El Sr. Claro José Fernández-Carnicero

Si me permites, la cosa que también me ha quedado por destacar es que el Código civil tiene una cláusula de revisión cada equis tiempo; la Ley de procedimiento administrativo también incorpora una cláusula de revisión. Sin embargo, jamás en España se ha aplicado una cláusula de revisión, y el Código civil la tenía.

La moderadora

Està clar que és el millor colofó per a una sessió de treball com la que hem tingut, el reconeixement que l'obra legislativa no sempre és perfecta, però que sempre tenim la vocació, i si més no per això estem aquí reunits, per reflexionar, sempre tenim la vocació de fer-la cada vegada millor, perfeccionar-la una mica més.

Si no hi haguessin més qüestions a plantejar, i amb tot l'agraïment per la seva presència i per la seva participació activa, podríem donar per acabada la sessió d'aquesta darrera ponència.

Gràcies, María Jesús.

(Forts aplaudiments.)

Apèndix

Llista de participants

A la llista hi ha les persones que han participat al *workshop*. Al costat dels noms de les que han pres la paraula en les ponències i els col.loquis s'indiquen les pàgines del llibre en què inicien les intervencions.

AGUILÓ LÚCIA, Lluís (lletrat major de les Corts Valencianes), 141, 173, 175, 181, 186, 188

ALONSO PORRAS, Isabel (responsable de Tramitació d'Expedients del Departament d'Agricultura, Ramaderia i Pesca de la Generalitat de Catalunya)

ANDREU I FORNÓS, Esther (lletrada del Parlament de Catalunya)

AUZMENDI, Montserrat (lletrada del Parlament Basc)

BALAGUER BASORA, Teresa Joana (advocada en cap del Departament de Benestar i Família de la Generalitat de Catalunya)

BASSOLS COMA, Martí (lletrat del Congrés dels Diputats), 245

BENGURIA I CALERA, Begoña (cap del Departament de Recursos Humans del Parlament de Catalunya)

CAMINAL, Francesc (delegat de la Generalitat a Madrid)

CAÑELLAS I BALCELLS, Anton (síndic de Greuges de la Generalitat de Catalunya)

CAPILLA, Sra.

CASARES ROCA, Miquel (advocat de la Federació de Municipis de Catalunya)

CASAS I GREGORIO, Anna (lletrada del Parlament de Catalunya)

CERDÀ I PONS, Catalina (advocada en cap del Departament de Medi Ambient de la Generalitat de Catalunya)

CORREJA I TORRENS, Mercè (cap de l'Àrea de Desenvolupament Autonòmic de l'Institut d'Estudis Autònoms del Departament de Governació i Relacions Institucionals de la Generalitat de Catalunya)

CUENCA VALERO, Anna Isabel (responsable de procediment sancionador del Departament d'Agricultura, Ramaderia i Pesca de la Generalitat de Catalunya)

DE VEHI, Montserrat (síndica de la Sindicatura de Comptes de la Generalitat de Catalunya)

DELPEIX, Olga (secretària de la Comissió Jurídica Assessora de la Generalitat de Catalunya)

DORRESTE ARMAS, Antonio (president del Consell Consultiu de les Illes Canàries)

ESCRIBUELA I ROCA, Rosa Felicitat (secretària de l'Institut d'Estudis Autònoms del Departament de Governació i Relacions Institucionals de la Generalitat de Catalunya)

FERNÁNDEZ-CARNICERO, Claro José (lletrat en cap del Departament d'Estudis del Senat), 124, 127, 186, 188, 248, 266, 268

FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, M. Victòria (Departament de Justícia i Interior de la Generalitat de Catalunya)

FERRER I FERRER, Josep (cap dels Serveis Lingüístics del Parlament de Catalunya)

FOLCHI I BONAFONTE, Imma (oficiala major del Parlament de Catalunya), 193, 245, 248, 250, 252, 254, 257, 263, 265, 266, 267, 268

FOZ DALMAU, Jordi

GALVANY, Rosa (assessora lingüística del Parlament de Catalunya)



GARCIA ESPAÑA, Elisa (professora ajudant de Dret Penal de la Facultat de Dret de la Universitat de Màlaga)

GARDUÑO ÁNGELES, Gustavo

GONZÁLEZ I AGUDO, M. Adelaida (responsable de Normativa i Informes del Departament de Justícia i Interior de la Generalitat de Catalunya)

GUACH, Joan

JOVER, Pere (conseller del Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya)

KARPEN, Ulrich (catedràtic de la Universitat d'Hamburg), 23, 129, 136, 173, 176, 179, 180, 184, 257, 265

LLANZA, Anna (directora de l'Observatori de Dret Privat de Catalunya del Departament de Justícia i Interior de la Generalitat de Catalunya)

LÓPEZ DIAZ, Teresa (responsable de Normativa i Estudis del Departament de Cultura de la Generalitat de Catalunya)

LÓPEZ SALGUEIRO, Alfons (Departament de Medi Ambient), 263

LÓPEZ ZEA, Teresa Joana (lletrada de l'Assessoria Jurídica de l'Ajuntament de Barcelona)

LOZANO GIL, Núria (Departament de Justícia i Interior de la Generalitat de Catalunya)

MADER, Luzius (Oficina Federal de Justícia de Berna), 73, 125, 128, 132, 134

MARTÍN I ALONSO, Gerard (advocat del Departament de Medi Ambient de la Generalitat de Catalunya)

MARTÍNEZ-ALONSO, José Luis

MASLORENS I ESCUBÓS, Àlex (diputat del Parlament de Catalunya)

MATEU VIVES, Joaquim Maria (Departament d'Agricultura, Ramaderia i Pesca de la Generalitat de Catalunya), 252

MESEGUER PENALVA, María José

MONTORO CHINER, María Jesús (catedràtica de dret administratiu de la Universitat de Barcelona), 189, 248, 250, 253, 256, 262, 264, 267

MONTORO PUERTO, Miguel (exfiscal)

MURO I BAS, Xavier (lletrat del Parlament de Catalunya)

NIUBÓ CLAVERIA, Josep (magistrat de l'Audiència Provincial de Barcelona)

PAU I VALL, Francesc (lletrat del Parlament de Catalunya)

PICÓ LORENZO, Celsa (magistrada del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya), 254

PIARCH, Ismael E. (lletrat major del Parlament de Catalunya), 175, 191

PRAT I BOFILL, Ramon (responsable de l'Àrea d'Afers Parlamentaris Interdepartamentals del Departament de Governació i Relacions Institucionals de la Generalitat de Catalunya)

PULIDO QUECEDO, Manuel (assessor jurídic del president del Govern de Navarra), 132, 181, 250

SANCHO FORTUNY, Núria (professora de la Universitat de Barcelona)

SANJAUME, Margarida (assessora lingüística del Parlament de Catalunya)

SANTALÓ I BURRULL, Vicenç M. (lletrat del Parlament de Catalunya)

TAVARES DE ALMEIDA, Marta (Facultat de Dret de la Universitat Nova de Lisboa), 139, 174, 176, 179, 180, 182, 187, 188

URZAIZ, María José (secretària de l'Observatori de Dret Privat de Catalunya del Departament de Justícia i Interior de la Generalitat de Catalunya)

VÈRNIA TRILLO, SÍLVIA (ASSESSORA DEL SÍNDIC DE GREUGES DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA)

VINTRÓ, JOAN (LLETRAT DEL PARLAMENT DE CATALUNYA)

VIROLÉS I PINYOL, ROSA M. (MAGISTRADA DE LA SALA SOCIAL DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA)

VIVER I PI-SUNYER, CARLES (CATEDRÀTIC DE DRET CONSTITUCIONAL DE LA UNIVERSITAT POMPEU FABRA), 123, 125, 127, 132, 133, 139