TRANSPARENCIA Y NUEVOS CAUCES DE PARTICIPACIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL EN EL PROCESO NORMATIVO

La participación de la sociedad en los procesos de toma de decisiones públicas, entre ellas las decisiones de contenido normativo, se encuentra en la actualidad en un momento de transformación un tanto antagónica porque concurren, en un mismo momento dado, bajos índices de participación con nuevos cauces participativos orientados a la obtención de la información y datos empíricos indispensables para lograr una mejora de la calidad en la regulación normativa y una más amplia transparencia de la actuación pública. Este trabajo se centra en estos nuevos cauces participativos y en el uso de nuevas tecnologías para la interpretación de sus resultados, inspiradas en experiencias comparadas.

Transparency and new channels for the participation of civil society in the regulatory process

The participation of society in the processes of public decision-making, including policy decisions, is currently in a process of evolution which is rather antagonistic because of the concurrence, at a given moment, of low participation rates and new participatory channels aimed at obtaining the empirical data and information which is essential in order to achieve a better quality of policy regulation and a wider transparency of state intervention. This paper focuses on these new participatory channels and the use of new technologies to interpret their results, modelled on comparative experiences.

Palabras clave: participación ciudadana, transparencia, planificación normativa, consulta pública previa, evaluación de impacto normativo, redes sociales, inteligencia artificial.

Keywords: citizen participation, transparency, policy planning, prior public consultation, policy impact evaluation, social networks, artificial intelligence.

JEL: D83, D85.

---

* Profesora Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Girona, Directora General de Calidad Normativa, Generalitat de Catalunya: 2008-2010.

Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación «Evaluación del proceso normativo en la Unión Europea y en España ante los nuevos retos sociales del Estado de Derecho» (DER2016-76325-R), financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, del que soy IP.

Versión de 4 de marzo de 2019.

DOI: <https://doi.org/10.32796/ice.2019.907.6787>

1. Introducción

En España, en los últimos años, por influencia directa de las políticas y estrategias europeas relativas a la mejora de la regulación (*Better/Smart Regulation*), influenciadas a su vez por iniciativas surgidas en Estados Unidos durante la reforma regulatoria de los pasados años setenta, con posterioridad expandidas en el ámbito internacional por la OCDE, se han ido adoptando una serie de medidas legales tendentes a pautar los procesos prelegislativo y reglamentario, a modo de una especie de «regulación de la regulación» (Canals, 2016) desconocida entre nosotros hasta el momento. Si bien es cierto que aquí la mejora de la calidad sustantiva o material de las normas (Marcos, 2009) ha sido una preocupación compartida entre sectores económicos, académicos y profesionales en aras a renovar fundamentalmente la eficiencia del Derecho público —en particular, del Derecho público económico, pero no solo¹—, la urgencia de establecer reglas jurídicas sobre cómo confeccionar el producto normativo no se atiende hasta la pasada crisis económica.

Ejemplo claro es la aprobación de la Ley de Economía Sostenible de 2011 con la introducción de los principios de buena regulación económica —que se han ampliado a cualquier tipo de normativa por la vigente Ley de Procedimiento Administrativo Común²— y de la técnica de análisis «evaluación de impacto normativo», importada acríticamente³ de experiencias comparadas alejadas de nuestro contexto institucional, legal y administrativo. Aprender de experiencias ajenas es siempre un proceso complicado que incluye la construcción intelectual de las lecciones que han de ser aprendidas,

así como la capacidad de decodificarlas y adaptarlas al contexto propio y correcto de cada país (Radaelli, 2005; Wiener, 2006). Ante la falta de ese aprendizaje, nuestra práctica administrativa sigue encontrándose con importantes dificultades para encajar la evaluación de impacto normativo con/y en la tramitación del procedimiento ordinario de elaboración de normas, tanto en su versión analítica como en su versión documentada.

Pues bien, entre los principios legales de buena regulación (necesidad, eficacia, eficiencia, proporcionalidad, seguridad jurídica) se incluye el de transparencia, relacionado con el acceso a la normativa en vigor pero, más importante si cabe, con el proceso normativo en su conjunto. Sin embargo, no se alude al de participación ciudadana, un principio este de rango constitucional si se atiende, en sentido estricto, al derecho de los ciudadanos al trámite de audiencia, directamente o través de las organizaciones y asociaciones legalmente constituidas, en el procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas (art. 105 de la Constitución).

Son conocidos los bajos índices de participación individual de los ciudadanos en la tramitación de las normas, por lo que sorprende la falta de inclusión de la participación como principio de buena regulación. Sorprende porque la coyuntura actual de desarrollo de la sociedad civil posibilita novedosas vías de participación social en la toma de decisiones públicas gracias a la transformación digital contemporánea que, progresivamente, está rectificando las vías de relación de los ciudadanos con las instancias públicas, en un momento en que el desapego político e institucional de la población parece estar en su punto más álgido.

Con todo, la vigente legislación de procedimiento administrativo común incorpora nuevos cauces de apertura del proceso normativo para propiciar una mayor participación ciudadana en la toma de decisiones de contenido normativo, e intentar superar los déficits cognitivos de la Administración reguladora en algunos ámbitos regulatorios. Los resultados de esa apertura social habrán de redundar en un más alto cumplimiento de la norma jurídica por los destinatarios, así como

¹ También la evaluación de las leyes penales viene siendo objeto de especial atención, entre otros por Nieto, Muñoz de Morales y Becerra (2016).

² Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

³ En concreto, por el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, en desarrollo de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno —aunque existían experiencias autonómicas previas—, sustituido recientemente por el Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, por el que se regula la Memoria de Impacto Normativo.

en una mejor aplicación de la misma por las instancias administrativas responsables.

Junto con la tarea de planificación normativa, que implica una mayor transparencia del proceso normativo, los nuevos trámites participativos a comentar son, por una parte, la consulta pública previa y, por otra, la evaluación de impacto normativo, que en este trabajo solo interesa como instrumento orientado a la obtención de datos relativos a la aplicación y cumplimiento efectivos de las normas jurídicas, tarea en la que la participación de los ciudadanos parece imprescindible; unos datos reales e información empírica a partir de los que confeccionar el contenido sustantivo de las regulaciones futuras y lograr, con ello, la efectividad del derecho como instrumento válido de ordenación social.

Además de estos nuevos cauces participativos, este artículo describe el proceso o ciclo normativo en el que se integran. Al mismo tiempo, junto con alguna crítica a las previsiones legales vigentes, presta atención a las incipientes vías de participación digital en la toma de decisiones públicas y al uso de tecnologías de inteligencia artificial en la interpretación de los resultados participativos.

2. El proceso normativo o ciclo de la regulación normativa

El proceso normativo es el conjunto de actuaciones y fases sucesivas tendentes a la aprobación de una norma jurídica que constituye un ciclo de vida o de vigencia de la regulación hasta el momento final en el que deja de formar parte del ordenamiento jurídico. Incluye el procedimiento administrativo de elaboración de disposiciones generales pero no se identifica con el mismo porque tiene un marco más extenso y un contenido más amplio (Canals, 2019).

El ciclo normativo integra las evaluaciones de impacto normativo prospectivas⁴ (*ex ante* o realizadas

con anterioridad a la elaboración y aprobación de un texto normativo, antes incluso de la planificación normativa) y las retrospectivas (*ex post* o realizadas una vez las normas están siendo aplicadas por las instancias públicas y cumplidas por los obligados), así como las eventuales modificaciones hasta la derogación de la norma jurídica —que puede justificarse en los resultados de una evaluación retrospectiva— o, si fuera el caso, producirse por anulación judicial. Estas actuaciones administrativas, que se sitúan en un momento anterior y posterior a la elaboración del producto normativo, implican también una transformación sustancial de la forma de regular, dado que inciden en la justificación de la necesidad y proporcionalidad de la medida normativa que, en todo caso, deberá plasmar-se de manera expresa en la exposición de motivos de la ley o en el preámbulo de la norma reglamentaria.

Junto con su carácter circular, son también caracteres identificativos del proceso normativo su naturaleza abierta y colaborativa, por lo que se relaciona íntimamente con el denominado «gobierno abierto», entendido como una forma de gobernar más próximo a la sociedad civil, en un marco propicio al diálogo y a la interrelación constante, en el que la transparencia pública y la participación ciudadana tienen un mayor significado tanto en la adopción de políticas públicas como en la aprobación de normas jurídicas. Este tipo de gobierno no remite a unos rasgos orgánicos específicos. Remite a una forma distinta de relacionarse con los destinatarios de la acción gubernamental, que se presentan como colaboradores activos. Las referencias a los principios esenciales de esa forma abierta de gobernar son referencias al «buen gobierno», por lo que no se regulan en las respectivas leyes gubernamentales sino en las leyes de transparencia, que contienen mandatos expresos de transparencia normativa y de participación en el proceso de elaboración de disposiciones generales.

Por último, el proceso normativo, en sus trámites participativos, se articula a través de medios electrónicos y, poco a poco, de las nuevas tecnologías de la

⁴ La expresión es de Montoro (2001), como también la de «evaluación retrospectiva».

información y la comunicación, en un pausado tránsito de la mera presencia de las Administraciones Públicas en la web 1.0 (presencia *online* para la mera difusión de documentos e información) hacia la web 2.0 o web colaborativa, en la que las instancias públicas interactúan con multitud de personas que participan activamente compartiendo información privada en plataformas digitales y participando en consultas abiertas a las redes sociales (Gamero, 2018). Queda aún entre nosotros muy alejada la web 3.0 o *Semantic Web*, que combina la inteligencia humana con técnicas de inteligencia artificial que permiten analizar e interpretar textos mediante algoritmos semánticos y obtener información más rica y relevante de los resultados de los cauces participativos (Livermore, Eidelman y Grom, 2018).

3. La planificación normativa. De la transparencia a la trazabilidad normativa

La planificación normativa como instrumento de transparencia pública. Alguna crítica a su vinculación con la evaluación retrospectiva

La mejora de la calidad de las normas engarza con la transparencia desde dos planos conexos: por una parte, desde el más amplio contexto del ordenamiento jurídico vigente en un momento dado, que ha de ser más comprensible, accesible y predecible para los distintos segmentos de la sociedad civil en beneficio del principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 de la Constitución), en demasiadas ocasiones en entredicho por la sobre-regulación existente en algunos sectores. Por otra parte, la transparencia normativa se concreta en el derecho de acceso a la información y datos que constan en los expedientes normativos, por lo que afecta al conjunto del proceso de toma de decisiones jurídicas y al contenido sustantivo de la norma jurídica.

La extensión de la actividad administrativa de planificación al ejercicio de la potestad normativa (art. 132

de la Ley de Procedimiento Administrativo Común)⁵ re-
donda en la transparencia desde ambos planos, no solo porque los planes normativos anuales —de iniciativas legales o reglamentarias, o de ambas— deban publicarse en el Portal de la Transparencia, sino, fundamentalmente, porque permite el conocimiento anticipado de las incorporaciones o modificaciones del ordenamiento jurídico vigente, ofreciendo información relevante tanto a los ciudadanos destinatarios de la futura regulación normativa, como al resto de Administraciones Públicas que pueden verse afectadas por la previsión de legislación básica, pongamos por caso, o de incidencia directa en su ámbito de competencias o de autonomía, como sucede con las entidades locales. No podemos olvidar que el nuestro es un ordenamiento complejo y confeccionado en cascada, cuya fuente principal es, en no pocas ocasiones, el Derecho europeo.

La planificación viene siendo una clásica tarea administrativa en muchos ámbitos de intervención. Aun así, elaborar planes normativos es ahora una nueva función pública (Prieto, 2018) a cargo de las instancias administrativas, cuya aplicación práctica puede generar algunos inconvenientes, principalmente por la vinculación que la Ley del Gobierno⁶ realiza del análisis de resultados de la aplicación de la normativa vigente —es decir, de la evaluación *ex post* o retrospectiva— con el plan normativo, que identificará las normas sujetas a dicho análisis.

Es en algún punto criticable la unión entre plan y evaluación retrospectiva por dos razones: la primera, porque en lo que a los anteproyectos de ley se refiere, tal previsión legal en favor del Gobierno incide en el ejercicio de la potestad legislativa de las Cortes, quienes están legitimadas para incorporar en los textos legales cláusulas de revisión (*review clauses*), es decir, cláusulas de revisión periódica, en un plazo suficiente de aplicación de una ley, con la finalidad de valorar su vigencia, ejecución y cumplimiento efectivos; cláusulas que

⁵ Precepto que no tiene carácter básico (Sentencia del Tribunal Constitucional 55/2018, de 24 de mayo).

⁶ La Ley 50/1997, de 27 de noviembre, en su modificación por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

si bien pueden proponerse durante el proceso prelegislativo, en modo alguno pueden vincular al legislador.

La segunda razón que sustenta la crítica es el encorsetamiento excesivo del ejercicio de la potestad normativa a través de esta suerte de metarregulación por normas con rango de ley, porque obstaculizan lo que se denomina «experimentación jurídica» (Domènech, 2004) así como la aprobación de leyes temporales o regulaciones sujetas a condición.

Si bien no puedo detenerme en ello, existen en la actualidad unos modernos aunque polémicos cauces de participación de los mercados en el proceso normativo, los conocidos como *regulatory sandbox* o espacios controlados de regulación⁷, que, a grandes rasgos, implican que ciertas reglas jurídicas o sistemas de supervisión y control ordinarios sean exceptuados, en un lapso de tiempo, para determinados operadores económicos con el objetivo de posibilitar la experimentación de proyectos de base tecnológica, previamente seleccionados por las instancias públicas. La evaluación retrospectiva ha de ser en estos supuestos expresamente establecida como cláusula de revisión en el texto legal que permita el experimento, y habrá de ser el Parlamento quien decida en qué momento (y cómo) valorar los resultados empíricos del mismo, ya sea a través de evaluaciones de impacto normativo, ya sea a través de otros instrumentos más apropiados atendiendo al sector concreto de experimentación.

Regular con detalle el proceso regulatorio mediante previsiones legales —y no por reglamento como tipo normativo o, incluso, por instrucciones o directrices internas— podría tener un efecto contraproducente, frenando las innovaciones normativas en ámbitos complejos en los que solo las pruebas jurídicas pueden darnos información respecto de las mejores opciones de regulación. El proceso de elaboración de normas ha de ser transparente, sin duda alguna, pero un

excesivo formalismo sustrae al derecho la indispensable flexibilidad y adaptabilidad que la compleja sociedad contemporánea le reclama.

Por lo demás, en el marco del proceso o ciclo normativo, la planificación normativa parece situarse en un momento posterior al trámite de consulta pública previa, e incluso de las evaluaciones preliminares o prospectivas, pues el plan normativo incluye las iniciativas legales o reglamentarias que hayan de ser elevadas a la aprobación en el año siguiente, de lo que se infiere que existirá un texto elaborado a tal fin. El resultado de una consulta pública previa puede concluir, de hecho, que la aprobación de una norma jurídica no sea la opción de regulación más adecuada para dar solución al problema público planteado, con lo que la iniciativa normativa no se incluirá en ningún caso en la planificación.

Transparencia y trazabilidad normativas

Aunque la transparencia no es en rigor un instrumento de mejora de la calidad de la regulación normativa, la legislación vigente la incluye como principio de buena regulación cuyo seguimiento ha de permitir el acceso sencillo, universal y actualizado a la normativa en vigor, guiar los trámites del proceso normativo, y, en relación con el contenido sustantivo de la norma jurídica, dar a conocer los objetivos perseguidos y posibilitar la participación activa de los potenciales destinatarios en la elaboración de las normas. No se trata, pues, de la mera publicidad o publicación oficial de las normas jurídicas que posibilitan el acceso de los ciudadanos a las mismas. Dicho principio rige el proceso normativo en su totalidad, desde las primeras acciones tendentes a la adopción de una decisión normativa hasta la evaluación retrospectiva de la aplicación y cumplimiento efectivo de la norma jurídica concreta y, en su caso, hasta los motivos de su derogación.

Por tanto, la transparencia alcanza la tramitación de los expedientes normativos y garantiza el derecho de acceso a los documentos que los integran (Ortí, 2016), así como el acceso a la información

⁷ Pongamos como ejemplo el anteproyecto de ley de medidas para la transformación digital del sistema financiero, cuyo objetivo es facilitar la innovación financiera de base tecnológica (los *Fintech* o banca digital).

relativa a la confección misma del contenido sustantivo de la norma concreta. Ambos planos permiten un mayor acceso y conocimiento de la norma jurídica, a modo de trazabilidad del proceso normativo o «huella normativa»⁸, esto es, la posibilidad de saber qué grupos de interés han participado en el proceso de elaboración de la norma a partir de la publicidad de los contactos mantenidos con la Administración promotora de la iniciativa y cuáles los contenidos de la regulación que tienen su origen en las aportaciones de esos grupos de interés.

Así entendida, la trazabilidad normativa se perfila como un freno a las capturas regulatorias que son frecuentes en nuestro Derecho público económico, a la vez que posibilita conocer el grado real de negociación o colaboración de estos grupos sociales a lo largo del proceso normativo (Ponce, 2015).

4. Cauces de participación de la sociedad civil: consulta pública previa y evaluación de impacto normativo

Cauces tradicionales: audiencia e información pública

La participación ciudadana en el procedimiento de elaboración de anteproyectos de ley y de reglamentos se ha venido articulando, en garantía del Derecho constitucional a la participación en los asuntos públicos (art. 105 de la Constitución), mediante los tradicionales trámites de audiencia e información pública a los que ahora se ha añadido⁹, en un momento temporal anterior al inicio de dicho procedimiento, la consulta pública previa.

Estos distintos trámites se sustancian por vía electrónica, en concreto a través del portal web de la

Administración competente¹⁰. La vía electrónica parece ser la más apropiada para vehicular la participación de la sociedad civil en la toma de decisiones públicas, incluidas las normativas, en el escenario actual de transformación digital. De hecho, la participación ciudadana en los asuntos públicos es el trámite que mayores recitaciones está sufriendo por el uso creciente de las nuevas tecnologías de la información y comunicación; mucho más con la utilización progresiva de plataformas digitales y redes sociales para reconducir y gestionar los procesos participativos (Gamero, 2018).

La doctrina ha tratado extensamente la participación ciudadana por medios electrónicos en el procedimiento de elaboración de disposiciones reglamentarias (Araguà, 2016; Arroyo, 2017) con claros argumentos a favor, a pesar de que en España no se está usando la potencialidad de las herramientas que proporciona Internet en la tramitación de las iniciativas normativas. Falta también una previsión legal al respecto.

La consulta pública previa

La más amplia apertura del proceso de toma de decisiones normativas se produce con el trámite de consulta pública previa, a sustanciar con carácter anterior a la redacción del borrador del proyecto normativo. En caso contrario, se estaría contraviniendo la esencia de este trámite que no es otra que recabar opinión directa —incluso información fundada por conocimiento empírico o experto— de los posibles afectados por la futura regulación, en el punto de partida del proceso de decisión de normar *ex novo* una materia o de modificar una regulación vigente.

Más en concreto, este cauce participativo busca recabar la opinión de los sujetos y de las organizaciones más representativas potencialmente afectadas por la futura

⁸ Un ejemplo del expediente de «huella de la actuación pública» es el art. 54 de la Ley del Principado de Asturias 8/2018, de 14 de septiembre, de Transparencia, Buen Gobierno y Grupos de Interés.

⁹ Art. 133 de la vigente Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

¹⁰ En el ámbito de la Administración General del Estado, los cauces electrónicos se dieron a conocer por la Orden PRE/1590/2016, de 3 de octubre, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de septiembre de 2016, por el que se dictan instrucciones para habilitar este tipo de participación pública en el proceso normativo.

norma acerca de los problemas reales que se pretenden solucionar con la iniciativa, la necesidad y oportunidad de su aprobación, los objetivos a alcanzar, y las posibles soluciones alternativas regulatorias y no regulatorias, por lo que, en algunos casos, a resultas de este cauce participativo, la aprobación de una norma jurídica podrá resultar no ser la mejor opción posible, por ser innecesaria o desproporcionada, pongamos por caso.

El trámite debe realizarse de tal forma que los potenciales destinatarios de la norma y quienes realicen aportaciones sobre su futuro contenido sustantivo puedan emitir su parecer, para lo cual deben ponerse a su disposición los documentos necesarios, que serán claros, concisos, y deben reunir toda la información precisa para pronunciarse sobre la materia. Téngase en cuenta que una información compleja puede impedir la participación ciudadana en este momento.

Obsérvese, de nuevo, que se trata de una vía participativa orientada fundamentalmente a obtener la opinión, más o menos fundada, pero en cualquier caso siempre subjetiva desde la posición de cada ciudadano potencialmente afectado por la futura regulación normativa, o desde la posición de protección de intereses colectivos por las organizaciones más representativas; una calificación legal esta, demasiado imprecisa que en la práctica puede generar disfuncionalidades. Los participantes en este trámite no tienen derecho a la consideración de sus aportaciones o a una respuesta por parte de la Administración promotora de la consulta. La participación activa en el trámite no les otorga el derecho a que las observaciones formuladas sean respondidas o tomadas en consideración, aunque sí deberían ser constatados documentalmente los resultados de la consulta en la correspondiente memoria (Prieto, 2016).

Por otra parte, son discutibles los amplios márgenes de excepcionalidad que la legislación vigente contempla para activar este cauce participativo, salvando las normas de carácter presupuestario y organizativo, así como la de tramitación urgente; máxime por los términos marcadamente indeterminados sobre los que

se basan las excepciones, tales como no tener «impacto significativo en la actividad económica», no imponer «obligaciones relevantes a los destinatarios» o regular «aspectos parciales de una materia». Ante esta indeterminación, que amplía el margen de discrecionalidad de la Administración Pública promotora de la consulta, la participación ciudadana a través de este cauce puede perder su potencialidad inicial.

Genera también no pocas incertidumbres en la práctica de las Administraciones Públicas, entre ellas de las entidades locales (Casado, 2017), el difícil encaje temporal de la consulta. El reto de esta nueva vía de participación se encuentra, justamente, en su encaje y coordinación con las distintas aperturas participativas del procedimiento de elaboración de disposiciones normativas (Cierco y Ropero, 2017).

Con todo, la consulta previa conlleva posicionar a la sociedad civil en el punto de salida, en un momento inicial del ciclo de vida de la norma jurídica, posibilitando la detección de problemas concretos y de necesidades reales de regulación, o, en su caso, del alcance del problema a solucionar con normativa concreta, así como las posibles soluciones al mismo, e, incluso, la identificación de sujetos afectados que si no hubieran participado en la consulta no se habrían considerado como tales.

Finalmente, la sustanciación de la consulta previa por medios electrónicos a través del portal web (no la sede electrónica) de la Administración correspondiente (no a través de diarios o boletines oficiales), dota a esta vía participativa de un alcance mayor aunque subordinado a la difusión por distintos medios de la apertura de la consulta, que nada impide que pueda ser extendida por vía de las redes sociales en las que interactúe la Administración promotora.

La participación ciudadana vía redes sociales y plataformas digitales

Con la transformación digital los ciudadanos tienen a su disposición nuevos espacios públicos, a modo de

ágoras virtuales, en las que participar en un entorno global de relaciones. Esas nuevas ágoras son las redes sociales, plataformas digitales de comunicación que ponen en contacto permanente a un gran número de usuarios. Estas plataformas son fuente de un gran volumen de información —información veraz y contrastada, aunque también noticias falsas a detectar y purgar— e incluso de conocimiento especializado, no siempre originado en las mismas plataformas.

A corto o medio plazo, la información y participación a través de estas plataformas y redes podría ser tomada en consideración para obtener datos reales a partir de los cuales tomar decisiones por las instancias públicas competentes (Canals, 2019). El uso de las redes sociales como canales de participación digital parece ser cada vez más una opción recurrente por las Administraciones, especialmente las locales, sin obviar, claro está, que esta modalidad de participación no está exenta de riesgos ni desafíos jurídicos —como por ejemplo las desigualdades en la participación y la fractura digital aún existente entre nosotros (Gamero, 2018)—.

En realidad también es aún incierto el papel de las Administraciones Públicas en las redes sociales, en las que en un primer momento se comportan como un usuario más. La legislación administrativa vigente no establece nada al respecto, por lo que la pregunta es si cabe regular la participación de las Administraciones Públicas en las redes sociales, o dejar paso a la experimentación. Tampoco las últimas modificaciones legales del proceso normativo contemplan la participación ciudadana a través de las redes sociales y otras plataformas similares, lo que no impide que las Administraciones puedan explorar las posibilidades que les abre el avance tecnológico.

Con todo, se plantea la posibilidad de aplicar innovaciones tecnológicas para valorar los resultados de la participación ciudadana, tanto en los trámites directamente participativos —las diferentes consultas previas a múltiples iniciativas normativas similares, pongamos por caso— como al margen de ellos, con la finalidad de obtener datos empíricos en las plataformas

digitales a partir de los cuales tomar mejores decisiones normativas.

El uso de la inteligencia artificial en el proceso normativo

En la sociedad actual, el Derecho sustantivo topa con una alta complejidad e incertidumbre en muchos ámbitos de intervención administrativa, por lo que requiere de un conocimiento no solo experto, sino también un conocimiento más amplio y compartido, lo que llama a una más extensa participación y colaboración de los distintos segmentos de la sociedad en la concreción del contenido de las normas jurídicas. Se requiere la obtención de información y datos empíricos con la adecuada rapidez para solucionar jurídicamente los problemas económicos, sociales y ambientales contemporáneos, y esa rapidez solo será posible si integramos las innovaciones tecnológicas en algunos trámites del proceso normativo, indispensables a su vez para la evaluación de la efectividad del derecho y la revisión y adaptación de las normas vigentes en un momento dado. Se trata, en suma, de dotar de mayor legitimidad al proceso normativo y de mayor calidad material al derecho, de un derecho más participativo (Mercado, 2012).

Esta complejidad e incertidumbre reclaman la recolección y procesamiento de grandes volúmenes de datos que solo las nuevas tecnologías de la información y comunicación y las técnicas de inteligencia artificial parecen posibilitar.

El uso de este tipo de tecnologías en el proceso normativo se ha iniciado en algunos países, como en Estados Unidos, donde la cultura participativa dista mucho de la que existe entre nosotros. Recientemente, algunos autores (Livermore, Eidelman y Grom, 2018) han realizado interesantes estudios empíricos en los que exponen la aplicación de los recientes avances del análisis computacional de textos al procedimiento normativo electrónico (*eRulemaking*) de las agencias federales norteamericanas, en el que la participación ciudadana se vehicula a partir de una plataforma digital

que propicia supuestos de alta participación ciudadana (proceso prenормativo conocido como *notice-and-comment*) cuyos resultados empiezan a ser evaluados con aquellas herramientas de inteligencia artificial

El proceso prenормativo *notice-and-comment* —o *public comment process*— es un procedimiento informal de producción de normas reglamentarias por las agencias federales norteamericanas (Arroyo, 2017), que se gestiona por medios electrónicos y que utiliza tecnologías digitales para distribuir información y recolectar comentarios de la sociedad sobre las iniciativas regulatorias de las agencias, desde una única plataforma en Internet (www.regulations.gov). Este proceso prenормativo informal parecer haber inspirado el nuevo trámite de consultas públicas previas, aunque no pueden identificarse sin más.

De forma resumida, Livermore, Eidelman y Grom (2018) relatan cómo en la actualidad el proceso *notice-and-comment* se ha convertido en un foro que permite tanto a los grupos de interés organizados como a las personas comunes y corrientes participar en deliberaciones y debates políticos. En los últimos años ha crecido de manera significativa el interés en este proceso y se ha producido una explosión de la participación pública, con lo que las agencias norteamericanas han recibido cada año, sobre sus respectivas propuestas regulatorias, millones de comentarios de los ciudadanos y organizaciones representativas de gran diversidad de intereses.

Este hecho ha propiciado que se haya producido también un aumento considerable de los estudios académicos sobre el *eRulemaking* con el objeto de criticarlo, defenderlo o proponer su reforma, con puntos de vista que basculan entre los más razonablemente optimistas y los más escépticos, junto con los esperanzados en que el uso de las nuevas tecnologías propicie una más inclusiva participación en el proceso de toma de decisiones públicas, y junto con aquellos otros que ven limitados beneficios de ese uso y cuestionan si una mayor participación añade algo de valor al proceso decisorio.

Ante estos distintos enfoques, se adopta una visión optimista respecto del potencial del proceso normativo electrónico y el uso de las tecnologías digitales, no solo para solicitar comentarios de los ciudadanos, sino también para valorarlos e interpretarlos. Recientes avances en inteligencia artificial como en el *Machine Learning* y en el *Natural Language Processing* han hecho que estas herramientas de análisis computarizados de texto tan potentes sean más disponibles. Tanto las empresas como los investigadores académicos están usando estas tecnologías en gran variedad de asuntos.

Los autores sostienen que la innovación tecnológica puede ofrecer nuevas soluciones que ayuden a superar los problemas de veracidad y de densidad de los comentarios en los procesos participativos, identificando aquellos de mayor calidad, dado que han detectado una relevante profesionalización y perfeccionamiento de los comentarios, que sin duda puede comportar beneficios por la información, incluso científico-técnica o especializada, pero asimismo riesgos por potenciales capturas reguladoras y desigualdades en las capacidades de participación de los ciudadanos.

Así pues, el análisis computacional de textos se presenta como una herramienta 3.0 muy útil para valorar e interpretar el valor de la densidad de los comentarios en supuestos participativos que, a día de hoy, parece muy difícil que se den entre nosotros.

La participación en la evaluación de impacto para la obtención de datos empíricos

Los estudios de impacto regulatorio no solo constituyen un instrumento de control de la discrecionalidad en la toma de decisiones normativas por las instancias competentes (Revuelta, 2004). Son también mecanismos de recolección de datos e información empírica que, con posterioridad, han de facilitar el debate técnico y político de adopción de la norma jurídica o de su eventual modificación (Montoro, 2001; Marcos, 2009).

Sin datos empíricos, reales, fruto de las experiencias singulares de la ciudadanía y de las organizaciones y

asociaciones representativas de intereses colectivos, será difícil evaluar con rigor los posibles impactos de una norma jurídica. Sin información de este tipo parece ser cada vez más complejo tomar determinadas decisiones normativas en ámbitos en los cuales los datos sustantivos son más complejos.

Por tanto, a modo de las evaluaciones de impacto regulatorio sustanciadas en sede de las instancias europeas —sobre todo a partir del Acuerdo interinstitucional entre el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión sobre la mejora de la legislación, de 13 de abril de 2016¹¹—, los procesos de evaluación de impacto normativo deben abrirse a la participación ciudadana, tanto en el momento preliminar a la toma de decisiones normativas como en el momento posterior de evaluación de la aplicación y cumplimientos efectivos de una determinada regulación. Es aquí obligado referirse a la falta de atención respecto de los procesos de evaluación de impacto realizados en el proceso normativo europeo, para que sus resultados sean tenidos en cuenta en las correspondientes evaluaciones nacionales de impacto normativo cuando nos encontremos, bien en fase de trasposición del Derecho europeo, bien ante legislación europea de obligado cumplimiento por los Estados miembros. Las evaluaciones de impacto europeas¹² contienen importante información a tener en cuenta por los reguladores nacionales y autonómicos.

En particular, una correcta y eficaz evaluación retrospectiva (De Montalvo, 2017) de las normas jurídicas, relativa a cómo se aplican por las instancias públicas responsables y cómo se cumplen por los destinatarios y obligados, para valorar en definitiva la efectividad del Derecho sustantivo, exige explorar y recolectar datos empíricos y no meramente estadísticos.

Este tipo de datos son esenciales para mejorar la calidad del producto normativo porque a partir de ellos se obtiene información sobre el logro de objetivos, la solución de problemas, las incidencias indeseadas, los incumplimientos no previstos, los costes y beneficios (en términos económicos, pero también sociales o ambientales) y muchos otros aspectos de la entrada en vigor de una determinada norma jurídica, de una concreta regla jurídica o de una opción de regulación frente a otra. Aunque este tipo de evaluación se produce dentro del ciclo de vigencia de la norma jurídica, sus resultados habrán de ser tenidos en cuenta en la evaluación prospectiva o *ex ante* de cualquier futura iniciativa con ella relacionada, en una especie de re-*troalimentación* dentro de ese ciclo normativo.

Por un lado, con la locución «cumplimiento normativo» se hace referencia, en un sentido amplio, a la práctica del derecho por los sujetos obligados: de una parte, al ejercicio por sus titulares de los derechos reconocidos u ordenados por la norma concreta (por ejemplo, solicitar títulos habilitantes o subvenciones, ejercer derechos subjetivos, presentar reclamaciones sectoriales o vías de resolución de conflictos); y, de otra, al respeto de los deberes y obligaciones que una ley, reglamento u ordenanza municipal imponga a sus respectivos destinatarios, ya sean ciudadanos, ya sean empresas, ya sean instancias administrativas.

En este segundo caso, la expresión «cumplimiento normativo» queda acotada al cumplimiento de deberes y obligaciones jurídicas (o sea, previstos en la norma, por lo que incluiría aquellas de carácter económico o material), y, por tanto, a la observancia del derecho bajo la amenaza de sanción administrativa.

Por otro lado, con el enunciado «aplicación normativa» hago referencia a la ejecución e implementación de la norma jurídica por parte de las Administraciones y organismos públicos obligados; es decir, «aplicación» como sinónimo de «ejecución» de lo previsto en la ley y otras disposiciones generales. La perspectiva de la aplicación efectiva del derecho por las instancias públicas incluye tanto el ejercicio de la potestad

¹¹ En el que las tres instituciones consideran que el uso de las consultas públicas y de consultas a los interesados, la evaluación *ex post* de la legislación vigente y las evaluaciones de impacto *ex ante* de las nuevas iniciativas contribuirán a lograr el objetivo de la mejora de la legislación, junto con la simplificación normativa y la transparencia.

¹² <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/?fuseaction=ia>

reglamentaria, en sus distintas manifestaciones, como la actuación administrativa efectiva, siempre y cuando sea preceptiva, ya sea de carácter material (prestación de servicios públicos), organizativa (creación de estructuras orgánicas, asignación de medios materiales y personales suficientes para la ejecución normativa, puesta en marcha de registros públicos electrónicos y otros trámites para la administración electrónica, pongamos por caso) o jurídica (incoación de procedimientos administrativos o dictado de actos administrativos individuales). Me remito, pues, al cumplimiento de la función ejecutiva con la que han de cumplir las Administraciones Públicas (art. 97 de la Constitución). Una de las particularidades del Derecho administrativo, en oposición al Derecho civil o al Derecho privado en general, es que forman parte de su contenido una serie de reglas jurídicas orientadas a su ejecución y aplicación práctica. De ahí las singularidades del reglamento ejecutivo como complemento indispensable de las leyes administrativas.

La tarea administrativa de explorar y recolectar la gran cantidad de datos públicos relativos a la aplicación y cumplimiento del derecho en los distintos sectores de ordenación jurídica parece ser indispensable para la correcta evaluación de impacto de la regulación normativa porque existe cada vez más una interdependencia entre evaluación y derecho, en tanto en cuanto la evaluación normativa produce efectos jurídicos y su realización es controlable por los tribunales¹³.

En consecuencia, la implantación del instrumento de la evaluación de impacto en el proceso normativo tiene entre nosotros una funcionalidad adicional: la funcionalidad de obligar a explorar, ordenar y procesar los datos existentes sobre la aplicación y cumplimiento efectivos del ordenamiento jurídico, los cuales se

encuentran dispersos en las diferentes Administraciones y organismos públicos, incluso judiciales.

Las funcionalidades de recolectar, estructurar y procesar datos normativos masivos, son diversas, entre ellas: mejorar el proceso normativo y el contenido sustantivo de la norma jurídica; ofrecer mayor transparencia normativa; facilitar la evaluación normativa a partir de datos empíricos; mejorar la aplicación de las normas por las instancias públicas así como el cumplimiento por sus destinatarios u obligados; y, por último, facilitar la aplicación del derecho por los operadores jurídicos y también por los tribunales.

A partir de un volumen importante de evaluaciones retrospectivas rigurosas de normas jurídicas sectoriales pueden crearse bases de datos normativos empíricos que pueden ser procesados e interpretados por algún método computacional o tecnología de inteligencia artificial que permita adelantar los aciertos y desaciertos de una determinada regulación normativa. También podría recurrirse a las plataformas digitales para explorar y detectar información relativa a los incentivos y desincentivos para el cumplimiento o la aplicación de determinada normativa, así como de datos sobre las dificultades que en ocasiones la normativa presenta para su cumplimiento. Para ello, sería asimismo indispensable recurrir a la aplicación de tecnologías de inteligencia artificial, con las debidas garantías, claro está, ante las comunes informaciones falsas y los sesgos que empiezan a detectarse en los algoritmos.

5. Conclusiones

En definitiva, nos situamos ante un proceso de toma de decisiones normativas cada vez más transparente y abierto a la participación de la sociedad civil por distintos cauces y en diversos momentos del ciclo normativo, aunque las nuevas vías de relación entre las instancias públicas y la ciudadanía que posibilita la transformación digital contemporánea no están aun suficientemente exploradas.

¹³ Véase la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 12 de diciembre de 2016, en cuyo Fundamento Jurídico 7º señala que la finalidad de la Memoria de Análisis de Impacto Normativo «es asegurar que los encargados de elaborar y aprobar los proyectos de disposiciones generales tengan la información necesaria que les permita estimar qué impacto tendrá en los ciudadanos y qué medios serán necesarios para su aplicación».

Por consiguiente, el legislador contemporáneo, en su excesivo afán de regular la regulación normativa, está llamado a atender, en un futuro próximo, esos novedosos cauces participativos que son las redes sociales y otras plataformas digitales de interconexión social, siempre con la necesaria flexibilidad regulatoria que permita dar paso a la innovación, también en las formas de elaborar el producto normativo.

Referencias bibliográficas

- Araguàs, I. (2016). La participación ciudadana en la elaboración de disposiciones generales: estado de la cuestión y perspectivas de futuro tras la aprobación de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. *Revista Andaluza de Administración Pública*, (96), 85-126.
- Arroyo, L. (2017). Participación electrónica y elaboración de normas administrativas en España y en los Estados Unidos de América. En Martín Delgado, I. (Dir.), *La reforma de la administración electrónica: una oportunidad para la innovación desde el derecho*, (pp. 231-258). Madrid: INAP.
- Canals, D. (ed.) (2016). *Datos. Protección, Transparencia y Buena Regulación*. Girona: Documenta Universitaria.
- Canals, D. (2019). El proceso normativo ante el avance tecnológico y la transformación digital (inteligencia artificial, redes sociales y datos masivos). *Revista General de Derecho Administrativo*, (50), enero.
- Casado, L. (2017). La incidencia de la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas sobre la potestad normativa local. *Revista Vasca de Administración Pública*, (107-I), 92-97.
- Cierco, C. y Ropero, A. (2017). La consulta pública previa en la elaboración de normas reglamentarias. *Anuario de Derecho Local*, 93-129. Madrid/Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local/Institut de Dret Públic.
- De Montalvo, F. (2017). La evaluación ex post de las normas: un análisis del nuevo modelo español. *Asamblea: Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, (36), 139-177.
- Domènech, G. (2004). Los experimentos jurídicos. *Revista de Administración Pública*, (164), 145-187.
- Gamero, E. (2018). El derecho digital a participar en los asuntos públicos: redes sociales y otros canales de difusión. En De la Quadra-Salcedo, T. y Piñar Mañas, J. L., (Dir.), *Sociedad Digital y Derecho*, (pp. 225-236). Madrid: BOE/Red.es.
- Livermore, M. A., Eidelman, V. y Grom, B. (2018). Computationally Assisted Regulatory Participation. *Notre Dame Law Review*, 93, 977. *Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper*, (2017-30).
- Marcos, F. (2009). Calidad de las normas jurídicas y estudios de impacto normativo. *Revista de Administración Pública*, (179), 333-365.
- Mercado, P. (2012). Experimentalismo democrático, nuevas formas de regulación y legitimación del derecho. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, (46), 37-68.
- Montoro, M. J. (2001). *La evaluación de las normas: racionalidad y eficiencia*. Barcelona: Atelier.
- Nieto, A., Muñoz de Morales, M. y Becerra, J. (2016). *Hacia la evaluación racional de las leyes penales*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires/Sao Paulo: Marcial Pons.
- Ortí, P. (2016). Transparencia y buena regulación: el derecho de acceso a los expedientes normativos y la evaluación de impacto. En Canals, D. (Ed.), *Datos. Protección, Transparencia y Buena Regulación*. Girona: Documenta Universitaria.
- Ponce, J. (2015). *Negociación de normas y lobbies*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Prieto, C. (2016). El nuevo procedimiento para la iniciativa legislativa y el ejercicio de la potestad reglamentaria. *Revista de Administración Pública*, (201), 357-371.
- Prieto, C. (2018). La planificación y la evaluación normativa en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, 26 de febrero.
- Radaelli, C. M. (2005). Diffusion without Convergence: How Political Context Shapes the Adoption of Regulatory Impact Assessment. *Journal of European Public Policy*, 12(5), 924-943.
- Revuelta, I. (2004). Análisis de impacto normativo y control judicial de la discrecionalidad reglamentaria. *Revista de Administración Pública*, (193), 83-126.
- Wiener, J. B. (2006). Better regulation in Europe. *Current Legal Problems*, (59), 447-518.