

Buen gobierno y derecho a una buena administración desde una perspectiva de calidad normativa. A propósito del libro de la profesora Maria De Benedetto, *Corruption from a Regulatory Perspective**

(2021) Hart Publishing.
Oxford, 202 pp.

Juli Ponce Solé
Universidad de Barcelona
ORCID ID 0000-0002-1977-5063
jponce@ub.edu

Cita recomendada:

Ponce Solé, J. (2023). Buen gobierno y derecho a una buena administración desde una perspectiva de calidad normativa. A propósito del libro de la profesora Maria De Benedetto, *Corruption from a Regulatory Perspective*. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 24, pp. 377-401

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.7679>

Recibido / received: 02/03/2023
Aceptado / accepted: 09/03/2023

* Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación PID2020-115774RB-I00 Personalización de los Servicios Públicos, Seguros e Inteligencia Artificial: hacia la Consolidación de los Derechos Digitales en las Administraciones Públicas, del que el autor es codirector, así como en el trabajo desarrollado por *Grup de Recerca en Regulació de Sistemes Algorítmics i Intel·ligència Artificial - RSAI*, de la convocatoria de *Grups de Recerca SGR-Cat 2021* y por el proyecto Transición digital de las Administraciones públicas e inteligencia artificial: claves, riesgos y propuestas de política regulatoria (DIGITAPIA) TED2021-132191B-I00. Algunas de las ideas aquí recogidas vieron la luz en una primera versión en el volumen colectivo *Ética Pública en el Siglo XXI*, coordinado por el profesor Manuel Villoria y publicado por el INAP en 2022. También algunas ideas que se exponen se hallan conectadas con la previa intervención que el autor tuvo en el sexto panel del Congreso de Gobernanza Económica, Regulación y Administración de Justicia, celebrado en Madrid los días 2 y 3 de junio de 2022, organizado por el Consejo General del Poder Judicial, la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Una crónica del Congreso apareció en el blog de la Red *Nudging aplicado a la Mejora de la Regulación y al Uso de Algoritmos y de Inteligencia Artificial*: Buena regulación, sistemas algorítmicos e inteligencia artificial: Congreso de Gobernanza Económica, Regulación y Administración de Justicia, celebrado en Madrid los días 2 y 3 de junio de 2022, organizado por el Consejo General del Poder Judicial, la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia – *Nudging aplicado a la Mejora de la Regulación y al Uso de Algoritmos y de Inteligencia Artificial* (wordpress.com).

Resumen

El trabajo analiza algunas de las principales ideas del libro de la profesora De Benedetto, conectándolas con los conceptos de buen gobierno y buena administración y enfocándolas a la mejorable realidad española, sobre la que se realizan una serie de propuestas concretas en base a las consideraciones de la obra.

Palabras clave

Buena administración, mejora de la regulación, corrupción, control.

Abstract

The work deals with some of the main ideas of professor De Benedetto's book in connection with the concepts of good government and good administration, focusing them on the Spanish reality which can be improved, including several specific proposals based on the book's considerations.

Keywords

Good administration, better regulation, corruption, control.

SUMARIO. 1. Introducción: «no se lucha contra la corrupción luchando contra ella». La importancia de las infraestructuras de buen gobierno y de buena administración y la calidad normativa. 2. Buena gobernanza, buen gobierno, buena administración, calidad normativa. 3. De la burocracia weberiana al *New Public Management* y la llegada al buen gobierno y la buena administración como elementos de recuperación de la confianza en las instituciones públicas. 4. Mal gobierno, mala administración, baja calidad normativa, desconfianza, corrupción. 5. Innovación en el ámbito de la calidad de la regulación y la lucha contra la corrupción: sesgos cognitivos y *nudging*. La inteligencia artificial. 6. Reflexiones finales. 7. Final: medidas concretas.

1. Introducción: «no se lucha contra la corrupción luchando contra ella». La importancia de las infraestructuras de buen gobierno y de buena administración y la calidad normativa

En un encuentro celebrado en Valencia en 2019 organizado por IvieLAB, Daniel Kaufmann, conocido experto en temas vinculados con la gobernanza y la corrupción, señaló que «no se lucha contra la corrupción luchando contra ella»¹.

Tal afirmación podría parecer una *boutade* o algo así como un *haiku* japonés. Creo que en realidad encierra un mensaje importante y, me parece, en línea con el excelente libro de la profesora De Benedetto: para combatir la corrupción es importante ir 'río arriba', al nacimiento del problema, esto es a la normativa que se dicta, y no quedarse solo en la desembocadura del río, es decir al surgimiento del caso de corrupción contra el que se reacciona, en su caso penalmente.

Es más, siguiendo la lógica de Kaufmann y la invitación de la profesora De Benedetto, creo que incluso debería irse aún 'más arriba' hacia las cimas de las que con el deshielo surge el agua que dará nacimiento al río normativo que desembocará en el problema de la corrupción: es decir, entender que la perspectiva normativa en la prevención y lucha contra la corrupción nace de profundos cambios producidos en el Derecho Público en las últimas décadas, que han conducido a la consolidación de

¹ Ver presentación *El desafío de la gobernanza, captura del Estado y corrupción: Evidencia y acción* [En línea: Anti-Corruption Index, GII 2006 (ivie.es)].

los conceptos de buena gobernanza, buen gobierno y buena administración, de los que la idea de buena regulación es hija. Aquí voy a intentar remontarme del nacimiento del río, la regulación, hasta las cumbres, la calidad institucional.

La autora creemos que lo intuye, si bien solo lo expone someramente, así en las páginas 12 a 14, refiriéndose a la buena administración (y a su opuesto, la mala administración, p. 192) algunas veces en su obra.

Así, en la p. 173 se señala que la regulación efectiva tiene una «hermana», la buena administración. Nosotros creemos que la buena administración no es la hermana, sino la «madre» de la calidad normativa y de la prevención de la corrupción, como vamos a argumentar enseguida. Es para el logro de la buena administración por lo que deben construirse infraestructuras nacionales e internacionales de buen gobierno (también regulatorio), que actúen como prevención de la corrupción y garantía de la *public compliance*, otorgando respaldo a los buenos gestores públicos y protegiéndoles del uso del Derecho penal como *lawfare* en algunos casos.

Por tanto, para luchar contra la corrupción, sin dejar de perseguirla cuando se produce, es crucial la prevención. Esta prevención está íntimamente ligada con la calidad normativa, como señala la autora, y la calidad normativa no puede entenderse sin la moderna preocupación por la calidad de la gestión pública o, en palabras del art. 5 de la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, con la necesidad de tener «en vigor políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción que promuevan la participación de la sociedad y reflejen los principios del imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos públicos y los bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas».

El Derecho, como vamos a ver, debe tener un papel relevante en la contribución a la «debida gestión de los asuntos públicos y de los bienes públicos» (Ponce, 2001).

2. Buena gobernanza, buen gobierno, buena administración, calidad normativa

El buen gobierno y la buena administración son nociones distintas de la buena gobernanza, más restringidas y concretas, pues no incluyen a actores privados y se distinguen por la específica función a la que se refieren, aunque en ocasiones, sobre todo buena gobernanza y buen gobierno, se utilicen de forma indistinta, dependiendo del contexto y del idioma (Addink, 2014)².

Por lo que se refiere al buen gobierno y a la buena administración, debemos empezar, primero, por distinguir estas dos expresiones, que, aunque cercanas, no son idénticas (Ponce, 2019). La idea de buen gobierno se refiere al modo como el poder legislativo, pues de buen gobierno legislativo cabe hablar, y una parte del poder ejecutivo, el gobierno, desarrollan sus funciones, mientras la buena administración hace referencia al modo como la administración judicial y el poder ejecutivo

² El concepto de gobernanza (y de buena gobernanza) hace referencia, como es sabido, a una forma de gobernar más cooperativa en la que la que actores públicos y privados participan en red en la formulación y aplicación de la política y las políticas públicas de acuerdo con los principios de buena gobernanza. Es este un término más utilizado en el ámbito de la Ciencia Política. Es posible realizar una conexión entre la buena gobernanza y el derecho a una buena administración, en el sentido de incluir la segunda en la primera: en una buena gobernanza, un elemento a tener en cuenta es el derecho de los actores privados frente a los públicos a los que se imponen unas obligaciones jurídicas de buena administración. En consecuencia, en las redes propias de la gobernanza, las relaciones entre actores se articulan, entre otros elementos, mediante el derecho a una buena administración cuando el ordenamiento jurídico de que se trate lo reconoce.

desarrollan sus tareas administrativas, siendo los conceptos de mala administración (negligente) y corrupción (mala administración dolosa) sus opuestos.

En la Constitución española, por ejemplo, existen principios de buen gobierno³. Por otro lado, diversas leyes españolas de buen gobierno, comenzando por la estatal 19/2013 y siguiendo por las autonómicas, y otras regulaciones (por ejemplo, Ley estatal 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado y equivalentes autonómicas) establecen ahora concretos deberes jurídicos de buen gobierno a cargos electos y altos cargos.

Como es sabido, un derecho a una buena administración, también de aplicación en el ámbito normativo, puede hallarse en el art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁴ y también en ordenamientos nacionales como el español⁵.

La referencia a la buena administración se encuentra también en la jurisprudencia del TEDH (que se refiere a la «buena gobernanza»⁶), del TJUE (en

³ Así, el principio de interdicción de la arbitrariedad, art. 9.3 CE, que exige racionalidad y justificación en las decisiones, el principio de no discriminación, art. 14 CE, y de persecución de la igualdad material, 9.2 CE, el principio de proporcionalidad y, por tanto, de actuación no desproporcionada (derivado por la jurisprudencia del art. 1 CE, incluyendo los conocidos subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad *strictu sensu*) o el principio de asignación equitativa, eficiencia y economía en la programación gasto público (art. 31.2 CE). Estos principios de buen gobierno deberían regir también el comportamiento del legislador.

⁴ Artículo 41: Derecho a una buena administración. 1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable. 2. Este derecho incluye en particular: a) el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que la afecte desfavorablemente; b) el derecho de toda persona a acceder al expediente que le concierna, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial; c) la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones. 3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Unión de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros. 4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua.

⁵ Así, en España, en diversos recientes Estatutos de Autonomía (como el catalán, el valenciano, el balear, el canario o el de Castilla y León, entre otros), en la legislación estatal y autonómica (ley catalana 19/2014, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno, que, pese a su título se refiere a la buena administración o ley gallega 1/2015, de 1 de abril, de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración, por citar solo dos de las más recientes).

⁶ Como señala el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia Öneriyildiz contra Turquía, de 30 de noviembre de 2004, aunque «el ejercicio de la discrecionalidad administrativa incluya una multitud de factores locales inherentes en la elección, implementación de políticas públicas» (como por ejemplo, las urbanísticas) y «en las medidas que resulten», ello «no significa que las autoridades puedan legítimamente apoyarse solo en su margen de apreciación, el cual de ningún modo les dispensa de su deber de actuar» conforme a principios de buen comportamiento público. En la práctica, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos alude al principio de buena gobernanza (*good governance*) derivado del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 y lo aplica a la actividad administrativa. El TEDH mantiene una consistente jurisprudencia aludiendo al principio de buena gobernanza como instrumento jurídico para orientar y limitar la discrecionalidad de las autoridades de los países miembros del Convenio de 1950. Así, de las decisiones *Cazja* contra Polonia, de 2 de octubre de 2012, *Rysovskyy* contra Ucrania, de 20 de octubre de 2011, u *Öneriyildiz* contra Turquía, de 30 de noviembre de 2004, se deduce que aunque el ejercicio de la discrecionalidad administrativa incluya una multitud de factores locales inherentes en la elección, implementación de políticas públicas (como por ejemplo, las urbanísticas) y en las medidas que resulten, ello no significa que las autoridades puedan legítimamente apoyarse solo en su margen de apreciación, el cual de ningún modo les dispensa de su deber de actuar conforme al principio de buena gobernanza, que impone una actividad pública: - Ágil y rápida y en su debido momento (*“promptly”, “speedily”, “in good time”*), desarrollada de una manera apropiada y “sobre todo” consistente, especialmente cuando afecta a “derechos humanos fundamentales, incluyendo el derecho de propiedad”. - Llevada a cabo con sumo (*“utmost”*) cuidado, “en particular cuando se trata de materias de vital importancia para los individuos, como beneficios sociales y otros derechos parecidos”. - Mediante el desarrollo de procedimientos internos que permitan la transparencia y la claridad de sus

literalmente miles de sentencias desde 1955, en las que ha reconocido a la buena administración como una de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros de la UE) y también en los tribunales nacionales.

Por ejemplo, en España, en la del Tribunal Supremo, que ha establecido la existencia de un derecho a una buena administración implícito en la CE, en numerosas sentencias, por ejemplo, STS de 4 de noviembre de 2021, y de los Tribunales Superiores de Justicia de las CCAA⁷.

Un elemento relevante y propio de la buena administración, que la distingue y la aleja de ser un concepto paraguas sin substantividad propia, que destaca al analizar toda la normativa y la jurisprudencia aludidas, es el de que los cargos electos, los altos cargos y los empleados públicos en cumplimiento de sus obligaciones de buen gobierno y buena administración deberán actuar:

- con la diligencia de un cuidadoso servidor público,
- actuando solo en ausencia de conflictos de intereses,
- con la información necesaria,
- teniendo en cuenta los factores relevantes y
- otorgando a cada uno de los mismos su debida importancia en la decisión, excluyendo de su consideración todo elemento irrelevante,
- motivando suficiente y congruentemente la misma en relación con la fundamentación existente en el expediente.

Ahora bien, ¿cuál es el estándar de buena administración, es decir, de debido cuidado en la toma de decisiones administrativas en general, incluyendo a las regulaciones?

La normativa en el ámbito privado acostumbra, como es sabido, a apelar a estándares abiertos, como por ejemplo la diligencia de un buen padre de familia o de un ordenado empresario, expresiones clásicas de la legislación civil y mercantil en España, aplicando ésta última como es sabido, al igual que otros ordenamientos jurídicos, la regla originaria de la jurisprudencia norteamericana de la *Better Judgment Rule* para definir el nivel de diligencia de los Administradores privados⁸.

operaciones, minimicen el riesgo de errores y promuevan la seguridad jurídica en las transacciones entre particulares afectando intereses relativos a la propiedad. - Correctora de errores cometidos, con el pago, en su caso, de una adecuada compensación u otro tipo de reparación apropiada para el ciudadano afectado por los mismos.

⁷ La mencionada Sentencia del Tribunal Supremo español de 4 de noviembre de 2021 señala lo siguiente: «Como se desprende de lo dicho por el Tribunal Supremo el principio de buena administración tiene una base constitucional y legal indiscutible. Podemos distinguir dos manifestaciones del mismo, por un lado constituye un deber y exigencia a la propia Administración que debe guiar su actuación bajo los parámetros referidos, entre los que se encuentra la diligencia y la actividad temporánea; por otro, un derecho del administrado, que como tal puede hacerse valer ante la Administración en defensa de sus intereses y que respecto de la falta de diligencia o inactividad administrativa se refleja no ya solo en la interdicción de la inactividad que se deriva de la legislación nacional, arts. 9 y 103 de la CE y 3 de la Ley 39/2015, –aunque expresamente no se mencione este principio de buena administración–, sino de forma expresa y categórica en el art. 41 de la CEDH. Existe, pues, con base en la normativa antes citada, un deber administrativo a la diligencia debida, y un correlativo derecho de los ciudadanos a la proscripción de la inactividad administrativa. Es consustancial al principio de buena administración la diligencia en el actuar de la Administración y el desarrollo y resolución en tiempo razonable y proporcionado. Cuando existe una inactividad administrativa objetiva, injustificada y desproporcionada, se está conculcando el derecho del ciudadano a la buena administración; derecho real y efectivo que debe ser garantizado y que, en su caso, debe ampararse por los Tribunales de Justicia cuando controla la referida inactividad administrativa».

⁸ La ley española 31/2014, de 3 de diciembre, para la mejora del gobierno Corporativo, que modificó diversos artículos del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto

La determinación del nivel de diligencia debida o debido cuidado necesario para satisfacer el derecho a una buena administración pública depende también, en definitiva como en el ámbito privado, de la gestión de cada caso, si bien, con lo que se ha dicho hasta ahora, se puede intentar avanzar una fórmula general para determinar la diligencia administrativa de una forma más precisa, circunstanciadamente, construyendo así una *Better Judgement Rule* adaptada a las necesidades públicas: una *Better Public Judgement Rule*, si queremos expresarlo así.

La concreción de la buena administración es necesaria tanto por parte del legislador (al diseñar los requisitos de la actuación administrativa) y de la propia administración (a la hora de decidir cómo utilizar la discrecionalidad en su actuación, por ejemplo, para pedir o no un informe complementario no preceptivo o para desplegar una actividad de protección en un servicio público) como de los órganos de control, incluidos los judiciales (éstos para controlar el cumplimiento de la obligación de buena administración y considerar violado o no el derecho del ciudadano a una buena administración).

Para ayudar a esa determinación de la buena administración caso por caso, pero con criterios generales, podemos recurrir a una sencilla fórmula explicativa, que puede ser un apoyo de utilidad para los distintos operadores jurídicos, sea el legislador, sea la propia administración sea el juez controlador de su actuación (Ponce, 2022).

Así, el punto óptimo de cuidado, que implica la diligencia debida en cada actuación administrativa (es decir, el nivel de cuidado que se tiene que desplegar para el cumplimiento de la obligación de buena administración a la vista de las circunstancias del caso concreto) sería aquel que permite cumplir la siguiente condición⁹:

$$c = p \times D$$

Y, en cambio, se violaría la obligación jurídica de buena administración propia de este derecho cuando se omita por el decisor administrativo una medida de cuidado si

$$c < p \times D$$

La *c* representa el coste de la medida adicional de buena administración considerada.

Una respuesta más detallada a las alegaciones presentadas por los interesados o los ciudadanos, la apertura o no de un trámite de prueba, una vigilancia más estricta de un preso que podría suicidarse, etc.

refundido de la Ley de Sociedades de Capital, fue el texto que la introdujo. A nuestros efectos nos interesan los arts. 225 y el 226, de los que reproducimos algunos párrafos: «Artículo 225. Deber general de diligencia. 1. Los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos». «Artículo 226. Protección de la discrecionalidad empresarial. 1. En el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad empresarial, el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado».

⁹ Se hace aquí una adaptación de la regla llamada de Hand, juez norteamericano que estableció una fórmula del cálculo de la negligencia, para establecer la violación o no del deber de cuidado en casos de responsabilidad.

La p representa cuánto se reduce la probabilidad de tomar una decisión desacertada cuando se adopta la medida adicional de buena administración considerada.

Por ejemplo, una respuesta más cuidadosa a alegaciones implica una mayor ponderación de estas y puede suponer la reducción de la probabilidad de no considerar problemas o alternativas relevantes, mayor atención para evitar que un preso disponga de un instrumento por auto lesionarse....

D es el perjuicio derivado de tomar una decisión desacertada.

La muerte de un preso por suicidio por no haber adoptado el cuidado necesario en su seguridad, el derroche de dinero público en una infraestructura innecesaria – una autopista, un aeropuerto, un equipamiento cultural–, que no es utilizada por los ciudadanos por no haber ponderado alternativas y datos relevantes o la falta de agua en un nuevo desarrollo urbano, por no haber pedido un informe que advirtiera de este hecho...¹⁰

Entonces, $p \times D$ representa el beneficio que se obtiene al adoptar la medida adicional de buena administración. Este beneficio tiene dos ingredientes: la reducción de la probabilidad de cometer una equivocación y el mal derivado de cometer una equivocación.

Hay que señalar finalmente que la probabilidad de cometer una mala administración puede depender de varios factores, además del nivel de diligencia o cuidado adoptado, por ejemplo: de la incertidumbre que pueda existir en cada caso sobre cuál es la decisión más acertada, así como de los incentivos o desincentivos que tenga el decisor para buscar la buena administración (así, por ejemplo, si la carencia de diligencia le provoca o no repercusiones personales desfavorables, como por ejemplo una posible sanción disciplinaria o la necesidad de resarcir el daño causado con su patrimonio personal).

Cuanto mayor sea la incertidumbre existente y más débiles los incentivos de las autoridades administrativas para tomar decisiones acertadas (discrecionalidad), más grande será la probabilidad que estas se equivoquen y, por lo tanto, mayor será el beneficio derivado de exigir medidas adicionales de buena administración. De aquí la importancia de adecuados diseños organizativos, procedimentales y de función pública para incentivar la buena administración estableciendo las medidas adecuadas.

La efectividad técnica del derecho a una buena administración, además del comportamiento del poder ejecutivo, pues, también depende de los diseños organizativos y procedimentales que realicen los legisladores (regulación de los conflictos de intereses, de los grupos de presión, de la evaluación de políticas públicas, etc.) y del control judicial que se haga del respeto del mismo.

¹⁰ La magnitud o gravedad de este perjuicio puede depender de varios factores, entre los que nos parecen destacables los siguientes: - la afectación de la esfera personal y patrimonial del ciudadano; - el riesgo derroche de caudales públicos; - el número potencial de afectados por la decisión. Esta gravedad será máxima, pues, cuando afecte a derechos constitucionales fundamentales, de una pluralidad indeterminada de personas y suponga uso de caudales públicos (el que implicará un nivel equivalente del debido cuidado o debida diligencia a desplegar) e irá disminuyendo (y con ella, el grado de debido cuidado exigible a la Administración) cuando afecte a derechos constitucionales no fundamentales, a simples derechos legales o a meros intereses legítimos, suponga o no gastada de caudales públicos y tenga trascendencia solo individual (ej. acto administrativo o contrato) o de cariz general (ej. reglamento o plan).

El derecho a una buena administración descrito también ha tenido impacto en el ámbito de la regulación, ámbito en el que tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como el Tribunal Supremo español, como ejemplo nacional, están anulando regulaciones de baja calidad normativa¹¹.

Por ejemplo, la legislación española (ley 39/2015, de 1 de octubre de procedimiento administrativo común, art. 129, Ley General de Unidad de Mercado) ha establecido unos principios de buena regulación cuyo respeto en la elaboración de proyectos de leyes y de reglamentos es necesario¹².

En fin, con el advenimiento del principio y el derecho a una buena administración, se ha producido un cambio de paradigma trascendente en el Derecho Público moderno: la discrecionalidad administrativa, e incluso cabría hablar de la legislativa, ha dejado de ser un espacio de libertad de elección entre indiferentes jurídicos en manos de las Administraciones y los gobiernos. La discrecionalidad, la discrecionalidad normativa también, no solo no puede ser arbitrariedad, sino que debe ser buena administración, con cumplimiento de los requisitos jurídicos en positivo descritos (Ponce, 2015).

Si en el ámbito reglamentario, como vemos, ha calado la importancia de los principios de buena regulación y su control judicial, distinto es el caso de las normas con rango de ley.

Respecto a los proyectos de ley (téngase en cuenta que en España un alto porcentaje de leyes finalmente aprobadas provienen de proyectos elaborados por los gobiernos), como hemos tenido ocasión de exponer en otro lugar, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que considera sanada la evaluación defectuosa de los proyectos de leyes realizada en sede del poder ejecutivo supone convertir en papel mojado el art. 88 de la CE (que indica que deben entrar en el Congreso con una Exposición de Motivos y todos los antecedentes necesarios para que el poder legislativo pueda adoptar una buena decisión) y toda la regulación de la ley 39/2015. Por ello, debería procederse si no a una modificación de la CE al respecto (como se ha hecho en el caso francés) al menos a una nueva regulación por Ley Orgánica y en los reglamentos parlamentarios para evitarlo.

En cuanto a las proposiciones de ley, éstas tienen entrada en los parlamentos con evaluaciones inexistentes o muy defectuosas, en general, al no existir ningún órgano parlamentario que pudiera colaborar técnicamente en dicha evaluación con

¹¹ Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo española de 15/07/2010 se señala que: «Los conceptos de buena administración y de calidad de la actividad administrativa, cobran todo su protagonismo en el momento de concretar los costes económicos y financieros que la aplicación de una norma reglamentaria puede suponer. El deber de buena administración, de un buen hacer administrativo en el ejercicio de la potestad reglamentaria, exige un especial cuidado a la hora de estudiar las consecuencias económicas que la implantación de la nueva normativa conlleva. La ausencia de un estudio económico riguroso puede producir, y ejemplos hay de ello, que las disposiciones reglamentarias se queden 'en papel mojado', carentes de virtualidad práctica, bien por ausencia de partidas presupuestarias o vías de financiación, sin duda los supuestos más frecuentes, bien por no haber ponderado la carga económica que a la sociedad en general, y, en particular, a los singularmente afectados, supone la aplicación de la norma reglamentaria».

¹² La STS de 28 de noviembre de 2019 ha establecido que: «...estimamos que, en la ordenación de un sector económico, la Administración debe garantizar el respeto a los principios de buena regulación, entre los que cabe mencionar, además de los enunciados, los principios de necesidad, transparencia, seguridad jurídica, suficiencia tarifaria y proporcionalidad». Mientras que la STS de 24 de junio de 2020, pasando de las palabras a los hechos, ha procedido a anular un Real Decreto del Gobierno estatal por violación del mencionado art. 129, apartado 4, referido específicamente al principio de buena regulación de seguridad jurídica.

los proponentes. Finalmente, en cuanto a los Decretos-Leyes, cada vez más numerosos, aparte de constituir en cantidades excesivas un desgaste de la democracia, implican una evaluación de impactos inexistente o, en el mejor de los casos, precipitada.

Si bien en la normativa estatal española se prevé la necesidad de una memoria de evaluación de impacto abreviada (art. 3 Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo), la búsqueda por el autor de las mismas en el Portal de Transparencia no ha tenido éxito.

A la vista de lo expuesto, el libro de la profesora De Benedetto tiene, pues, una relevancia fundamental en el contexto español.

3. De la burocracia weberiana al *New Public Management* y la llegada al buen gobierno y la buena administración como elementos de recuperación de la confianza en las instituciones públicas

Dentro de las diversas expresiones posibles del buen gobierno y del derecho a una buena administración (diseño de procedimientos administrativos, obligaciones de motivación, cartas de servicios, códigos de conducta o éticos, regulación de los grupos de interés...), la vinculada con la mejora regulatoria ha ido alcanzando carta de naturaleza internacionalmente, a través del movimiento denominado de la *Better* o *Smart Regulation*, como nos expone la profesora De Benedetto.

Cuando se habla de una norma jurídica de calidad, se habla, desde una perspectiva general del desarrollo adecuado de la discrecionalidad de que goza el legislador y, desde la perspectiva específicamente reglamentaria, del despliegue de un buen gobierno y una buena administración (en el libro la idea de qué significa una normativa de calidad se halla por ejemplo en las páginas 26 a 29).

El objetivo es garantizar la calidad normativa, en garantía no solo de la eficiencia y economía de la actividad pública, sino también de la legitimidad pública, de la competitividad y de los derechos e intereses de privados, entre los que destacan, singularmente, las pequeñas y medianas empresas, los trabajadores y los consumidores. Las preocupaciones por la calidad normativa no significan desregulación, pudiendo suponer, de hecho, más regulación y en todo caso, mejor regulación. Esta preocupación no es de derechas ni de izquierdas, habiéndose mantenido en diversos países durante décadas con partidos políticos de diverso signo.

La calidad normativa es especialmente relevante en el actual contexto de mutaciones de las funciones y legitimidades de las intervenciones públicas. Tras el paso del Estado liberal, concentrado en la garantía del orden público, con el modelo de burocracia weberiana, se produce el paso al Estado social, donde la solidaridad tiene un peso importante, para referirse en la actualidad a la llamada Nueva Gestión Pública o al Estado regulador, en un contexto de privatizaciones y liberalizaciones realizadas (Prats, 2005). Se sostiene que el Estado en la actualidad ha pasado de «remar» (ofrecer prestaciones, actuando directamente) a «dirigir»: y en esa dirección, el uso de la potestad reglamentaria y de la función legislativa es relevante respecto a los denominados servicios de interés económico general, para establecer, por ejemplo, las obligaciones de servicio público y de servicio universal precisas para proteger los intereses generales.

Por otro lado, la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior,

o Directiva de Servicios provoca que la regulación adquiera una relevancia determinante, puesto que la tendencia a la eliminación de controles *ex ante* mediante la autorización administrativa lleva a que el establecimiento de las condiciones de ejercicio de las actividades privadas sea muy relevante, permitiendo así el control mediante las declaraciones responsables y las comunicaciones previas. Asimismo, la lógica de la evaluación del impacto normativo está presente también, si bien desde una perspectiva limitada, en la Directiva de Servicios mencionada. La exigencia derivada de la Directiva de justificar y fundamentar las razones imperiosas de interés general que permiten excepcionar la regla de la prohibición de autorizaciones y sistemas de control, cuya vulneración ya ha dado lugar a reacciones judiciales en España, realza el valor de las evaluaciones de impacto normativo y de la motivación explícita de sus resultados.

En consecuencia, la calidad normativa se encuentra en el corazón de la legitimidad pública moderna, desde la perspectiva del denominado Derecho útil o regulativo, que acompaña la intervención pública.

De ahí la creciente preocupación de organizaciones como la UE y la OCDE por la calidad normativa y las iniciativas impulsadas por diversos países en este ámbito. Esta preocupación y las técnicas de gestión desplegadas es lo que se conoce como *Better* o, más recientemente, *Smart Regulation*.

Pero, además, y quizás, sobre todo, el buen gobierno y la buena administración en general, y la buena regulación en particular, son elementos para fortalecer la confianza en las instituciones públicas, un elemento en el que, entendemos que, con razón, la profesora de Benedetto insiste en su libro (véanse las páginas 29 y ss. y, de nuevo 191 y ss.).

Un *intangibile* relevante que permite evitar el fracaso de las naciones (jugando con el título del conocido libro de Acemoglu y Robinson, 2012) y que está vinculado, precisamente, a la calidad institucional, esto es, al buen gobierno y a la buena administración, que son medibles (así, por ejemplo, recuérdese el Índice sobre Calidad de los Gobiernos subnacionales en los países de la Unión Europea que elabora –con el apoyo de la Comisión Europea– el Instituto de Calidad del Gobierno de la Universidad de Gotemburgo, *Sub-national Quality of Government in EU Member States*).

En otras palabras, la mejora del gobierno y de la administración mediante normas de más calidad, entre otras medidas, aumenta la confianza ciudadana en las Instituciones públicas, lo que a su vez aumenta el respeto y efectividad de las normas, lo que reduce la corrupción, pues «una cierta cantidad de corrupción está conectada con la mala administración» (De Benedetto, 2021, p. 192).

Este círculo virtuoso ha sido destacado por la OCDE, en diversos estudios en los que constata las insuficiencias de la llamada Nueva Gestión Pública y sus inconvenientes en términos de eficacia, costes y litigiosidad¹³ y aboga por avanzar hacia la mejora del gobierno y la administración como elemento para fortalecer la confianza de los ciudadanos en las Instituciones públicas (OCDE, 2017).

Asimismo, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Principios para los servicios públicos que contribuyen a la estabilidad del régimen

¹³ Véase también Hood, C. y Dixon, R. (2015). *Government that Worked Better and Cost Less? Evaluating Three Decades of Reform and Change in UK Central Government*. Oxford: Oxford University Press.

democrático» (Dictamen exploratorio solicitado por la Presidencia alemana) (2021/C 56/03) ha destacado:

2.1. En la UE, no existe una definición unívoca de «servicio público». A los efectos del presente Dictamen, el CESE considera servicios públicos los distintos servicios públicos administrativos propios del Estado, incluidos los de carácter industrial y comercial prestados en aras del interés general a escala nacional, regional y municipal.

2.3. El término «estabilizadores automáticos» procede de la teoría económica. Por analogía con la definición económica de este término, los principios relativos a los servicios públicos se consideran estabilizadores automáticos que defienden los valores fundamentales de la democracia, sobre todo en tiempos de crisis

4. Los servicios públicos como estabilizadores automáticos

Cuando todos los servicios públicos se adhieren sistemáticamente a los principios de legalidad, proporcionalidad e igualdad de trato y hacen efectivo el derecho a una buena administración, refuerzan tanto la confianza en el Estado de Derecho y la democracia como la resistencia de los ciudadanos frente a las promesas populistas¹⁴.

4. Mal gobierno, mala administración, baja calidad normativa, desconfianza, corrupción

De igual modo que hemos hablado de un círculo virtuoso, donde la regulación forma parte de uno de los eslabones de la cadena, también es posible hablar de un círculo vicioso, en el que la baja calidad institucional implica baja calidad normativa, desconfianza ciudadana y corrupción.

En nuestra opinión, este es el escenario más cercano al caso español en la actualidad, pese a los intentos realizados desde hace no mucho tiempo por modificarlo.

En este sentido, nos parece fascinante la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de abril de 2015, Caso T-217/11. En el mismo, se conoció de la reclamación de la señora Claire Staelen, residente en Luxemburgo, por violación de su derecho a una buena administración en un caso relacionado con la entrada en la función pública europea. El Tribunal reconoce dicha violación llevada a cabo por el *Ombudsman* europeo, institución que no respetó el principio de diligencia debida derivado del art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ya citada, al ejercer su discrecionalidad. Al tratarse de una acción por la vía del art. 340.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, lo que se acaba decidiendo en la sentencia es si hay lugar a responsabilidad por daños.

Y la respuesta es positiva, hay lugar a responsabilidad por daños por la violación del *Ombudsman* europeo del derecho a una buena administración de la señora Staelen, puesto que, la traducción del inglés es nuestra, tal violación «creó un sentimiento de tiempo y energía malgastados (por acudir a la institución) y causó una pérdida de confianza en esa institución», creada, paradójicamente, para combatir casos de mala administración. Esto es, existió un daño moral, no compensado por la petición de disculpas posterior de la institución. Daño moral consistente en la pérdida de confianza en la institución, que se valora en 7.000 euros.

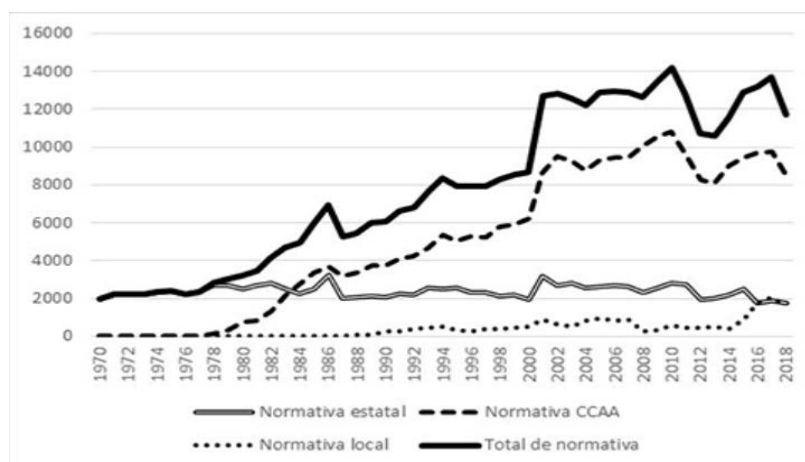
¹⁴ [En línea: <https://www.crisisycontratacionpublica.org/wp-content/uploads/2021/02/Dictamen-del-Comite-Economico-y-Social-Europeo-sobre-Principios-para-los-servicios-publicos.pdf>]

Más allá del posible debate sobre si la pérdida de confianza en el *ombudsman* europeo vale 7.000 euros, lo relevante es que la misma es un daño, detectable, vinculado a la violación de la buena administración.

Pues bien, retomando el contexto de la regulación, la violación por ésta del derecho a una buena administración sin duda contribuye igualmente a la pérdida de la confianza de los ciudadanos en sus reguladores, a la que alude la profesora De Benedetto. Sea por un exceso indigerible de legislación compleja y confusa, sea por una deficiente calidad de la misma que dificulta su eficacia y puede abrir la puerta a la corrupción.

Así, no cabe ninguna duda de que es posible medir cuantitativamente el entramado normativo, simplemente contando normas, y que muchas normas, como señala la autora, abren la puerta a la corrupción, como ya recordó Tácito hace mucho. Es ya un clásico aludir a la legislación motorizada o a la hemorragia normativa, expresiones que llevamos décadas escuchando y leyendo y que los números, desde luego confirman en el caso español, por ejemplo¹⁵.

Mora-Sanguinetti (2019, 2021) ha cifrado en 386.850 las normas jurídicas aprobadas, con un incremento continuo en su número:



Las características de la buena regulación son medibles¹⁶ y, en consecuencia, cabe intentar mejorar la calidad normativa. La mejora de las normas jurídicas puede ser entendida como la política centrada en la búsqueda de la mejora y simplificación del entorno normativo.

Esta política pública es crucial en España, donde, además de tener muchas normas, como sabemos, la calidad normativa evaluada en distintos foros internacionales nos deja en mal lugar. Como ha estudiado Jiménez (2020) quedamos mal parados tanto en los datos comparativos con otros países del Índice de Competitividad Global que realiza anualmente el Foro Económico Mundial (*World*

¹⁵ Solo respecto a normas relacionadas con el Covid-19, existen centenares de estatales dictadas desde marzo de 2020, además de autonómicas y locales, muchas de ellas Decretos-Leyes, con los problemas ya apuntados antes. En total, en 2020 se publicaron 12.250 normas nuevas, multiplicando España por cuatro el número de aprobadas desde 1979, momento en el que se publicaron 3012 normas). En el específico ámbito local y en relación con la situación en Cataluña catalán, hemos podido realizar una primera cuantificación de las ordenanzas vigentes, arrojando un saldo total, a fecha de mayo de 2017, de 17 652, solo en el nivel local y solo en Cataluña (Ponce, 2017).

¹⁶ Así, por ejemplo, ténganse en cuenta los indicadores referidos a la calidad regulatoria del Banco Mundial (<http://info.worldbank.org/governance/wgi/index.aspx#home>), los cuales, sin embargo, tienen un claro sesgo hacia la desregulación y la facilitación de la actividad económica privada.

Economic Forum, WEF) o Foro de Davos, como en los del proyecto de los *Worldwide Governance Indicators* (WGI), así como también de los de los indicadores sobre política regulatoria y gobernanza (*iREG*) de la OCDE.

Por otro lado, para poder conocer la calidad de las normas y, en su caso, mejorarla, es requisito evaluar, es decir medir los efectos, los impactos de la normativa en el mundo real. Se trata mediante la evaluación de las normas de calcular los *impactos* de la norma y conocer así los aspectos positivos y negativos que su futura aprobación (evaluación *ex ante* o prospectiva) o su aplicación durante un determinado período de tiempo (evaluación *ex post* o retrospectiva) generan, pudiendo desarrollar una simplificación normativa a la luz de los resultados¹⁷.

Como es sabido, existen diversas técnicas de evaluación *ex ante* utilizadas internacionalmente. Es aquí donde el libro de la profesora De Benedetto sugiere una serie de técnicas, algunas de ellas novedosas, muy interesantes.

Así, por ejemplo, propone desarrollar evaluaciones de corrupción, ya en marcha en diversos países (Gobierno de Corea, 2017) y que son conocidas también en Cataluña, donde la unidad administrativa de mejora normativa, pionera en España desde hace más de una década y encuadrada en el Departamento de Presidencia, ha elaborado un documento de *Recomendaciones sobre el análisis desde la perspectiva de la integridad pública y la prevención del fraude y la corrupción en el proceso normativo*. También propone desarrollar evaluaciones de corruptibilidad, distintas de las anteriores por centrarse en el contenido substantivo de la regulación y utilizar análisis del lenguaje y recurrir a bases de datos penales, incorporándolas mediante el uso de listas de comprobación (*Checklists*), que, sin este componente de corruptibilidad, ya han sido elaboradas por algunas organizaciones internacionales, como la OCDE (y cuyo uso no es usual en España).

En cuanto a las consultas al público, que en nuestro sistema se identifican con los trámites procedimentales de consulta previa, audiencia e información pública, ahora art. 133 Ley 39/2015, De Benedetto subraya la necesidad no solo de establecer una huella normativa, técnica conocida en España, sino de «etiquetar» cada regulación para hacer trazable sus modificaciones. Ello nos parece muy relevante, pero queda aún muy lejos de la situación existente en países como España.

No tenemos en España en el nivel estatal una regulación de la actividad de los lobbies, si bien ahora se está impulsando un anteproyecto de ley, lo que supone una anomalía a nivel internacional, a diferencia de algunas comunidades autónomas, que sí han regulado ya ésta, estableciendo registros de grupos de interés, necesidad de códigos de conducta para éstos, obligatoriedad de la llamada huella normativa e incluso formalización de los contactos negociadores previos a la adopción de la norma, como es el caso excepcional de Valencia, donde desde 2018 su legislación ha establecido un caso similar al *reg-neg* norteamericano¹⁸.

¹⁷ En el caso del nivel estatal español, la evaluación de impacto normativo se reguló por primera vez como tal en fecha muy tardía, mediante el Real Decreto 1083/2009 y ha conocido su última consagración legal en la ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común, aplicable, en principio, a todos los niveles de poder. Decimos en principio, puesto que ha sido objeto de la Sentencia del Tribunal Constitucional español (STC) 55/2018, que ha establecido una serie de matizaciones respecto a su aplicación a las Comunidades Autónomas y entes locales y que ha venido a enturbiar la claridad de la misma.

¹⁸ Un estudio jurídico empírico que tuvimos ocasión de realizar sobre las reuniones informales de grupos de interés en Cataluña con altos cargos en relación con la elaboración de proyectos de ley y reglamentos (Ponce, 2019) mostró datos interesantes a partir de los que se efectuaron diversas recomendaciones de mejora del marco normativo y de la gestión pública. Ciñéndonos ahora solo a los datos, el estudio detectó

Por otro lado, entre las técnicas de evaluación *ex post* más utilizadas internacionalmente que creemos podrían ser útiles para luchar contra la corrupción, podríamos señalar la utilización de cláusulas incluidas en la norma jurídica imponiendo su revisión en un plazo determinado, lo que podría incluir sus efectos en relación con la corrupción, cláusulas llamadas de *sunset legislation* (con una vigencia determinada) empleadas en la UE y en diversos países del mundo, como los Estados Unidos de América pero no usadas en España tradicionalmente, por ejemplo (Ranchordas, 2014; 2015; 2015b)¹⁹.

Desgraciadamente, la cultura de evaluación normativa *ex post* es prácticamente inexistente en España, donde la misma es exigida en normativa formalmente, con llamadas retóricas, pero sin una concreción exigible jurídicamente (art. 130 Ley de Procedimiento Administrativo Común, art. 15 Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. El primer Plan Anual Normativo estatal preveía la evaluación *ex post* de 44 normas a evaluar por cada Ministerio. El de 2022, la de un total de 35 proyectos normativos. El autor de estas líneas no ha conseguido acceder mediante el portal de transparencia a ninguna de esas evaluaciones en marcha o realizadas.

Una evaluación de la evaluación normativa *ex ante*, esto es, una metaevaluación, puede encontrarse en el nivel de la Administración del Estado en el *Informe de fiscalización del análisis del impacto normativo en los Ministerios del Área Político-Administrativa del Estado*, aprobado por el Tribunal de Cuentas en 2021, en el que se detectan diversos puntos de posible mejora y se realizan recomendaciones²⁰. Asimismo, en el ámbito autonómico y local, los diversos informes de evaluación del *ombudsman* catalán, el *Síndic de Greuges*, de la ley catalana de

que entre verano de 2016 y septiembre de 2017 se realizaron 6743 reuniones con lobbies de todo tipo en los 13 departamentos de la Administración de la Generalitat. Ello supuso unas 561 reuniones con lobbies por mes, unas 18 reuniones con lobbies por día. De éstas, tuvieron relación con proyectos normativos (anteproyectos, proyectos de leyes, Decretos, Órdenes, planes) un total de 104, lo que supone un 2,5% del total. En otras palabras, sobre elaboración de normas, se celebraron en un año unas 8 reuniones con lobbies por mes, dos por semana, 1 cada dos días, lo que demuestra la relevancia del fenómeno, al margen de las consultas formalizadas por la normativa. El estudio también detecto que, en la práctica, no existía huella normativa ni coordinación entre las reuniones informales con los lobbies y los trámites formales de participación.

¹⁹ Una *sunset clause* es un precepto incluido en una norma que somete a ésta a una eficacia limitada en el tiempo y a una posible prórroga de la misma siempre que se demuestre por quien esté interesado en ello que tal continuación es necesaria, a la vista de la evaluación que se realice de su eficacia hasta el momento. Por su parte, la normativa experimental es un término amplio referido a normas jurídicas que se aprueban con la voluntad de tener un ámbito espacial o subjetivo limitado (una parte del país, una parte de los ciudadanos, el denominado *simple group*) mientras el resto (*control group*) se sigue rigiendo por la normativa previa. La norma experimental tiene una vigencia temporal también limitada, acompañada de una evaluación para decidir si la regulación debería ser extendida generalmente y convertida en permanente o finalizar su eficacia limitada.

²⁰ Informe 1408, disponible en: Análisis de impacto normativo en los Ministerios del Área Político-Administrativa del Estado (tcu.es). Así, se recomienda al gobierno español que adapte la Guía Metodológica al Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre y que continúe con la aprobación de planes anuales normativos y con los trabajos de seguimiento de su ejecución e informes anuales de evaluación. Igualmente, se recomienda que adopte las medidas necesarias para que los expedientes normativos incluyan preceptivamente un acto formal de incoación del procedimiento y que impulse el trabajo de la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa dotándola de los medios necesarios. A los Ministerios que proponen las iniciativas legislativas y reglamentarias se les recomienda que intensifiquen la labor de actualización de las Memorias del Análisis de Impacto Normativo reflejando las distintas modificaciones y observaciones que se incorporen a lo largo de la tramitación. Así mismo, se sugiere que incidan en el análisis de las posibles soluciones alternativas, que refuercen el sistema de evaluación de impactos normativos y que potencien la publicación de los documentos propios del proceso de elaboración de las normas en el Portal de Transparencia. Finalmente, a la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa, unidad de calidad regulatoria encuadrada en el Ministerio de la presidencia y creada hace unos pocos años a partir de la ley 40/2015, se le sugiere que mejore el sistema de seguimiento de las observaciones y recomendaciones que tiene implantado.

transparencia acceso a la información y buen gobierno, 19/2014, destacan el buen trabajo en el ámbito autonómico en relación con las evaluaciones *ex ante*, así como la ausencia de evaluación *ex post*, en cambio, y la mala situación de la *better regulation* en el ámbito local catalán²¹.

En fin, esta caja de herramientas de evaluación normativa, todavía relativamente desconocida por muchos reguladores en España, no podrá ser empleada eficazmente sin los medios y la formación necesarios para ello. Lo que exige, ante todo, que la calidad normativa, finalmente, ocupe un lugar preminente en la agenda política como hace décadas ocurre en otros países de nuestro entorno y como el libro de la profesora De Benedetto acierta a subrayar.

5. Innovación en el ámbito de la calidad de la regulación y la lucha contra la corrupción: sesgos cognitivos y *nudging*. La inteligencia artificial

a) En esta dirección de innovación en la gestión pública y en las políticas públicas desarrolladas mediante normas aparece también el movimiento denominado *nudging*, basado en aportaciones conductuales y que la autora expone en su libro (p. 73 y ss).

Los más recientes avances en el ámbito de las *behavioural sciences* están dando lugar a un cambio trascendente en el modo como hasta ahora la economía clásica había entendido que se comportan las personas (usando el modelo o metáfora del *homo economicus*, el ser egoísta maximizador de sus intereses). El modelo o metáfora del *homo economicus* ha pretendido no solo describir el modo como se comportan los seres humanos, sino ha pasado a prescribir, de hecho, cómo el Derecho debería reaccionar ante tal comportamiento. Es a partir de las aportaciones de las ciencias de la conducta humana que surge la noción de *nudging* a la que ahora nos referiremos (Ponce, 2022b).

Dado que la racionalidad absoluta del *homo economicus* no existe (puesto que, ante todo y por lo que ahora nos interesa, es limitada y porque, además, no tiene en cuenta comportamientos perfectamente racionales como la reciprocidad y el altruismo) y además tal racionalidad está interferida por heurísticos y sesgos, surgen los *nudges* (o acicates) como estrategias para mejorar la racionalidad decisora. *Nudging* en inglés significa empujar suavemente o dar un golpecito en las costillas con sobre todo con el codo con el fin de avisar, recordar o amonestar suavemente a otro. En su seminal trabajo sobre el tema Thaler y Sunstein (2009) definen un *nudge* (o acicate) como:

cualquier aspecto de la arquitectura de las decisiones que modifica la conducta de las personas de una manera predecible sin prohibir ninguna opción ni cambiar de forma significativa sus incentivos económicos. Para que se pueda considerar como *nudge*, debe ser barato y fácil de evitar. Los *nudges* no son órdenes.

Ejemplos de acicates son:

- Fijación de opciones establecidas por defecto (*by default*) en regulaciones que afectan decisiones de los ciudadanos. De este modo se aprovechan algunos de los sesgos mencionados²².

²¹ Los distintos informes son consultables en abierto en: [Informe anual de transparencia - Síndic de Greuges de Catalunya - El defensor de las personas \(sindic.cat\)](#)

²² Así, por ejemplo, el sesgo del *statu quo* o la inercia puede emplearse, por ejemplo, a favor de la decisión de dar órganos. Un ejemplo lo tenemos en la regulación española. El artículo quinto de la Ley

- Establecimiento de obligaciones de información que corresponden a privados, para evitar que utilicen los sesgos de los consumidores (por ejemplo, respecto al impacto de su actividad en el medio ambiente, como en el caso de fabricantes de automóviles, o a la salud, en caso de los alimentos).

- Utilización de la puesta a disposición de información por parte de la Administración para influir en el comportamiento de los ciudadanos y orientarlos hacia finalidades de interés general, aprovechando sesgos como el de seguir la manada. Por ejemplo, sobre el grado de cumplimiento tributario, el consumo de energía u otros comportamientos de los conciudadanos²³.

La aplicación de *nudges* como instrumento regulatorio está ya siendo desplegado en diversos países. Diversos países han creado unidades específicas para experimentar en el ámbito del comportamiento humano y asesorar a las AA.PP. activas encargadas de adoptar las decisiones, como la conocida británica *Behavioural Insights Team*, entre otras creadas en todo el mundo.

Estas innovaciones regulatorias y organizativas todavía no han llegado a España, aunque sería interesante incorporarlas, bien a través del diseño de nuevas unidades administrativas, bien incorporando aportaciones del comportamiento a unidades ya existentes, como las ya existentes en el nivel estatal y autonómico, y las que puedan surgir en el nivel local, de evaluación normativa.

El *nudging* forma parte del *behavioral compliance*, y se manifiesta en la adopción de medidas dirigidas a operar en el momento de tomar decisiones particularmente expuestas a riesgos de corrupción u otras formas de mala administración, promoviendo la adopción de conductas ajustadas a las normas jurídicas y éticas aplicables. La OCDE ha sugerido el empleo de distintas herramientas para modificar la arquitectura de la decisión de los empleados públicos en favor de la integridad (OCDE, 2018)²⁴.

Este tipo de medida de *nudging*, en nuestra opinión, sería relativamente sencilla de poner en práctica y podría aplicarse, adaptándose a cada ámbito, en distintas actividades administrativas en las que se haya detectado un número elevado de vulnerabilidades o un nivel de riesgo significativo. Así, por ejemplo, en una

española 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, señala lo siguiente: «Dos. La extracción de órganos u otras piezas anatómicas de fallecidos podrá realizarse con fines terapéuticos o científicos, en el caso de que éstos no hubieran dejado constancia expresa de su oposición. Tres. Las personas presumiblemente sanas que falleciesen en accidente o como consecuencia ulterior de éste se considerarán, asimismo, como donantes, si no consta oposición expresa del fallecido. A tales efectos debe constar la autorización del Juez al que corresponda el conocimiento de la causa, el cual deberá concederla en aquellos casos en que la obtención de los órganos no obstaculizare la instrucción del sumario por aparecer debidamente justificadas las causas de la muerte». El mismo sesgo aludido puede emplearse para fomentar la suscripción de planes de pensiones privados, como se ha hecho en otros países (como en los casos de los programas SMART en los Estados Unidos y NEST en el Reino Unido).

²³ En el ámbito tributario, puede acudir al uso de información en conexión con las normas sociales y el efecto reputacional (pensemos, por ejemplo, en la publicación en España del «listado de morosos a Hacienda», previsto en el art. 95 bis de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria)

²⁴ Así, sugiere el uso de opciones por defecto en los procedimientos (ej. al comienzo de un nuevo proyecto, cada miembro del equipo recibe automáticamente un formulario para declarar cualquier conflicto de intereses); el empleo de recordatorios y encuadres (incluyendo mensajes morales, por ejemplo, sobre regalos, o personalizados, que refuercen la identidad principal, o que acudan a normas sociales); avanzar en la simplificación y comodidad (ej. presentación de la declaración de bienes a través del sistema electrónico y al mismo tiempo que las declaraciones de impuestos; uso de un botón rojo para presentar una decisión sensible); *gaming* (ej. organización de juegos, concursos, loterías...con micro incentivos, por ejemplo un desayuno en la oficina); incentivación de compromisos (ej. auto compromisos éticos: así, «Declaro que toda la información introducida a continuación será veraz»); o entrenamiento en dilemas éticos.

actuación administrativa donde se haya detectado riesgo de conflicto de intereses, se podría poner a disposición de la persona titular del órgano competente para adoptar la resolución correspondiente un mensaje recordando la prohibición de actuar en caso de concurrir algún conflicto de intereses (listando las causas de abstención, en su caso) y recordando la obligación, en caso de que así sea, de declarar cualquier información pertinente para mantener actualizados los registros públicos de actividades y bienes e intereses. Siguiendo con técnicas de *nudging*, incluso se podría añadir el número de personas que, cumpliendo con sus obligaciones de declaración y actualización de los datos en tales registros²⁵, han comprobado, y en su caso actualizado, sus datos en los últimos 3 meses, por ejemplo.

Podemos, también, pensar fácilmente en otro posible ejemplo a aplicar en el sector público en relación con el cumplimiento de los plazos para resolver los procedimientos administrativos. Así, sería posible que, cuando se detecte un retraso en la tramitación de un expediente, unos días antes de la finalización del plazo para resolver, se advierta al órgano responsable de la tramitación del procedimiento del tiempo restante para resolver el procedimiento, indicando también del tiempo promedio en que se resuelven ese tipo de expedientes en aquella administración (siempre que, dicho tiempo promedio, sea igual o inferior al plazo máximo legalmente establecido para resolver ese procedimiento). También se podría pensar en añadir cargas adicionales en caso de incumplimiento de los plazos, como por ejemplo podría ser la petición, a los órganos responsables de la tramitación de los procedimientos, de motivar las demoras en el momento de vencer los plazos.

Por último, debemos señalar que este tipo de *nudges* en el sector público, que buscarían asegurar el cumplimiento normativo y la conducta ética, tenderán a ser diseñados para entornos digitales en la medida en que progresivamente se va implantando la administración electrónica. Serán, por tanto, *nudges* digitales en el funcionamiento electrónico de la administración pública, y también *hyper nudges*, cuando estos se apoyen en tecnologías basadas en inteligencia artificial y en los análisis de *Big Data* con el fin de ofrecer acicates éticos especialmente adaptados a las circunstancias del caso y particularmente dirigidos a aquellos sujetos que, por la concurrencia de significativos factores de riesgo, presentan mayor probabilidad de tomar decisiones contrarias a la ética en una actuación determinada²⁶.

b) En cuanto al uso de la inteligencia artificial en el ámbito de la regulación y la prevención y control de la corrupción, la misma puede acrecentar la buena administración tanto utilizándola para el procesamiento de mayores cantidades de datos relevantes y de forma más rápida que ayuden a la toma de la mejor decisión como en el momento de implementar la normativa, traduciendo a código el lenguaje

²⁵ Por ejemplo, art. 75.7 Ley española 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

²⁶ La práctica administrativa en un campo conexas con la prevención de las malas prácticas y la corrupción, como es la lucha contra el fraude fiscal, ofrece un ejemplo de *hyper nudging* que fácilmente podría trasladarse al funcionamiento interno de las administraciones para luchar contra las malas prácticas de la propia administración pública. Se trata de un sistema desarrollado recientemente por la Agencia Tributaria española para la campaña de la declaración anual de la renta basado en el *nudging* y el análisis de *Big Data* mediante inteligencia artificial. El sistema tiene capacidad para predecir errores en la confección de las autoliquidaciones del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, y está preparado para presentar al contribuyente un mensaje de alerta advirtiéndole de que hay una alta probabilidad de que su declaración sea incorrecta, cuando algún dato aportado o modificado por el contribuyente no coincide con los datos disponibles en la Agencia Tributaria. Asimismo, esta herramienta también estaría preparada para el control de las autoliquidaciones, identificando aquellos contribuyentes con elevado riesgo de haber presentado una declaración errónea modificando los datos a disposición de la Agencia Tributaria. Ver Resolución de 19 de enero de 2021, de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por la que se aprueban las directrices generales del Plan Anual de Control Tributario y Aduanero de 2021.

natural de las normas para su aplicación automatizada, así como en el momento del control, como vimos antes.

Es ésta una materia de enorme amplitud y complejidad que no podemos abordar aquí, pero en la que ya están avanzando decididamente otros países (como EE. UU. o Dinamarca, por ejemplo, AA.VV., 2020) y de la que también tenemos algunas experiencias en España. Se trataría, por ejemplo, de emplear respecto de la normativa de fomento vinculada con el Estado social sistemas algorítmicos y de inteligencia artificial (evaluados adecuadamente para evitar sesgos y errores) para aplicar la regulación de forma personalizada, detectando a los posibles sujetos elegibles e iniciando de oficio los procedimientos para la concesión de prestaciones sociales, como se está haciendo ya en otros países (ej. EEUU, con ayudas en comedores escolares) y en alguna administración local (ej. Ayuntamiento de Barcelona, en relación a ayudas de urgencia social para familias con menores de 0 a 16 años, Costas, Ferrer y Ponce, 2022).

La utilización de sistemas algorítmicos y *big data* es expuesta por la autora también en el libro en relación con la adquisición de información y la realización de controles de la corrupción y fraude (por ejemplo, p. 57 y ss., y pp.126-127)²⁷. Pero también sería posible pensar en su empleo para la elaboración de la regulación, como medio de apoyo a la recogida de información y su procesamiento en la preparación normativa, incluyendo también la participación ciudadana, lo que en EE. UU. se ha denominado *electronic rulemaking* o *e-rulemaking* (Álvarez, 2022).

²⁷ En España también cabe mencionar la regulación aprobada en 2021 y dirigida a la generación automatizada de actos administrativos de inspección de la seguridad social en casos de fraude. El Real Decreto-ley 2/2021, en su DF cuarta modifica el párrafo a) del artículo 53.1 del texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto legislativo 5/2000, de 4 de agosto, para la adecuación del procedimiento administrativo sancionador en el orden social a las posibilidades que las nuevas tecnologías permiten, a través de un procedimiento especial iniciado mediante la extensión de actas de infracción automatizadas, es decir, sin intervención directa de un funcionario actuante en su emisión y sin reducción de las garantías jurídicas de los administrados, sistema que es aludido repetidamente en el Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2021-2023. Asimismo, por Real Decreto 688/2021, de 3 de agosto, se ha modificado el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, incluyendo un nuevo capítulo sobre procedimiento sancionador promovido por actuación administrativa automatizada en el ámbito de la Administración General del Estado. En el mismo se señala que en su caso el acta deberá contener «la indicación expresa de que se trata de una actuación administrativa automatizada iniciada mediante expediente administrativo» (art. 45). Tras la emisión de ésta, el interesado podrá pagar con reducción, no presentar alegaciones o alegar. Si no alega en plazo, el acta deviene propuesta de resolución inmediatamente. Si presenta alegaciones, «en las que se invoquen hechos o circunstancias distintos a los consignados en el acta, insuficiencia del relato fáctico de dicha acta, o indefensión por cualquier causa, deberá asignarse el expediente a un actuante con funciones inspectoras, para que informe sobre las mismas» (art. 47). ¿Estamos ante actas que despliegan *presunción de certeza*, como lo han hecho históricamente la de los humanos funcionarios que tienen la condición de autoridad de conformidad con la legislación aplicable? Las primeras opiniones doctrinales han empezado a mostrar divergencias. En todo caso, por un lado, debe notarse que, en otros ámbitos, la prueba de la comisión de infracciones ya se hace de modo automatizado desde hace tiempo, con plena aceptación por parte de los tribunales, si bien con control del cumplimiento de las garantías, como en el caso de las sanciones de tráfico automatizadas. Por otro lado, hay que subrayar que, si la intención normativa era equiparar las actas automatizadas con las humanas, la modificación explicada del texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social es mejorable, pues debería haberla cohonestado con la legislación tradicional ya existente mencionada. En fin, recuérdese también que la denominada presunción de certeza es, en definitiva, una presunción *iuris tantum*, un indicio de prueba que puede ser desvirtuado siempre por pruebas en contrario presentadas por el interesado. Nos parece que el punto crucial aquí debiera ser que la normativa garantizara el correcto funcionamiento del sistema algorítmico, disponiendo medidas para evitar errores (en la línea de lo hecho también en materia de tráfico con los radares) y posibles sesgos algorítmicos.

Una cuestión para considerar sería si la inteligencia artificial podría ser usada en el ámbito normativo para emitir regulaciones automatizadas, sin intervención humana, o si sería precisa la existencia de una decisión humana. Como hemos expuesto en otros momentos (Ponce, 2019c), la existencia de discrecionalidad normativa y el componente humano de la empatía en la ponderación de diversos intereses existentes nos hacen inclinarse a pensar que en este punto debiera existir una reserva de humanidad para la adopción de regulaciones, no siendo posible la total automatización²⁸.

6. Reflexiones finales

Creemos que el libro de la profesora De Benedetto es muy sugerente y abre perspectivas interesantes. Si bien no se centra en ninguna realidad nacional concreta, como la autora advierte, y se apoya por momentos en el contexto italiano a modo ejemplificativo, creemos que sus aportaciones pueden tener perfecto encaje en el contexto de España.

En el caso español, la normativa es muy numerosa y de mala calidad, en general y la caja de herramientas de la calidad normativa relativamente desconocida y poco aplicada. Visto el círculo vicioso antes expuesto, los riesgos de mala administración y de corrupción están, pues, servidos.

En España se debe avanzar todavía desde una visión formalista y ritualista del procedimiento de elaboración de proyectos de leyes y reglamentos hasta otra más realista, que más que suponer rellenar casillas en formularios suponga una evaluación de impactos normativos, un análisis auténtico de impactos en el mundo real, tanto *ex ante* como *ex post*. Especialmente esta segunda perspectiva ha estado abandonada en España históricamente y necesitaría una revitalización urgente.

Creemos que sería importante adoptar un conjunto de medidas, válidas en general para cualquier país, pero que exponemos pensando en la realidad española y a la vista de la relevante contribución de la profesora De Benedetto.

En todo caso, estas propuestas deberían evitar algo que la autora del libro expone acertadamente en el mismo, esto es, una sobrecarga de regulaciones y controles que genere parálisis administrativa y el despliegue de una «burocracia defensiva», esto es de una actitud de autoprotección consistente no en administrar bien sino en cubrirse las espaldas actuando, o no actuando, de tal modo que no surjan problemas incluso de tipo penal, ante la creciente criminalización de la actividad administrativa en países como España.

Debemos insistir en lo dicho antes. Lo importante es generar una infraestructura de buen gobierno y buena administración, también reguladora, que se basa no solo en tangibles, sino en intangibles como la confianza de los ciudadanos en los gestores públicos y de éstos en que el desarrollo de sus tareas no conducirá a indebidos problemas penales o un adecuado nivel de formación para la aplicación de la caja de herramientas de la buena regulación.

²⁸ Sobre todas estas cuestiones, y otras, puede consultarse en abierto: [Nudging aplicado a la Mejora de la Regulación y al Uso de Algoritmos y de Inteligencia Artificial – red temática y proyecto de investigación transdisciplinar \(wordpress.com\)](https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.7679)

7. Final: medidas concretas

Así, proponemos específicamente en el caso español y a partir de las reflexiones realizadas en relación con el libro de la profesora De Benedetto:

- Reconocer en el ordenamiento jurídico con claridad un derecho a una buena administración y, específicamente, a una buena regulación (incluso en el nivel constitucional, de donde lo ha deducido implícitamente el Tribunal Supremo español, al igual que ya sucede en las constituciones de otros países, como en Italia, art. 97 *buen andamento*, o Finlandia, art. 16).

- Considerar que dicha importancia es especialmente destacable en el ámbito de la llamada economía colaborativa (ej. VTC o viviendas de uso turístico), donde la regulación debe responder a razones imperiosas de interés general, de conformidad con dichos principios, como ha señalado, por ejemplo, la STJUE de 22 de septiembre de 2020, en relación con la vivienda y la evitación de la segregación urbana y los apartamentos turísticos.

- Llamar la atención sobre que también es relevante la buena regulación en el contexto del Estado Social y de la igualdad real y efectiva en el ámbito de los servicios públicos y los Servicios Económicos de Interés General (SEIG). Tanto para diseñar (y aplicar, tanto por AAPP como por privados) el acceso a los mismos (el bono social energético en el ámbito de la pobreza energética es un buen ejemplo de ello), como el posible cese en su uso y disfrute (cortes de suministros) y la calidad de sus prestaciones. En este último ámbito, las cartas de servicios, que establecen estándares de buena administración, deberían ser obligatorias y exigibles en el ámbito estatal español, igual que ya lo son en el caso de algunas Comunidades Autónomas.

- Fomentar el mensaje de que los derechos, en general, y los sociales, en particular, (en España, capítulo III del Título I de la Constitución) no solo se hacen efectivos con inversiones presupuestarias públicas, sino que en ocasiones una adecuada regulación puede ser una alternativa al gasto público (ej. reservas para viviendas de protección oficial establecidas por el planeamiento urbanístico o *inclusionary zoning*, y previstas en la legislación de urbanismo estatal y autonómica u obligaciones de servicio universal y de servicio público).

- Cuidar la regulación de las prestaciones sociales, para evitar que los grupos vulnerables necesitados encuentren barreras de acceso a las mismas, lo que diversos estudios empíricos recientes demuestran que es frecuente.

- Utilizar opciones por defecto (*acicate* o *nudging*, opción *opt-out*) en la regulación, en favor de la concesión de ayudas sociales a las personas necesitadas solicitantes, avanzando en la sustitución de complejas acreditaciones documentales por declaraciones responsables, en la misma línea seguida en relación con la libertad de empresa, al hilo de la Directiva de Servicios, pero ahora respecto a los derechos sociales. El porcentaje de fraude detectado en otros países, a falta de estudios disponibles en el nuestro, demuestra que tal mecanismo no supone un serio riesgo para el interés general y, en cambio, contribuiría a que la intervención social fuera realmente efectiva. La regulación podría incluir la necesidad de que en el modelo de declaración responsable se advierta de la posibilidad de proceder a comprobaciones ulteriores y de las consecuencias de un comportamiento no ético del solicitante.

- Emplear sistemas algorítmicos y de inteligencia artificial (evaluados adecuadamente para evitar sesgos y errores) para ayudar a elaborar las regulaciones y a aplicarlas de forma personalizada, detectando a los posibles sujetos elegibles e

iniciando de oficio los procedimientos para la concesión de prestaciones sociales, como se está haciendo ya en otros países (ej. EE. UU., con ayudas en comedores escolares) y en alguna administración local (ej. Ayuntamiento de Barcelona, en relación a ayudas de urgencia social para familias con menores de 0 a 16 años).

- Dotar al derecho a una buena regulación de un contenido preciso, incluyendo el importante derecho de debida diligencia o debido cuidado, también en la toma de decisiones reguladoras, de conformidad con lo sostenido por la jurisprudencia del TEDH, del TJUE y del Tribunal Supremo español y vincular dicho derecho con los estándares concretos de buena administración de las Cartas de Servicios, que debieran pasar a ser obligatorias a nivel estatal y exigibles, incluso judicialmente, por los usuarios de los servicios como ya ocurre en diversas Comunidades Autónomas.

- Modificar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español que considera que las defectuosas evaluaciones de impacto normativo de los proyectos de leyes no tienen trascendencia jurídica una vez estos entran en los parlamentos.

- Desarrollar el art. 88 de la constitución española por ley orgánica y regulación de la cuestión en los reglamentos parlamentarios para evitar la tramitación de proyectos sin la debida evaluación normativa previa.

- Intensificar el control de la real extraordinaria y urgente necesidad para dictar un Decreto-Ley y de que los mismos vayan acompañados de memorias abreviadas que evalúen posibles impactos y se hagan públicas.

- Regular para que las proposiciones de ley también vayan acompañadas de algún tipo de evaluación normativa, que podría ser facilitada técnicamente por unidades específicas integradas en los parlamentos.

- Realizar, en fin, las mejoras precisas del ordenamiento jurídico vigente para garantizar el derecho a una buena administración y a la buena regulación, promoviendo la regulación estatal de los grupos de interés o lobbies y de la huella normativa y «etiquetado» o la realización de experimentos jurídicos y el uso de *sandboxes* en las evaluaciones normativas *ex ante*, donde es posible colaborar en una gobernanza universitaria con el *know how* aportado por los *Living Labs* universitarios²⁹.

- En concreto, mejorar respecto al ámbito local español, donde la mala regulación es acentuada con los problemas asociados ya vistos:

- La regulación de la Ley estatal General de Unidad de Mercado, en relación con los denominados por la Ley (art. 26.4) «Puntos de Contacto de Unidad de Mercado y Solución de Diferencias» (PUC), para prever vías de comunicación y colaboración más específicas de estos con, como mínimo, los grandes municipios.

- Y la Ley de Bases de Régimen Local, en este último caso en relación con el art. 49 referido al procedimiento debido de elaboración de ordenanzas, actualmente totalmente obsoleto.

²⁹ En el ámbito de la Universidad de Barcelona, por ejemplo, puede consultarse información sobre el *Living Lab* de Buena Regulación existente desde hace años: Soluciones en el ámbito del buen gobierno y la regulación - *Living Lab* UB.

- Incentivar la comprensión profunda de lo que significa la buena regulación, más allá de la evaluación del impacto normativo (que debiera incorporar evaluación de corrupción y corruptibilidad) y de su cumplimiento formalista y ritualista.

1. Por ello, se aboga por impulsar el conocimiento en el nivel de la agenda política de la importancia de la buena regulación y sus principios (contenidos en relación con la producción normativa en España en la Ley estatal General de Unidad de Mercado y en los arts. 129 y ss. Ley de Procedimiento Administrativo Común).

- a. Para cargos electos, altos cargos y empleados públicos (con especial incidencia en los secretarios de ayuntamiento en el ámbito local), sobre la importancia de la calidad normativa para el buen gobierno y la buena administración y la sostenibilidad económica, incluida la promoción de la competencia, social y ambiental. En definitiva, se trata de dotar a los gestores responsables del conocimiento y la formación precisas en relación con el significado del derecho a una buena administración y la caja de herramientas de la buena regulación, evitando por éstos caer en perspectivas puramente formalistas, de mero cumplimiento del trámite. Esta formación puede y debe realizarse con las Universidades.
- b. Sería recomendable una especial incidencia en dicha formación sobre aquellos ámbitos detectados en las que existen malas prácticas de regulación que generen mala administración y corrupción.
- c. Dada la repetición de problemas similares en Gobiernos y Administraciones distintas, sería interesante la elaboración y publicación de un Manual específico al respecto compartido.

Generalizar la implantación de unidades de mejora regulatoria, como las existentes a nivel estatal, de creación reciente, y (pocas aún) en el autonómico. Impulsar su implantación en el ámbito local involucrando a los entes locales supramunicipales en su constitución y apoyo (ej. Diputaciones provinciales).

En diversas CCAA se han creado unidades específicas (destacando la catalana con más de una década de trabajo) y en el ámbito del Ministerio de Presidencia, por mandato de la ley 40/2015, se ha creado en 2017 una Oficina de Calidad y Coordinación Normativa.

La institucionalización de la evaluación normativa es una buena noticia, si bien todavía queda un largo camino por recorrer en la generación de una red de calidad normativa, que evite una excesiva fragmentación, red que debería incluir a unidades similares en el ámbito local, al menos en Ayuntamientos de municipios de un cierto tamaño, donde éstas son inexistentes y donde la evaluación de la normativa local sigue regulada por un precepto de hace más de tres décadas (art. 49 LBRL).

2. Impulsar una Buena Gobernanza de la Regulación, con un incremento de la colaboración y cooperación entre los distintos niveles de producción normativa y de diseños organizativos adecuados para promover la mejora de la regulación. Asimismo, la Oficina estatal de Coordinación y Calidad Normativa creada en el nivel estatal español debe ser un nodo importante en dicha red.

3. Disponer las Administraciones supramunicipales, en particular, de unidades de mejora de la regulación, con personal especializado que pudiera dar apoyo al mundo municipal, muy limitado en estas cuestiones. En ese sentido, allí donde existan unidades autonómicas de mejora normativa, que debieran generalizarse, sería

preciso aprovechar esa *expertise* y avanzar hacia la colaboración de esa unidad especializada autonómica con el mundo local, dada su experiencia consolidada en este ámbito, dotándolas adecuadamente para asumir esta función, sin perjuicio de la creación por los municipios de mayor población de sus propias unidades de mejora normativa, que deberían contar con personal adecuadamente formado y capacitado para usar la caja de herramientas aquí aludida, que requiere conocimientos diversos, no solo jurídicos.

4. Mejorar el uso de listas de comprobación en evaluaciones *ex ante* y de indicadores en evaluaciones *ex post*.

5. Regular la cuestión de los grupos de interés o *lobbies* y de la huella normativa y la «etiqueta» para su trazabilidad a nivel estatal, a nivel autonómicos (con excepciones) y a nivel local.

6. Impulsar la evaluación *ex post* de normas jurídicas. Para ello pueden aprovecharse los Planes Anuales Normativos en todos los niveles de poder, incluyendo en ellos un número realista de normas a evaluar *ex post* y haciéndolo realmente, con publicación de resultados.

7. Institucionalizar esta evaluación *ex post* de leyes en los propios parlamentos, siguiendo ejemplos como el chileno.

8. Avanzar hacia la nueva frontera de la mejora regulatoria, que pasa, como hemos visto, por la incorporación de los avances de las ciencias conductuales y el *nudging*, así como la aplicación de la inteligencia artificial.

9. Destacar el relevante papel de las instituciones de control externo no judicial de la administración (*Ombudsmen*, Tribunales de Cuentas...) y de autoridades como la Comisión Nacional del Mercado y de la Competencia. Especialmente importantes en relación con la corrupción son las distintas oficinas anticorrupción existentes en el nivel autonómico (la decana, la catalana Oficina Antifraude), que deberían intensificar su labor de *advocacy*, como sugiere la profesora De Benedetto.

10. Recordar, en todo caso, el papel de último garante de la buena administración regulatoria del Poder Judicial, anulando aquellas decisiones que vulneren el deber de debida diligencia o debido cuidado en el respeto de los principios de buena regulación, como se está llevando ya a cabo. El control judicial debe exigir el cumplimiento de obligaciones relativas a la recogida y análisis de la información suficiente y relevante para regular bien y a su toma en consideración por el decisor de forma seria, ponderada, fundamentada y justificada, desplegando un *hard look* en relación con la toma de la decisión regulatoria. Creemos que no hay que olvidar que un control judicial adecuado de las regulaciones administrativas garantiza también la lucha contra la corrupción, no necesariamente en vía penal.

Bibliografía

- AA.VV. (2020). *Government by Algorithm: Artificial Intelligence in Federal Administrative Agencies*. Report Submitted to the Administrative Conference of the United States.
- Acemoglu, D. y Robinson, J. A. (2012). *Por qué fracasan los países. Los orígenes del poder, la prosperidad y la pobreza*. Deusto.

- Addink, G. H. (2014). Three legal dimensions of good governance. Some recent developments. En A. Castro A. (Ed.). *Buen gobierno y derechos humanos* (23-46). Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Álvarez González, E.M. (2022). *La función normativa y la técnica legislativa en España. Una nueva herramienta: la inteligencia artificial*. Tirant Lo Blanch.
- Costas, E. Ferrer, C. y Ponce, J. (2022). *Informe El impacto de los trámites administrativos en el acceso a las prestaciones sociales*. Una perspectiva conductual. Taula del Tercer Sector.
- Gobierno De Corea. (2017). *Handbook for the Corruption Impact Assessment*.
- Jiménez, F. (2020). El déficit de calidad institucional y la mala regulación: la importancia de mejorar la normativa. En J. Ponce Solé y M. Villoria Mendieta. *Anuario del Buen Gobierno y de la Calidad de la Regulación 2019* (61-85). Fundación Democracia y Gobierno Local.
- Mora-Sanguinetti, J. (2019). La "complejidad" de la regulación española ¿cómo medirla? ¿qué impacto económico tiene? *ICE, Revista De Economía* (907), 147-162.
- Mora-Sanguinetti, J. (2021). Las cuatro causas de la litigiosidad en España (y una no es del todo verdad) (y 3). *Diario La Ley* (53), Sección Legal Management, 17 de septiembre.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2010). *Public Administration after New Public Management*. https://www.oecd-ilibrary.org/governance/public-administration-after-new-public-management_9789264086449-en.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2017). *How better governance helps to rebuild public trust*: <https://www.oecd.org/corruption-integrity/reports/trust-and-public-policy-9789264268920-en.html>
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2018). *Behavioural Insights for Public Integrity. Harnessing the Human Factor to Counter Corruption*: <https://www.oecd.org/gov/behavioural-insights-for-public-integrity-9789264297067-en.htm>
- Ponce Solé, J. (2001). *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*. Lex Nova.
- Ponce Solé, J. (2015). La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración. *Revista Española de Derecho Administrativo*, (175), 57-84.
- Ponce Solé, J. (2017). La mejora regulatoria en el ámbito local y el control judicial de ordenanzas y planes de urbanismo: análisis de los antecedentes y de los retos en el caso español. *QDL*, (45), 157-195.
- Ponce Solé, J. (2019a). *La lucha por el buen gobierno y el derecho a una buena administración mediante el estándar jurídico de diligencia debida*. UAH - Defensor Del Pueblo.
- Ponce Solé, J. (2019b). *Mejora de la Regulación, Lobbies y Huella Normativa*. Tirant Lo Blanch.
- Ponce Solé, J. (2019c). Inteligencia artificial, Derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico. *Revista General de Derecho Administrativo*, (50), 1-52.
- Ponce Solé, J. (2022a). *Manual de Fonaments del Dret Administratiu i de la Gestió Pública*. Tirant Lo Blanch.
- Ponce Solé, J. (Coord.). (2022b). *Acicates (nudges), buen gobierno y buena administración. Aportaciones de las ciencias conductuales, nudging y sector público y privado*. Marcial Pons.
- Prats, J. (2005). *De la burocracia al "management", del "management" a la gobernanza*. INAP.
- Ranchordás, S. (2014). *Constitutional Sunsets and Experimental Legislation*. Edward Elgar.

- Ranchordás, S. (2015a). Innovation-Friendly Regulation: The Sunset of Regulation, the Sunrise of Innovation. *Jurimetrics*, 55(2), 201-224.
- Ranchordás, S. (2015b). Innovation Experimentalism in the Age of the Sharing Economy. *Lewis & Clark Law Review*, 19(4), 871-924.
- Thaler, R.H. y Sunstein, C.R. (2009). *Un pequeño empujón (nudge)*. Taurus.

