

LA ¿EVALUACIÓN? DE LAS NORMAS PENALES EN ESPAÑA

Samuel Rodríguez Ferrández

Profesor Ayudante de Derecho Penal. Universidad de Murcia

RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, Samuel. La ¿evaluación? de las normas penales en España. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2013, núm. 15-07, p. 07:1-07:43. Disponible en internet:

<http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-07.pdf>

ISSN 1695-0194 [RECPC 15-07 (2013), 16 sep]

RESUMEN: El presente trabajo aborda las carencias del proceso legislativo español, en particular en materia penal, en orden a una adecuada evaluación de los efectos de las normas que aseguren la calidad de éstas, su racionalidad. El autor analiza para ello las distintas tareas que en la actualidad se realizan a lo largo de las distintas fases que componen el proceso de creación de normas en España y los

instrumentos con los que los poderes públicos cuentan para desarrollarlas. Así, pone de manifiesto el carácter meramente formal de las labores que se desempeñan en tales fases, incluida la evaluación de normas, reclamando la potenciación de la vertiente material de dichas tareas, sobre todo a la luz de las deficiencias detectadas en este punto en la gestación de la última reforma penal de 2010.

PALABRAS CLAVE: Ciencia de la legislación, “legisprudencia”, calidad normativa, racionalidad de las leyes, evaluación legislativa, impacto normativo.

Fecha de publicación: 16 septiembre 2013

SUMARIO: I. Introducción. II. La calidad de la legislación en Europa. III. Exposición y análisis de la evaluación de normas en España: 1. Esbozo general del proceso de creación de leyes en España. 1.1. Iniciativa legislativa. 1.2. Deliberación y aprobación. 1.3. Sanción. 2. La fase prelegislativa: el predominio de la iniciativa legislativa ejercida por el Gobierno en España. 2.1. El “deber ser” de la fase prelegislativa: la articulación de consensos sobre los intereses sociales afectados. 2.2. El “ser” de la fase prelegislativa en España. 2.3. Conclusión. 3. Breve apunte crítico sobre la fase legislativa en España. 4. La fase postlegislativa en España. 4.1. ¿En qué debería consistir? 4.2. ¿En qué consiste realmente y con qué instrumentos se cuenta? IV. Conclusiones sobre la evaluación de los efectos de las normas en España: 1. Ausencia en nuestro proceso legislativo de una verdadera evaluación de los efectos de las leyes. 2. Por ejemplo, el caso de la reforma penal operada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. 2.1. Memoria justificativa. 2.2. Memoria económica. 2.3. Memoria sobre el impacto por razón de género. 3. Conclusiones. V. Algunas propuestas doctrinales de reforma.

I. Introducción

La evaluación de normas (o de la política legislativa) y de sus consecuencias (sea “ex ante” o “ex post”) se está convirtiendo progresivamente en un ámbito de actividad jurídica cada vez más conocido y reconocido en el seno de la academia. Si el lector no está todavía familiarizado con el mismo, no estará de más recordar que se inscribe en el marco disciplinar de la “Ciencia de la legislación”, la cual tiene el cometido de estudiar el “*proceso o actividad que persigue la producción de normas jurídicas*”, con el objetivo de “*mejorar la calidad de las leyes*”¹, facilitando “*las directrices para concebir leyes ‘bien hechas’*”², propias de una “*legislación ‘racional’*”³.

En efecto, sin entrar ya aquí en adicionales consideraciones sobre el contenido de esta disciplina, lo que queda claro a partir de esa definición es que la evaluación de normas está relacionada con este objetivo de lograr una legislación racional, de mayor calidad en definitiva. Por ello, nuestro punto de partida en el presente trabajo serán las exigencias que en este apartado impone nuestro entorno sociopolítico, el europeo, para el Estado español, para a partir de ahí, acometer un examen sobre los parámetros en los que se desenvuelve el proceso de creación de normas legales en España y las herramientas sobre las que se cuenta para ello, aproximándonos poco a poco en particular al proceso legislativo penal. Así, intentaremos detectar cuáles son las carencias del mismo (a partir del ejemplo de la última reforma punitiva de 2010) y, finalmente, recapitular algunas propuestas alternativas que se han venido formulando para su mejora, tanto desde una óptica englobadora del proceso legislativo en su conjunto, como desde una visión más específica, relacionada con el ámbito de las ciencias penales.

II. La calidad de la legislación en Europa

Examinando la influencia de las instituciones europeas en orden al logro de una mejor legislación en los Estados del viejo continente, hemos de partir de la Recomendación del Consejo de la OCDE “para la mejora de la calidad del reglamento de los gobiernos”, que data de 1995, documento que incluye un “Listado de comprobación de referencia para la toma de decisiones normativas”⁴.

También son destacables los requisitos esenciales que el Consejo de Europa determinó que debía contener todo proceso de evaluación de normas, y que son,

¹ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: “Introducción”, en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A./PAU PEDRÓN, A. (DIRS.): *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 20 – 21.

² MONTORO CHINER, M^a.J.: *La evaluación de las normas: racionalidad y eficiencia*, Atelier, 2001, p. 122.

³ GALIANA SAURA, Á.: *La Ley: entre la razón y la experimentación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 17.

⁴ KARPEN, U.: “La implantación de la evaluación legislativa en Europa: modelos y tendencias actuales”, en PARDO FALCÓN, J./PAU I VALL, F. (COORDS.): *La evaluación de las leyes: XII Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Tecnos, Madrid, 2006, p. 62.

básicamente, los siguientes:

- en ningún caso el proceso de evaluación debe afectar al equilibrio entre el poder que aprueba la evaluación y el que la lleva a cabo
- se debe garantizar la independencia del organismo evaluador a través de su composición, que deberá tendrá carácter multidisciplinar y con gran amplitud en lo que respecta a sus participantes;
- el organismo evaluador deberá poder acceder con facilidad a la mayor cantidad de información posible;
- se deberá garantizar una gran publicidad al proceso de evaluación para que pueda desempeñar totalmente su función en el debate democrático⁵.

Así mismo, no hay que olvidar que la realización y planificación de una evaluación legislativa requiere además contar con los medios suficientes: “con instituciones eficaces, personal bien preparado y una asignación presupuestaria adecuada, prestando la debida atención a los marcos temporales que dicho proceso conlleva”⁶.

Ya en el marco de la Unión Europea, hemos de señalar que hasta hace no mucho tiempo la evaluación “tenía un ámbito muy restringido y se limitaba a la evaluación ‘ex post’ de programas y proyectos de gasto”. Sin embargo, en los años noventa “se generalizó la evaluación de los programas de gasto en áreas como las políticas agraria y regional, el Fondo Social Europeo y la política de investigación y desarrollo”⁷.

En efecto, la Unión Europea viene trabajando desde mitad de la década de los años noventa para mejorar la calidad de nuestra legislación, materializándose dichos trabajos en la inclusión, en el Tratado de Ámsterdam (1999), de un protocolo definiendo principios para la mejora legislativa. No obstante, el espaldarazo definitivo vino con el inicio del nuevo siglo, momento a partir del cual (con motivo del Consejo de Lisboa y de los trabajos de la Comisión en el libro blanco para la gobernanza) se sentaron las bases de lo que actualmente se conoce como el programa de mejora legislativa⁸.

⁵ Para KARPEN, estos son los requisitos básicos para organizar un “Regulatory Impact Analysis”, entendido como “un método empleado para valorar los costes y consecuencias de la promulgación de cada ley y evaluar los anteproyectos de nuevas leyes que aplican organismos e instituciones de todos los Estados miembros de la UE”, en el marco de una “democracia basada en la separación de poderes y en el cumplimiento de la ley” (KARPEN, U.: “La implantación...”, *ob. cit.*, pp. 57 y 63).

⁶ KARPEN, U.: “La implantación...”, *ob. cit.*, p. 63.

⁷ No obstante, actualmente “todas las propuestas incluidas en el programa anual de trabajo de la Comisión, sea cual sea su naturaleza, es decir tanto si se trata de nuevos programas de gasto como si se trata de propuestas legislativas, reglamentarias o decisiones políticas de cierta relevancia, como por ejemplo un plan de acción, un mandato de negociación internacional o un libro blanco, deben ir acompañados de una evaluación ‘ex ante’ o análisis de impacto. Tan sólo los libros verdes y las consultas a los interlocutores sociales están exentas de este requisito. Además, una comunicación de la Comisión ha de ser objeto de una evaluación ‘ex post’ o a medio plazo cada seis años” (CABALLERO SANZ, F.: “La evaluación en la Unión Europea”, en PARDO FALCÓN, J./PAU I VALL, F. (COORDS.): *La evaluación...*, *ob. cit.*, pp. 149 – 150).

⁸ CABALLERO SANZ, F.: “La evaluación...”, *ob. cit.*, pp. 150 – 151. También son dignos de mención los siguientes documentos elaborados en el seno de la Unión Europea para la mejora de la calidad de las normas (enumerados por KARPEN, U.: “La implantación...”, *ob. cit.*, pp. 64 – 65): en 1996 se finalizó el Informe de

Más concretamente, dicho programa comenzó con el encargo (por parte de los Ministros europeos de Administraciones Públicas, al grupo denominado “Grupo Mandelkern”⁹), de la preparación de un documento, que fue presentado al Consejo Europeo de Laeken a finales de 2001, definiendo un plan de acción. Fue aquí donde, a juicio de Caballero Sanz, “se definieron más claramente las bases de los trabajos actualmente en curso para la mejora legislativa en las distintas instituciones de la Unión”¹⁰.

Todas las premisas y recomendaciones del programa de mejora legislativa y demás documentos relacionados, son llevadas a la práctica en el proceso de elaboración del Derecho derivado de la Unión Europea, siendo fundamentalmente la Comisión la encargada de velar por ello. Pero en esta labor predomina la descentralización; es decir, no existe un organismo central encargado de la evaluación, sino que, por un lado, son los servicios centrales o directamente responsables de las diversas actividades y políticas comunitarias adscritos a la Comisión “quienes planifican y llevan a cabo los trabajos de evaluación”¹¹. Esto es, son estos servicios centrales los que “publican directrices y guías prácticas, organizan cursos de formación y coordinan los estándares de calidad de las evaluaciones que se preparan en la Comisión”¹². También son quienes se encargan de formular recomendaciones y de asegurarse de que los resultados y recomendaciones de la evaluación son utilizados en la formulación de nuevas políticas. Así, dentro de cada servicio hay unidades especializadas que se encargan de dar apoyo técnico a los servicios operativos cuyas actividades son objeto de evaluación, existiendo diferencias notables en este punto de un servicio a otro¹³.

Y, por otro lado, también las Direcciones Generales preparan sus propios programas de evaluación y realizan de forma interna o con apoyo exterior los informes de evaluación¹⁴. En efecto, como señala Karpen¹⁵, las Direcciones Generales son

la Comisión al Consejo “Legislar mejor” (CSE (96) y final; texto completo en Asser (núm. 1), p. 298); el “Libro Blanco” sobre “Gobierno Europeo”, que trataba, entre otros aspectos, de hacer un uso más abierto del asesoramiento de expertos en el proceso legislativo, supuso un importante paso adelante (Com (2001) 428 final); durante el año 2002 se publicó un mensaje especial de la Comisión al respecto del “Regulatory Impact Analysis” (RIA) (Com (2002) 273 final); el Consejo y la Comisión negociaron otro acuerdo interinstitucional “sobre cómo legislar mejor” (2003/C 321/01 Off. Tour. C321/1).

⁹ Véase la información sobre la gobernanza en la Unión Europea y sobre el informe final del “Grupo Mandelkern” (“Planes de Acción para un Mejor Reglamento”, Grupo Mandelkern sobre Mejora de la Regulación, Informe Final, noviembre de 2001), en http://europa.eu.int/comm/governance/index_en.htm.

¹⁰ CABALLERO SANZ, F.: “La evaluación...”, *ob. cit.*, p. 151.

¹¹ “A nivel central hay una coordinación de estos trabajos que lleva a cabo la Secretaría General de la Comisión en el caso de los estudios de impacto, porque estos trabajos están ligados en buena medida a la planificación y programación de actividades de la Comisión. En el caso de la evaluación ‘ex post’, es la Dirección General de Presupuestos quien realiza esta tarea de coordinación” (CABALLERO SANZ, F.: “La evaluación...”, *ob. cit.*, p. 151).

¹² CABALLERO SANZ, F.: “La evaluación...”, *ob. cit.*, p. 152.

¹³ CABALLERO SANZ, F.: “La evaluación...”, *ob. cit.*, p. 152.

¹⁴ CABALLERO SANZ, F.: “La evaluación...”, *ob. cit.*, p. 152.

¹⁵ KARPEN, U.: “La implantación...”, *ob. cit.*, p. 64.

las que aplican contenido del memorándum de orientaciones generales sobre política legislativa que se elaboró en el seno de la Comisión en 1996: cumplimentan el listado de comprobación¹⁶, analizan las consecuencias, añaden ideas a las propuestas al Consejo y el Parlamento como parte del objetivo (‘exposé des motifs’) y preparan una evaluación de las consecuencias (‘fiche d’impact’)¹⁷.

Cabe concluir este epígrafe constatando que existe una acertada propuesta “de lege ferenda”, cual es la de Dorbeck-Jung, dirigida a sustituir a la Comisión en esta labor con la creación de un específico “Consejo de Evaluación Europeo” que se encargara de, entre otras tareas, desarrollar unas normas europeas para la evaluación de la calidad de legislación¹⁸. De hecho, quizá ya se hayan adelantado pasos en este sentido con el Programa de Estocolmo (titulado “Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano” [2010/C 115/01]), en el cual se ha “prestado una gran atención a la evaluación en general y, en concreto, a la evaluación ex post, al destacar la necesidad de estudiar ‘la aplicación, ejecución y evaluación completas y efectivas de los instrumentos existentes’ antes de presentar una propuesta legislativa”¹⁹.

III. Exposición y análisis de la evaluación de normas en España

1. *Esbozo general del proceso de creación de leyes en España*

El procedimiento legislativo en España, cuyas disposiciones generales aparecen reguladas en los arts. 87 a 91 CE 1978, puede dividirse, sintéticamente, en las siguientes fases:

1.1. *Iniciativa legislativa*

¹⁶ Compuesto por diez “items” (GALLAS, T.: “Evaluation of legislation in European Institutions”, en KARPEN, U. (ED.): Evaluation of legislation. Proceedings of the Fourth Congress of the European Association of Legislation (EAL) in Warsaw (Poland), June 15th-16th, 2000, Nomos, Baden-Baden, 2002, p. 26): justificación y objetivo; base normativa; el texto debe ser accesible y manejable (redactado con claridad, sencillo en su presentación y contenido, conciso); subsidiariedad y proporcionalidad (test de subsidiariedad: dimension comunitaria; test de necesidad; test de efectividad; test de proporcionalidad); simplificación, tanto legislativa como administrativa (ventajas e inconvenientes de la medida propuesta); consistencia con otras políticas comunitarias; consultas externas; evaluación (los procedimientos y técnicas empleados deben ser especificados); evaluación sobre el riesgo de fraude; “fiche financière” o informe financiero (implicaciones, recursos humanos y administrativos requeridos).

¹⁷ Como señala MONTORO CHINER, “en el caso de las instituciones europeas, el método generalmente admitido es el de las ‘check list’, aunque también se recaban consultas externas, asesoramiento; y la ficha financiera, conocida como ‘ficha de impacto’, que versa sobre la situación presupuestaria, y la implicación de los recursos humanos y administrativos”. Además, “los proyectos con importante impacto en la economía son identificados y sometidos a un control sistemático por aplicación del método ‘Business Impact Assessment System’, BIAS” (MONTORO CHINER, M^a.J.: *La evaluación de...*, *ob. cit.*, p. 131). Por ejemplo, a través del BIAS, que es considerado como “un sistema de evaluación bien estructurado”, se analiza el impacto de una determinada norma sobre el empleo (GALLAS, T.: “Evaluation of...”, *ob. cit.*, p. 28).

¹⁸ DORBECK-JUNG, B.: “Evaluation of Draft Legislation by the Dutch Council of the State”, en KARPEN, U. (ED.): *Evaluation...*, *ob. cit.*, p. 86.

¹⁹ MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M.: “Evaluación legislativa y racionalidad en el ámbito penal europeo (y nacional)”, en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 14, 2010, p. 7.

A la luz de los arts. 87 y 88 CE 1978, tienen capacidad para presentar ante el Congreso de los Diputados un texto legislativo (es decir, tienen conferida la iniciativa legislativa) los siguientes órganos o instituciones:

- El Gobierno (87.1 y 88 CE 1978), que tiene reconocida la iniciativa legislativa a través de los denominados “proyectos de ley”, aprobados en Consejo de Ministros, y acompañados de una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios.
- Las Cortes Generales (Congreso o Senado), a través de las “proposiciones de ley”.
- Las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, las cuales tienen dos posibilidades: bien solicitar al Gobierno que presente un proyecto de ley, o bien remitir directamente a la Mesa del Congreso una proposición de ley. En el debate posterior del texto, un máximo de tres parlamentarios de la Asamblea legislativa de que se trate pueden llevar a cabo su defensa (art. 87.2 CE 1978).
- La iniciativa legislativa popular, que viene a significar que se podrá presentar por parte del electorado una proposición de ley que deberá ser acreditada mediante 500.000 firmas como mínimo (art. 87.3 CE 1978). El desarrollo o regulación detallada de esta iniciativa se encuentra recogida en la Ley Orgánica 3/1984, de 26 de marzo. Su ejercicio, sin embargo, se encuentra limitado en cuanto no podrá afectar a las siguientes materias:
 - o de Ley Orgánica (previstas en el art. 81 y otros preceptos de la CE 1978)²⁰;
 - o tributarias;
 - o de carácter internacional;
 - o el indulto o prerrogativa de gracia.

1.2. Deliberación y aprobación

La Constitución establece la remisión expresa a los Reglamentos para la regulación de esta fase (art. 89 CE 1978), si bien señala una serie de requisitos:

- La prioridad de que gozan los proyectos de ley del Gobierno no podrá impedir el libre ejercicio de la iniciativa en los términos del art. 87 CE 1978 (art. 89.1 CE 1978).
- Las proposiciones presentadas en el Senado por sus parlamentarios serán

²⁰ A juicio de SOTO NAVARRO, “[...] no se encuentra justificación a la imposibilidad de que el cuerpo electoral pueda presentar una proposición de Ley Orgánica, tipo de ley de especial significación, como es sabido, en materia penal, puesto que gran parte de ella afecta a derechos fundamentales y libertades públicas y entra, por tanto, en el ámbito de la reserva. Nos encontramos así con la paradoja de que, siendo función del Derecho penal la salvaguarda de los presupuestos esenciales para la vida en común, *no se permite a la comunidad expresar directamente qué conductas considera intolerables por su dañosidad social y, por tanto, merecedoras de tipificación penal*” (SOTO NAVARRO, S.: *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos en la sociedad moderna*, Comares, Granada, 2003, p. 126).

sometidas a votación para su toma en consideración y, posteriormente, se remitirán al Congreso para seguir los trámites pertinentes (art. 89.2 CE 1978).

En esta fase, el procedimiento legislativo se desarrolla del siguiente modo (tal y como lo regulan los Reglamentos del Congreso y Senado):

a.- Congreso. Se producen dentro de esta Cámara baja los siguientes trámites:

- Presentación del texto ante la mesa del Congreso.
- Apertura del plazo de presentación de enmiendas o modificaciones al texto legislativo, y que pueden ser parciales o a la totalidad.
- Si existen enmiendas a la totalidad del texto, se producirá el debate oportuno en el Pleno de la Cámara.
- Traslado a una Comisión para su debate y aprobación.
- Remisión al Pleno del Congreso para su deliberación y aprobación.

b.- Senado. En la Cámara alta el procedimiento comienza con lo establecido en el art. 90 CE 1978, según el cual el Presidente del Congreso da cuenta del proyecto legislativo al Presidente del Senado para su deliberación. A partir de ese momento, se suceden los siguientes pasos:

- El texto se remite al Senado, donde se dan los mismos trámites que en el Congreso, trámites que deben resolverse en el plazo máximo de dos meses (art. 90.2 CE 1978), y que se reduce a veinte días cuando el proyecto se declara urgente por el Gobierno o por el Congreso.
- En la votación final la Cámara podrá (art. 90.2 CE 1978):
 - o Aprobar el texto legislativo por mayoría simple, finalizando entonces el procedimiento legislativo.
 - o Introducir enmiendas, lo que obliga a remitir el texto al Congreso, incorporándose las que obtengan el apoyo de la mayoría simple en aquella Cámara.
 - o Vetar el texto, que podrá ser levantado por el Congreso con el voto de la mayoría absoluta. De no lograr la mayoría necesaria para levantarlo, basta que dos meses después vote a favor la mayoría simple de la Cámara baja.

1.3. Sanción

Acontece finalmente la ratificación simbólica de la norma por el Monarca, que deberá producirse en un plazo de quince días desde su aprobación por las Cortes Generales. Tras ello, se produce la promulgación (orden de publicación), también por parte del Jefe del Estado, y se lleva a cabo la publicación inmediata de la norma en el medio oficial correspondiente (art. 91 CE 1978).

2. *La fase prelegislativa: el predominio de la iniciativa legislativa ejercida por el Gobierno en España*

Pues bien, para Soto Navarro, un examen a fondo del proceso legislativo en España²¹, como el que abordaremos seguidamente tras este esbozo sintético, permite alcanzar una conclusión de trascendencia (y de sobra conocida en la doctrina jurídico-pública) acerca del tema que nos ocupa: “el Poder Ejecutivo ejerce un fuerte control sobre la actividad legislativa parlamentaria”. En efecto, en nuestro sistema legislativo ocurre que los proyectos de ley (fruto de la iniciativa gubernamental) “representan el mayor porcentaje de las iniciativas legislativas y tienen muchas más posibilidades de convertirse en ley que las proposiciones de ley”, mientras que, por el contrario, “el poder de enmiendas y el trabajo en Comisiones representan un débil contrapeso, sobre todo si el Gobierno cuenta con mayoría absoluta en el Parlamento”²².

2.1. *El “deber ser” de la fase prelegislativa: la articulación de consensos sobre los intereses sociales afectados*

Así, pues, a juicio de la autora, en la fase preparatoria de un proyecto de ley es donde deberían articularse “los distintos intereses sociales afectados por el mismo, pues, una vez que éste llega al Congreso, las posibilidades de negociación con grupos parlamentarios representativos de opciones diferentes son muy limitadas”, ya que el paso de un proyecto legislativo por el Parlamento se ha llegado a convertir en un mero trámite que simplemente se lleva a cabo para investir de legitimidad formal las decisiones legislativas del Gobierno²³. Sobre la base de estos argumentos, pues, se dice, y con razón, que el objetivo de esta fase debería ser “la construcción de consensos sobre lo que se espera de la norma jurídica”²⁴.

Dicha fase, denominada “prelegislativa” (también llamada “proceso legislativo interno” o “procedimiento interno de elaboración de las normas”²⁵), debería dar

²¹ Igualmente ocurre en Alemania, como se extrae de la investigación empírica llevada a cabo por FLOERCKE, P.: *Anatomie der Strafgesetzgebung. Eine vergleichende soziologische Analyse der Normsetzungsprozesse zur Führungsaufsicht und zum Demonstrationsstrafrecht* Forschung, Centaurus, Pfaffenweiler, 1992, pp. 48 – 51, así como pp. 53 y ss.

²² SOTO NAVARRO, S.: *La protección penal...*, *ob. cit.*, p. 130.

²³ SOTO NAVARRO, S.: *La protección penal...*, *ob. cit.*, p. 130.

²⁴ RODRÍGUEZ, R.: “El proceso de producción legislativa. Un procedimiento de diseño institucional”, en *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 13, 2000, p. 198.

²⁵ Echando un breve vistazo al plano teórico, se ha afirmado que “el iter del proceso legislativo interno no se produce de una manera lineal, pues sus fases actúan y se producen conforme el impulso político mismo; de ahí que la doctrina tampoco esté de acuerdo al marcar las fases de tal proceso conforme clasificaciones más o menos fijas” (MONTORO CHINER, M^a.J.: *Adecuación al ordenamiento y factibilidad: presupuestos de calidad de las normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 90). Así, por ejemplo, para KINDERMANN (KINDERMANN, H.: *Rechtstheorie*, Duncker & Humblot, Berlin, 1976 (2^a edición), p. 299), inspirándose en el modelo de NOLL (NOLL, P.: *Gesetzgebungslehre*, Rowohlt, Reinbek bei Hamburg, 1973, pp. 72 y ss.), este proceso estaría compuesto por las siguientes fases: impulso; definición del problema; proyecto de los fines a conseguir; proyecto de las diversas alternativas de regulación; reducción de alternativas; y control “ex post”.

inicio en cuanto alcance el estatus de problema social “una falta de relación entre una realidad social o económica y su correspondiente respuesta jurídica”, concluyendo “con la presentación de un proyecto o proposición de ley ante las Cortes”²⁶.

En la primera parte de dicho proceso, la “problematización social” comenzaría con la constatación de una “disfunción social”²⁷, que pasaría a ser considerada propiamente un “problema social” a través del “proceso comunicativo de intercambio de opiniones e impresiones”, en el que son “instrumentos imprescindibles” los medios de comunicación de masas²⁸.

Todo ello desembocaría en el nacimiento de un programa de acción para resolver tal problema social, en cuyo alumbramiento intervienen “grupos de presión mediáticos” en lugar de “grupos de presión expertos”²⁹. Ello, no obstante, redundaría en una aproximación simplista a la realidad y en la pérdida de posibilidades de reelaboración reflexiva y compartida de los análisis que se deben realizar al respecto³⁰, al restringirse “el espectro de actores sociales intervinientes en la consecución [o en el intento de consecución] de la racionalidad legislativa”³¹ que cabe esperar que esté presente en el proceso de creación de la ley penal.

Finalmente, se llegaría a la formulación de la “respuesta jurídica”³² correspondiente, llevada a cabo mediante la elaboración del pertinente proyecto o proposición de ley, etapa en la que entra en juego un nuevo agente social, las burocracias gubernamentales o partidistas³³, pudiéndose constatar en esta fase la existencia de, como señalaba Soto Navarro, una indiscutible preeminencia de la burocracia gubernamental y, por tanto, de los proyectos de ley³⁴.

Pues bien, a la luz de esta sucesión de fases con este punto como meta, y ya que

Como vemos, se incluye aquí una operación propia de lo que a continuación denominaremos “fase postlegislativa”, como es el control “ex post” de la norma creada; pero no es el único modelo que lo contempla, pues HASSEMER, STEINERT y TREIBER (HASSEMER, W./STEINERT, H./TREIBER, H.: “Strafgesetzgebung. Soziale Reaktion auf abweichung und Kriminalisierung durch den Gesetzgeber”, en HASSEMER, W./LÜDERSSEN, K. (EDS.): *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts. Vol. III: Strafrecht*, Beck, München, 1978, p. 13) incluyen en su propuesta para el ámbito penal, además de las anteriores, las fases de planificación de la ejecución, verificación y control del éxito de la norma.

²⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: *La racionalidad de las leyes penales*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 18 – 19.

²⁷ DÍEZ RIPOLLÉS apunta que debe tratarse de una disfunción social acreditada, lo cual supone que se han de rechazar disfunciones sociales aparentes, esto es, no contrastadas empírico-socialmente (DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: *La racionalidad...*, *ob. cit.*, p. 21).

²⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: *La racionalidad...*, *ob. cit.*, p. 27.

²⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: *La racionalidad...*, *ob. cit.*, p. 34.

³⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: *La racionalidad...*, *ob. cit.*, pp. 36 y anteriores.

³¹ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: *La racionalidad...*, *ob. cit.*, p. 40.

³² Como ha señalado GALIANA SAURA, “respecto a la decisión de intervenir normativamente, el legislador ha de determinar previamente si existe o no una ‘necesidad’ o problema social que deba ser regulado. Un problema normativo existe cuando ciertos actores sociales perciben una tensión entre una situación existente y una situación deseable, y cuando imputan al legislador la eliminación de esta tensión” (GALIANA SAURA, A.: *La Ley...*, *ob. cit.*, pp. 162 – 163, citando a MADER, L.: *L'évaluation législative. Pour une analyse empirique des effets de la législation*, Payot, Lausanne, 1995, pp. 66 – 67).

³³ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: *La racionalidad...*, *ob. cit.*, p. 43.

³⁴ DÍEZ RIPOLLÉS constata que “más de dos tercios de las decisiones legislativas proceden de proyectos de ley” (DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: *La racionalidad...*, *ob. cit.*, p. 45).

hemos señalado al inicio de este epígrafe sobre el contenido de la fase prelegislativa que el peso específico de la iniciativa legislativa por parte del Gobierno preponderante, nos centraremos a partir de ahora en el estudio sobre cómo se desenvuelve la elaboración de los proyectos de ley en España.

2.2. El “ser” de la fase prelegislativa en España

Puestos a ello, lo primero que constatamos es que la redacción material de todo proyecto de ley corresponde en general a los Ministerios competentes en razón de la materia y, en particular, si hablamos de materia penal, al Ministerio de Justicia, de conformidad con el art. 22 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, norma complementada por algunos Acuerdos del Consejo de Ministros, como el de 26 de enero de 1990³⁵ y el de 22 de julio de 2005, que deroga al anterior de 18 de octubre de 1991 (sobre la necesidad de que los proyectos de ley se ajusten a ciertos requisitos lingüísticos y jurídico-formales).

Dicha regulación tiene su base en el artículo 88 CE 1978, a la luz del cual:

“Los proyectos de ley serán aprobados en Consejo de Ministros, que los someterá al Congreso acompañados de una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios para pronunciarse sobre ellos”.

Esta previsión constitucional de que los proyectos normativos del Gobierno vayan acompañados de los “antecedentes necesarios para pronunciarse sobre ellos” es una novedad en nuestra historia constitucional y en el Derecho comparado (con la única excepción, de la Constitución de Grecia, de 9 de junio de 1975, cuyo artículo 74 dispone que “todo proyecto y toda proposición de ley irán obligatoriamente acompañados por una exposición de motivos”)³⁶.

Al parecer de Sainz Moreno, dicha novedad se introdujo, “sin duda, con el propósito de romper la vieja tradición de remitir los proyectos de ley acompañados por una ‘exposición’ en la que el Gobierno exponía a la Cámara las razones del cambio cuya introducción proponía, sin aportar datos objetivos (encuestas, informes de expertos, estadísticas, consultas, etc.) que permitiesen juzgar la veracidad de los hechos ni la necesidad y viabilidad de la reforma”³⁷. Y es que algunas “exposiciones de motivos”, individualmente consideradas, si bien han tenido, como se ha reconocido con frecuencia, “un alto valor dogmático” y han servido para interpretar, después, las leyes³⁸, desgraciadamente “no han aportado o completado la prue-

³⁵ Que examinaremos *infra*, p. 16.

³⁶ SAINZ MORENO, F.: “Antecedentes necesarios para pronunciarse sobre un proyecto de ley (Art. 88 CE)”, en SAINZ MORENO, F./DA SILVA OCHOA, J.C.: *La calidad de las leyes*, Parlamento Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1989, p. 25.

³⁷ SAINZ MORENO, F.: “Antecedentes necesarios...”, *ob. cit.*, p. 26.

³⁸ Sobre el valor de las “exposiciones de motivos”, véase, por ejemplo, EZQUIAGA GANUZAS, J.: “Concepto, valor normativo y función interpretativa de las exposiciones de motivos y de los preámbulos”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 20, 1988, y la bibliografía allí citada.

ba de lo que en ellas se dice, de modo que las Cámaras discuten las reformas con un conocimiento muy pobre de la realidad sobre la que actúan”³⁹.

En cualquier caso, dicha obligación de aportar antecedentes establecida por la norma constitucional fue, después, incorporada a los Reglamentos del Congreso (artículos 109 y 124) y del Senado (artículo 108), así como a los Reglamentos de los Parlamentos de las Comunidades Autónomas. Todos estos Reglamentos “se han pronunciado a favor de exigir la obligación de aportar antecedentes no sólo en relación a los proyectos de ley, sino también, en relación a las proposiciones de ley”⁴⁰.

No obstante, según denuncia Sainz Moreno, “pese a la gran influencia que una correcta aplicación de este precepto hubiera podido tener en la vida parlamentaria y, especialmente, en la calidad de las leyes, el hecho es que una serie de factores lo han reducido, por lo general, a una norma sin eficacia real apreciable. La academia, así como la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional no han contribuido a mejorar esta situación”⁴¹. En efecto, de la STC 198/1986, de 26 de julio, “parece deducirse que la falta de antecedentes o la inconsistencia de éstos es un defecto que debe ser denunciado por las Cámaras antes de aprobar el proyecto sin que el Tribunal Constitucional ‘pueda interferir en la valoración de la relevancia que un elemento de juicio tuvo para los parlamentarios’ (FJ 3)”⁴². O, más propiamente, ello supone “que la ‘ausencia de un determinado antecedente sólo tendrá trascendencia si se hubiera privado a las Cámaras de un elemento de juicio necesario para su decisión’, pero, ello sólo si el defecto hubiera sido denunciado ante las mismas Cámaras por los parlamentarios, durante la tramitación del proyecto o proposición”⁴³.

El caso es que la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, recogió la previsión constitucional del art. 88, si bien estableciendo adicionalmente la previa elaboración de un anteproyecto por el Ministerio correspondiente, a presentar al Consejo de Ministros, tal y como recoge en su art. 22.2 y 3:

“2. El procedimiento de elaboración de proyectos de ley a que se refiere el apartado anterior, se iniciará en el ministerio o ministerios competentes mediante la elaboración del correspondiente anteproyecto, que irá acompañado por la memoria, los estudios o informes sobre la necesidad y oportunidad del mismo, un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen en el mismo, así como por una memo-

³⁹ SAINZ MORENO, F.: “Antecedentes necesarios...”, *ob. cit.*, p. 26.

⁴⁰ SAINZ MORENO, F.: “Antecedentes necesarios...”, *ob. cit.*, pp. 29 – 31.

⁴¹ SAINZ MORENO, F.: “Antecedentes necesarios...”, *ob. cit.*, p. 27. En efecto, “desgraciadamente el Tribunal Constitucional no ha dado al artículo 88 de la Constitución el valor que sin duda tiene para que el legislador se entere adecuadamente del asunto del que está tratando” (SAINZ MORENO, F.: “Evaluación...”, *ob. cit.*, p. 27).

⁴² SAINZ MORENO, F.: “Evaluación de las políticas públicas y evaluación legislativa”, en PARDO FALCÓN, J./PAU I VALL, F. (COORDS.): *La evaluación...*, *ob. cit.*, p. 27.

⁴³ SAINZ MORENO, F.: “Antecedentes necesarios...”, *ob. cit.*, p. 27.

ria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar. En todo caso, los anteproyectos de ley habrán de ser informados por la Secretaría General Técnica”.

3. El titular del Departamento proponente elevará el Anteproyecto al Consejo de Ministros a fin de que éste decida sobre los ulteriores trámites y, en particular, sobre las *consultas, dictámenes e informes* que resulten convenientes, así como sobre los términos de su realización, sin perjuicio de los legalmente preceptivos”.

Finalizados los trámites que se acaban de transcribir, y a resultas del art. 22.4 de la Ley del Gobierno, “el titular del Departamento proponente someterá el Anteproyecto, de nuevo, al Consejo de Ministros para su aprobación como Proyecto de Ley y su remisión al Congreso de los Diputados o, en su caso, al Senado, acompañándolo de una Exposición de Motivos y de la Memoria y demás antecedentes necesarios para pronunciarse sobre él”.

Nótese que cuando habla del Anteproyecto, la Ley del Gobierno hace referencia como documentos adjuntos al mismo a la memoria, los estudios o informes sobre la necesidad y oportunidad del mismo, el informe sobre el impacto por razón de género y la memoria económica (más el correspondiente informe de la Secretaría General Técnica, de uso interno); en cambio, cuando habla del Proyecto, únicamente hace referencia a (la introducción de mayúsculas es literal) una Exposición de Motivos, a la Memoria y a los demás antecedentes necesarios.

De este modo, no es extraño en absoluto que Becerra Muñoz haya calificado de “caótico” este precepto, el cual había sido “supuestamente ideado para esclarecer y desarrollar el contenido del precepto constitucional”, y de cuya lectura “surge la impresión de que el legislador ha decidido incluir todos los informes que se le han ocurrido, utilizando además cualquier sinónimo y expresión análoga de que ha podido disponer”, con lo que acaba siendo “extremadamente complicado [...] distinguir entre todos estos tipos de documentos a los que se alude de forma indistinta y genérica, salvo en algunos casos”⁴⁴. Además, la confusión se acentúa si se recurre al contenido de las Instrucciones para la tramitación de asuntos en los órganos colegiados del Gobierno, aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de julio de 1996⁴⁵.

Por ello, el autor intenta arrojar luz sobre la cuestión clasificando todos los documentos controvertidos en expositivos (exposición de motivos, memoria y antecedentes necesarios⁴⁶) y justificativos (estudios e informes sobre la necesidad y oportu-

⁴⁴ BECERRA MUÑOZ, J.: *La toma de decisiones en Política criminal. Bases para un análisis multidisciplinar* (tesis doctoral inédita), Universidad de Málaga, 2011, p. 402.

⁴⁵ BECERRA MUÑOZ, J.: *La toma de decisiones...*, *ob. cit.*, pp. 410 – 411.

⁴⁶ En opinión del autor, “para una mayor transparencia del proceso de toma de decisiones deberían suprimirse las referencias a los ‘antecedentes necesarios’ y aludir exclusivamente a la ‘memoria’, documento que habría de incluir:

- un relato de los actos impulsores de la redacción del proyecto. No se tratará de repetir la relación de antecedentes de hecho y de Derecho que establecíamos en la exposición de motivos, sino de referir de quién ha surgido la *iniciativa* de llevar a cabo el proyecto (una orden del CM, un compromiso electoral Gobierno, una petición de un ministerio concreto, etc.);

- una explicación de las actuaciones llevadas a cabo desde la constatación de tal necesidad, que incluirá

tunidad del Anteproyecto, estudios de impacto –en particular el de género, que es el único obligatorio en nuestro Ordenamiento, aunque el autor incluiría aquí también la memoria económica–, informe de la Secretaría General Técnica, ulteriores trámites⁴⁷ y legalmente preceptivos⁴⁸).

En cualquier caso, la clave respecto a todos estos documentos, y estamos totalmente de acuerdo con Becerra Muñoz, estriba en realidad “en el nivel de exigencia de su contenido y en la disposición de los medios adecuados para elaborarlos”⁴⁹.

Recientemente se aprobó el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo⁵⁰, norma inspirada sin duda en el “Regulatory Impact Analysis” (RIA), mediante la que se pretendía seguir lo establecido en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 16 de marzo de 2005, titulada “Legislar mejor para potenciar el crecimiento y el empleo en la Unión Europea”, en la que la Comisión recomendaba que todos los Estados miembros estableciesen estrategias para legislar mejor y, en particular, sistemas nacionales de evaluación de impacto que permitiesen determinar las consecuencias económicas, sociales y medioambientales de una norma, así como las estructuras de apoyo adaptadas a sus circunstancias nacionales.

Pero, en realidad, lo que se ha hecho, en general, no es introducir la exigencia de un documento adicional a la hora de elaborar los Anteproyectos y Proyectos de Ley

la petición de informes a organismos públicos o privados, así como a sujetos o colectivos tanto de dentro como fuera de la administración, las reuniones mantenidas, las investigaciones realizadas o encargadas;

- un cronograma de actuaciones en el que se vaya describiendo la relación de las actuaciones realizadas con el paso del tiempo desde que se iniciaron los trabajos sobre el asunto”.

Según el autor, “una configuración como la señalada facilita un mapa documental en el que, incluida la exposición de motivos, todos los elementos tienen un espacio propio y valor intrínseco por la información que contienen. Al mismo tiempo, con ello evitamos la desidia del legislador, abocado a rellenar documentos cuyo contenido se superpone y cuya vaguedad en la regulación le permiten, además,

no afrontar su responsabilidad a la hora de crear normas respaldadas por un proceso de toma de decisiones adecuadamente construido (BECERRA MUÑOZ, J.: *La toma de decisiones...*, *ob. cit.*, pp. 411 – 412).

⁴⁷ Esto es, las “consultas, dictámenes e informes” referidas en particular en el art. 22.3 de la Ley de Gobierno, “que podrían solicitarse a científicos, expertos, organismos públicos, administraciones, órganos consultivos de la Administración central o autonómica, asociaciones públicas o privadas, colectivos, colegios profesionales o, incluso, a la población general mediante encuestas, sondeos de opinión o referéndum. Todo ello cabe perfectamente en la citada expresión”. En particular, el autor hace referencia a la conveniencia de incluir aquí “estudios de Derecho comparado” (BECERRA MUÑOZ, J.: *La toma de decisiones...*, *ob. cit.*, p. 424).

⁴⁸ “En lo referido a la materia penal se trata de dos informes elaborados por órganos constitucionales, como son el Consejo General del Poder Judicial y el Consejo de Estado” (BECERRA MUÑOZ, J.: *La toma de decisiones...*, *ob. cit.*, p. 426).

⁴⁹ BECERRA MUÑOZ, J.: *La toma de decisiones...*, *ob. cit.*, p. 402.

⁵⁰ Dicha norma introduce también un cambio competencial, cual es el de atribuir las competencias correspondientes al análisis de impacto normativo a la Dirección General de Organización Administrativa y Procedimientos, de la Secretaría de Estado para la Función Pública del Ministerio de la Presidencia, desposeyendo de tales competencias a la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios. En concreto, pasa a corresponder a la Dirección General la responsabilidad para impulsar y fomentar la realización del análisis de impacto normativo de los nuevos proyectos, y ello sin perjuicio de la colaboración que se pueda recabar de la Agencia en materia de fomento de la calidad y mejora de los servicios públicos.

tal y como están recogidos en la Ley del Gobierno (salvo por lo que respecta a los apartados de “Objetivos” y “Alternativas”), sino que únicamente se ha pretendido, por un lado, concretar o precisar “el contenido de las memorias, estudios e informes sobre la necesidad y oportunidad de las normas proyectadas, así como de la memoria económica y del informe sobre el impacto por razón de género”⁵¹ y, por otro, agrupar toda esa documentación en un único documento, bajo el título “Memoria del análisis de impacto normativo”. Para ello, se elaboró una Guía Metodológica, que presenta el siguiente índice:

- I. INTRODUCCIÓN
- II. OPORTUNIDAD DE LA PROPUESTA
 - 1) Motivación
 - 2) Objetivos
 - 3) Alternativas
- III. CONTENIDO, ANÁLISIS JURÍDICO Y DESCRIPCIÓN DE LA TRAMITACIÓN
 - 1) Contenido⁵²
 - 2) Análisis jurídico⁵³
 - 3) Descripción de la tramitación
- IV. ANÁLISIS DE IMPACTOS
 - 1) Consideraciones Generales
 - 2) Adecuación de la norma al orden de distribución de competencias
 - 3) Impacto económico y presupuestario⁵⁴
 - 4) Impacto por razón de género⁵⁵
 - 5) Otros impactos
- V. LA MEMORIA ABREVIADA⁵⁶
- ANEXOS
 - I. Ficha resumen ejecutivo
 - II. Indicadores
 - III. Derecho de la Unión Europea

⁵¹ Con el objetivo de “garantizar que a la hora de elaborar y aprobar un proyecto se cuente con la información necesaria para estimar el impacto que la norma supondrá para sus destinatarios y agentes. Para ello, resulta imprescindible motivar la necesidad y oportunidad de la norma proyectada, valorar las diferentes alternativas existentes para la consecución de los fines que se buscan y analizar detalladamente las consecuencias jurídicas y económicas, especialmente sobre la competencia, que se derivarán para los agentes afectados, así como su incidencia desde el punto de vista presupuestario, de impacto de género, y en el orden constitucional de distribución de competencias”.

⁵² Aquí se viene a incluir el texto articulado del Proyecto de Ley de que se trate.

⁵³ Que incluirá el listado pormenorizado de las normas que quedarán derogadas como consecuencia de la entrada en vigor de la norma.

⁵⁴ Que comprenderá el impacto sobre los sectores, colectivos o agentes afectados por la norma, incluido el efecto sobre la competencia, así como la detección y medición de las cargas administrativas.

⁵⁵ Donde se analizarán y valorarán los resultados que se puedan seguir de la aprobación del proyecto desde la perspectiva de la eliminación de desigualdades y de su contribución a la consecución de los objetivos de igualdad de oportunidades y de trato entre mujeres y hombres, a partir de los indicadores de situación de partida, de previsión de resultados y de previsión de impacto recogidos en la Guía Metodológica.

⁵⁶ Cuando se estime que de la propuesta normativa no se derivan impactos apreciables en alguno de los ámbitos, de forma que no corresponda la presentación de una memoria completa se realizará una memoria abreviada que deberá incluir, al menos, los siguientes apartados: oportunidad de la norma; listado de las normas que quedan derogadas; impacto presupuestario e impacto por razón de género.

- IV. Identificación de efectos sobre la competencia
- V. Método simplificado de medición de cargas administrativas
- VI. Análisis de los gastos de personal
- VII. Impacto presupuestario en las Comunidades Autónomas y/o Entidades Locales

Hemos podido examinar un ejemplo de la aplicación de esta reciente norma a la elaboración de los Proyectos de Ley por parte del Gobierno, como ha sido la Memoria de análisis de impacto normativo del Proyecto de Ley de Economía Sostenible. Dicha Memoria en concreto comienza realizando la siguiente advertencia:

“En esta memoria del análisis del impacto normativo se agrupan las memorias estudios e informes sobre la necesidad del anteproyecto, así como la memoria económica y el informe de impacto de género, previstos en la Ley del Gobierno. Para la elaboración de la memoria se ha tenido en cuenta la estructura prevista en el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la memoria del análisis del impacto normativo, aunque la elaboración del anteproyecto se inició con anterioridad a su publicación”.

Y presenta el siguiente índice:

I. OPORTUNIDAD DEL PROYECTO

- 1. Motivación
- 2. Objetivos
- 3. Alternativas

II. CONTENIDO, ANÁLISIS JURÍDICO Y DESCRIPCIÓN DE LA TRAMITACIÓN

- 1. Contenido del proyecto
- 2. Análisis jurídico
- 3. Descripción de la tramitación

III. ANÁLISIS DE IMPACTOS

- 1. Consideraciones generales
- 2. Adecuación del proyecto al orden de distribución de competencias
- 3. Impacto económico y presupuestario
- 4. Impacto de género
- 5. Otros impactos

Dentro del epígrafe I, los subepígrafes 1 y 2 vienen a corresponderse con el contenido de la denominada “memoria justificativa. Constituye una novedad el subepígrafe 3, dedicado a las “Alternativas”, que parece, en este caso en concreto, bien construido hasta donde nos permiten llegar nuestros conocimientos sobre política económica.

En cuanto al epígrafe II, en el subepígrafe 1 se transcribe simplemente el texto articulado del Proyecto, en el 2 se hace referencia a la normativa a la que afecta el Proyecto, y en el 3 se relata el “iter” seguido por el Proyecto de Ley hasta ser aprobado como tal, con indicación de los organismos que evacuaron informes al respecto (hasta veintinueve), aunque no de su contenido individual, además del Consejo de Estado.

Es el epígrafe III el que parece plantear el mayor número de novedades en cuanto a la forma de elaborar los Proyectos de Ley en nuestro Estado, aunque en realidad, como apunta Becerra Muñoz, lo único novedoso es la “exigencia de la adecua-

ción de la norma a la distribución de competencias”, ya que el resto de los informes incluidos en dicho epígrafe “continúan la línea vigente hasta el momento”, incluyéndose el legalmente exigido informe de impacto de género, así como otro de carácter económico-presupuestario (lo que hasta ahora era denominado “memoria económica”)⁵⁷, informe este último que en este Proyecto de Ley de Economía Sostenible que hemos sometido a examen, es especialmente completo.

En definitiva, se puede decir que la regulación de la memoria del análisis de impacto normativo aporta “mayor precisión [...] en la descripción de muchos documentos implicados, exigencia de algunos que antes no se encontraban expresamente recogidos y unificación de todos ellos en un dossier, creando un instrumento único, lo que sin duda tendrá un efecto psicológico al no tratarse ya de documentos sueltos que pueden ir incorporándose sucesivamente a la tramitación parlamentaria”⁵⁸, aunque también es cierto que ofrece dudas en cuanto a su carácter vinculante⁵⁹.

2.3. Conclusión

En conclusión, y tratando de focalizar la cuestión, explicando el por qué hemos realizado todas estas referencias normativas hasta ahora dentro de la denominada fase prelegislativa, lo que realmente nos interesa destacar es que la realidad, la práctica, demuestra que para las reformas penales, que es lo que esencialmente nos interesa en este trabajo, la exigencia de la documentación contemplada en la Ley del Gobierno como obligatoriamente adjuntable a un Proyecto de Ley, se cumple por parte de los órganos competentes de modo “formal o superficial”⁶⁰, de tal modo que ni siquiera esta nueva norma sobre el impacto normativo ha tenido incidencia sobre la última reforma penal, pese a que se encontraba en vigor, tal y como corroboraremos más adelante⁶¹.

Así, pues, se puede decir, como afirma Becerra Muñoz, que “la clave de una mayor racionalidad y calidad de nuestra legislación no está en el número de documentos que obligatoriamente hayan de elaborarse al tiempo que se redacta un proyecto de ley, sino en la voluntad política existente para su real cumplimentación y en el establecimiento de mecanismos de control adecuados para asegurar la sanción frente al incumplimiento de las normas”⁶².

3. Breve apunte crítico sobre la fase legislativa en España

Tras la anterior fase, vendría propiamente la fase “legislativa” (o, en otra terminología, el “proceso legislativo externo”), que “comenzaría con la recepción en las

⁵⁷ BECERRA MUÑOZ, J.: *La toma de decisiones...*, *ob. cit.*, p. 433.

⁵⁸ BECERRA MUÑOZ, J.: *La toma de decisiones...*, *ob. cit.*, p. 434.

⁵⁹ BECERRA MUÑOZ, J.: *La toma de decisiones...*, *ob. cit.*, pp. 434 – 435.

⁶⁰ Díez Ripollés, J.L.: *La racionalidad...*, *ob. cit.*, p. 64.

⁶¹ Véase *infra* p. 21.

⁶² BECERRA MUÑOZ, J.: *La toma de decisiones...*, *ob. cit.*, p. 435.

Cortes de la propuesta legal, y tendría su fin con la aprobación y publicación de la ley”⁶³, siguiendo el procedimiento que ya hemos descrito sintéticamente más arriba⁶⁴. Díez Ripollés echa en falta en este momento del “iter” legislativo reforzar o potenciar el trámite que el proyecto de ley ha de superar ante la correspondiente Comisión integrada por diputados, pues, en opinión de este autor, “el periodo de trabajo de la Comisión y su ponencia constituye el momento procedimental decisivo de toda la fase legislativa, aquél, por consiguiente, en el que debieran centrarse los esfuerzos para incrementar los componentes de racionalidad”. Por ello, considera que debería “profundizarse en el fomento de la competencia legislativa plena en ciertas leyes penales o de desarrollo de leyes penales”, reservando “para las comisiones un buen número de decisiones, tales como la formulación de tipos especialmente complejos, la configuración de los aspectos más técnicos del sistema de responsabilidad y buena parte del sistema de ejecución de penas”⁶⁵.

4. La fase postlegislativa en España

4.1. *¿En qué debería consistir?*

Finalmente, el proceso concluye con la fase “postlegislativa”, que “arranca con la publicación de la norma y terminaría, cerrando el círculo, con el cuestionamiento por la sociedad en general, o por grupos relevantes de ella, de que la ley guarde una adecuada relación con la realidad social y económica que pretende regular”⁶⁶; dicha fase estaría compuesta “por el conjunto de actividades de evaluación de los diversos efectos de la decisión legal tras su entrada en vigor, y perdura hasta el momento en que se cuestiona de modo socialmente creíble su adecuación a la realidad social o económica que pretende regular. En ese momento se inicia una nueva fase prelegislativa”⁶⁷.

4.2. *¿En qué consiste realmente y con qué instrumentos se cuenta?*

Con un enfoque externo, y bastante optimista por cierto, Karpen afirma que “la evaluación de las leyes en España se ve profundamente influida por la tradición latina y la cultura y experiencias legales de los países de habla alemana. Sin embargo, el país sigue con gran interés el modo en que británicos y estadounidenses presentan sus anteproyectos y leyes”⁶⁸.

Describe este autor nuestro sistema de evaluación de las leyes destacando que “no existe una oficina parlamentaria central del Consejo, como la existente en el Parla-

⁶³ Díez Ripollés, J.L.: *La racionalidad...*, *ob. cit.*, p. 19.

⁶⁴ Véase *supra*, pp. 5 y ss.

⁶⁵ Eso sí, sin “sustraer al Pleno el establecimiento del catálogo de delitos y de sus correspondientes penas, la determinación del sistema básico de responsabilidad, o el sistema de penas” (Díez Ripollés, J.L.: *La racionalidad...*, *ob. cit.*, p. 55).

⁶⁶ Díez Ripollés, J.L.: *La racionalidad...*, *ob. cit.*, p. 19.

⁶⁷ Díez Ripollés, J.L.: *La racionalidad...*, *ob. cit.*, p. 58.

⁶⁸ Karpen, U.: “La implantación...”, *ob. cit.*, p. 71.

mento Británico, y las burocracias de los Ministerios preparan los anteproyectos de ley, que finalmente aprueba el gabinete y envía al parlamento español”⁶⁹. En concreto, como hemos podido constatar más arriba, “el Ministro de Justicia español es, en el fondo, el Ministro de la legislación (y siempre ha sido así) por el hecho de que está a cargo de la redacción y modificación de los principales códigos existentes”⁷⁰.

Puntualiza adicionalmente el autor alemán⁷¹ que las Directrices de técnica normativa, sobre la forma y estructura de los anteproyectos de ley, anteriormente de 1991, y derogadas por las aprobadas mediante Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005, “únicamente abarcan los aspectos formales y conceptuales de la legislación”, así como que a principios de los noventa, el Gobierno español, “con el apoyo de los legisladores catalanes [sic], aprobaron un cuestionario que era prácticamente un listado de comprobación inspirado en el ‘Blaué Prüffragen’ alemán (1986)”, continente de “criterios relativos a las pautas de necesidad, que fundamentalmente tratan de evitar que se legisle en blanco”, y que actúa como complemento de aquellas Directrices de técnica normativa⁷².

En efecto, el autor se refiere al cuestionario de evaluación que deberá acompañar los proyectos normativos a elevar al Consejo de Ministros (aprobado mediante sendos Acuerdos del Consejo de Ministros de 29 de diciembre de 1989 y de 26 de enero de 1990)⁷³.

En concreto, el contenido del Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de enero de 1990, bajo el título “Cuestionario de evaluación que deberá acompañarse a los proyectos normativos que se elevan al Consejo de Ministros”, es el siguiente:

“Dentro del ámbito de lo que se conoce como ‘Técnica Legislativa’, varios países euro-

⁶⁹ KARPEN, U.: “La implantación...”, *ob. cit.*, p. 71. Hay que tener en cuenta también que “en el ámbito institucional existen procedimientos que, de alguna manera, devuelven al Parlamento ciertas informaciones sobre el grado de efectividad de las decisiones tomadas. Sin ánimo de exhaustividad, se pueden señalar los siguientes: rendición de cuentas ante el Parlamento del grado de cumplimiento formal de las leyes presupuestarias por parte de los órganos (tipo Tribunal de Cuentas), específicamente previstos al respecto; informes al Parlamento por parte de comisionados de las Cámaras (tipo Defensor del Pueblo), en los que se analizan los problemas que algunos ciudadanos denuncian en relación a los incumplimientos normativos o bloqueos administrativos; los propios parlamentarios (esencialmente desde los grupos de la oposición), que canalizan, vía preguntas, interpelaciones o intervenciones en debates parlamentarios, aquellos aspectos que, a su juicio, representan falta de acomodo entre el programa legislativo del Gobierno y aquello que realmente sucede; así como las peticiones que llegan a las Cámaras surgidas de las iniciativas de colectivos o de ciudadanos singulares” (GALIANA SAURA, Á.: *La Ley...*, *ob. cit.*, p. 288).

⁷⁰ KARPEN, U.: “La implantación...”, *ob. cit.*, p. 72.

⁷¹ KARPEN, U.: “La implantación...”, *ob. cit.*, pp. 71 – 72.

⁷² FERNÁNDEZ CARNICERO, C.J.: “La evaluación legislativa en España: posibilidades de articulación y límites constitucionales o estatutarios”, en PARDO FALCÓN, J./PAU I VALL, F. (COORDS.): *La evaluación...*, *ob. cit.*, p. 163.

⁷³ MONTORO CHINER, M^a.J.: *La evaluación de...*, *ob. cit.*, p. 16. Según recoge KARPEN, “el responsable de preparar esas dos directrices fue el Ministro de la Presidencia” (KARPEN, U.: “La implantación...”, *ob. cit.*, p. 72). Ello le lleva a afirmar al autor que “la situación actual es que España cuenta con dos centros administrativos responsables de controlar el sistema descentralizado de redacción de los textos prelegislativos y otras normas generales” (KARPEN, U.: “La implantación...”, *ob. cit.*, p. 72), refiriéndose tanto al Ministerio de la Presidencia como al Ministerio de Justicia, lo cual sólo se puede predicar de éste último en el presente año 2011.

peos han elaborado y aplican cuestionarios o bloques de preguntas destinados a controlar la necesidad y las cualidades formales y materiales de los proyectos normativos. A este respecto, cabe destacar que es la República Federal de Alemania el país que ha desarrollado de forma más intensa esta técnica (Checklisten o Prüffragen) tanto a nivel federal como en los diversos Länder, técnica que se utiliza también en países como Suiza, Austria e Italia y que, con otras modalidades, se aplica asimismo en el Reino Unido y en los Estados Unidos de América.

A esta creciente sensibilización por buscar, analizar y estudiar sistemas de comprobación y valoración de las normas, a ser posible antes de su entrada en vigor, responde el intento de diseñar un cuestionario de evaluación de los proyectos normativos que se eleven a Consejo de Ministros, con el fin de implantar en nuestro país una técnica que redunde en beneficio de la calidad y eficacia de la producción normativa.

Con este objetivo se ha elaborado un cuestionario diseñado, sobre todo, en función de su aplicación a proyectos normativos, ya que éstos constituyen un ámbito de referencia más apropiado. Con este fin, el bloque de preguntas que figura como anexo está ideado para la evaluación, de la forma más operativa posible, de los proyectos de disposiciones con rango legislativo y de aquellos proyectos de disposiciones con rango reglamentario que se dictan en desarrollo de los textos legislativos.

En una primera fase parece aconsejable que esta limitación a los anteproyectos de ley y a los anteproyectos de Reglamentos de ejecución de las Leyes, por cuanto estas normas son las que más trascendencia poseen en nuestro ordenamiento y porque, en el marco de éste, son las que requieren mayor coherencia interna a fin de asegurar un exquisito respeto al sistema constitucional de fuentes.

En virtud de cuanto antecede, se eleva al Consejo de Ministros el siguiente acuerdo

Primero

Los anteproyectos de las Leyes y los proyectos de los Reglamentos que hayan de dictarse en ejecución de normas con rango de Ley se elevarán a la consideración del Consejo de Ministros, acompañados del correspondiente ‘Cuestionario de evaluación de proyectos normativos que se elevan al Consejo de Ministros’. Este cuestionario deberá ser cumplimentado por el Departamento o Departamentos autores de la propuesta.

Segundo

Si el anteproyecto de Ley o proyecto de Real Decreto tuviese carácter conjunto, se elaborará un solo cuestionario, que habrá de ser elaborado de forma igualmente conjunta por todos los Departamentos proponentes.

ANEXO

CUESTIONARIO DE EVALUACIÓN DE PROYECTOS NORMATIVOS QUE SE ELEVAN AL CONSEJO DE MINISTROS

1.- Necesidad.

1.1.- Responde el proyecto a una exigencia de orden jurídico como:

- a.- ¿Un mandato constitucional y/o legislativo?
- b.- ¿La necesidad de desarrollar el Derecho comunitario? ¿Su aprobación está sometida a un plazo concreto?
- c.- ¿La ausencia de regulación específica?
- d.- ¿La conveniencia de modificar una disposición anterior?
- e.- ¿Un vacío normativo derivado de la anulación de otra disposición por los Tribunales?

1.2.- ¿Existen previsiones en el Programa de gobierno sobre la materia?

- 1.3.- ¿Qué objetivos básicos pretende alcanzar el proyecto?
- 2.- **Repercusiones jurídicas e institucionales.**
- 2.1.- Respecto a las Comunidades Europeas:
- a.- ¿Incide el proyecto sobre otro de las mismas?
 - b.- ¿Ha sido el proyecto comunicado previamente a la Comisión de las Comunidades Europeas, cuando así lo exige el Derecho comunitario?
 - c.- ¿Cuál ha sido el resultado de la consulta?
- 2.2.- En relación con las Comunidades Autónomas
- a.- ¿Qué títulos competenciales fundamentan la competencia estatal?
 - b.- ¿Es previsible un conflicto competencial?
- 2.3.- En relación a los órganos de la Administración del Estado
- a.- ¿Se atribuyen en el proyecto nuevas competencias al Consejo de Ministros?
 - b.- ¿Modifica la actual distribución de competencias entre los distintos Departamentos ministeriales?
- 2.4.- En relación al ordenamiento jurídico vigente
- a.- ¿Qué normas son derogadas total o parcialmente por el proyecto?
 - b.- ¿Qué informes preceptivos son necesarios? ¿Se han cumplimentado todos?
 - c.- Para la plena eficacia del proyecto, ¿se requieren disposiciones que desarrollen su contenido?
- 3.- **Efectos sociales y económicos.**
- 3.1.- ¿Cuáles son las principales repercusiones económicas y presupuestarias del proyecto? (Memoria económica).
- 3.2.- ¿Puede hacerse frente a la aplicación del proyecto con los medios humanos actualmente disponibles? En caso contrario, ¿qué medidas están previstas para solucionar las insuficiencias detectadas?
- 3.3.- De aprobarse el actual proyecto, ¿qué efectos pueden preverse en cuanto a su aceptación o rechazo por los agentes sociales y sus organizaciones representativas?”.

Considera Karpen que “este listado de comprobación ha resultado muy útil para que los políticos y funcionarios españoles sean más conscientes de la necesidad de controlar el flujo de nuevas normativas”⁷⁴, aunque personalmente consideramos que es, como ya hemos dicho, bastante optimista en su apreciación. Y es que somos más de la opinión de que “en el Estado español parece que el legislador no tiene ni la voluntad ni los medios para comprobar los efectos de la ley”⁷⁵, aunque creemos que carece más de lo primero que de lo segundo, como veremos en el siguiente epígrafe.

IV. Conclusiones sobre la evaluación de los efectos de las normas en España

1. Ausencia en nuestro proceso legislativo de una verdadera evaluación de los efectos de las leyes

Así, pues, en realidad, se puede decir que la “institucionalización de una fase evaluadora de las decisiones legislativas” en España es “limitada o inexistente”⁷⁶,

⁷⁴ KARPEN, U.: “La implantación...”, *ob. cit.*, p. 72.

⁷⁵ GALIANA SAURA, Á.: *La Ley...*, *ob. cit.*, p. 288.

⁷⁶ DíEZ RIPOLLÉS, J.L.: *La racionalidad...*, *ob. cit.*, pp. 58 – 59.

ni tampoco disponemos “de análisis sociológicos sobre su desarrollo en la práctica”⁷⁷, pese a que sería recomendable que se evaluaran “los efectos sociales de una nueva ley penal así como los aspectos relativos a su aplicabilidad por los jueces y tribunales”⁷⁸. Así, sin ir más lejos, por ejemplo, “la evaluación *ex post* de una ley penal serviría para corregir déficits que debieron detectarse en la fase inicial de preparación de un proyecto o proposición de ley o durante la tramitación parlamentaria”⁷⁹.

Para un análisis y control de este tipo sobre la eficacia de las leyes, sería fundamental “el aporte de la criminología, junto a otras disciplinas como la psicología, la sociología, el análisis económico del Derecho, etc.”. De este modo, los estudios empíricos resultantes permitirían “analizar factores tales como el grado de conocimiento y aceptación de una norma penal, su efecto intimidatorio, el nivel de éxito o fracaso de los fines pretendidos, los efectos colaterales que desencadena la nueva ley penal, la infraestructura así como los recursos económicos y humanos necesarios para su correcta aplicación, etc.”⁸⁰.

De hecho en el proyecto de investigación al cual pertenecemos⁸¹ estamos llevando a cabo una evaluación “*ex post*” de las consecuencias de la reforma legislativa penal (2007) sobre los delitos contra la seguridad vial. Con él pretendemos evaluar la norma penal que regula la delincuencia viaria en términos de eficacia: comparando su sentido, alcance y fines con los efectos que realmente la misma tiene. En otras palabras, pretendemos analizar la incidencia de una norma concreta en la resolución de los problemas específicos a cuya solución fue destinada, pues entendemos que el diseño de cualquier política pública, en este caso la vial, debe estar fundamentada sobre la base de estudios científicos de carácter empírico.

En efecto, para Barberet sería interesante evaluar científicamente en el ámbito de la legislación penal, en particular con el apoyo de la Criminología, por las siguientes razones⁸²:

- En primer lugar, porque el proceso científico es riguroso, sistemático y objetivo. En este sentido se puede decir que, en tanto la Criminología forma parte de las Ciencias sociales, persigue llevar a cabo procesos de evaluación rigurosos y en consonancia con los objetivos científicos, a diferencia de lo que normalmente ocurre a nivel de los programas gubernamentales.

⁷⁷ SOTO NAVARRO, S.: *La protección penal...*, *ob. cit.*, pp. 146 y 148.

⁷⁸ SOTO NAVARRO, S.: *La protección penal...*, *ob. cit.*, p. 163.

⁷⁹ SOTO NAVARRO, S.: *La protección penal...*, *ob. cit.*, p. 165.

⁸⁰ SOTO NAVARRO, S.: *La protección penal...*, *ob. cit.*, pp. 163 – 164.

⁸¹ “Evaluación legislativa y reforma del Código penal en materia vial: Un estudio sobre la eficacia preventiva real de las normas penales” (DER 2009-09256 – Ministerio de Ciencia e Innovación). Iniciado el 1 de junio de 2009 y a finalizar en el presente año 2012 (Investigador Principal: Miguel D. OLMEDO CARDENETE).

⁸² BARBERET, R.: “Evaluación de reformas penales y planes de prevención”, en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L./CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I. (EDS.): *Los problemas de la investigación empírica en criminología: la situación española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 108.

- En segundo lugar, se evalúa científicamente para saber si lo que se hace sirve realmente para algo. Así, en nuestro caso, el de la legislación penal, como acertadamente apunta Barberet, si se cumplen los requisitos científicos exigibles de la misma desde un punto de vista criminológico, ello nos permitirá afirmar que una reforma penal, un proyecto de prevención de la delincuencia o de prevención de victimación realmente da el resultado que se buscaba cuando fue diseñado.
- Finalmente, en tercer lugar, se evalúa también científicamente para modificar o mejorar un programa de intervención. Es decir, la evaluación criminológico-científica serviría para introducir mejoras en un programa que ya está en marcha (así como también, como apunta la autora, lo cual es especialmente importante en los tiempos de austeridad en que nos encontramos, para justificar de forma científica un gasto público).

Pero para acometer una evaluación legislativa en el ámbito penal se debería contar con los medios personales, materiales y metodológicos adecuados para llevarla a cabo. Y, como se encarga de poner de manifiesto Díez Ripollés, en nuestro Ordenamiento no se cuenta ni con lo primero, ni con lo segundo, ni con lo tercero.

Respecto a lo primero, los profesionales que se deberían encargar de analizar si las leyes son eficaces o si se hacen efectivos los fines de las mismas, “están desconectados o poco conectados con la problemática de las intervenciones legislativas penales”⁸³, principalmente por causa, o bien debido a la “la inexistencia de disciplinas autónomas que dirijan directamente su conocimiento experto al fenómeno de la delincuencia es una de las causas -el escaso reconocimiento social y académico del criminólogo es un ejemplo paradigmático-”, o bien por “la escasa apertura de las instituciones sociales que se ocupan de la creación y aplicación del Derecho a profesionales no juristas”⁸⁴. Complementariamente, también se puede constatar la inexistencia de servicios relacionados con la delincuencia y la legislación penal que permitan una actuación interdisciplinar, bien coordinada y estructurada, de los profesionales cuya aportación podría ser útil; del mismo modo que cabe echar en falta la existencia de una “*actuación profesional de acuerdo a objetivos externos*”, lo cual es, lamentablemente (por las razones que hemos apuntado en otro lugar sobre cuál debería ser la estrategia de afrontamiento de la actual situación político-criminal por parte de la doctrina penal⁸⁵), “especialmente significativo en el ámbito universitario, donde la elección de las actividades expertas a realizar está sustancialmente regida por las perspectivas de progreso en la

⁸³ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: *La racionalidad...*, *ob. cit.*, p. 62.

⁸⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: *La racionalidad...*, *ob. cit.*, p. 62.

⁸⁵ Véase RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S.: “Recension a Bernardo del Rosal Blasco, “¿Hacia el Derecho penal de la postmodernidad?”. Una breve reflexión sobre el papel del penalista en la deriva del Derecho penal postmoderno”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 98, 2009, pp. 153 – 162.

carrera académica, y no por las demandas sociales a satisfacer con la pericia obtenida”⁸⁶.

En segundo lugar, como hemos dicho siguiendo a Díez Ripollés, los medios materiales también brillan por su ausencia, en la medida que “hay poca tradición de asignar *partidas presupuestarias* para la evaluación de intervenciones penales legislativas, y no hay precedentes de una ley penal que lleve incorporada una partida presupuestaria para proceder a su evaluación, ni partidas presupuestarias finalistas en el Ministerio de Justicia, Consejo general del Poder judicial u organismos semejantes destinadas a tal fin”⁸⁷. Además, en paralelo a esa inexistencia, señalada anteriormente, de servicios que permitan una actuación interdisciplinar, bien coordinada y estructurada, acontece una consecuencia lógica, cual es que no existan en nuestro país “*instalaciones* diseñadas para el desenvolvimiento en ellas de estudios de evaluación de leyes”, lo que da lugar a que no sea posible “la acumulación de experiencias, materiales, bases de datos propias, etc., con la correspondiente optimización de recursos”⁸⁸.

Finalmente, en tercer lugar, carecemos de lo que Díez Ripollés ha venido a denominar, en general, un “*sustrato experimental no programado* sobre el que edificar las evaluaciones concretas”⁸⁹. Como puntos concretos de esta carencia el autor enumera “la pobreza de nuestras estadísticas policiales y judiciales sobre la delincuencia”⁹⁰, no obstante lo cual hay quien matiza este argumento y considera que, al menos en lo que a las estadísticas judiciales se refiere, contamos con “mucha más información de la que se aprovecha”, siendo realmente el problema que “la información estadística disponible [...] apenas está explotada y raramente es utilizada”⁹¹.

Consultada ejemplificativamente la Memoria del Consejo General del Poder Judicial del año 2009, hemos de darle la razón a Díez Ripollés, pues este documento se centra inicialmente desde la página 7 hasta la 85 de su Libro II en la exposición

⁸⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: *La racionalidad...*, *ob. cit.*, pp. 62 – 63.

⁸⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: *La racionalidad...*, *ob. cit.*, p. 63.

⁸⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: *La racionalidad...*, *ob. cit.*, p. 63.

⁸⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: *La racionalidad...*, *ob. cit.*, p. 63.

⁹⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: *La racionalidad...*, *ob. cit.*, p. 63.

⁹¹ DE BENITO, J.L./PASTOR PRIETO, S.: “La estadística como instrumento de la Política Judicial”, en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L./CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I. (EDS.): *Los problemas...*, *ob. cit.*, pp. 57 – 58. Apuntan estos autores que “[a] veces, lo que se aporta por los departamentos competentes es información ‘a palo seco’, sin sistematización ni análisis alguno, ante lo cual, el abrumado usuario puede hacer poco más que prescindir de ella. En conclusión, hay que aprovechar, optimizar el uso de la información disponible, explotando las posibilidades de los sistemas de información que ya poseemos, y proporcionar sólo resultados útiles y de manera ordenada, clara y analizada” (DE BENITO, J.L./PASTOR PRIETO, S.: “La estadística...”, *ob. cit.*, p. 58). A pesar de la actitud optimista de estos autores, hay que reconocer que los datos incluidos en las estadísticas judiciales “sólo representan una fracción de un fenómeno del que no se conoce la totalidad”, ya que “[l]o que se judicializa es una muestra casi siempre sesgada del universo de incidentes criminales, y la gravedad del sesgo es proporcional al acceso diferencial de ciertos grupos a los juzgados” (RUBIO, M.: “La evaluación de las leyes: lecciones de la Criminología, en *Revista de Economía Institucional*, vol. 10, núm. 19, 2008, p. 141).

de datos relativos a la plantilla y estructura demográfica (incluida distribución por edad y sexo) de la judicatura. Luego contiene otros epígrafes sobre el “Organigrama del CGPJ”, la actividad las “Comisiones Legales” o la actividad inspectora del CGPJ.

La exposición de los datos relativos a la carga de trabajo de los órganos jurisdiccionales se realiza bajo la rúbrica “Panorámica de la Justicia durante 2008” y apenas se le dedican 147 páginas (de la 87 a la 134) de las 489 que componen este Libro II. Se recopilan en ese epígrafe datos sobre nuevos asuntos y asuntos resueltos en términos absolutos y relativos, incluida una exposición por jurisdicciones y por órganos jurisdiccionales y territorios, pero se echa en falta un desglose referido a los tipos de asuntos (por ejemplo, en el caso de la jurisdicción penal, tipos de delitos o artículos del Código penal).

Sólo incluyen datos específicos sobre “Materias de especial seguimiento” en el caso de las reclamaciones y sugerencias de los ciudadanos sobre el funcionamiento de Juzgados y Tribunales (de la página 387 a la 423) y en el de la violencia de género (de la página 425 a la 450).

También señala Díez Ripollés, entre otros aspectos concretos, la inexistencia de instrumentos cuantitativos de investigación social estructurados en series (pues, si se aplican tales instrumentos o técnicas, se hace meramente de forma aislada, de tal suerte que sus contenidos no suelen ser homologables e impiden extraer conclusiones fiables), o de “indicadores no estrictamente delincuenciales pero con directas aplicaciones político-criminales”, o, por supuesto, de “*referencias experimentales sobre las decisiones legislativas concretas*”, etc⁹².

En definitiva, la carencia de unos mínimos necesarios en nuestro Ordenamiento para llevar a cabo una verdadera evaluación legislativa, antes de implementar cualquier reforma penal que encontrara justificación material, empírica, en los resultados obtenidos con aquélla, es flagrante y evidente, como demuestra la última reforma penal llevada a cabo en el año 2010, tal y como trataremos de poner de manifiesto en el siguiente subepígrafe.

2. Por ejemplo, el caso de la reforma penal operada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio

Esta última reforma penal, la vigesimoséptima desde que fue aprobado el Código penal de 1995, traía causa de un Proyecto de enero de 2007 que fue aparcado ante las elecciones generales de 2008, y retomado en noviembre de ese mismo año como Anteproyecto, para desembocar en un nuevo Proyecto en diciembre de 2009. Es digno de destacar que, entre un Proyecto de Ley y otro, se produjeron, como ha demostrado Serrano Gómez⁹³, innumerables modificaciones, a las que hubo que

⁹² DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: *La racionalidad...*, *ob. cit.*, p. 63.

⁹³ SERRANO GÓMEZ, A.: “Legislación líquida. Una nota sobre el Proyecto de Ley de 2009 de Reforma

sumar en sede legislativa, a su vez, innumerables enmiendas con incidencia (o no) sobre el texto final de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.

Dicho esto, nos centraremos ahora en examinar cuál fue el contenido de la documentación que se adjuntó a esa reforma penal cuando el Proyecto de Ley, remitido por el Gobierno, fue publicado el 27 de noviembre de 2009 en el Boletín Oficial de las Cortes Generales⁹⁴.

Lo primero que nos encontramos es que, pese a la gran oportunidad que suponía la voluntad europea, que inspiró la aprobación del Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo, de crear sistemas nacionales de evaluación de impacto que permitiesen determinar las consecuencias económicas, sociales y medioambientales de una norma, así como la creación de una estrategia global para evaluar la delincuencia y la justicia penal, la última reforma penal no se vio imbuida de ese espíritu.

Y eso a pesar de que el Real Decreto mencionado estaba en vigor, aunque también es cierto que la Guía Metodológica a cuya elaboración dicha norma instaba, fue aprobada por el Consejo de Ministros el 11 de diciembre de 2009 (es decir, unas dos semanas después de la remisión del Proyecto de Ley a las Cortes). Pese a que esto último podría constituir una excusa justificante, también es cierto que el Proyecto de Ley sobre Economía Sostenible, examinado anteriormente, advertía al inicio de su texto que su Anteproyecto se había elaborado con anterioridad al Real Decreto de julio de 2009, pese a lo cual el Proyecto en cuestión fue finalmente aprobado bajo la forma de Memoria de análisis de impacto normativo. Precisamente por ello, creemos que la vigencia de tal norma imponía de alguna forma una voluntad de cumplimiento con la misma que brilló por su ausencia en el caso del Proyecto de Ley Orgánica para la reforma del Código penal.

Por tanto, la documentación que se remitió al Congreso junto al Proyecto de Ley Orgánica (con su Exposición de Motivos y su texto articulado) fue la Memoria justificativa, y (por llamarlas en el modo en que fueron denominadas), la Memoria económica y la Memoria de impacto por razón de género, más los dictámenes e informes de, primero, Consejo General del Poder Judicial (ciento cincuenta y seis páginas), Consejo Fiscal en segundo lugar (doscientas cuarenta y ocho páginas) y, finalmente, el único vinculante, el del Consejo de Estado, que tuvo que informar ante la presencia en el Proyecto de modificaciones relacionadas con la transposición del Derecho comunitario (doscientas diecinueve páginas).

2.1. *Memoria justificativa*

Este documento, con una extensión de once páginas, contenía dos apartados básicos: el primero, dedicado a hacer una síntesis sobre cuál era el “objeto de la re-

del Código penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 12, 2010, pp. 3 – 6.

⁹⁴ Dicha documentación ha sido obtenida a través del “Departamento de Documentación” del Congreso de los Diputados.

forma” y, el segundo, dedicado a hacer unos breves “comentarios” sobre cada una de las novedades que pasarían a formar parte del articulado de los Libros I y II del Código penal. Transcribiremos íntegramente a continuación el contenido del primer apartado, de apenas un folio de extensión:

“La evolución social de un sistema democrático avanzado como el que configura la Constitución española determina que el Ordenamiento jurídico esté sometido a un proceso constante de revisión. En este contexto se enmarca la presente reforma. Varios son los sucesos que motivan su necesidad.

Por un lado, España tiene contraídas obligaciones internacionales, y más específicamente en el ámbito de la armonización jurídica europea, que exigen adaptaciones –a veces de considerable calado- de nuestras normas penales. Así, ello lleva a la necesidad de reforma en los siguientes extremos: la responsabilidad penal de las personas jurídicas, los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, la trata de seres humanos, la corrupción entre particulares, los delitos informáticos, los delitos relativos al mercado y los consumidores, el decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito, los delitos de terrorismo, el cohecho, la corrupción de funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales, los delitos contra la comunidad internacional, los delitos contra el Medio Ambiente y los delitos de tráfico de drogas.

Por otro, la experiencia aplicativa del Código y, en algunos casos, de las propias modificaciones que se han ido introduciendo en su texto, ha ido poniendo en evidencia algunas carencias o desviaciones que es preciso tratar de corregir.

Otro de los objetivos propuestos se centra en la modernización de la respuesta penal ante nuevas formas de criminalidad derivadas de las nuevas tecnologías, o el acoso laboral.

Asimismo, con la presente reforma se propone dar respuesta al reclamo social de un tratamiento individualizado para los delincuentes responsables de delitos sexuales y terrorismo, ya que las características de estos hechos revelan al mismo tiempo una especial peligrosidad por parte de los autores y una gran dificultad para lograr su reinserción social.

Otro de los objetivos de la reforma se centra en otorgar mayor protección a los menores de edad frente a delitos sexuales, lo cual se lleva a cabo tanto a través del aumento de las penas como de la tipificación de nuevas conductas delictivas.

Por último, se ha aprovechado la reforma para tratar de resolver los inevitables problemas interpretativos que se han puesto de manifiesto por la doctrina y la jurisprudencia y que es tarea que corresponde al legislador. Así se tratan cuestiones que afectan, entre otros supuestos, a la prescripción de los delitos”.

Como vemos, en dicha Memoria se hace referencia a que “la experiencia aplicativa del Código [...] ha ido poniendo en evidencia algunas carencias o desviaciones que es preciso tratar de corregir”. Por las referencias que se hacen posteriormente, dentro de la misma, en el apartado de comentarios al articulado, parece ser que el Gobierno se refiere, en concreto, a la tipificación del acoso inmobiliario, con la que “se pretende tutelar el derecho al disfrute de la vivienda por parte de propietarios o inquilinos frente a los ataques dirigidos a obligar a unos o a otros a abandonarla para así alcanzar, en la mayoría de los casos objetivos especuladores”, a lo que añade que “distintos pronunciamientos judiciales habían venido poniendo de mani-

fiesto las dificultades que para la represión de estas conductas se derivaba de la ausencia hasta el momento de una específica regulación penal de este fenómeno”, pero sin hacer una recopilación de cuántos ni de cuál había sido su contenido.

Igualmente parece que podría situarse aquí la reestructuración de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina, separando “la regulación de estas dos realidades criminológicas”, ya que “el tratamiento penal unificado de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina que contenía el artículo 318 bis resultaba a todas luces inadecuado, en vista de las grandes diferencias que existen entre ambos fenómenos delictivos”. No obstante, no se adjunta estudio alguno que justifique esa afirmación, que no por ello consideramos que sea falsa. Simplemente decimos que no se justifica suficiente y convenientemente la afirmación realizada.

En último lugar, el Gobierno anuncia que “también se han abordado reformas en ámbitos como el de la falsificación de certificados, a la que se ha de añadir en todas sus modalidades, la de documentos de identidad que se ha transformado en una práctica intolerablemente extendida”, pero, de nuevo, no encontramos en toda la documentación adjuntada por el Gobierno al Proyecto de Ley Orgánica ni un solo documento que refrende tan categórica afirmación.

También se hace referencia a que mediante esta reforma se pretende “resolver los inevitables problemas interpretativos que se han puesto de manifiesto por la doctrina y jurisprudencia y que es tarea que corresponde al legislador”. Quizá aquí, de nuevo por las referencias que el Gobierno hace en el segundo apartado de la Memoria, se esté refiriendo en concreto a las siguientes modificaciones:

- En primer lugar, en cuanto a la medida de expulsión de extranjeros decía el Gobierno que había optado “huyendo del actual automatismo en su aplicación, por que los tribunales, en atención a las circunstancias concurrentes, puedan valorar la oportunidad de acordarla, lo que ha sido puesto de manifiesto reiteradamente por el Tribunal Supremo”.

Si bien al menos se identifica el origen de la jurisprudencia que justifica la modificación, a nuestro juicio se deberían haber recopilado tales “reiterados” pronunciamientos como material justificativo de la reforma de esta medida;

- En segundo lugar, se señala en la Memoria que “en la fijación de la pena a imponer en la modalidad básica de estafa los Tribunales han de disponer de un suficiente margen de arbitrio para tener en consideración aspectos del hecho como pueden ser el quebranto económico causado al perjudicado, las relaciones precedentes entre éste y el defraudador, los medios empleados por éste, en donde por supuesto eventualmente tendrían cabida los instrumentos cambiarios y cuantas otras circunstancias se den en el caso. Todas ellas pueden tener sentido agravatorio o no tenerlo, y eso sólo los Jueces en podrán determinarlo en cada caso concreto. El sistema de cualificaciones o agravan-

tes específicas propio de la estafa ha venido planteando problemas interpretativos en la praxis, pues da lugar a que se superpongan dobles valoraciones jurídicas sobre unos mismos elementos del hecho, cosa que es particularmente evidente cuando se trata de la modalidad de uso de cheque, pagaré, letra de cambio en blanco o negocio cambiario ficticio –que, además, puede tropezar y confundirse con alguna modalidad de falsedad documental- que son, a su vez, instrumento y materialización del engaño, y no algo que se sume al ardid defraudatorio, por lo cual su valoración separada es innecesaria”.

Si bien se explican muy correctamente desde el punto de vista técnico esos “problemas interpretativos en la praxis” relativos a la estafa, se echa en falta una recopilación de los pronunciamientos jurisprudenciales (o incluso doctrinales) donde se hayan detectado.

- Finalmente, en materia de tráfico de drogas, el Gobierno afirmó acoger en el texto que presentaba a las Cortes para su aprobación “la previsión contenida en el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, de 25 de octubre de 2005, en relación con la posibilidad de reducir la pena respecto de aquellos supuestos de escasa entidad y siempre que no concurra ninguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369, 369 bis y 370 y siguientes”.

Al contrario que en los casos anteriores, quizá podríamos encontrarnos ante una justificación suficiente de esta modificación en materia de tráfico de drogas, ya que se hace una identificación técnica del problema y se incorpora una directriz muy clara y concreta del Tribunal Supremo para solventarlo.

En último lugar, también señalaba el Gobierno, o más bien el Ministerio de Justicia, que con la reforma “se propone dar respuesta al reclamo social de un tratamiento individualizado para los delincuentes responsables de delitos sexuales y terrorismo”. Respecto a esto, se afirma que en el apartado de comentarios de la Memoria que “nuestro ordenamiento penal no preveía ningún mecanismo para abordar los supuestos de peligrosidad subsistente al cumplimiento de la pena en el caso de delincuentes con perfiles criminológicos resistentes al efecto rehabilitador, como suele suceder en el caso de delitos contra la libertad y la indemnidad sexual o terroristas. Por ello la presente ley introduce una nueva medida de seguridad denominada libertad vigilada”. No obstante, echamos en falta en toda la documentación adjunta al Proyecto alguna referencia a estudios empíricos, que seguramente los hay, sobre cuál es el porcentaje en concreto de sujetos rehabilitados que se pueden conseguir en este tipo de delitos con tratamientos específicos, con el objeto de que se pudiera decidir fundadamente si realmente presentan un perfil tan resistente que justifique esta reforma, o realmente el Gobierno se está basando en percepciones no contrastadas empíricamente.

Además, hay un punto adicional en la Memoria respecto a los delincuentes sexuales, y es el que se refiere a la propuesta de reforma del art. 36 para el cumplimiento efectivo de las penas aplicadas a los mismos, de acuerdo “con lo solicitado por la Proposición no de Ley aprobada por el Congreso de los Diputados el día 3 de junio de 2008”, que, recordemos, se formuló al hilo del caso “Mari Luz”. Por ello precisamente no es descartable que nos encontremos ante una nueva reforma “mediática”, como creemos que también puede considerarse la propuesta de tipificación del delito de piratería, que, pese a que se aseguraba en la Memoria que se tipificaba en el texto de la reforma “recogiendo los postulados del Convenio de Montego Bay de 10 de diciembre de 1982 sobre el Derecho del mar y de la Convención sobre la navegación marítima firmado en Roma el 10 de marzo de 1988”, sin dejar de ser eso cierto, no lo es menos que seguro que tuvo un mayor peso en la impulsión de dicha propuesta de reforma el caso “Alakrana” (candente todavía en la agenda mediática en los meses previos a la remisión del Proyecto al Congreso), que dos Convenios internacionales aprobados más de veinte años atrás.

2.2. Memoria económica

Decíamos anteriormente que llamamos “Memoria económica” a uno de los documentos que se adjuntaron al Proyecto de Ley Orgánica para la última modificación del Código penal porque ésas fueron las dos palabras que figuraban en su encabezamiento, no existiendo ningún argumento en su texto que justificara tal denominación. Y es que dos páginas componían dicho documento, y éste era su contenido:

“La reforma proyectada del Código Penal no da lugar a un incremento sustantivo de figuras delictivas que pueda tener repercusión en la población reclusa. Se trata de modificaciones dirigidas a mejorar técnicamente la regulación de las penas y la tipificación de los delitos y su actualización, para dar una respuesta penal más eficaz a las conductas criminales actuales, incorporándose determinadas infracciones en cumplimiento de compromisos internacionales asumidos.

El examen de la repercusión económica de esta reforma del Código Penal debe hacerse teniendo en cuenta su contenido y los efectos que va a producir sobre la Administración de Justicia y la Administración Penitenciaria.

El contenido del Proyecto de Ley Orgánica se refiere a la actualización de algunos tipos delictivos, así como a lograr una mejor adecuación de las penas a los delitos cometidos, sin que la incorporación de nuevas infracciones suponga repercusión económica alguna. Asimismo, el Proyecto procede a la creación de la medida de “libertad vigilada”. Esta medida, que consiste en el control y seguimiento del condenado, persigue, desde el punto de vista económico, aprovechar los avances tecnológicos, así como otros medios de los que ya dispone la Administración. Esta medida evita que la lucha contra determinados tipos de delincuencia, de especial gravedad, se resuelva a través del recurso al incremento de las penas privativas de libertad a las que se somete a los condenados. De esta manera, pueden evitarse los efectos perjudiciales de las reclusiones prolongadas en establecimientos penitenciarios.

Asimismo, la reforma persigue agilizar y racionalizar la aplicación de las penas, con objeto de permitir que se imponga la más adecuada a la conducta criminal cometida. Este objetivo se cumple especialmente en el caso de los delitos contra la libertad sexual.

Por otro lado la posibilidad de sustituir penas de prisión por localización permanente permitirá que disminuyan los ingresos en centros penitenciarios.

Administración de Justicia. Esta reforma es absolutamente neutra en relación con los medios materiales y personales de la Administración de Justicia.

La adecuada aplicación del Proyecto no exigirá que la Administración de Justicia asuma obligaciones adicionales de gasto, ya que el Proyecto no prevé un incremento de la carga de trabajo de los órganos jurisdiccionales y oficinas judiciales que justifique la adopción de medidas correctoras de carácter coyuntural (incremento de gastos corrientes o de los incentivos al rendimiento), ni mucho menos de carácter estructural (creación de nuevos órganos o realización de nuevas inversiones reales). La aplicación del Proyecto no dará lugar a ninguna alteración en el funcionamiento de la Administración de Justicia Penal, pues no prevé ninguna innovación ni procedimental ni de exigencia de medios nuevos.

Además de lo anterior debe tenerse en cuenta que en el momento previsible de entrada en vigor de la Ley existirá un especial reforzamiento de los medios de los que dispone la Jurisdicción penal. En efecto, en la actualidad se está diseñando y preparando la puesta en práctica del Plan de Modernización de la Justicia que prevé la dotación de los medios adecuados para acelerar los procesos y dotarlos de mayores garantías.

En relación con la Administración Penitenciaria tampoco va a suponer un incremento de gasto.

En conclusión, se puede afirmar que la aplicación del Proyecto no va a suponer ni un incremento del gasto, ni una disminución de los ingresos, resultando, desde el punto de vista económico, neutro para los recursos públicos”.

Pues bien, como decíamos, este documento no puede ser considerado bajo ninguna circunstancia una “Memoria económica”, ni mucho menos un “informe de impacto económico y presupuestario” (en la nueva nomenclatura empleada por la Guía Metodológica de la memoria de impacto normativo). Un documento de estas características, debería hacer referencia a los siguientes aspectos relacionados con el proyecto a presentar ante las Cortes Generales, según la mencionada Guía Metodológica:

- impacto económico general, de tal modo que “junto a las repercusiones de carácter general deberá tenerse especialmente en cuenta los efectos sobre los agentes o colectivos directamente afectados por la propuesta”;
- análisis de las cargas administrativas, entendiéndose por tales “todas aquellas tareas de naturaleza administrativa que deben llevar a cabo las empresas y los ciudadanos y ciudadanas para cumplir con las obligaciones derivadas de la norma”. Así, se dice que se deberían indicar “con una estimación de su cuantificación económica, las cargas administrativas que introduce la norma y/o que se han suprimido o reducido con respecto a la regulación anterior. Las cargas administrativas que se hayan mantenido o introducido se motivarán relacionándolas con los objetivos de la norma, y se cuantificarán cuando

sea posible”. Además se indica que en el Anexo V de la Guía (pp. 68 – 79) se “recoge el método de medición aprobado para España, y que se aplicará para identificar las cargas y determinar la referida valoración económica”.

Pues bien, resulta muy difícil entender cómo un proyecto de norma que configura un nuevo sistema para instaurar la denominada responsabilidad penal de las personas jurídicas, que ha llevado de hecho a las empresas a encargar la elaboración de planes o programas de cumplimiento (“compliance plans”), no contempla ni el más mínimo análisis ni estimación respecto a las cargas administrativas que está imponiendo claramente;

- impacto presupuestario, que “mide el efecto que el proyecto normativo tendrá previsiblemente sobre los gastos y los ingresos públicos, tanto no financieros como financieros” (sobre los Presupuestos Generales del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Entidades Locales), y que deberá seguir, entre otros, los siguientes pasos:
 - o Cuantificación e identificación de gastos e ingresos: “se cuantificarán los costes que se derivan del proyecto normativo, identificando las partidas presupuestarias que pueden verse afectadas, siguiendo para ello la clasificación vigente en la Ley General Presupuestaria, tal como se concreta en la Ley anual de Presupuestos Generales del Estado. Ello permitirá conocer los órganos afectados, la naturaleza económica del gasto o ingreso y la finalidad que persigue, entre otros aspectos”.
 - o También se contempla que “en el caso de que la aplicación de la norma propuesta no tenga impacto presupuestario, se indicará así en la Memoria, debiéndose justificar adecuadamente”.
Ello deja claro que la mención, en la Memoria económica del Proyecto de reforma del Código penal, al hecho de que “la incorporación de nuevas infracciones” no supone “repercusión económica alguna”, es a todas luces insuficiente, pues no se hace ninguna justificación sobre tal extremo.
 - o Además, se indica que “en el caso de que la aplicación de la norma propuesta tenga impacto presupuestario y se considere que el coste puede ser asumido con los créditos disponibles sin necesidad de modificaciones presupuestarias, se hará constar así en la Memoria, identificando las partidas presupuestarias afectadas y especificando la respectiva valoración monetaria. Se expresará al menos el importe máximo que puede representar”.
Cuando se hace referencia en la Memoria económica del Proyecto de Código penal a que la introducción de la “libertad vigilada” permite, “desde el punto de vista económico, aprovechar los avances tecnológicos, así como otros medios de los que ya dispone la Administra-

ción”, quizá se debería haber hecho esa requerida identificación de partidas presupuestarias afectadas o, en todo caso, como se indica en la Guía, una valoración monetaria.

- En último lugar, también se recoge la previsión de que “cuando no sea posible la cuantificación del impacto presupuestario, se harán constar las causas que lo impiden y los motivos por los que se considera que, pese a ello, el impacto presupuestario puede ser asumido sin necesidad de modificaciones presupuestarias”.

En definitiva, y esto es especialmente reprochable, afirmar en tal Memoria que la aplicación del Proyecto “no exigirá que la Administración de Justicia asuma obligaciones adicionales de gasto” y que para la Administración Penitenciaria “no va a suponer ni un incremento del gasto, ni una disminución de los ingresos, resultando, desde el punto de vista económico, neutro para los recursos públicos” (!), sin hacer el más mínimo cálculo o, en su caso, sin justificar motivadamente por qué no se podría hacer, hace que esta Memoria “económica” carezca del más mínimo o elemental rigor.

2.3. Memoria sobre el impacto por razón de género

La cumplimentación de la Memoria (o “Informe”, como fue propiamente titulado este documento al ser remitido a las Cortes Generales) sobre el impacto por razón de género, con una extensión también de dos páginas, pero con unos cuatro párrafos menos, fue solventada de la siguiente forma por el Gobierno:

“De conformidad con el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 22 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, introducido por la Ley 30/2003, de 13 de octubre, los Proyectos de Ley deberán ir acompañados de un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen en el mismo.

Al respecto es necesario poner de manifiesto que a través del Proyecto de reforma del Código penal, actualmente en trámite, se procede a reforzar la protección penal de mujeres y niños. Esta circunstancia se evidencia a través de numerosas medidas que se señalan a continuación.

Si bien es cierto que sujeto pasivo de delitos contra la libertad e indemnidad sexual puede serlo tanto el hombre como la mujer, resulta indudable que será la mujer la afectada en mayor medida por este tipo de conductas. Por tanto, el aumento de penas y la tipificación de nuevas conductas que atentan contra la libertad e indemnidad sexual, a las que se procede con esta reforma, inciden de forma directa en una mayor protección de la mujer a través del Código penal. Esta situación se repite con la tipificación expresa del delito de trata de seres humanos.

También es necesario destacar la especial protección penal dispensada a mujeres y niñas a partir de las modificaciones realizadas en los delitos que se cometan durante conflictos armados, ya que se castigará expresamente a quienes atenten contra la libertad sexual de una persona protegida cometiendo actos de violación, esclavitud sexual, prostitución inducida o forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de agresión sexual y, a aquellos que recluten o alisten a menores de 18 años o los utilicen para participar directamente en dichos conflictos.

Debe destacarse también que la incriminación de la conducta del cliente de la prostitución de los menores de edad redundará en una mayor protección de las jóvenes y las mujeres menores de edad, dado que es mucho mayor el porcentaje de población femenina, respecto de la masculina, que es víctima de las redes de explotación sexual.

En conclusión, la norma proyectada tiene un impacto positivo puesto que va a contribuir a una mayor protección de las mujeres y las niñas”⁹⁵.

No hay más que echar un vistazo al apartado correspondiente de la Guía Metodológica para la elaboración de la memoria del análisis de impacto normativo (pp. 30-33, extensión superior incluso a la del documento que analizamos) para darse cuenta de que este Informe sobre el impacto por razón de género es absolutamente insuficiente:

“En todos aquellos casos en los que la norma propuesta pueda tener efectos, directos o indirectos, sobre personas físicas, se realizará una previsión sobre los resultados de la aplicación de la misma y se analizarán sus efectos para los hombres y mujeres que sean sus potenciales destinatarios.

El análisis de impacto de género incluirá, en todo caso, los siguientes apartados:

a. *Identificación de los objetivos en materia de igualdad de oportunidades que son de aplicación*

Se realizará un análisis del ámbito de aplicación y de los objetivos generales de la norma para establecer su vinculación con los objetivos en materia de igualdad determinados en la legislación, planes y programas de políticas de igualdad.

Se trata de concretar la obligación de transversalidad, es decir de integración de los objetivos de igualdad de oportunidades de forma activa, dentro de cada uno de los proyectos normativos.

Por ejemplo, el Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre, por el que se regula el Plan Estatal de vivienda y rehabilitación 2009-2012, tiene como objetivo general garantizar a la ciudadanía el acceso a la vivienda en condiciones de igualdad.

La normativa de igualdad, empezando por la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, establece objetivos específicos en esta materia (art. 31). Como también lo hacen la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (art. 28) y el Plan Estratégico de Igualdad de oportunidades (2008-2011) (eje.9. objetivo 1.5).

El Plan estatal de vivienda y rehabilitación da cumplimiento a estos objetivos específicos, a través de lo enunciado en su artículo 1, “las mujeres víctimas de violencia de género serán consideradas beneficiarias con derecho a protección preferente de las ayudas previstas en el Plan”.

Pero, al margen de ello, el Plan de Vivienda, deberá tener en consideración el posible efecto diferencial sobre hombres y mujeres, derivado, entre otras cosas, de la distinta presencia de ambos en algunos de los colectivos de “atención preferente”, considerados en su artículo 2, y, en particular, personas mayores de 65 años (donde el porcentaje de mujeres es muy superior) y familias monoparentales con hijos/as (encabezadas en un 90% por mujeres). La consideración de este hecho diferencial permitirá evaluar el posible impacto sobre mujeres y hombres

⁹⁵ Este último párrafo fue, aparte de cambiar las referencias a “Anteproyecto” por “Proyecto”, la única modificación introducida en el texto con respecto al Informe que había sido adjuntado al Anteproyecto tal y como salió del Ministerio de Justicia, y que presentaba la siguiente redacción: “Por otro lado, no se prevé que la norma proyectada pueda tener consecuencias discriminatorias para las mujeres y para los hombres ni que altere el principio de igualdad de oportunidades entre ambos sexos”. Probablemente la modificación se deba a la aprobación de la memoria para el análisis de impacto normativo y a la exigencia, por parte de la misma, de que se haga una valoración del impacto de género de acuerdo con la escala “Negativo-Nulo-Positivo”.

y la adecuación de los objetivos generales del plan a algunos de los objetivos específicos que la legislación en materia de igualdad establece en esta materia.

b. *Análisis del impacto de género*

El análisis del impacto de género implica:

1) Descripción de la situación de partida

Recoger la información que sirva para identificar claramente las posibles desigualdades de género previas que puedan existir en el contexto de intervención de la norma, prestando especial atención a aquellas que se vinculen con los objetivos de las políticas de igualdad de oportunidades identificados en el apartado a).

A tal efecto, se tendrán en cuenta, si procede, los siguientes tipos de indicadores:

- Indicadores cuantitativos. Se utilizarán estadísticas que definan la situación de mujeres y hombres, y que describan las características de unas y otros que puedan estar relacionadas con esta situación, en el ámbito de aplicación de la norma. Por ejemplo:
 - o Número y porcentajes de mujeres y hombres a los que afecta el objeto y ámbito de aplicación de la norma.
 - o Características principales de la situación de mujeres y hombres, expresadas en forma cuantitativa. Por ejemplo: edad, nivel de ingresos, estado civil, localización geográfica, pertenencia a determinados colectivos (como personas desempleadas, estudiantes, víctimas de violencia de género, etc).
- Indicadores cualitativos. Se utilizarán, complementariamente, para identificar roles y estereotipos de género que puedan tener incidencia en el ámbito de aplicación de la norma. Por ejemplo, identificación de creencias, valores, costumbres u opiniones sociales.

2) Previsión de resultados

Se presentará una previsión de resultados de la norma, desde una perspectiva de eliminación de desigualdades y contribución al desarrollo de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

Comenzará con el diagnóstico sobre la situación de partida, realizado en el apartado anterior. No se podrá realizar una adecuada valoración si ambos apartados no poseen una relación de coherencia entre sus contenidos, si no están contruidos a partir de indicadores y datos que puedan ser comparados entre sí.

Se trataría de identificar los cambios que puede originar la implementación de la futura disposición normativa, sobre las desigualdades detectadas entre mujeres y hombres.

La previsión de los resultados se referirá a estos tres aspectos:

- Resultados directos de la aplicación de la norma, expresados en términos cuantitativos y desagregados por sexo.
- Incidencia sobre los roles y estereotipos de género.
- Contribución al desarrollo de los objetivos de igualdad de oportunidades identificados.

Finalmente, si del análisis de impacto se dedujera la inexistencia o insuficiencia de datos estadísticos oficiales pertinentes, dicha carencia debería consignarse en el apartado siguiente como recomendación.

A este respecto el artículo 20 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, establece, al hablar de la adecuación de las estadísticas y estudios, la necesidad de incluir sistemáticamente la variable sexo en el conjunto de estadísticas, encuestas y recogida de datos

3ª) Valoración del impacto de género

La valoración del impacto de género calificará los resultados previstos en relación con

la eliminación de desigualdades entre mujeres y hombres y el cumplimiento de los objetivos de políticas de igualdad, de acuerdo con la escala fijada a continuación:

- Negativo. Cuando no se prevea una eliminación o disminución de las desigualdades detectadas y no contribuya a las políticas de igualdad.
- Nulo. Cuando no existiendo desigualdades de partida en relación a la igualdad de oportunidades y de trato entre mujeres y hombres, no se prevea modificación alguna de esta situación.
- Positivo. Cuando se prevea una disminución o eliminación de las desigualdades detectadas y contribuya a los objetivos de las políticas de igualdad.

Asimismo, deberán reflejarse en este apartado de la Memoria todas aquellas medidas que se han ido introduciendo en el proyecto con el propósito de corregir o remediar las situaciones de desigualdad que se han detectado o a reforzar la igualdad de oportunidades.

Del mismo modo, se incorporarán a la Memoria en este punto, aquellas recomendaciones sobre la aplicación de la norma y para el desarrollo de medidas complementarias que pudieran evitar el impacto negativo o que puedan garantizar y fortalecer el impacto positivo de género”.

Poco más hay que añadir en este punto, a la luz de la transcripción enfrentada de ambos documentos. Por tanto, es plausible que el contenido del “informe” adjuntado al Proyecto de Código de penal, de nuevo, resultó claramente insuficiente.

3. Conclusiones

Por tanto, se puede reiterar aquí lo que ya avanzamos al concluir el análisis de la denominada fase prelegislativa en nuestro Ordenamiento, cuando decíamos que la práctica demuestra que para las reformas penales la exigencia de la documentación contemplada en la Ley del Gobierno como obligatoriamente adjuntable a un Proyecto de Ley, se cumple por parte de los órganos competentes de modo “formal o superficial”, de tal modo que ni siquiera la nueva norma sobre el impacto normativo ha tenido incidencia sobre la última reforma penal, como acabamos de comprobar, pese a que se encontraba en vigor.

Es más, podemos añadir, a modo de conclusión, que, en general, en la elaboración de todos los documentos prelegislativos que han ido acompañando a las sucesivas reformas penales realizadas sobre el Código penal de 1995 hasta la fecha (recordamos, hasta veintisiete), no se ha realizado ni un solo “estudio previo de detección de problemas y planteamiento de estrategias”⁹⁶, ni tampoco han sido sometidos los textos “a un procedimiento transparente y público de consulta a la comunidad científica y a los sectores profesionales relacionados con el sistema

⁹⁶ En realidad sólo una de las múltiples reformas penales señaladas contempla “una norma de evaluación” en una de sus Disposiciones adicionales: la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal del menor. Norma que TAMARIT SUMALLA tilda, con razón, de “anécdota sarcástica”, al contener “un esperpéntico mandato al futuro legislador de sancionar con mayor firmeza determinados delitos, dando a entender que ya se sabe de antemano cuáles van a ser los resultados de la evaluación” (TAMARIT SUMALLA, J.M^a.: “Política criminal con bases empíricas en España”, en *Política Criminal*, núm. 3, 2007, p. 4).

penal”⁹⁷, como sí ocurre en otros Estados. Si a ello le sumamos que España, por ser absolutamente “ajena a la cultura de la evaluación” existente en otros países, es un Estado en el que ni se prevén ni se dotan medios “para la elaboración de evaluaciones de las reformas introducidas según criterios de independencia y seriedad científica”⁹⁸, no causa extrañeza alguna que determinadas voces dentro de la doctrina jurídica en general hayan trabajado por intentar subsanar estas carencias.

V. Algunas propuestas doctrinales de reforma

Son variadas las propuestas doctrinales que se han formulado inspiradas en la voluntad de mejorar la calidad (identificada en no pocas ocasiones con la racionalidad, así como, ligadas con este concepto, la eficacia, la efectividad y la eficiencia) de las leyes producidas en el marco de nuestro Ordenamiento jurídico.

Así, hay algunos autores que, como López Aguilar, han puesto el acento en la necesidad de mejorar la denominada fase prelegislativa (entendiendo el autor por tal la conformada por el “estudio, análisis y negociación” de la ley), tras la constatación de que se produce en la misma una “distorsión del tiempo de respuesta política, controlado a su vez por los medios”, que redundaría en la calidad de la respuesta política misma, dando lugar a “un proceso empobrecido, falto de tiempo de reflexión y distorsionado por la intermediación de medios de comunicación, con sus propios y privados intereses”⁹⁹. Por ello, el autor propone, para lograr una “mayor racionalidad en la producción legislativa (que debe alcanzar tanto la actividad de legislar, como el resultado de legislar)”, llevar a cabo una regulación “en detalle las fases prelegislativas del proceso, asegurando una mínima e imprescindible transparencia en el proceso de generación política. Y, una vez finalizado este debate, obligar a reproducirlo en el parlamento en sus elementos básicos y en tanto dichos elementos hayan sido tenidos en cuenta para conformar las diferentes opciones políticas”¹⁰⁰. De hecho, López Aguilar considera que “sólo con un resurgimiento y fortalecimiento del Parlamento como único órgano constitucional habilitado y competente de legislación cooperativa (junto con el Ejecutivo, claro, y mediante el control del ejecutivo), podemos garantizar la calidad y racionalidad debida en el proceso de producción normativa”¹⁰¹.

Aparte de ésta, encontramos propuestas doctrinales de mejora más concretas, centradas en la creación de nuevos organismos que vengan a mejorar la calidad de las leyes resultantes de nuestro actual proceso legislativo.

⁹⁷ TAMARIT SUMALLA, J.M^a.: “Política criminal...”, *ob. cit.*, p. 4.

⁹⁸ TAMARIT SUMALLA, J.M^a.: “Política criminal...”, *ob. cit.*, pp. 3 – 4.

⁹⁹ LÓPEZ AGUILAR, J.F.: “La democracia mediática: la legislación parlamentaria y los medios de comunicación”, en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A./PAU PEDRÓN, A. (DIRS.): *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Civitas, Madrid, 2004, p. 601.

¹⁰⁰ LÓPEZ AGUILAR, J.F.: “La democracia mediática...”, *ob. cit.*, p. 604.

¹⁰¹ LÓPEZ AGUILAR, J.F.: “La democracia mediática...”, *ob. cit.*, p. 603.

Así, Galiana Saura propone “la creación de un Instituto o Gabinete de Legística, que tenga como principal trabajo establecer un método científico de creación de la ley, y dispensar en esta materia una enseñanza a los ‘legistas’ que en el Parlamento, en los Gabinetes Ministeriales o en la Administración, toman parte en la redacción de los proyectos de ley o de los reglamentos”¹⁰². Si bien el proyecto legislativo “debe ser redactado por expertos y juristas asesores de cada Ministerio”, se trataría de que debiera “pasar necesariamente después por el filtro de un órgano central, donde se dialogase con los representantes de los intereses sociales en juego para, por último, llegar al procedimiento en sentido estricto, donde a través del discurso sea finalmente redactada y aprobada la ley en cuestión”¹⁰³.

En opinión de esta autora, “este método debería permitir elaborar disposiciones normativas que sean los instrumentos adecuados y eficaces de realización de la voluntad política”. Pero, ¿cómo? Se debería reformar el Parlamento creando ese Instituto o Gabinete, como “oficina especializada en la redacción de leyes que esté compuesta no solamente por juristas, sino también por asesores técnicos en materias especializadas”¹⁰⁴. Su principal objetivo sería “establecer métodos de mejora en la creación de leyes que permitan, a su vez, elaborar disposiciones normativas más adecuadas que llevan a realizar la voluntad política y social”. Así, pues, en él se debería “estudiar la eficacia, efectividad y eficiencia potencial de la ley, el lenguaje jurídico, las posibilidades de la aceptación de la norma por sus destinatarios, las condiciones de su validez, su finalidad, su coherencia con el Ordenamiento jurídico, su viabilidad administrativa, y la evaluación de sus efectos”¹⁰⁵.

Y es que “para asegurar la confección de leyes adecuadas, se han de tomar en consideración los análisis relativos a las relaciones socio-económicas que determinan la eficacia, la efectividad y la eficiencia potencial de las leyes, así como los estudios relativos al Derecho positivo, sobre las propiedades del lenguaje del Derecho y sobre la psicología de los destinatarios de la ley”. En definitiva, concluye Galiana Saura, este nuevo órgano “debería permitir a los legistas evaluar los efectos de la legislación recurriendo, no solamente a los análisis jurisprudenciales, sino también a las investigaciones sociológicas, esclareciendo los factores de efectividad y de eficacia de las leyes”¹⁰⁶.

Reconoce no obstante la propia autora que “el principal problema con el que puede chocar este planteamiento se encuentra en determinar las características y funciones que han de desarrollar los expertos o técnicos especializados en materias

¹⁰² GALIANA SAURA, Á.: *La Ley...*, *ob. cit.*, p. 73. El texto resaltado se ha añadido a la cita.

¹⁰³ GALIANA SAURA, Á.: *La Ley...*, *ob. cit.*, p. 332.

¹⁰⁴ GALIANA SAURA, Á.: *La Ley...*, *ob. cit.*, p. 332.

¹⁰⁵ GALIANA SAURA, Á.: *La Ley...*, *ob. cit.*, p. 333.

¹⁰⁶ GALIANA SAURA, Á.: *La Ley...*, *ob. cit.*, p. 73.

jurídicas concretas, así como en encontrar los medios adecuados para la supervisión y el control de su actividad”¹⁰⁷.

También considerando necesaria la creación de nuevos órganos, otra propuesta, la de Fernández Carnicero, se encamina a colmar directamente la plausible laguna existente en nuestro Ordenamiento jurídico en el ámbito de evaluación de efectos o consecuencias de las leyes. Así, propone que la articulación del que él considera un necesario diálogo, entre la voluntad de representantes políticos y de expertos jurídicos cualificados para la evaluación legislativa, “debería llevarse a cabo a través de lo que a título orientativo y provisional me atrevo a denominar [dice textualmente el autor] Observatorio de Técnica y Evaluación Legislativa, que puede ser un punto de encuentro interactivo, un sistema de evaluación flexible y permanente, configurado de modo descentralizado, con dos niveles: estatal y autonómico”¹⁰⁸, órgano que tendría carácter interno y, por tanto, supondría descartar “modelos que externalizan la evaluación legislativa mediante agencias públicas, presuntamente autónomas”¹⁰⁹.

De este modo, dicho Observatorio se situaría en el Congreso de los Diputados, y se trataría de llevar a cabo a través del mismo “un seguimiento externo de la elaboración de la ley”, abriendo “periodos limitados en los que, tanto en fase gubernativa [entiéndase prelegislativa, para la confección del correspondiente proyecto de ley en sede ministerial] como en fase parlamentaria [...] los operadores jurídicos [...] puedan contribuir voluntariamente a mejorar la técnica normativa y a evaluar el alcance mismo de la iniciativa legislativa”¹¹⁰.

A juicio de este autor (por cierto, Letrado de las Cortes Generales de profesión, aunque actualmente desempeña el cargo de Vocal del Consejo General del Poder Judicial), mediante el asesoramiento externo de la comunidad jurídica que tendría lugar en el seno de este nuevo órgano, se introduciría “solvencia y transparencia en un proceso de elaboración de las leyes, de ordinario secuestrado por el decisionismo tecnocrático o por la consultoría privilegiada de despachos amigos del poder político de turno; despachos en los que suele medrar un lucrativo tráfico de influencias, por supuesto opaco y exento de la responsabilidad propia e intransferible del legislador”. Por tanto, “frente a este riesgo de corruptelas incontroladas, con la transparencia se introduce un grado notable de sinergia y de democracia participativa en la que el papel fundamental de quienes tienen legitimidad política para decidir se ve complementado por la colaboración o el auxilio de quienes tienen competencia para conocer y, por tanto, para debatir cada materia”¹¹¹.

¿Cómo funcionaría exactamente este Observatorio de Técnica y Evaluación Le-

¹⁰⁷ GALIANA SAURA, Á.: *La Ley...*, *ob. cit.*, p. 333.

¹⁰⁸ FERNÁNDEZ CARNICERO, C.J.: “La evaluación legislativa en España: posibilidades de articulación y límites constitucionales o estatutarios”, en PARDO FALCÓN, J./PAU I VALL, F. (COORDS.): *La evaluación...*, *ob. cit.*, p. 165. El texto resaltado se ha añadido a la cita.

¹⁰⁹ FERNÁNDEZ CARNICERO, C.J.: “La evaluación legislativa...”, *ob. cit.*, p. 165.

¹¹⁰ FERNÁNDEZ CARNICERO, C.J.: “La evaluación legislativa...”, *ob. cit.*, p. 166.

¹¹¹ FERNÁNDEZ CARNICERO, C.J.: “La evaluación legislativa...”, *ob. cit.*, p. 166.

gislativa? En concreto, los distintos operadores jurídicos que desempeñaran esa tarea de asesoramiento podrían “enviar a los parlamentarios, individualmente o a través de los grupos respectivos, en los primeros días del plazo de presentación de enmiendas a un proyecto o proposición de ley, tras su publicación en la red, las observaciones técnicas o de evaluación de la iniciativa que consideren oportunas; observaciones que, obviamente, podrán ser formalizadas o no, como enmiendas, por los legisladores”¹¹². Y es que, además, para Fernández Carnicero, el Observatorio creado podría “favorecer también el diálogo permanente de los operadores jurídicos con los parlamentarios individuales y con sus grupos, al ser unos y otros los destinatarios de toda información jurídica referida a posibles disfunciones, carencias técnicas de la legislación aprobada o incumplimiento de mandatos normativos”. Ello obligaría, “además, como efecto indirecto, a superar la vieja inhibición o desinterés del Parlamento respecto del seguimiento de sus propias leyes”¹¹³.

También proponen Oelckers Camus y Bronfman Vargas, pero en este caso en el Ordenamiento jurídico chileno, la creación de una Oficina de evaluación legislativa dentro del Parlamento, inspirada en la “General Accounting Office” (GAO) de los Estados Unidos. Se trataría de configurarla como una “organización permanente” dentro del poder público, aunque no descartan la posibilidad de que se encomendaran “estudios evaluativos concretos a empresas privadas [consultora, sociedad profesional, centro de estudio, universidad, etc.], siempre que el encargo se realice bajo unas condiciones que garanticen el cumplimiento de las obligaciones establecidas para el consultor externo”¹¹⁴.

Prefieren estos autores la adscripción, ya señalada, de esta Oficina al Parlamento antes que al Ejecutivo, bajo la consideración, para nada errónea, de que “una evaluación negativa de un programa promovido por el Ejecutivo podría atentar contra sus propios intereses políticos, por lo que no autorizará su difusión si puede hacerlo. Es más: no sería raro que la autoridad política concernida quiera influir en la ejecución de la evaluación o, en subsidio, pretenda desvirtuarla o impedir la. La organización jerárquica del Ejecutivo y sus dependencias, y la uniformidad de los intereses políticos que suele defender, hacen difícil el funcionamiento de una oficina evaluadora independiente en su seno”¹¹⁵. Y es que, “aún en la hipótesis de ausencia de influencias directas, siempre está el peligro de una autocomplacencia que justifique o encubra los errores cometidos (por ejemplo, reduciendo el análisis a aspectos presupuestarios formales o de gestión, sin estudiar el conjunto de problemas que se busca solucionar)”¹¹⁶.

¹¹² FERNÁNDEZ CARNICERO, C.J.: “La evaluación legislativa...”, *ob. cit.*, p. 167.

¹¹³ FERNÁNDEZ CARNICERO, C.J.: “La evaluación legislativa...”, *ob. cit.*, p. 167.

¹¹⁴ OELCKERS CAMUS, O./BRONFMAN VARGAS, A. (EDS.): *La evaluación de las leyes*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 2002, pp. 119 – 120.

¹¹⁵ OELCKERS CAMUS, O./BRONFMAN VARGAS, A. (EDS.): *La evaluación...*, *ob. cit.*, pp. 120 – 121.

¹¹⁶ OELCKERS CAMUS, O./BRONFMAN VARGAS, A. (EDS.): *La evaluación...*, *ob. cit.*, nota 86, p. 120.

Todas estas inconveniencias o problemas “podrían ser subsanados con la adscripción del organismo evaluador a una institución pluralista como el parlamento”, según consideran los autores. Para ellos, una evaluación emprendida desde este órgano “asegura un examen más completo y transparente”, aunque, en todo caso, habría que asegurar que esta Oficina tenga “un claro carácter técnico, corporativo e independiente”¹¹⁷, como características básicas, pues “una oficina evaluadora que no tenga un carácter técnico, no tenga un vínculo orgánico fuerte con el parlamento o carezca de independencia, tendrá utilidad limitada para el proceso legislativo”¹¹⁸.

Centrándonos en el proceso legislativo en materia penal, pero todavía hablando de propuestas de creación de nuevos órganos, Soto Navarro postuló en su momento la necesidad de crear “organismos encargados de recabar información sobre las pretensiones y necesidades reales de la sociedad”, de recoger “información empírico-social”, tal y como ocurre en otros ámbitos, como en el caso de “los Consejos económicos, sociales o culturales, que incluyen en su composición, junto a expertos

¹¹⁷ OELCKERS CAMUS, O./BRONFMAN VARGAS, A. (EDS.): *La evaluación...*, *ob. cit.*, p. 121.

¹¹⁸ OELCKERS CAMUS, O./BRONFMAN VARGAS, A. (EDS.): *La evaluación...*, *ob. cit.*, pp. 122 – 123. Para estos autores, “el carácter técnico es una exigencia que surge de las características de la función evaluadora. Las decisiones sobre la actividad legislativa son de exclusiva competencia de diputados y senadores y no cabe interferir en su relación de representación con la ciudadanía. Si se admite la participación en el proceso legislativo de grupos asesores que puedan funcionar, en la práctica, como representantes de un interés social, podría lesionarse la función representativa, mermando su capacidad de decisión. Es consecuencia, no es posible aceptar la influencia de elementos de decisión que tengan un origen representativo o social, aun cuando pudiesen constituir un aporte efectivo a la elaboración de la ley. El apoyo que se ofrece a los legisladores tiene que estar lejos de la esfera política y social, y concebirse como una labor técnica, basada en los conocimientos que aportan distintas disciplinas, que pretende ilustrar el ejercicio de competencias encomendadas a diputados y senadores. No hay una influencia indebida sobre los legisladores si lo que se añade es una evaluación proveniente de una oficina evaluadora que actúa siguiendo criterios técnicos generalmente aceptados.

El carácter corporativo alude a los rasgos del vínculo que unen a la oficina evaluadora con el parlamento. Ella ha de ser un órgano interno del parlamento, carente de potestad jurídica para relacionarse en forma independiente con otros órganos del Estado o particulares. Es el servicio a los intereses colectivos del parlamento el que legitima formal y sustantivamente las competencias de la oficina evaluadora. En lo formal, la potestad parlamentaria es la que autoriza las actuaciones de esta oficina respecto de terceros [...]. En lo sustantivo, el desempeño de las competencias constitucionales por el parlamento es el que fundamenta la actividad de órganos que apoyan su ejercicio. Si bien las relaciones de una oficina de evaluación con la administración pública o con la sociedad no parecen requerir mandatos imperativos, es conveniente regular en la ley y en los reglamentos parlamentarios el preciso alcance de sus competencias, cuyo ejercicio, en todo caso, dependerá siempre de una autorización implícita o explícita de la autoridad política. Reiteremos que el servicio a toda la institución es el mejor fundamento para sus competencias, pues las labores realizadas para un grupo partidista o de parlamentarios no parecen suficientes para justificar competencias respecto de terceros.

El carácter independiente alude a la necesaria distancia de la oficina evaluadora respecto de intereses ajenos a los técnicos. En primer lugar, este órgano del parlamento debe ser independiente respecto del Ejecutivo, pues no tendría utilidad un servicio de evaluación que se limitase a analizar la información que el gobierno entrega al parlamento. En segundo lugar, es clara la necesidad de independencia de la oficina de evaluación de todo tipo de intereses privados y de instituciones ajenas al parlamento. La influencias externas podrían alterar de modo profundo la consecución de los fines de la evaluación. Por último, la oficina de evaluación debe ser no partidista y prestar un servicio equivalente y neutral a todos los miembros del parlamento” (OELCKERS CAMUS, O./BRONFMAN VARGAS, A. (EDS.): *La evaluación...*, *ob. cit.*, pp. 121 – 122).

en las materias correspondientes, también a representantes de sindicatos, de organizaciones empresariales, de consumidores o de grupos sociales directamente interesados en ciertas decisiones del Gobierno (sanidad, educación, industria, agricultura, pesca, comercio exterior, etc.)”¹¹⁹. Así, a juicio de la autora, “la *seria* toma en consideración de sus análisis empírico-sociales y de sus propuestas de intervención contribuiría a una planificación racional de la política legislativa criminal del Gobierno”¹²⁰.

Finalmente, y también en el marco del proceso legislativo penal, hay otros autores que, como Díez Ripollés, proponen una nueva regulación a nivel organizativo y procedimental de la burocracia gubernamental que interviene en la fase prelegislativa de toda reforma penal, regulación que pivotaría sobre órganos ya existentes y que contemplaría los siguientes puntos¹²¹:

- 1.- En primer lugar, defiende la “consolidación de un *núcleo experto estable* en el Ministerio de Justicia”, compuesto por juristas, criminólogos y otros profesionales, que se encargue de complementar la labor técnico-jurídica de la Secretaría general técnica en la elaboración de los anteproyectos de ley penales.
- 2.- En segundo lugar, con el objetivo de “depurar los textos de contenidos especialmente circunstanciales, políticamente contingentes o defectuosos técnicamente”, debería reconocerse “un *segundo nivel de pericia estable u ocasional* en el propio Ministerio, en el que intervengan expertos sin dependencia política directa”¹²², cuya base podría venir constituida por la Comisión general de Codificación¹²³ o las comisiones específicas creadas “ad hoc”.

¹¹⁹ SOTO NAVARRO, S.: *La protección penal...*, *ob. cit.*, pp. 133 y 159.

¹²⁰ SOTO NAVARRO, S.: *La protección penal...*, *ob. cit.*, p. 133.

¹²¹ Díez RIPOLLÉS, J.L.: *La racionalidad...*, *ob. cit.*, pp. 46 – 48.

¹²² Quizá en este “segundo nivel de pericia” encajaría la propuesta de SOTO NAVARRO de “confiar la defensa de los intereses de los afectados a los expertos con cualificación técnico-jurídica, que puedan tener acceso a la elaboración de los proyectos o proposiciones de ley. Ahora bien, habría que garantizar la independencia de los asesores externos y un marco de colaboración no limitado al estrecho cauce de los informes en la fase preparatoria [...] la práctica legislativa muestra, por un lado, que los expertos llamados a participar en cada proceso legiferante son seleccionados en función de los intereses políticos que predominan y, por otro, que sus dictámenes *ad hoc* tienen escasa incidencia en los textos preparados por la burocracia ministerial, porque se solicitan demasiado tarde”. Se hace eco la autora de la propuesta de Voss para “superar estas deficiencias del asesoramiento científico”, basada en que “se le dote de una organización estable, de modo que se creen foros permanentes de reflexión, en los que no sólo se analicen las repercusiones de concretas medidas legales proyectadas, sino que también se aporten valoraciones fundamentadas sobre la dirección en que debe desenvolverse la política criminal a largo plazo. VOSS pone como ejemplo el grupo de trabajo alemán, formado por profesores de Derecho penal, que, a iniciativa propia, acometió la tarea de elaborar un Proyecto Alternativo de Código penal en 1966. La influencia de sus propuestas legales, ampliamente difundidas en los medios de comunicación, desembocó en la creación de una comisión estable con un importante papel en el asesoramiento del Parlamento. En España también existen iniciativas similares como, por ejemplo, la Sección Penal de la Comisión General de Codificación, que tuvo notable influencia en el Proyecto de Código penal de 1980. Otro ejemplo actual es el Grupo de estudios de Política criminal, constituido en grupo permanente de trabajo, cuya pretensión es desarrollar propuestas político-criminales relativas a ámbitos sociales especialmente problemáticos. Conviene señalar, no obstante, que todos los grupos de trabajo mencionados se componen exclusivamente de juristas, echándose en falta la colaboración de expertos en otras disciplinas vinculadas a las materias concretas objeto de discusión” (SOTO NAVARRO, S.: *La protección penal...*, *ob. cit.*, pp. 159 – 160).

¹²³ Siguiendo los pasos de su maestro, BECERRA MUÑOZ propone potenciar en particular el papel de la Comisión General de Codificación en el proceso de creación de las leyes penales. Para ello propone la

3.- En tercer lugar, propone la imprescindible existencia de lo que denomina “un *tercer nivel de actividades de pericia* bajo iniciativa del Consejo de Ministros” que consistiera en lo siguiente:

a.- Potenciación de los “*dictámenes preceptivos*”, con la posibilidad de dotarlos de carácter vinculante, de tal modo que, además, su emisión tenga lugar “para un momento en el que sus propuestas estén a tiempo de tenerse en cuenta”, y que no tengan “vedado sistemáticamente el pronunciamiento sobre cuestiones político-jurídicas, o de oportunidad o conveniencia” en detrimento de las de raíz técnico-jurídica.

b.- Además, se deberían tomar seriamente en consideración “las opiniones de los agentes sociales”, tales como “grupos de presión, opinión pública y afectados”, empleando para ello mecanismos ya existentes en nuestro Ordenamiento “como el trámite de audiencia a grupos o asociaciones con fines relacionados con el objeto de la ley, o incluso el trámite de información pública”, sin dejar de lado la realización de “estudios fiables demoscópicos”.

c.- Como punto de cierre, se debería hacer de forma expresa una “valoración de la suficiencia del conocimiento experto adquirido durante la elaboración ministerial del anteproyecto”, de tal modo que si se estimase insuficiente, se tendrían que acometer estudios adicionales.

4.- Finalmente, en cuarto lugar, el proceso de la toma de decisiones legislativas debería desarrollarse bajo el cumplimiento de requisitos de carácter sustancial y no simplemente formales, lo que se aseguraría mediante:

a.- examinar en el proceso “determinados aspectos materiales”;

b.- analizar y diferenciar entre sí en el proceso decisorio “el análisis de la realidad social existente, los objetivos a perseguir y los medios a disponer para ello”;

c.- prestar atención a los resultados que puedan aportar otras disciplinas de carácter jurídico pero, sobre todo, las que tengan una base empírico-social;

d.- concretar y desarrollar los conceptos de “necesidad, oportunidad y coste” desde parámetros de racionalidad legislativa y, en este sentido, vincular “los contenidos técnicojurídicos a las racionalidades lingüística y jurídico-formal”;

f.- en último lugar, motivar “cada una de las decisiones de cierta relevancia contenidas en la norma propuesta”, con el objeto de poder cuestionarlas en la fase de aprobación legislativa y de que se puedan suscitar, tras su aprobación, impugnaciones sobre su validez.

Además, Díez Ripollés también considera necesario potenciar el papel de las Comisiones en sede parlamentaria, esto es, ya en la fase legislativa, llevando a cabo

traslación para la misma de ciertos elementos de la “Comisión Superior de Codificación” francesa, de la “Comisión Legislativa Permanente” británica y de la “Oficina de Política Legal” estadounidense, de tal modo que nuestra Comisión General de Codificación pasara a “gozar de cierta independencia a la hora de seleccionar los temas sobre los que pronunciarse, además de recibir requerimientos por parte de diferentes actores previamente delimitados. Su labor se realizaría al margen del proceso legislativo y podría generar informes y pronunciamientos acerca de la legislación vigente, proponiendo textos alternativos, modificaciones, fusiones, etc. de la normativa actual. Al no tratarse de un órgano con iniciativa legislativa propia, sus conclusiones tan sólo podrán motivar y proporcionar soporte experto a posibles iniciativas de los actores legitimados para ello. La recopilación de sus pronunciamientos podría constituir una interesante fuente de argumentación sobre determinados sectores de nuestro ordenamiento, siempre que este órgano fuera capaz de adquirir el prestigio y la independencia política necesarios para abordar los asuntos en toda su complejidad y al margen de las perentorias necesidades del proceso legislativo” (BECERRA MUÑOZ, J.: *La toma de decisiones...*, *ob. cit.*, p. 398). Parece decantarse por centralizar también en este órgano la evaluación “ex post” de las leyes penales MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M.: “Evaluación legislativa y...”, *ob. cit.*, p. 48.

una reforma de los Reglamentos de ambas Cámaras que reforzaran “las actividades de pericia y audiencia de agentes sociales que podrían ser llevadas a cabo por las comisiones”, por ejemplo, estableciendo como obligatorio el “acompañamiento al dictamen de la comisión de determinados estudios sobre impacto social, costes económicos, viabilidad... de la iniciativa legislativa, estudios que debieran realizarse en sede parlamentaria en contraste a los aportados por los promotores, por lo general gubernamentales, de la iniciativa legislativa”¹²⁴.

Interesantes aportaciones todas ellas, que no hacen sino poner de manifiesto, como apuntara Soto Navarro en su día, apreciación que suscribimos íntegramente, la urgencia de llevar cabo un replanteamiento del proceso legislativo en su conjunto “dirigido a asegurar que las Cortes Generales dispongan previamente del necesario conocimiento y valoración acerca de la realidad social sobre la que se pretende intervenir con una decisión legislativa”, con el objetivo de garantizar que, “por un lado, la ley será reconocida por la sociedad como legítima y, por otro, será efectiva en su aplicación”¹²⁵.

¹²⁴ Añade el autor no obstante que “sería sensato no exigirles el detalle y minuciosidad que debieran tener estos últimos, pero deberían estar en condiciones de funcionar como una validación de los trabajos contenidos en la iniciativa legislativa (DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: *La racionalidad...*, *ob. cit.*, p. 55).

¹²⁵ SOTO NAVARRO, S.: *La protección penal...*, *ob. cit.*, pp. 142 y 145.