

Datos y conocimiento empírico en la legislación penal de la Unión Europea. Una guía para el legislador español

Noelia Corral Maraver

Profesora de Derecho Penal. Universidad de Málaga

CORRAL MARAVER, NOELIA. Datos y conocimiento empírico en la legislación penal de la Unión Europea. Una guía para el legislador español. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2020, núm. 22-18, pp. 1-50.
<http://criminet.ugr.es/recpc/20/recpc22-18.pdf>

RESUMEN: Desde hace años asistimos a un constante aumento del interés por la calidad de las normas, que se refleja tanto en el ámbito académico como en el político, con cada vez mayores cauces e iniciativas orientadas a aportar datos y conocimientos empíricos o científicos que contribuyan a una toma de decisiones más informada y a unas normas mejores. Este interés no ha sido homogéneo ni en todas las ramas del ordenamiento ni en todos los Estados. En el ámbito penal observamos cada vez una mayor atención académica a este tema, no siempre acompañada de su correspondiente interés institucional. El presente trabajo pretende atender a este asunto, centrándose en las medidas de mejora de la legislación adoptadas por la Unión Europea, particularmente en los últimos años y respecto al ámbito penal. Dichas medidas pueden contribuir a mejorar la actuación de algunos legisladores, como el español, todavía poco avanzados en prácticas de buena regulación y racionalidad legislativa.

PALABRAS CLAVE: política legislativa penal, racionalidad legislativa, legislación basada en datos, Unión Europea, mejora de la legislación.

TITLE: **Evidence-based Criminal Policy of the European Union. A Guide for the Spanish Legislator**

ABSTRACT: For years there have been a growing interest in the legislative quality, both in the academic and political fields, with many possibly channels and initiatives aimed at providing data and empirical or scientific knowledge that contribute to a more informed decision-making and to better standards. This interest has not been homogeneous in all legal branches or in all States. In the Criminal Law field, we observe an increasing academic attention to this issue, not always accompanied by their corresponding institutional interest. This paper aims to address this issue, focusing on the measures to improve the legislation adopted by the European Union, particularly in recent years and in the Criminal Law field. These measures may contribute to improving the policy action of some legislators, such as the Spanish, who are still at an early stage of better regulation and legislative rationality practices.

KEYWORDS: criminal legislative policy, legislative rationality, evidence-based policy, European Union, better regulation.

Fecha de recepción: 15 septiembre 2020

Fecha de publicación en RECPC: 10 diciembre 2020

Contacto: nemaraver@uma.es

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La necesidad de contar con datos, conocimiento y asesoramiento experto en la elaboración normativa. 3. Legisladores nacionales y legislación basada en el saber empírico. 3.1. La calidad de la legislación en los países de nuestro entorno. 3.2. Ciencia de la legislación y medidas de calidad legislativa en España. 4. La Unión Europea y la legislación basada en datos científicos. 4.1. Interés institucional por la calidad legislativa en la Unión Europea. 4.2. Datos y conocimiento científico en la Unión Europea: Joint Research Centre y Science meets Parliament. 4.3. El uso de datos científicos en el proceso de elaboración de normas penales en la Unión Europea. 4.3.1. Cuestiones previas. 4.3.2. La fase prelegislativa. 4.3.3. La fase legislativa. 4.3.4. La fase postlegislativa. 5. Consideraciones finales. Bibliografía.

1. Introducción

Hace ya unos años que asistimos a un renovado interés de los juristas por el estudio de la elaboración de las leyes y la calidad de las mismas. Tradicionalmente este se ha considerado un ámbito restringido a la política y a los políticos, mientras que el jurista, subordinado a la ley, debía limitarse al análisis del Derecho vigente y a su correcta interpretación y aplicación¹. Los motivos de este cambio de aproximación pueden ser diversos. Normalmente suele aludirse a que es consecuencia de un complejo fenómeno denominado *crisis de la ley*, que hace que esta haya ido progresivamente perdiendo protagonismo como principal fuente del ordenamiento jurídico². Esto conlleva, entre otras consecuencias, una creciente pérdida de la calidad de las normas, perjudicial para el buen funcionamiento de las políticas públicas y del desarrollo social³. La atención a la elaboración normativa y la revitalización de la denominada *ciencia de la legislación*

¹ Véanse, entre otros, Díez Ripollés, J.L., *La racionalidad de las leyes penales*, Editorial Trotta, 2ª edición, Madrid, 2013, pp. 71-74; Wintgens, L. J., “Legisprudence as a New Theory of Legislation”, *Ratio Juris*, Vol. 19, March 2006, pp. 1, 5; Menéndez Menéndez, A. “Introducción”, en Menéndez Menéndez, A. (Dir.), *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, p. 19; Prieto Sanchís, L., *Ley, principios, derechos*. Cuadernos Bartolomé de las Casas, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 5-6; Prieto Sanchís, L., “Del mito a la decadencia de la ley. La ley en el estado constitucional”, en Carbonell, M. / Pedroza de la Llave, S. T. (COORD.), *Elementos de técnica legislativa*, Tercera edición, México, 2004, p. 15; Laporta, F. J., “Teoría y realidad de la legislación: una introducción general”, en Menéndez Menéndez, A. (Dir.), *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, p. 52; Galiana Saura, A., *La ley: entre la razón y la experimentación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 17-18; Calsamiglia, A., “¿Debe ser la moral el único criterio para legislar?”, *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, nº 13, 1993, pp. 162-163.

² Las causas que provocan este fenómeno, que afecta a la mayoría de los países de nuestro entorno, son variadas. Entre ellas cabe mencionar la influencia del positivismo jurídico, la proliferación de normas de rango inferior -más flexibles-, la preeminencia de las constituciones nacionales, la importancia de los órganos jurisdiccionales como intérpretes del Derecho o el aumento del número de legisladores -legisladores autonómicos o federales y legisladores supranacionales-.

³ Véase, sobre todo este fenómeno, Prieto Sanchís, L., “Del mito a la decadencia de la ley...”, op. cit., pp. 35 y ss.; Bulygín, E., “Teoría y Técnica de la legislación”, en Alchourron, C. E. / Bulygín, E., *Análisis lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 409-410; Marcilla Córdoba, G., *Racionalidad legislativa: crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pp. 174-202; Gascón Abellán, M., “Calidad de las normas y técnica normativa. A propósito del “Cuestionario Previo”, *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 6 (julio - diciembre 2006), pp. 41-43; Díez Ripollés, J.L., *La racionalidad de las leyes...*, op. cit., pp. 67-74; Becerra Muñoz, J., “La toma de decisiones legislativas penales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 99, septiembre-diciembre, 2013, pp. 127-128; Becerra Muñoz, J., *La toma de decisiones en política criminal. Bases para un análisis multidisciplinar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 34 y ss.

serían la respuesta para afrontar esta indeseable situación⁴. No cabe duda de que todo lo anterior es cierto, aunque la creciente atención a la política legislativa y el afán por introducir una mayor participación y transparencia en los procedimientos, así como por aportar datos y conocimiento que sustenten la toma de decisiones obedecen también a otros factores. Entre ellos, el creciente pragmatismo político en ciertos ámbitos –frente a la convicción ideológica–, la lucha contra el descrédito de políticos, legisladores e instituciones, etc.

Si pensamos ahora exclusivamente en el sector del Derecho penal, podemos afirmar que todo lo anterior se reproduce en él. En efecto, ese notable desinterés por la elaboración normativa también se ha observado en el ámbito penal, al menos en España⁵. El exponencial desarrollo de la dogmática penal durante años no fue acompañado de un similar interés por la actividad del legislador. La política criminal y la política legislativa penal han estado, por lo tanto, desatendidas. Además, el tradicional vínculo del Derecho penal con posiciones políticas e ideológicas le ha permitido desde su creación operar en un ambiente de subjetividad y discrecionalidad del que no gozan otros sectores de la legislación, que sí se ven directamente confrontados con la realidad empírica. Esto mismo ha contribuido a que la política criminal haya tenido –y aún tenga– ciertos problemas para ser reconocida como una política pública más⁶–como pueda ser la política sanitaria o la educativa– entendiéndose que esta también requiere de estudios prospectivos, evaluación, controles técnicos y presupuestarios y la participación de expertos.

En los últimos tiempos, la profundización en los estudios de legislación potenciados ha alcanzado también a la rama penal. Así, pese a que la crisis de la ley golpea al Derecho penal con menor fuerza que a otros sectores⁷, este ha sido uno de los primeros en ocuparse de la legislación. En buena medida, contribuyen a explicar la nueva situación también otros factores, como la paulatina pérdida del perfil ideológico del legislador a la hora de afrontar el Derecho penal⁸ o la constatación –al menos

⁴ En este sentido, merece destacarse la obra de ATIENZA, por su relevancia y su gran influencia en el posterior desarrollo en los estudios de teoría de la legislación en nuestro país. Véase la obra de ATIENZA, M., *Contribución a una teoría de la legislación*, Civitas, Madrid, 1997.

⁵ Tal indiferencia por el estudio de los procesos de elaboración de normas no se produce con la misma intensidad en otras áreas de conocimiento. BECERRA MUÑOZ, J., “La toma de decisiones legislativas...” op. cit., p. 130; BENITO SÁNCHEZ, D., *Evidencia empírica y populismo punitivo. El diseño de la política criminal*, Bosch, Madrid, 2020, p. 27.

⁶ Entendiéndola además como una política amplia, que abarque tanto decisiones legislativas como no legislativas y todas las etapas de la toma de decisiones. BECERRA MUÑOZ, J., “La toma de decisiones legislativas...” op. cit., pp. 134-135.

⁷ Entre otros, RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “El Derecho penal: paradigma de la codificación”, en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (DIR.), *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, pp. 561-564. Con todo, cada vez más se observan problemas de calidad en la legislación penal vinculados a algunos de los rasgos de la crisis de la ley. Entre ellos, la influencia de normas internacionales que interaccionan con los con los códigos penales internos.

⁸ Al menos en el panorama penal español son frecuentes las coincidencias relevantes entre los partidos de derecha e izquierda a la hora de afrontar la política criminal. Véase Díez RIPOLLÉS, J. L., “Rigorismo y reforma penal. Cuatro legislaturas homogéneas (1996-2011)”. Parte I, *Boletín Criminológico*, Instituto andaluz inter-universitario de Criminología, nº 142 y 143, 2013.

por los expertos y operadores jurídicos- de un cambio de tendencia en la política criminal occidental en las últimas décadas. Así, se ha producido la expansión del modelo político criminal de la seguridad ciudadana⁹, al que se refieren algunos autores como populismo punitivo. Esto ha provocado, en primer lugar, un aumento de la represión penal, con la creación de normas que incluyen tipos cada vez más amplios y sanciones más severas. En segundo lugar, el acogimiento de las demandas populares emocionales y vindicativas y, con ello, la denostación de los expertos como informadores de las leyes, ya que se considera que su posición es *buenista* o en exceso humanitaria respecto a los delincuentes. Asimismo, se observa con frecuencia una veloz y descuidada elaboración de las normas penales para contentar rápidamente a una ciudadanía indignada; esto se traduce en numerosos defectos de técnica legislativa en el Código penal, con frecuentes problemas interpretativos y concursales. En definitiva, este nuevo modelo, al que se adhieren los representantes tanto a la derecha como a la izquierda del espectro político, ha provocado un incremento de la irracionalidad a la hora de proceder a la elaboración de la política criminal. Es lógico que, en este contexto y ante la preocupación por la merma de garantías y de la calidad del Derecho penal, la doctrina haya decidido interesarse por la política criminal y por la elaboración de las normas.

Pese al mayor atractivo del que goza últimamente el campo de la elaboración legislativa, la atención hacia él no es homogénea, ya que no todos los países están igual de avanzados en su estudio o en la implantación de mecanismos de buena regulación que garanticen un adecuado desarrollo de la legislación. En este sentido, España, como veremos, tiene todavía mucho que avanzar si quiere situarse al nivel de otros legisladores de su entorno. En este trabajo se pretende estudiar la forma en que afronta la elaboración legislativa la Unión Europea, en especial el proceso de incorporación de conocimiento y datos empíricos en las diversas fases del proceso legislativo. La UE lleva décadas prestando atención a la mejora legislativa y, pese a que aún queda por hacer, sus progresos pueden ser un importante ejemplo a seguir para aquellos Estados, como pueda ser el español, que están iniciándose con paso lento en la senda de la buena regulación.

2. La necesidad de contar con datos, conocimiento y asesoramiento experto en la elaboración normativa

Este mayor interés por la ciencia de la legislación generalizado en los últimos años se ha traducido en el diseño de diferentes mecanismos que permitan de forma regular aportar datos y certezas a los procesos de elaboración de normas¹⁰. Términos como

⁹ Véase especialmente, DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 06-03, 2004.

¹⁰ Críticamente, sobre como el Derecho se ha mantenido durante mucho tiempo alejado de lo fáctico y ajeno a cualquier tipo de análisis empírico, véase, MIRÓ LLINARES, F., “Hechos en tierra de normas. Una

buena regulación, legislación inteligente o, en el ámbito anglosajón, *evidence-based policy*, son tan comunes que han llegado a convertirse a veces casi en eslóganes políticos.

En un informe de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) publicado en 2018 sobre mejora de la legislación en los diferentes Estados observamos que muchos han optado recientemente por incorporar reformas en este sentido. Aunque hay todavía una gran divergencia entre países, este estudio refleja una constante tendencia a implantar mejoras legislativas en los últimos años¹¹.

La mayor complejidad social actual, con sociedades conectadas y sometidas a profundos cambios a menudo vertiginosos —ejemplo paradigmático de ello es el avance continuo de las nuevas tecnologías—, constituye un factor que determina que en la elaboración de la legislación se considere cada vez más necesario contar con criterios técnicos. Además de ello, observamos quizá una mayor acogida de criterios pragmáticos y un cierto descrédito de las leyes que se basan con demasiada rotundidad en presupuestos ideológicos. Si bien esto último varía considerablemente de una política pública a otra. Ante todo esto, cada vez son más las voces autorizadas que abogan por la necesidad de aplicar el método científico a la toma de decisiones políticas y acercar de esa forma las ciencias a la legislación¹². Se pretende garantizar que las normas sean más objetivas, basadas en hechos, pruebas y datos y no meramente en intereses partidistas o en opiniones sin sustento probatorio. Además, se suma una cuestión de eficacia, pues en política los recursos son siempre limitados y deben optimizarse. De ahí que se vuelva necesario que los programas de acción que se diseñen sean lo más eficaces posibles y, de esa manera, no se destinen recursos a programas inútiles o que pueden incluso resultar contraproducentes para confrontar un determinado problema social.

Una legislación sustentada por realidades y datos empíricos conllevaría que el legislador tuviera en cuenta los conocimientos existentes y realizar un análisis racional de ello con el fin de elaborar decisiones legislativas mejores y más informadas. El uso de estos elementos ayuda al legislador a tener la seguridad de que está considerando todos los hechos relevantes, tomando la mejor opción política y diseñando planes de acción eficaces. Este tipo de prácticas legislativas contribuirá a la mejor comprensión de los complejos problemas sociales que se tratan de resolver. De esta forma el legislador puede tener en cuenta el contexto, los diversos factores

introducción epistemológica a la relevancia de la realidad fáctica en el Derecho penal”, en SUAREZ LÓPEZ, J. M. /BARQUÍN SANZ, J., *Estudios jurídicos penales y criminológicos. En homenaje al Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva*, Vol. I, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 452-457.

¹¹ Véase *OECD Regulatory Policy Outlook 2018*. Documento disponible en lengua inglesa en: <https://www.oecd.org/governance/oecd-regulatory-policy-outlook-2018-9789264303072-en.htm> (sitio web consultado el 30 de agosto de 2020).

¹² En este sentido se han elaborado iniciativas en diferentes países de la UE y en algunos, incluso, se han creado organismos específicos para este fin. Véase infra.

implicados y los diferentes intereses políticos y sociales en juego. Esto no garantiza buenas decisiones, pero al menos crea un contexto decisorio óptimo.

El tipo de conocimiento científico o técnico al que pueden atender los legisladores es diverso y también variará en función de la materia a tratar. En general, podemos señalar que el legislador puede hacer uso de los siguientes tipos de herramientas de conocimiento empírico: Encuestas y datos administrativos, informes económicos, evaluaciones de impacto, estudios teóricos *ad hoc* (midiendo las conexiones teóricas entre una política y su impacto esperado), estudios nacionales o internacionales pre-existentes, consultas a interesados –incluyendo, entre otros, encuestas, etnografías, entrevistas, estudios de caso, grupos focales-, conocimiento experto, etc.

Una vez recopilada la información debe ser analizada con cuidado, porque esta no suele ser simple y unívoca, sino que puede ser interpretada de una y otra forma. Deben tenerse en cuenta el contexto y los eventuales sesgos. Por ello, el legislador necesita del asesoramiento de expertos tanto para recopilar los datos empíricos de los que carecen los políticos, como para su correcta interpretación. Es necesario implicar a diferentes tipos de expertos, en función de la política pública a tratar. A modo de ejemplo, puede contarse con científicos, estadísticos, economistas, ingenieros, etc. En el ámbito de la política criminal de especial importancia son, además de los expertos juristas, los científicos sociales o los criminólogos.

El acercamiento entre ciencia y legislación no está libre de problemas. Una de las principales dificultades radica en las diferencias existentes entre el mundo científico y el político. Así, por ejemplo, los tiempos en política son muy diferentes a los del ámbito científico. En política a veces los plazos son limitados y los problemas se plantean como urgentes, requiriendo de una acción rápida, pues de lo contrario se corre el riesgo de que la actuación legislativa sea juzgada socialmente como ineficaz. Sin embargo, el conocimiento científico o técnico requiere de mayor plazo, pues los estudios y consultas requieren tiempo y medios. Además, a los representantes políticos, que responden ante la opinión pública, les es complicado asumir algo que, por otro lado, es evidente: que en los asuntos complejos no se puede tener una posición rotunda, sino que hay que valorar, ceder y eventualmente cambiar de estrategia. Asimismo, también les resulta difícil asumir que los estudios puedan tener resultados negativos, contrarios a los defendidos o esperados; pues en política cuesta reconocer que algo no funciona y transmitirlo con naturalidad a la opinión pública. A ello se suma que, a menudo, los problemas a abordar son complejos y difíciles de medir o estudiar; otras veces ocurre que estos vienen marcados por cuestiones ideológicas intrínsecas que siempre requieren de una elección política. De ahí que sea ilusorio pensar que la técnica pueda en todo caso sustituir a la política, por más que sí pueda ayudarla a decidir mejor. En todo caso, siempre habrá dilemas que no tengan una respuesta técnica. En el ámbito penal, sin ir más lejos, la persistente tensión entre seguridad y libertad individual es un buen ejemplo de cuestión que requiere de una elección política.

Pese a todas las dificultades antedichas, no cabe duda de que el uso de la ciencia en la elaboración normativa debe potenciarse y que establecer formas de integrar el conocimiento experto en la elaboración normativa, no solo de manera ocasional sino con carácter permanente, es una necesidad inaplazable. Aun reconociendo que dicho conocimiento no está en situación de resolver todos los problemas que se planteen y no podrá en ningún caso desbancar –ni ello sería deseable– a las decisiones políticas, no cabe duda de que sí puede contribuir a una toma de decisiones más informada y, con ello, más eficaz. Este tipo de apoyo y justificación técnico podrá contribuir a recuperar en cierta medida la confianza de los ciudadanos ante el clima global de desapego ante las instituciones políticas.

Todo esto es, como ya hemos apuntado, de vital importancia para el ámbito penal. La política criminal como política pública debe estar orientada a conseguir la reducción de la delincuencia en la sociedad dentro de parámetros razonables y asumibles en un Estado democrático. En la práctica nos encontramos con escaso interés por saber si las normas en materia penal cumplen con dicho fin y si son, por tanto, útiles. En efecto, los expertos llevan años denunciando que las decisiones político-criminales están comúnmente huérfanas de datos o estudios que justifiquen su necesidad, pertinencia y eficacia. Esto ha creado, al menos en España, aunque también en muchos otros lugares, una legislación distanciada de la realidad, que se basa en impresiones u opiniones, pero no en datos o realidades constatables¹³. Es necesario potenciar la creación de una cultura evaluativa y prácticas de control de calidad sistemáticas en las instituciones encargadas de la elaboración de las políticas públicas y exigir que estas se apliquen también al ámbito penal. Contar con asesoramiento técnico y utilizar el conocimiento empírico disponible se muestra fundamental para fomentar la racionalidad legislativa y la calidad de las normas penales¹⁴.

3. Legisladores nacionales y legislación basada en el saber empírico

3.1. *La calidad de la legislación en los países de nuestro entorno*

Como ya hemos señalado, el desarrollo de los estudios de ciencia de la legislación y la atención a las medidas de mejora legislativa tanto por parte de los expertos como por los legisladores no ha sido igual en todos los países. No cabe duda de que en este ámbito toman la delantera los países regidos por el *Common Law*¹⁵, que llevan

¹³ En el mismo sentido, MIRÓ LLINARES, F., “Hechos en tierra de normas. Una introducción...”, op. cit., pp. 457-459.

¹⁴ En un sentido similar, defendiendo la necesidad de conformar una política criminal y un Derecho penal basados en evidencias y datos, véase BENITO SÁNCHEZ, D., *Evidencia empírica y populismo punitivo...*, op. cit., pp. 28-29.

¹⁵ Destacan en este sentido numerosas guías y manuales de técnica legislativa, tanto provenientes de los organismos públicos como de la doctrina. Véase, RUÍZ GARCÍA, J. A., “Técnica legislativa en los Estados Unidos”, en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (DIR.), *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, pp. 412-414.

décadas prestando mayor atención a cuestiones al menos de técnica legislativa¹⁶, tanto a nivel teórico como práctico. Además, en estos países también hace años que se atiende desde la academia a la calidad de las normas. Así, se ha ido desarrollando la denominada *Legisprudence*, que puede definirse como una teoría o ciencia racional de la legislación cuyos contenidos y fines son similares a los de la ciencia de la legislación¹⁷. Por otro lado, los legisladores anglosajones se han involucrado en crear diversos servicios y oficinas encargados de proveer de datos y estudios o de elaborar informaciones a usar por las instituciones políticas.

Un buen y cercano ejemplo de desarrollo de las medidas de buena regulación podemos encontrarlo en el Reino Unido. Es notable el creciente interés que desde finales de los años 90 tanto el parlamento como el gobierno de dicho país vienen desarrollando por la incorporación de datos y conocimientos contrastados al proceso de toma de decisiones, existiendo en la actualidad multitud de servicios institucionales, organismos de apoyo, e iniciativas diversas al respecto. Sin ánimo de exhaustividad, veamos algunos ejemplos. Así, en el seno del gobierno encontramos el *Regulatory Policy Committee* (RPC), que es un órgano independiente, aunque apoyado por el Departamento de empresas, energía y estrategia industrial, cuya labor es informar las propuestas legislativas que afectan a numerosas ramas, tratando de aportar datos empíricos al gobierno. Está compuesto por expertos independientes con diferentes trayectorias, desde el mundo empresarial al académico¹⁸. Este departamento también aloja al *Better Regulation Executive* encargado de aprobar las medidas de buena regulación y promover los cambios pertinentes. El ministerio de justicia inglés y el servicio denominado *Home Office*, encargado de cuestiones de policía, inteligencia y seguridad, cuentan asimismo con varios órganos técnicos asesores que incorporan expertos de diferentes ramas¹⁹. Por su parte, el Parlamento británico cuenta con una comisión fundada en 1939 y activa en la actualidad (*Parliamentary and Scientific Committee*) encargada de proveer a los legisladores de ambas cámaras (los Comunes y los Lores) con conocimiento científico, tecnológico y académico²⁰. Elaboran incluso una revista trimestral donde dan cuenta de sus actividades. Alojado específicamente en la cámara de los Comunes hay otra comisión (*Science and Technology*

¹⁶ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. “Introducción”, op. cit., pp. 17-18; MARTÍN CASALS, M., “La estructura de un manual español de técnica legislativa”, en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (DIR.), *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, pp. 243-245.

¹⁷ RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S., *La evaluación de las normas penales*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 92-95.

¹⁸ Información disponible en <https://www.gov.uk/government/organisations/regulatory-policy-committee> (sitio web consultado el 30 de agosto de 2020).

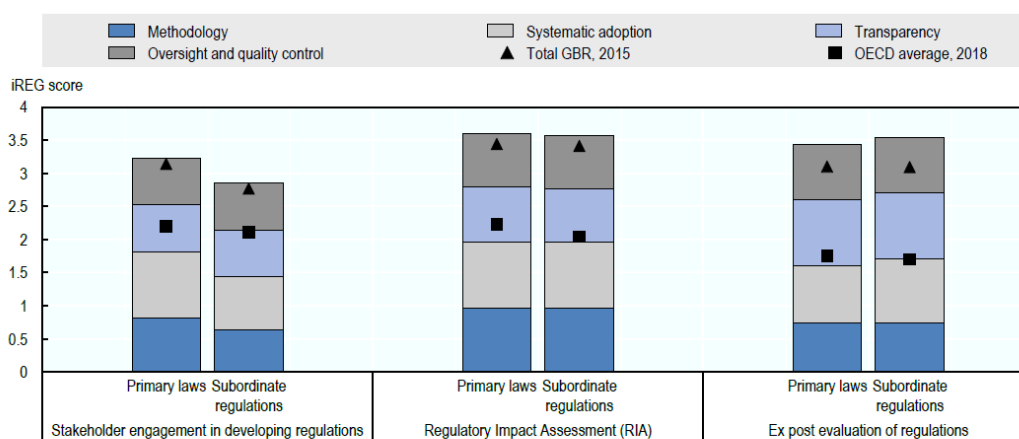
¹⁹ Pueden consultarse estos órganos en el sitio web del ministerio de justicia en <https://www.gov.uk/government/organisations/home-office>. En la *Home Office* existe un organismo asesor e investigador, el *Home Office Analysis & Insight* (HOAI), que cuenta con diversos expertos como estadísticos, informáticos, científicos sociales, etc. Véase <https://www.gov.uk/government/organisations/home-office/about/research> (sitios webs consultados 30 de agosto de 2020).

²⁰ Información disponible en <https://www.scienceinparliament.org.uk/> (sitio web consultado el 30 de agosto de 2020).

Committee), que goza de gran autonomía y se encarga de asesorar a diversos departamentos del gobierno, entre ellos a la *Government Office for Science (GO-Science)*. Se trata de controlar que las políticas estén basadas en datos científicos sólidos y en asesoramiento experto²¹.

Con este despliegue organizativo no sorprende comprobar que el Reino Unido sea uno de los países que mejores puntuaciones obtiene en el informe de la OCDE *Regulatory Policy Outlook 2018*. Dicho informe mide las medidas de calidad legislativa adoptadas por cada Estado mediante determinados parámetros, como el control de la calidad, la metodología, la sistematicidad en la aplicación o la transparencia de los procesos. Se verifican estos estándares respecto a la legislación primaria y secundaria, la participación de interesados y grupos de presión, la elaboración de estudios prospectivos y evaluaciones de impacto y la evaluación postlegislativa. En la ficha de Reino Unido la OCDE destaca que este país continúa su inversión en buenas prácticas legislativas y que se realizan consultas en todas las normas, con una amplia participación de interesados, incluso a través de novedosas aplicaciones (*dialogue app*), y que los informes de impacto se producen también en casi todas las normas. Se alaba asimismo su sistema de evaluación postlegislativa²².

Indicators of Regulatory Policy and Governance (iREG): United Kingdom, 2018



Notes: The more regulatory practices as advocated in the [OECD Recommendation on Regulatory Policy and Governance](#) a country has implemented, the higher its iREG score. The indicators on stakeholder engagement and RIA for primary laws only cover those initiated by the executive (71% of all primary laws in the UK).
Source: Indicators of Regulatory Policy and Governance Surveys 2014 and 2017, <http://oe.cd/ireg>.

Aunque en Europa continental el estudio y desarrollo de la ciencia de la legislación ha sido más limitado, también hay países que muestran grandes avances, tanto a nivel institucional como académico. Así, se han elaborado estudios de *legisprudence* en diferentes países²³. Destaca en este sentido Alemania, que desde los años

²¹ Información disponible en <https://committees.parliament.uk/committee/135/science-and-technology-committee-commons/role/> (sitio web consultado el 30 de agosto de 2020).

²² Véase *OECD Regulatory Policy Outlook 2018*, pp. 238-239.

²³ A modo ejemplificativo, véase, OLIVER- LALANA, A. D. / WITGENS, L. J. (ED.), *The Rationality and*

80 viene desarrollando este campo en mayor medida que muchos de sus vecinos, con documentos institucionales, manuales de técnica legislativa y cuestionarios para los legisladores (*Blauelisten*)²⁴. A nivel académico se han producido importantes contribuciones²⁵. Además, este país cuenta en la sede del gobierno federal con un *National Regulatory Control Council* (NKR), que se encarga de la evaluación prelegislativa y postlegislativa de las normas. Otro órgano, el *Better Regulation Unit* integrado en la cancillería federal se ocupa de coordinar e implementar los programas de mejora legislativa. También en sede parlamentaria existe un servicio administrativo (*Parliamentary Advisory Council on Sustainable Development*) al que se encomiendan tareas de evaluación legislativa²⁶.

El informe de la OCDE respecto a Alemania también otorga a este país una alta puntuación respecto a los parámetros anteriormente mencionados, aunque se observa aún margen de mejora en relación a la consulta a interesados y grupos de presión, que dejan que desear en cuanto a publicidad y regularidad. Destaca el informe que en los últimos años Alemania ha realizado reformas legislativas encaminadas a mejorar el sistema de calidad legislativa, en especial en lo relativo a los informes de evaluación de impacto²⁷.

Justification of Legislation. Essays in Legisprudence, Springer, 2013; ARASZKIEWICZ, M. / PLESZKA, K. (ED.), *Logic in the Theory and Practice of Lawmaking*, Springer, 2015.

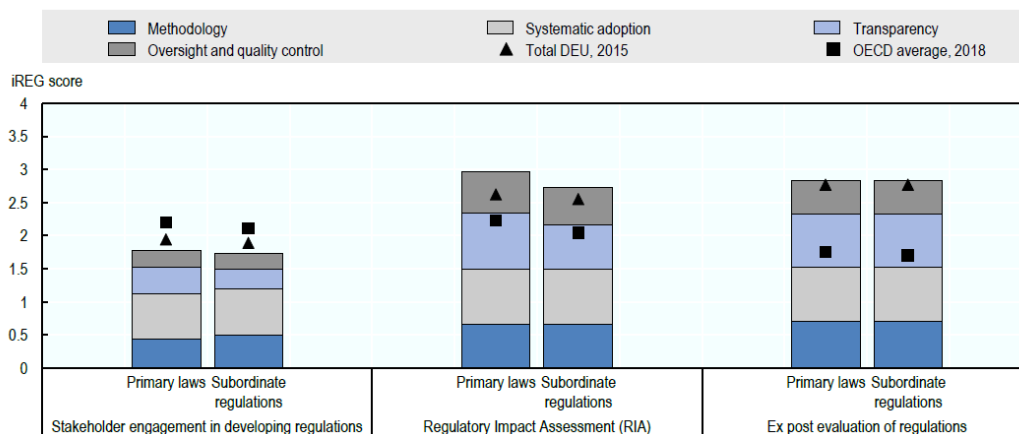
²⁴ Véase ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., “Técnica legislativa en Alemania”, en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (DIR.), *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, pp. 425-429.

²⁵ Así, NOLL, P., *Strafgesetzgebungslehre*, Rowohlt, Hamburg, 1973; STÄCHELIN, G., *Strafgesetzgebungs im Verfassungsstaat. Normative und empirische Materielle und prozedurale Aspekte der Legitimation unter Berücksichtigung neuerer Strafgesetzgebungspraxis*, Duncker & Humboldt, Berlin, 1998; SCHEFFLER, U., *Strafgesetzgebungstechnik in Deutschland und Europa*. Berliner Wissenschaftsverlag, Berlin, 2006; STEINBACH A., *Rationale Gesetzgebung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017; MEBERSCHMIDT, K. / OLIVER-LALANA, A. D., *Rational Lawmaking under review. Legisprudence According to the German Federal Constitutional Court*, Springer, 2016. En Holanda, destaca la obra de PECZENIK, A., *On Law and Reason*, Kluwer Academics Publishers, Dordrecht, 1989.

²⁶ Información disponible en <https://www.bundestag.de/en/committees/bodies/sustainability> (sitio web consultado el 30 de agosto de 2020).

²⁷ Véase *OECD Regulatory Policy Outlook 2018*, pp. 190-191.

Indicators of Regulatory Policy and Governance (iREG): Germany, 2018



Notes: The more regulatory practices as advocated in the [OECD Recommendation on Regulatory Policy and Governance](#) a country has implemented, the higher its iREG score. The indicators on stakeholder engagement and RIA for primary laws only cover those initiated by the executive (89% of all primary laws in Germany).
 Source: Indicators of Regulatory Policy and Governance Surveys 2014 and 2017, <http://oe.cd/ireg>.

También existen redes internacionales que tienen como objetivo la cooperación y el fomento de sinergias entre órganos y oficinas nacionales de calidad legislativa y buena regulación. A modo de ejemplo cabe mencionar la Red europea de oficinas de asesoramiento científico parlamentario (*European Parliamentary Technology Assessment*, EPTA), compuesta por órganos de asesoramiento a nivel parlamentario que informan sobre los impactos sociales, económicos o medioambientales de la ciencia y la tecnología²⁸. Esta red tiene por ahora 23 miembros, entre los que se incluyen muchos países europeos y la propia Unión Europea²⁹.

3.2. Ciencia de la legislación y medidas de calidad legislativa en España

España es un país que, a diferencia de algunos de nuestro entorno, ha carecido de una sólida cultura de evaluación normativa. Eso incluye tanto las evaluaciones post-legislativas como los estudios prospectivos en la fase prelegislativa. Tampoco se ha preocupado hasta hace poco por incluir mecanismos procedentes de la ciencia de la legislación³⁰ ni por favorecer las consultas públicas o poner en valor el conocimiento

²⁸ Más información en <https://eptanetwork.org/> (sitio web consultado el 30 de agosto de 2020).

²⁹ España no forma parte de esta red, al no contar todavía con un organismo asesor en las Cortes que pueda integrarse en ella. Sin embargo, Cataluña sí ha sido admitida como miembro permanente con su *Consell Assessor del Parlament sobre Ciència i Tecnologia* (CAPCIT).

³⁰ Un limitado interés se pudo observar con la aprobación de algunas normas de técnica legislativa en los años 90 del pasado siglo. Así cabe citar un acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de enero de 1990, que aprobó un cuestionario de evaluación –siguiendo la técnica alemana de las *Checklisten*– que debía acompañar a los proyectos normativos elevados al Consejo de Ministros, o un acuerdo del Consejo de Ministros de octubre de 1991 que perfilaba directrices sobre la forma y estructura de los anteproyectos de ley y que fueron sustituidas por las Directrices de técnica normativa aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros el 22 de julio de 2005. Véase GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P. “Nociones de técnica legislativa para uso parlamentario”, *Asamblea. Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n.º. 13, 2005, pp. 130-131, 134; MARTÍN CASALS, M., “La estructura de un manual español...”, op. cit., p. 247.

experto. Aunque hay áreas de políticas públicas en las que se cuenta con mayor asesoramiento, en general se echa en falta que los políticos tengan en consideración datos y estudios en la creación de las leyes. Tendencia que, como hemos señalado, es, si cabe, más acusada en la legislación penal.

En España la elaboración legislativa suele depender del gobierno, siendo las propuestas de ley del parlamento residuales. Aunque los proyectos normativos pueden provenir de diferentes ministerios, es de especial relevancia en relación a la política legislativa y, particularmente de las normas penales, el Ministerio de Justicia. Dentro de este encontramos la Subdirección general de política legislativa, cuya función es de gestión y organización (elaboración y propuesta del programa legislativo, impulso de los proyectos legislativos procedentes de directivas o de encargos de órganos asesores, o funciones de coordinación con otros servicios administrativos de otros ministerios, seguimiento de normativa europea, etc.)³¹. No tiene, sin embargo, funciones relativas a la preparación de informes o consultas en la fase prelegislativa, al estilo de otros órganos europeos. No existía ningún órgano de este tipo hasta 2017, año en que se creó la Oficina de coordinación y calidad normativa, dentro del Ministerio de la Presidencia. Sigue, no obstante, sin existir algún servicio que cumpla esta función a nivel penal a diferencia de lo que ocurre en otros países de nuestro entorno³².

A nivel técnico, existe en la sede del Ministerio de Justicia un órgano que reúne a expertos juristas y académicos y que el pasado ha actuado como asesor. Se trata de la Comisión general de codificación. Este órgano sigue existiendo en nuestros días, contando con cinco secciones: Derecho civil, mercantil, público, penal y procesal. Mientras que las secciones civil y mercantil han sido relativamente activas en la emisión de informes en los últimos años, no ocurre lo mismo con las otras. El caso de la sección cuarta, encargada del asesoramiento al gobierno en materia penal, ha sido notable pues, aunque estaba nombrada y participó en la elaboración del proyecto de Código penal de 1980, que daría lugar años después al Código de 1995, su participación posterior ha sido prácticamente nula. No ha vuelto a ser convocada para asesorar respecto a las más de 30 reformas que se le han hecho a este texto durante su vigencia³³. El ministerio ha preferido, en su lugar, nombrar comisiones *ad hoc* en algunos casos, y en otros se prescinde de comisión alguna, utilizando a *expertos en la sombra*, cuyos nombres a veces ni siquiera trascienden³⁴.

³¹ Las funciones son las detalladas por la reciente reforma introducida por el Real Decreto 453/2020, de 10 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia

³² Véase, BECERRA MUÑOZ, J., “La toma de decisiones legislativas...” op. cit., p. 137-138, en notas al pie nº 38 y 39.

³³ Una excepción la encontramos en la reforma de los delitos contra la seguridad vial en 200. Véase CARBONELL MATEU, J. C., “La reforma del tratamiento penal de la seguridad penal” en MORILLAS CUEVA, L. (COORD.), *Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial: (aspectos penales, civiles y procesales)*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 385. Esta situación ha cambiado recientemente, véase infra.

³⁴ BECERRA MUÑOZ, J., “La toma de decisiones legislativas...” op. cit., p. 133.

Hay otros órganos consultivos que a veces participan en el proceso emitiendo informes, como el Consejo de Estado o el Consejo General del Poder Judicial, cuyas opiniones, en cuanto no vinculantes, con frecuencia no son tenidas en cuenta por el legislador. Además, se carece en España del adecuado asesoramiento científico en sede parlamentaria, a diferencia de lo que ocurre en otros países en los que hay oficinas o consejos permanentes encargados de tal menester³⁵.

En los últimos años se han aprobado en nuestro país algunas reformas que han introducido mejoras en el procedimiento legislativo, especialmente en cuanto a la planificación y elaboración de informes que ayuden a la toma de decisiones legislativas. Estos cambios han sido claramente influidos por la Unión Europea, a cuyo énfasis en la calidad legislativa nos referiremos luego. En este sentido cabe destacar el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, que regulaba la realización de la denominada memoria del análisis de impacto normativo. Posteriormente se produjo una significativa reforma de la Ley del gobierno por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Esta última norma introdujo una serie de principios de buena regulación que deben guiar al legislador español. Establece que el gobierno debe proceder a la aprobación con carácter anual de un plan normativo, en el que se detallarán las normas que van a proponerse en ese año. Y, particularmente relevante es la previsión de que las propuestas normativas de mayor relevancia –si bien no todas- deben ir acompañadas de una memoria de análisis de impacto normativo. Se da discrecionalidad para determinar qué leyes deben conllevar informe. Se prevé asimismo la posibilidad de realizar consultas públicas sobre las propuestas legislativas. Además, insta a realizar evaluaciones postlegislativas, atendiendo a la eficacia de las normas -si se han conseguido los fines pretendidos-, a su eficiencia -identificando cargas administrativas innecesarias- y a su sostenibilidad. Realizada la evaluación deben hacerse recomendaciones sobre la modificación o derogación, en su caso, de las leyes evaluadas, lo que debe recogerse en un informe anual. Pese a todo, el éxito de este programa hasta la fecha ha sido limitado, pues solo se ha aprobado el plan normativo de 2018 pero no los de años posteriores³⁶, probablemente debido a la inestabilidad política reciente.

Además de estos cambios legislativos, se han producido otros de carácter orgánico. Así en 2018 se ha puesto en marcha en sede del Ministerio de la Presidencia la Oficina de Coordinación y Calidad normativa, que se encarga de coordinar las actividades de calidad normativa, vigilar la calidad técnica de las leyes, etc. Todas estas reformas suponen un cambio considerable respecto a la situación anterior y deben ser valoradas de manera muy positiva. El gobierno también ha puesto en marcha un

³⁵ *Ibid.*, pp. 140-141. En España todavía no contamos con un organismo de estas características, aunque desde principios de 2019 está en curso la creación de una oficina de asesoramiento científico en el Congreso. Véase *infra*.

³⁶ Disponible en https://transparencia.gob.es/transparencia/transparencia_Home/index/PublicidadActiva/Normativa/PlanAnualNormativo.html (sitio web consultado el 31 de agosto de 2020).

portal de transparencia, donde hace públicos los planes normativos y la información para consultas y participación ciudadana en proyectos legislativos³⁷.

Además de las reformas señaladas, recientemente el gobierno ha vuelto a poner en marcha la sección penal de la Comisión General de Codificación tras años de práctica inactividad con un encargo en abril de 2018 relativo al estudio y emisión de un informe sobre la reforma de los delitos sexuales³⁸. En marzo de 2019 ha recibido un segundo encargo para realizar una propuesta de modificación del Código penal en relación con los delitos de corrupción política y los delitos contra la infancia³⁹. Es de celebrar el resurgimiento de este organismo asesor en materia penal, por más que su funcionamiento podría mejorar si se le dotara de mayor independencia y tuviera una composición más interdisciplinar⁴⁰.

Pese a todas las novedades introducidas en los últimos años en España, todavía queda mucho por hacer⁴¹. Esto se desprende del informe de la OCDE del año 2018 ya mencionado más arriba. Este, pese a valorar las mejoras, como la creación de la página electrónica de transparencia y los planes normativos anuales, señala que tanto las consultas como los informes de impacto y las evaluaciones postlegislativas siguen sin hacerse de manera sistemática. De hecho nuestro país todavía se sitúa en niveles muy por debajo de la media de la OCDE y de los países más avanzados⁴².

³⁷ Véase https://transparencia.gob.es/transparencia/transparencia_Home/index.html (sitio web consultado el 31 de agosto de 2020).

³⁸ La Comisión fue renovada en mayo de 2018 forzado el ministerio por una gran polémica para que entre sus miembros hubiera una composición paritaria. Véanse las noticias en Europa Press, el 4 de mayo de 2018 <https://www.europapress.es/epsocial/igualdad/noticia-total-20-hombres-ninguna-mujer-forman-seccion-comision-justicia-revisara-delitos-sexuales-20180504133306.html> en Diario El País, el 18 de mayo del mismo año https://elpais.com/politica/2018/05/18/actualidad/1526645229_933016.html (sitios web consultados el 31 de agosto de 2020).

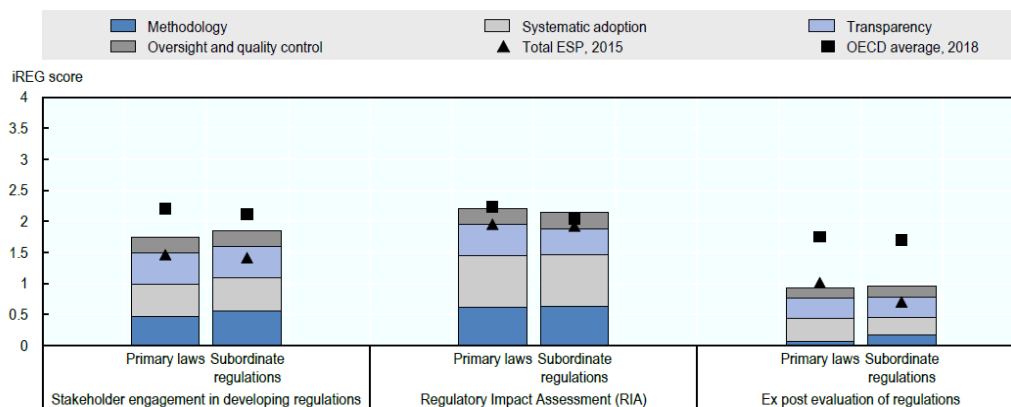
³⁹ Información disponible en <https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/comision-general-codificacion/propuestas> (sitio web consultado el 31 de agosto de 2020).

⁴⁰ Actualmente no goza de independencia respecto de ministerio, debiendo limitarse a aceptar los encargos de este, y está compuesta exclusivamente por juristas. Esta crítica también en BECERRA MUÑOZ, J., “La toma de decisiones legislativas...” op. cit., pp. 139, 148.

⁴¹ Además de cambios a nivel orgánico o administrativo, una asignatura pendiente en España es mejorar y hacer más accesibles las encuestas e instrumentos de medición de datos sobre delincuencia disponibles, que son de vital importancia para una toma de decisiones político-criminales fundamentada. Nos referimos, por ejemplo, a las estadísticas ministeriales, policiales, judiciales, penitenciarias, etc. o a otro tipo de instrumentos útiles, como las encuestas de victimización. Véase este tema en gran profundidad en BENITO SÁNCHEZ, D., *Evidencia empírica y populismo punitivo...*, op. cit., pp. 51 y ss.

⁴² Véase *OECD Regulatory Policy Outlook 2018*, pp. 230-231.

Indicators of Regulatory Policy and Governance (iREG): Spain, 2018



Notes: The more regulatory practices as advocated in the [OECD Recommendation on Regulatory Policy and Governance](#) a country has implemented, the higher its iREG score. The indicators on stakeholder engagement and RIA for primary laws only cover those initiated by the executive (93% of all primary laws in Spain).
 Source: Indicators of Regulatory Policy and Governance Surveys 2014 and 2017. <http://oe.cd/iereg>.

Además de los cambios legislativos, en las últimas décadas en España ha habido importantes manifestaciones doctrinales a favor del desarrollo de la ciencia de la legislación desde diversas perspectivas: que van desde estudios de técnica legislativa⁴³ a otros más centrados en la racionalidad de las normas. Pertenecientes al último tipo pueden mencionarse algunas contribuciones a la materia desde el campo de la Filosofía del Derecho⁴⁴, pero también desde otras ramas de conocimiento, singularmente el Derecho penal⁴⁵. Este desarrollo doctrinal es importante porque contribuye a poner

⁴³ Destaca, como primer estudio relevante, GRETEL, *La forma de las leyes: 10 estudios de técnica legislativa*, Editorial Bosch, Madrid, Barcelona, 1986. Posteriormente han surgido otros estudios de interés, como SALVADOR CODERCH, P., “Técnica legislativa y teoría de la regulación”, en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (DIR.), *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, pp. 201-226; GASCÓN ABELLÁN, M., “Calidad de las normas y técnica...”, op. cit. De especial relevancia en este sentido son los trabajos de técnica legislativa de GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, P., como, entre otros, “Nociones de técnica legislativa para uso parlamentario...”, op. cit., pp. 121-164; “Objetivo: Mejorar la calidad de las leyes. Cinco propuestas de técnica legislativa”, *Revista de las Cortes Generales*, nº 80, segundo cuatrimestre, 2010, pp. 59-105; *Manual de técnica legislativa*, Thomson Reuters, Madrid, 2011; “Iniciativa legislativa del gobierno y técnica normativa en las nuevas leyes administrativas (leyes 39 y 40/2015)”, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 38, 2016.

⁴⁴ Sin ánimo de exhaustividad, véanse, GARCÍA AMADO, J. A., “Razón Práctica y Teoría de la Legislación”, *Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, nº 9, Julio-Diciembre, 2000; GALIANA SAURA, A., *La ley: entre la razón...*, op. cit.; ATIENZA, M., *Contribución a una teoría...*, op. cit.

⁴⁵ En el ámbito penal cabe destacar algunos estudios monográficos relevantes, Díez RIPOLLÉS, J.L., *La racionalidad de las leyes...*, op. cit.; SOTO NAVARRO, S., *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Comares, Granada, 2003; BECERRA MUÑOZ, J., *La toma de decisiones en política criminal. Bases...*, op. cit.; PAREDES CASTAÑÓN, J. M., *La justificación de las leyes penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013; RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S., *La evaluación de las normas penales...*, op. cit.; MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., *El legislador penal europeo: legitimidad y racionalidad*, Editorial Thomson Reuters, Pamplona, 2011, VÉLEZ RODRÍGUEZ, L. A. *Política penal y justicia constitucional. Particular consideración de los tribunales constitucionales colombiano y español*, Tirant lo Blanch, Valencia 2016. Además, se han ido publicando algunas obras colectivas reseñables como Díez RIPOLLÉS, J.L./ PRIETO DEL PINO, A. M./ SOTO NAVARRO, S., *La política legislativa penal en Occidente: una perspectiva comparada*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005; Díez RIPOLLÉS, J. L. / GARCÍA PÉREZ, O. (COORDS.), *La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo: una perspectiva comparada (2000-2006)*, B de F, Buenos Aires, 2008; NIETO MARTÍN, A. / MUÑOZ DE MORALES ROMERO M. / BECERRA MUÑOZ, J., *Hacia una evaluación de las leyes*

el foco sobre la legislación y supone también la formación de un cuerpo de juristas familiarizados con la elaboración de las normas que pueden contribuir al sustento teórico y metodológico de los cambios legislativos orientados a la buena regulación.

Además, parte de la academia y el mundo científico ha tratado de conformar grupos y redes de investigación que permitan aportar datos, crear sinergias e influir en los legisladores. En el ámbito penal tenemos desde hace décadas al Grupo de estudios de política criminal, que es grupo académico y judicial dedicado a desarrollar e impulsar investigaciones y propuestas político-criminales desde una óptica progresista⁴⁶. Recientemente han surgido otros grupos más enfocados en cuestiones de política legislativa aplicada al ámbito criminal. En este sentido el Grupo Español de Política Legislativa Penal (GEPL), iniciativa del Instituto andaluz interuniversitario de Criminología de la Universidad de Málaga, que es un foro nacional de discusión experto de profesionales de diferentes ramas y distintas universidades o instituciones con interés en la política pública penal. El grupo persigue la consecución de una legislación penal más racional⁴⁷. En sede de la Universidad Miguel Hernández también ha surgido otro centro de investigación criminológica llamado *Crimina* que, entre otras actividades, desarrolla proyectos de investigación orientados a suministrar investigación empírica para contribuir a una legislación penal basada en datos científicos⁴⁸.

Por último, debemos mencionar otro intento reciente por unir ciencia y legislación en nuestro país. Así, siguiendo el ejemplo de otros países y de la UE⁴⁹, en enero de 2018 se puso en marcha una iniciativa ciudadana e independiente denominada Ciencia en el Parlamento, la cual busca que la ciencia y el conocimiento científico sean una importante fuente de información en la formulación de propuestas políticas y legislativas⁵⁰. Con esta iniciativa, que en principio consiste en encuentros anuales entre políticos y representantes del mundo de la ciencia y la tecnología -hasta ahora se han celebrado encuentros en 2018 y 2019-, se pretenden impulsar los contactos

penales, Marcial Pons, Madrid, 2016; OLIVER, LALANA, D. (DIR.), *La legislación en serio. Estudios sobre derecho y jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

⁴⁶ Véase más información sobre el grupo en <http://www.politicacriminal.es/> (sitio web consultado el 31 de agosto de 2020). Sobre la trayectoria de este grupo véase Díez Ripollés, J. L., "El Grupo de estudios de política criminal: Una iniciativa singular", *Jueces para la democracia. Información y debate*, n° 52, marzo 2005.

⁴⁷ Véase más información sobre el grupo en <https://www.uma.es/grupo-espanol-politica-legislativa-penal/> (sitio web consultado el 31 de agosto de 2020). Son numerosos los miembros de este grupo que colaboran asiduamente con redes internacionales de investigación en política legislativa penal.

⁴⁸ Véase más información sobre este grupo y, en concreto, sobre el proyecto NEXO para la aportación de datos a las decisiones legislativas, en <http://crimina.es/> (sitio web consultado el 31 de agosto de 2020).

⁴⁹ Véase infra la iniciativa *Science meets Parliament*, impulsada por el Parlamento Europeo desde 2015.

⁵⁰ Véase información sobre esta iniciativa en <https://cienciaenelparlamento.org/> (sitio web consultado el 31 de agosto de 2020). Véase asimismo SANTILLÁN-GARCÍA, A. ET AL. "#CienciaenelParlamento: la necesidad de una oficina parlamentaria de asesoramiento científico y tecnológico", *Gaceta Sanitaria*, 2019; CLIMENT, A. / MELCHOR, L., "Cómo acercar ciencia y política para mejorar la sociedad de hoy (y de mañana)", *The Conversation*, 8 noviembre de 2018.

regulares entre ambos mundos y promover tanto una cultura política cercana a la ciencia como una actividad científica orientada a la sociedad. El objetivo es conseguir que se creara una oficina de asesoramiento científico permanente en el parlamento español⁵¹. La creación de dicha oficina fue aprobada por unanimidad por la mesa del Congreso, aprobándose también una partida presupuestaria al efecto entre finales de 2018 y principios de 2019. No obstante, la inestabilidad política posterior, con dos elecciones generales y la subsiguiente crisis sanitaria mundial, han provocado de momento la paralización de la formalización de este organismo⁵².

4. La Unión Europea y la legislación basada en datos científicos

4.1. *Interés institucional por la calidad legislativa en la Unión Europea*

En la Unión Europea encontramos una muy asentada cultura burocrática y tecnocrática. Esto ha contribuido a que hayan sido constantes las acusaciones de falta de transparencia y de legitimidad democrática en la toma de decisiones, así como de que produce un exceso de legislación y, con ello, acumula normativa contradictoria u obsoleta. El intento de atajar estas críticas ha fomentado un mayor interés de las instituciones europeas, en particular de la Comisión, por la calidad legislativa, por promover la transparencia y participación ciudadana y por contar con asesoramiento experto y datos fácticos en los procedimientos legislativos⁵³.

Este interés se ha visto reflejado en numerosos documentos institucionales creados a lo largo de las últimas décadas y cuya intención ha sido perfeccionar la elaboración de la normativa europea. El primer documento destacado es el Libro blanco sobre gobernanza europea de 2001 (COM (2001) 428 final)⁵⁴, elaborado por la Comisión, que ya se manifestaba sobre la necesidad de mejorar la calidad de las políticas europeas, de evaluar si era necesaria la intervención a nivel de la Unión y de agilizar el procedimiento legislativo. Al mismo tiempo, sugería técnicas de simplificación del acervo comunitario como forma de hacer frente a la creciente proliferación legislativa. Un poco más tarde la Comisión Europea adopta la Comunicación

⁵¹ Se pretende conformar un organismo similar a los que existen en muchos otros países, y que pueda integrarse en la ya mencionada Red europea EPTA. En la actualidad existe otro organismo, el Consejo Asesor de Ciencia, Tecnología e Innovación, encargado de asesorar al gobierno en el campo de la I+D+i, en el marco de la Secretaría de Estado de Investigación, Desarrollo e Innovación, pero que no ha resultado ser muy eficaz, pues se reúne con poca frecuencia, una vez al año.

⁵² Más información disponible en <https://evidenceandpolicyblog.co.uk/2020/06/09/spain-needs-a-legislative-science-advice-mechanism-lessons-to-learn-from-covid-19/> (sitio web consultado el 31 de agosto de 2020).

⁵³ Así también BENITO SÁNCHEZ, D., *Evidencia empírica y populismo punitivo...*, op. cit., pp. 29 y ss.

⁵⁴ Hay, no obstante, algunos antecedentes como las conclusiones del Consejo Europeo de Edimburgo de 1992 o un Acuerdo interinstitucional del año 1998 relativo a las directrices comunes sobre la calidad de la legislación comunitaria. Véase, al respecto, MARTÍN CASALS, M., “La estructura de un manual español...”, op. cit., p. 246; CROSSLAND, H. G., “La Codificación del Derecho comunitario”, en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (DIR.), *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, p. 485.

“Actualizar y simplificar el acervo comunitario” (COM/2003/0071 final), que insistía en favorecer la realización de consultas y fomentar la participación de la sociedad civil en el proceso de elaboración normativa. También mencionaba la necesidad de incorporar expertos asesores a los procedimientos.

En 2003 se publica otro importante documento, el Acuerdo interinstitucional “Legislar Mejor” (2003/C 321/01), en el que las tres instituciones –Comisión, Parlamento y Consejo de Ministros–, puestas en común, señalaban una serie de medidas a llevar a cabo conjuntamente para aumentar la calidad de las normas, favoreciendo su claridad, sencillez y eficacia. Entre otras medidas, la Comisión Europea se comprometía a elaborar planes de trabajo anual y a incluir una exposición de motivos o memorándum en sus propuestas legislativas. Se insistía asimismo en mejorar el sistema de consultas prelegislativas y hacer un uso más frecuente de las evaluaciones de análisis de impacto normativo⁵⁵. Los términos “calidad legislativa”, “buena regulación” o “legislación inteligente” comienzan a proliferar en la UE a partir de estos años.

Particularmente relevante para el ámbito penal es la comunicación de la Comisión “Hacia una política de Derecho penal de la UE: garantizar la aplicación efectiva de las políticas de la UE mediante el Derecho penal” de 2011 (COM (2011) 573 final)⁵⁶. En este documento la Comisión se posicionaba a favor una legislación criminal europea coherente⁵⁷, que reflejara los valores básicos de la convivencia social. Para ello consideraba fundamental que las normas cumplieran con los principios de proporcionalidad y subsidiariedad e identificaba, además, otros principios a observar, como los principios de necesidad, de *ultima ratio*, de proporcionalidad de las penas y de certeza. Además, dicho documento expresamente manifestaba la necesidad de contar con datos en la elaboración de la política criminal europea:

“Para establecer la necesidad de unas normas mínimas de Derecho penal, las instituciones de la UE deben poder basarse en *pruebas materiales claras* sobre los efectos o la naturaleza del delito en cuestión y sobre una situación jurídica divergente en todos los Estados miembros que pueda poner en peligro la

⁵⁵ Un poco más adelante, en 2005, una nueva Comunicación de la Comisión «Legislar mejor para potenciar el crecimiento y el empleo en la Unión Europea» (COM(2005) 97 final) seguiría esta misma línea. En 2010 se aprueba otra comunicación de la Comisión “Normativa inteligente en la Unión Europea” (COM(2010) 543 final), que pretendía dar un paso más respecto al programa “Legislar mejor” de 2003, tratando de optimizar la legislación durante todo el ciclo legislativo, desde su formación hasta su evaluación es-post. Esta última comunicación da más relevancia a esta última etapa, pretendiendo establecer evaluaciones de las normas y los programas de manera más sistemática y coordinada con los Estados y buscando evaluar la eficacia y la eficiencia.

⁵⁶ Documento disponible en todas las lenguas oficiales en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52011DC0573> (sitio web consultado el 31 de agosto de 2020).

⁵⁷ De hecho, fallas de coherencia del Derecho penal europeo habían sido reconocidas por el propio Consejo Europeo en el Programa de Estocolmo (2010-2014). En este documento se señalaba la existencia de superposiciones e incoherencias, así como de deficiencias en el lenguaje jurídico de algunos actos normativos europeos, que debían ser objeto de evaluación; particularmente, se decía, las normas de cooperación judicial en materia penal.

aplicación efectiva de una política de la UE objeto de armonización. Por esta razón, *la UE precisa tener a su disposición datos estadísticos* de las autoridades nacionales que le permitan evaluar la situación fáctica. Como parte de su acción de seguimiento, la Comisión desarrollará planes para *recoger nuevos datos estadísticos y pruebas* a fin de abordar los ámbitos [competenciales] cubiertos (...).”

En sentido similar se manifestaba el Parlamento Europeo en su Resolución de 22 de mayo de 2012, sobre un enfoque de la UE acerca del Derecho penal (2010/2310(INI)) –como respuesta a la previa Comunicación de la Comisión-⁵⁸, donde señalaba:

“[N]o basta con mencionar nociones abstractas o efectos simbólicos, sino que se ha de *demostrar la necesidad de nuevas disposiciones de Derecho penal sustantivo mediante pruebas pertinentes* que pongan de manifiesto que:

— las disposiciones penales se centran en una conducta que provoca importantes daños pecuniarios y no pecuniarios para la sociedad, las personas o un grupo de personas,

— no hay otras medidas menos drásticas disponibles para abordar este tipo de conducta,

— el delito reviste una especial gravedad y posee una dimensión transfronteriza o perjudica directamente la ejecución eficaz de una política de la Unión en un ámbito que ha sido objeto de medidas de armonización,

— existe la necesidad de combatir la infracción penal en cuestión según criterios comunes, o lo que es lo mismo, que un enfoque común de la UE aporta un valor práctico añadido, teniendo en cuenta, entre otras cosas, hasta qué punto está extendido dicho delito y la frecuencia con la que se comete en los Estados miembros (...).”

Recientemente, debemos mencionar el Programa de mejora de la legislación de 2015 elaborado por la anterior Comisión *Juncker*, que ha supuesto un ambicioso proyecto de ampliación de la calidad de las normas. Este estaba compuesto por dos documentos, la Comunicación de la Comisión “*Better regulation for better results - an EU agenda*” (COM(2015) 215 final) y el subsiguiente Acuerdo interinstitucional entre las tres instituciones de 13 de abril de 2016. En ambos se expresaba la necesidad de mejorar y ampliar el uso de las evaluaciones de impacto y de las evaluaciones postlegislativas, que debían estar basadas en los principios de efectividad y eficacia, relevancia, coherencia y valor añadido, así como de reforzar el programa REFIT⁵⁹.

⁵⁸ Documento disponible en todas las lenguas oficiales en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52012IP0208> (sitio web consultado el 31 de agosto de 2020).

⁵⁹ El denominado Programa de adecuación y eficacia de la reglamentación (*Regulatory Fitness Programme*, REFIT) se creó en 2012 con el objetivo de evaluar la legislación existente, para renovarla y simplificarla, así como para eliminar normativa que resultara excesivamente gravosa u onerosa o que hubiese devenido obsoleta debido a cambios tecnológicos o sociales. En 2015 se pretendió mejorar el sistema creando una plataforma telemática para favorecer la intervención de autoridades e interesados, que pueden hacer sugerencias o comentarios. Información disponible en: <https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/overview-law>

Y resaltan ambos documentos que debe enfatizarse el uso, cuando sea posible de conocimiento científico o empírico. Asimismo, se sugiere optimizar la justificación de las normas a través de los principios de proporcionalidad, subsidiariedad y otros criterios, como la consideración de los fines y objetivos a perseguir, el análisis de costes y beneficios, etc. En abril de 2019 la Comisión Europea hizo público un informe en el que se hacía balance del funcionamiento del programa de mejora de la legislación implantado en 2015⁶⁰. Se pretendía con ello comprobar cómo estaba funcionando y para eso, además de una revisión documental, se recabó la opinión del personal de diversas instituciones de la UE, además de hacer una consulta pública. Concluye el informe que en general el resultado es positivo, aunque existen todavía márgenes de mejora respecto al acceso a las consultas públicas, o a la metodología y profundidad de las evaluaciones, entre otras cuestiones.

No cabe duda de que la UE se ha interesado por perfeccionar los procesos de elaboración legislativa y conseguir mejores normas⁶¹. Por más que, como veremos, en la práctica puedan persistir determinadas deficiencias, esto supone un avance en relación a la situación que acontece en algunos Estados. En todo caso, con los cambios de 2015, el sistema de calidad legislativa de la UE es el que mejor puntuación recibe en el estudio comparado del informe de la OCDE de 2018, teniendo puntuaciones muy por encima de la media en todos los parámetros⁶².

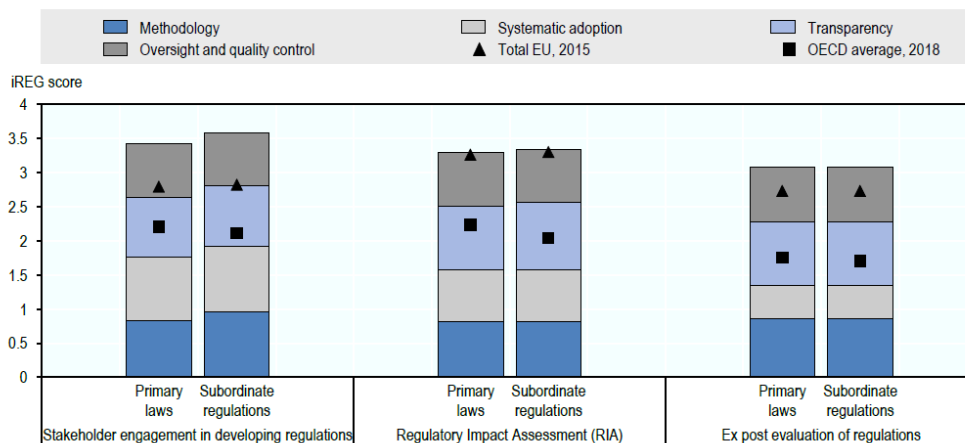
making-process/evaluating-and-improving-existing-laws/reducing-burdens-and-simplifying-law/refit-making-eu-law-simpler-and-less-costly_es (sitio web consultado el 31 de agosto de 2020).

⁶⁰ Documento “Legislar mejor haciendo balance y reafirmando nuestro compromiso”, 15 de abril 2019. Documento disponible en: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/file_import/better-regulation-taking-stock_es.pdf (sitio web consultado el 31 de agosto de 2020).

⁶¹ Además de todos los documentos institucionales antedichos, se han aprobado en los últimos años diversas normas que regulan aspectos concretos de calidad legislativa, prestando especial atención a las consultas e informes en fase prelegislativa y a los informes de impacto normativo. En los últimos años, han sido numerosos las guías, decisiones y otros documentos aprobados por la Comisión Europea en este sentido. Así, por ejemplo: Impact Assessment Guidelines de 15 de enero de 2009 (SEC (2009) 92), reformadas en 2015; Better Regulation Guidelines de 2015 (SWD(2015) 111 final), Communication to the Commission Framework for Commission Expert Groups: Horizontal Rules and Public Register, 2016 (C(2016) 3300 final), Decision of 30 May 2016 establishing Horizontal Rules on the Creation and Operation of Commission Expert Groups (C(2016) 3301 final).

⁶² Véase *OECD Regulatory Policy Outlook* 2018, pp. 184-185.

Indicators of Regulatory Policy and Governance (iREG): European Union, 2018



Notes: The more regulatory practices as advocated in the [OECD Recommendation on Regulatory Policy and Governance](#) a country has implemented, the higher its iREG score. Results presented apply to all legislation (regulations, directives and implementing and delegated acts) initiated by the European Commission, who is the sole initiator of legislation in the EU system.

Source: Indicators of Regulatory Policy and Governance Surveys 2014 and 2017, <http://oe.cd/ireg>.

A continuación, analizaremos en detalle cómo este esmero en la calidad de sus normas ha llevado a la UE a incorporar progresivamente en el proceso legislativo muchos trámites en los que pueden aportarse datos y certezas empíricas que ayuden a la toma de decisiones. Además de ello, en la UE hay diversos órganos y servicios encargados de proveer de datos a las instituciones, además de numerosos expertos internos y externos.

4.2. Datos y conocimiento científico en la Unión Europea: Joint Research Centre y Science meets Parliament

Como hemos visto, las instituciones europeas se han preocupado a lo largo de los años por incorporar datos o estudios como forma de justificación de sus decisiones legislativas. En ese sentido, las instituciones, en especial la Comisión y el Parlamento, han desarrollado órganos o iniciativas relevantes para acercar la ciencia y la academia a las instituciones.

En primer lugar, en el seno de la Comisión Europea encontramos un servicio científico denominado Centro común de investigación (*Joint Research Centre, JRC*)⁶³. Está formado por seis institutos, sites en diversas ciudades de la UE (Bruselas, Geel, Ispra, Karlsruhe, Petten y Sevilla), y su labor es asesorar a la Comisión o al legislador europeo –Parlamento y Consejo- a lo largo de todo el ciclo legislativo mediante distintos tipos de información científica en diversas áreas. Así, este organismo genera datos, informes y conocimiento basados en el método científico, para, por ejemplo,

⁶³ Véase sitio web del centro en <https://ec.europa.eu/jrc/en>. También ha información disponible en https://ec.europa.eu/info/departments/joint-research-centre_es (sitios web consultados el 31 de agosto de 2020).

realizar un análisis de alternativas, medir los impactos esperados de una determinada política o identificar problemas sociales emergentes que deben ser abordados. Sus ámbitos de estudio son numerosos e incluyen, entre otros, agricultura, energía, transporte, cambio climático, educación o políticas de seguridad –que incluye ciberseguridad, lucha contra el crimen organizado, explosivos, etc.-. El centro tiene contactos y acuerdos de colaboración con numerosas organizaciones científicas de todo el mundo. Los informes pretenden ayudar a la toma de decisiones y al diseño de las políticas públicas en la UE, aunque no son vinculantes.

Por su parte, el Parlamento Europeo viene promoviendo desde 2015 una iniciativa denominada *Science meets Parliament*⁶⁴, en cooperación con el JRC. Se trata de unos encuentros entre científicos y eurodiputados que se producen anualmente en la sede del Parlamento en Bruselas. El objetivo es favorecer el entendimiento mutuo entre científicos y legisladores, así como promover el uso de datos y conocimientos empíricos por estos últimos. Es asimismo una forma de acercar la ciencia a la sociedad y usarla también para elaborar las políticas públicas que inciden en la vida de las personas. Otra iniciativa similar a la anterior es la promovida desde 2016 por el Comité de las Regiones en colaboración con el JRC denominada *Science meets Regions*⁶⁵. Esta trata de promover también la investigación, pero en el nivel regional y local, ya que el 70% de las iniciativas legislativas y el 80% de los fondos europeos van destinados, son gestionados o implementados por entes regionales o locales.

4.3. El uso de datos científicos en el proceso de elaboración de normas penales en la Unión Europea

4.3.1. Cuestiones previas

Tras poner de manifiesto cómo la Unión Europea lleva años implicada en el aumento de la calidad legislativa, procediendo para ello a la recolección de opiniones, experiencias, datos o certezas científicas, procede ahora comprobar cómo y en qué momentos o fases del procedimiento de elaboración normativa se recogen y usan estas, prestando especial atención a las prácticas en materia penal.

Antes de ello hay que señalar que, aunque en la Unión coexisten diferentes procedimientos de elaboración de normas, el aplicable en la actualidad a la gran mayoría de materias –incluido el Derecho penal- es el procedimiento legislativo ordinario, también conocido como procedimiento de codecisión. Este es un proceso largo y complejo en el que participan las tres instituciones, Comisión, Parlamento y Consejo –además de otros organismos- con lógicas y prácticas organizativas diversas. El proceso consta, como observaremos, de diversos trámites que permiten la participación

⁶⁴ Véase más información en <https://ec.europa.eu/jrc/en/event/conference/science-meets-parliaments-2019> (sitio web consultado el 31 de agosto de 2020).

⁶⁵ Véase <https://ec.europa.eu/jrc/en/science-meets-parliamentscience-meets-regions> (sitio web consultado el 31 de agosto de 2020).

de un gran número de sujetos y el aporte de numerosos estudios y datos. El momento más relevante para recolectar datos es sin duda la denominada fase prelegislativa, aunque también puede hacerse en el resto de etapas.

4.3.2. *La fase prelegislativa*

La fase prelegislativa de cualquier procedimiento sería aquella que va desde que surge un problema social hasta que se produce la presentación de una propuesta legislativa ante el legislador, que normalmente será una cámara de representantes. Dentro de ella suelen distinguirse los procesos de surgimiento de un interés, establecimiento de la agenda política, creación de un plan de acción y formación de una propuesta legislativa⁶⁶. Es una fase bastante difusa, pues las primeras etapas carecen de institucionalización y los actores y procesos presentes en ella son variables, además de difíciles de seguir. No obstante, es una fase crucial pues en ella se conforma el texto de la propuesta normativa que a menudo es ratificado formalmente –con algunas enmiendas– en la posterior fase legislativa⁶⁷.

En la fase prelegislativa la recopilación de conocimientos y datos relevantes debe desarrollarse tanto antes como después de la creación de un plan de acción para abordar un determinado problema social. En el ámbito de la UE, la Comisión elabora un programa anual de trabajo (*Commissioin Work Programm*) en el que incluye las propuestas legislativas más relevantes, aunque hay más programas en diferentes instancias⁶⁸. En efecto, el contar con datos, estudios y asesoramiento experto ayuda a definir y diseñar planes de acción adecuados y eficaces. De ahí la relevancia de contar con expertos de manera permanente. Actualmente no es fácil saber, sin embargo, cómo se crean esos planes de acción ni quienes participan en los mismos o si el prelegislador europeo cuenta con datos y con expertos en este momento. Es lógico pensar que la reciente iniciativa de *Science meets Parliament* y el centro de investigación JRC tienen como objetivo favorecer la inclusión de expertos y científicos en estas fases tempranas de la elaboración normativa, pues más adelante se suele hacer uso de los grupos de expertos ya creados. Ante la falta de certezas al respecto, nos centramos en la recolección de datos y opiniones una vez dicho plan de acción ya ha sido creado, por lo que ya van orientados a delimitar el contenido de la subsiguiente propuesta legislativa. En este sentido sí tenemos abundante información al respecto, por más que a veces en la práctica sea difícil dilucidar qué se ha hecho o quién ha participado en una propuesta legislativa concreta⁶⁹.

⁶⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *La racionalidad de las leyes...*, op. cit., pp. 20 y ss.

⁶⁷ COBB, R. W. / ELDER, C. D., *Participation in American politics. The dynamics of Agenda-Building*, 2ª edición, The John Hopkins University Press, Baltimore, 1983, p. 12.

⁶⁸ Cada dirección general de la Comisión desarrolla unas hojas de ruta (*roadmaps*), aunque esto suele hacerse más adelante. HARDACRE, A. / AKSE, E., *How the EU Institutions work and... How to work with the EU Institutions*, John Harper Publishing, 2ª edición, London, 2015, p. 27.

⁶⁹ Uno de los tradicionales puntos de preocupación por la falta de transparencia en la UE es la participación en ella de los *lobbies* o grupos de presión, que participan en muchas de las consultas y reuniones informales

En la Unión Europea, desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, con la supresión de los pilares y la extensión del procedimiento de codecisión, la elaboración de la iniciativa legislativa está principalmente en manos de la Comisión Europea⁷⁰. Dentro de la Comisión es específicamente una unidad administrativa, perteneciente a la dirección general correspondiente por razón de la materia, la encargada de la tarea de recolección y encargo de la información necesaria (datos, informes y consultas varias), así como de la elaboración del borrador de la propuesta normativa⁷¹. En el ámbito penal, dicho órgano es la Dirección general de migración y asuntos de interior.

En esta fase hay un gran número de materiales que pueden aportarse al proceso para ayudar a decidir a los técnicos de la Comisión en la elaboración de la propuesta. Entre ellos, cabe destacar los siguientes: a) Documentos o estudios previamente elaborados o encargados por los servicios de la Comisión, así como consultas internas; b) Informes externos a grupos de estudios, agencias o consultorías, entrevistas con empresas; c) Encuentros informales, foros o conferencias organizados por la Comisión; d) Libros verdes y libros blancos; e) Consultas públicas a los ciudadanos a través de internet; e) Asesoramiento por grupos de expertos; f) Informes de evaluación de impacto normativo.

que se producen en la fase prelegislativa –y en las fases subsiguientes- para tratar de hacer valer sus intereses. Tratan de acceder principalmente a los funcionarios de las Direcciones generales de la Comisión encargados de elaborar las propuestas legislativas. Es conocido que en Bruselas tienen oficina miles de grupos de interés –se habla de entre 3500 y 4000 grupos y de entre 10.000 y 30.000 individuos- y que su influencia puede ser considerable. La UE ha tenido una actitud de tolerancia hacia estos grupos, entendiéndolos como necesarios para generar un amplio diálogo social y como garantía de la participación ciudadana en la elaboración de normas, además de constituir importantes fuentes de información. Por ello, la Unión ha fomentado un sistema de grupos de presión pluralista, al que cualquier colectivo puede acceder. No obstante, progresivamente se ha ido incrementando el interés por garantizar la transparencia y por impulsar ciertos correctivos para paliar la desigualdad de fuerzas entre los grandes grupos empresariales y los representantes de intereses sociales. La Comisión y el Parlamento impulsaron la creación del Registro de transparencia, conjunto entre ambas instituciones. La inscripción en dicho registro es voluntaria, aunque se fomenta y en los últimos años hay una iniciativa destinada en convertirla en obligatoria. También se ha establecido un código de conducta conjunto para el trato con los empleados de la Comisión y el Parlamento, que deben firmar todos los interesados inscritos en el registro. Puede accederse a los datos del registro, en lengua castellana, en <https://ec.europa.eu/transparency-register/public/homePage.do?redir=fal-se&locale=es>. La propuesta de acuerdo interinstitucional para crear un registro obligatorio (COM(2016) 627 final) puede consultarse en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CEL-EX:52016PC0627> (sitios web consultados de 31 de agosto de 2020). Paralelamente desde el ámbito privado han surgido otras formas de control de los *lobbies* en Bruselas, entre las que cabe destacar *Corporate Europe Observatory* e *Integrity Watch*. Sobre este tema, en mayor profundidad, véase CORRAL MARAVER, N., *Racionalidad legislativa y elaboración del Derecho penal en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 171 y ss.

⁷⁰ Sin embargo, su monopolio sobre el control de la iniciativa no es completo, pues precisamente en cuestiones de cooperación judicial y policial en materia penal el artículo 76 TFUE permite que un cuarto de los Estados miembros pueda proponer una iniciativa legislativa. Pese a ello, prácticamente todas las normas aprobadas en los últimos años –y todas las de Derecho penal sustantivo- lo han sido a instancia de la Comisión.

⁷¹ HARDACRE, A. / AKSE, E., *How the EU Institutions work...*, op. cit., pp. 28, 35.

- a) Documentos o estudios previamente elaborados o encargados por los servicios de la Comisión o de otros organismos europeos, así como consultas internas

En primer lugar, la Comisión Europea puede usar documentos que ya estén elaborados en otros de sus servicios⁷², o bien en otros organismos o agencias europeas⁷³. Esto tiene sentido por economía de recursos y porque gran parte de las normas elaboradas tienen carácter interdisciplinar, por lo que será necesario contar con información aportada por otras áreas. Así, en el ámbito penal esto se hizo en la elaboración de la compleja y accidentada Directiva 2017/1371/UE sobre la lucha contra el fraude a los intereses financieros de la UE⁷⁴, en la que, según se detalla en su informe de impacto, se consultó a otras direcciones generales de la Comisión y a la Oficina europea de lucha contra el fraude (OLAF).

- b) Informes externos a grupos de estudios, agencias o consultorías y entrevistas con empresas

La Comisión Europea puede consultar o encargar informes a expertos de fuera de las instituciones europeas, como organismos académicos o especialistas de diferentes sectores de actividad, grupos de estudio, agencias, consultorías, etc.⁷⁵. En ocasiones, la Comisión realiza específicamente entrevistas a empresas y organismos externos mediante diversas plataformas telemáticas⁷⁶. Las consultas externas se han dado en alguna ocasión, aunque no han sido demasiado usuales en las directivas de Derecho penal sustantivo. Como excepción cabe citar el caso de la Directiva 2017/1371/UE sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal, para la cual la Comisión encargó la elaboración de un informe al centro de investigación *Max-Planck-Institut für ausländisches und*

⁷² Suelen llevarse a cabo consultas telemáticas a través del procedimiento de consulta entre departamentos (CIS, *Consultation Inter-Services*). La Comisión, a través la secretaría general, promueve el diálogo y acuerdo entre los distintos servicios. Pese a ello, estas consultas no son vinculantes para la dirección general encargada, aunque es posible que tras estas proceda a rehacer o modificar la propuesta normativa. También se consulta siempre al servicio jurídico. HARDACRE, A. / AKSE, E., *How the EU Institutions work...*, op. cit., pp. 36-37; SZAPIRO, M. / KAEDING, M., *The European Commission: a practical guide*, John Harper Publishing, 2013, pp. 191-194.

⁷³ SZAPIRO, M. / KAEDING, M., *The European Commission...*, op. cit., p. 181

⁷⁴ Esta norma contó con mucha oposición por parte de algunos Estados, lo que provocó que su tramitación se alargara durante años y, a su vez, favoreció que se realizaran todo tipo de estudios, informes y consultas como forma de justificar su necesidad y vencer las reticencias nacionales hacia su aprobación.

⁷⁵ Acerca del uso de fuentes externas de información, la Comisión en una comunicación de 2002 establecía una serie de principios básicos -ya sugeridos en el Libro blanco de gobernanza europea de 2001- que debían regir el proceder de sus servicios a la hora de recabar este tipo de datos. Así, debe buscarse conocimiento experto de alta calidad (expertos de reconocido prestigio que actúen con independencia y que representen una pluralidad de ideas); también debe garantizarse la transparencia en la selección de los expertos y en la realización de las consultas. Por último, se debe velar porque la recogida de información sea efectiva y proporcionada a la tarea a la que va destinada. Véase, en este sentido, la Communication from the Commission on the collection and use of expertise by the Commission: principles and guidelines "Improving the knowledge base for better policies" (COM(2002) 713 final).

⁷⁶ SZAPIRO, M. / KAEDING, M., *The European Commission...*, op. cit., p. 180; HARDACRE, A. / AKSE, E., *How the EU Institutions work...*, op. cit., p. 30.

internationales Strafrecht de Friburgo⁷⁷ y también se solicitó un estudio externo⁷⁸. No hay constancia, sin embargo, de que las entrevistas se hayan usado en el ámbito penal, por estar más concebidas para otro tipo de políticas públicas.

c) Encuentros informales, foros o congresos organizados por la Comisión

Es frecuente que la Comisión Europea busque la opinión de un amplio abanico de interesados o *lobbies* (empresas, administraciones, ONGs, etc.) y expertos a través de la organización de foros, reuniones informales o conferencias. Estos pueden ser bilaterales o multilaterales⁷⁹. Los más conocidos y frecuentes son unos encuentros informales denominados *open hearings* y que consisten en reuniones multitudinarias con representantes de la sociedad civil y las administraciones públicas. Se usan para fomentar el debate sobre numerosos temas durante uno o dos días, si bien las discusiones no suelen ser profundas, dado el gran número de participantes, que puede llegar hasta las 300 personas⁸⁰.

En la tramitación de normas penales también es usual que se produzcan diversos tipos de reuniones al inicio. De hecho, casi la totalidad de las directivas en materia de Derecho penal sustantivo aprobadas en los últimos años indican en su memoria explicativa que se han organizado en el seno de la Comisión encuentros con expertos procedentes de la academia, de ONGs, de organizaciones internacionales, de gobiernos, representantes de Estados miembros... Sin embargo, no suele detallarse ni en dicha memoria ni en la evaluación de impacto quiénes participan exactamente en dichos encuentros ni el contenido de los mismos. Como excepción, debemos mencionar de nuevo la Directiva 2017/1371/UE, cuya memoria señalaba que se celebró un foro, se consultó a representantes de la asociación *Contribuyentes de Europa* y se celebró en sede de Eurojust en La Haya en junio y diciembre de 2011 un evento denominado *Forum of the prosecutors-general*, en el que a través de un cuestionario se recabó la opinión de los fiscales nacionales sobre la propuesta normativa.

d) Libros verdes y libros blancos

Los libros verdes y los libros blancos son un tipo de consulta que la Comisión ha venido desarrollando desde hace décadas para promover un diálogo político y social sobre determinadas materias relevantes para la UE⁸¹. Los libros verdes consisten un

⁷⁷ WADE, M., *Evaluating the needs for and the needs of a European Criminal Justice System*, Freiburg 2011. Disponible en http://www.mpicc.de/shared/data/pdf/euroneeds_report_jan_2011.pdf (última consulta el 14 de enero de 2019, actualmente no disponible).

⁷⁸ Contrato nº JUST/2011/EVAL/FW/1023/A4 – “Study on the legal framework for the protection of EU financial interests by criminal law”, elaborado en febrero de 2012.

⁷⁹ Para favorecer la transparencia y evitar suspicacias respecto a estos encuentros deben ser publicados en el registro de transparencia conjunto de la Comisión y el Parlamento. SZAPIRO, M. / KAEDING, M., *The European Commission...*, op. cit., p. 181.

⁸⁰ SZAPIRO, M. / KAEDING, M., *The European Commission...*, op. cit., p. 180; HARDACRE, A. / AKSE, E., *How the EU Institutions work...*, op. cit., p. 29.

⁸¹ HARDACRE, A. / AKSE, E., *How the EU Institutions work...*, op. cit., pp. 29-30

documento público que contiene una propuesta de actuación por la Comisión en relación a un determinado asunto. Normalmente se colgará en la página electrónica de la dirección general competente por razón de la materia. Dicho documento no debe ser muy extenso y ha de traducirse a todas las lenguas oficiales. Una vez publicado el documento, los grupos de presión, interesados y público en general tienen un plazo para responder y transmitir su opinión al respecto. Por su parte, los libros blancos son similares a los anteriores, pero más detallados, conteniendo propuestas legislativas más concretas. Estos se hacen cuando la acción a seguir en una determinada política pública está ya más planificada y definida.

Este tipo de consultas se ha realizado en numerosas materias, entre las que se incluye el área de libertad, seguridad y justicia, especialmente durante la época del tercer pilar y antes del Tratado de Lisboa. En aquella época se elaboraron diversos libros verdes y algún libro blanco sobre cuestiones relacionadas con Derecho penal sustantivo y procesal⁸². En todo caso, en los últimos años ha proliferado otro tipo de consultas a través de internet en el marco de los informes de evaluación de impacto y estos instrumentos han ido, en consecuencia, cayendo en desuso, al menos en lo que respecta al ámbito penal.

e) Consultas públicas a los ciudadanos a través de internet

En la actualidad las consultas a través de internet son ampliamente usadas por las Comisión Europea y se les otorga mucha relevancia en el procedimiento, habiéndose potenciado su utilización en los últimos años⁸³. Con ellas se pretende obtener la opinión de un amplio número de interesados de diverso tipo, como juristas, autoridades, empresas, académicos, organizaciones internacionales, ONGs, sociedad civil y público general. De esa forma se fomenta la participación de la sociedad en la elaboración de las normas y permite adquirir conocimiento de, por ejemplo, impactos sociales que de otro modo no hubiesen sido tenidos en cuenta.

⁸² Entre los libros verdes, destacan los siguientes: Libro verde sobre la protección de los menores y de la dignidad humana en los nuevos servicios audiovisuales y de información (COM/96/0483 final); Libro verde sobre la protección penal de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo (COM/2001/0715 final); Libro verde - Indemnización a las víctimas de delitos (COM/2001/0536 final); Libro verde de la Comisión - Garantías procesales para sospechosos e inculpados en procesos penales en la Unión Europea (COM/2003/0075 final); Libro verde sobre el reconocimiento mutuo de las medidas de control no privativas de libertad (COM/2004/0562 final); Libro verde sobre la aproximación, el reconocimiento mutuo y la ejecución de penas en la Unión Europea (COM/2004/0334 final); Libro verde - Reforzar la confianza mutua en el espacio judicial europeo - Libro verde relativo a la aplicación de la legislación de justicia penal de la UE en el ámbito de la detención (COM/2011/0327 final). Respecto a los libros blancos en esta materia, el más relevante es el Libro blanco relativo al intercambio de información sobre condenas penales y al efecto de éstas en la Unión Europea (COM/2005/0010 final). Todos ellos disponibles en diferentes versiones lingüísticas, incluida la versión castellana, en la base de datos EUR-LEX.

⁸³ De hecho, en la Comunicación de la Comisión de 2015 “*Better regulation for better results – An EU Agenda*”, en las directrices para la mejora de la legislación (Better Regulation Guidelines) de 2015 y en el posterior Acuerdo interinstitucional de 2016 se refleja la obligación de realizar consultas públicas a través de internet durante al menos 12 semanas en todas las iniciativas legislativas que conlleven informes de evaluación de impacto, salvo en casos excepcionales y justificados.

Normalmente las consultas se realizan a través de un cuestionario no demasiado extenso con diversos formatos de pregunta (selección, respuesta múltiple, puntuación en una escala y algunas respuestas breves) que normalmente –pero no siempre– es traducido a todas las lenguas oficiales⁸⁴. La consulta suele permanecer abierta unos 3 meses. Los cuestionarios normalmente incluyen un breve estado de la cuestión y algunos documentos anexos. Según afirma la propia Comisión, la participación en las consultas es alta, si bien varía en función de la materia⁸⁵.

Las consultas se publicaban hasta hace pocos años en un portal especial llamado *Tu voz en Europa*, que dejó de estar operativo. En su lugar, pasaron a publicarse en otro sitio web de la Comisión Europea, aunque a menudo también podían hallarse consultas públicas en otras páginas electrónicas diferentes, lo cual creaba confusión y dificultaba las búsquedas⁸⁶. Recientemente la Comisión ha creado otro sitio web llamado *Díganos lo que piensa*, que pretende contrarrestar estas críticas y unificar las consultas para facilitar el acceso a los interesados⁸⁷.

Estas consultas son frecuentes en todo tipo de normas, también en aquellas relativas al Derecho penal, aunque en el momento de escribir estas líneas no hay abierta ninguna en este ámbito⁸⁸. La dirección general actualmente a cargo de cuestiones penales, la de Migración y Asuntos de Interior, tampoco tiene en este momento documentos abiertos a consulta en su página⁸⁹.

La realización sistemática de las consultas telemáticas en la fase prelegislativa sin duda merece una valoración muy positiva. Sin embargo, en otro trabajo hemos tenido ocasión de señalar algunas de sus deficiencias. En especial, el hecho de que las cuestiones planteadas sean demasiado complejas para el ciudadano medio, que muchas preguntas estén redactadas para ser contestadas siempre de manera afirmativa y sostener así la postura de la Comisión Europea, o que a veces algunos documentos no

⁸⁴ Como consecuencia de la puesta en marcha del programa de mejora de la legislación de 2015 se ha aumentado el número de consultas ciudadanas que son traducidas.

⁸⁵ Informe “Legislar mejor haciendo balance y reafirmando nuestro compromiso”, 15 de abril 2019, pp. 8-9.

⁸⁶ Así, en las respectivas páginas webs de las direcciones generales y a veces en otras páginas institucionales se encuentran consultas relativas, no a iniciativas legislativas, sino a programas de trabajo o a estrategias políticas.

⁸⁷ Se pretende así facilitar un fácil acceso a todos los tipos de consulta, tanto respecto a las propuestas legislativas como a las hojas de ruta. Se incluye ahora la novedosa posibilidad de que los ciudadanos puedan incluso emitir su opinión sobre iniciativas legislativas ya completas y enviadas al Parlamento y al Consejo. Véase <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say> (sitio web consultado el 31 de agosto de 2020).

⁸⁸ En 2017 se realizó una consulta sobre acceso transnacional a pruebas electrónicas en investigaciones penales. Disponible en: https://ec.europa.eu/info/consultations/public-consultation-improving-cross-border-access-electronic-evidence-criminal-matters_es sitio web consultado el 31 de agosto de 2020).

⁸⁹ Pueden visitarse las consultas abiertas o cerradas en: https://ec.europa.eu/home-affairs/what-is-new/public-consultation_en (sitio web consultado el 31 de agosto de 2020). Con todo, en el pasado ha tenido abiertas algunas en esta rama como, por ejemplo, una relativa a la propuesta de la que ha acabado siendo la reciente Directiva 2019/713/UE de 17 de abril de 2019 sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo, cuyo plazo cerró el 24 de mayo de 2017.

estén traducidos, suponiendo ello una barrera a determinados interesados no profesionales⁹⁰. Algunos de estos problemas han sido reconocidos por la propia Comisión Europea en su reciente informe de valoración del programa de mejora de la legislación publicado en 2019, comprometiéndose a atajarlos en el futuro⁹¹.

f) Asesoramiento por grupos de expertos en el seno de la Comisión Europea

Los grupos de expertos son una importante fuente de información ante la creciente complejidad de la realidad social, y, por tanto, de la política legislativa en determinados ámbitos. Esto ha provocado que la Comisión haya sentido la necesidad de asesorarse sobre los problemas y la mejor forma de afrontarlos⁹². De ahí que se haya esforzado en constituir numerosos grupos de expertos en su seno, elegidos en función a la materia. En la actualidad existen unos 800 grupos de expertos vinculados a la Comisión, de los cuales el 95% de ellos son grupos informales, y solo el 5% está formalmente constituido⁹³. Sus opiniones e informes son de gran utilidad, pero en ningún caso vinculantes para la Comisión. La proliferación de estos grupos y su creciente relevancia creó dudas en cuanto a la transparencia de los mismos. De ahí que se procediera a crear un registro de grupos, en el que puede consultarse su composición y diversos datos⁹⁴. Además, la Comisión Europea adoptó en 2016 una decisión en la que explicaba quiénes pueden formar parte de un grupo de expertos⁹⁵.

Hay diversos grupos que pueden asesorar en asuntos penales. En primer lugar, merece destacarse el grupo permanente de expertos en política criminal, formalmente constituido en 2012⁹⁶. Dicho grupo, creado por indicación de la Comunicación de 2011 sobre política criminal europea (COM (2011) 573 final), se encarga de asesorar a la Comisión en la elaboración de las normas penales. Se persigue conformar una política criminal que sea coherente y consistente y, para ello, debe proveer de datos empíricos. El grupo está constituido por unos 20 expertos de alto nivel y de diversas

⁹⁰ Sobre esto, véase más extensamente. CORRAL MARAVER, N., *Racionalidad legislativa y elaboración del Derecho penal...*, op. cit., pp. 153-155. Sostiene críticas similares, MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., *El legislador penal europeo...*, op. cit., pp. 657-662

⁹¹ Informe “Legislar mejor haciendo balance y reafirmando nuestro compromiso”, 15 de abril 2019, p. 9.

⁹² Véase Impact Assessment Guidelines de 15 de enero de 2009 (SEC (2009) 92), p. 18; HARDACRE, A. / AKSE, E., *How the EU Institutions work...*, op. cit., pp. 31-32. También hay numerosa información disponible sobre los grupos en <http://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?do=faq.faq&aide=2> sitio web consultado el 31 de agosto de 2020).

⁹³ HARDACRE, A. / AKSE, E., *How the EU Institutions work...*, op. cit., p. 31.

⁹⁴ Puede consultarse en <http://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm> sitio web consultado el 31 de agosto de 2020).

⁹⁵ Más en detalle, respecto a las reglas de creación de estos grupos, veáanse Commission Decision of 30.5.2016 establishing horizontal rules on the creation and operation of Commission expert groups (C(2016) 3301 final) y Communication to the Commission framework for Commission expert groups: horizontal rules and public register (C(2016) 3300 final). Documentos disponibles en http://ec.europa.eu/transparency/regexpert/PDF/C_2016_3301_F1_COMMISSION_DECISION_PLUS_ANNEXES_EN.pdf sitio web consultado el 31 de agosto de 2020).

⁹⁶ Commission Decision of 21 February 2012 on setting up the expert group on EU criminal policy (2012/C 53/05). Este grupo aparece inscrito en el registro con el código E02760.

nacionalidades, que son académicos o juristas prácticos, como jueces o fiscales, seleccionados discrecionalmente por la Comisión. Por lo que hemos podido saber, en la práctica las reuniones del grupo son escasas, una o dos veces al año. También se observa una disparidad de aproximaciones hacia la materia penal entre académicos, más preocupados por garantías jurídicas, y prácticos, enfocados en la perseguibilidad y la eficacia de las intervenciones. También ocurre esto entre todos ellos y los funcionarios de la Comisión, pues cuando se defienden determinadas garantías o límites a la legislación penal, estos últimos suelen alegar que esas medidas no serán aceptadas por el Parlamento o el Consejo, los cuales priorizan el rigor y la eficacia en temas penales. Por ese motivo y, pese a lo positivo que es la existencia de un grupo de este tipo en la UE, su influencia real en la elaboración de la política criminal europea es bastante escasa. También puede cuestionarse la selección de expertos, quizá algo benevolente con los planteamientos de la Comisión, y el hecho de que no incorpore a otro tipo de especialistas, además de juristas, que puedan aportar mayores datos empíricos. En este sentido, sería deseable la intervención de científicos sociales, politólogos o criminólogos.

Además de este grupo en política criminal, existen muchos otros que eventualmente pueden ser consultados sobre asuntos penales⁹⁷. En el pasado, de hecho, se ha consultado a algunos grupos en la elaboración de determinadas directivas penales. Así, se consultó al grupo de expertos de trata de seres humanos de la Comisión en la elaboración de la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, y también en la Directiva 2011/92/UE relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil.

g) Informes de evaluación de impacto normativo

Desde hace años la Comisión Europea ha venido preparando en la fase prelegislativa unos importantes documentos denominados informes de evaluación de impacto normativo⁹⁸. Estos sirven, según la propia Comisión, para preparar los materiales empíricos que deben informar a los legisladores sobre las ventajas, desventajas

⁹⁷ Cabe mencionar, sin pretensión de exhaustividad, los siguientes: Procedural criminal law (E00636), Commission stakeholder expert group on public procurement (E02807), EU high level group on combating racism, xenophobia and other forms of intolerance (E03425), Expert group on the rights of the child (E02884), Forum on organised crime prevention (E00622), Expert group on policy needs for data on crime (Crime Statistics) (E02837), Expert group trafficking in human beings (E02722).

⁹⁸ La primera breve referencia a informes de este tipo se encuentra en el Libro blanco sobre gobernanza europea de 2001 (COM (2001) 428 final), aunque no son mencionados expresamente hasta un año más tarde, en la Communication from the Commission on impact assessment (COM (2002) 276 final). A partir de 2003 el sistema empieza a implantarse paulatinamente en las principales iniciativas legislativas y comienzan a llevarse a cabo algunas experiencias piloto. Posteriormente, en el marco del acuerdo interinstitucional «Legislar mejor» (2003/C 321/01) se acuerda su uso más frecuente. El sistema de evaluación de impacto ha sido revisado en varias ocasiones, para introducir mejoras. En 2009 se aprobaron unas directrices dirigidas a los empleados de la Comisión que indican cómo elaborar los informes (SEC (2009) 92), levemente reformadas por el ya mencionado programa de mejora de la legislación de 2015.

e impactos de las distintas opciones políticas disponibles. El informe persigue que las propuestas normativas llevadas a cabo por la Comisión se basen en datos “equilibrados, transparentes y comprensivos” y que sean respetuosas con los derechos fundamentales y con los principios de proporcionalidad y subsidiariedad⁹⁹. Constituye, además, una ayuda para los legisladores europeos –Parlamento y Consejo-, sin prejuzgar el derecho de estos a proponer enmiendas al texto de la propuesta ni pretender sustituir la decisión política. Es un documento de capital importancia para entender los motivos –más o menos fundados- que han llevado a la Comisión Europea a querer resolver un determinado problema social con una propuesta legislativa concreta. Es la Comisión la que decide, en su plan anual normativo, qué propuestas llevan informe, aunque progresivamente se ha extendido a casi todas las iniciativas normativas.

Este informe debe incluir y sistematizar todas las consultas realizadas, los estudios usados o encargados y todos los datos y conocimientos considerados para elaborar la propuesta normativa. Esto incluye todas las consultas ya mencionadas en este trabajo, así como cualquier otro tipo de material usado, como por ejemplo, los informes de evaluación de impacto anteriores que puedan ser de interés o las estadísticas existentes a nivel europeo¹⁰⁰. El órgano encargado de redactar el informe de evaluación de impacto es la unidad encargada de la elaboración de la propuesta legislativa dentro de la dirección general correspondiente en función de la materia, si bien cuenta con el asesoramiento de otros servicios¹⁰¹. Elaborado el informe, debe pasar una serie de controles de calidad administrativos para su validación¹⁰². El proceso de elaboración es, como vemos, complejo y normalmente requiere al menos un año o 18 meses para concluirse¹⁰³.

⁹⁹ Impact Assessment Guidelines de 15 de enero de 2009 (SEC (2009) 92), p. 6.

¹⁰⁰ Entre ellas, cabe destacar el barómetro de opinión *Eurostat* o, más específicamente en el ámbito penal, el *European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics* y la *International Crime Victims Survey*. Pese a la existencia de estas relevantes estadísticas europeas lo cierto es que en la práctica están infrutilizadas y no suelen mencionarse en los informes de evaluación de impacto de las directivas en materia penal o procesal penal. En este sentido, véase PÉREZ CEPEDA, A., “Estadísticas sobre criminalidad en la Unión Europea”, en NIETO MARTÍN, A. / MUÑOZ DE MORALES ROMERO M. / BECERRA MUÑOZ, J., *Hacia una evaluación de las leyes penales*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 52-61, 63-64.

¹⁰¹ Así, cada dirección general en la Comisión suele tener una unidad especializada en evaluaciones de impacto, la cual tiene mayor experiencia en este tipo de trabajo y se encarga de asesorar a la unidad encargada de la propuesta a la hora de elaborar el informe. También hay unidades especializadas en derechos fundamentales. Además, existe el denominado Grupo de coordinación interdepartamental (*Interservice Steering Group* (ISG)), que se ocupa de asesorar en la realización de las consultas y en la elaboración del informe. La secretaria general de la Comisión también presta asistencia a las unidades. AKSE, E., *Influencing the Preparation of EU Legislation: A Practical Guide to Working with Impact Assessments*, John Harper Publishing, London, 2013, p. 114-115, 117-119, 127-129; HARDACRE, A. / AKSE, E., *How the EU Institutions work...*, op. cit., p. 29; Impact Assessment Guidelines (SEC (2009) 92), pp. 8-9.

¹⁰² Debe ser validado por el Comité de control reglamentario (*Regulatory Scrutiny Board*). Dicho órgano da soporte técnico y metodológico a las unidades encargadas de la iniciativa y puede sugerir modificaciones al informe. SZAPIRO, M. / KAEDING, M., *The European Commission...*, op. cit., p. 166; Impact Assessment Guidelines (SEC (2009) 92), p. 10.

¹⁰³ AKSE, E., *Influencing the Preparation of EU Legislation...*, op. cit., p. 121, 125-126.

Existen unas directrices muy detalladas sobre cómo realizar las consultas, cómo recopilar los datos y detalles técnicos y sobre el estilo a la hora de elaborar el informe¹⁰⁴. Así, los informes deben seguir la misma estructura, no superar las 30 páginas de extensión y estar redactados de manera clara y comprensible para un lector no experto. Pueden realizarse en alemán, francés o inglés –si bien normalmente se hacen en esta última lengua- y no suelen traducirse en su totalidad, aunque sí un breve resumen del mismo¹⁰⁵. Con el objetivo de conseguir cierta homogeneidad en los informes, las directrices señalan que este debe responder a una serie de preguntas básicas, que son sustancialmente las siguientes: 1) ¿Cuál es el problema y por qué estamos ante un problema?, 2) ¿Por qué debe actuar la UE y no basta la acción de los Estados?, 3) ¿Qué objetivos se pretenden conseguir con la actuación?, 4) ¿Cuáles son las diferentes opciones para alcanzar esos objetivos?¹⁰⁶, 5) ¿Cuál es el impacto económico, social y medioambiental de cada opción y quién se verá afectado?, 6) ¿Cómo se pueden comparar las diversas opciones en términos de eficacia y eficiencia (coste-beneficio)?, 7) ¿Cómo se organizará el control y la subsiguiente evaluación *ex-post*?

Los informes de evaluación de impacto se han llevado a cabo en todas las directivas aprobadas hasta la fecha en materia de Derecho penal sustantivo desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, excepto en la Directiva 2017/541/UE, relativa a la lucha contra el terrorismo. En este caso se alegaron motivos de urgencia tras los atentados de París de noviembre de 2015 para eludir la elaboración del informe y agilizar así el procedimiento.

La progresiva generalización de un sistema de evaluación prelegislativa en la mayoría de las normas de la UE es un hecho muy positivo. Los informes que realizan los servicios de la Comisión Europea permiten la participación de muchos sujetos en el procedimiento y posibilitan la incorporación de todo tipo de estudios, datos y conocimiento experto en el proceso de toma de decisiones. Ello permite valorar los diferentes intereses e impactos y crear decisiones políticas más informadas -presumiblemente de mejor calidad-, a la vez que se dota de mayor transparencia al procedimiento legislativo. Con todo, persisten numerosas críticas sobre la insuficiente metodología de los informes o sus deficientes o inconsistentes argumentaciones¹⁰⁷. En efecto, si nos centramos en los informes que acompañan a las directivas en materia

¹⁰⁴ Impact Assessment Guidelines (SEC (2009) 92), pp. 18 y ss.; AKSE, E., *Influencing the Preparation of EU Legislation...*, op. cit., p. 48

¹⁰⁵ Véanse, Impact Assessment Guidelines (SEC (2009) 92), pp. 9-10 (y modelo en anexo 4); Better Regulation Guidelines (SWD(2015) 111 final), pp. 31, 48.

¹⁰⁶ Entre las diversas opciones están: no realizar cambios, mejorar la implementación de la política, otra aproximación política, regulación a través de un instrumento legislativo vinculante o no vinculante, etc. La Comisión normalmente se decanta por una de las opciones, la que considera más adecuada. Véase, AKSE, E., *Influencing the Preparation of EU Legislation...*, op. cit., p. 84.

¹⁰⁷ MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., “Deberes de motivación y de argumentación del legislador penal europeo en torno a los derechos fundamentales”, en DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. / NIETO MARTÍN, A. (COORD.), *Derechos fundamentales en el Derecho penal europeo*, 2010, p. 496.

penal aprobadas en los últimos años¹⁰⁸, observamos que no se caracterizan por su profundidad¹⁰⁹, ni por contar con datos fiables respecto a los fenómenos delictivos a abordar ni por usar numerosos datos o estudios –incluso a veces no se citan los utilizados, lo que les resta credibilidad-¹¹⁰. Tampoco se justifica el cumplimiento de los principios de proporcionalidad o subsidiariedad –salvo alusiones formales y superficiales- o de los derechos fundamentales y, en algún caso, encontramos la atrevida afirmación de que la norma no tiene impacto económico alguno¹¹¹. En definitiva, pese a que el sistema europeo de evaluación de impacto en materia penal es un ejemplo positivo, ello no significa que no sea todavía susceptible de perfeccionamiento¹¹², como ha sido puesto de manifiesto por la propia Comisión recientemente, al reconocer que debe mejorarse la profundidad y la legibilidad de estos informes, en especial las argumentaciones sobre el principio de subsidiariedad, que, según dice el informe, “suelen ser bastante generales, demasiado legalistas y formalistas”¹¹³.

4.3.3. *La fase legislativa*

La fase legislativa se inicia con el envío de la iniciativa legislativa, con independencia de qué órgano la elabore, al legislador y se extiende hasta que la norma es aprobada, publicada en el correspondiente diario oficial y se produce, a menudo tras un periodo de *vacatio*, su entrada en vigor. Normalmente el legislador será una cámara de representantes, pero hay procedimientos y países en los que puede ser un órgano distinto del parlamento. En la Unión Europea y bajo el procedimiento legislativo ordinario, la fase legislativa está dominada por dos órganos, el Parlamento Europeo y el Consejo, siendo este último un órgano de carácter ejecutivo y no parlamentario. El que ambos actúen ahora en posición de práctica igualdad, como colegisladores, contribuye al balance de fuerzas y equilibrios en la UE entre los Estados, representados en el Consejo, y los intereses propiamente europeos defendidos en el Parlamento, que es el órgano que ostenta mayor legitimidad democrática.

El procedimiento legislativo ordinario en la UE es largo, complejo y aparece muy

¹⁰⁸ Los documentos pueden encontrarse en la sección de procedimiento legislativo del sitio web EUR-LEX.

¹⁰⁹ Con la excepción del profuso informe de evaluación de impacto que acompañó a la propuesta de la que acabaría siendo la Directiva 2017/1371/UE, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión.

¹¹⁰ Así ocurre en la Directiva 2011/92/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil.

¹¹¹ De nuevo se produce esto en la Directiva 2011/92/UE. No obstante, en la memoria explicativa de la propuesta legislativa de dicha norma se señalaba –de manera excepcional- que en caso de ser necesario podría recurrirse a fondos de la UE para financiar la aplicación de estas normas en los Estados. MUÑOZ DE MORALES también ha llamado la atención sobre este hecho en relación a las normas del antiguo tercer pilar; véase, MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., “Deberes de motivación y de argumentación del legislador...”, op. cit., p. 507.

¹¹² Sobre las críticas al sistema de evaluación de impacto, véase CORRAL MARAVER, N., *Racionalidad legislativa y elaboración del Derecho penal...*, op. cit., pp. 167 y ss.

¹¹³ Informe “Legislar mejor haciendo balance y reafirmando nuestro compromiso”, 15 de abril 2019, p. 10.

institucionalizado y regulado, tanto en el artículo 294 TFUE como en los respectivos reglamentos de las instituciones¹¹⁴. Se compone de hasta tres fases o lecturas en el Parlamento y en el Consejo, si bien la mayoría de los asuntos se dirimen en la primera lectura, que no está sujeta a plazo y otorga mayor flexibilidad para los debates¹¹⁵. Ambos órganos trabajan sobre la propuesta de la Comisión Europea y proponen enmiendas a la misma. Para que la propuesta legislativa sea finalmente adoptada deben acordar un texto de compromiso, lo que lleva a celebrar desde hace años reuniones informales, de manera que los debates públicos pierden trascendencia. Para que un texto sea aprobado ha de recibir normalmente el voto afirmativo de la mayoría cualificada del Consejo y la mayoría simple del Parlamento¹¹⁶.

En la fase legislativa hay un menor aporte de conocimientos y datos que en la previa fase prelegislativa dominada casi en exclusiva por la Comisión. Ahora ya no se trata de decidir el tipo de política a planificar y los objetivos a lograr antes de plasmarlos en una propuesta legislativa, sino que el trabajo de los legisladores consiste en proponer enmiendas a la propuesta ya presentada, por más que dichas enmiendas puedan ser numerosas y relevantes. No obstante, todavía hay posibilidades de introducir datos científicos en esta fase, por diferentes actores y en diversos momentos.

En cuanto a los actores, la incorporación de datos y conocimientos científicos al procedimiento legislativo puede ser promovida por los propios legisladores, como soporte para la elaboración de enmiendas, pero también por otros órganos que tienen la facultad de participar en el procedimiento. Respecto a los legisladores, tanto el Parlamento como el Consejo pueden incluso realizar evaluaciones de impacto en relación a las enmiendas de mayor entidad que formulen a las propuestas de la Comisión. La elaboración de un informe de evaluación de impacto conlleva, como hemos visto, la realización de consultas diversas a otros órganos, expertos e interesados y, por lo tanto, supondrá una inmejorable ocasión para incorporar datos al proceso de elaboración normativa en la UE, también en sede legislativa. La conveniencia de que se hagan evaluaciones de este tipo también respecto a las enmiendas ha sido defendido en diversos documentos, como particularmente en la comunicación de la Comisión *Better regulations for better results* de 2015. Lo lógico es que esto se haga

¹¹⁴ Véanse el reglamento interno del Consejo (Decisión del Consejo de 1 de diciembre de 2009 por la que se aprueba su Reglamento interno (2009/937/UE) y el reglamento interno del Parlamento Europeo (2014-2019). Más información sobre el procedimiento en: <http://www.europarl.europa.eu/ordinary-legislative-procedure/en/ordinary-legislative-procedure.html> (sitio web consultado el 31 de agosto de 2020).

¹¹⁵ Véase el informe de actividad “Development and Trend of the Ordinary Legislative Procedure”, 1st July 2014- 1 July 2019. (8ª legislatura), pp. 3-4. Texto disponible en: http://www.epgencms.europarl.europa.eu/cmsdata/upload/db42253a-1064-4e52-bbd7-04c3ba88d0ca/activity-report-2014-2019_en.pdf (sitio web consultado el 31 de agosto de 2020).

¹¹⁶ Esta es la regla general, si bien el sistema de votaciones es complejo y depende de múltiples factores, como la lectura en que se encuentre el procedimiento o si las enmiendas han sido o no aceptadas por la Comisión Europea. Véase, CORRAL MARAVER, N., *Racionalidad legislativa y elaboración del Derecho penal...*, op. cit., pp. 208 y ss.

principalmente cuando alguno de los colegisladores se oponga a una propuesta de la Comisión o a una parte de la misma y quiera justificar su postura de cara a las negociaciones. Por ahora, el Consejo no ha demostrado demasiado interés en realizar estas evaluaciones *ex ante*, pues, aunque ha creado un servicio al efecto, aún no ha hecho uso de él. Por el contrario, el Parlamento ha creado un servicio administrativo para la elaboración de estos estudios e informes, que está en funcionamiento, aunque de momento el número de evaluaciones realizadas en relación a las enmiendas es todavía escaso. Según datos de la Comisión Europea el número total de evaluaciones de impacto realizadas por el Parlamento a enmiendas ascendía a 40 a mediados de 2019¹¹⁷. Los legisladores pueden también solicitar informes y estudios a organismos y grupos externos o a sus servicios internos¹¹⁸.

En el procedimiento legislativo ordinario pueden participar también órganos consultivos y diferentes entidades y agencias europeas, cuyas aportaciones son otra buena oportunidad de incorporar datos al proceso. De hecho, el trámite está pensado para permitir que agentes sociales institucionalizados u organismos especializados den su opinión respecto a las propuestas legislativas. En primer lugar, cabe citar al Comité de las Regiones y al Consejo Económico y Social, cuya participación en el procedimiento está regulada. Así, la Comisión Europea debe enviar a estos órganos la propuesta legislativa a la vez que la remite a los colegisladores. La consulta es preceptiva, pero la emisión del informe es facultativa y, por supuesto, no resulta vinculante para los legisladores. Es de lamentar que hasta la fecha este cauce no haya resultado de especial relevancia, al menos en lo que respecta al ámbito penal. Esto se debe a que, estos órganos no se muestran demasiado activos y a que, cuando intervienen, sus informes no son de demasiada relevancia ni tienen especial profundidad, normalmente limitándose, con escasas pero notables excepciones, a avalar sin demasiada crítica la propuesta legislativa de la Comisión¹¹⁹, sin aportar datos de significancia. Además de estos, hay otros órganos europeos que pueden emitir informes

¹¹⁷ Informe “Legislar mejor haciendo balance y reafirmando nuestro compromiso”, 15 de abril 2019, p. 13

¹¹⁸ Un ejemplo lo constituye el extenso informe “How does organised crime misuse EU funds?” encargado por el Parlamento Europeo a su Dirección general de políticas de interior y publicado en 2011. Este quería hacer recomendaciones respecto a la política antifraude con ocasión de la tramitación de la Directiva 2017/1371/UE sobre la lucha contra el fraude a los intereses financieros. Puede consultarse el documento en: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/00e7f1b2-283d-4b3e-86b3-79f225d0caa5> (sitio web consultado el 31 de agosto de 2020).

¹¹⁹ El Comité de las Regiones no suele pronunciarse en las directivas de Derecho penal, excepto en la tramitación de la Directiva 2017/1371/UE sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión, en la que emitió un informe que se limitaba a apoyar la propuesta de la Comisión. El Consejo Económico y Social, por su parte, se muestra más activo en materia penal, aunque sus informes también suelen ser poco críticos y complacientes con la Comisión. Como excepción cabe citar el informe elaborado por este organismo respecto a la propuesta legislativa de la que sería la Directiva 2017/541/UE, relativa a la lucha contra el terrorismo, que fue muy duro con la Comisión al señalar que la propuesta no cumplía suficientemente con el principio de legalidad en su vertiente de taxatividad, que adelantaba excesivamente las barreras de protección penal y que no defendía suficientemente los derechos fundamentales recogidos en la Carta de Derechos fundamentales de la UE (CDFUE). Es un informe basado en una argumentación jurídica pero no sustentado en datos o conocimientos empíricos.

en el procedimiento, como el Banco Central, el Tribunal de Cuentas, el Supervisor de Datos, etc.

En cuanto al momento en el que procede aportar los datos en la fase legislativa, aunque puede hacerse durante todo el proceso, es en la etapa de primera lectura donde podrán proponerse la mayoría de los mismos. Esto se debe a que, además de ser la fase donde suelen acabar la gran mayoría de los procedimientos, en ella todavía participan determinados interesados y es cuando se elaboran las enmiendas. En las fases subsiguientes, de haberlas, esto cambia, pues en segunda y tercera lectura se trabaja con la posición –texto propuesto– del Parlamento y del Consejo en primera o segunda lectura, limitándose considerablemente la posibilidad de introducir nuevas enmiendas o de cambiar la propuesta por la Comisión¹²⁰. Además, es en esta fase de primera lectura donde tienen lugar la mayor parte de las reuniones informales llamadas *triálogos*¹²¹ en las que realmente se producen las deliberaciones y discusiones sobre la propuesta y las enmiendas. Estos encuentros –de duración y frecuencia variable– pretenden alcanzar consensos y sacar adelante los textos y es aquí donde acontecen los debates más sustanciosos¹²², aunque su transparencia es prácticamente nula¹²³, ya que se celebran a puerta cerrada y los documentos allí tratados rara vez se hacen públicos¹²⁴. En definitiva, al ser los *triálogos* especialmente relevantes en el

¹²⁰ LELIEVELDT, H. / PRINCEN, S., *The politics of the European Union*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, pp. 90-91; HARDACRE, A. / AKSE, E., *How the EU Institutions work...*, op. cit., pp. 167-169. Más en detenimiento, en CORRAL MARAVER, N., *Racionalidad legislativa y elaboración del Derecho penal...*, op. cit., pp. 218-220.

¹²¹ Estos son reuniones informales que se producen de forma regular entre los representantes de la Comisión, el Parlamento y el Consejo. Normalmente están compuestos por un reducido número de miembros de la comisión parlamentaria y del grupo de trabajo del Consejo encargados de la propuesta. Los triálogos no aparecen expresamente reconocidos en los tratados, aunque constituyen una práctica institucional existente desde la creación del procedimiento de codecisión, y que ahora es cotidiana al haberse convertido este en el procedimiento legislativo ordinario. HARDACRE, A. / AKSE, E., *How the EU Institutions work...*, op. cit., pp. 157 y ss.

¹²² RASMUSSEN, A. / REH, C., “The consequences of concluding codecision early: trilogues and intra-institutional bargaining success”, *Journal of European Public Policy*, 20:7, 2013, pp. 1006-1007; HARDACRE, A. / AKSE, E., *How the EU Institutions work...*, op. cit., p. 163.

¹²³ Los *triálogos* no incomodan especialmente en el Consejo, cuyo interés en desarrollar medidas de transparencia es escaso. Sin embargo, para el Parlamento suponen una merma a su legitimidad y a su propia credibilidad. Por eso, este órgano ha establecido dentro de su reglamento interno reglas de buenas prácticas y ha elaborado un código de conducta para negociar en el contexto del procedimiento legislativo ordinario, en el que aparecen la obligación de los participantes de dar cuenta de la negociación informal a la comisión parlamentaria y algunas otras sobre la composición del equipo negociador. Véanse en este sentido, *Joint declaration on practical arrangements for the codecision procedure* (2007/C 145/02), los artículos 73 y 74 del reglamento interno del Parlamento y el código de conducta anexo.

¹²⁴ Las críticas a este tipo de reuniones son muy numerosas y son variados los órganos y grupos que abogan por mayor transparencia en estas reuniones. Ya en 2012 Transparencia Internacional señaló las reuniones en triálogos como uno de los principales puntos ciegos de la UE. Véase “2012 Transparency International European Union Integrity System”, disponible en https://transparency.eu/wp-content/uploads/2016/10/EU_Integrity_System_Report.pdf (sitio web consultado el 31 de agosto de 2020).

En 2015 el Defensor del pueblo europeo, formuló una petición (Caso OI/8/2015/JAS) a las tres instituciones sobre la necesidad de aportar transparencia a estos encuentros, con prácticas como publicar las fechas de celebración, las agendas y los participantes en los mismos. Véase <https://www.ombudsman.europa.eu/press/release.faces/en/69214/html.bookmark> (sitio web consultado el 31 de agosto de 2020).

procedimiento legislativo y, dado que las discusiones se producen más aquí que en los cauces oficiales, sería conveniente que sus participantes se armaran de datos que pudieran sustentar sus posiciones en defensa o en contra de la propuesta legislativa de la Comisión Europea, lo cual se consigue instaurando su uso con carácter general en las dinámicas de trabajo de los legisladores.

En el procedimiento legislativo ordinario de la UE también desempeñan un papel los parlamentos nacionales de los Estados miembros. Así, estos pueden pronunciarse sobre la propuesta legislativa y emitir un informe sobre la conformidad de esta con el principio de subsidiariedad. En caso de que un determinado número de cámaras nacionales considerara que la propuesta incumple dicho principio, se activa el mecanismo denominado alerta temprana, que obliga a la Comisión a reexaminar su propuesta legislativa¹²⁵. Este cauce, introducido por el Tratado de Lisboa¹²⁶, pretendió salvar las críticas respecto de la pérdida de poder de los parlamentos nacionales ante el incremento progresivo de competencias legislativas en la UE. Pese a sus buenas intenciones es un mecanismo que ha demostrado ser ineficaz porque raramente se llega al *quorum* necesario para su activación. En todo caso y para lo que aquí nos interesa, incluso si funcionara correctamente, seguiría sin ser un cauce adecuado para aportar pericia y datos al procedimiento. Ello se debe principalmente a dos motivos. Primero, el brevísimo plazo de que disponen los parlamentos nacionales para emitir los informes, de ocho semanas, que hace muy difícil a las comisiones parlamentarias especializadas en cada Estado la mera tarea de emitir informes ante la ingente

Asimismo, la delegación holandesa de la Conferencia de órganos especializados en los asuntos comunitarios (COSAC) presentó en el año 2017 un informe en el mismo sentido, solicitando mayor transparencia. Véase “Opening up closed doors: Making the EU more transparent for its citizens”, Paper from the Dutch COSAC delegation on EU transparency, November 2017. Cabe destacar que recientemente el TJUE en una sentencia de 22 de marzo de 2018 (Case T-540/15) señaló que la UE está obligada a proporcionar los documentos manejados en los triángulos a los sujetos interesados que los soliciten, salvo excepciones tasadas. Esta decisión judicial puede contribuir a un cambio de tendencia.

¹²⁵ En realidad, este mecanismo contempla dos supuestos. En el caso de que los informes de vulneración representen al menos 1/3 del total de votos atribuidos a los parlamentos nacionales -o 1/4 en caso de asuntos relativos al Espacio de libertad seguridad y justicia- se activa el mecanismo conocido como *sistema de tarjeta amarilla*, que conlleva que la propuesta deba volverse a estudiar por la Comisión Europea, la cual podrá decidir mantener, modificar o retirar la misma, motivando su decisión. En el caso de que los informes de vulneración superen la mayoría simple de los votos atribuidos a los parlamentos nacionales, la propuesta deberá volverse a estudiar, activándose el *sistema de tarjeta naranja*. En este caso, la Comisión también tiene libertad para mantener, retirar o modificar su iniciativa, pero si decide mantenerla debe emitir informe motivado y remitirlo al Consejo y al Parlamento. Los legisladores estudiarán la cuestión de la subsidiariedad a tenor de los informes recibidos y, si por mayoría del 55% de los miembros del Consejo o mayoría simple de votos del Parlamento se estima que la propuesta vulnera dicho principio esta será desestimada. Véanse MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., *El legislador penal europeo...*, op. cit., pp. 707-711; CAMISÓN YAGÜE, J. A., *Las Cortes generales y el control del principio de subsidiariedad: una visión práctica. Los dos primeros dictámenes negativos en el marco del procedimiento de alerta temprana*, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 23-24; AUER, K. / CHRISTIANSEN, T., “After Lisbon: National Parliaments in the European Union”, *West European Politics*, March 2015, pp. 5-6.

¹²⁶ Véase protocolo nº 2 sobre aplicación de los principios de proporcionalidad y subsidiariedad (artículos 6 y 7), anexo al Tratado.

cantidad de iniciativas que se presentan¹²⁷. Menos aún cabe pensar que se estará en condiciones de hacer cualquier tipo de estudio, informe o consulta en un período tan limitado. En segundo lugar, estos informes solo pueden pronunciarse sobre el principio de subsidiariedad (recogido en el artículo 5 TFUE), que supone que la UE solo debe legislar en una materia cuando no pueda intervenir con la misma eficacia a nivel regional o local; no cabe entrar a considerar cuestiones de fondo o a valorar, por ejemplo, la adecuación de la propuesta con los derechos fundamentales. Esto lo convierte en un mecanismo quizá conveniente a nivel político pero limitado a nivel jurídico y prácticamente inoperante en términos de calidad legislativa¹²⁸.

4.3.4. *La fase postlegislativa*

La fase postlegislativa es aquella que se extiende desde la entrada en vigor de la norma hasta que esta es evaluada, cuestionada y, eventualmente, se inicia una nueva fase prelegislativa para modificarla o derogarla. La evaluación cierra así el ciclo legislativo. Debe producirse, por ello, pasado un tiempo desde la vigencia de la norma, dando lugar a que esta haya podido producir sus efectos. Solo de esa forma se puede determinar si se han cumplido o no los objetivos perseguidos¹²⁹. Con ello se pretende, además de la mejora de la legislación existente, conseguir la rendición de cuentas de los poderes públicos por las políticas desarrolladas¹³⁰.

Estamos ante la etapa del proceso legislativo más indeterminada. Debe existir una cierta cultura evaluativa o un interés particular de algún agente social por evaluar una norma o política¹³¹, lo que no ocurre siempre ni se produce de forma homogénea en todos los Estados o en todas las políticas públicas. Esta es una fase del procedimiento en la que se hace muy importante la aportación de datos empíricos que permitan considerar el grado de eficacia de las políticas desarrolladas, es decir, comprobar si estas han conseguido sus objetivos, los costes o impactos producidos, etc.

Pese a que cualquier política pública es susceptible de evaluación y ello incluye a la política criminal, en la práctica es frecuente encontrar muchas deficiencias en la evaluación de las normas penales. Ello se debe a menudo a, como hemos señalado, la carencia de una cultura evaluativa sólida en ciertos países, pero también a otros

¹²⁷ Lo que se complica en los Estados de corte federal o cuasifederal en los que, además de los parlamentos nacionales, se pueden pronunciar sobre el principio de subsidiariedad también las cámaras federales o autonómicas, pero sin que ello suponga un aumento del plazo para emitir los informes. De hecho, los órganos regionales disponen de un plazo aún más breve para su envío a órganos nacionales. Véase ARANDA ÁLVAREZ, E., “La alerta temprana en el procedimiento legislativo...”, op. cit., pp. 124 y ss.

¹²⁸ Sobre las pocas prestaciones de este mecanismo para aportar racionalidad legislativa al procedimiento, me he pronunciado en otro lugar. CORRAL MARAVER, N., *Racionalidad legislativa y elaboración del Derecho penal...*, op. cit., pp. 234 y ss.

¹²⁹ SUBIRATS, J., *Análisis de políticas públicas y eficacia de la administración*, Ministerio para las administraciones públicas, Madrid, 1992, pp. 139-144; Díez RIPOLLÉS, J.L., *La racionalidad de las leyes...*, op. cit., p. 58; BECERRA MUÑOZ, J., *La toma de decisiones en política criminal...*, op. cit., pp. 323, 331.

¹³⁰ BECERRA MUÑOZ, J., *La toma de decisiones en política criminal...*, op. cit., p. 325. Este autor añade otra función a la evaluación: la de aportar ejemplaridad de cara a acciones futuras.

¹³¹ Véase, Díez RIPOLLÉS, J.L., *La racionalidad de las leyes...*, op. cit., p. 58 y ss.

factores. Entre ellos puede mencionarse el hecho de que la política criminal esté sujeta a intereses políticos y cuestiones ideológicas. Esto hace que se otorgue gran discrecionalidad al legislador y se prescindan de criterios técnicos o se les atribuya un papel muy secundario. Otro factor puede ser la dificultad de medir los objetivos sociales a conseguir con las normas penales. En efecto, es común que las evaluaciones en materia penal encuentren problemas para identificar con precisión lo que se debe evaluar, afronten dificultades metodológicas diversas o se enfrenten a la ausencia de datos empíricos adecuados¹³².

Por otra parte, el interés mostrado por la UE hacia la calidad legislativa le ha llevado también a promover la evaluación periódica de sus normas y políticas. Las tareas de evaluación son independientes del procedimiento legislativo seguido y del área competencial de que se trate. Su impulso puede provenir de diversas fuentes, si bien al encontrarnos ante un escenario complejo en el que impera una asentada cultura tecnocrática, suelen ser las propias instituciones y, en especial, la Comisión Europea, las encargadas de realizar la evaluación, aunque ocasionalmente puedan intervenir otros agentes. En todo caso, la fase de evaluación postlegislativa no está tan institucionalizada como las fases anteriores del procedimiento y su desarrollo es todavía insuficiente.

Además de los problemas generales a los que debe hacer frente cualquier evaluación legislativa, en la UE concurren otros factores que pueden hacerla más compleja que a nivel nacional. Así, nos encontramos ante un sistema normativo multinivel – más complejo incluso que el de los países de corte federal-. Esto significa que la UE comparte la labor legislativa con los Estados y que, además, al no tener un sistema de justicia completo, depende de estos para la implementación y aplicación de sus normas y políticas. Esto es especialmente evidente en el ámbito penal, en el que se legisla a través de directivas –previamente mediante decisiones marco- que son instrumentos sin eficacia directa y que requieren de la transposición de los Estados, que son además los que deben velar por la aplicación de las normas en sus territorios. Esto hace que en la fase de evaluación nos encontremos con dos normas susceptibles de ser valoradas: la norma europea y la norma nacional de transposición. Como decimos, esto aporta mayor complejidad al diseño de un sistema de evaluación de las

¹³² Si bien esto último tiene cada vez menor peso, teniendo en cuenta el auge tanto a nivel nacional como internacional de investigaciones empíricas de calidad en relación a fenómenos de delincuencia. Además del creciente interés entre la doctrina penal de los últimos años por la calidad de las normas y por su evaluación. Entre la doctrina española, véanse especialmente los trabajos de Díez Ripollés, J.L., *La racionalidad de las leyes...*, op. cit.; Nieto Martín, A. / Muñoz de Morales Romero M. / Becerra Muñoz, J., *Hacia una evaluación de las leyes penales*, Marcial Pons, Madrid, 2016; Rodríguez Ferrández, S., “La ¿evaluación? de las normas penales en España”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 15-07, 2013; Rodríguez Ferrández, S., *La evaluación de las normas penales...*, op. cit.; Muñoz de Morales Romero, M., “Evaluación Legislativa y Racionalidad en el Ámbito Penal Europeo (y Nacional)”, *Revista General de Derecho Penal*, nº 14, 2010.

normas penales europeas, pues debe atenderse a ambas para medir adecuadamente los efectos de la política criminal.

Actualmente las tareas de evaluación existentes en la UE son impulsadas principalmente por la Comisión Europea. El grueso de los esfuerzos de este órgano en la fase post-legislativa se basa en velar porque los Estados cumplan con las normas europeas, procediendo, cuando ello sea preceptivo, a la modificación de sus ordenamientos internos. Para ello, la Comisión realiza controles continuos de la labor armonizadora nacional, recabando datos a través de diversas fuentes. Anualmente publica el denominado informe sobre el control de la aplicación del Derecho de la Unión, en el que fiscaliza el grado de cumplimiento de los Estados miembros a la hora de adaptar la legislación europea¹³³ y publica datos sobre los procedimientos de incumplimiento abiertos¹³⁴. Estos informes abarcan el control de todas las áreas sobre las que la UE goza de competencia legislativa, lo cual engloba el Espacio de libertad, seguridad y justicia, aunque los datos no aparecen desglosados y, por ello, no podemos saber el grado de cumplimiento exacto en el ámbito penal en los últimos años.

Ha de recordarse que el papel de la Comisión Europea y del TJUE para asegurar el cumplimiento de los Estados en sus labores de armonización en materia penal ha sido inexistente hasta época reciente, concretamente hasta finales del año 2014¹³⁵. Antes, no existía competencia para controlar con medios coercitivos el cumplimiento por los Estados de los instrumentos dictados al amparo del antiguo tercer pilar – aunque sí de los aprobados tras el Tratado de Lisboa-. Sin embargo, aunque no pudiera compeler a los Estados, no por ello la Comisión prescindió de evaluar el grado de observancia de las disposiciones del tercer pilar, realizando una serie de evaluaciones *ad hoc* de las normas penales. En ellas normalmente se concluía que el cumplimiento era defectuoso. Tras el fin del periodo transitorio y aprovechando sus

¹³³ Los informes de incumplimiento están disponibles para su consulta en http://ec.europa.eu/atwork/applying-eu-law/infringements-proceedings/annual-reports/index_en.htm (sitio web consultado el 31 de agosto de 2020).

¹³⁴ En caso de que la Comisión estime que un país está vulnerando alguna norma del Derecho de la Unión con su legislación interna puede iniciar el procedimiento por incumplimiento previsto en el artículo 258 TFUE. Dicho procedimiento consta de una fase administrativa gestionada por la propia Comisión y de una fase contenciosa ante el TJUE, que puede derivar en severas sanciones económicas para los Estados. El incumplimiento del Derecho europeo por un Estado miembro puede deberse no sólo a inactividad o falta de conformidad –por la no transposición de una norma- sino también a la transposición tardía o a la falta de comunicación a la Comisión de las medidas de armonización, a la que están obligados los Estados.

¹³⁵ En efecto, antes del Tratado de Lisboa, cuando la competencia penal quedaba al amparo del llamado tercer pilar, ni la Comisión Europea ni el entonces TJCE tenían competencia para requerir a los Estados el cumplimiento del acervo penal o sancionarlos en caso de no observar las normas. La consecuencia de ello fue una deficiente implementación de las medidas penales por parte de los Estados. Con el Tratado de Lisboa esta situación llegó a su fin. El Protocolo nº 36 anexo al tratado estableció la posibilidad de que el control de cumplimiento se extendiera a todos los instrumentos del tercer pilar, aunque establecía un periodo transitorio de cinco años antes de la adquisición por las instituciones europeas de esta potestad, periodo que finalizó en diciembre de 2014. Para una mayor profundización en estas cuestiones, véase MITSILEGAS, V. / CARRERA, S., “The End of the Transitional Period...”, op. cit.

nuevas facultades, la Comisión Europea ha procedido a iniciar procedimientos de incumplimiento contra algunos países para verificar la trasposición de las normas del tercer pilar. Asimismo, también en los últimos años ha incoado estos procesos por falta de armonización de algunas de las nuevas directivas aprobadas tras Lisboa.

El problema de este tipo de evaluaciones llevadas a cabo por la Comisión es que están únicamente encaminadas a realizar un control de conformidad de la norma nacional. Esto significa que solo se encargan de medir de manera limitada el grado de efectividad de la norma europea –si ha sido implementada en los Estados–, pero no valora otras cuestiones de especial relevancia¹³⁶, como puede ser si esta norma ha sido efectivamente aplicada por las autoridades judiciales o policiales nacionales o si ha resultado eficaz para cumplir con los objetivos propuestos. En el caso de las directivas en materia penal, nunca se repara en si las mismas resultan útiles para combatir los fenómenos delincuenciales que pretenden abordar. Tampoco se controla, por ejemplo, si los Estados han sobrepasado su obligaciones de transposición creando normas excesivas o desproporcionadas, pues solo se considera el incumplimiento por defecto, pero no por exceso en la armonización¹³⁷ ni se tienen en cuenta datos empíricos¹³⁸. Son, por lo tanto, evaluaciones escasamente desarrolladas y que no están en condiciones de contribuir suficientemente a la mejora de la legislación penal.

En época reciente, en el marco del programa de mejora de la legislación puesto en marcha por la Comisión *Juncker* en 2015 se ha pretendido mejorar la fase postlegislativa, superando al menos parcialmente algunos de los problemas apuntados. Así, el programa dispone una serie de medidas a llevar a cabo por las instituciones bajo el eslogan “evaluar primero” con el fin de que se evalúe la legislación existente antes de elaborar normas nuevas. Además, se ha de velar por que cada nueva norma legislativa vaya acompañada de una previsión de evaluación futura, así como crear un plan de evaluación legislativa anual¹³⁹. Tales evaluaciones deberán estar basadas en los principios de eficacia, eficiencia, relevancia, coherencia y valor añadido y

¹³⁶ Véase una crítica en SÁNCHEZ LÁZARO, F. G., “Evaluación y Derecho Penal Europeo: sobre el modelo de evaluación de la Comisión Europea”, en NIETO MARTÍN, A. / MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. / BECERRA MUÑOZ, J., *Hacia una evaluación de las leyes penales*, Marcial Pons, 2016, pp. 247-254.

¹³⁷ Sobre esta y otras críticas a la armonización penal europea, véase CORRAL MARAVER, N., “La irracionalidad de la política criminal de la Unión Europea”, *InDret*, nº 4, 2016, pp. 22-24. En los últimos años la Comisión parece estar prestando atención a la “sobre-regulación” por parte de los Estados, solicitándoles información al respecto, si bien con escaso éxito de momento. Así se desprende, aunque vagamente y sin mucho detalle, del informe “Legislar mejor haciendo balance y reafirmando nuestro compromiso”, 15 de abril 2019, p. 13.

¹³⁸ En este sentido, NIETO MARTÍN, A., “El Derecho penal europeo: una aproximación a sus problemas actuales”, en ARROYO ZAPATERO L./ NIETO MARTÍN A., *Piratas, mercenarios, soldados, jueces y policías: nuevos desafíos del Derecho penal europeo e internacional*, Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha, Cuenca, 2010, p. 235.

¹³⁹ La comunicación de la Comisión de 2015 también contemplaba la creación de un órgano de evaluación, el Comité de control reglamentario (*Regulatory Scrutiny Board*), que, si bien se ocupa principalmente del control de la calidad de las evaluaciones de impacto, también está a cargo de supervisar las principales evaluaciones postlegislativas.

sustentadas cuando sea posible en datos científicos. Con ello, pretende la Unión establecer un sistema de evaluación más sistemático que permita cerrar el círculo legislativo adecuadamente¹⁴⁰.

La mayoría de las directivas en materia penal aprobadas tras el Tratado de Lisboa recogen al final de su articulado una cláusula de evaluación, que debe realizarse en un plazo variable que oscila entre los 4 y 5 años tras su entrada en vigor. No obstante, en dichas cláusulas no se detalla en qué debe consistir la evaluación ni si debe limitarse, como hasta ahora, al control de conformidad nacional o si debe ir más allá. Sólo en las directivas más recientes –las aprobadas bajo la Comisión *Juncker*– parece apreciarse un cambio de aproximación y una previsión de evaluación que abarca otras cuestiones, como la eficacia de la norma o su respeto por los derechos fundamentales. Lamentablemente, al ser estos cambios todavía bastante recientes, no disponemos aún de informes de evaluación postlegislativa y deberemos esperar para poder examinar su contenido. La espera podrá durar años teniendo en cuenta, además, que hasta ahora ha solido haber retraso en las evaluaciones como consecuencia de la falta de cooperación de algunos Estados. A ello hay que sumar el cambio político. Toca esperar que la nueva Comisión *Von der Leyen* siga apostando por estas prácticas.

Además de este tipo de evaluación promovida por la Comisión, en la UE también observamos en ocasiones otro tipo de actividades evaluativas. Entre ellas destaca la denominada evaluación inter pares o *peer review*, que es realizada por expertos designados por los propios Estados y sirve para medir el grado de implantación de una determinada política europea en otro Estado miembro. Este tipo de estudios se han realizado en el seno del Consejo desde mediados de los años 90, si bien actualmente parecen haber caído en desuso. En todo caso su valor para mejorar las normas es escaso, pues no todos los países mostraban la misma disposición a cooperar y los resultados no se publicaban. Eran prácticas que, más que mejorar las normas, aspiraban a favorecer redes de cooperación y la confianza mutua entre los Estados¹⁴¹.

En ocasiones se produce la evaluación de alguna norma por parte de grupos de expertos independientes, lo que puede darse de forma espontánea o como encargo de las propias instituciones europeas. En el ámbito penal destacan en este sentido los estudios promovidos por un grupo de investigación académico, la *European*

¹⁴⁰ En su informe valorando el funcionamiento del programa de mejora de la legislación la Comisión señala que hasta finales de 2018 se han llevado a cabo más de 250 evaluaciones de normas y programas. Informe “Legislar mejor haciendo balance y reafirmando nuestro compromiso”, 15 de abril 2019, p. 10.

¹⁴¹ Al respecto, véanse MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., “Evaluación Legislativa y Racionalidad...”, op. cit., pp. 39-43.; WEYEMBERGH, A. / DE BIOLLEY, S., “L’evaluation dans le cadre du troisième pilier du traité sur l’Union européenne”, en WEYEMBERGH, A. / DE BIOLLEY, S., (COORDS), *Comment évaluer le droit pénal européen?*, Institut d’Etudes Européennes, Editions de l’Université de Bruxelles, Bruselas, 2006, pp. 87-92; NILSSON, H. G., “Eight years of experiences of mutual evaluation within the EU”, en WEYEMBERGH, A. / DE BIOLLEY, S., (COORDS), *Comment évaluer le droit pénal européen?*, Institut d’Etudes Européennes, Editions de l’Université de Bruxelles, Bruselas, 2006, pp. 117-118, 120.

Criminal Law Academic Network (ECLAN)¹⁴². Estos estudios han buscado superar las limitaciones que hasta ahora ha tenido la evaluación oficial de las normas penales en la UE, centrada solo en el control del cumplimiento, y han tratado de atender a otros factores. Pese a ser intentos loables, su relevancia sigue siendo limitada, por basarse principalmente en un análisis normativo, seguir bastante enfocados en el mero control de conformidad, y no aportar apenas datos empíricos que sustenten las opiniones de los expertos¹⁴³. Además, este tipo de estudios no se producen de manera sistemática, ya que dependen de las posibilidades de financiación pública –normalmente escasas y limitadas– de los equipos de investigación y de los propios intereses de los investigadores.

En definitiva, como decíamos al principio de este apartado, la evaluación postlegislativa en la UE está todavía infradesarrollada, pese a los notables esfuerzos de mejora de los últimos años. Además de las dificultades metodológicas típicas de los programas de evaluación de las normas penales y de la complejidad que le añade el escenario multinivel europeo, encontramos quizá también cierto desinterés de las propias instituciones en llevar a cabo procesos que podrían llevarles a la autocrítica y a cambios en el diseño de algunas políticas. Esto, junto con la vocación histórica de la Comisión por consolidar su fuerza en el ámbito penal frente a los Estados, conlleva que esté más interesada en vigilar el cumplimiento nacional del Derecho penal europeo, que en evaluar la calidad de sus propias normas para ver si deben ser mantenidas, modificadas o derogadas. No cabe duda de que el control del cumplimiento de los Estados es fundamental, porque sin él la política criminal europea quedaría en papel mojado. Pero para conseguir una evaluación más racional de la misma hay que atender de manera concurrente a las propias normas europeas, comprobando, entre otros factores, su efectividad, su eficacia o su concordancia con determinados principios y derechos fundamentales¹⁴⁴. Parte de estas críticas aquí señaladas han sido reconocidas por la Comisión en su reciente informe de 2019, el cual menciona que han de ser objeto de evaluación las normas europeas, las de transposición e incluso los actos delegados¹⁴⁵. Queda por ver si, tomada conciencia de los defectos existentes, en el futuro se produce de hecho una mejora en la calidad de estas evaluaciones.

¹⁴² Véase <http://eclan.eu/en> (sitio web consultado el 31 de agosto de 2020). De particular interés es un estudio donde se somete a evaluación la Directiva de lucha contra la trata de seres humanos de 2011. Véase WEYEMBERGH, A. / SANTAMARIA V., *The evaluation of European criminal law. The example of the framework Decision on combating trafficking in human beings*, Editions de l'Université de Bruxelles, Brussels, 2009.

¹⁴³ Limitaciones que los propios investigadores reconocen y que se deben a diversos factores, como la dificultad para acceder a la información o la inexistencia de datos o estadísticas de calidad.

¹⁴⁴ Véase CORRAL MARAVER, N., *Racionalidad legislativa y elaboración del Derecho penal...*, op. cit., pp. 272 y ss.

¹⁴⁵ En efecto, se reconoce que resulta “necesario mejorar la calidad de las evaluaciones (sobre todo en lo que se refiere al diseño y la objetividad), que su calendario no siempre es el adecuado y que, en la práctica, podrían ser más eficientes.” Se menciona asimismo que el diseño de las evaluaciones no tiene un planteamiento coherente, que a menudo los plazos son breves para medir los efectos y que se carece de datos adecuados. Informe “Legislar mejor haciendo balance y reafirmando nuestro compromiso”, 15 de abril 2019, pp. 10-11.

5. Consideraciones finales

En nuestros días la calidad normativa va adquiriendo cada vez mayor importancia entre los legisladores, pues se está generalizando la idea de que mejorar la toma de decisiones, en especial permitiendo amplias consultas y estudios e informes que permitan aportar datos y certezas, contribuye a la creación de normas más informadas. Estas revierten en una mejor respuesta a los problemas sociales ante una realidad cada vez más compleja, interconectada y cambiante.

Como hemos podido apreciar en este estudio no todos los países avanzan a la misma velocidad en esta senda. Mientras que algunos, como los países anglosajones o Alemania, por ejemplo, van bastante adelantados, otros todavía se encuentran en la retaguardia, aunque poco a poco vayan implementando reformas y mejoras en este sentido. Pese a los notables esfuerzos de los últimos años, España todavía tiene mucho camino por andar para alcanzar los estándares de muchos de sus vecinos. Esto, que era una convicción presente entre los juristas interesados en la política legislativa, se desprende con claridad del informe de la OCDE de 2018, citado reiteradamente en este trabajo, y que coloca a nuestro país por debajo de la media de la OCDE en todos los aspectos sujetos a medición: calidad, sistematicidad, transparencia y metodología de las consultas y de las evaluaciones legislativas, tanto *ex ante* como *ex post*.

Este mismo informe refleja un dato que tampoco debe llevarnos a la sorpresa: la Unión Europea tiene unas altísimas puntuaciones en las prácticas de buena legislación, superando sobradamente la media de la OCDE. Como decimos, no hay demasiado lugar para el asombro si tenemos en cuenta que la Unión –azuzada por las críticas sobre su escasa legitimidad democrática- comenzó a poner el foco en la mejora de sus normas y de sus procesos legislativos en los primeros años de este siglo. Desde entonces hasta hoy han transcurrido casi 20 años y son incontables los documentos –comunicaciones, libros verdes y blancos, acuerdos interinstitucionales, decisiones, reglamentos internos, directrices y códigos de buenas prácticas- que se han ido aprobando con la intención de garantizar un mayor acceso ciudadano a los procedimientos, así como de fomentar prácticas de transparencia y el uso de informes y estudios. Todo ello se ha hecho con el objetivo de crear normas más perfectas que pudieran resistir los innumerables ataques de que eran objeto desde sectores escépticos y nacionalistas.

Por ello, la UE es en la actualidad la organización que tiene el sistema más depurado de calidad legislativa y la que ha invertido más esfuerzos y recursos en crear las vías necesarias para poder incorporar datos y conocimientos empíricos y para contar con asesoramiento de expertos e interesados en todas las fases del ciclo legislativo. La fase prelegislativa, principalmente en manos de la Comisión Europea, es la que ofrece mejores prestaciones para ello y concentra la mayor parte de cauces que permiten recabar datos y certezas empíricas, como las reuniones informales con

diferentes agentes sociales, las consultas internas y externas, las consultas públicas a través de internet, aquellas a grupos de expertos o los informes de evaluación de impacto. La fase legislativa, si bien en menor medida, también posibilita la incorporación de datos en algunos momentos. Además, el Parlamento Europeo se ha ido involucrando en la práctica de hacer mayor uso de estudios e informes en la preparación de enmiendas importantes. La fase post-legislativa es la que presenta mayores deficiencias en la actualidad, pese a lo cual se ha intentado en los últimos años establecer evaluaciones más completas, coherentes y sistemáticas.

Pese a la buena puntuación de la Unión, un estudio detallado de los cauces en que se aportan los datos y conocimientos, especialmente si nos centramos en los procedimientos de elaboración de las normas penales, permite identificar algunas deficiencias que podrían solventarse. Así, debe procederse en el futuro a la mejora de la metodología de las evaluaciones de impacto normativo para permitir análisis más complejos. En el ámbito específico penal es preciso atender a los costes sociales y en materia de derechos y libertades que tiene cada decisión político-criminal europea. En este sentido sería preciso contar con criterios más precisos sobre qué principios deben regir la política criminal europea, ya que en la actualidad hay disparidad de aproximaciones. También debe mejorarse la calidad de las evaluaciones postlegislativas, identificando con mayor claridad y coherencia los contenidos a considerar y procurando que estos vayan más allá del mero control de conformidad en el que ahora consisten. Debe igualmente potenciarse el uso de datos empíricos en todas las etapas del procedimiento, ya que su utilización actual, particularmente en materia penal, es todavía deficiente. En conexión con lo anterior debe contarse regularmente con expertos en diferentes campos de conocimiento. Así, sería conveniente que en el grupo de expertos sobre política criminal de la Comisión Europea –y en cualquier otro grupo asesor específico- se contara también con otro tipo de especialistas, como politólogos, criminólogos, científicos sociales, etc. Esto repercutiría en una aproximación más comprehensiva a la política criminal europea. Asimismo, sería deseable garantizar una mayor objetividad en los estudios y evaluaciones, fomentando la existencia de órganos independientes y la intervención más frecuente de terceros imparciales.

No cabe duda de que las instituciones europeas se empeñan en autoevaluar sus propios procesos y servicios, tratando de maximizar la eficiencia y mejorar sus actuaciones, lo cual está en gran medida posibilitado por la cultura tecnocrática que impera en la UE, en particular en la Comisión. En los últimos años, el programa de mejora de la legislación ha supuesto una gran aportación a la calidad de las normas, potenciando que estas se basen en criterios objetivos, datos y hechos. Y en esa línea parece querer continuar en el futuro, pues, como ha señalado la propia Comisión: “En un mundo «posfáctico» en el que la desinformación, las cámaras de resonancia de las redes sociales y la propaganda pura y dura se combinan para socavar los

fundamentos del debate democrático y de la autoridad científica, la elaboración de políticas basadas en datos contrastados no constituyen ni una mera prioridad del pasado ni una práctica profesional ordinaria del presente: sigue siendo un imperativo fundamental de cara al futuro.”¹⁴⁶

Bajo mi punto de vista, pese a los problemas persistentes, los logros y la experiencia de la UE en el campo de la calidad normativa deben servir como guía para aquellos países con una cultura legislativa menos desarrollada pero que también quieren introducir prácticas de buena regulación. En este sentido, lo aprendido en Europa puede ser una importante ayuda para aquellos legisladores, como el español, a los que les cuesta todavía incorporar la ciencia y la técnica en la política, que recelan de determinadas prácticas, como las consultas públicas, y que carecen de sistemas de evaluación sistemáticos. Pero esto no debe hacerse a base de declaraciones programáticas y de buenas intenciones, o de políticas a coste cero incapaces de implementarse en la práctica, sino que requiere de planificación y de cambios estructurales. Debe dotarse de formación y personal especializado a los servicios administrativos encargados de crear las leyes, y deben crearse nuevos organismos de control de calidad legislativa o mejorar el funcionamiento de los existentes. Esto, que podrá tener el efecto de alargar los procesos de toma de decisiones, terminará mereciendo la pena si con ello se consigue una legislación más “inteligente”. La mejora en los procesos de toma de decisiones nacionales también terminará revirtiendo a nivel supranacional, ya que permitirá a organismos como la UE contar con más datos y de mayor fiabilidad para evaluar sus propias normas y políticas, las cuales, dado el escenario multinivel, están conectadas a las de los Estados; y una mejor evaluación de las normas existentes ayudará a optimizar las políticas públicas europeas en el futuro.

En definitiva, este avance sería relevante para todas las políticas públicas, pero incidirá de manera particular en la muy castigada política criminal española, ámbito durante demasiado tiempo tan golpeado por la politización, la desinformación o la emotividad y huérfano de datos y certezas empíricas. No cabe duda de que el progresivo desarrollo de una buena legislación a todos los niveles –nacional e internacional- y la creación de una cultura evaluativa duradera y basada en hechos contrastados terminará revirtiendo también en la calidad de las leyes penales.

Bibliografía

- AKSE, E., *Influencing the Preparation of EU Legislation: A Practical Guide to Working with Impact Assessments*, John Harper Publishing, London, 2013.
- ARANDA ÁLVAREZ, E., “La alerta temprana en el procedimiento legislativo de la Unión Europea. Una reflexión sobre su utilidad. Desde la reciente experiencia española”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 44, enero/abril, 2013, pp. 101-153.

¹⁴⁶ Informe “Legislar mejor haciendo balance y reafirmando nuestro compromiso”, 15 de abril 2019, p. 6.

- ARASZKIEWICZ, M. / PLESZKA, K. (ED.), *Logic in the Theory and Practice of Lawmaking*, Springer, 2015.
- ATIENZA, M., *Contribución a una teoría de la legislación*, Civitas, Madrid, 1997.
- AUEL, K. / CHRISTIANSEN, T., “After Lisbon: National Parliaments in the European Union”, *West European Politics*, March 2015, pp. 1-17.
- BECERRA MUÑOZ J. (2013), *La toma de decisiones en política criminal. Bases para un análisis multidisciplinar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- BECERRA MUÑOZ, J., “La toma de decisiones legislativas penales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 99, septiembre-diciembre, 2013, pp. 125-158.
- BENITO SÁNCHEZ, D., *Evidencia empírica y populismo punitivo. El diseño de la política criminal*, Bosch, Madrid, 2020.
- BULYGIN, E., “Teoría y Técnica de la legislación”, en ALCHOURRON, C. E. / BULYGIN, E., *Análisis lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 409-425.
- CALSAMIGLIA, A., “¿Debe ser la moral el único criterio para legislar?”, *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, nº 13, 1993, pp. 161-178.
- CAMISÓN YAGÜE, J. A., *Las cortes generales y el control del principio de subsidiariedad: una visión práctica. Los dos primeros dictámenes negativos en el marco del procedimiento de alerta temprana*, Dykinson, Madrid, 2012.
- CARBONELL MATEU, J. C., “La reforma del tratamiento penal de la seguridad penal” en MORILLAS CUEVA, L. (COORD.), *Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial: (aspectos penales, civiles y procesales)*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 385-406.
- CLIMENT, A. / MELCHOR, L., “Cómo acercar ciencia y política para mejorar la sociedad de hoy (y de mañana)”, *The Conversation*, 8 noviembre de 2018.
- COBB, R. W. / ELDER, C. D., *Participation in American politics. The dynamics of Agenda-Building*, 2ª edición, The John Hopkins University Press, Baltimore, 1983.
- CORRAL MARAVER, N., “La irracionalidad de la política criminal de la Unión Europea”, *InDret*, nº 4, 2016.
- CORRAL MARAVER, N., *Racionalidad legislativa y elaboración del Derecho penal en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- CROSSLAND, H. G., “La Codificación del Derecho comunitario”, en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (DIR.), *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, pp. 485-498.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. / GARCÍA PÉREZ, O. (COORDS.), *La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo: una perspectiva comparada (2000-2006)*, B de F, Buenos Aires, 2008.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “El Grupo de estudios de política criminal: Una iniciativa singular”, *Jueces para la democracia. Información y debate*. nº 52, marzo 2005.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 06-03, 2004
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “Rigorismo y reforma penal. Cuatro legislaturas homogéneas (1996-2011)”, Parte I y Parte II, *Boletín Criminológico*, Instituto andaluz interuniversitario de Criminología, nº 142 y 143, marzo, 2013.

- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *La racionalidad de las leyes penales*, Editorial Trotta, 2ª edición, Madrid, 2013.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L/ PRIETO DEL PINO, A. M./ SOTO NAVARRO, S., *La política legislativa penal en Occidente: una perspectiva comparada*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.
- GALIANA SAURA, A., *La ley: entre la razón y la experimentación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- GARCÍA AMADO, J. A., “Razón Práctica y Teoría de la Legislación”, *Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, nº 9, Julio-Diciembre, 2000, pp. 299-317.
- GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P. “Iniciativa legislativa del gobierno y técnica normativa en las nuevas leyes administrativas (leyes 39 y 40/2015)”, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 38, 2016.
- GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P. “Nociones de técnica legislativa para uso parlamentario”, *Asamblea. Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, nº. 13, 2005, pp. 121-164
- GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., “Objetivo: Mejorar la calidad de las leyes. Cinco propuestas de técnica legislativa”, *Revista de las Cortes Generales*, nº 80, segundo cuatrimestre, 2010, pp. 59-105
- GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., *Manual de técnica legislativa*, Thomson Reuters, Madrid, 2011.
- GASCÓN ABELLÁN, M., “Calidad de las normas y técnica normativa. A propósito del “Cuestionario Previo””, *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 6 julio - diciembre 2006, pp. 41-70.
- GRETEL, *La forma de las leyes: 10 estudios de técnica legislativa*, Editorial Bosch, Madrid, Barcelona, 1986.
- HARDACRE, A. / AKSE, E., *How the EU Institutions work and... How to work with the EU Institutions*, John Harper Publishing, 2nd Edition, London, 2015.
- LAPORTA, F. J., “Teoría y realidad de la legislación: una introducción general”, en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (DIR.), *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, pp. 29-88.
- LELIEVELDT, H. / PRINCEN, S., *The politics of the European Union*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.
- MARCILLA CÓRDOBA, G., *Racionalidad legislativa: crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.
- MARTÍN CASALS, M., “La estructura de un manual español de técnica legislativa”, en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (DIR.), *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, pp. 243-277.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. “Introducción”, en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (DIR.), *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, pp. 15-23.
- MEBERSCHMIDT, K. / OLIVER-LALANA, A. D., *Rational Lawmaking under review. Legisprudence According to the German Federal Constitutional Court*, Springer, 2016.
- MIRÓ LLINARES, F., “Hechos en tierra de normas. Una introducción epistemológica a la relevancia de la realidad fáctica en el Derecho penal”, en SUAREZ LÓPEZ, J. M. /BARQUÍN SANZ, J., *Estudios jurídicos penales y criminológicos. En homenaje al Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva*, Vol. I, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 451-473.

- MITSILEGAS, V. / CARRERA, S., “The End of the Transitional Period for Police and Criminal Justice Measures Adopted before the Lisbon Treaty. Who Monitors Trust in the European Justice Area?”, *Centre for European Policy Studies, CEPS*, 2014.
- MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., “Deberes de motivación y de argumentación del legislador penal europeo en torno a los derechos fundamentales”, en DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. / NIETO MARTÍN, A. (COORD.), *Derechos fundamentales en el Derecho penal europeo*, 2010, pp. 489-528
- MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., “Evaluación Legislativa y Racionalidad en el Ámbito Penal Europeo (y Nacional)”, *Revista General de Derecho Penal*, nº 14, 2010.
- MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., *El legislador penal europeo: legitimidad y racionalidad*, Editorial Thomson Reuters, Cizur Minor, 2011.
- NIETO MARTÍN, A. / MUÑOZ DE MORALES ROMERO M. / BECERRA MUÑOZ, J., *Hacia una evaluación de las leyes penales*, Marcial Pons, Madrid, 2016.
- NIETO MARTÍN, A., “El Derecho penal europeo: una aproximación a sus problemas actuales”, en ARROYO ZAPATERO L./ NIETO MARTÍN A, *Piratas, mercenarios, soldados, jueces y policías: nuevos desafíos del Derecho penal europeo e internacional*, Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha, Cuenca, 2010, pp. 225-256.
- NILSSON, H. G., “Eight years of experiences of mutual evaluation within the EU”, en WEYEMBERGH, A. / DE BIOLLEY, S., (COORDS), *Comment évaluer le droit pénal européen?*, Institut d’Etudes Européennes, Editions de l’Université de Bruxelles, Bruselas, 2006.
- NOLL, P., *Strafgesetzgebungslehre*, Rowohlt, Hamburg, 1973.
- OLIVER LALANA, A. D. / WINTGENS, L. J. (ED.), *The Rationality and Justification of Legislation. Essays in Legisprudence*, Springer, 2013.
- OLIVER LALANA, D. (DIR.), *La legislación en serio. Estudios sobre derecho y legisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., “Técnica legislativa en Alemania”, en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (DIR.), *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, pp. 423-454.
- PAREDES CASTAÑÓN, J. M., *La justificación de las leyes penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- PECZENIK, A., *On Law and Reason*, Kluwe Academics Publishers, Dordrecht, 1989.
- PÉREZ CEPEDA, A., “Estadísticas sobre criminalidad en la Unión Europea”, en NIETO MARTÍN, A. / MUÑOZ DE MORALES ROMERO M. / BECERRA MUÑOZ, J., *Hacia una evaluación de las leyes penales*, Marcial Pons, Madrid, 2016.
- PRIETO SANCHÍS, L., “Del mito a la decadencia de la ley. La ley en el estado constitucional”, en CARBONELL, M. / PEDROZA DE LA LLAVE, S. T. (COORD.), *Elementos de técnica legislativa*, Tercera edición, México, 2004, pp. 15-58.
- PRIETO SANCHÍS, L., *Ley, principios, derechos*. Cuadernos Bartolomé de las Casas, Dykinson, Madrid, 1998.
- RASMUSSEN, A. / REH, C., “The consequences of concluding codecision early: trilogues and intra-institutional bargaining success”, *Journal of European Public Policy*, 20:7, 2013, pp. 1006-1024.

- RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S., “La ¿evaluación? de las normas penales en España”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 15-07, 2013.
- RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S., *La evaluación de las normas penales*, Dykinson, Madrid, 2016.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “El Derecho penal: paradigma de la codificación”, en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (DIR.), *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, pp. 559-572.
- RUÍZ GARCÍA, J. A., “Técnica legislativa en los Estados Unidos”, en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (DIR.), *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, pp. 395-421.
- SALVADOR CODERCH, P., “Técnica legislativa y teoría de la regulación”, en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (DIR.), *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, pp. 201-226.
- SÁNCHEZ LÁZARO, F. G., “Evaluación y Derecho Penal Europeo: sobre el modelo de evaluación de la Comisión Europea”, en NIETO MARTÍN, A. / MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. / BECERRA MUÑOZ, J., *Hacia una evaluación de las leyes penales*, Marcial Pons, 2016, pp. 245-269.
- SANTILLÁN-GARCÍA, A. ET AL. "#CienciaenelParlamento: la necesidad de una oficina parlamentaria de asesoramiento científico y tecnológico", *Gaceta Sanitaria*, 2019.
- SCHEFFLER, U., *Strafgesetzgebungstechnik in Deutschland und Europa*. Berliner Wissenschaftsverlag, Berlin, 2006.
- SOTO NAVARRO, S., *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Comares, Granada, 2003.
- STÄCHELIN, G., *Strafgesetzgebungs im Verfassungsstaat. Normative und empirische Materielle und prozedurale Aspekte der Legitimation unter Berücksichtigung neuerer Strafgesetzgebungspraxis*, Duncker & Humboldt, Berlin, 1998.
- STEINBACH A., *Rationale Gesetzgebung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017.
- SUBIRATS, J., *Análisis de políticas públicas y eficacia de la administración*, Ministerio para las administraciones públicas, Madrid, 1992.
- SZAPIRO, M. / KAEDING, M., *The European Commission: a practical guide*, John Harper Publishing, 2013.
- VÉLEZ RODRÍGUEZ, L. A. *Política penal y justicia constitucional. Particular consideración de los tribunales constitucionales colombiano y español*, Tirant lo Blanch, Valencia 2016.
- WEYEMBERGH, A. / DE BIOLLEY, S., “L’evaluation dans le cadre du troisième pilier du traité sur l’Union européenne”, en WEYEMBERGH, A. / DE BIOLLEY, S., (COORDS), *Comment évaluer le droit pénal européen?*, Institut d’Estudes Européennes, Editions de l’Université de Bruxelles, Bruselas, 2006.
- WEYEMBERGH, A. / SANTAMARIA V., *The evaluation of European criminal law. The example of the framework Decision on combating trafficking in human beings*, Editions de l’Université de Bruxelles, Brussels, 2009.
- WINTGENS, L. J., “Legisprudence as a New Theory of Legislation”, *Ratio Juris*, Vol. 19, March 2006, pp. 1-25.