

DEI S. PRAVIDE ET PRO

Revista

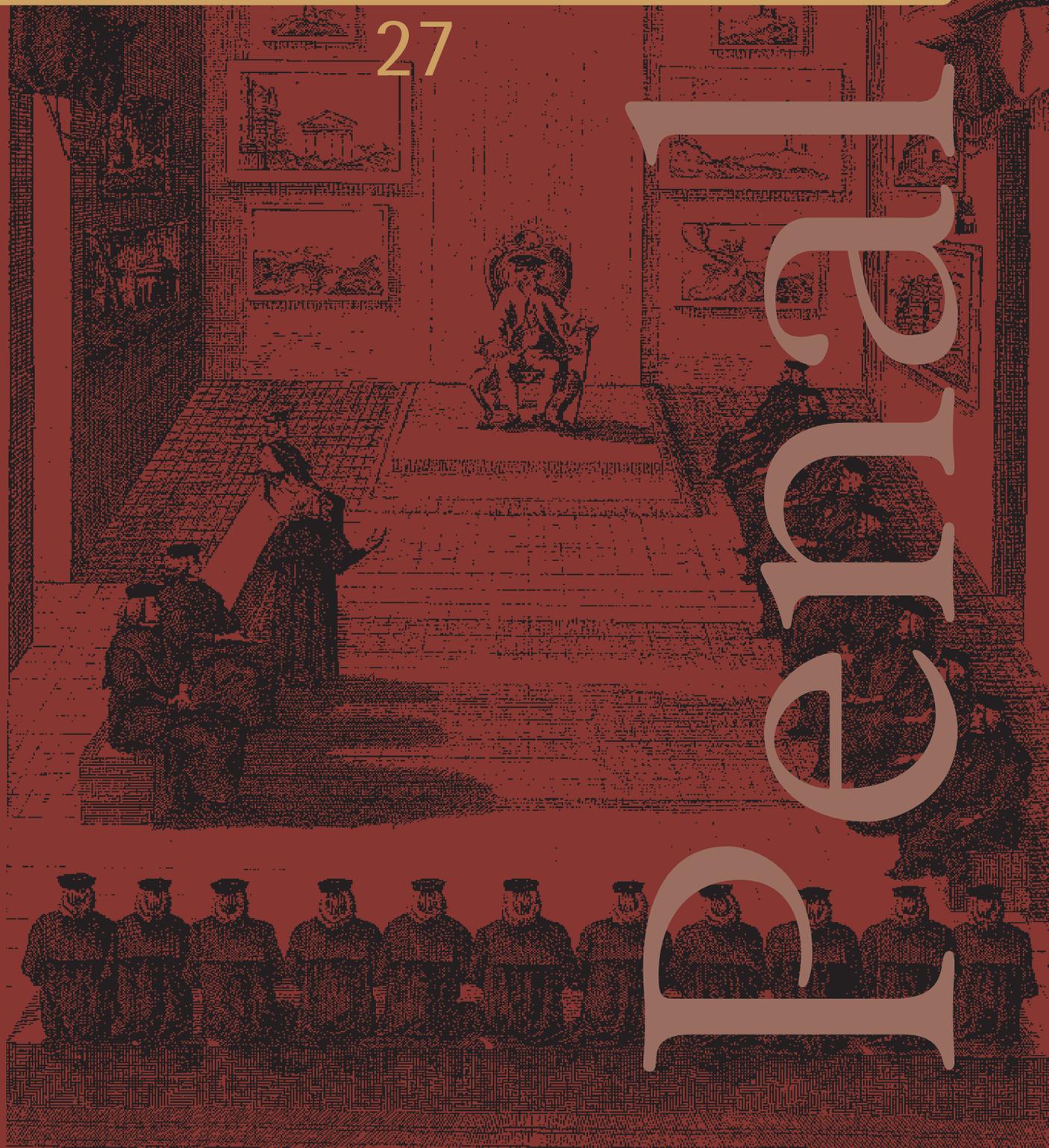
Enero 2011

27

Revista Penal

Enero 2011

Penal



Revista Penal

Número 27

Sumario

Especial Doctrina: El Derecho penal en la Unión Europea

- Obtención transnacional de pruebas. Diez tesis sobre el Libro Verde de la Comisión Europea sobre «Obtención de pruebas en materia penal en otro Estado miembro y la garantía de su admisibilidad», por *Kai Ambos* 3
- La aproximación constitucional al Derecho penal frente a las fuentes e instituciones supranacionales europeas, por *Alessandro Bernardi* 15
- Bienes jurídicos de relevancia comunitaria y protección penal: el caso de las falsedades en las cuentas de sociedades mercantiles por *Luigi Foffani* 41
- Evaluación Legislativa y Racionalidad en el Ámbito Penal Europeo (y Nacional) por *Marta Muñoz de Morales Romero* 51
- La armonización del derecho penal ante el Tratado de Lisboa y el programa de Estocolmo. *European Criminal Policy Initiative* y el Manifiesto sobre Política Criminal Europea, por *Adán Nieto Martín* 78
- Manifiesto sobre política criminal europea 83

Doctrina

- ¿Un nuevo sistema de penas?: La *probation* y la suspensión de la ejecución de la pena, por *Miguel Abel Souto* 93
- Medios de comunicación y populismo punitivo. Revisión teórica del concepto y análisis de la reforma penal en materia de hurto, por *Joan Baucells Lladós y Luiz Peres-Neto* 111
- A setenta años de la migración republicana: los juristas, por *Sergio García Ramírez* 132
- La paulatina metamorfosis del juez de instrucción como juez de garantías: pautas jurídicas para la pervivencia de una arraigada institución por *Faustino Gudín Rodríguez-Magariños* 141
- La herencia de Franz von Liszt, por *Francisco Muñoz Conde* 159
- La aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder en América Latina y España: desde el juicio a las juntas militares argentinas hasta los casos contra Abimael Guzmán, Alberto Fujimori y los líderes políticos colombianos vinculados al paramilitarismo por *Francisco Muñoz Conde y Hector Olásolo* .. 175
- La relevancia justificante del consentimiento de las menores de edad en el nuevo sistema de aborto no punible (Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo) *Prof. Dr. Sergio Romeo Malanda* 191
- Introducción al sistema Anti-corrupción de la República Popular China, por *Shizhou Wang* 211

Sistemas penales comparados: Derecho Penal Tributario 216

Bibliografía: Notas bibliográficas sobre terrorismo y seguridad colectiva, por *Francisco Muñoz Conde* 271

Crónica. II International Forum on Crime and Criminal Law in the Global Era, Beijing, 2010 por *Juan Carlos Ferré Olivé y Miguel Ángel Núñez Paz* 283



Universidad de Salamanca



Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.
Con el apoyo económico de la Consejería de la Presidencia de la Junta de Andalucía.

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
ferreolive@terra.es

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha
David Baigún. Univ. Buenos Aires
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra
George P.Fletcher. Univ.Columbia
Luigi Foffani. Univ. Módena
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha
Vicente Gimeno Sendra. UNED
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense
José Luis González Cussac – Univ. Valencia
Winfried Hassemmer. Univ. Frankfurt
Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla

Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Enzo Musco. Univ. Roma
Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Claus Roxin. Univ. München
José Ramón Serrano Piedecasas. Univ. Castilla-La Mancha
Ulrich Sieber. Max Planck Institut- Freiburg
Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
John Vervaele. Univ. Utrecht
Joachim Vogel. Univ. Tübingen
Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Víctor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda y Nieves Sanz Mulas (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)
Luis Fernando Niño (Argentina)
William Terra de Oliveira y Alexis Couto de Brito (Brasil)
Felipe Caballero Brun (Chile)
Shizhou Wang (China)
Alvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)
Walter Antillón y Roberto Madrigal (Costa Rica)
Adán Nieto Martín y (España)
Dimitris Ziouvras (Grecia)
Alejandro Rodríguez Barillas (Guatemala)
Angie Andrea Arce Acuña (Honduras)
Luigi Foffani y Luca Ramponi (Italia)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)

Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Carlos E. Muñoz Pope (Panamá)
Victor Prado Saldarriaga (Perú)
Barbara Kunicka- Michalska (Polonia)
Federico de Lacerda Da Costa Pino (Portugal)
Ana Cecilia Morún y David Infante Henríquez (República Dominicana)
Svetlana Paramonova (Rusia)
Baris Erman y Pinar Yazici (Turquía)
Wolodymyr Hulkevych (Ucrania)
Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Jesús Rincón Rincón (Venezuela)

ISSN: 1138-9168

Dep. Legal: B-28.940-1997

www.revistapenal.com

Suscripciones: Marcial Pons
Departamento Suscripciones
revistas@marcialpons.es
Tel: 0034 913043303
Fax: 0034 913272367

Especial Doctrina: El Derecho penal en la Unión Europea



Evaluación Legislativa y Racionalidad en el Ámbito Penal Europeo (y Nacional)

Marta Muñoz de Morales Romero

Revista Penal, n.º 27.— Enero 2011

RESUMEN: Los Estados y las organizaciones supranacionales e internacionales preparan (demasiadas) leyes para satisfacer las demandas sociales, económicas, etc. de los ciudadanos. Después, el parlamento —y también el Consejo en el caso europeo— hace lo propio y vota dichas leyes (demasiadas) cuyas consecuencias las sufre el pueblo sin entender ni conocer la mayoría de las veces el contenido de las mismas. ¿No sería lógico, pues, interrogarse sobre la utilidad de las leyes, su coherencia interna y la coherencia global del Derecho, sus condiciones de ejecución, sus consecuencias para los jueces y sobre sus efectos perversos? Con esta cuestión como punto de partida el presente trabajo configura la evaluación legislativa *ex-post* como una herramienta necesaria en aras a la adopción de normas penales europeas y nacionales racionales.

PALABRAS CLAVE: evaluación – normas penales – Derecho comunitario – racionalidad.

ABSTRACT: States and supranational or international organizations promote (too much) legislation to regulate social, economic, and all other kinds of citizen demands. After that, the parliaments, and in Europe the Council of the European Union, pass this (too much) legislation, making the people subject to the consequences of these regulations, most of the times without knowledge nor understanding of their implications. Would not it be logical, therefore, to question the usefulness of laws, their internal consistency, their implementation conditions, their consequences for judges, their perverse effects, as well as the global coherence of the legal field? With this general question as a starting point this paper focuses on the potential of *ex-post* legislative evaluation as a technique able to promote rationality in European and national processes of legislative production in criminal matters.

KEY WORDS: evaluation – criminal regulations – European Law – rationality.

I. Introducción

Los Estados y las organizaciones supranacionales e internacionales preparan (demasiadas) leyes para satisfacer las demandas sociales, económicas, etc. de los ciudadanos. Después, el parlamento —y también el Consejo en el caso europeo— hace lo propio y vota dichas leyes

(demasiadas) cuyas consecuencias las sufre el pueblo sin entender ni conocer la mayoría de las veces el contenido de las mismas. ¿No sería lógico, pues, interrogarse sobre la utilidad de las leyes, su coherencia interna y la coherencia global del Derecho, sus condiciones de ejecución, sus consecuencias para los jueces y sobre sus efectos perversos?!. Con esta cuestión como punto de

1 El comienzo y el interrogante tan expresivo es una adaptación a lo que en su día planteó DUHAMEL en *Les démocraties, régimes, histoire, exigences*, Seuil, Paris, 1993, p. 334: «El gobierno prepara las leyes, demasiadas leyes, demasiado deprisa. El Parlamento vota la ley, demasiadas leyes, demasiado poco trabajadas. El pueblo sufre las leyes, demasiadas leyes, leyes que no comprende, que no conoce. ¿Quién se interroga sobre la utilidad de la ley? ¿Sobre su coherencia interna y la coherencia global del Derecho, sus condiciones de ejecución, sus consecuencias para los jueces, sobre sus efectos perversos?» «El gobierno prepara las leyes, demasiadas leyes, demasiado deprisa. El Parlamento vota la ley, demasiadas leyes, demasiado poco trabajadas. El pueblo sufre las leyes, demasiadas leyes, leyes que no comprende, que no conoce. ¿Quién se interroga sobre la utilidad de la ley? ¿Sobre su coherencia interna y la coherencia global del Derecho, sus condiciones de ejecución, sus consecuencias para los jueces, sobre sus efectos perversos?». (traducción mía).

partida el presente trabajo configura la evaluación legislativa *ex-post*² como una herramienta necesaria en aras a la adopción de normas penales europeas y nacionales racionales.

La elección del ámbito penal obedece al intento de encontrar mecanismos que complementen la reserva de ley actualmente sumergida en una profunda crisis. En efecto, es un hecho constatado la gran influencia que tienen las burocracias —sobre todo las gubernamentales— en todas y cada una de las fases claves del procedimiento legislativo³ por lo que el carácter aparentemente democrático del

órgano parlamentario se difumina notoriamente. La opción por el enfoque europeo se debe a que una de las razones de la crisis de la reserva de ley la ha provocado precisamente la cesión de soberanía a organizaciones internacionales y supranacionales. Organizaciones en las que no existe un parlamento que desempeñe las funciones propias de una asamblea de estas características a nivel nacional o, aún existiendo, sus poderes son más limitados, tal como ocurre en el caso del Parlamento europeo⁴. Dado que el elenco de normas europeas (directivas y decisiones marco) implementadas por los Estados miembros aumenta⁵ cuantitativa⁶

2 No se abordarán en este trabajo las denominadas evaluaciones de impacto (también conocidas en el mundo anglosajón como *Regulatory Impact Assessments* (RIA), las cuales proporcionan un análisis *ex-ante* de la viabilidad de una propuesta normativa o regulatoria en función de su impacto social, económico y medioambiental. Sobre los distintos modelos de *impact assessment* implantados en diferentes países, vid. RENDA, A.: *Impact Assessment in the EU: The State of the Art and the Art of the State*, CEPS, Brussels, 2006, pp. 7-42. En particular, en el Reino Unido, puede consultarse JACOBS, C.: «The evolution and development of regulatory impact assessment in the UK» y HUMPHERSON, E.: «Auditing regulatory impact assessment: UK experience», ambos en KIRKPATRICK, C.H./PARKER, D. (eds.): *Regulatory impact assessment: towards better regulation?*, Ed. Edward Elgar Publishing, 2007, p. 106 y ss. y 132 y ss.

3 Sobre la crisis de la reserva de ley y la búsqueda de modelos de racionalidad legislativa penal en nuestro país, vid., por todos, DIEZ-RIPOLLÉS, J.L.: *La racionalidad de las leyes*, Ed. Trotta, 2003. Para una versión resumida, véase «Presupuestos de un modelo racional de legislación penal», en *DOXA*, n.º 24, 2001. En otros países, es muy interesante el análisis de FIANDACA en «Legalità penale e democrazia», en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Vol. XXXVI, Tomo II, 2007.

4 Si bien el Tratado de Lisboa ha fortalecido notablemente sus poderes en lo que concierne a la materia penal. Sobre la idoneidad del procedimiento legislativo ordinario y, en consecuencia del PE tras la aprobación de la Constitución europea y ahora Tratado de Lisboa, vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: «Constitución europea y Derecho penal: ¿Hacia un Derecho penal europeo?», en BACIGALUPO, S./CANCIO MELIA, M. (coord.): *Derecho penal y política transnacional*, Atelier, 2005, p. 161. En el mismo sentido, puede citarse al elenco de penalistas que componen el *Grupo de política criminal europea* (GPCE), en cuyo *Manifiesto sobre la política criminal europea* indican que «[l]a previsión del Tratado de Lisboa de aplicar de manera general el procedimiento de codecisión a la armonización del Derecho penal debe por ello celebrarse, desde el aspecto de la legitimación democrática». Vid. *Manifiesto sobre la política criminal europea*, en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 12/2009, 4. Jahrgang (Zis – www.zis-online.com), p. 728.

5 Véase como ejemplo español concreto la *Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal* [BOE núm. 152, de 23 de junio de 2010]. Entre las razones que proporcionó el legislador español para reformar el CP figura expresamente la necesidad de que España cumpla con sus obligaciones internacionales: «España tiene contraídas obligaciones internacionales, especialmente en el ámbito de la armonización jurídica europea, que exigen adaptaciones —a veces de considerable calado— de nuestras normas penales» (vid. Exposición de motivos, p. 54811). De hecho, la norma por la que se modifica el CP indica en su *Disposición final sexta* que la reforma incorpora al Derecho español las siguientes normas de la Unión Europea: la *DM 003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado*; la *DM 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil*; la *DM 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas*; la *DM 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito*; la *DM 2005/222/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques contra los sistemas de información*; la *DM 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, por la que se modifica la Decisión Marco 2002/475/JAI, sobre la lucha contra el terrorismo*; la *DM 2002/629/JAI del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos*; la *Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre de 2008, relativa a la protección del medio ambiente mediante el derecho penal*; y la *Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (abuso del mercado)*.

6 El desarrollo de las competencias de la Unión en el Tercer Pilar es incuestionable. Así lo demuestra el gran número de directivas y decisiones marco adoptadas con trascendencia para el Derecho penal sustantivo: *Directiva 2009/123/CE del PE y del Consejo, de 21 de octubre de 2009, por la que se modifica la Directiva 2005/35/CE relativa a la contaminación procedente de buques y la introducción de sanciones para las infracciones* [DO L 280, de 27 de octubre de 2009]; *Directiva 2009/52/CE del PE y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen sanciones aplicables a los empresarios de residentes ilegales nacionales de terceros países* [DO L 164 de 30.06.2009]; *Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, por la que se modifica la Decisión Marco 2002/475/JAI sobre la lucha contra el terrorismo* [DO L 330 de 9.12.2008]; *Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal* [DO L 328 de 6.12.2008]; *Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008, relativa a*

y cualitativamente⁷, nada mejor que empezar «desde arriba» para promocionar e inculcar una cultura evaluatoria de normas penales europeas que a su vez debe expandirse a las normas penales en ejecución y transposición de sus homólogas adoptadas en Bruselas.

La investigación parte de los orígenes de la cultura evaluatoria (II). En segundo lugar, determina cuáles son las ventajas de evaluar las normas y, en general, las políticas públicas (III). Posteriormente, ofrece un concepto de evaluación aplicado al ámbito concreto de la Unión europea, aunque puede igualmente trasladarse con las pertinentes

matizaciones y adaptaciones a otras organizaciones internacionales, e incluso a contextos nacionales (IV). Consecutivamente, se determinan el objeto y los parámetros a seguir a la hora de evaluar una norma penal comunitaria y nacional en ejecución o transposición de una decisión marco o directiva (V). La investigación se cierra con una presentación (VI) y unas conclusiones (VII) acerca de cómo se han evaluado, se evalúan y se evaluarán con el nuevo régimen jurídico del Tratado de Lisboa, las normas y políticas de la Unión en el ámbito de la cooperación y asistencia judicial en materia penal.

la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal [DO L 328 de 6.12.2008]; *Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada* [DO L 300 de 11.11.2008]; *Decisión marco 2005/667/JAI del Consejo, de 12 de julio de 2005, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la contaminación procedente de buques* [DO L 255 de 30.9.2005] – Anulada por la STJUE, de 23 de octubre de 2007, as. C-440/05; *Directiva 2005/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de septiembre de 2005 relativa a la contaminación procedente de buques y la introducción de sanciones para las infracciones* [DO L 255, de 30 de septiembre de 2005]; *Decisión marco 2005/222/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques contra los sistemas de información* [DO L 69 de 16.3.2005]; *Decisión marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas* [DO L 335 de 11.11.2004]; *Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil* [DO L 13 de 20.1.2004]; *Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado* [DO L 192 de 31.7.2003]; *Decisión marco 2003/80/JAI del Consejo, de 27 de enero de 2003, relativa a la protección del medio ambiente a través del Derecho penal* [DO L 29 de 5.2.2003] – Anulada por la STJUE, de 13 de septiembre de 2005, as. C-175/03; *Decisión marco 2002/946/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares* [DO L 328 de 5.12.2002]; *Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos* [DO L 203 de 1.8.2002]; *Decisión marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo* [DO L 164 de 22.6.2002]; *Decisión marco del Consejo, de 6 de diciembre de 2001, por la que se modifica la Decisión marco 2000/383/JAI sobre el fortalecimiento de la protección, por medio de sanciones penales y de otro tipo, contra la falsificación de moneda, con miras a la introducción del euro* [DO L 329 de 14.12.2001]; *Decisión marco 2001/500/JAI del Consejo, de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito* [DO L 182 de 5.7.2001]; *Decisión marco 2001/413/JAI del Consejo, de 28 de mayo de 2001, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo* [DO L 149 de 2.6.2001]. En camino están ya las modificaciones y reconversión en directiva de las decisiones marco relativas a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos, y a la protección de las víctimas [COM (2010) 95] y la concerniente a la lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil [COM (2010) 94].

⁷ De un tiempo a esta parte se viene observando que las directivas y decisiones marco presentan cada vez más una mayor riqueza de contenido con disposiciones mucho más detalladas y niveles de sanciones más precisos, de tal forma que crean vínculos más estrechos y estrictos a cargo de los EEMM. Ejemplos de precisión y detalle en la definición de la conducta pueden encontrarse en la *Directiva del PE y del CE relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal* [DO L 328 de 6.12.2008]. En esta norma se detallan los comportamientos que deben ser tipificados por los Estados miembros siendo su margen de apreciación muy limitado (artículo 3). El mismo grado de precisión y detalle se aprecia, señala PRADEL («Du rapprochement de certaines incriminations et sanctions dans l'espace judiciaire pénal européen», en *Les droits et le Droit, Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, 2006, pp. 901 y 902), en el caso de la definición de acto terrorista y de grupo terrorista previstas en la *Decisión marco, de 13 de junio de 2002, sobre terrorismo* [DO L 164 de 22.6.2002]. Respecto a la fijación de niveles sancionatorios cada vez más precisos, la cláusula genérica según la cual los Estados miembros quedan obligados a establecer sanciones penales «efectivas, proporcionadas y disuasivas» se ha ido transformando en sanciones de la misma naturaleza que den lugar a la extradición o incluso ha derivado en márgenes mínimos de penas máximas cada vez más precisos. Significativos son, a este respecto, el artículo 4 de la *Decisión marco 2004/757/JAI del Consejo de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico de drogas* [DO L 335 de 11.11.2004]; el artículo 5 de la *Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación de los niños y la pornografía infantil* [DO L 13 de 20.1.2004]; etc. Esta situación ha llevado a la doctrina a calificar a los propios parlamentos nacionales como marionetas de un poder europeo «ventrílocuo» (vid. BALLBÉ, M./MARTÍNEZ, R.: «Reflexiones finales», en BALLBÉ, M./MARTÍNEZ, R.: *Soberanía dual y constitución integradora: La reciente doctrina federal de la Corte Suprema norteamericana*, Ariel Derecho, 2003, p. 192 y ss.) o como simples «lacayos de Bruselas» (así, SCHÜNEMANN, B.: «Die parlamentarische Gesetzgebung als Lakai von Brüssel? Zum Entwurf des Europäischen Haftbefehlsgesetzes», en *StV*, 2003, p. 531). Crítico igualmente se muestra BRAUM, S.: *Europäische Strafgesetzlichkeit*, Juristische Abhandlungen Band 40,

II. Orígenes de la Evaluación

Si existe un país pionero en la evaluación de políticas públicas⁸, ése es sin duda los EE.UU. de América. En efecto, ya a principios del siglo XX la evaluación se empieza a utilizar en el ámbito de la agricultura con la finalidad de identificar qué mecanismos llevan a un mayor rendimiento de las cosechas. Posteriormente, la herramienta evaluatoria se va extendiendo a todo tipo de ámbitos entre los que destacan las políticas contra la pobreza e incluso las destinadas a la prevención de la delincuencia⁹. Esta situación alcanza su primer *boom* a finales de los años 60 y 70 con los gobiernos de KENNEDY y JOHNSON y el desarrollo de programas sociales¹⁰. El segundo *boom* en este país tiene lugar una década después con la creación, en 1980, de la GAO (*General Accounting Office*) como organismo responsable de evaluar los programas y las políticas públicas en el nivel federal y con el cometido fundamental de recabar la información necesaria para que el Parlamento pueda evaluar las actividades del ejecutivo.

En Europa, la cultura evaluatoria tardó más en asentarse. Países como Noruega, Dinamarca, Holanda o Francia no empezaron a tenerla en cuenta hasta principios de la década de los 80¹¹. Francia incluso tuvo que esperar a 1990 para que se pudiesen en marcha unas estructuras estables de evaluación¹². En España, la evaluación se introdujo gracias a su adhesión a la entonces Comunidad Europea en 1986, en concreto, con la incorporación de las disposiciones normativas y técnicas sobre control de las transferencias financieras, y la nueva distribución territorial del poder en

España con la transferencia de la administración general a las administraciones territoriales (CC.AA. y ayuntamientos) y la consecuente necesidad de crear «mecanismos de control para evitar la mala distribución de los recursos y la duplicidad de la acción de la presencia de los agentes públicos»¹³. En el caso de la evaluación legislativa, el interés despertado entre los científicos del Derecho es incluso menor y, de hecho, son pocos los estudios que en España se han realizado sobre el proceso de creación de una norma, a excepción del libro de Manuel ATIENZA¹⁴ que es, por otro lado, la referencia fundamental en los pocos estudios posteriores en la doctrina penal española, como es el caso de José Luis Díez-Ripollés¹⁵ o su discípula Susana Soto Navarro¹⁶.

III. Funciones de la Evaluación

La evaluación es un componente esencial de la obligación de argumentar y de justificar que tiene cualquier legislador en relación a cada una de las medidas que adopta. Se trata de «una herramienta para racionalizar la toma de decisiones públicas»¹⁷ que contribuye a que la ciudadanía las apoye, de tal forma que cuanto más positiva sea la evaluación y más objetivos iniciales alcanzados verifique, mayor será el agrado de los ciudadanos, así como la aceptación de la norma que están obligados a cumplir. Mediante la evaluación se edifica, en segundo lugar, una base de conocimiento para la elaboración racional de futuras políticas públicas¹⁸, fundamental para que los Estados y, a nivel supranacional, las organizaciones internacionales o regiona-

Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2003, p. 405 y, en la literatura comunitarista, DUINA, F.: «National Legislatures in Common Markets: Autonomy in the European Union and Mercosur», en PAUL, T.V./IKENBERRY, G.J./HALL, J.A. (eds.): *The Nation State in Question*, Princeton University Press, 2003, pp. 183-212. En el mismo sentido, aunque refiriéndose a las organizaciones internacionales en general, PIETH, quien habla de *fait accompli*, es decir, de la situación de compromiso asumido en la que se encuentran los legisladores nacionales respecto a las directrices internacionales. Vid. PIETH, M.: «Los actores del cambio», en DELMAS-MARTY, M./PIETH, M./SIEBER, U. (dirs.): *Los caminos de la armonización penal*, Presentación de Luis ARROYO ZAPATERO, UCLM, 2009, pp. 461-480.

8 OSÉS ABANDO, J.: «La evaluación comparada de la evaluación en distintos países (EE.UU., Reino Unido, Francia, Italia, etc.) hasta 1995», vid. OSÉS ABANDO, J.: «La evaluación normativa en el Derecho comparado», en FIGUEROA LARAUDOGOITIA, A. (coord.): *Los procesos de implementación de las normas jurídicas*, IVAP, 1995, pp. 139-162.

9 CHELIMSKY, E.: «The Purposes of Evaluation in a Democratic Society», en SHAW, I./GREENE, J.C./MARK, M.M. (eds.): *Handbook of Evaluation: Policies, Programs and Practices*, SAGE, 2006, p. 34.

10 DONALSON, S.I./LIPSEY, M.W.: «Roles for Theory in Contemporary Evaluation Practice: Developing Practical Knowledge», en SHAW, I./GREENE, J.C./MARK, M.M. (eds.): *Handbook of Evaluation...*, op. cit., p. 56.

11 BAÑÓN, R. y otros: «Evaluación de la acción y de las políticas públicas. Una visión desde la bibliografía», en BAÑÓN I MARTÍNEZ, R. (coord.): *La evaluación de la acción y de las políticas públicas*, Díez de Santos, 2002, p. 217.

12 OSÉS ABANDO, J.: «La evaluación normativa en el Derecho comparado», op. cit., p. 139.

13 BAÑÓN, R. y otros: *La evaluación de la acción y de las políticas públicas...*, op. cit., p. 218.

14 ATIENZA, M.: *Contribución a una teoría de la legislación*, Civitas, Madrid, 1997.

15 DíEZ-RIPOLLÉS, J.L.: *La racionalidad de las leyes penales*, Ed. Trotta, 2003.

16 SOTO NAVARRO, S.: *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Comares, 2003, pp. 163 y ss.

17 Sobre la evaluación como racionalización, vid. ampliamente, MADER, L.: *L'évaluation législative: Pour une analyse empirique des effets de la législation*, Collection juridique romande, Études et pratique, 1985, pp. 98-104 y 174-175. En España, vid. OSUNA, J.L.: «La evaluación participativa: una visión integral y pluralista», en BAÑÓN I MARTÍNEZ, R.: *La evaluación de la acción y de...*, op. cit., p. 47 y FIGUEROA LARAUDOGOITIA, A. (coord.): *Los procesos de implementación de...*, op. cit., p. 9 (introducción).

18 La evaluación está estrechamente ligada a la capacidad de aprendizaje del sistema político global: Sólo un legislador que conoce bien las consecuencias de sus acciones puede actuar racionalmente». Vid. FIGUEROA, A.: «La evaluación del Derecho», en FIGUEROA LARAUDOGOITIA, A. (coord.): *Los procesos de...*, op. cit., p. 23 y 28.

les como la UE, reflexionen sobre las opciones de política criminal disponibles más apropiadas para la prevención y control de la delincuencia¹⁹. En tercer lugar, la evaluación ayuda a los funcionarios de justicia a mejorar sus capacidades en la aplicación de la ley, pues les permite conocer los problemas específicos que se plantean en otros ámbitos geográficos distintos del nacional y las soluciones aportadas en dichos Estados²⁰. Por otro lado, brinda a los ciudadanos una mayor información sobre la actividad de los distintos actores o instituciones que intervienen en el proceso legislativo así como sobre las relaciones que tienen lugar entre ellos. En este sentido, la evaluación desempeña una clara función de control del gobierno y del legislador (*accountability*), enaltece la transparencia²¹ y fortalece la legitimación de la norma. No menos importante es la función que desempeña como mecanismo de *accountability* judicial, pues la evaluación sirve para que los jueces controlen mejor las leyes. En efecto, la evaluación contribuye a subsanar la falta de base empírica y los defectos de fundamentación respecto a los principios de proporcionalidad y subsidiariedad. Será precisamente en el momento de la valoración *a posteriori* de la validez empírica de la norma en el que se demostrará la eficacia y utilidad de las leyes adoptadas²². Estos resultados serán determinantes en la decisión del juez a la hora de anular o declarar válida una norma. Debe advertirse, no obstante, que la función de control (*accountability*) es la más perjudicada de todas al depender de la publicación de los resultados de la valoración. Tal como se analizará, la publicación se ve truncada por determinados factores como la resistencia ante los hallazgos negativos. Por todas estas razones, no es de

extrañar que el *Programa de Estocolmo* haya prestado una gran atención a la evaluación en general y, en concreto, a la evaluación *ex-post*, al destacar la necesidad de estudiar «la aplicación, ejecución y evaluación completas y efectivas de los instrumentos existentes» antes de presentar una propuesta legislativa²³. En dicho *Programa* se alude igualmente a la necesidad de realizar un estudio horizontal de los instrumentos adoptados para mejorar la coherencia y la consolidación de la legislación²⁴.

La consecución de las metas asignadas a la investigación evaluatoria²⁵ dependerá en gran medida del mayor o menor interés que despierte la norma evaluada en determinados agentes sociales suficientemente influyentes. En este sentido, la evaluación de las políticas criminales tendrá un impacto práctico, político y teórico limitado, si no existe un público interesado en los resultados²⁶. Interés del público que es, a su vez, directamente proporcional a la expectación que despierte la norma objeto de evaluación. Determinadas leyes, como las que responden a una elevada demanda social o simplemente aquellas cuya existencia y contenido está marcado por instancias cuya decisión no puede o no conviene cuestionarse (ese sería el caso, por ejemplo, de las normas europeas²⁷), no siempre incitan a una posterior evaluación.

IV. Contenido y Configuración de la Evaluación Legislativa

Algunas definiciones del término ‘evaluación’²⁸ se centran en la función general que desempeña. Así, por ejemplo, SCRIVEN la definió como «el proceso de deter-

19 Referido al ámbito nacional, vid. SOTO NAVARRO, S.: *La protección penal de los bienes...*, op. cit., p. 165, la cual señala que desde el momento que una norma es publicada y, en consecuencia, entra en vigor, comienza una fase post-legislativa que obliga a la fase legislativa a acomodarse a la rendición de cuentas a la que se va a someter en el futuro. Esta etapa suministra información muy valiosa para eventualmente iniciar una nueva fase prelegislativa que, a efectos de modificar o derogar la norma en cuestión, sirve para corregir déficits que debieron detectarse en la fase inicial de preparación de una iniciativa legislativa por parte de la Comisión o de los Estados miembros e, incluso, durante el procedimiento mismo de adopción de decisiones.

20 Sobre esta función de la evaluación refiriéndose a las agencias, comités y subcomités gubernamentales en la ejecución de programas y políticas públicas, vid. CHELIMSKY, E.: «The Purposes of Evaluation in...», op. cit., p. 39.

21 MADER, L.: *L'évaluation législative...*, op. cit., p. 175 y NIETO MARTÍN, A.: «Le droit pénal européen: Une esquisse de ses enjeux actuels», en GIUDICELLI-DELAGÉ, G./MANACORDA, S.: *Cour de Justice et Justice pénale*, Unité de Droit comparé, Paris, 2010.

22 NIETO MARTÍN, A.: «Le droit pénal européen: Une approche sur...», op. cit., p. 64.

23 *Programa de Estocolmo: una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano* [2010/C 115/01], p. 6.

24 *Programa de Estocolmo...*, op. cit., p. 7.

25 ‘Evaluation Research’, así denominada por algunos. Vid. BERK, R.A./ROSSI, P.H.: *Thinking about Program Evaluation*, 2nd Ed., SAGE, 1999.

26 Vid. AA.VV.: *Improving Evaluation of Anticrime Programs*, Committee on Improving Evaluation of Anti-crime Programs, National Research Council of the National Academies, National Academies Press, 2005, p. 2.

27 Es común que los Gobiernos de los EEMM se escuden en que las normas adoptadas responden a sus compromisos adquiridos con la Ue, de ahí que no interese un seguimiento sobre las mismas, más aún cuando los Estados instrumentalizan las obligaciones comunitarias y van más allá, siendo más represivos. Vid., entre otros, DE LEÓN, F.J./MAROTO, M./RODRÍGUEZ, M.A.: «Spanish legislation on combating trafficking in human beings», en WEYEMBERGH, A./SANTAMARÍA, V. (ed.): *The evaluation of European criminal law*, Editions de l'Université de Bruxelles, Institut d'études européennes, 2009, p. 331.

28 De hecho, algunos autores han llegado a parafrasear una antigua broma para decir que si uno pregunta a diez evaluadores por la definición de evaluación, obtendrá veintitrés definiciones distintas. Vid. SHAW, I./GREENE, J.C./MARK, M.M. (eds.): *Handbook of Evaluation...*, p. 6.

minación del mérito, valor, valía de algo o el producto de un proceso (...). El proceso de evaluación implica normalmente algún tipo de identificación de los estándares relevantes para apreciar dicho valor, mérito o valía; la investigación del rendimiento de la materia evaluable bajo la óptica de dichos estándares; y la integración o síntesis de los resultados para alcanzar una evaluación global o un conjunto de evaluaciones asociadas²⁹. Otras nociones, en cambio, tienen más en cuenta la finalidad o función específica de la evaluación al concebirla como «el proceso tendente a la recolección sistemática de información sobre las actividades, características y resultados de programas con la finalidad de juzgar dichos programas, mejorar su efectividad y/o informar las decisiones para la elaboración de nuevos programas o modificación de los anteriores»³⁰. Esta última definición me parece mucho más expresiva y es la que se va a tomar como punto de partida con algunos matices necesarios aplicados al ámbito de la evaluación legislativa a escala europea y en materia penal:

Evaluar es un proceso [legítimo, limpio y transparente realizado por evaluadores expertos, independientes, imparciales y competentes], tendente a la recolección sistemática de información sobre [la aplicación], características y resultados de [las normas penales europeas y/o las que son fruto de su transposición]³¹, con la finalidad de juzgar dich[a]s normas [desde la óptica de su validez] y/o informar [e influenciar las futuras iniciativas legislativas o la modificación de] las normas anteriores³².

Uno de los principales requisitos para que el proceso evaluatorio pueda desempeñar correctamente las funcio-

nes que se le han asignado es que el órgano evaluador o, mejor dicho, los miembros que lo componen, gocen de una gran independencia o autonomía; tengan una posición suficientemente fuerte para soportar los conflictos que su actividad fuera susceptible de engendrar y la capacidad necesaria para servirse del conocimiento de expertos a fin de producir resultados fiables; estén provistos de una actitud crítica, innovadora, tendente a introducir mejoras en materia de legislación y aseguren la toma en consideración de los resultados de su actividad en el marco del proceso legislativo³³. Asimismo, es importante que la evaluación tenga un enfoque interdisciplinar³⁴, de tal forma que el equipo que la lleve a cabo esté compuesto por profesionales de disciplinas variadas como la Psicología, Sociología, Economía, Derecho, etc.

El éxito o fracaso de la evaluación depende no sólo de que los evaluadores reúnan las características antes mencionadas, sino también de la configuración del órgano evaluador en cuanto a tal, pues no es lo mismo que se trate de un órgano externo o interno ni que, en el supuesto de optarse por un órgano interno, el mismo revista naturaleza centralizada o descentralizada o que esté ligado al ejecutivo o al parlamento. En relación a la primera variable, han sido varios los criterios utilizados para distinguir entre órganos de evaluación internos y externos: El estatuto formal de las personas que componen el órgano evaluador, esto es, su pertenencia o no a la administración³⁵; el modo de financiación o la responsabilidad de los servicios administrativos o gubernamentales³⁶, etc. En concreto, MADER utilizó como criterio de distinción el grado de autonomía, independencia (o dependencia) de los evaluadores respecto a las autoridades estatales que participan en la creación, adopción y aplicación de las normas legales sometidas a

29 SCRIVEN, M.: *Evaluation thesaurus*, 1991, 4th Ed., Newbury Park, CA, Sage, p. 139 (traducción mía).

30 PATTON, Q.M.: *Utilization Focused Evaluation: The New Century Text*, 1993, 3rd Ed., London, Sage Publications, p. 23 (traducción mía).

31 Aunque se hace referencia a la 'norma de transposición', se incluye igualmente un hipotético control sobre aquellas disposiciones legislativas que no son fruto de la implementación de una norma comunitaria, pero que los EEMM entienden que con ellas cumplen sus obligaciones derivadas de la directiva o DM, tal como ocurrió en Polonia con la *DM contra la trata de seres humanos*. Sobre la inexistencia de medidas de transposición por considerar el Derecho preexistente adecuado en ese supuesto concreto, vid. ŁAZOWSKI, A.: «Poland: implementation without transposition», en WEYEMBERGH, A./SANTAMARÍA, V. (ed.): *The evaluation of European criminal law*, Editions de l'Université de Bruxelles, Institut d'études européennes, 2009, pp. 287 y ss.

32 La evaluación es una herramienta que sirve para guiar comportamientos futuros, es decir, que contribuye al establecimiento de un «acervo científico» sobre las distintas formas a afrontar un problema y resolverlo. En este sentido, vid. BUSTELO RUESTA, M.: «Qué tiene de específico la metodología de evaluación», en BAÑÓN I MARTÍNEZ, R.: *La evaluación de la acción y de...*, op. cit., p. 15. No obstante, «con demasiada frecuencia la evaluación se ha empleado para registrar hechos pasados y presentes y no para prever el futuro, obviando (...) [su función] como punto de partida para planificar una estrategia de futuro. Vid. BAÑÓN, R./CABALLERO, V./SÁNCHEZ MEDERO, G.: «Evaluación de la acción y de las políticas públicas. Una visión desde la bibliografía», en BAÑÓN I MARTÍNEZ, R.: *La evaluación de la acción y de...*, op. cit., p. 220.

33 Vid., por todos, FRICKE, P.: *Modelle zur Institutionalisierung einer Gesetzeskontrolle*, Frankfurt, 1983.

34 OSÉS ABANDO, J.: «La evaluación normativa en el Derecho comparado», en FIGUEROA LARAUDOGOITIA, A. (coord.): *Los procesos de implementación de...*, op. cit., p. 165.

35 ANGELMAR, R.: «L'évaluation des politiques publiques», Communications au séminaire GAPAC, du 17 février 1978 à Grenoble, texte ronéotypé, 1978, p. 15.

36 DELIEN, H.U.: «Organisatorische Aspekte der Programmevaluation», en *Verwaltung und Fortbildung*, 1978, p. 55.

examen»³⁷. Grado que se determina por la concurrencia de un conjunto de factores entre los que destacan precisamente la forma de financiación, el estatus de los investigadores, etc. Normalmente, se presume una mayor independencia y autonomía en el caso de las evaluaciones externas, es decir, en aquellas realizadas por instituciones ajenas a la administración (ONG o universidades y ello pese a que una de sus fuentes de financiación sea de naturaleza público-comunitaria a través, por ejemplo a nivel nacional a través de proyectos de investigación del Ministerio de Educación o de Ciencia y Tecnología, según los casos, y en el entorno comunitario, de programas AGIS, Marie Curie, etc.). Por el contrario, la evaluación practicada bien por funcionarios propiamente dichos de la administración (en el caso europeo, la evaluación realizada por la Comisión), bien por los propios Estados entre sí (*peer-review*) o por empresas contratadas por la administración, se consideraría evaluación interna y, por tanto, menos independiente y menos autónoma. Lo anterior no significa que se deba descartar *ipso facto* la evaluación interna, pues pese a adolecer de vicios de independencia, presenta también indiscutibles ventajas. Así, por ejemplo, los evaluadores que forman parte de un servicio ligado a la administración no se ven como «intrusos» por las instancias responsables de las normas objeto de evaluación, las cuales desconfiarán menos en estos casos y estarán más dispuestas a cooperar y a presentar la información. Además, en el caso de una evaluación interna las probabilidades de influencia posterior en las futuras políticas legislativas son más altas. Los órganos de la administración sincronizan más fácilmente sus prestaciones con las necesidades y las exigencias del proceso legislativo (más aún en el caso de la evaluación realizada por la Comisión con el amplio poder de iniciativa legislativa que ostenta), de tal forma que este tipo de evaluación es la más apta para garantizar la adopción de nuevas reformas en el futuro. De ahí que no se tenga por qué optar por un único tipo, sino todo lo contrario ya que entre ellos existe una clara relación de complementariedad³⁸.

El carácter centralizado o descentralizado del órgano de evaluación, por otro lado, es también un criterio básico que hará depender en gran medida el éxito o fracaso de

la evaluación. En el caso, por ejemplo, de la UE, dada su estructura casi federal, la evaluación centralizada puede ser a su vez de naturaleza vertical con la instauración de un órgano o institución centralizada al estilo de la GAO estadounidense que no tendría por qué abarcar todas y cada una de las políticas legislativas de la Unión, sino algunas concretas que se consideraran de mayor interés. En este sentido, ya existen³⁹ observatorios europeos (el de racismo y xenofobia, por ejemplo) que llevan a cabo funciones de evaluación. La nota de «centralidad» y «verticalidad» también está presente en la Unión gracias a la evaluación que realiza la Comisión. Igualmente, la evaluación practicada por los propios EEMM en el marco de la *peer-review* puede catalogarse como centralizada si bien de tipo horizontal. Distinta es la evaluación que a nivel nacional podrá realizar cada Estado miembro respecto a sus normas, entre las que se incluyen, evidentemente, las normas de transposición de las decisiones marco y directivas comunitarias. De nuevo aquí cada tipo de evaluación tiene sus ventajas y desventajas. La descentralizada tiene como punto fuerte la mayor cercanía de las autoridades al medio evaluado con la posibilidad de obtener una mejor y más rápida información por el conocimiento de las fuentes, de las bases de datos, del sistema de justicia, etc., con todo lo que ello supone de cara a una mayor satisfacción del principio democrático. Sin embargo, corre el riesgo de no ser todo lo imparcial que se desea tanto en términos negativos como positivos. A nivel comunitario, los Estados pro-europeos tenderán con carácter general a evaluar la norma de transposición más positiva e incluso la utilizarán como justificación de toda su política criminal⁴⁰; mientras que los países catalogados como «euro-escépticos» considerarán cualquier cambio —por pequeño que sea— contrario a sus tradiciones jurídicas. Por su parte, la evaluación centralizada garantiza la instauración de una cultura evaluatoria en el seno de la Unión, con la puesta a disposición del órgano evaluador de una serie de medios humanos, económicos, etc. Todos ellos son necesarios para realizar sus funciones en condiciones óptimas. El inconveniente en el caso de que el órgano de evaluación sea propiamente europeo radica en la lejanía del entorno en el que la norma se va aplicar con

37 MADER, L.: *L'évaluation législative...*, op. cit., p. 131.

38 MADER, L.: *L'évaluation législative...*, op. cit., p. 135 y 175: «(...) [N]est-il pas question de choisir entre ces diverses possibilités: il importe, au contraire, de souligner leur complémentarité», o «(...) il serait (...) souhaitable que des évaluations législatives soient entreprises par les organismes et dans les optiques les plus divers».

39 Y su proliferación parece ser la línea que pretende seguir la Unión, pues el *Programa de Estocolmo* resalta la necesidad de crear un *Observatorio para la Prevención de la Delincuencia* (OPD) entre cuyas tareas estarían «recabar, analizar y difundir los conocimientos sobre la delincuencia», funciones que, *grosso modo*, también implica una cierta labor de evaluación. Vid. *Programa de Estocolmo...*, op. cit., p. 43.

40 Sobre todo cuando se trata de temas controvertidos, es muy común encontrar en los discursos de los dirigentes políticos referencias continuas a las exigencias que impone Bruselas u otras organizaciones internacionales (Naciones Unidas, Fondo Monetario Internacional, etc.). De esta forma el Estado intenta limpiar su nombre y «echar la culpa» de las medidas antipopulares que adopta al «otro», en este caso, a la organización internacional o supranacional. Sin embargo, no siempre las normas que transponen los Estados derivan exactamente de sus obligaciones internacionales o europeas. Más bien lo que ocurre en una gran mayoría de casos es que los gobiernos nacionales usan intencionadamente las estructuras globales y regionales para evadir los controles democráticos a nivel nacional.

los problemas que ello acarrea para la obtención y, más importante aún, comprensión e interpretación de la misma. Así, por ejemplo, en el caso del Derecho penal, será mucho más complicado adentrarse en cuestiones más internas de los Estados como es la organización y coherencia de sus códigos penales.

Por último, dónde arraigar el órgano evaluador, esto es, si configurarlo a partir del ejecutivo o del parlamento, ha sido objeto también de múltiples debates que en general ven en ambos poderes la posibilidad de encuadrar la evaluación. No obstante, la mayoría de la doctrina se inclina más por el Parlamento como forma para paliar el desequilibrio que existe en esta institución y el ejecutivo en materia de legislación. El Parlamento carece de expertos y de información suficiente. El predominio de las burocracias y, en concreto las gubernamentales, es un hecho constatado en varias investigaciones⁴¹ dejando a las asambleas democráticas en una situación de desventaja. De ahí que la creación legal de un órgano de evaluación encargado de coordinar los esfuerzos de los equipos pluridisciplinarios que se constituyan en cada caso según la naturaleza de la materia a evaluar, y de presentar el fruto de sus investigaciones a la Cámara, colocaría a ambos poderes en una posición más cercana. A ello se une una razón de publicidad, pues los parlamentos siempre se han caracterizado por ser garantes de la transparencia. De esta forma se garantizaría la publicidad de los informes de evaluación en todos sus extremos⁴². Esta conclusión es más trascendental todavía en el caso de la UE y, además, tanto desde un punto de vista centralizado como descentralizado. Desde una óptica centralizada, el papel del PE, aunque mejorado con el Tratado de Lisboa, se reforzaría aún más si se le atribuyesen *strictu sensu* funciones continuas de evaluación de las normas comunitarias. Junto a sus facultades de control ejercidas a través de las *comisiones de investigación*⁴³, el PE podría fundamentar su voto en los dictámenes que se redactasen desde dicho órgano, mejorándose así la calidad discursiva del procedimiento y haciendo más visible su función de garante de los derechos fundamentales. Desde una visión descentralizada de la evaluación, el rol de los parlamentos nacionales también aumentaría si a partir de los mismos se

creasen órganos de evaluación en general pero, sobre todo, respecto a normas en ejecución o en transposición del Derecho comunitario. De esta manera, el ejecutivo nacional estaría más limitado en su actuación en Bruselas, pues ante nuevas reformas sobre una determinada política tendría que tener muy en cuenta los dictámenes de evaluación *ex-post* realizados por el órgano evaluador dependiente de su respectivo parlamento. De no ser así, la asamblea nacional y, en concreto, las minorías parlamentarias, tendrían un argumento para hacer responsables políticamente a los representantes que negociaron la norma en la Unión.

Un segundo componente de la definición ofrecida de evaluación es la «limpieza» y «transparencia» de la actividad evaluatoria. Dado que «evaluación es igual a democratización y a participación»⁴⁴, es necesario que todos los interesados sepan cuáles son los procedimientos de evaluación y cómo y cuándo pueden participar en ellos. En consecuencia, los trámites procedimentales deben estar fijados previamente por algún instrumento normativo, al igual que el proceso de selección de los expertos evaluadores, que en todo caso tendrá que ser abierto y transparente⁴⁵.

Otro *ingrediente del plato* evaluatorio es la necesidad de proceder a una recolección sistemática de información sobre el impacto que ha tenido la norma en cuestión. Sin datos empíricos es imposible juzgar la labor del legislador⁴⁶; no es, en definitiva, factible probar si la norma adoptada ha cumplido con los objetivos que se le habían asignado inicialmente; si ha cumplido pero como consecuencia de dicho cumplimiento se han producido otros efectos colaterales *a priori* impredecibles; si no ha cumplido pero ha contribuido a la satisfacción de otros distintos, etc. Entra en juego aquí el cotejo de estudios de Derecho comparado previos y posteriores a la adopción de la norma y, en concreto, aquellos informes realizados a nivel interno que ofrezcan tablas o gráficos que hagan alusión a las tasas de delincuencia antes y después de la adopción de la norma; al número de procedimientos penales iniciados y sobreseídos; al número de sentencias absolutorias y condenatorias, con la precisión de las penas impuestas; a los casos en los que la pena se substituyó por falta de antecedentes penales,

41 DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: *La racionalidad de las leyes penales...*, op. cit., y «Presupuestos de un modelo racional de legislación penal», en *DOXA*, nº 24, 2001, pp. 485-523.; FIANDACA, G.: «Legalità e democrazia», op. cit., p. 1268: «El gobierno ha terminado por asumir el *leadership* del proceso legislativo» (traducción mía); MUSCO, E.: *L'illusione penalistica*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 274 (cit. FIANDACA, G.: «Legalità e democrazia», op. cit., p. 1268: «Bien para superar las mediaciones y los vetos parlamentarios, bien para responder tempestivamente a la emergencia económica o internacional, o simplemente para agruparse en torno a la elección más delicada o controvertida, el gobierno se ha convertido en Italia en el principal productor de actos normativos» (traducción libre). En el mismo sentido, vid. también WEYEMBERGH, A.: *L'harmonisation des législations pénales...*, op. cit., p. 287.

42 MADER, L.: *L'évaluation législative...*, op. cit., p. 139.

43 Las *comisiones de investigación*, de carácter temporal y constituidas para analizar un problema en concreto, así como las soluciones aportadas al mismo (por ejemplo, en el asunto *Prestige*), no se crean específicamente para evaluar una norma pero contribuyen al control en la aplicación de las políticas comunitarias (vid. artículo 176 del reglamento del PE).

44 OSÉS ABANDO, J.: «La evaluación normativa en el Derecho comparado», op. cit., p. 139.

45 VOGEL, J.: «Evaluación de los sistemas penales. Contribución a una política criminal racional», en DÍEZ-RIPOLLÉS, J.L./PRIETO DEL PINO, A.M./SOTO NAVARRO, S. (eds.): *La política legislativa penal en Occidente. Una perspectiva comparada*, Tirant «Criminología y Educación Social», Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, 2005, p. 264.

etc. Incluso, si la evaluación tiene lugar transcurrido un lapso de tiempo considerable, sería conveniente contar con estudios sobre el número de años en los que el delincuente estuvo en prisión, si obtuvo la libertad condicional, etc. En consecuencia, los datos empíricos deben abarcar no sólo la mera cuestión de adecuación de la norma comunitaria al Derecho interno, esto es la cuestión legislativa, sino también la cuestión de aplicación y ejecución del Derecho penal. Sólo así es posible medir la eficacia del Derecho penal.

Por último, la evaluación presta una especial atención a los *procesos de comunicación de los resultados* obtenidos a través de la misma⁴⁷. Importantísimo es que rija como regla general la publicación del informe de evaluación⁴⁸, limitando o incluso eliminando el requisito de confidencialidad⁴⁹. De esta forma se garantiza que el público tenga acceso a los informes negativos que son en realidad los esenciales a la hora de enjuiciar cuándo el legislador «está haciendo las cosas mal».

El proceso de comunicación abarca desde «la elaboración de un buen *informe* legible y claro (y su difusión y seguimiento posterior), [hasta la búsqueda] de otras formas alternativas de comunicación (como por ejemplo, sesiones de trabajo, presentaciones orales, conferencias de prensa, comunicaciones cortas como faxes, memorandos o correos electrónicos, vídeos, pósters, boletines y resúmenes ejecutivos»⁵⁰. El problema reside en que la evaluación suele descuidar este aspecto de publicación por razones varias. Destacan, entre otras, la falta de tiempo invertida en esta tarea, la ausencia de claridad entre los agentes críticos sobre sus necesidades de información, la falta de respuesta ante los esfuerzos por comunicar e informar, pero sobre todo la negativa del Gobierno a presentar los resultados de una evaluación en el caso de que sean negativos⁵¹. La importancia de la publicación de los resultados es, por

otra parte, fundamental: Sólo si se aportan datos fiables y elaborados a los ciudadanos —es decir, sólo si existe transparencia— éstos podrán juzgar la labor del legislador y ejercer de forma racional el control democrático sobre el mismo. La existencia de datos empíricos resulta, finalmente, imprescindible para un control judicial eficaz por parte de la justicia —TC nacionales, TJUE y TEDH— de las decisiones del legislador, a través de los principios de proporcionalidad y subsidiariedad⁵².

V. Objeto y Criterios de la Evaluación Legislativa

La evaluación recae directamente sobre las normas que son fruto de la transposición de las decisiones marco y ahora también directivas penales adoptadas por la Unión⁵³. Sin embargo, no debe olvidarse que ésta abarca igualmente —a veces de forma directa y siempre de manera indirecta— la propia directiva o decisión marco. El proceso evaluatorio debe centrarse, además, en los tres ejes de validez de la norma en cuestión, esto es, la validez formal o legalidad, la validez axiológica o legitimidad y la validez empírica de la norma⁵⁴.

La *validez formal o legalidad* alude al procedimiento mismo de adopción de la norma, es decir, a si fue adoptada por una institución competente en virtud de los procedimientos legislativos previstos y a si su contenido no contradice lo predispuesto en normas de rango superior⁵⁵. En este escalón, la evaluación sólo debe atender a la norma propiamente comunitaria, esto es, a la directiva o decisión marco. El control sobre el procedimiento de adopción de decisiones interno debe presuponerse válido desde la perspectiva del Derecho de la Unión y, en su caso, será objeto de evaluación a través de un órgano interno o nacional. La UE no tiene competencias para evaluar los trámites de un

46 La forma en la que se deben recopilar y analizar la información, así como la forma en la que se enjuicia sistemáticamente y en la que se establecen recomendaciones de mejora de cara al futuro forman parte del concepto de «metodología de evaluación». Vid. BUSTELO RUESTA, M.: «Qué tiene de específico la metodología de evaluación», op. cit., p. 29.

47 ANGELMAR, R.: «L'évaluation des politiques publiques», op. cit., p. 15: «Tout ce qui augmente la visibilité de l'étude et la disponibilité des données contribue à la qualité de l'étude».

48 Se trata de un indicador propuesto en las auditorías sobre el carácter democrático de los sistemas. Vid. BEETHAM, D.: «Key Principles and Indices...», op. cit., p. 37: «How accessible to the public is information about what the government does, and about the effects of its policies (...)?» (§28).

49 VOGEL, J.: «Evaluación de los sistemas penales...», op. cit., p. 267.

50 BUSTELO RUESTA, M.: «Qué tiene de específico la metodología de evaluación», op. cit., p. 30.

51 Vid. CHELIMSKY Vid. CHELIMSKY, E.: «The Purposes of Evaluation in...», op. cit., pp. 41 y 42.

52 NIETO MARTÍN, A.: «Le droit pénal européen: Une approche sur...», op. cit., p. 64.

53 Debe tenerse en cuenta que la evaluación podrá recaer también sobre reglamentos de naturaleza penal siempre y cuando el legislador comunitario considere oportuno utilizar el artículo 325 TFUE para la protección de los intereses financieros de la Unión.

54 Sobre las tres vertientes de la validez de una norma, vid. OST, F./VAN DE KERCHOVE, M.: *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des FUSL, 2002, p. 324 y ss. Respecto a la validez de los sistemas jurídicos, vid. OST, F./VAN DE KERCHOVE, M.: *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1987 y DELMAS-MARTY, M.: *Les forces imaginantes du droit (I): Le relatif et l'universel*, Seuil, 2004, p. 57 e *ibidem* «Conclusions», en DELMAS-MARTY, M./PIETH, M./SIEBER, U. (eds.): *Les chemins de l'harmonisation pénale*, UMR de Droit comparé de Paris, vol. 15, 2008. Versión española: *Los caminos de la armonización penal*, Presentación LUIS ARROYO ZAPATERO y Coordinación Marta M. MORALES, Tirant Lo Blanch, UCLM, 2009, p. 441.

55 OST, F./VAN DE KERCHOVE, M.: *De la pyramide au réseau?...*, op. cit., p. 326.

procedimiento legislativo fijados por un Estado miembro y aunque las tuviera, un hipotético control atentaría gravemente contra el principio de subsidiariedad comunitaria. No obstante, el control de la validez formal de una norma de transposición podría —y debería— realizarse a nivel nacional.

El respeto de las formalidades competenciales y secuenciales que rigen el procedimiento legislativo, es decir, la verificación de la validez formal de la norma, resulta de primordial importancia para el aseguramiento de una legislación racional⁵⁶ por varias razones. Primero, porque la moralidad interna del Derecho⁵⁷ (también denominada por algunos autores como seguridad jurídica⁵⁸), compuesta de ocho elementos (generalidad de la norma, publicidad, ausencia de retroactividad, claridad, ausencia de contradicción, prohibición de normas que prescriban lo imposible, estabilidad, y conformidad de los actos de las autoridades subordinadas a las normas generales) representa un ideal de regulación para el legislador⁵⁹, de tal forma que la ignorancia de estos estándares afectaría a la confianza de los destinatarios de las normas. Por ello, la moralidad interna del Derecho no sólo se limita a un formalismo reductor, sino que también moviliza valores tan fundamentales como la confianza legítima de los ciudadanos y atiende directamente a la estabilidad y aceptabilidad del ordenamiento jurídico considerado. En segundo lugar, los requisitos procedimentales tienen la función de garantizar un adecuado proceso de formación de la voluntad del legislador y, por tanto, resultan imprescindibles para que los órganos de evaluación —judiciales o extrajudiciales— tengan la oportunidad de determinar hasta qué punto una determinada norma responde a criterios de razonabilidad. Aquí será relevante examinar la adecuación de la norma con valores democrático-discursivos en el sentido de la participación de la sociedad civil en el procedimiento mismo de adopción de decisiones y en la calidad del debate y de la argumentación previa a

la adopción de una norma en el marco del procedimiento legislativo (examinando, por ejemplo, si se han realizado dictámenes sobre la norma en cuestión por parte de las distintas instituciones). La evaluación procedimental es, en definitiva, vital para la salvaguardia del posterior control material de las leyes⁶⁰.

Para determinar si se han producido vicios formales es necesario analizar las normas reguladoras del procedimiento legislativo. A este respecto, son fundamentales los artículos 294 TFUE relativo al procedimiento de codecisión y, antes también, el artículo 39 TUE respecto al procedimiento de consulta en el marco del Tercer Pilar, así como los reglamentos internos de las tres instituciones que intervienen en el procedimiento legislativo⁶¹. Ahora bien, habrá que determinar hasta qué punto una infracción en las reglas del procedimiento citado da lugar a la nulidad de la norma comunitaria. A este respecto es interesante la jurisprudencia de algunos TC de los EEMM, en virtud de la cual la infracción de los reglamentos de las cámaras parlamentarias sólo podrá dar lugar a la inconstitucionalidad de la ley si dicha infracción es evidente⁶² o conlleva una alteración sustancial del proceso de formación de la voluntad en el seno de las Cámaras⁶³. En el ámbito comunitario, el TJUE ha destacado que el proceso de formación de la voluntad se altera cuando se deja fuera de juego al PE⁶⁴. Ello tiene lugar, en concreto, cuando se adopta una norma comunitaria sin haberse procedido a la consulta al PE en los casos previstos por el Tratado. Dicha ausencia «constituye un requisito formal esencial cuyo incumplimiento implica la nulidad del acto», ya que la «[l]a participación efectiva del Parlamento en el proceso legislativo de la Comunidad, según los procedimientos previstos en el Tratado, representa, en efecto, un elemento esencial del equilibrio institucional querido por el Tratado. Esta competencia constituye la expresión de un principio democrático fundamental, según el cual los pueblos participan en el ejercicio del poder a través de una asamblea

56 DIEZ-RIPOLLÉS, J.L.: «El control de constitucionalidad de las leyes penales», en *Revista española de derecho constitucional*, nº 25, nº 75, 2005, pp. 63 y 103.

57 La expresión es de FULLER, L.F.: *The morality of law*, New Haven and London, Yale University Press, revisited edition, 1978, p. 33 y ss.

58 PACTEAU, B.: «La sécurité juridique. Un principe qui nous manque», en *AJDA*, 20 de junio de 1995, p. 154 y TULKENS, F.: «La sécurité juridique, un idéal à reconsidérer», en *RIEJ*, 1990, p. 38 y ss.

59 OST, F./VAN DE KERCHOVE, M.: *De la pyramide au réseau?...*, op. cit., pp. 327-328.

60 DIEZ-RIPOLLÉS, J.L.: «El control de constitucionalidad de...», op. cit., pp. 103 y 104.

61 *Reglamento interno de la Comisión, de 8 de diciembre de 2000* [Do L 308, de 8 de diciembre de 2000]; *Reglamento interno del PE*, 16ª edición - octubre 2008, artículo 42 y ss. y *Reglamento interno del Consejo, de 2006* [Do L 285, de 16 de octubre de 2006].

62 *BVerfGE*, 91, 148, 175, mwN.

63 Es el caso, por ejemplo, de TC español en la sentencia 66/1985, de 23 de mayo, §1. Para un estudio de la situación en España, vid., por todos, BIGLINO CAMPOS, P.: *Los vicios en el procedimiento legislativo*, Centro de Estudios Constitucionales, 1991 e *ibidem* «Los vicios en el procedimiento: la postura del Tribunal Constitucional», en *Revista española de Derecho constitucional*, Año nº 8, nº 24, 1988, pp. 211-230.

64 Esta jurisprudencia se adecua bastante a las tesis constitucionalistas españolas en virtud de las cuales es el principio democrático el que orienta todo el funcionamiento del Parlamento. Vid. BIGLINO CAMPOS, P.: «Los vicios en el procedimiento: la postura del...», op. cit., p. 226. Trasladado al ámbito comunitario lo anterior significa que el principio democrático se vulnera cuando el PE no tiene la opción de pronunciarse en los casos previstos en los Tratados.



*representativa (...)*⁶⁵. También se desbarajusta el poder del PE cuando la adopción de la norma no va precedida de una nueva consulta en el supuesto en el que «el texto finalmente adoptado, considerado en su conjunto, difiera en su contenido material del texto sobre el cual ya se haya consultado al Parlamento, salvo en los casos en que las enmiendas respondan, en lo fundamental, al deseo expresado por el propio Parlamento»⁶⁶. Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y la aplicación del nuevo *Protocolo sobre la aplicación de los principios de proporcionalidad y subsidiariedad*, parece apropiado que la nulidad de la norma pueda decretarse también cuando se haya producido alguna irregularidad relevante en el procedimiento de alerta temprana⁶⁷, como lo sería, por ejemplo, el no cumplimiento de plazos para la recepción de los dictámenes de los Parlamentos nacionales o la falta de envío de la información relevante para que las asambleas nacionales puedan pronunciarse sobre el respeto de dicho principio.

En cuanto a la calidad discursiva y deliberativa del procedimiento de adopción de decisiones, la evaluación podrá tener en cuenta los siguientes indicadores: Si la propuesta legislativa vino acompañada de una evaluación de impacto⁶⁸; si se procedió a una consulta pública con la sociedad civil en su conjunto; si hubo consultas específicas con expertos⁶⁹; si los procedimientos de consulta fueron accesibles al público en general y fueron determinantes en la formación e implementación de la legislación⁷⁰; si se organizaron conferencias; si asistieron a las conferencias ciudadanos, académicos y/o representantes de los EEMM, etc.

Por su parte, la *validez axiológica o legitimidad* de la norma presta atención a valores metapositivos que pueden ser de naturaleza ética, religiosa, etc.⁷¹. En lo que al ámbito penal concierne, la evaluación tendrá que centrarse, por supuesto, en la cuestión del respeto de los derechos fundamentales. A diferencia de la validez formal, la eva-

65 Vid. SSTJUE, de 29 de octubre de 1980, *Roquette Frères/Consejo*, asunto 138/79, Rec. p. 333, §33; de 23 de febrero de 1988, *Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte c. Consejo*, asunto 68/86; de 10 de mayo de 1995, *PE contra Consejo de la UE*, ASUNTO C-417/93, REC. 1995, P. I-01185, §9 Y DE 10 DE JUNIO DE 1997, *PARLAMENTO EUROPEO C. CONSEJO DE LA UE*, ASUNTO C-392/95, §14.

66 Vid. SSTJUE, de 16 de julio de 1992, *Parlamento Europeo c. Consejo*, as. C-65/90, Rec. 1992, I-04593, §16; de 15 de julio de 1970, *Chemiefarma/Comisión*, asunto 41/69, Rec. p. 661 y de 4 de febrero de 1982, *Buyl/Comisión*, 817/79, Rec. p. 245.

67 Los *Protocolos sobre el papel de los Parlamentos nacionales y sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad* establecen el denominado sistema de «alerta temprana» a través del cual los Parlamentos nacionales pueden pronunciarse en el plazo de seis semanas —contadas a partir de la fecha de transmisión de la propuesta legislativa— sobre el respeto del principio de subsidiariedad, provocando el reexamen de la propuesta comunitaria cuando se cuente con un voto negativo que represente al menos un tercio del total del total de votos que les son atribuidos (artículo 7, §3 Prot. sobre el respeto del principio de subsidiariedad anexo al TFUE). Lo que significa que en la configuración actual de la UE con veintisiete EEMM, el número total de votos posibles sería de cincuenta y cuatro, de tal forma que el umbral exigido sería dieciocho. Además, si se trata de normas adoptadas conforme al artículo 83 TFUE, es decir, de normas relativas a la cooperación judicial y policial en materia penal, el tope se reduce a un cuarto de los votos (catorce votos). Si se obtienen los votos indicados, la institución u órgano autor/a de la propuesta legislativa debe volver a estudiarla y decidir si mantener el proyecto, modificarlo o retirarlo. En cualquiera de los tres supuestos, deberán motivar su decisión (artículo 7,3 § 2°). Como novedad respecto a la redacción del protocolo en el Tratado Constitucional, tras Lisboa se introduce el *sistema de tarjeta naranja*, aplicable sólo a los casos en los que el procedimiento legislativo a seguir sea el ordinario y a las propuestas que emanen de la Comisión. En virtud de este nuevo mecanismo, cuando los dictámenes motivados que indiquen que una propuesta de acto legislativo no respeta el principio de subsidiariedad, representen al menos la mayoría simple de los votos atribuidos a los Parlamentos nacionales (en la actualidad veintiocho), la propuesta se deberá volver a estudiar. Tras este nuevo estudio, la Comisión podrá decidir mantener, modificar o retirar la propuesta. Si decide mantenerla, la Comisión deberá justificar mediante dictamen motivado, por qué considera que la propuesta en cuestión respeta el principio de subsidiariedad. Dicho dictamen motivado, así como el de los Parlamentos nacionales, deberán transmitirse al legislador de la UE, para que los tenga en cuenta a lo largo de todo el procedimiento, es decir, antes de que concluya la primera lectura. De esta forma, el legislador —Parlamento Europeo y Consejo— estudian la compatibilidad de la propuesta legislativa con el principio de subsidiariedad, atendiendo de forma particular a las motivaciones presentadas y compartidas por la mayoría de los Parlamentos nacionales y al dictamen motivado de la Comisión. Si por mayoría del 55% de los miembros del Consejo o por mayoría de los votos emitidos en el Parlamento Europeo, el legislador considerase que la propuesta no es compatible con el principio de subsidiariedad, ésta se desestimarán. En la doctrina, vid. «El Tratado constitucional y los parlamentos nacionales», en VIDAL BENEYTO, J. (coord.): *El reto constitucional de Europa*, Madrid, 2005, pp. 301-303; NANCLARES, J.: «La nueva regulación del régimen de competencias en el Tratado de Lisboa: especial referencia al control del principio de subsidiariedad», en *ibidem* (coord.): *El Tratado de Lisboa: La salida de la crisis constitucional*, AEPDIRI, Iustel, 2008, p. 287; HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M.: *El reparto de competencias entre la Unión Europea y sus Estados Miembros*, Valencia, 2006, Ed. Tirant Monografías, p. 190 y ss.

68 *Vide supra* nota 2.

69 Y es que en palabras de MADER, «la ciencia aparece como garante de la racionalidad de las decisiones a lo largo del procedimiento legislativo» (traducción mía). Vid. MADER, L.: *L'évaluation législative...*, op. cit., p. 101.

70 BEETHAM, D.: «Key Principles and Indices...», op. cit., p. 37.

71 ITURRIALDE SESMA, V.: «Consideraciones acerca de la validez normativa», en MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, L. (ed.): *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*, Ed. Ramón Areces, vol. I, 2001, p. 248 y ss.

luación a nivel comunitario debe realizarse no sólo respecto a la directiva o decisión marco, sino también respecto a la norma nacional en transposición o en ejecución de la norma comunitaria, pues los derechos fundamentales tal como están reconocidos por el ordenamiento comunitario vinculan también a los EEMM en aplicación y ejecución del Derecho comunitario.

En esta manifestación de la validez de una norma, cobra especial relevancia el principio de previsibilidad de la ley penal. Dicho principio está directamente vinculado a la cualidad formal de las leyes, la cual se ve afectada con mayor o menor intensidad en función de la estructura, el lenguaje, el estilo y la terminología de los actos legislativos⁷². En el ámbito comunitario debe, no obstante, tenerse muy presente la dificultad que lleva aparejada la técnica de la transposición de cara al cumplimiento del principio de previsibilidad. La obligación de resultados y no de medios que impone la directiva o decisión marco coloca ambas fuentes normativas en una situación no apropiada para cumplir con el mandato de determinación del principio de legalidad, precisamente por el mínimo margen de apreciación que al menos debe dejarse a los EEMM⁷³. El margen nacional de apreciación no sólo opera en relación a las conductas que los Estados están obligados a tipificar como delito y respecto a los límites de penas que deben imponer, sino también acerca de toda una serie de conceptos de la Parte General del Derecho penal (imprudencia grave, tentativa, participación, instigación, etc.) que no siempre se describen para respetar las tradiciones jurídicas y la dogmática penal de los Estados. En estos casos, será útil utilizar como indicador para medir la previsibilidad⁷⁴ determinar si los términos de la Parte General del Derecho penal y las causas de justificación mencionadas en la norma están definidos en la misma bien directamente a través de la decisión marco o directiva, bien mediante la norma nacional de transposición.

A veces aparecen causas de exclusión de la responsabilidad penal expresamente definidas en la propia decisión marco como por ejemplo ocurre en el caso del artículo 3,2 de la *Decisión marco relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil*, la cual permite a los EEMM no tipificar como delito las conductas relacionadas con la pornografía infantil mencionadas en la DM siempre y cuando la persona con apariencia de niño que interviene en la actividad pornográfica tenga al menos 18 años en el momento de la representación o cuando se acredite que el material pornográfico consistente en imágenes realistas de un niño inexistente practicando o participando en una conducta sexualmente explícita, se ha producido o se está en posesión del mismo estrictamente para uso privado. Igualmente, el artículo 1,2 de la *Decisión marco sobre la trata de seres humanos* permite excluir la responsabilidad penal cuando existe consentimiento de la víctima, a no ser que se haya empleado alguno de los medios previstos en el apartado 1 del mismo precepto (coacción, fuerza, amenaza, etc.). Sin embargo, aún en estos casos existen «flecós» en la definición que tienen que colmarse a través de los EEMM: ¿Qué se entiende por uso privado? ¿Qué se entiende por coacción, fuerza, etc.? Por ello, la evaluación tendente a corroborar el respeto de la previsibilidad de la disposición se realizará normalmente sobre la norma interna, a no ser que se trate de un reglamento, es decir, a no ser que la técnica de integración elegida haya sido la unificación⁷⁵ o el concepto esté definido suficientemente por la directiva o decisión marco, algo que no siempre ocurre tal como se verá a continuación.

Sería un buen criterio de evaluación utilizar como indicador si los términos penales o no estrictamente penales de la Parte especial determinantes para la configuración de los elementos constitutivos del delito están previstos en la

72 FIGUEROA, A.: «La evaluación del Derecho», en FIGUEROA LARAUDOGOITIA, A. (coord.): *Los procesos de...*, op. cit., p. 14.

73 PÉREZ DEL VALLE, C.: «Derecho penal europeo, principio de legalidad y principio de proporcionalidad», en *Indret*, Barcelona, octubre 2008, p. 14. En el mismo sentido, REINISCH, A.: «The Action of the European Union to Combat International Terrorism», en BIANCHI, A. (ed.): *Enforcing International Law Norms Against Terrorism*, Studies in International Law, Hart Publishing, 2004, p. 151, quien sostiene que «el lenguaje de las decisiones marco nunca tiene que cumplir con los mandatos de precisión y claridad del *nullum crimen* hasta el punto que deben hacerlo las normas nacionales de implementación» (traducción mía). La misma advertencia dio FOFFANI en relación a las indicaciones amplias y genéricas del legislador europeo en la *Decisión marco sobre la corrupción en el sector privado*. En concreto, señala este autor que el legislador nacional tendrá que dotar de contenido a los conceptos más delicados de la norma comunitaria como el de «actividades profesionales» o de «entidad del sector privado». Vid. FOFFANI, L.: «La «corrupción privada». Iniciativas internacionales y perspectivas de armonización», en ARROYO ZAPATERO, L./NIETO MARTÍN, A. (coords.): *Fraude y Corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Ed. UCLM, Cuenca, 2006, p. 392.

74 A no ser que se indique lo contrario, los indicadores que van a aparecer de ahora en adelante han sido extraídos y reformulados para su adaptación a la situación europea de ROBINSON, P.H./CAHILL, M.T./MOHAMMAD, U.: «The five worst (and five best) American Criminal Codes», en *Northwestern University Law Review*, vol. 95, issue 1, 2000.

75 En ese caso, la previsibilidad tendrá que predicarse o negarse fundamentalmente respecto a la norma que emana de Bruselas. Vid. el *Corpus Juris* y los *Eurodelikte* como intentos de unificación con miras a conceptualizar no sólo una parte especial, sino también toda una parte general del Derecho penal sectorial o específica para la protección de los intereses financieros de la Unión en el primer caso o, en el supuesto de los *Eurodelitos*, del Derecho penal económico. Sobre los *Eurodelitos*, vid. TIEDEMANN, K. (Hrsg): *Wirtschaftsrecht in der Eu*, Kart Herman, Koln, 2002 (existe una versión reducida en español en TIEDEMANN, K. (dir.)/NIETO MARTÍN, A. (coord.): *Eurodelitos. El Derecho penal económico en la Unión europea*, UCLM, Cuenca, 2004). En relación al *Corpus Juris*, vid. DELMAS-MARTY, M./VERVAELE, J.A.E. (dir.): *La mise en oeuvre du Corpus Juris dans les États membres*, Antwerpen-Groninge-Oxford, Intersentia, 2000.



norma europea. Aquí el balance es positivo en relación a las directivas y decisiones marco, al menos en términos formales, pues la norma comunitaria suele dedicar los primeros preceptos a cuestiones terminológicas. Ejemplos de definición se encuentran en la directiva sobre el *insider trading*⁷⁶, cuyo artículo 1 concreta qué se entiende por «información privilegiada», «mercado regulado», «prácticas de mercado aceptadas», «autoridad competente», etc. Igualmente, el artículo 1 de la *Decisión marco sobre ataques contra los sistemas de información*⁷⁷, define «datos informáticos», «persona jurídica», «sistema de información» y «sin autorización», conceptos claves que deben ser tenidos muy en cuenta a nivel nacional a la hora de fijar la norma de conducta⁷⁸. Asimismo, pueden citarse ejemplos del *Manifiesto sobre una política criminal europea*⁷⁹ como son los de la *Decisión marco relativa a la falsificación del euro*⁸⁰ o de la *Decisión marco para la lucha contra la trata de seres humanos*⁸¹, entre otras. La primera norma obliga a penalizar los comportamientos consistentes en «importar, exportar, transportar, recibir o procurarse moneda falsa» pero a la vez aclara expresamente qué debe entenderse por moneda. Respecto a la segunda DM citada, el legislador europeo menciona el «abuso de autoridad» o «de la situación de vulnerabilidad» y posteriormente los define exigiendo que la «persona no tenga una alternativa real y apreciable, excepto someterse al abuso»⁸².

Supuestos de falta de previsibilidad a nivel europeo también han sido identificados en el *Manifiesto sobre una política criminal europea*⁸³. A este respecto, destacan la *Decisión marco relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil*⁸⁴ o la *Decisión marco para la lucha contra el racismo y la xenofobia*⁸⁵. La primera DM, al referirse a la tipificación de la pornogra-

fía infantil que contenga representaciones de adultos con apariencia de niños, adolece de vicios de imprevisibilidad porque «cuando un adulto representa una apariencia infantil, se sustrae a cualquier categoría jurídica». «La apariencia que corresponden a una determinada edad es algo muy etéreo», ya que «una persona de dieciocho años puede aparecer como una de diecisiete»⁸⁶. Esta falta de previsibilidad fue quizás la causa por que la propia DM brindó a los EEMM la posibilidad, tal como se ha señalado antes, de no castigar por la vía penal semejante comportamiento cuando el adulto con apariencia de niño tuviese en el momento de la representación al menos 18 años (artículo 3.2 a). Por su parte, la *DM relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia* permite a los EEMM castigar determinados comportamientos cuando, entre otras condiciones, el comportamiento sea idóneo para perturbar el orden público. En cambio, no se menciona nada respecto a qué «comportamientos resultan idóneos» para provocar dicha perturbación. Es cierto, que aquí era necesario conceder a los Estados un margen nacional de apreciación bastante amplio. Sin embargo, un extenso margen da lugar a problemas de determinación que posteriormente, en el momento de la transposición o ejecución de la directiva o decisión marco, puede acrecentar el punitivismo.

La previsibilidad, por otro lado, debe predicarse obviamente también de la norma interna de transposición o de ejecución de la respectiva decisión marco o directiva comunitaria. Aquí pueden apreciarse algunos ejemplos en los que los propios Estados no han sido muy respetuosos con el principio de determinación. Prueba de ello es la norma polaca en ejecución de la *DM sobre la lucha contra la trata de seres humanos*. El artículo 253 CP de Polonia castiga a cualquier persona que trafique con seres humanos a una

76 Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (abuso del mercado) [D○ L 96, 12 de abril de 2002].

77 Decisión marco 2005/222/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques contra los sistemas de información [D○ L 69, de 16 de marzo de 2005].

78 Vid. también, entre otras, la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado [D○ L 192, de 31 de julio de 2002] o la Decisión marco del Consejo, de 28 de mayo de 2001, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo [D○ L 149, de 2 de junio de 2001].

79 Vid. SAZGER, H. y otros: *Manifiesto sobre una política criminal europea*, también publicado en alemán, francés, inglés, español, griego, italiano y rumano en la *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 12/2009, 4. Jahrgang (Zis – www.zis-online.com), pp. 732-733.

80 Decisión marco del Consejo, de 6 de diciembre de 2001, por la que se modifica la Decisión marco 2000/383/JAI sobre el fortalecimiento de la protección, por medio de sanciones penales y de otro tipo, contra la falsificación de moneda, con miras a la introducción del euro [D○ L 329, de 14 de diciembre de 2001].

81 Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos [D○ L 203, de 1 de agosto de 2002].

82 No obstante, aquí podría objetarse —y así lo indica también el *Manifiesto*— si «a través de este añadido se ha alcanzado un nivel de taxatividad más satisfactorio». Vid. *Manifiesto sobre una política criminal en Europa*, op. cit., p. 733.

83 Aquí tan sólo se hará referencia a dos ejemplos pero para más casos de imprevisibilidad, vid. la p. 733 de dicho *Manifiesto*.

84 Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil [D○ L 13, de 20 de enero de 2004].

85 Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal [D○ L 328, de 6 de diciembre de 2008].

86 Vid. *Manifiesto sobre una política criminal europea*, op. cit., p. 733.

pena de prisión de al menos 3 años, sin definir previamente qué se entiende por tal⁸⁷, lo cual ha sido muy criticado por la doctrina de este país por atentar contra el principio *nullum crimen sine lege certa*⁸⁸. Un ejemplo más cercano y reciente es la transposición que el legislador español ha realizado de la *DM sobre corrupción en el sector privado* a través de la *Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*⁸⁹. El nuevo artículo 286 *bis* CP castiga a «quien de por sí o por persona interpuesta prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o *colaboradores* de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales»⁹⁰. El problema radica en considerar como sujetos activos del tipo a los *colaboradores*, pues con ello no sólo se ha ido más allá de lo estipulado en la DM que no hace mención alguna a los mismos, sino que además, tal y como indica el Consejo General del Poder Judicial en su *Informe*, «el Anteproyecto»⁹¹ no ofrece ninguna pista para concretar este concepto», siendo, en consecuencia, «incompatible con el principio de determinación de los tipos penales y, por tanto, con el principio de legalidad». De ahí que aconsejase «suprimir a los colaboradores como posibles sujetos activos», optando, al igual que la DM, por una referencia a las «personas que realicen cualquier función laboral para la empresa, sociedad, asociación, fundación u organización»⁹².

El hecho de que se prevean definiciones no significa *ipso facto* que sean aptas o correctas materialmente desde el punto de vista del principio de previsibilidad, ya que en algunos casos se utilizan normas de referencia, es decir, se recurre a leyes penales en blanco⁹³. Luego, otro indicador a utilizar tanto para evaluar la norma comunitaria como

la nacional sería el que responde a estos interrogantes: ¿Los delitos que aparecen en la norma están regulados de forma incompleta y/o hacen referencia a otras normas? Y, en el caso de sistemas de *common law*, ¿la conceptualización de los delitos exige una referencia al *case-law*? En caso afirmativo, ¿con qué frecuencia y qué gravedad lleva aparejada el delito?

Aunque menos importante, un tercer indicador a tener en cuenta en esta fase de la evaluación a efectos de una mejor exposición y comprensión de los comportamientos y sanciones a implementar por los Estados, es la estructura, colocación u orden de los delitos que aparecen en la norma para que sean fácilmente reconocibles y se sepa «dónde buscar». Las directivas, pero sobre todo, las decisiones marco penales substantivas, presentan una estructura claramente dividida en cuatro partes. En primer lugar, aparecen los considerandos que *grosso modo* se configuran como una especie de exposición de motivos y que abordan los objetivos de la decisión marco y el problema que se pretende solucionar. Casi siempre incluyen una cláusula de conformidad con los principios de proporcionalidad y subsidiariedad⁹⁴ y otra con los derechos fundamentales. A veces incluso llegan a mencionar la Carta⁹⁵. En segundo lugar, se da paso a la parte propiamente penal material, cuyo esqueleto responde a los siguientes extremos: definiciones, un par de preceptos destinados a los tipos penales, acto seguido un precepto para castigar la participación, instigación y tentativa, otro dedicado a las sanciones y las circunstancias agravantes, si las hubiese, y dos artículos para decretar la responsabilidad de las personas jurídicas y las sanciones aplicables a las mismas. El tercer bloque reúne las cuestiones penales procesales y de cooperación con preceptos que aglutinan criterios de competencia jurisdiccional, intercambio de información, otras medidas de cooperación y/o disposiciones relativas a la protección y asistencia a las víctimas. Así hasta llegar a la parte común que aparece en cualquier directiva o decisión marco con

87 Compárese este ejemplo con uno americano de ROBINSON y otros: «(...) [A] code with a provision that simply reads, «theft is prohibited», is surely complete in its prohibitions of theft —whatever that may be— but is so imprecise that it provides little useful information. In such a situation, it becomes the courts' responsibility to ascertain the parameters of the code's meaning. One cannot such a provision without reference to the case law that interprets it, and the objective of comprehensiveness is not satisfied». Vid. ROBINSON, P.H./CAHILL, M.T./MOHAMMAD, U.: «The five worst (and five best) American Criminal Codes», op. cit., p. 9.

88 ŁAZOWSKI, A.: «Poland: Implementation without Transposition», op. cit., y referencias bibliográficas en el mismo.

89 BOE núm. 152, de 23 de junio de 2010.

90 Véase también el tipo de corrupción *pasiva* entre particulares del apartado 2 del mencionado precepto.

91 El Informe del CGPJ se refiere al anteproyecto de reforma, pero la crítica es igualmente reproducible aquí pues la redacción inicial del anteproyecto y del proyecto de reforma no ha cambiado respecto al texto finalmente adoptado.

92 Vid. *Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal*, 2009, p. 117.

93 Por ejemplo, la directiva sobre abuso de mercado define *mercado regulado* recurriendo a la definición del punto 13 del artículo 1 de la *Directiva 93/22/CEE* y la *Directiva sobre buques* hace referencia a las «sustancias contaminantes», entendiendo por tales las reguladas en los anexos I (Hidrocarburos) y II (Sustancias nocivas líquidas a granel) del *Marpol 73/78*.

94 *Considerando* nº 15 de la Directiva sobre buques; nº 14 de la Directiva modificada sobre la protección penal del medio ambiente; nº 12 de la DM sobre terrorismo; nº 17 de la DM relativa a los ataques contra los sistemas de información, etc.

95 *Considerando* nº 16 de la Directiva sobre buques; nº 18 de la DM relativa a los ataques contra los sistemas de información, nº 8 de la DM sobre delincuencia organizada, etc.

independencia de su naturaleza y que hace referencia a la aplicación, derogación de normas anteriores, si fuese necesario, entrada en vigor, así como a la obligación de evaluación.

En cuanto a la norma nacional, será vital determinar, por ejemplo, si los delitos se agrupan según su gravedad, bien descendente o ascendente, para que así los ciudadanos puedan tener en cuenta no sólo la existencia, sino también la magnitud relativa, de la sanción impuesta por la comisión de un determinado hecho. Es útil a este respecto la clásica estructura que recoge primero el tipo básico para a partir del mismo configurar los tipos agravados y privilegiados. Por otro lado, a nivel nacional tendrá que prestarse atención también al exceso de legislación especial⁹⁶ de cara a la previsibilidad de la norma, utilizando como indicadores los siguientes: ¿Están definidos los delitos fuera del Código penal? En ese caso, ¿cuántos y cómo de graves son los delitos regulados en leyes especiales?⁹⁷

Como criterio relevante para medir la previsibilidad de las conductas transpuestas al Derecho interno, debe hacerse mención finalmente a la calidad de la traducción realizada. En ocasiones se utilizan términos en una versión lingüística de una directiva o decisión marco (normalmente negociadas en inglés) que al traspasarlos al idioma oficial de otro Estado resultan extraños o inusuales en comparación con la terminología penal normalmente empleada en un sistema jurídico concreto. Es lo que ocurrió, por ejemplo, en Lituania con la transposición de la *Decisión marco sobre la trata de seres humanos*. Términos

tales como «captación», «acogida y subsiguiente recepción de una persona», «abuso de autoridad o de situación de vulnerabilidad», etc. no se tradujeron correctamente del inglés al idioma lituano, ya que se utilizaron palabras no comunes ni usuales del Derecho penal de este país⁹⁸. Otras veces el problema deriva de la traducción de la propia DM realizada por los servicios lingüísticos de Bruselas. Así ocurrió con la *DM 2008/978/JAI del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal*⁹⁹. A este respecto, advertía GONZÁLEZ CANO, cuando el exhorto era tan solo una propuesta, del uso incorrecto en términos procesales de la palabra ‘exhorto’, ya que hubiese sido más aconsejable utilizar ‘orden’ o ‘resolución’; «términos ya generalizados en el ámbito del desarrollo del principio de reconocimiento mutuo entre autoridades judiciales, que ha venido a sustituir a la nomenclatura más propia de la cooperación intergubernamental basada en el auxilio y la asistencia judicial»¹⁰⁰.

En cuanto a la *validez empírica o fáctica*¹⁰¹, ésta hace referencia al impacto de las leyes en el orden real, esto es, a los efectos producidos por la norma adoptada. La evaluación sobre la validez empírica se realiza en atención a criterios de *efectividad, eficacia y eficiencia*¹⁰², jugando aquí un papel trascendental el principio de proporcionalidad y de autonomía de la voluntad¹⁰³. *Efectividad* se entiende como sinónimo de utilización y respeto o grado de observación de la norma¹⁰⁴, la cual se proclamará efectiva

96 Déficit claramente constatado, por ejemplo, en Italia. Para hacerse una idea de la cantidad de delitos regulados en este país mediante leyes ajenas al código, vid. PALAZZO, F./PALIERO, C.E.: *Commentario breve alle leggi penali complementari*, 2ª Ed., CEDAM, 2007.

97 El indicador es desarrollado de la siguiente forma: 3 puntos si el CP aglutina todos los delitos posibles; 2 puntos si sólo el Derecho penal de menores es regulado por una ley especial y, finalmente, 1 punto cuando los delitos que deberían aparecer en el CP se definen por leyes especiales. Vid. ROBINSON, P.H./CAHILL, M.T./MOHAMMAD, U.: «The five worst (and five best) American Criminal Codes», op. cit., p. 72.

98 ŠVEDAS, G.: «Evaluation of the impact of the Framework Decision of 19 July 2002 on combating trafficking in human beings: Lithuania», en WEYEMBERGH, A./SANTAMARIA, V.: *The evaluation of European criminal law: The example of the Framework Decision on combating trafficking in human beings*, Institut d'études européennes, Bruselas, 2009, p. 257.

99 DOUE L 350, de 30 de diciembre de 2008.

100 GONZÁLEZ CANO, I.: «La propuesta de Decisión marco del Consejo relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal», en ARROYO ZAPATERO, L./MORENO CATENA, V. (eds.): *La prueba en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia*, Aranzadi, 2008. Versión electrónica disponible en el *Portal Iberoamericano de las Ciencias penales*: http://portal.uclm.es/descargas/rdp_docs/doctrinas/isabel%20gonzalez%20cano%20es.pdf.

101 También denominado control de impacto (*contrôle de l'impact*). Vid. WEYEMBERGH, A./SANTAMARIA, V.: «Introduction», en WEYEMBERGH, A./SANTAMARIA, V.: *The evaluation of European criminal law...*, op. cit., p. 16.

102 AMELUNG, por su parte, sólo hace referencia a dos tipos de control, el de *efectividad* -que según la terminología que aquí se ha empleado se corresponde con el control de eficacia- y el de *eficiencia* (vid. AMELUNG, K.: „Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzbuch», en *ZStW*, 1980, pp. 30-32). Debido a la necesidad de transposición en el ámbito de la UE, es necesario recurrir también al control de efectividad en el sentido de utilidad y respeto o seguimiento de la norma.

103 Ambos forman parte, en palabras de VOGEL, del deber de consistencia; criterio material «valorativamente neutral» que posibilita «la evaluación, al menos parcial, también en aquellas materias penales particularmente cuestionadas (...)». Vid. VOGEL, J.: «Evaluación de los sistemas penales...», op. cit., p. 272.

104 Todo dependerá del tipo de norma. Cuando se trata de una norma imperativa, como es el caso de una disposición penal, la efectividad viene marcada por el respeto a la norma. Así, por ejemplo, si una norma prohíbe el consumo de ciertas drogas, «la efectividad de la norma estaría relacionada con esa práctica», por lo que «a mayor consumo menor efectividad». En cambio, cuando se trata

si es respetada por sus destinatarios primarios (ciudadanos) y utilizada por sus destinatarios secundarios (autoridades encargadas de su aplicación, esto es, los jueces nacionales)¹⁰⁵. Como indicadores que sirven para determinar la (no) efectividad de la norma, MADER destaca siguiendo a NOLL factores de psicología individual, esto es, valores y motivos personales, factores psico-sociológicos (comportamiento del grupo) y factores de índole estatal (gravedad y probabilidad de la sanción en caso de no observación, importancia y probabilidad de las ventajas de cumplir la norma)¹⁰⁶. El primer grupo de variables desemboca directamente en las teorías sobre los fines de la pena y, en particular, con los fines de prevención especial y general. El segundo, por su parte, apela a los medios que ha debido prever el legislador (humanos, económicos, etc.) para que la norma pueda aplicarse. Así, por ejemplo, si se castiga el exceso de velocidad en la conducción, tendrán que instalarse radares en las carreteras para que se puedan detectar conductas contrarias a la norma. Y, tomando como referencia un caso más europeo, si se trata de un delito transnacional, por ejemplo, porque para su comisión se necesitan nuevas tecnologías como Internet, entonces, la cooperación entre Estados deberá fomentarse.

Junto a los tres grupos de indicadores, MADER¹⁰⁷ menciona también otros factores como la tendencia de los ciudadanos a denunciar conductas no conformes a la norma; la estigmatización social; el porcentaje de casos conocidos de comportamientos no conformes [(in)existencia de estadísticas judiciales y policiales]; la competencia o autoridad moral del legislador; la pertinencia de los fines de la legislación en relación a los fines personales de los particulares; la perceptibilidad o visibilidad de los comportamientos contrarios a la norma; el carácter privado de la situación; la inteligibilidad de la legislación; la difusión del contenido normativo por los medios de comunicación y las sanciones previstas en la norma en caso de incumplimiento. Algunas de estas variables están presentes de manera *ex-ante* en la legislación comunitaria. El criterio relacionado con el papel desempeñado por los medios de comunicación, se tiene en cuenta en la *Propuesta de Direc-*

*tiva relativa a las medidas penales destinadas a garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual*¹⁰⁸. Los informes que sirvieron de base para su elaboración destacaron, entre otros motivos, la situación ineficaz de la lucha contra la piratería dada la poca sensibilidad de la opinión pública sobre la dimensión del problema¹⁰⁹. Siguiendo con el ejemplo de la propiedad intelectual y ya con una visión *ex-post*, es curiosa la tendencia reacia de los ciudadanos a denunciar conductas atentatorias contra este bien jurídico en supuestos tales como los acontecidos en las salas de cine. Cuando comienza una película suelen aparecer advertencias sobre la conculcación de los derechos autor y se invita al público a denunciar cualquier comportamiento fraudulento consistente en la filmación de la película. El que se sienta en la butaca del lado raro vez (¿nunca?) pone en conocimiento de las autoridades pertinentes la realización del hecho delictivo. Otras variables también presentes en la legislación penal, son la perceptibilidad o visibilidad de los comportamientos contrarios a la norma y la inteligibilidad de la legislación en los casos de corrupción, y es que la cultura corrupta no siempre está mal vista y, cuando lo está, no siempre se sabe con certeza qué tipo de regalos puede o no un funcionario o particular aceptar.

La *eficacia* hace referencia al grado o intensidad con el que los objetivos marcados en la norma objeto de evaluación han sido cumplidos, así como a su capacidad de producir o no el efecto esperado o «realmente querido»¹¹⁰. En el ámbito comunitario, tendrá que verificarse si el texto europeo supone efectivamente una aproximación de las legislaciones nacionales o si, por el contrario, las disparidades siguen existiendo, si se ha fortalecido la confianza mutua o se ha mejorado la cooperación judicial, si la delincuencia en ese concreto sector ha disminuido, etc.¹¹¹. La *eficacia*, que se reduce en realidad a la clásica adecuación entre los medios utilizados y los fines perseguidos o los efectos constatados por el legislador¹¹², es en muchas ocasiones muy difícil de verificar ya que los objetivos de la ley resultan ser múltiples, divergentes, incluso contradictorios. A este respecto, advierte de nuevo MADER que los fines de la ley se señalan de forma vaga y abstracta haci-

de una norma facultativa, la efectividad vendrá marcada por su utilización. La distinción es de MADER, L.: *L'évaluation législative...*, op. cit., pp. 61 y 62, mientras que el ejemplo está tomado de FIGUEROA, A.: «La evaluación del Derecho», op. cit., p. 20.

105 VOGEL, J.: «Evaluación de los sistemas penales...», op. cit., p. 272.

106 MADER, L.: *L'évaluation législative...*, op. cit., p. 58.

107 Esta vez por alusión a K.D. OPP. Vid. MADER, L.: *L'évaluation législative...*, op. cit., p. 58.

108 COM (2006) 168 final, de 26 de abril de 2006.

109 Vid. *Document de travail de la Commission annexe à la Proposition de Décision Cadre du Conseil visant le renforcement du cadre pénal pour la répression des atteintes à la propriété intellectuelle*, p. 10 [Sec (2005) 848, Bruxelles, de 12 de julio de 2005], haciendo alusión al *Rapport de l'Union des Fabricants 2003: «contrefaçon et criminalité organisée»* (www.unifab.com).

110 MADER, L.: *L'évaluation législative...*, op. cit., p. 77. En la doctrina española, vid. NAVARRO, P.E.: *La eficacia del derecho: Una investigación sobre la existencia y funcionamiento de los sistemas jurídicos*, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

111 Vid. WEYEMBERGH, A./SANTAMARIA, V.: «Introduction», op. cit., p. 20. A nivel nacional, aunque sin hacer referencia a la expresión «validez empírica», vid. PADFIELD, N.: *Test and Materials on the Criminal Justice Process*, Oxford University Press, 2008, p. 9.

112 MINCKE, C.: «Effets, effectivité, efficience et efficacité du droit: le pôle réaliste de la validité», en *RIEJ*, 1998, pp. 115-116 (cit. BEERNAERT, M.A.: «De quelques considérations profanes sur l'évaluation de l'impact, au niveau national, des lois pénales internes», en WEYEMBERGH, A./DE BIOLLEY, S.: *Comment évaluer le droit pénal européen?*, op. cit., p. 22).

endo alusión a valores simbólicos¹¹³. En el ámbito europeo se constata esa ambigüedad con el objetivo general de la política criminal de la Unión relativo al establecimiento de un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. La mayoría de las decisiones marco destacan en sus *considerandos* la necesidad de intervención penal de la Unión para asegurar la implantación de dicho espacio¹¹⁴, pero dentro de ese espacio el valor claramente vencedor ha sido la seguridad¹¹⁵, dando la sensación de que cuanto más seguridad hay, menos libertad y justicia existe. El legislador europeo se dirige siempre a prevenir las amenazas y los riesgos que puedan afectar a los ciudadanos de la Unión, creando un gran desequilibrio en sede de garantías¹¹⁶, lo cual provoca a su vez dudas respecto a la consecución o no de dicho espacio¹¹⁷.

Junto a las dificultades antes mencionadas para verificar la eficacia de una norma, cabe mencionar una más: la transformación de los objetivos y/o la suma de nuevos objetivos. En el primer caso, puede ocurrir que los fines de la norma iniciales atraviesen una «metamorfosis», de tal forma que lo evaluable ya no sea lo que *a priori* se perseguía, sino lo que «ahora» se pretende conseguir. En el segundo, la adición de objetivos complica la evaluación al ser más los extremos que deben fiscalizarse y al tener que ceder muchas veces unos fines respecto a los otros.

Por último, *eficiencia* alude a la relación¹¹⁸ entre los costos en términos monetarios o económicos¹¹⁹, recursos humanos, protección de los derechos humanos y libertades públicas¹²⁰, etc., y los fines u objetivos previstos en la norma. En este sentido, una norma será eficiente al menor

113 MADER, L.: *L'évaluation législative...*, op. cit., p. 80.

114 Vid., entre otros, *considerandos* nº 6 de la *Decisión marco relativa a los ataques contra los sistemas de información y de la decisión marco relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado*; el nº 2 de la *Decisión marco sobre drogas* o el nº 1 de la *Decisión marco sobre la lucha contra la pornografía infantil*.

115 NIETO MARTÍN, A.: «Fundamentos constitucionales del sistema europeo de Derecho penal», en *Revista General de Derecho penal*, Iustel, nº 3, mayo 2005; GONZÁLEZ-CUÉLLAR, N.: «La 'euroorden': Hacia una Europa de los carceleros», en *Diario La Ley*, nº 6619, de 26 de diciembre de 2006; SILVA SÁNCHEZ, J.M.: «Los principios inspiradores de un Derecho penal europeo», en *Revista penal*, nº 13, 2004; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: «Orden de detención europea y Constitución europea: reflexiones sobre su fundamento en el principio de reconocimiento mutuo», en *Diario La Ley*, nº 6069, de 26 de julio de 2004, G. VIADA, N.: *Derecho penal y globalización. Cooperación penal internacional*, Marcial Pons, 2009, pp. 155-156; PADFIELD, N.: *Tests and Materials on the Criminal Justice Process*, Oxford University Press, 2008, p. 11; LABAYLE, H.: «Le concept de sécurité dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice», en FLAESCH-MOUGIN, C. (ed.): *Union européenne et sécurité: Aspects internes et externes*, Bruylant, 2009, pp. 84-85 y BRAUM, S.: «Conclusions», en BRAUM, S./WEYEMBERGH, A. (eds.): *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, Institut d'Études Européennes, 2009, p. 334: «[E]n Europe, l'espace pénal de sécurité va de l'avant, mais il n'en va pas de même de l'espace pénal de liberté».

116 Mientras que algunas decisiones marco hacen mención por igual a los tres valores que componen dicho espacio, otras destacan expresamente la seguridad. Vid. *Considerando* nº 6 de la *DM sobre la lucha contra la corrupción en el sector privado*: «(...) [E]l objetivo de la Unión es ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia, objetivo que habrá de lograrse mediante la prevención y la lucha contra la delincuencia, organizada o no, incluida la corrupción».

117 A favor de la Unión cabe alegar, no obstante, que la preeminencia de la seguridad no es más que el «reflejo de lo que también ocurre a nivel nacional y a nivel internacional» (cit. LABAYLE, H.: «Le concept de sécurité dans...», op. cit., p. 156). En efecto, si la Unión, los Estados y las organizaciones internacionales son activos en el marco de la delincuencia organizada (terrorismo, tráfico de seres humanos, etc.) es porque «existe una gran expectación pública en ello» (cit. FLETCHER, M./LÖÖF, R./GILMORE, B.: *EU Criminal Law and Justice*, Elgar European Law, 2008, p. 185). También en apoyo de la Unión se deben resaltar los nuevos avances que respecto al fortalecimiento del valor «justicia» suponen el *Programa de Estocolmo* y el *Plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de sospechosos o acusados en los procesos penales* [Resolución del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, sobre un plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de sospechosos o acusados en los procesos penales (2009/C 295/01)]. En este último se destaca que dados los progresos en lo que se refiere a la facilitación del enjuiciamiento, «[h]a llegado ahora el momento de actuar para conseguir un mayor equilibrio entre estas medidas y la protección de los derechos procesales de cada persona». En consecuencia, «[d]eben llevarse a cabo esfuerzos para reforzar las garantías procesales y el respeto del Estado de Derecho en el marco de los procesos penales, independientemente del lugar al que los ciudadanos hayan decidido viajar o en el que deseen estudiar, trabajar o vivir, dentro de la Unión Europea». El mencionado *Plan de trabajo* aconseja la puesta en marcha de «una actuación de la Unión europea para reforzar los derechos de los sospechosos o acusados en el marco de los procesos penales», fundamentalmente en lo que concierne a la adopción de propuestas sobre la traducción de documentos y sobre la asistencia de un intérprete en el juicio; la información sobre sus derechos y sobre los cargos que se les imputan; sus derechos a tener asesoramiento jurídico y, en su caso, a beneficiarse de la justicia gratuita; la comunicación con sus familiares, el empleador y las autoridades consulares y las salvaguardias especiales a adoptar en el caso de acusados o sospechosos que sean vulnerables en razón de su edad o condición mental o física.

118 O tal como indica MADER, la eficiencia implica una relación entre los medios utilizados (*input*) y los resultados (*output*). Vid. MADER, L.: *L'évaluation législative...*, op. cit., p. 82.

119 BEERNAERT, M.A.: «De quelques considérations profanes sur l'évaluation de l'impact...», op. cit., p. 23.

120 WEYEMBERGH, A./SANTAMARIA, V.: «Introduction», op. cit., p. 20.

costo posible¹²¹, siendo aquí determinante desde el punto de vista del Derecho penal detenerse el principio de proporcionalidad en sentido estricto y en su vertiente de necesidad.

La evaluación en sede de validez empírica debe necesariamente realizarse sobre la norma interna de transposición. Dado que la UE no cuenta con sus propios órganos de ejecución y aplicación del Derecho comunitario y no tiene más remedio que recurrir a los EEMM, sólo se podrá predicar indirectamente la *efectividad*, *eficacia* y *eficiencia* de la directiva y decisión marco si se evalúan empíricamente sus respectivas normas de implementación en el Derecho nacional o las normas que, sin ser expresamente fruto de la transposición, se entiende que ejecutan las obligaciones de los EEMM derivadas del Derecho comunitario¹²².

El proceso evaluatorio sobre la validez fáctica conduce —al menos teóricamente— a varios tipos de situaciones que derivan a su vez de la conformidad del Derecho interno respecto a la norma comunitaria, es decir, de la existencia o no de una transposición correcta, lo que la doctrina denomina control de conformidad (*contrôle de conformité*)¹²³. Así y, en primer lugar, la evaluación puede constatar una situación idílica, es decir, puede verificar que la mayoría de EEMM han transpuesto correctamente la norma comunitaria (siendo indicador de una correcta transposición o ejecución en el caso del Derecho penal sustantivo, si el Derecho nacional recoge todas y cada una de las conductas a las que hace referencia la decisión marco o directiva comunitaria¹²⁴); qué es utilizada por los jueces y aplicada por las instituciones penitenciarias —*efectividad*—, y allí dónde así ha ocurrido, que se

han cumplido los objetivos —*eficacia*— que se marcó el legislador comunitario (fundamentalmente, la lucha eficaz contra la delincuencia y la mejora de la cooperación judicial¹²⁵); y además al menor costo posible —*eficiencia*—, por ejemplo, mediante medidas menos represivas y respetando, en cualquier caso, el principio de *fragmentariedad*, entre otros. En este supuesto, la evaluación es positiva en términos empíricos no sólo respecto a las normas internas de transposición, sino también respecto a la norma comunitaria. El caso opuesto y fatídico es aquel en el que la transposición por parte de los EEMM ha sido prácticamente nula, de tal forma que los objetivos de la norma de Bruselas no han tenido posibilidad alguna de cumplirse. En este caso, la evaluación será *negativa* desde el punto de vista de la conformidad, pero en relación al impacto del instrumento comunitario no será posible realizar juicio alguno. La tercera situación posible, también negativa, es aquella en la que existe transposición por parte de los EEMM, pero el nivel de aplicación de la norma es prácticamente inexistente¹²⁶. El análisis respecto a la eficiencia y eficacia permanece en estos casos es una incógnita. La cuarta situación hace referencia a una transposición adecuada en la mayoría de los EEMM, con una confirmada utilización de la norma por las autoridades competentes —*efectividad*— pero sin cumplirse los objetivos diseñados en la directiva o decisión marco —*eficacia*—, sin que sea necesario proceder a verificar la *eficiencia* de la norma. En este supuesto, la evaluación verifica que no sólo falla la norma interna, sino también la norma comunitaria. Un quinto supuesto se identifica cuando la norma se transpone correctamente, se utiliza por las autoridades competentes —*efectividad*— y se cumplen los objetivos previstos en la

121 En la doctrina aAdministrativista francesa se señala a este respecto que la evaluación deberá comparar las distintas opciones posibles para adoptar la más beneficiosa. Se trata, pues, de una comparación entre las ventajas e inconvenientes, entre los costes estimados y las ganancias esperadas, entre los riesgos de fracaso y las perspectivas de éxito. Así se pronuncia, si bien en relación a la evaluación *ex-ante* (entendiendo también trasladable a la *ex-post*), COSTA, J.P.: «Droit et évaluation», en *Revue française d'Administration publique*, nº 66, avril-juin 1993, p. 222.

122 Otra forma de interpretar esta peculiaridad es la de ROTH, quien señala que «el objeto (principal) de la *evaluación* y el objeto (exclusivo) de la *observación* están disociados». Se evalúa la norma comunitaria, pero lo que se observa es la norma nacional de transposición. Vid. ROTH, R.: «Politiques pénales et évaluation: des déficits renouvelés», op. cit., p. 47.

123 WEYEMBERGH, A./SANTAMARIA, V.: «Introduction», en WEYEMBERGH, A./SANTAMARIA, V.: *The evaluation of...*, op. cit., p. 16, 19 y 388. De lo que se trata es de verificar en qué medida y mediante qué medio el Derecho nacional es conforme al Derecho europeo. Es fundamental, a este respecto, identificar el instrumento normativo nacional de transposición o su ausencia, las razones de la no-transposición; si se ha cumplido el plazo de transposición, etc. [(*no*) *conformidad formal*] y si pese a la no conformidad formal, existen otras disposiciones nacionales que compensan los déficits *a priori* constatados formalmente [(*no*) *conformidad material*].

124 Indicador desarrollado genéricamente en el instrumento de evaluación redactado por ECLAN, por el momento tan sólo aplicado a la *DM sobre la lucha contra la trata de seres humanos*: 2.2.1. Indique cada una de las disposiciones del instrumento de la UE y verifique que está cubierta por el Derecho interno formalmente (en este caso, especifique la disposición normativa interna) [...]. Vid. WEYEMBERGH, A./SANTAMARIA, V.: «Introduction», en *ib. The evaluation of...*, op. cit., p. 20 (traducción mía).

125 Sobre las funciones de la armonización penal, vid. WEYEMBERGH, A.: *L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Université Libre de Bruxelles, Institut d'études européennes, 2004, pp. 137 y ss.

126 Es lo que ocurrió, por ejemplo, con la transposición de la *DM sobre la lucha contra la trata de seres humanos* en el Derecho francés. Tal como constata POELEMANS, existe muy poca jurisprudencia que aplique el artículo 225-4-1 del CP galo fruto de la implementación de la citada DM. La razón se debe a que los jueces franceses continúan aplicando las normas relativas al proxenetismo cuando la trata tiene por finalidad la explotación sexual. Vid. POELEMANS, M.: «La transposition en France de...», op. cit., p. 98 y 100.

directiva o decisión marco —*eficacia*—, pero se determina que no ha sido al menor costo posible —*eficiencia*—. Finalmente, cabe hablar de escenarios difusos, que son precisamente los más asiduos en la práctica y complicados a efectos de evaluación, en los que la verificación de la efectividad, eficacia y eficiencia no se presenta en términos de *blanco o negro*, sino *gris*¹²⁷. Así, tras la evaluación puede confirmarse que la transposición ha sido correcta en algunos EEMM, de manera que globalmente no se han alcanzado los objetivos fijados pero sí metas específicas en función del ámbito geográfico concreto.

Situaciones en la evaluación empírica de una norma comunitaria

Situación	Control de conformidad	Efectividad	Eficacia	Eficiencia
1. Situación idílica	OK	OK	OK	OK
2. Situación fatídica con incógnitas pendientes	x	---	---	---
3. Situación negativa (1)	OK	x	---	---
4. Situación negativa (2)	OK	OK	x	---
5. Situación negativa (3)	OK	OK	OK	x
6. Situaciones difusas y más comunes	OK ¿?	OK ¿?	OK ¿?	OK ¿?

En cualquier caso no debe olvidarse que el principal problema que presenta la evaluación sobre la validez empírica de una norma es su enorme complejidad¹²⁸, pues según ATIENZA la evaluación *ex-post* debe intentar dar respuesta a dos tipos de interrogantes: los relacionados con la adecuación de la conducta de los destinatarios a lo prescrito en la ley y los vinculados a los fines logrados por la norma, sin olvidar, complicando todavía más las cosas, el control de eficiencia¹²⁹. En el primer caso, la evaluación se centra en responder a las preguntas de si la ley se cumple; de si el legislador desea el cumplimiento y de cuáles fueron las razones del incumplimiento. En el segundo, se analiza si la norma en cuestión tiene efectos apreciables (reales o simbólicos); si tiene los efectos declarados por el legislador; si tiene los efectos previstos y si tiene efectos positivos (deseados y deseables)¹³⁰. A la pregunta de por qué la norma se incumplió ATIENZA identifica algunas razones de índole subjetiva, como la falta de motivación de los destinatarios. En estos supuestos, el legislador tendría que replantearse si las sanciones establecidas son las

adecuadas, siendo muy útiles a este respecto las investigaciones empíricas sobre los efectos reales de la pena y los estudios comparativos de la sanción penal con otras formas de reacción¹³¹. Un segundo factor de incumplimiento descansa en factores objetivos como por ejemplo la falta de cobertura financiera u organizativa para la aplicación efectiva de la norma o la imposibilidad del proceso jurisdiccional de intervenir sobre ciertas conductas infractoras de la ley¹³².

VI. ¿Cómo se han Evaluado las Normas Penales a Nivel Europeo?

En los anteriores epígrafes se ha ofrecido una visión teórica de aquello que considero que *debe —y no debe—* ser la evaluación legislativa en el ámbito comunitario. Toca ahora el turno de analizar lo que *era*, es y probablemente *será* con el paso de los años.

1. Pasado y presente de la evaluación penal europea

A nivel comunitario, la tarea evaluatoria ajena al mero control judicial que realiza el TJUE sobre las normas comunitarias, se centra generalmente en el control de conformidad de la norma nacional con la comunitaria. A veces, se da un paso más allá prestando atención a una de las facetas de validez de la norma, la *empírica*, aunque no en todas sus manifestaciones, sino tan sólo en la de *efectividad* de la norma. La evaluación se encomienda a distintos actores; sigue también unos cauces distintos y alcanza evidentemente unos resultados igualmente diversos. Así, destaca la evaluación que realiza la propia Comisión, la evaluación mutua (*peer review*) que se encarga a los propios EEMM y la evaluación realizada por expertos académicos independientes. Como advertencia previa debe resaltarse que la experiencia con la que hasta ahora se cuenta se refiere fundamentalmente a las evaluaciones sobre decisiones marco. De ahí que la exposición se centre en ellas. No obstante, las observaciones que aquí se presentan son aplicables a la evaluación de las directivas penales que se adopten con base jurídica en el nuevo Tratado de Lisboa.

1.1. La evaluación realizada por la Comisión (y en teoría también por el Consejo)

Pese a que existen algunos casos aislados de evaluación por la Comisión de actos adoptados con anterioridad a la

127 En relación a la efectividad, vid. MADER, L.: *L'évaluation législative...*, op. cit., p. 57: «La efectividad nunca es nula o total; sino que se sitúa entre los dos extremos; es una cuestión de grado». El mismo autor hace también mención al carácter relativo de la eficiencia (p. 83): «La eficiencia, que se expresa a través de un porcentaje y no mediante cifras absolutas, nunca es total o completa, sino parcial» (en ambos casos la traducción es mía).

128 ATIENZA, M.: *Contribución a una teoría de la legislación*, Civitas, Madrid, 1997, p. 42.

129 AMELUNG, K.: «Strafrechtswissenschaft und...», op. cit., pp. 30 y 32.

130 *Ibidem*, p. 43.

131 ATIENZA, M.: *Contribución a una teoría de...*, op. cit., pp. 44-46.

132 DIEZ-RIPOLLÉS, J.L.: «Política criminal...», op. cit., p. 20.

adopción del Tratado de Ámsterdam, como por ejemplo el informe de evaluación sobre el Convenio PIF¹³³, no fue hasta 1997 cuando los instrumentos normativos por los que se armoniza el Derecho penal sustantivo¹³⁴ empezaron a hacer referencia a la obligación de la Comisión de redactar un informe de seguimiento sobre el acto comunitario¹³⁵. Esta obligación se plasmaba con la introducción en las decisiones marco de una cláusula redactada en los siguientes términos:

«(...) los Estados miembros transmitirán a la Secretaría General del Consejo y a la Comisión el texto de las disposiciones de adaptación de sus legislaciones nacionales en virtud de las obligaciones derivadas de la presente Decisión marco. Sobre la base de un informe elaborado a partir de esa información y de un informe escrito de la Comisión, el Consejo verificará antes del (...), en qué medida los Estados miembros han dado cumplimiento a lo dispuesto en la presente Decisión marco»¹³⁶.

Nada en cambio se decía respecto a los criterios a utilizar por la Comisión para la redacción de su informe, razón que le llevó a recurrir a las pautas y parámetros genéricos usados en la evaluación de otro instrumento normativo de la Comunidad muy parecido como es la directiva. En efecto, salvo casos excepcionales, como el de la *DM relativa a la orden de detención y entrega* que hace mención al valor añadido de la norma con la implanta-

ción de confianza mutua entre los EEMM, la Comisión no ha prefijado criterios específicos de evaluación. Por el contrario, se ha conformado con la aplicación *mutatis mutandis* de criterios generales utilizados en la evaluación de directivas:

- 1) La forma y los métodos de ejecución del resultado buscado deben elegirse de forma que se asegure que la directiva funcione eficazmente teniendo en cuenta sus objetivos;
- 2) los EEMM están obligados a ejecutar las directivas cumpliendo los requisitos de claridad y de seguridad jurídica transponiendo por lo tanto su contenido en disposiciones nacionales que tengan fuerza vinculante;
- 3) la transposición no implica necesariamente utilizar las mismas palabras empleadas en la directiva ya que, por ejemplo, las medidas nacionales ya existentes pueden ser apropiadas y suficientes, siempre que garanticen una aplicación completa de la directiva de forma suficientemente clara y exacta y
- 4) las directivas deben ejecutarse en el plazo establecido a tal efecto¹³⁷.

Dada la naturaleza sensible del Derecho penal y la afectación de los derechos fundamentales, esta falta de originalidad a la hora de evaluar las decisiones marco ha sido criticada por la doctrina¹³⁸ y se ha identificado como uno de los retos a afrontar en el *Programa de Estocolmo*, pues una de las prioridades del mismo es adaptar los instrumentos de evaluación a la política de que se trate, en este

133 Vid. *Informe sobre la aplicación por los Estados miembros del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas y sus Protocolos* [COM (2004) 709, de 25 de octubre de 2004].

134 Fuera del ámbito penal sustantivo, existen algunas DM que no contienen disposición alguna sobre la evaluación. Es el caso de la *DM relativa al establecimiento de Eurojust*, sin que ello haya impedido a la Comisión redactar un informe sobre su seguimiento. Vid. DE BIOLLEY, S./WEYEMBERGH, A.: «L'évaluation dans le cadre du troisième pilier du traité sur l'Union européenne», en WEYEMBERGH, A./DE BIOLLEY, S. (eds.): *Comment évaluer le droit pénal européen?*, Éditions de l'Université Libre de Bruxelles, Institut d'études européennes, 2006, p. 78.

135 Hasta dicha fecha, era la Presidencia del Consejo o incluso el propio Consejo los que se encargaban de la cuestión de la aplicación de las disposiciones penales previstas en dichos instrumentos. Vid. *Acción Común, de 17 de diciembre de 1996, adoptado por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión europea relativa a la aproximación de las legislaciones y de las prácticas entre los Estados miembros de la Unión europea con el fin de luchar contra la toxicomanía y de prevenir y luchar contra el tráfico ilícito de drogas* [Dº L 342, de 31 de diciembre de 1996, p. 6].

136 Vid., entre otros, el artículo 9 de la *DM 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado* [Dº L 192, de 31 de julio de 2003]; artículo 10 de la *DM 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada* [Dº L 300, de 11 de noviembre de 2008]; artículo 9 de la *DM 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas* [Dº L 335, de 11 de noviembre de 2004]; artículo 10 de la *DM 2002/629/JAI, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos* [Dº L 203, de 1 de agosto de 2002].

137 Vid. *Informe de la Comisión basado en el artículo 11 de la Decisión marco del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre el fortalecimiento de la protección, por medio de sanciones penales y de otro tipo contra la falsificación de moneda con vistas a la introducción del euro*, Bruselas, 13 de diciembre de 2001, p. 5, §1.2.2. [COM (2001) 771 final]. La misma filosofía se ha seguido en informes posteriores (vid. *Informe de la Comisión basado en el artículo 12 de la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil*, Bruselas, 16 de noviembre de 2007, p. 4, §2.2. [COM (2007) 716 final] e *Informe de la Comisión basado en el artículo 10 de la Decisión marco del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos*, Bruselas, 2 de mayo de 2006, p. 4, §2.2. [COM (2006) 187 final].

138 Vid., por ejemplo, DE BIOLLEY, S./WEYEMBERGH, A.: «L'évaluation dans le cadre du troisième pilier...», op. cit., p. 83.

caso, la política relativa al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia¹³⁹.

Punto de mira en este tipo de evaluación es también el origen de la información a partir de la cual la Comisión redacta sus informes y es que la calidad de los *rappports* depende en exclusiva de la buena voluntad de los EEMM que son los que proporcionan los datos. Esta circunstancia obliga a la Comisión, en primer lugar, a esperar —en el mejor de los casos— a que le llegue la información en los plazos previstos¹⁴⁰, sin que exista mecanismo alguno que constriña a los Estados a la entrega de la información requerida. En segundo lugar, la Comisión no tiene más remedio que fiarse de la objetividad y veracidad de los datos que le remiten que nunca son exhaustivos ni se refieren a todos los extremos que aborda la DM¹⁴¹. Las dificultades mencionadas han llevado a esta institución a consultar otro tipo de fuentes, por ejemplo, el sistema de información Schengen o los cuestionarios rellenados por puntos de contacto previamente establecidos por el Consejo¹⁴². Sin embargo, aún en estos supuestos la objetividad se pone en duda, pues la raíz de los datos obtenidos más allá de las informaciones estrictas que tienen que notificar los EEMM a la Secretaría del Consejo antes de un determinado plazo, vuelve a ser de naturaleza estatal o en cualquier caso proviene de autoridades públicas¹⁴³. El recurso a otras fuentes resulta igualmente problemático por el exceso de datos a los que se puede tener acceso con las consecuentes dificul-

tades para sistematizar la información de la que se dispone. Además, el hecho de que la Comisión pueda disponer de mucha información, no significa que vaya a utilizarla hasta las últimas consecuencias, pues si desea que sus propuestas legislativas cuenten con el beneplácito de los EEMM, tendrá que mostrarse benévola a la hora de enjuiciar la actuación de los mismos en la transposición de las normas comunitarias.

Una tercera crítica es de índole material y se refiere al limitado alcance del proceso. La Comisión no tiene en cuenta la situación concreta de la justicia penal de los Estados y se limita a realizar una evaluación sectorial consagrada a verificar si una determinada DM —y ahora también directiva— se ha transpuesto correctamente por los EEMM¹⁴⁴. La operación que realiza y que refleja en su informe se centra en determinar si en el Estado A se ha implementado la incriminación de la norma X. Dicho en otras palabras, la evaluación se detiene en el control de conformidad (*contrôle de conformité/conformity*) y tímidamente¹⁴⁵ en la *efectividad* de las normas europeas en los EEMM. Las otras manifestaciones de la validez empírica, esto es, la *eficacia* y la *eficiencia* a las que antes se ha hecho referencia, quedan al margen de la evaluación. La Comisión no se detiene a estudiar la fase de aplicación y ejecución de las penas¹⁴⁶, ni las cuestiones de política criminal, ni de eficacia del recurso al Derecho penal¹⁴⁷. No debate el impacto de la directiva o decisión marco de cara

139 *Programa de Estocolmo*, op. cit., pp. 7-8: «El Consejo Europeo insta a la Comisión: a presentar una o varias propuestas en virtud del artículo 70 del TFUE, relativas a la evaluación de las políticas con arreglo al Título V del TFUE».

140 La puntualidad en el envío de los datos no es precisamente una de las virtudes de los EEMM. Prácticamente todos los informes de evaluación realizados por la Comisión, a excepción del *Informe de 6 de noviembre de 2006 relativo a la decisión marco sobre la lucha contra el terrorismo* [COM (2007) 681final], ponen de manifiesto la «tranquilidad» de los Estados en el envío de la documentación sobre la transposición de la norma comunitaria en el Derecho interno. A modo de ejemplo, vid. el *Informe de la Comisión sobre la decisión marco relativa a la lucha contra la trata de seres humanos*, op. cit., p. 3; el *Informe de la Comisión sobre la decisión marco destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares*, p. 3; el *Informe de la Comisión sobre la decisión marco relativa al fortalecimiento de la protección, por medio de sanciones penales y de otro tipo, contra la falsificación de moneda con vistas a la introducción del euro*, p. 4, etc.

141 Déficit remarcado también en la prácticamente totalidad de los informes. Vid., entre otros, *Informe de la Comisión sobre la decisión marco relativa a la lucha contra la trata de seres humanos*, op. cit., p. 6; *Informe de la Comisión sobre la decisión marco destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares*, p. 6; el *Informe de la Comisión basado en el artículo 6 de la Decisión marco del Consejo, de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito*, p. 21, Bruselas, 5 de abril de 2004 [COM (2004) 230 final] y el *Informe de la Comisión sobre la decisión marco relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños...*, op. cit., p. 8.

142 Así ocurrió en el caso de la evaluación de la orden de detención y entrega europea. Vid. GUTIÉRREZ ZARZA, A.: «La evaluación de los Estados miembros en el Tercer Pilar de la Unión Europea (I) y (II)», en *Revista de derecho y proceso penal*, 2006 y 2007, nº 16 y 17 y «Evaluation of Member States in the Third Pillar of the European Union», en WEYEMBERGH, A./DE BIOLLEY, S. (eds.): *Comment évaluer le droit pénal européen?*, op. cit., p. 103.

143 DE BIOLLEY, S./WEYEMBERGH, A.: «L'évaluation dans le cadre du troisième pilier...», op. cit., p. 84.

144 Vid. KAIKIFA-GBANDI, M.: «Memorandum», en *Select Committee on European Union – Written Evidence*, 7 de abril de 2008, §C.

145 DE BIOLLEY, S./WEYEMBERGH, A.: «L'évaluation dans le cadre du troisième pilier...», op. cit., p. 80.

146 Algunos autores son bastante más críticos a este respecto llegando a señalar que los informes de la Comisión no han evaluado ni una sola vez si el instrumento legislativo en cuestión funciona en la práctica. Vid. KLIP, A.: «Strafrecht in der Europäischen Union», op. cit., p. 899.

147 No se adentra, pues, en el impacto que tiene la norma en cuestión en los sistemas penales de los EEMM. Vid. DE BIOLLEY, S./WEYEMBERGH, A.: «Conclusions», en WEYEMBERGH, A./DE BIOLLEY, S. (eds.): *Comment évaluer le droit pénal...*, op. cit., pp. 225.

al cumplimiento de los principios de proporcionalidad¹⁴⁸ o subsidiariedad, sino que su labor consiste únicamente en la realización de un control de conformidad, es decir, en verificar si los EEMM han cumplido correctamente sus compromisos comunitarios a los que les obliga el principio de cooperación leal (artículo 10 TCE/actual 4,3 TUE)¹⁴⁹, prestando atención tan sólo al hecho de que los EEMM hayan transpuesto en tiempo una decisión marco o una directiva y a que lo hayan hecho además correctamente.

La cuarta fuente de críticas se focaliza en la publicación de los informes. Entre las funciones de la evaluación se mencionó el control (*accountability*) que con la misma se puede ejercer sobre los actores que participan en el proceso legislativo. Pero para que dicha función puede llevarse a cabo es necesario que se publiquen los resultados obtenidos tras el proceso evaluatorio. El informe de la Comisión, es cierto, se publica, sin embargo, su impacto es muy limitado. Teóricamente, tras el informe el Consejo debe adoptar unas conclusiones que en el peor de los casos rara vez redacta, y en el mejor suaviza todavía más las críticas negativas hacia los EEMM que aparecen en los informes de la Comisión¹⁵⁰. Es el caso, por ejemplo, de las conclusiones vertidas en relación a la orden de detención y entrega europea en las que no hace mención expresa a ningún Estado miembro. Junto a lo anterior, dado que las conclusiones se adoptan por unanimidad de los miembros del Consejo, la imparcialidad de las mismas es más que discutible al recaer simultáneamente en los Estados la calidad de evaluador y evaluado¹⁵¹.

Limitado era también el informe de la Comisión debido a la imposibilidad de interponer un recurso por incumplimiento en el marco del Tercer Pilar, esencial para garantizar la aplicación efectiva del Derecho comunitario. Esta crítica, no obstante, se ha superado con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y la

aplicación del recurso por incumplimiento en los mismos términos que el previsto en el Pilar comunitario.

Criticable es, por último, el hecho de que ni los informes ni las conclusiones del Consejo desemboquen con carácter general en recomendaciones a los Estados en aras a mejorar la aplicación y ejecución de las decisiones marco. Algunas veces los textos normativos prevén la posibilidad de introducir recomendaciones¹⁵², sin embargo la posición de la Comisión es delicada, pues los Estados son bastante reacios a aceptarlas teniendo en cuenta sus escasos conocimientos sobre los sistemas penales nacionales¹⁵³.

1.2. Evaluación mutua

La evaluación por terceros, evaluación mutua o evaluación por homólogos según la terminología empleada en el *Programa de Estocolmo*, es la que los EEMM o, mejor dicho, los expertos designados por los Estados, realizan sobre ellos mismos. En la actualidad¹⁵⁴, existen tres ámbitos de la cooperación judicial penal que están siendo objeto de evaluación mutua en la UE: la evaluación Schengen, la evaluación en el marco de la lucha contra la criminalidad organizada y la evaluación en el marco de la lucha contra el terrorismo. Los tres sectores de evaluación han sido abordados en la obra editada por DE BIOLLEY y WEYEMBERGH. En una de las contribuciones de estos dos autores se presta una mayor atención al segundo ámbito, esto es, a la evaluación realizada en el ámbito de la delincuencia organizada debido fundamentalmente al mayor acceso a la información que presenta este tipo de evaluación¹⁵⁵. En consecuencia, ya puede apreciarse a primera vista uno de los grandes inconvenientes de la evaluación realizada por terceros: la opacidad de la misma con el restringido acceso a los documentos. Salvo casos excepcionales, los informes nacionales

148 Así, por ejemplo, el primer *Informe de evaluación de la Comisión basado en el artículo 14 de la Decisión marco del Consejo, de 28 de mayo de 2001, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo*, §2.2.5 [COM (2004) 346final], indica claramente que España cumple con sus obligaciones comunitarias al castigar con penas privativas de libertad de hasta 12 años la conducta prevista en el artículo 2 de la decisión marco, esto es, la falsificación o manipulación de instrumentos de pago, para su utilización fraudulenta, sin prestar atención a si la imposición de penas tan altas compromete seriamente la legitimidad de la sanción de cara a la verificación del principio de proporcionalidad.

149 Expresamente, por ejemplo, vid. *Informe de la Comisión al Consejo y al PE, basado en el artículo 10 de la Decisión marco del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos*, Bruselas, 2 de mayo de 2006, p. 6 [COM (2006) 187final]: «El presente informe evalúa en qué medida los Estados miembros han cumplido las obligaciones impuestas por la Decisión marco».

150 DE BIOLLEY, S./WEYEMBERGH, A.: «L'évaluation dans le cadre du troisième pilier...», op. cit., p. 86.

151 *Ibidem*.

152 En el caso, por ejemplo, de la DM sobre la orden de detención y entrega europea (artículo 34).

153 DE BIOLLEY, S./WEYEMBERGH, A.: «L'évaluation dans le cadre du troisième pilier...», op. cit., p. 87.

154 Sobre los orígenes de la *peer review* en la UE, vid. NILSSON, H.G.: «Eight years of experiences of mutual evaluation within the EU», en WEYEMBERGH, A./DE BIOLLEY, S. (eds.): *Comment évaluer le droit pénal européen?*, op. cit., pp. 115-118.

155 También alegan como razón, entre otras, el hecho de que la evaluación sobre el sector de la delincuencia organizada sea más veterana y ofrezca una mayor y mejor visión que la más moderna evaluación sobre el sector del terrorismo. Vid. DE BIOLLEY, S./WEYEMBERGH, A.: «L'évaluation dans le cadre du troisième pilier...», op. cit., p. 88.

se clasifican bajo la denominación de «restringido» al estar sometidos a un elevado grado de confidencialidad. Estos documentos no aparecen siquiera en el registro de documentos del Consejo, por lo que es muy difícil para el ciudadano saber de su existencia y, por ende, acceder a su contenido es prácticamente imposible.

La evaluación mutua en el ámbito de la delincuencia organizada tiene como base legal la *Acción común 97/827/JAI por la que se establece un mecanismo de evaluación de la aplicación y ejecución a escala nacional de los compromisos internacionales en materia de lucha contra la delincuencia organizada*¹⁵⁶. En virtud de la misma, la evaluación se encomienda al Grupo multidisciplinar sobre delincuencia organizada (GMD). La evaluación en sí se divide en tres fases. En la primera fase, comienza la preparación del ciclo de evaluación, en la que el GMD elige un tema concreto para evaluar, elabora un cuestionario modelo —muy detallado y determinante para la calidad del ciclo de evaluación— y fija un plan de trabajo¹⁵⁷. Por su parte, los EEMM designan de uno a tres expertos¹⁵⁸ que formarán parte de una reserva de la que la Secretaría general se sirve para formar un equipo de tres evaluadores¹⁵⁹. En esta primera etapa se aprecia ya un defecto importante que se arrastrará también en las siguientes fases, ya que no se suelen definir desde el principio parámetros concretos que sirvan para determinar hasta qué punto un Estado cumple, no cumple o cumple parcialmente los compromisos comunitarios¹⁶⁰. En una segunda fase, se constituye el equipo de evaluación compuesto de tres expertos procedentes de distintos países (nunca serán de la misma nacionalidad que la del Estado que vaya a ser evaluado), uno o dos miembros de la Secretaría general del Consejo y un miembro de la Comisión. El hecho de que el papel de evaluador recaiga fundamentalmente en los propios EEMM tiene dos ventajas. Por una parte, los Estados se muestran más participativos en comparación con la evaluación realizada por una instancia supranacional que normalmente se la «tacha» de estar alejada de la realidad objeto de estudio¹⁶¹. Por otro lado, existe una cierta correspondencia de roles entre evaluadores y evaluados. El trabajo que realizan los expertos nacionales como evaluadores origina una serie de

contactos y dinámicas que luego el Estado comprenderá cuando le toque ser evaluado¹⁶². Ello permite entender con una mayor rapidez y detalle el funcionamiento concreto y los problemas de coordinación entre las autoridades de un mismo Estado. Esta percepción cambia por completo en el caso de la evaluación llevada a cabo por la Comisión. Pese a que los funcionarios de la Comisión cuentan normalmente con una experiencia anterior a nivel nacional, los Estados evaluados los identifican con la institución para la que trabajan, la cual no tiene precisamente una buena reputación en la comprensión de su funcionamiento y de su práctica interna. En el supuesto de la evaluación mutua, el equipo de evaluación es orquestado por un representante de la Secretaría general del Consejo, circunstancia ésta que no molesta especialmente a los EEMM, pues aunque se identifica así al equipo de evaluación con el Consejo, éste siempre se presume más cercano a los intereses estatales al ser representante de los mismos¹⁶³.

El Estado evaluado responde al cuestionario y después propone un programa de visita de una duración aproximada de entre dos y tres días que se discute y se modifica con el equipo de evaluación. La visita sirve para profundizar la comprensión del sistema así como para afianzar un diálogo más personal con las autoridades concernientes. Tras la visita, el equipo de evaluación redacta un informe con una estructura predeterminada que se discute entre el equipo y el Estado evaluado. Con ello se pretenden evitar errores en el informe y no tanto suavizar las críticas o recomendaciones. La discusión puede llevar igualmente a una negociación con la finalidad de evitar tensiones. Posteriormente, el informe se somete a una discusión formal en el seno del GMD, se presenta someramente el informe, se plantean preguntas por las delegaciones estatales, contesta el Estado evaluado e incluso en ocasiones se justifica. Así, hasta llegar a la adopción final del informe en una reunión posterior del GMD. El informe incluye un análisis detallado y objetivo, una parte crítica que identifica las buenas prácticas en las que otros Estados deben inspirarse y los puntos negativos a corregir.

La tercera etapa se refiere al seguimiento de la evaluación. Se informa al Consejo acerca de la evaluación me-

156 Do L 344, de 15 de diciembre de 1997.

157 Por ejemplo, vid. *Planning for the further work on the third round of mutual evaluations under Greek Presidency* [Doc. 15879/02, Bruselas, 20 de diciembre de 2002] o la *Proposed sequence of fifth round of Mutual Evaluations* [Doc. 5046/1/09, Bruselas, 12 de marzo de 2009].

158 La calidad de los expertos nacionales es por regla general alta, si bien sus conocimientos lingüísticos —vitales para el buen funcionamiento del sistema de evaluación— varían considerablemente de un país a otro. Sobre esta cuestión, vid. NILSSON, H.G.: «Eight years of experiences of...», op. cit., p. 123.

159 El nombre de los evaluadores no es público aunque se puede conocer la institución para la que trabajan. Vid. Doc. 5673/1/03, Bruselas, 11 de febrero de 2003.

160 NILSSON, H.G.: «Eight years of experiences of...», op. cit., p. 123.

161 DE BIOLLEY, S./WEYEMBERGH, A.: «L'évaluation dans le cadre du troisième pilier...», op. cit., p. 94.

162 Vid. NILSSON, H.G.: «Eight years of experiences of...», op. cit., p. 121: «One may be surprised that Member States accept to have their legislation and practices scrutinised and sometimes criticized relatively sternly but, as the Member States know that the same will apply to other Member States, they are willing to be subject to this scrutiny».

163 DE BIOLLEY, S./WEYEMBERGH, A.: «L'évaluation dans le cadre du troisième pilier...», op. cit., p. 95.

dante informes intermediarios y por grupos de cinco Estados. Después se propone un informe final que es adoptado por el Consejo. Se invita a los Estados evaluados a comunicar las medidas en aplicación de las recomendaciones de la Secretaría general del Consejo. Cuando se aproxima el final de un ciclo de evaluación, el GMD escoge un nuevo tema y empieza así un nuevo ejercicio. Hasta al momento han finalizado cuatro ciclos: el relativo a la asistencia judicial en materia penal (primera ronda), el concerniente a las autoridades competentes en la lucha contra el tráfico de drogas y sus funciones (segunda ronda)¹⁶⁴, a la acción de los servicios represivos en materia de tráfico de drogas e intercambio de información e inteligencia entre Europol y los Estados miembros respectivamente (tercera ronda)¹⁶⁵ y a la orden de detención y entrega europea (cuarta ronda)¹⁶⁶. La quinta ronda, referida al delito financiero y a su instrucción, empezó hace un par de años¹⁶⁷.

A diferencia de la evaluación que realiza la Comisión, en la *peer review* no se analiza un instrumento legislativo concreto, sino que por el contrario se evalúa la eficacia del sistema en su conjunto, esto es, el *law enforcement*. En este sentido, la evaluación va más allá del análisis de la conformidad del Derecho interno con los instrumentos europeos o internacionales¹⁶⁸. Sin embargo, la dimensión de calidad en el sentido del respeto de los derechos de defensa, de la víctima, etc., es decir, la validez *axiológica*, sigue sin tenerse en cuenta, salvo a los meros efectos de constatar que dicho respeto se configura como un obstáculo a la eficacia del sistema¹⁶⁹.

Entre los objetivos específicos que se atribuyen a este tipo de evaluación se mencionan, entre otros, la posibilidad de influenciar la eficacia de los sistemas de los EEMM por la vía de las recomendaciones dirigidas a cada Estado individualmente considerado. Estas recomendaciones persiguen además inspirar las buenas prácticas en vigor en otros Estados, orientar las políticas del Consejo con la finalidad de que tengan impacto en los EEMM, e influenciar la actividad de Europol y Eurojust. Desafortunadamente, el seguimiento de las recomendaciones es muy limitado. Transcurrido un período de tiempo determinado desde la finalización del ciclo, se invita por correo a los

EEMM a indicar las medidas adoptadas en ejecución de las recomendaciones. A partir de este momento la evaluación deviene superflua pues no existe ningún mecanismo de seguimiento ni tampoco es posible imponer una sanción a los Estados que no cumplen las recomendaciones¹⁷⁰. Por citar un ejemplo, en relación al primer ciclo, doce Estados de los 15 posibles enviaron información sobre las mencionadas medidas. Ahora bien, la información enviada no se discutió posteriormente, de tal forma que no existen conclusiones finales ni un informe respecto a los tres Estados que no remitieron la información solicitada. Las recomendaciones, no obstante, son útiles pues en ocasiones se implementan a nivel nacional, otras veces se invocan como fundamento de futuras reformas internas y, en definitiva, pueden guiar la acción futura del Consejo y la elección de las prioridades de trabajo.

Junto a los objetivos visibles antes mencionados, existe otro menos preciso que se dirige a instaurar la confianza mutua. La evaluación por terceros es en efecto una forma muy eficaz para fomentar las interacciones de las distintas culturas legales existentes en la Unión favoreciendo, por tanto, la comprensión mutua. Dado que las evaluaciones se refieren también a la práctica nacional y no se limitan a lo que la ley prevé, sino a cómo se aplica dicha ley en la práctica, los evaluadores y más ampliamente el GMD pueden comprender mejor cómo funciona el sistema y explicar las diferencias. Comprensión que desgraciadamente no suele trascender mucho más allá del ámbito interno del GMD y de los Estados evaluados, quienes disponen en todo momento, como ya se ha resaltado, de la facultad de autorizar o restringir la publicación de los resultados. Por el momento se asiste a un empate en relación a la confidencialidad de los informes finales y nacionales. Los resultados de la primera y cuarta ronda fueron publicados y pueden encontrarse en inglés en el registro de documentos del Consejo¹⁷¹, mientras que los de la segunda y tercera ronda no corrieron tanta suerte. Podría plantearse como solución mejorar la transparencia en este tipo de evaluación, pero si ello tuviera lugar el carácter presuntamente certero del que se beneficia decaería, pues es altamente probable que si los Estados pierden el control sobre la difusión de los

164 Iniciada el 12 de mayo de 1999 y con fecha de finalización en septiembre de 2003. Vid. Doc. 9216/99, Bruselas, 22 de junio de 1999 y el *Informe final sobre la segunda ronda de evaluaciones - Autoridades competentes en la lucha contra el tráfico de drogas y sus funciones* (Doc. 9615/3/03, Bruselas, 23 de septiembre de 2003).

165 Propuesta en septiembre de 2002. Vid. Doc. 12598/01, Bruselas, 1 de octubre de 2002.

166 Iniciada el 11 de junio de 2005 por el GMD tras la discusión del tema en el Doc. 9602/05, 3 de junio de 2005: *Debate de orientación sobre una propuesta de ejercicio de evaluación recíproca*.

167 Iniciada el 17 de junio de 2008. Vid. *Quinta ronda de evaluaciones recíprocas con arreglo a la Acción Común de 5 de diciembre de 2007 (97/827/JAI): Cuestionario sobre el delito financiero y la instrucción del delito financiero* (Doc. 16710/08, Bruselas, 4 de diciembre de 2008).

168 Vid. DE BIOLLEY, S./WEYEMBERGH, A.: «L'évaluation dans le cadre du troisième pilier...», op. cit., p. 92.

169 DE BIOLLEY, S./WEYEMBERGH, A.: «L'évaluation dans le cadre du troisième pilier...», op. cit., p. 93.

170 NILSSON, H.G.: «Eight years of experiences of...», op. cit., p. 123.

171 <http://register.consilium.europa.eu>

172 En palabras de DE BIOLLEY y WEYEMBERGH, el proceso perdería «sinceridad». Vid. DE BIOLLEY, S./WEYEMBERGH, A.: «L'évaluation dans le cadre du troisième pilier...», op. cit., p. 97.

resultados, se muestren más reacios a mostrar sus debilidades¹⁷², así como los defectos en los que incurrir cuando implementan las políticas comunitarias y los déficits de sus sistemas penales nacionales.

1.3. Evaluación por expertos independientes

Los defectos que presentan los dos tipos de evaluaciones estudiadas llevaron a debatir nuevas alternativas en las que la sociedad civil en sus más diversas manifestaciones pudiera jugar un papel mucho más destacado. Redes académicas ligadas a la universidad (ECLAN)¹⁷³, redes de expertos independientes en determinadas materias como los derechos fundamentales (*Red europea sobre derechos fundamentales* o las que se establecerán a partir de la *Agencia europea para los derechos fundamentales*), redes de prácticos del Derecho (*European Criminal Bar Association*¹⁷⁴) e incluso ONGs (*Statewatch*¹⁷⁵) empezaron a participar y a aportar nuevas ideas al Espacio penal europeo, si bien su nivel de actividad todavía no ha alcanzado su máximo esplendor. De entre todos los ejemplos mencionados se hará referencia por su novedad a la labor de la *Agencia europea para los derechos fundamentales*, de ECLAN y de las nuevas posibilidades que brinda el *Foro de reflexión sobre las medidas prácticas de la UE en el ámbito de la justicia*.

En relación a la *Agencia*, es importante señalar que este organismo no funciona como un ente evaluador en sentido estricto, sin que ello impida atribuir a los informes que redacta un cierto «tinte evaluador» del que difícilmente puede desprenderse al poderse utilizar en otros ámbitos más propios del contexto de la evaluación¹⁷⁶. En efecto, en virtud del artículo 6,1 a) de su reglamento¹⁷⁷, la *Agencia*

tiene competencia para establecer y coordinar redes de información y utilizar las redes existentes. Se ha criticado, no obstante, la ausencia en dicha norma de un precepto que hiciera alusión a la composición de dichas redes, a los procedimientos de selección de sus miembros, así como a sus funciones específicas¹⁷⁸. En cualquier caso, deberá evitarse, por razones de independencia e imparcialidad, cualquier tipo de relación contractual con la Comisión tal como en la actualidad ocurre con la *Red europea de expertos independientes sobre derechos fundamentales*¹⁷⁹.

Respecto la evaluación por redes académicas, ECLAN ha demostrado su buen hacer en la instauración de una cultura evaluatoria no institucionalizada con la publicación de dos obras sobre la materia. La primera (*Comment évaluer le droit pénal européen?*) aborda la evaluación desde muy distintas ópticas (en el espacio Schengen, en la verificación de las condiciones para adherirse a la UE, en el caso de la orden de detención y entrega europea, la *peer-review*, etc.). Por su parte, el segundo libro va más allá con la redacción de un cuestionario de evaluación legislativa que abarca tanto la cuestión de la conformidad o no conformidad de la transposición de la norma comunitaria en el Derecho interno, hasta la validez empírica de la norma en las tres manifestaciones antes analizadas. El cuestionario se ha aplicado además como proyecto piloto, de ahí su interés, a la *Decisión marco de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos*. Expertos académicos —profesores universitarios— procedentes de los distintos EEMM (un total de 15 con representación tanto de antiguos como nuevos Estados) rellenaron el informe nacional, destacándose en la mayoría de ellos la actitud represiva de los Estados a la hora de transponer, ya que casi todos fueron más allá de las obligaciones que les imponía el Derecho comunitario. El

173 <http://www.eclan.eu/>.

174 La ECBA fue creada en 1997 como organización independiente que aglutina abogados defensores de todos los países que forman parte del Consejo de Europa. Entre sus finalidades está la promoción de los derechos fundamentales de los sospechosos, acusados y condenados. Pese a que no redacta informes de evaluación *strictu sensu*, sí que está pendiente de las propuestas legislativas europeas que afecten al ámbito de sus competencias así como del posterior desarrollo y aplicación de normas ya adoptadas fiscalizando su aplicación de cara a la protección de los derechos fundamentales de los imputados. De esta asociación nació la propuesta para la creación de un defensor penal europeo. Sobre la misma, vid. MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M.: «La propuesta de un Defensor del Pueblo europeo en materia penal (ECLD)», en *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, Año 60, nº 2014, 2006, pp. 2192-2201.

175 *Statewatch* es la única ONG que controla los trabajos de la Unión en el título VI TUE (ahora título V TFUE) mediante el *Statewatch European Monitoring & Documentation Centre on Justice and Home Affairs in the EU* (<http://www.statewatch.org/semdoc/index.html>). También es importante en este contexto la *European Civil Liberties Network* (<http://www.ecln.net>).

176 DE BIOLLEY, S./WEYEMBERGH, A.: «Conclusions», en WEYEMBERGH, A./DE BIOLLEY, S. (eds.): *Comment évaluer le droit pénal...*, op. cit., p. 220.

177 Artículo 6,1 a) «1. Con vistas a garantizar el suministro de información objetiva, fiable y comparable, basándose en los conocimientos de diversas organizaciones y órganos existentes en cada Estado miembro y teniendo en cuenta la necesidad de que las autoridades nacionales participen en la recogida de datos, la Agencia: a) establecerá y coordinará redes de información y utilizará las redes existentes (...)».

178 DE SCHUTTER, O./VAN GOETHEM, V.: «The added value of a systematic and regular monitoring of the situation of fundamental Rights in the Member States for the evaluation of the implementation of Union laws and policies», en WEYEMBERGH, A./DE BIOLLEY, S. (eds.): *Comment évaluer le droit pénal...*, op. cit., p. 144.

179 La Red se creó en septiembre de 2002 y el 31 de marzo de 2003 presentó su *primer Informe sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea y sus Estados miembros en 2002*. Este informe representa una síntesis de los informes nacionales redactados por cada uno de los expertos y contiene recomendaciones para las instituciones y los Estados miembros.

proyecto es de una gran utilidad en general y, en especial, desde la óptica del Derecho comparado.

Por último, el *Foro de reflexión sobre las medidas prácticas de la UE en el ámbito de la justicia*¹⁸⁰ se configura como un mecanismo de apertura a la sociedad civil en general y, en particular, a los académicos y ONG. La propia Comunicación de la Comisión que prevé su instauración menciona expresamente entre sus funciones la de «evaluar si los instrumentos adoptados se transponen y ejecutan correctamente y se utilizan de forma adecuada para lograr sus objetivos» (§2). Pese a que su puesta en marcha es todavía una incógnita, pues se desconocen los cauces para poder participar en el mismo, lo cierto es que esta nueva vía de comunicación y diálogo reforzará notablemente la cultura evaluatoria en el seno de la Unión complementado al resto de mecanismos institucionalizados ya existentes.

2. Presente y futuro de la evaluación legislativa penal en la UE tras el Tratado de Lisboa

En virtud del artículo 70 TFUE¹⁸¹, el Consejo tiene competencias para adoptar «medidas que establezcan los procedimientos que seguirán los EEMM para efectuar, en colaboración con la Comisión, una evaluación objetiva e imparcial de la aplicación, por las autoridades de los EEMM, de las políticas de la Unión contempladas en el presente título, en particular con objeto de favorecer la plena aplicación del principio de reconocimiento mutuo»¹⁸². Para que pueda hablarse de una evaluación efectivamente «objetiva» e «imparcial», la doctrina ha señalado que debe tratarse de una evaluación que aglutine las siguientes notas¹⁸³: En primer lugar, ha de ser una evaluación no selectiva, en la que todos los EEMM sean tratados en igualdad de condiciones y sean evaluados en base a los mismos criterios y conforme a los mismos procedimientos. En segundo lugar, la evaluación ha de ser proactiva, esto es, no debe limitarse a un momento puntual en el que la confianza mutua en la que se asienta el principio de reconocimiento mutuo esté en riesgo, sino que debe ser continua o cuanto menos regular en el tiempo. Tercero, para hablar de imparcialidad es necesario que los evaluadores sean independientes. La *peer review* no parece que sea todo lo imparcial que se desearía sin menospreciar sus ventajas ya comentadas (la mayor participación de los Estados y en cualquier caso, la

instauración de un clima de confianza recíproca), siendo por ello recomendable que se establezcan criterios claros para el nombramiento de los miembros del equipo evaluador¹⁸⁴. Por esta razón sería recomendable el establecimiento de un órgano independiente que asegurase que las votaciones y discusiones sobre la evaluación que recaen sobre un determinado Estado no sea visto como un acto hostil que de lugar a represalias diplomáticas.

VII. Conclusiones

El análisis de cada una de las vías evaluatorias futuras y actualmente vigentes en el marco de la Unión verifica que no existe ningún mecanismo de evaluación perfecto. La *peer-review*, por ejemplo, tiene la ventaja de que los Estados no se sienten observados por un órgano externo, sino por una serie de «iguales» que entienden perfectamente por lo que están pasando. De ahí que se muestren favorables a proporcionar información. Su actitud favorable, no obstante, se debe a que ostentan en todo momento el control sobre la publicación de los resultados de la evaluación, lo cual hace mermar considerablemente, en los casos en los que opten por el secretismo, una de las funciones más importantes de la evaluación, esto es, el fomento de la transparencia y la puesta en conocimiento a los ciudadanos de la gestión y actividad política de los gobernantes en asuntos europeos. La evaluación que realiza por su parte la Comisión es incompleta desde el punto de vista de su contenido, pues se centra prácticamente en la conformidad o no conformidad del Derecho interno respecto a las obligaciones que impone a los EEMM la correspondiente directiva o decisión marco. Por último, la evaluación realizada por expertos independientes tiene la ventaja, como su propio nombre indica, de garantizar al menos teóricamente una evaluación imparcial y objetiva. Sin embargo, sus recursos tanto humanos como financieros son, en comparación con el resto de supuestos, menores. Razón que les impide ejercer su actividad en las mejores condiciones de fiscalización y control sobre el respeto, por ejemplo, de los derechos humanos y de los principios básicos del Derecho penal. Por introducir una nota positiva, habrá que esperar a las nuevas iniciativas europeas que parten del apoyo institucional de la Comisión (*Foro de reflexión*) o de la propia *Agencia europea de derechos humanos* (redes creadas a

180 *Comunicación de la Comisión, de 4 de febrero de 2008* [COM (2008) 38 FINAL].

181 Esta disposición es idéntica al artículo III-260 del Tratado constitucional y tienen su origen en el programa de La Haya (§3.2), secundado acto seguido por el Comunicado de prensa del Consejo, Sesión nº 2642, Bruselas, 24 de febrero de 2005 (Doc. 6228/05, p. 7).

182 En el mismo sentido, vid. *Programa de Estocolmo: una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano*, op. cit., pp. 7-8: «El Consejo Europeo insta a la Comisión: a presentar una o varias propuestas en virtud del artículo 70 del TFUE, relativas a la evaluación de las políticas con arreglo al Título V del TFUE».

183 Vid. DE SCHUTTER, O./VAN GOETHEM, V.: «The added value of a systematic and regular monitoring of the situation of fundamental Rights in the Member States for the evaluation of the implementation of Union laws and policies», en WEYEMBERGH, A./DE BIOLLEY, S. (eds.): *Comment évaluer le droit penal...?*, op. cit., p. 141.

184 NILSSON, H.G.: «Eight years of experiences of...», op. cit., p. 124.

raíz de la misma) para ver si la situación mejora sin perderse algunos de los rasgos que inicialmente se le atribuyen como son la independencia o neutralidad.

Por otro lado, me parece apropiado que la evaluación se descentralice para complementar los procesos evaluatorios que de forma centralizada se vienen realizando en la Unión. Para que funcione la cultura evaluatoria, no sólo debe implantarse a nivel europeo, sino también nacional. De ahí que cada Estado miembro podría establecer una autoridad competente para la elaboración de un informe nacional sobre el impacto de las normas penales. Esta actividad muy presente ya en algunos países europeos como en el Reino Unido con el *Comité relativo a asuntos Europeos* en la Casa de los Comunes, debería extenderse al resto de Estados y además garantizarse el análisis de impacto en relación a cualquier norma de naturaleza penal que emane de Bruselas. En esta misma línea también resultaría muy interesante que los departamentos de órganos ya existentes a nivel nacional, como el *Home Office* británico¹⁸⁵ o el *National Institute of Justice* de los EE.UU.¹⁸⁶, tengan entre sus funciones también estudiar el impacto de una norma comunitaria de naturaleza penal.

A nivel nacional también será fundamental el papel que desempeñen las *Comisiones de codificación*. Para la adopción de un nuevo Código o para la realización de re-

formas, se crea normalmente una comisión de expertos que tras la promulgación del Código o la respectiva ley de reforma se disuelve. La propuesta que aquí se presenta es que dicha comisión continúe siendo activa¹⁸⁷, ejerciendo una función de evaluación *ex-post* en sentido pleno. Las ventajas de mantener una comisión serían mayores a los costes, pues una atención renovada y dedicada a las reformas podría permitir diseñar códigos y/o leyes penales cuya calidad fuese proporcionada con la gravedad y amplitud de su papel social. Además, y ésta es una reflexión de MADER sobre los costes generales que arrastra cualquier sistema de evaluación legislativa: «¿Acaso no sería conveniente preguntarse acerca de si esos costes no son de hecho inferiores a los que acarrear los errores evitables y la incapacidad suficiente de aprendizaje del legislador?»¹⁸⁸.

Una solución mixta sería establecer una comisión para el desarrollo de un Derecho penal europeo de tipo centralizada con subcomisiones en los EEMM. Las funciones que desempeñarían esta comisión y subcomisiones no sólo serían de tipo evaluatorio *ex-post* sino que además también se les atribuiría un rol *ex-ante* presentando al público, a las administraciones y a los parlamentos sugerencias y modelos de discusión, que podrían servir de base para un debate en toda Europa¹⁸⁹.

185 El *Home Office* (el equivalente del Ministerio del Interior) tiene un departamento de estudios con un presupuesto anual en torno a los 26 millones de libras, unos 7000 millones de pesetas, y una plantilla de investigadores por encima del centenar. Estos recursos, indica MEDINA ARIZA, «permiten al gobierno de Inglaterra y Gales conocer bastante bien la realidad criminológica de aquellos países, lo que les permite planificar su política criminal, así como desarrollar evaluaciones rigurosas de toda nueva medida que se propone en materia de justicia penal e inseguridad ciudadana». Vid. MEDINA ARIZA, J.: «Reflexiones críticas sobre la futura licenciatura en criminología», en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 4, 2002, p. 17.

186 El *National Institute of Justice*, sección I+D del Departamento de Justicia, cuenta con una plantilla gigantesca y un presupuesto millonario.

187 En relación a los EE.UU., vid. ROBINSON, P.H./CAHILL, M.T./MOHAMMAD, U.: «The five worst (and five best) American Criminal Codes», op. cit., p. 64.

188 MADER, L.: *L'évaluation législative...*, op. cit., p. 175.

189 La propuesta de ALBRECHT y fue presentada en la audiencia en la subcomisión de Derecho europeo en el *Rechtsausschuss* del *Bundestag*, de 28 de noviembre de 2007. Vid. ALBRECHT, P.A.: «Le pouvoir judiciaire indépendant comme contrepoids à l'érosion des principes européens de droit pénal?», en BRAUM, S./WEYEMBERGH, A. (eds.): *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, Institut d'Études Européennes, 2009, p. 161.