

A. NIETO MARTÍN, M. MUÑOZ DE MORALES
ROMERO Y J. BECERRA MUÑOZ
(Dirs.)

HACIA UNA EVALUACIÓN RACIONAL DE LAS LEYES PENALES

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO
2016

ÍNDICE

	Pág.
PRESENTACIÓN	17
FUNDAMENTOS DE LA EVALUACIÓN	
CAPÍTULO I. ASPECTOS TEÓRICOS Y PROCEDIMENTALES DE LA EVALUACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS, por Alberto Muñoz Arenas	25
1. INTRODUCCIÓN	25
2. LA EVALUACIÓN EN EL MARCO SECUENCIAL DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	26
3. LA EVALUACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	28
3.1. Concepto de evaluación	28
3.2. Características de la evaluación.....	33
3.3. Objetivos de la evaluación	37
3.4. Clases de evaluación	38
3.4.1. Evaluación según la tipología.....	38
3.4.2. Evaluación según el enfoque.....	40
3.4.2.1. Enfoques clásicos y evolucionados	41
3.4.2.2. Enfoques pluralistas o participativos	42
3.5. Etapas de la evaluación	45
CAPÍTULO II. ESTADÍSTICAS SOBRE CRIMINALIDAD EN LA UNIÓN EUROPEA, por Ana Pérez Cepeda	49
1. INTRODUCCIÓN	49
2. DESCRIPCIÓN DE LOS INSTRUMENTOS EUROPEOS PARA MEDIR LA DELINCUENCIA.....	51

	Pág.
2.1. Estadísticas oficiales de delitos registrados	52
2.1.1. Las estadísticas sobre delincuencia de Eurostat (« <i>Statistics in focus</i> »)	52
2.1.2. El Manual Europeo de Estadísticas sobre Delincuencia y Justicia Penal	53
2.2. Encuestas europeas para medir la delincuencia	55
2.2.1. La Encuesta Europea de Delitos y Seguridad	55
2.2.2. La Encuesta Social Europea.....	56
2.2.3. La Encuesta de la Unión Europea sobre Minorías y Discriminación.....	59
2.2.4. La encuesta de género basada en la violencia contra las mujeres.....	60
3. ALCANCE Y USO DE LOS DATOS EXISTENTES	61
3.1. Deficiencias de los instrumentos existentes en la obtención de los datos	66
3.2. El papel de la evidencia en la elaboración de una política criminal de la UE.....	70
4. PROPUESTAS	73
CAPÍTULO III. LA ECONOMÍA COMO HERRAMIENTA EN LA EVALUACIÓN LEGISLATIVA: ANÁLISIS DE COSTES, COSTE-EFICACIA Y COSTE-BENEFICIO, por Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno	79
1. POR QUÉ CALCULAR LOS COSTES (Y LOS BENEFICIOS) DE LA POLÍTICA CRIMINAL.....	79
1.1. La política criminal no está sola y compite por fondos con el resto de políticas públicas	81
1.2. «Política criminal» se escribe en plural	83
2. LAS HERRAMIENTAS: ANÁLISIS DE COSTES, ANÁLISIS COSTE-EFICACIA Y ANÁLISIS COSTE-BENEFICIO.....	86
2.1. Análisis de costes.....	86
2.2. Análisis coste-eficacia	88
2.3. Análisis coste-beneficio	94
3. EL ENFOQUE EN ACCIÓN: EL RESCATE DE LA RESOCIALIZACIÓN.....	101
4. A MODO DE CONCLUSIÓN: ANÁLISIS ECONÓMICO Y POLÍTICA LEGISLATIVA.....	105

EXPERIENCIAS NACIONALES

CAPÍTULO IV. EVALUACIÓN LEGISLATIVA EN ESPAÑA: SU NECESARIA APLICACIÓN EN LOS PROCESOS DE APROBACIÓN DE LAS REFORMAS PENALES, por Samuel Rodríguez Ferrández	109
1. INTRODUCCIÓN	109
2. EXPOSICIÓN Y ANÁLISIS DE LA EVALUACIÓN DE NORMAS EN ESPAÑA.....	110
2.1. La fase prelegislativa: el predominio de la iniciativa legislativa ejercida por el Gobierno en España	110
2.1.1. El «deber ser» de la fase prelegislativa: la articulación de consensos sobre los intereses sociales afectados.....	110
2.1.2. El «ser» de la fase prelegislativa en España	112
2.1.3. Conclusión parcial	119
2.2. Breve apunte crítico sobre la fase legislativa en España	119
2.3. La fase postlegislativa en España	120
2.3.1. ¿En qué debería consistir?	120
2.3.2. ¿En qué consiste realmente y con qué instrumentos se cuenta?	120
3. CONCLUSIONES SOBRE LA EVALUACIÓN DE LOS EFECTOS DE LAS NORMAS EN ESPAÑA.....	124
3.1. Un proceso legislativo deficitario en una verdadera evaluación de los efectos de las leyes	124
3.2. Por ejemplo, el caso de la reforma penal operada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.....	128
3.2.1. Memoria justificativa	129
3.2.2. Memoria económica	132
3.2.3. Memoria sobre el impacto por razón de género.....	134
3.3. Un nuevo ejemplo: el Proyecto de Ley remitido a las Cortes Generales en septiembre de 2013 y finalmente aprobado como Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.....	134
3.4. Conclusiones y reflexiones finales.....	139
 CAPÍTULO V. PROPUESTAS DE REDISEÑO INSTITUCIONAL PARA LA ELABORACIÓN Y EVALUACIÓN DE LA POLÍTICA CRIMINAL POR PARTE DEL GOBIERNO, por José Becerra Muñoz.	 141
1. INTRODUCCIÓN	141
2. PROPUESTAS DE REDISEÑO INSTITUCIONAL	143
2.1. La fase prelegislativa o gubernamental.....	144

	Pág.
2.2. La División de Política Criminal.....	146
2.2.1. El papel de la División de Política Criminal en la definición de los problemas y la formación de la agenda gubernamental.....	147
2.2.2. La ampliación del abanico de opciones de política criminal.....	150
2.2.3. Los actores en la fase prelegislativa: la creación de una red de interacción coordinada por el Ministerio de Justicia.....	153
2.3. La contribución de las reformas institucionales a una mejor evaluación de las políticas penales.....	158
2.4. La evaluación <i>ex ante</i> en materia político-criminal.....	162
2.4.1. Los criterios de racionalidad.....	162
2.4.2. El procedimiento para realizar la evaluación <i>ex ante</i> ...	164
2.4.2.1. La reunión inicial.....	165
2.4.2.2. Elaboración del <i>dossier</i> de trabajo.....	169
2.4.2.3. Relación con la línea media.....	171
2.4.2.4. Reedición de la política por parte de la División y presentación de la propuesta ante los órganos del Gobierno.....	173
3. CONCLUSIONES.....	174

EXPERIENCIAS COMPARADAS

CAPÍTULO VI. EVALUACIÓN Y RACIONALIDAD POLÍTICO-CRIMINAL EN LOS PROCEDIMIENTOS LEGISLATIVOS: EL EJEMPLO DE SUECIA, por Manuel Maroto Calatayud.....	179
1. INTRODUCCIÓN: SUECIA, PARAÍSO PERDIDO DEL WEL-FARISMO PENAL.....	179
2. UNA CONCEPCIÓN MODESTA DE LA EVALUACIÓN.....	180
3. EL TRADICIONAL ÉNFASIS SUECO EN LA RACIONALIDAD POLÍTICO-CRIMINAL.....	181
3.1. La cultura política del consenso.....	181
3.2. La alta confianza en las instituciones y la baja presión social sobre la política.....	183
3.3. El papel de los expertos y la tradicional «despolitización» de la cuestión penal en el pensamiento socialdemócrata.....	183
4. LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA RACIONALIDAD LEGISLATIVA A TRAVÉS DE MEDIDAS PROCEDIMENTALES.....	185

	Pág.
4.1. La tradición de los comités de investigación (<i>Statliga Kommittéväsendet</i>).....	186
4.2. La fase obligatoria de consultas (<i>remiss</i>)	190
4.3. El Consejo Nacional Sueco de Prevención del Delito (<i>BRÅ, Brottsförebyggande rådet</i>) como organismo de evaluación y apoyo.....	191
4.4. El Consejo Legislativo (<i>Lagrådet</i>) como organismo de evaluación jurídica	194
4.5. La fase legislativa: el debate parlamentario	195
5. ¿LA RACIONALIDAD ERA ESTO? SOBRE LOS PROCEDIMIENTOS PRELEGISLATIVOS COMO BARRERAS PROCEDIMENTALES AL POPULISMO PUNITIVO.....	196
6. CONCLUSIÓN	199
CAPÍTULO VII. CODIFICACIÓN Y TÉCNICA LEGISLATIVA EN ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, por Marta Muñoz de Morales Romero.....	201
1. CONTEXTUALIZACIÓN DE LA SITUACIÓN AMERICANA Y JUSTIFICACIÓN DE SU ELECCIÓN	201
2. LA CODIFICACIÓN PENAL	208
3. LOS PODEROSOS TENTÁCULOS DE LA IRRACIONALIDAD.....	217
4. EN BUSCA DE RACIONALIDAD: ¿UNA MISIÓN IMPOSIBLE?.....	224
5. DEL CPM A LAS <i>SUNSET/SUNRISE PROVISIONS</i> : ¿QUÉ PODEMOS IMPORTAR?	229
CAPÍTULO VIII. LA LEGISLACIÓN PENAL EN ALEMANIA, por Andreas Hoyer	239
1. INTRODUCCIÓN	239
2. EL DECURSO USUAL DE LA LEGISLACIÓN PENAL EN LA PRÁCTICA	239
3. EL DECURSO DE LA LEGISLACIÓN PENAL SEGÚN EL DEBER SER DEL DERECHO	241
3.1. Prognosis de impacto previa a la promulgación de una nueva norma penal.....	241
3.2. Evaluación de impacto de una norma vigente.....	243
4. CONCLUSIÓN	244

	Pág.
CAPÍTULO IX. EVALUACIÓN Y DERECHO PENAL EUROPEO: SOBRE EL MODELO DE EVALUACIÓN DE LA COMISIÓN EU- ROPEA, por Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro	245
1. INTRODUCCIÓN	245
2. SOBRE EL MODELO DE EVALUACIÓN DE LA COMISIÓN...	247
2.1. Criterios generales	247
2.2. Forma de evaluación	249
2.3. El factor de complejidad	252
3. HACIA UN MODELO PRINCIPIALISTA DE EVALUACIÓN...	254
3.1. Principio de proporcionalidad.....	255
3.1.1. Definición.....	255
3.1.2. Forma de aplicación	256
3.2. Principio de legalidad.....	262
3.2.1. Definición.....	262
3.2.2. Forma de aplicación	263

EVALUACIÓN Y RACIONALIDAD ÉTICA

CAPÍTULO X. LOS CONTENIDOS DE RACIONALIDAD DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO AM- PLIO: EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD, por Ana María Prieto del Pino	273
1. DEL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA AL PRINCI- PIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO AMPLIO O DE PROHIBICIÓN DE EXCESO	273
2. APROXIMACIÓN A LOS CONTENIDOS ATRIBUIDOS AL PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE EXCESO O DE PROPOR- CIONALIDAD EN SENTIDO AMPLIO.....	278
3. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO AMPLIO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ES- PAÑOLA.....	284
4. PROPUESTA PERSONAL DE CONFIGURACIÓN DEL PRIN- CIPPIO DE PROHIBICIÓN DE EXCESO COMO PATRÓN DE LEGITIMIDAD DE LA INTERVENCIÓN PUNITIVA EN LA FASE DE INCRIMINACIÓN DE CONDUCTAS	288
5. PROPUESTA PERSONAL DE CONFIGURACIÓN DEL PRIN- CIPPIO DE NECESIDAD O SUBSIDIARIEDAD	294

	Pág.
5.1. Consideraciones previas: la subsidiariedad de la intervención estatal a través del Derecho para evitar comportamientos socialmente nocivos como manifestación del principio de necesidad.....	294
5.2. Su presupuesto: el principio de idoneidad.....	297
5.2.1. Consideraciones generales.....	297
5.2.2. La necesidad de adoptar una perspectiva global a la hora de determinar la idoneidad de la intervención de un sector del ordenamiento en la evitación de un comportamiento socialmente dañoso	298
5.3. Intervención del Derecho penal y principio de subsidiariedad.	302
CAPÍTULO XI. LESIVIDAD Y PROPIEDAD INTELECTUAL. LA PIRATERÍA DE MÚSICA COMO EJEMPLO DE MEDICIÓN, por Pablo Rando Casermeiro	307
1. PLANTEAMIENTO.....	307
2. LA «LESIVIDAD» EN LAS INFRACCIONES DE DERECHOS DE AUTOR DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA ECONOMÍA	309
3. DISTORSIÓN DE LOS INFORMES PATROCINADOS POR LOS GRUPOS DE PRESIÓN Y «AUTÉNTICO» ANÁLISIS ECONÓMICO	310
4. LAS PÉRDIDAS DEL NEGOCIO	311
4.1. Datos globales de la industria e hipótesis de teoría económica.....	312
4.1.1. Impacto directo de la piratería en la bajada de ventas.	312
4.1.2. Seis explicaciones alternativas al fenómeno.....	314
4.2. Evidencia empírica	316
5. EL COMPONENTE FUNCIONAL DE LA PIRATERÍA PARA EL NEGOCIO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL	320
5.1. Formulación teórica	321
5.1.1. El efecto de muestreo o exposición	321
5.1.2. El efecto de red.....	325
5.1.3. Apropiabilidad indirecta	328
5.2. Respaldo empírico.....	330
5.2.1. Algunos datos reveladores.....	330
5.2.2. Estudio de Obelholzer-Strumpf.....	330
5.2.3. Otros estudios: Andersen-Frenz y Hammond.....	333

	Pág.
5.2.4. Impacto en ventas digitales: estudio del Institute for Prospective Technologic Studies.....	334
6. ENTONCES ¿HAY DAÑO O NO HAY DAÑO?	335
7. UN MOMENTO: ¿QUÉ HAY DE LA PIRATERÍA COMERCIAL?	339
8. CONCLUSIONES: ALGUNAS RECOMENDACIONES POLÍTICO-CRIMINALES PARA NUESTRO DERECHO PENAL	341
8.1. La piratería es, en general, lesiva para el patrimonio de los creadores intelectuales e intermediarios del negocio	341
8.2. Es necesario interpretar de forma particularmente estricta el elemento del tipo de «en perjuicio de tercero» del art. 270 CP.	342
8.3. ¿Qué tiene que ver el ánimo de lucro con el daño al bien jurídico?.....	344
8.4. Recalculemos la responsabilidad civil.....	346
8.5. Síntesis	346
EVALUACIÓN Y CONTROL CONSTITUCIONAL	
CAPÍTULO XII. EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS LEYES PENALES, por Juan Antonio Lascuráin.....	
	351
1. INTRODUCCIÓN	351
2. EL CRITERIO DE DEFERENCIA CON EL LEGISLADOR	352
3. LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA	359
3.1. Los datos del control constitucional de la ley penal	360
3.2. La valoración del control constitucional de la ley penal.....	366
4. RAZONES PARA LA DEFERENCIA.....	372
5. SUGERENCIAS PARA UN JUEZ CONSTITUCIONAL	377
CAPÍTULO XIII. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES PENALES ANTE EL EMBATE IRRACIONALISTA DE LA POLÍTICA CRIMINAL, por Luis A. Vélez Rodríguez.....	
	379
1. INTRODUCCIÓN	379
2. PANORAMA POLÍTICO-CRIMINAL.....	380
2.1. Problemas	381
2.2. Soluciones.....	386
3. JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y LEY PENAL.....	388

	Pág.
3.1. Contenidos de la política criminal: presunciones básicas	389
3.2. El rol de los Tribunales Constitucionales	390
4. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LEY PENAL.....	391
4.1. Control material de las leyes penales: prestaciones del principio de proporcionalidad.....	392
4.2. La legitimación para interponer recursos de inconstitucionalidad	396
5. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA ARTICULACIÓN DEL PLURALISMO SOCIAL Y LA DELIBERACIÓN PÚBLICA.....	401

CONCLUSIONES

CAPÍTULO XIV. UN TRIÁNGULO NECESARIO: CIENCIA DE LA LEGISLACIÓN, CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS LEYES PENALES Y LEGISLACIÓN EXPERIMENTAL, por Adán Nieto Martín	407
1. EL CONTEXTO DE LA CIENCIA DE LA LEGISLACIÓN: LA CRISIS DE LEGITIMIDAD Y RACIONALIDAD DEL DERECHO PENAL.....	407
2. BREVE HISTORIA DEL PROBLEMA DE LA RACIONALIDAD Y LEGITIMIDAD DE LAS LEYES PENALES.....	410
3. LA RENOVADA CIENCIA DE LA LEGISLACIÓN.....	413
4. LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA	418
5. LA EVALUACIÓN LEGISLATIVA	422
5.1. Evaluación <i>ex ante</i>	423
5.2. Evaluación <i>ex post</i>	427
6. CIENCIA DE LA LEGISLACIÓN Y CONTROL CONSTITUCIONAL.....	430
6.1. La reserva de ley desde la democracia deliberativa.....	431
6.2. El principio de proporcionalidad	434
6.3. Conclusiones: avances, límites y peligros.....	437
7. LOS EXPERIMENTOS NO SOLO SE HACEN CON GASEOSA: LA LEGISLACIÓN EXPERIMENTAL.....	439

PRESENTACIÓN

La evaluación de cualquier política pública, incluida desde luego la política legislativa, debería ser una obligación para cualquier gobierno. Una regla del arte de legislar o gobernar que ningún mandatario del siglo XXI debería obviar. Las agencias de evaluación, en el caso de nuestro país la AEVAL, tendrían que ser una de las agencias más importantes y mejor dotadas. El desgobierno de la política educativa y de tantas otras políticas públicas sería seguramente inexistente si los cambios legales se hubieran producido tras haber constatado lo que ha funcionado o lo que no. E igual cabría señalar en la política criminal, donde el capricho del mandatario de turno hace y deshace delitos o introduce, sin ningún tipo de evidencia empírica, alteraciones fundamentales en el sistema de penas o sanciones que contienen limitaciones brutales de la libertad de los ciudadanos como la libertad vigilada y, especialmente, la prisión permanente revisable.

En el marco de la legislación penal de la UE aunque existe, sin duda alguna, una mayor cultura de la evaluación, no puede decirse que las cosas sean sustancialmente mejores. Cualquiera que haya consultado las evaluaciones de impacto, que tras el *Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea* han ido acompañando a las propuestas de decisiones marco o directivas europeas, advierte que no existe un modelo, ni una metodología clara de evaluación, lo que convierte a estos textos más en una formalidad que en un verdadero ejercicio de argumentación jurídica.

Con la finalidad de poner en el debate penal la necesidad de la evaluación de las políticas penales y, lo que es más complejo y ambicioso, de desarrollar un método de evaluación, el Ministerio de Economía y Competitividad nos concedió en 2012 un proyecto de investigación (Ref. DER2011-28225, «Hacia la evaluación racional de las leyes penales»). Al poco de comenzar nuestra andadura, el profesor José Luis Díez Ripollés, pionero en nuestro país en la investigación de estos temas, impulsó la creación de un Grupo de política legislativa en penal. Con intereses y miembros comunes surgió una oportunidad para realizar una investigación conjunta. Las colaboraciones se materializaron en la celebración de dos seminarios en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Ciudad Real, el 17 de diciembre de 2013 y el 30 de junio de 2014, ambos respectivamente.

El resultado de todo ello es el libro que ahora presentamos, cuyo punto fuerte es su marcado enfoque integral. En este sentido, se ha intentado abordar al menos un aspecto de todos los ejes de la evaluación: desde análisis teórico-prácticos acerca de cómo se debe evaluar (Capítulo 1), pasando por estudios de tipo procedimental o formal en relación con la adopción de la norma penal a nivel nacional (Capítulos 4 y 5), en Suecia (Capítulo 6) o la UE (Capítulo 9), cuestiones de técnica legislativa (Capítulo 7) y de adecuación de la norma penal a los principios básicos de la disciplina (Capítulo 10), hasta llegar al control constitucional de las leyes penales (Capítulos 12 y 13). Sin olvidarnos de la importancia de las estadísticas para poder realizar evaluaciones de calidad (Capítulo 2) y de lo que quizás sea uno de los temas más novedosos: la utilización de análisis de costes, costes-eficacia y costes-beneficios en la evaluación de las políticas criminales (Capítulo 3) y la contribución de los estudios económicos en la configuración de principios como el de lesividad (Capítulo 11) así como la posible responsabilidad penal de los diputados al votar leyes cuyas consecuencias no hayan sido previamente evaluadas (Capítulo 8).

Todas estas cuestiones aparecen en el libro agrupadas en cinco bloques temáticos. Bajo la rúbrica de «Fundamentos», el primer bloque centra su atención en la metodología de la evaluación de las políticas públicas en general (Capítulo 1); la elaboración de estadísticas criminales (Capítulo 2) y el análisis de costes, costes-eficacia y costes-beneficio (Capítulo 3). Desde una perspectiva metodológica, las dos ideas clave que a menudo se descuidan son en palabras de Alberto Muñoz la configuración de la evaluación como un proceso continuo y permanente que va más allá de la tradicional dicotomía *ex ante* y *ex post*, y la necesidad de establecer criterios de evaluación desde el momento mismo de la redacción de la norma: no se puede evaluar una norma si en ella no se han previsto los objetivos que se pretenden alcanzar.

Debido a que gran parte de las políticas criminales vienen marcadas desde la Unión Europea, la contribución de Ana Pérez desvela en el Capítulo 2 lo complicado que es elaborar una estadística criminal que sirva para comparar con éxito y con limitados márgenes de error la situación de la delincuencia en los Estados miembros de la UE. No obstante, la adopción de definiciones estándar de los tipos de delitos a ser utilizados en las bases de datos, la recopilación de datos sobre las nuevas formas de delincuencia y el fomento de la colaboración entre el mundo académico y los responsables políticos, contribuirían al uso de la estadística como medio de evaluación. Finalmente, Íñigo Ortiz de Urbina desmiente en el Capítulo 3 que la inclusión de análisis costes, coste-eficacia y coste-beneficio como criterios de evaluabilidad de una norma penal implique desprenderse de la dimensión axiológica del Derecho penal. Por el contrario, este tipo de análisis son necesarios, además de obligatorios en los términos del art. 88 CE, para garantizar

políticas-criminales racionales. La práctica, sin embargo, demuestra que rara vez se realizan y, cuando tienen lugar, son de dudosa calidad.

El siguiente bloque de contribuciones se consagra al estado de la cuestión en España. En el Capítulo 4, Samuel Rodríguez destaca los esfuerzos normativos por consagrar una cultura evaluatoria en España, en concreto analiza minuciosamente la memoria de análisis de impacto normativo regulada por el *Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio*. Pero deja claro también la poca atención que esta recibe en el caso de la adopción de normas penales: o bien no se realiza una memoria de impacto o si se efectúa —tal como ocurrió con la LO 5/2010 y la LO 1/2015 de reforma del Código Penal— es solo a efectos cosméticos sin analizar en profundidad las cuestiones relevantes. Ante la poca cultura evaluatoria de normas penales, José Becerra propone en el Capítulo 5 reformas específicas de tipo institucional en la fase prelegislativa o gubernamental y de tipo conceptual con criterios concretos de racionalidad. En relación con las propuestas de rediseño institucional, destaca la creación de una División de Política Criminal en el Ministerio de Justicia con personal estable y especializado en materia penal que asesoraría al Gobierno en los primeros momentos de definición del problema.

El tercer bloque se ocupa de las experiencias evaluatorias en diversos países y en la UE. En el Capítulo 6, Manuel Maroto realiza un estudio minucioso del procedimiento legislativo sueco que desvela lo mucho que importa en este país contar con la opinión de los expertos a la hora de adoptar una norma penal. Igualmente, destaca cómo los jueces utilizan los documentos de evaluación en la interpretación y aplicación de la ley penal. Pese a lo anterior también constata el autor una cierta decadencia en la racionalidad de las normas penales suecas. En el Capítulo 7, centrado en Estados Unidos, Marta Muñoz pone de manifiesto cómo el uso de una defectuosa técnica legislativa es uno de los cimientos de la irracionalidad del sistema penal americano, pero también evidencia cómo alguna de las propuestas que se han realizado en este país pueden ser extraordinariamente útiles en aras a lograr normas penales con un mayor grado de coherencia y evaluabilidad. En el Capítulo 8, Andreas Hoyer da un paso más fundamentado a la responsabilidad penal de los diputados que votan a favor de una norma penal bajo presión mediática o política sin existir una evaluación seria de las consecuencias de la reforma. Culmina este bloque con una contribución de Fernando G. Sánchez Lázaro. El autor constata en el Capítulo 9 que los análisis de impacto regulatorio realizados en el ámbito de la UE son también defectuosos porque se realizan con poco tiempo y no se utilizan criterios cuantitativos de evaluación claros, concisos ni específicos de la disciplina. En segundo lugar, plantea la posibilidad de cuantificar las ponderaciones de proporcionalidad y de evaluar el principio de legalidad en su acepción de mandato de determinación, mediante el análisis de la normatividad semántica técnico jurídica.

Dado que la relación de la evaluación legislativa con los principios penales es muy estrecha, el cuarto bloque se ocupa de algunos de ellos. En concreto, los Capítulos 10 y 11 reinterpretan el principio de proporcionalidad y lesividad con el fin de que sean «evaluables». En este sentido, en la contribución de Ana Prieto se sostiene la necesidad de distinguir en el principio de proporcionalidad en sentido amplio un nivel externo y un nivel interno en el que operen los principios de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. En particular, defiende que la evaluación del principio de *ultima ratio* o subsidiariedad no debería centrarse en si existen medios que tengan igual efecto que la sanción penal, sino en si existen otros medios que tengan una eficacia óptima o razonable. En el Capítulo 11, Pablo Rando se marca como objetivo verificar en qué medida los aportes de la economía pueden beneficiar el debate sobre la lesividad penal (daño social) en los delitos contra la propiedad intelectual. Tras un análisis minucioso de numerosos estudios económicos, el autor constata, entre otras cosas, que gracias a los mismos es más fácil afirmar que la piratería reduce las ventas de música que sostener justamente lo contrario. Ahora bien, el autor también indica que «no toda conducta de piratería contribuye a ese daño» y, en consecuencia, habrá que criminalizar solo las particularmente graves. El problema es que los estudios económicos no son útiles para determinar el punto a partir del cual se debe optar por la tutela penal.

El control de una ley penal por parte de los tribunales constitucionales es desde hace mucho tiempo un tema controvertido y a él se dedica el quinto bloque temático. En el Capítulo 12, Juan Antonio Lascurain se posiciona a favor de un control moderado. El criterio guía, que ha seguido también nuestro TC, es el de deferencia con el legislador ya que este ha sido elegido por el pueblo y tiene una legitimidad democrática de la que adolece un tribunal constitucional. Así las cosas, existe una presunción *iuris tantum* de constitucionalidad de la ley que es mucho más difícil de desvirtuar cuando el control de la ley se despliega desde un principio. En el Capítulo 13, Luis Vélez se postula a favor del control constitucional de las leyes penales. Su punto de partida es también la mayor legitimidad democrática del legislador pero entiende que dicho atributo no es real. Actualmente, los procedimientos de adopción de decisiones no son, y así lo han puesto de manifiesto numerosos autores, lo suficientemente democráticos. Es por ello que el control constitucional tiene cabida al menos para revisar si la norma penal se ha adoptado en el marco de un proceso que haya tenido en cuenta a todos los potenciales afectados por esa norma y si la misma se basa en datos empíricos sólidos (por ejemplo, en análisis de probabilidad). Lo anterior abre la posibilidad a que los resultados obtenidos a través de una evaluación puedan ser utilizados por los tribunales constitucionales para declarar la legitimidad o inconstitucionalidad de una norma.

Se cierra el libro con el Capítulo 14 en el que a modo de conclusión Adán Nieto realiza un análisis transversal de todo lo anterior. Así, se pre-

senta la evolución histórica de las crisis de racionalidad y legitimidad con las distintas propuestas de la Ciencia de la legislación. Entre ellas se apuesta por el control de constitucionalidad de las leyes penales en conexión con los principios de reserva de ley y proporcionalidad y el uso de la legislación experimental para evaluar la eficacia de una ley según datos empíricos.

Pese al intento de acercarse a los diversos perfiles y consecuencias que la evaluación implica para la política criminal, esta publicación constituye únicamente un punto de partida, que habrá alcanzado en buena medida sus objetivos si, como antes señalábamos, consigue poner en la agenda la evaluación penal. En ello, sin duda, habrá sido imprescindible la colaboración de Marcial Pons y su colección de Derecho penal y Criminología, que ha tenido a bien acoger nuestro trabajo.

Ciudad Real, 2 de marzo de 2016

Adán NIETO MARTÍN

Marta MUÑOZ DE MORALES ROMERO

*Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional
Universidad de Castilla-La Mancha*

FUNDAMENTOS DE LA EVALUACIÓN

CAPÍTULO I

ASPECTOS TEÓRICOS Y PROCEDIMENTALES DE LA EVALUACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Alberto MUÑOZ ARENAS

1. INTRODUCCIÓN

Las leyes son el resultado de un proceso político que tiene como propósito intervenir y regular áreas y actividades sociales. Por tal razón, son susceptibles de evaluación como cualquier otra política, programa o intervención públicos.

El análisis de la política legislativa tiene mucho que ver con la necesidad de averiguar si las leyes son o no útiles, racionales, coherentes y eficaces. Si sirven al propósito para el que fueron aprobadas. La introducción de la evaluación en el ámbito normativo es en sí mismo un indicador de mejora de la calidad jurídica y democrática, y una garantía constitucional de protección de los derechos constitucionales de los ciudadanos¹.

Sin embargo, tal propósito suele encontrarse con una cultura política y técnica en la que las normas no son diseñadas para poder conocer estas cuestiones fundamentales. En muchos casos, la introducción de esta herramienta de análisis en el ámbito normativo se limita a una mera evaluación de impacto, o se conforma con aproximaciones *ex ante* y *ex post*. Sin embargo, la evaluación no debe contemplarse limitadamente como *actividad* aislada y final de control de resultados, sino como un *proceso* continuo y permanente a lo largo de la vida de la norma, desde el momento mismo de su diseño. Solo así se podrá dotar a las normas de elementos que hagan posible su evaluabilidad.

En este breve trabajo pretendemos dar unas pinceladas sobre los aspectos teóricos y procedimentales que conforman la evaluación como he-

¹ M. J. MONTORO CHINER, «Técnica legislativa y evaluación de las normas», en *Anuario jurídico de La Rioja*, núm. 6-7, 2000-2001, pp. 155-172.

ramienta científica dentro del análisis de las políticas públicas. Para ello enmarcaremos, en primer lugar, la evaluación dentro del análisis secuencial de las políticas públicas. A continuación, realizaremos una aproximación al concepto de evaluación y los diferentes componentes que la configuran. Seguiremos con otros elementos descriptivos como las características, objetivos y clases de evaluación. Finalmente, expondremos de manera sintética el procedimiento habitual para la realización de una evaluación.

Esta perspectiva permitirá a los interesados observar el contraste existente entre las potencialidades de la evaluación y la práctica habitual de las evaluaciones legislativas. De él se podrán extraer elementos para mejorar y fortalecer esta área concreta de aplicación.

2. LA EVALUACIÓN EN EL MARCO SECUENCIAL DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

La aproximación a la evaluación parte de la necesidad previa de establecer algún marco particular para el estudio de un objeto determinado, como la política pública en general o la legislativa en particular. Enmarcar este objeto supone acotar sus límites, estructurar y organizar su estudio mediante algún criterio que simplifique su compleja realidad, sin perder la perspectiva del conjunto². Aunque existen diferentes marcos de análisis, vamos a utilizar el más generalizado en este campo: el marco secuencial de las políticas. Es en él en el que surge la evaluación como acto y como proceso que ayuda a dotar de coherencia y racionalidad a la acción política, y a examinarla y enjuiciarla de manera rigurosa.

Este enfoque analítico contempla las políticas públicas como un *proceso* dividido en diferentes fases o etapas que conforman una secuencia cíclica (Figura 1).

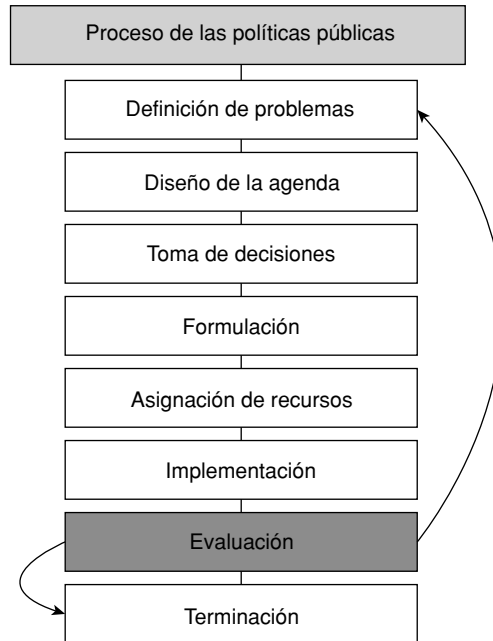
En primer lugar se detectan los problemas susceptibles de ser acometidos por la acción política. Estos problemas se definen y concretan para pasar a la agenda de alguna instancia política. A continuación se buscan diferentes soluciones y se toman decisiones para establecer algún plan de acción sobre el problema. Una vez formulado el plan se asignan los recursos necesarios para su implementación. Finalmente se evalúa todo el proceso para conocer el grado en el que el problema se ha reducido o eliminado. La evaluación puede reiniciar el ciclo de nuevo, o bien conducir a la última fase en la que finaliza la política aplicada.

Así pues, este marco no solo permite el análisis de las políticas y de las normas, sino su elaboración, por lo que tiene una clara función teórica y

² I. MENY/J. C. THOENIG, *Las políticas públicas*, Barcelona, Ariel, 1992.

práctica. En palabras de Roth³, «esta perspectiva secuencial constituye una excelente puerta de entrada para el estudio de las políticas públicas debido a sus cualidades didácticas, heurísticas y quizá estéticas, así como su flexibilidad y adaptabilidad».

Figura 1. Ciclo de las políticas públicas



Fuente: Elaboración propia.

Sin embargo, pese a su generalización y efectividad no ha dejado de recibir algunas críticas, probablemente por su visión excesivamente reduccionista de la realidad. Efectivamente, Parsons⁴ teme que este enfoque presente una visión artificial y excesivamente racional de la formulación de las políticas públicas, «imponer etapas a una realidad infinitamente más compleja, fluida e interactiva». No obstante, este tipo de objeciones deben relativizarse si el esquema general propuesto por el marco secuencial se toma «más como un soporte para la búsqueda de sentido en las decisiones tomadas en el marco de una política pública, que como algo real y rastreado»⁵.

³ A. N. ROTH DEUBEL, «Perspectivas teóricas para el análisis de las políticas públicas: ¿de la razón científica al arte retórico?», en *Estudios Políticos*, 2008, núm. 33, p. 78.

⁴ W. PARSONS, *Políticas públicas. Una introducción a la teoría y la práctica del análisis de políticas públicas*, FLACSO - Miño y Dávila Editores, 2007, p. 114.

⁵ J. SUBIRATS/P. KNOEPFEL/C. LARRUE/F. VARONE, *Análisis y gestión de políticas públicas*, Ariel, 2012, p. 44.