

RESUMEN TÉCNICO

Desde la instauración del Estado de derecho liberal, uno de los rasgos principales del derecho moderno ha sido la *centralidad de la ley* como instrumento de configuración del ordenamiento jurídico. Se habla de la ley como fuente de creación del Derecho caracterizada como única, originaria, superior a todas las demás fuentes del ordenamiento jurídico y omnipotente. En definitiva, del «imperio de la ley».

Sin embargo, en los últimos tiempos parecen identificarse una serie de factores que contribuyen a desdibujar esta situación. Aspectos como la evolución de la estructura política de los Estados, la profunda transformación del sistema de fuentes o la influencia del constitucionalismo, entre otros, dan forma a un nuevo fenómeno que ha venido a denominarse «*crisis de la ley*». Esta situación genera una serie de importantes consecuencias: desde el aumento en el número de disposiciones emanadas de los poderes públicos, la conocida como inflación legislativa, hasta significativos problemas de coherencia de las normas, pasando por la pérdida de la generalidad y abstracción propias de la formulación liberal o su creación al margen de los códigos. Estos factores dan lugar a una gran preocupación entre la doctrina jurídica, al constatarse un fenómeno que va mucho más allá del mero desarrollo de un ordenamiento y una sociedad cada vez más complejos, llegando a advertirse sustanciales mermas en la *calidad de la legislación*.

Descrita de tal forma la situación jurídica general, el caso del Derecho penal es sin duda peculiar. Este sector jurídico posee ciertas características que le permiten resistir frente a algunos de los envites del fenómeno de la crisis de la ley. Hablamos de aspectos como el asentamiento en él de ciertos principios garantistas, el profundo calado de la codificación, el monopolio estatal en la producción de normas, el protagonismo de la ley e incluso de fórmulas más estrictas como la ley orgánica, etc.

A pesar de ello, algunos condicionantes de la reciente evolución del Derecho penal y de la política criminal amenazan con modificar la férrea posición de este sector jurídico. Sus *nuevas tendencias*, basadas en formulaciones como la teoría de la sociedad del riesgo o el Derecho penal del enemigo, están generando una expansión del Derecho penal digna de una detenida atención.

Tales planteamientos evidencian que la política criminal actual está siendo espoléada para adoptar un papel protagonista a la hora de dar respuesta a un gran

número de problemas sociales de indudable complejidad. Al mismo tiempo, los planteamientos políticocriminales basados en el modelo garantista están siendo objeto de revisión y sometidos a considerables presiones generadas por intereses muy diversos, cuyas claves no pueden obtenerse desde una estricta perspectiva jurídica.

Ante un panorama semejante, el momento actual se nos antoja el idóneo para profundizar en la elaboración de la política criminal. A pesar de ser un tema escasamente considerado por la doctrina penal, es, a nuestro juicio, imprescindible profundizar en un mayor y mejor conocimiento de los mecanismos de creación y mejora de este ámbito de las políticas públicas, así como contribuir a la creación de las herramientas adecuadas para ello.

Desde nuestro punto de vista, una estrategia adecuada para alcanzar estos objetivos es aquella que se centra en la *toma de decisiones legislativas penales*. Un acercamiento semejante permite una mayor comprensión de los procesos por los que pasan estas decisiones y, además, constituye el ambiente idóneo para la importación de criterios de toma de decisiones desarrollados en otros ámbitos y desconocidos en el entorno jurídico-penal.

El estudio de los procesos de adopción de decisiones es un asunto que ha sido y es objeto de atención por parte de las más variadas disciplinas, desde las matemáticas a la psicología, de manera que se ha de configurar como una línea matriz orientadora de esta materia, centrada en desentrañar cómo se adoptan las decisiones, cuáles son sus condicionantes, qué sujetos intervienen visible o veladamente y de qué manera afecta todo ello a la construcción de las políticas penales.

Como decimos, no debe olvidarse que el estudio de la toma de decisiones legislativas penales es un aspecto tradicionalmente alejado del interés del penalista, en cuya formación la vertiente dogmática acapara todo el protagonismo. Por ello, podríamos decir que el rescate de esta materia retoma la senda de estudio abandonada por los juristas a partir del siglo XIX, para volver a considerar el proceso de creación de normas penales un objeto de análisis de gran importancia y repercusión.

Como ya señalara Laporta:

«Los juristas estamos acostumbrados a concentrar nuestra atención en las normas jurídicas ya promulgadas, pero el problema que nos ocupa hoy exige que nos

preguntemos por algunas cosas más, y entre ellas, naturalmente por el estado actual de la organización, funcionamiento y dotación del poder legislativo (...) no puedo por menos que mencionarlo para animar a juristas y politólogos a que se pregunten sin prejuicios si política, jurídica y técnicamente las Cortes Generales son realmente ese poder legislativo que va a exigir la enigmática realidad del siglo XXI» (Laporta, 2004, p. 81).

En nuestra opinión, para abordar el estudio de la toma de decisiones legislativas penales, debemos tener en cuenta varios posibles focos de atención:

En primer lugar, es necesario tratar el fenómeno de la crisis de la ley y sus implicaciones para el Derecho penal, lo que nos llevará al análisis del modelo de política criminal post-garantista, actualmente ya instaurado en la mayoría de las sociedades occidentales, y a otros fenómenos que afectan a la política criminal como la expansión del derecho internacional penal, el Derecho penal simbólico, el papel de los medios de comunicación, el reflejo de la inflación normativa general en el ámbito penal o el estado de la codificación penal.

Para una mejor comprensión de los múltiples aspectos que surgen del estudio de estos asuntos y su repercusión en la legislación penal el auxilio de la *ciencia de la legislación* es clave, ya que a través de ella se puede adoptar una perspectiva muy distinta de la tradicional dogmática jurídica. Esta disciplina permite perfilar el objeto de estudio y conocer los diferentes acercamientos posibles a él, ya sea desde la teoría, ciencia, técnica, metódica o táctica de la legislación.

Así sentadas las bases de la materia, en segundo lugar ha de procederse a enriquecer el análisis mediante las aportaciones de una serie de saberes colindantes con el mundo jurídico. El primero de ellos es la *teoría de la organización*, a la que unimos, debido al entorno en que se mueven las políticas criminales, los conocimientos de la *ciencia de la administración*. Este sólido punto de apoyo nos permite adoptar una postura científica en el estudio de aquellas organizaciones públicas que poseen un papel primordial en la configuración de nuestra política criminal. Han de analizarse en este ámbito los paradigmas más importantes de ambas materias, sus avances más cercanos a nuestro interés y combinarse para ello las tradiciones norteamericana y europea, fundamentales ambas en el desarrollo y enriquecimiento progresivo de esta materia.

Todo esto nos permite conocer a fondo aspectos relacionados con la estructura organizativa, los procesos utilizados para llevar a cabo su actividad, las fuentes de poder dentro de la organización, las especiales características de la burocracia, las fuentes de conflicto, el papel reservado a los valores y las normas, los mecanismos de control de la organización, etc.

Seguidamente, el estudio de las organizaciones públicas relacionadas con la política criminal desde la teoría de la organización y la ciencia de la administración encontrará un complemento perfecto en una tercera disciplina: *el análisis de políticas públicas*. Se trata de un área de la ciencia política desarrollada durante la segunda mitad del siglo XX que focaliza su atención en el proceso de gestación, implantación y evaluación de las políticas públicas. Desde tal posicionamiento, esta materia ofrece un modelo tipo de análisis que contempla diversas etapas (individualización del problema, definición de alternativas de actuación, toma de decisiones, implantación y evaluación...) así como interesantes teorías sobre redes de actores, acceso de asuntos a la agenda gubernamental, instrumentos de ayuda a la decisión, técnicas de implantación de políticas, sistemas de evaluación, etc.

En tercer lugar, una vez conocido el acercamiento propio de la ciencia de la legislación y el contenido de las materias no jurídicas, todo ello desde una perspectiva teórica al fin y al cabo, se revela indispensable la actualización y profundización de los conocimientos de que disponemos sobre el *proceso real de creación de normas penales*. Se trata de una materia poco estudiada en nuestro país y con considerables «puntos ciegos» sobre los que el conocimiento científico es prácticamente inexistente, por lo que es imperativo la realización de un pormenorizado *análisis descriptivo* de todas las fases por las que transcurre la creación de la política criminal, especialmente de la intervención del Gobierno en la fase prelegislativa y su elaboración de anteproyectos de ley, así en como su posterior debate y aprobación en las cámaras que forman el parlamento.

Proponemos para ello un triple acercamiento que estudia profundamente el papel de los múltiples *actores implicados* en la toma de decisiones de naturaleza penal, la *documentación* requerida durante su tramitación, así como las diferentes *etapas* y su orden durante el desarrollo del proceso. Además, este análisis no ha de conformarse con la búsqueda de las claves de la situación en nuestro país, sino que debe atender también

a la *situación comparada*, por ejemplo a la creación de la legislación penal en *Alemania, Francia, Italia, Estados Unidos y el Reino Unido*, países en los que la atención a los múltiples aspectos de la materia legislativa es diversa y en los que se pueden encontrar elementos de gran interés.

Las numerosas perspectivas estudiadas hasta el momento permiten desmenuzar considerablemente el proceso de creación de la política criminal, de manera que se puede complementar, en cuarto lugar, con el análisis de un modelo prescriptivo en materia legislativa: *el modelo de racionalidad de las decisiones legislativas penales*.

Se trata de una propuesta doctrinal, originalmente desarrollada en la filosofía del Derecho y adaptada posteriormente al Derecho penal, que articula una serie de niveles o categorías mediante las cuales puede comprobarse el grado de racionalidad de una decisión ya tomada, o bien asegurar que una decisión aún en proceso de adopción va cumpliendo los estándares de racionalidad previamente construidos.

Estos niveles de racionalidad son el *ético, teleológico, pragmático, jurídico-formal y lingüístico*. Desde la perspectiva interna de cada uno de ellos se pretende abarcar un ámbito concreto de un concepto tan complejo como es el de racionalidad, alcanzar una descripción precisa de los contenidos pertinentes, también de los improcedentes, así como de las disciplinas que pueden ayudar a ello.

Junto a esto, también se adopta una perspectiva más externa, según la cual el modelo es considerado en su conjunto, centrándose la atención en las relaciones entre los diversos niveles de racionalidad y en un criterio transversal que habrá de respetarse en las interacciones mutuas: el criterio de la eficiencia.

El esquema planteado hasta el momento, permite profundizar en cuatro modelos relacionados en alguna medida con la toma de decisiones en materia políticocriminal: el modelo de análisis de la administración pública, el modelo de análisis de las políticas públicas, el modelo descriptivo del proceso legislativo comparado y el modelo de racionalidad de las leyes penales. Sin embargo estos modelos no están preparados para colaborar mutuamente, más bien al contrario, han sido creados y desarrollados como modelos autónomos y únicos en la explicación de ámbitos parciales referidos a la toma de decisiones.

Precisamente en tal desconexión reside gran parte de la dificultad en el abordaje de la fase final que ha de ocupar a los estudiosos de esta materia, en la que se han de volcar todos esos conocimientos en un *nuevo modelo de creación de políticas penales*.

Para ello, en primer lugar es imprescindible tomar como referencia el modelo actualmente existente para la elaboración de leyes penales, asegurando así el realismo de las propuestas, y, en segundo término, desplazar el objeto de atención de las leyes penales a las *políticas penales*, buscando la creación de un modelo omnicomprensivo con aspectos como la pluridisciplinariedad y la coordinación como rasgos esenciales.

Mediante este modelo se pretendería ofrecer una estructura básica sobre la que construir un proceso de toma de decisiones políticocriminales en el que la *racionalidad* ocupara un lugar de gran importancia. Dicho modelo, además, poseería unas características impensables desde una perspectiva estrictamente jurídica pero que, sin embargo, resultan fundamentales para comprender en toda su complejidad la creación de la política criminal del siglo XXI.