

Un modelo dinámico de legislación penal

José Luis Díez Ripollés
Catedrático de Derecho Penal Universidad de Málaga

(p. 291) 1. Introducción

La escasa atención que se presta a la problemática relacionada con la creación del derecho en el ámbito de la investigación jurídica es una idea cada vez más repetida¹, sin que ello haya originado, sin embargo, un desplazamiento significativo del interés académico, que sigue centrado en el estudio de la aplicación judicial del Derecho.

Es sabido que no siempre las cosas fueron así. Basta para comprobarlo con contrastar el período codificador decimonónico, en el que la preocupación fundamental de los juristas residía en la elaboración de un cuerpo racional de leyes, con la tendencia predominante durante la mayor parte del siglo XX, encaminada a asegurar una interpretación racional de las leyes mediante la construcción de elaboradas categorías conceptuales y modos de argumentación². Incluso se reitera una idea, según la cual no todas las tradiciones jurídicas han procedido al mismo grado de abandono de la antes llamada ciencia de la legislación, que habría sido especialmente acusado en la tradición jurídica continental a diferencia del derecho común anglosajón³.

En el contexto del derecho penal la necesidad de reorientar nuestra atención hacia la legislación es especialmente urgente: Ante todo porque, como he tenido ocasión de describir en otros lugares⁴, la ley penal ha acumulado recientemente unas funciones sociales significativamente distintas a las que le eran tradicionales, entre las (p. 292) que se pueden citar la asunción por el Código penal, a falta de mejores alternativas, del papel de código moral de la sociedad, su protagonismo en la progresiva juridificación de cualesquiera conflictos o dilemas valorativos sociales, o su utilización con fines meramente simbólicos. En segundo lugar, y en estrecha relación con lo anterior, por la intensa implicación de la ciudadanía, directamente o mediante los medios de comunicación, en los debates sobre la configuración de la mayor parte de las leyes penales: Sin ignorar la positiva consecuencia de reforzamiento de la sociedad democrática que ese fenómeno posee, trasluce igualmente una progresiva desconfianza de la opinión pública y la sociedad en general en los cuerpos expertos de justicia; tendremos ocasión de ver la trascendencia que ello posee. En tercer lugar, por qué no decirlo, más de cien años de rigurosa profundización en los parámetros que deben regir la exigencia de responsabilidad penal ante los tribunales han permitido alcanzar el nivel del escolasticismo, esto es, aquel en el que los nuevos y a veces refinados progresos conceptuales no rinden una mínima utilidad en la aplicación judicial; en desconcertante contraposición, el campo de la creación de las leyes que luego se han de interpretar se ha permitido que quedara en manos de la improvisación y el oportunismo social y político.

¹ Véanse a título de ejemplo, entre muchos otros, con diferentes orientaciones metodológicas, ATIENZA, 9, 25; CALSAMIGLIA, 161-162, 176-178; CUERDA RIEZU, 73 SS.; DIEZ RIPOLLÉS (1997), 13-15; FERRAJOLI, 962-963; V HIRSCH, 161-163; LARRAURI PIJOAN, 95; MARCILLA CORDOBA(2000), 93-95, 100-101; SALVADOR CODERCH (1982), 79-80; ZAPATERO GOMEZ, 769-770; las diversas aportaciones en las obras colectivas de GRETEL, CORONA-PAU-TUDELA (coords.) y CARBONELL-PEDROZA (coords.), entre otras. Véase, sin embargo, una visión escéptica al respecto en LUHMANN, 327-328.

² De hecho, ese cambio de enfoque se vive en ciertos ámbitos filosóficojurídicos como algo todavía pertinente, y que incluso debe ser objeto de profundización, teniendo que ver con una cierta crisis de la ley acompañada de una revalorización de la actividad judicial. Véase, por ejemplo, PRIETO SANCHIZ, 5-45, 61-66. En un sentido más amplio, coloca en el centro del sistema jurídico a la actividad judicial, y en la periferia al legislador, LUHMANN, 320-328. Sobre las causas del predominio de la aplicación sobre la creación del derecho no vamos a ocuparnos ahora, aunque espero hacerlo en un próximo trabajo.

³ Aluden a esas diferencias de atención, ATIENZA, 95; SALVADOR CODERCH (1989), 11-14; ZAPATERO GOMEZ, 771.

⁴ Véase DIEZ RIPOLLÉS (1998), 48-51; del mismo (2001), 1-3.

El objetivo inmediato residiría en poner a punto un modelo de legislación que, entendiendo a ésta como un proceso de decisión, la aproxime lo más posible a la teoría de la decisión racional⁵. Se han ofertado diversos modelos de legislación racional en la doctrina jurídica. El que aquí se va a adoptar está claramente inspirado en el propuesto por ATIENZA, que se reclama a su vez, al menos en su aspecto dinámico, deudor de los de otros autores⁶.

Este modelo estaría integrado por dos planos superpuestos. El primero, dinámico u operacional, debería ser capaz de describir y analizar críticamente el concreto funcionamiento del proceder legislativo: tras una previa identificación de las diferentes fases y subfases en que éste tiene lugar y sus respectivos límites, habría de prestar especial atención a las actividades desarrolladas en cada una de ellas, así como a los agentes sociales que las impulsan, detectando las quebras discursivas o condicionamientos que dan lugar a distorsiones importantes. El segundo, prescriptivo, debe establecer los contenidos de racionalidad que han de ser tenidos necesariamente en cuenta en todo proceder legislativo: tras la selección de los diversos criterios de racionalidad a considerar, y una vez establecida su secuenciación e interrelación, deberá asegurar su puesta en práctica mediante su desagregación en principios o reglas más específicos y susceptibles de utilización en la actual realidad legiferante, así como distribuirlos adecuadamente a lo largo de las diversas (p. 293) fases operativas, estando, así, en condiciones de identificar violaciones de tales exigencias de racionalidad.

Objetivo último sería estar en condiciones de ejercer un control de legitimidad de las decisiones legislativas penales⁷. Control que no debiera limitarse a la verificación del cumplimiento de las formalidades competenciales y secuenciales previstas para la elaboración legislativa en la Constitución, las leyes pertenecientes al bloque de constitucionalidad o las prácticas sociales consolidadas, sino que debería comprobar si se han respetado a lo largo de todo el proceso en una medida aceptable los parámetros de racionalidad exigibles. La conclusión de todo ello debiera ser el desarrollo, o eventualmente la profundización, en nuestro ordenamiento jurídico, de vías que permitieran declarar la invalidez de toda decisión legislativa adoptada sin respetar tales requisitos. Ciertamente, resulta incongruente que el control decisional haya quedado confinado al ámbito de la aplicación del Derecho, mientras que su proceso de creación haya conseguido eludir hasta el momento cualquier control material, y aun formal, digno de mención⁸.

Estimo que una adecuada profundización en el modelo legislativo anticipado obliga a comenzar por el plano dinámico u operacional. Aunque es comprensible la tendencia de la doctrina jurídica a prestar

⁵ Del alejamiento del actual proceder legislativo de tal modelo de decisión racional se hacen eco, entre otros, ATIENZA, 71; FLOERECHE, 354-355. A lo utópico que resulta pensar en una legislación perfectamente racional alude FERRAJOLI, 963.

⁶ Véase ATIENZA, 27-28, 57-58, 64-71, quien cita respecto a lo aludido en texto a Noll, Wroblewsky y, en especial, Losano. Se basan en el modelo de ATIENZA, entre otros, CALSAMIGLIA, 162, 174, si bien lamentando el estado embrionario de los modelos existentes; la mayor parte de los autores participantes en la obra colectiva editada por CARBONELL-PEDROZA DE LA LLAVE, Elementos de técnica legislativa, en especial MARCILLA CORDOBA y AGUILÓ REGLA.

Descartamos, en consecuencia, otros modelos que estimo menos elaborados, como los de FLOERECHE, 68-73, HASSEMER-STEINERT-TREIBER, 13-14, AMELUNG, 24-32, ZAPATERO GOMEZ, 785-788 u OSES ABANDO, 284.

⁷ ZAPATERO GOMEZ, 777-785, por el contrario, estima principales objetivos del fomento De los estudios de legislación el resaltar la primacía de la ley en el operar jurídico y la revalorización de la interpretación subjetiva de la ley. A su vez, CUERDA RIEZU, 77-97, 115-116, con acertadas referencias a la relevancia de la interpretación subjetiva, parece vincular la urgencia de emprender estudios sobre la legislación penal a la obtención de una dogmática con mayor capacidad de análisis del derecho vigente. A mi juicio, si el primer objetivo de Zapatero trasciende a una teoría de la legislación, el segundo objetivo de Zapatero y el que, en estrecha conexión con éste, asume Cuerda implica implícitamente renunciar a la creación de una legislación racional y conformarse con un análisis descriptivo de ésta.

⁸ Véase también MARCILLA CORDOBA, 100-101. La incongruencia se acentúa si se piensa que el control decisional material es claramente superior en las disposiciones reglamentarias de carácter general que en las leyes formales, de lo que es un buen ejemplo, entre otros, la Ley del Gobierno de 27 de noviembre de 1997 en sus artículos 22 y 24. Ello permite la paradoja de que una vía para eludir ciertos controles materiales decisionales sobre reglamentos sea elevando el nivel de la norma al rango de ley. Sobre lo anterior, así como sobre la improcedente crítica de que ello supondría afectar al principio de la soberanía popular, véase DIEZ RIPOLLÉS (1997), 14-15.

más atención al plano prescriptivo⁹, en el que se desenvuelve más cómodamente -en cuanto que el enfoque jurídico, sin poseer la exclusiva, tiene una presencia dominante-, resulta difícil determinar y desarrollar los contenidos de la racionalidad legislativa sin saber con cierta precisión en qué contexto social se han de activar, con qué dificultades prácticas va a tropezar su implementación, y qué momentos son los decisivos para asegurar la debida consideración de cada una de esas racionalidades y sus elementos constitutivos. Ello explica que el presente trabajo se vaya a centrar en el primero de los planos aludidos, dejando para el futuro un análisis del plano prescriptivo así como de los mecanismos de control de la validez legislativa.

Antes de exponer el modelo dinámico que propongo, he de hacer algunas aclaraciones metodológicas: el modelo se ha formulado teniendo a la vista el decurso de la legislación penal, por lo que no pretende generalizarse a los procedimientos legislativos (p. 294) de otras ramas del Derecho, aunque pienso que, en mayor o menor medida, puede serles también de utilidad. Por otro lado, no aspira a ser un modelo aplicable exclusivamente a la realidad politicocriminal española; aunque ciertamente se ha estructurado en torno a ella, he procurado tener en cuenta rasgos comunes a las sociedades democráticas avanzadas occidentales. En tercer lugar, se ha centrado en un cierto tipo de legislación penal, aquella que es capaz de suscitar la atención de amplios sectores sociales; aunque el interés social por los temas penales no deja de crecer y extenderse a cada vez más asuntos, restan sin duda ciertos ámbitos que se desenvuelven en gran medida en un plano mayoritariamente técnico; con todo, pienso que el modelo, con algunas acomodaciones que indicaré en su lugar, es en buena parte aplicable también a esa legislación¹⁰. Finalmente, lo que ofrezco a continuación es simplemente una hipótesis de la dinámica legislativa penal que, aunque apoyada a mi juicio en abundantes datos y argumentos, debería ser sometida a verificación empírico-social y completada en muy diversos aspectos.

2. Las fases del proceder legislativo

Un adecuado reflejo de la dinámica legislativa penal exige un modelo que, como ya ha sido propuesto por otros autores, se estructure en tres fases, que podemos denominar prelegislativa, legislativa y postlegislativa¹¹, que tendrían lugar sucesiva y circularmente en el tiempo.

La fase prelegislativa se iniciaría en cuanto se problematiza socialmente una falta de relación entre una realidad social o económica y su correspondiente respuesta jurídica, y concluiría con la presentación de un proyecto o proposición de ley ante las Cortes¹². La fase legislativa comenzaría con la recepción en las Cortes de la propuesta legislativa, y tendría su fin con la aprobación y publicación de la ley. Por último, la fase postlegislativa arrancarían con la publicación de la ley y terminaría, cerrando el círculo, con el cuestionamiento por la sociedad en general, o por grupos relevantes de ella, de que la ley guarde una adecuada relación con la realidad social y económica que pretende regular.

Aunque estructuralmente la fase legislativa constituiría el núcleo del proceso, ya que es en ella propiamente donde se toma la decisión legal, mientras que las otras fases se limitan a preparar o evaluar el proceso decisonal, tendremos ocasión de ver

⁹ Véase, por ejemplo, ATIENZA, 27 ss., con una actitud que ha sido seguida por la gran mayoría de los que se han ocupado recientemente de la ciencia de la legislación. Véase una actitud más próxima a la aquí defendida, en AMELUNG, 47.

¹⁰ Véase el apartado 3.4.3. Sin consideración, sin embargo, queda la dinámica ocasionada por leyes penales que traen causa de decisiones provenientes de la Unión Europea o convenios internacionales, supuesto cada vez más frecuente, pero que estimo exige un modelo específico, que atienda debidamente a la dinámica supranacional; modelo, por lo demás, urgente, dados los importantes déficits de racionalidad que tales iniciativas legislativas suelen comportar en el ámbito político-criminal.

¹¹ Véanse ATIENZA, 68-71; RODRÍGUEZ MONDRAGÓN, 85-89; SOTO NAVARRO, 193-195, por más que esta autora sustituye el término «legislativa» parlamentaria», decisión que no comparto pues deja fuera supuestos de legislación directa, sin intermediación del parlamento, por iniciativa popular, posible en ciertos ordenamientos. Una estructura distinta, aunque cercana, en ZAPATERO GÓMEZ, 785-788. El modelo de FLOERECHE, 68-73, sin embargo, no identifica debidamente las tres fases del proceder legislativo, mezcla inadecuadamente la última etapa de la fase prelegislativa con la fase legislativa, y no diferencia los elementos operacionales de los prescriptivos.

¹² Más raramente con una iniciativa legislativa popular.

(p. 295) que resulta equivocado subestimar la relevancia operativa de las restantes fases, singularmente la prelegislativa¹³.

Por otra parte, las tres fases se encuentran en un contexto de retroalimentación que supera ampliamente la ya derivada de su circularidad: así, la fase prelegislativa no sólo condicionará por lo general de modo decisivo el desarrollo de la legislativa, sino que predeterminará los aspectos en los que se habrá de poner el énfasis en la fase postlegislativa¹⁴. A su vez, la fase legislativa, además de marcar la pauta de los análisis postlegislativos, puede llevar a modificar en el futuro parte de los modos operativos de los agentes sociales determinantes de las diferentes etapas prelegislativas¹⁵. Y una fase postlegislativa seriamente desenvuelta suministrará información decisiva para eventualmente iniciar una nueva fase prelegislativa, pero también obligará a la fase legislativa a acomodarse a la rendición de cuentas a la que se le va a someter¹⁶.

3. La fase prelegislativa

Tomando como referencia una propuesta de SCHNEIDER¹⁷, esta fase constituye un proceso sociológico complejo constituido por cinco etapas sucesivas, que enseguida paso a analizar.

Pero antes me gustaría atraer la atención del lector sobre la variación que experimentan en cada una de esas etapas dos variables especialmente significativas, los agentes sociales predominantes y el grado de institucionalización de la etapa correspondiente¹⁸. En efecto, si en la primera etapa los agentes sociales son grupos sociales muy diversos, este papel lo pasa a ocupar luego la ciudadanía en general o amplias capas de ella, a la que relevan los medios de comunicación, los cuales ceden generalmente el testigo a grupos de presión, normalmente expertos, concluyendo esta fase en manos de las burocracias gubernamentales o partidistas. Del mismo modo, mientras la primera y segunda etapa son procesos espontáneos, sin institucionalización aunque susceptibles de ser provocados institucionalmente, en la tercera se aprecia un conjunto de actividades muy consolidadas aunque no institucionalizadas, en la cuarta los comportamientos están parcialmente condicionados por las instituciones, y en la última etapa éstas ya han tomado el control del proceso.

(p. 296) 3.1. Una acreditada disfunción social

El proceso sociológico desencadenante de una decisión legislativa penal se inicia con el éxito de un agente social en hacer creíble la existencia de una disfunción social necesitada de algún tipo de intervención penal. Por tal disfunción social se ha de entender, en términos generales, una falta de relación entre una determinada situación social o económica y la respuesta o falta de respuesta que a ella da el subsistema jurídico, en este caso el Derecho penal¹⁹.

¹³ ATIENZA, 68-70, sin embargo, pone especial énfasis en la fase legislativa estimando que en ocasiones las otras pueden no existir o carecer de importancia. Véase más adelante el excurso sobre las leyes especialmente técnicas, que son las que pueden plantear más claramente los fenómenos que señala ATIENZA.

¹⁴ Piénsese en ciertas necesidades u objetivos que el conjunto de la sociedad tiene muy claro que deben satisfacerse por la ley, y que persisten de forma, en buena medida, autónoma de los objetivos parlamentariamente asignados a la ley.

¹⁵ Por ejemplo, una prestación legislativa que no satisfaga las demandas derivadas de agentes sociales significativos de la fase prelegislativa puede activar iniciativas legislativas populares extraparlamentarias en los ordenamientos jurídicos que es posible o, donde ello no sea posible, una deslegitimación de la futura actividad legislativa.

¹⁶ Alude también a la interrelación entre las diferentes fases, ATIENZA, 68.

¹⁷ Véase SCHNEIDER, 792-793.

¹⁸ Por grado de institucionalización entiendo la medida en que determinadas actividades se desenvuelven dentro de las rutinas de organismos estructurantes de la organización sociopolítica, tales como la administración pública en sus diferentes variantes, partidos políticos, sindicatos, colegios profesionales, etc.

¹⁹ Véanse en sentido muy semejante, SCHNEIDER, 793; FLOERECHE, 70.

Pendiente de desarrollo queda el análisis de los mecanismos sociales que vinculan un desajuste social con una intervención jurídica, y más en concreto con una jurídico-penal, análisis que aquí no estamos en condiciones de hacer y que, evidentemente, es distinto del habitual enfoque prescriptivo sobre el tema.

Para lograr tal éxito ese agente social deberá aportar datos, reales o ficticios, que permitan sentar las bases de una discusión al respecto, y estar además en condiciones de suscitar esa discusión en ámbitos comunicacionales relevantes en la sociedad. Por lo demás, el planteamiento de esa disfunción social se mueve todavía en un apreciable nivel de indefinición²⁰, de ahí que no se pueda hablar aún de un problema social, lo que exigiría una delimitación conceptual y una involucración emocional de la ciudadanía, que todavía no se han alcanzado²¹.

Los agentes sociales que pueden poner en marcha el proceso son muy plurales: pueden ser fuerzas políticas, sociales o económicas institucionalizadas, como el gobierno, los partidos políticos, sindicatos, asociaciones empresariales, corporativas o profesionales, confesiones religiosas oficiales o semioficiales, etc. También grupos sociales organizados pero no institucionalizados²², como asociaciones medioambientales, feministas, pacifistas, religiosas, culturales, científicas, de opinión, de víctimas o de impulso de cualesquiera intereses. O personas aisladas, como ensayistas, científicos, víctimas prominentes. Y desde luego los propios medios de comunicación. El único requisito exigido es que sean capaces de aportar credibilidad a sus apreciaciones en el sentido antes indicado.

La disfunción social puede ser, en sus presupuestos fácticos, real o aparente, cualidad esta última de la que los agentes sociales activadores del proceso pueden no ser conscientes, serlo o justamente estar movidos por la intención de hacer pasar por real una disfunción aparente. La frecuencia con que en el ámbito politicocriminal se trabaja con disfunciones sociales aparentes, esto es, con representaciones de la realidad social desacreditadas por los datos empírico-sociales, no debería subestimarse²³.

(p. 297) La obtención de la credibilidad imprescindible para hacer un hueco a esa disfunción social en el debate colectivo no depende exclusivamente de las habilidades del agente social impulsor, sino asimismo de ciertas cualidades inherentes a esa disfunción, de las que se puede aprovechar el agente correspondiente.

En primer lugar, tal desajuste social debe tener características susceptibles de despertar atención social. Ésta es un bien socialmente escaso, tanto en cuanto al número de asuntos como a la persistencia de ellos. Se han identificado ciertas cualidades de los asuntos sociales que originan efectos distintos: 1. Los asuntos remotos, irresolubles o incomprensibles terminan produciendo desinterés. 2. Los que tienen componentes dramáticos despiertan y mantienen fácilmente la atención: el dramatismo se concreta en la puesta en juego inmediata de intereses considerados vitales; este factor explica en gran medida la continua presencia en el debate social de disfunciones sociales afectantes a la criminalidad, o al menos a cierto tipo de ella. 3. Los asuntos sociales vinculados a la experiencia directa de la mayoría de los ciudadanos poseen un grado de atención intenso y persistente; sin embargo, esa consistencia puede perderse si se empiezan a ver como irresolubles, pudiéndose compensar la frustración mediante el desplazamiento de la atención hacia asuntos de los que no se posee experiencia directa y de los que, precisamente por ello, puede ofrecerse una

²⁰ Aunque no tanta como para que resulte incapaz de suscitar la discusión social.

²¹ Estos dos rasgos varían en los supuestos de legislación muy técnica, como tendremos ocasión de ver.

²² Prefiero esta terminología a la de «emprendedores morales», últimamente tan en boga, pero que conlleva implícitamente una actitud prejuiciosa frente a ciertos grupos sociales de presión a favor de otros. Sobre su origen, véase HASSEMER-STEINERT-TREIBER, 24.

²³ SCHNEIDER, 793, 794-797 aporta, entre otros interesantes ejemplos históricos de disfunciones sociales reales, que dieron lugar a significativas modificaciones legislativas penales, las diferentes fases en la punición del vagabundeo que tuvieron lugar en la Baja Edad Media y en la Edad Moderna inglesas, estudiadas por Chambliss en 1964, o el surgimiento del delito de apropiación indebida en la Inglaterra del siglo XVIII, analizado por Hall en 1952. Como caso de disfunción social aparente, especialmente útil para desarrollar ciertos programas de acción políticos, y también activadora de reformas penales, cita aquella que dio lugar a la legislación prohibicionista estadounidense sobre producción, comercio y consumo de alcohol --«ley seca»- de los años veinte del siglo XX, estudiada por Sinclair en 1962. En esta última rúbrica resulta fácil de encuadrar igualmente la disfunción social, inicialmente cuando menos sobrevalorada y posteriormente retroalimentada por las propias decisiones legislativas penales, que ha originado la política criminal sobre drogas, con tan dramáticas consecuencias durante todo el siglo XX en Estados Unidos y durante las últimas décadas del siglo en la mayor parte del planeta; véase al respecto ESCOHOTADO, tomo 2, 154 ss., tomo 3, 9 ss. Véanse referencias a ulteriores ejemplos en HASSEMER-STEINERT-TREIBER, 24, 28-29, 31-33.

descripción convincente de sus causas y remedios no accesible a la falsación empírica por el conjunto de la sociedad²⁴.

En segundo lugar, amplios o relevantes sectores sociales deben considerar de utilidad el planteamiento de esa disfunción social. La utilidad percibida por la sociedad estará, por lo general, conectada a la resolución de los efectos negativos causados por la disfunción social, sean éstos materiales, expresivos o integradores²⁵. Esta utilidad, imprescindible para obtener la credibilidad social, puede diferir notablemente de los intereses que persigan los agentes sociales impulsores del proceso²⁶.

Acreditada la disfunción social en el sentido indicado, esta primera fase concluye con la inclusión en la agenda temática social del desajuste colectivo identificado, y la apertura de la posibilidad de que el subsistema jurídico-penal tenga que modificarse para adaptarse a la nueva realidad socioeconómica.

3.2. Un malestar social

Tras su inclusión en la agenda temática social, es preciso que el conocimiento de esa disfunción social se disemine de manera generalizada en la sociedad, acompañado (p. 298) de dos características. La primera es su estabilización cognitiva, es decir, una cierta resistencia a desaparecer de la agenda social. La segunda es su capacidad de involucración emocional de la población.

A la hora de consolidar esa difusa percepción social emocionalmente cargada hay una serie de variables sociales que juegan un importante papel, y que han sido tratadas hasta hace poco por la criminología bajo el término general de «miedo al delito». El término, sin embargo, se ha mostrado recientemente como especialmente confuso y desorientador, tanto conceptual como metodológicamente, ya que tras él se esconden, al menos, cuatro ideas distintas, con diferente importancia en el tema que nos ocupa: la estimación del riesgo de sufrir un delito, el miedo de sufrir un delito, la preocupación sobre los niveles de delincuencia, y las modificaciones conductuales adoptadas para no sufrir un delito²⁷. A nosotros nos interesa especialmente la preocupación por la delincuencia y, en menor medida, las restantes, particularmente el miedo al delito propiamente dicho²⁸.

La preocupación por el delito o la delincuencia está muy vinculada a lo que se suelen llamar las actitudes punitivas presentes en una determinada sociedad, que expresarían los puntos de vista de los miembros de la sociedad sobre los contornos y grado de intervención penal que consideran necesario²⁹. Se diferenciaría de la punición objetiva, que registraría la efectiva amplitud e intensidad de la intervención penal en cierta sociedad³⁰, así como de las teorizaciones sobre el progresivo

²⁴ Véase ampliamente sobre esta caracterización de los asuntos sociales, EDELMAN, 12-36, en especial 27-34.

²⁵ Sobre estas diferencias conceptuales, véase DIEZ RIPOLLÉS (2001), 5-6.

²⁶ Véase un interesante análisis de los intereses que realmente pueden impulsar a los poderes y fuerzas políticos, en EDELMAN, *ibidem*. También FLOERECHE, 70.

²⁷ Por si fuera poco, cada una de estas magnitudes puede, a su vez, adquirir configuraciones distintas según vaya referida a uno mismo o a terceras personas. Véanse sobre estos problemas conceptuales y metodológicos, entre otros, HALE, 84-94; SKOGAN, 131-139; BILSKY, 315-318; KILLIAS, 399-400, 415-417.

²⁸ De todas formas, la confusión conceptual y metodológica aludida hace que no siempre puedan diferenciarse adecuadamente los resultados relativos a cada una de las ideas o magnitudes aludidas. Véase un ejemplo claro de la confusión de planos en RUIDIAZ GARCÍA (1977), 12-18, 25, 32, 59-60.

A los problemas anteriores se añade uno más, el de que las investigaciones criminológicas se han centrado en el delito callejero o residencial, dejando fuera de consideración los delitos contra bienes jurídicos colectivos, así como buena parte de los referidos a bienes jurídicos individuales que no impliquen violencia, intimidación, prevalimiento o engaño. Es obvio que resulta urgente realizar progresos empíricos en este campo, por más que no se puede ignorar la mayor potencialidad generadora de miedo, en sentido amplio, de los delitos habitualmente estudiados. Eso lo han puesto de manifiesto ZIMRING-HAWKINS, 8-13, 211-214, respecto a los delitos violentos.

²⁹ Una expresión más precisa pero también más abstrusa sería la de «predisposición punitiva subjetiva». En inglés *subjective punitiveness*, en francés *punitivité subjective*.

³⁰ También más precisamente la «orientación punitiva objetiva», *objective punitiveness* (ingl.), *punitivité objective* (fr.). Véase, especialmente, KILLIAS, 368, 415-416.

arraigo de sentimientos de inseguridad en la sociedad moderna³¹. Tal preocupación o actitudes constituyen un reconocido parámetro de las opiniones político-criminales de una sociedad, y se configuran como un juicio de valor, apoyado predominantemente en componentes cognitivos, pero sin dejar de estar presentes secundariamente aspectos emocionales³².

(p. 299) Una de sus características más significativas es el ser muy volátil, con poca estabilidad y bastante influenciabilidad, algo muy importante si se piensa en su relevancia en esta etapa prelegislativa³³. Por otro lado, .se desenvuelve de acuerdo a ciertas variables sociodemográficas: tiene una directa relación con el género femenino, el incremento de edad y la tendencia política conservadora. Tiene una relación inversa con el grado de formación. El nivel de ingresos de la persona presenta una relación directa poco relevante, salvo la notable acentuación de tal relación que se produce si el nivel de ingresos va acompañado de un escaso grado de formación³⁴.

Junto a las precedentes variables sociodemográficas, hay otras variables de importancia. La existencia de una victimización previa muestra una relación ambivalente: si un análisis global impide establecer relaciones firmes entre la preocupación social por la delincuencia y el hecho de haber sido victimizado, parece que existe una relación directa si se ha sido víctima de un delito que implique acometimiento personal, mientras que la relación es nula o incluso inversa si se ha sido víctima de un delito patrimonial sin acometimiento personal efectivo o posible³⁵. Por otro lado, se da una directa relación entre actitudes punitivas elevadas y el contacto con medios de comunicación que prestan especial atención a la delincuencia, en especial si realizan un trato sensacionalista de ella y preconizan la dureza frente al crimen³⁶. Asimismo, hay una directa relación entre la punición objetiva y las actitudes punitivas, de forma que cuanto más amplia e intensa sea la intervención penal real en una sociedad mayor será también la predisposición social a incrementar la intervención: con esta significativa relación, que termina potenciando las diferencias nacionales inicialmente existentes, podríamos estar ante una inesperada confirmación de la función promotora o troqueladora del Derecho penal³⁷.

Tampoco podemos dejar de considerar el miedo al delito propiamente dicho, entendido como una emoción ligada al riesgo de ser objeto uno mismo u otros de un delito, dada su significación en el tema que nos ocupa: está bien establecido que su existencia incrementa las actitudes punitivas, en especial mediante el rechazo de políticas penales liberales, fomenta el desarrollo de tendencias deslegitimadoras del sistema de justicia penal, e incrementa de hecho la criminalidad al favorecer el abandono de los lugares públicos³⁸.

³¹ Que se mueven en el aún más impreciso ámbito de las actitudes sociales generales, por más que puedan estar en el trasfondo de las concretas actitudes punitivas. Véase ese concepto, entre otros, en SILVA SÁNCHEZ, 24-30.

³² Se diferenciaría del miedo, por el componente básicamente emocional de éste; de la estimación del riesgo, por ser éste un mero juicio cognitivo; de las modificaciones conductuales, por constituir éstas una reacción instrumental al riesgo percibido y, eventualmente, al miedo. Véanse distinciones próximas en autores citados en nota 27.

³³ A diferencia de lo que sucede con el miedo propiamente dicho. Véase KILLIAS, 416-4 24.

³⁴ Con todo, no faltan ocasionalmente dudas - respecto a la relación directa del sexo femenino o de la edad. Véanse KILLIAS, 417-420; SKOGAN, 139; RUIDÍAZ GARCÍA (1994), 233-234; GARRIDO-STANGELAND-REDONDO, 146-148.

³⁵ Se percibe que en estos casos la preocupación se confina en el resarcimiento económico. Véase KILLIAS, 422-424.

De todos modos, habría que verificar la hipótesis de si el reciente fenómeno de agrupación de las víctimas y su configuración como grupo de presión se limita a reforzar las actitudes punitivas respecto a los delitos personalísimos o si extiende esa actitud a otros delitos.

³⁶ Aunque persisten dudas respecto a qué es causa y qué efecto, la relación entre estas dos variables es mucho más estrecha que la que se da con el miedo (vid. infra). Véanse KILLIAS, 421-422, 424; SKOGAN, 139; GARLAND, 146, 157-158, matizadamente. En sentido contrario, RUIDÍAZ GARCÍA (1992), 938.

³⁷ Aunque de nuevo aquí se tienen dudas respecto a qué sea causa y qué efecto. Véase KILLIAS, 368370, 384-387, 417. En cualquier caso, eso podría explicar en parte las dificultades que se aprecian para rebajar las demandas punitivas cuando las tasas de criminalidad descienden. Véase una alusión al fenómeno en Estados Unidos y Reino Unido, en GARLAND, 163-164.

³⁸ Véanse HALE, 82-84; TORRENTE ROBLES, 147.

(p. 300) Entre los factores que lo determinan figura en primer lugar el sentimiento de vulnerabilidad³⁹, que se desenvuelve sobre todo de acuerdo a tres variables sociodemográficas: el género femenino, que se ha mostrado como el mejor y más consistente predictor del miedo⁴⁰, el incremento de edad⁴¹, y condiciones socioeconómicas como los bajos ingresos, la escasa formación y la pertenencia a minorías⁴².

La victimización previa es el segundo factor a tener en cuenta: ahora bien, la victimización directa, sufrida por uno mismo, origina más modificaciones conductuales pero no necesariamente más miedo⁴³; es la victimización indirecta o vicaria, ligada a la que sufren otras personas, la que constituye un fuerte predictor del miedo. Es sabido hace tiempo que hay mucha más gente con miedo que personas victimizadas, y parece que el suceso padecido por otros tiende a excitar la imaginación sin que origine la necesidad de adoptar medidas realistas encaminadas a evitar el riesgo propio, que introducirían racionalidad en el análisis. De todos modos, en la activación de ese miedo constituyen un factor importante ciertos aspectos: la correlación es fuerte si se conoce a la persona victimizada o ésta pertenece a la vecindad o barrio⁴⁴. Los medios tienen una influencia ambivalente: quien no está en contacto con ellos muestra menos miedo que quien sí lo está; si el suceso delictivo se encuadra en noticias locales suscita más miedo que si pertenece a noticias nacionales o internacionales, supuestos estos últimos que incluso pueden crear un sentimiento de seguridad respecto al propio entorno⁴⁵.

Junto a estos dos factores se suele aludir uno medioambiental: la residencia en un barrio desorganizado, con poca integración social, incrementa, racionalmente, el miedo, en especial si se percibe la falta de autoridad para impedir tales conductas⁴⁶. En ocasiones se introduce también un cuarto conjunto de factores psicologicosociales⁴⁷. Pues bien, esta etapa prelegislativa concluye cuando una apreciable insatisfacción social en relación a la ausencia, presencia o modo de una intervención penal se estabiliza de manera generalizada. La insatisfacción se verá potenciada si está cargada emocionalmente, en particular si esa emoción toma la forma de miedo al delito.

(p. 301) 3.3. Una opinión pública

El malestar social existente precisa concretarse a través de un proceso comunicativo de intercambio de opiniones e impresiones, proceso que, por un lado, reforzará la visibilidad social del desajuste social y del malestar que éste crea y, por otro, otorgará a esa disfunción social la sustantividad y autonomía precisas para que se considere un auténtico problema social.

En temas que ya arrastran, como hemos visto, una amplia atención y preocupación sociales son instrumentos imprescindibles de tal proceso comunicativo los medios de comunicación social. Va a ser en su ámbito donde tendrá lugar la relevante identificación del problema social a resolver⁴⁸, y van

³⁹ Éste aparece conectado a la percepción por el sujeto de la concurrencia de tres elementos: exposición significativa al riesgo, pérdida de control de la situación y anticipación de consecuencias graves derivadas del delito. Véanse KILLIAS, 407-411; HALE, 95-96.

⁴⁰ Por más que las mujeres presentan, paradójicamente, un riesgo de victimización claramente inferior al de los hombres. La paradoja se ha querido resolver de diversas formas: enfoques feministas explican que lo que sucede es que la ausencia de miedo masculina es irracional. Otras veces se ha puesto de relieve la alta cifra de victimización femenina oculta, acentuada aun más por su menor exposición al riesgo. Finalmente, se ha querido explicar por la diferente socialización de hombres y mujeres.

⁴¹ Variable ésta muy cuestionada en la actualidad, siendo uno de los puntos donde se concentran las críticas respecto a la confusión conceptual y metodológica a la hora de medir el miedo.

⁴² Variable que se considera la más coherente con la realidad de la delincuencia, la más racional por tanto. Sobre las variables sociodemográficas, véanse HALE, 96-103; KILLIAS, 403-404; SKOGAN, 137-138; BILSKY, 322-325; TORRENTE ROBLES, 150.

⁴³ Algunas investigaciones aisladas cuestionan esto. Véanse, sobre este factor, HALE, 103-108; KILLIAS, 402-403; BILSKY, 325-326; TORRENTE ROBLES, 148, 152.

⁴⁴ Más aún si la víctima muestra semejanzas personales o ambientales con el sujeto, o si se obtiene la información directamente de la víctima o mediante chismorreo.

⁴⁵ Véanse HALE, 109-112; KILLIAS, 405-407; TORRENTE ROBLES, 149-150.

⁴⁶ Se destaca que pintadas, gamberradas, destrozos de mobiliario urbano son tan eficaces como el propio delito a la hora de crear miedo.

⁴⁷ Sobre estos dos últimos factores, véase HALE, 113-121.

⁴⁸ Sin perjuicio de la operatividad de ámbitos comunicativos privados o públicos donde se anticipa o se consolida tal identificación. Así, entre los privados, el círculo familiar o de amistades; entre los públicos, manifestaciones espontáneas u organizadas de masas o colectivos.

a ser ellos los que, con la pretensión de obtener un reconocimiento y delimitación socialmente compartidos del problema, van a tomar inequívocamente la iniciativa en esta fase prelegislativa. Su protagonismo ahora, por consiguiente, es algo muy distinto del papel ambivalente que han podido desempeñar en la etapa precedente⁴⁹. A este respecto, devienen especialmente ilustrativos los estudios sobre la formación de la opinión pública, tanto los que, referidos a la determinación de la agenda temática de los medios, estudian los mecanismos empleados para resaltar, oscurecer o priorizar ciertos temas, como los más radicales que, basados en cómo las noticias reconstruyen socialmente la realidad, parten de que su selección y configuración están sustancialmente determinadas por los programas políticos que se quieren desarrollar⁵⁰.

En cualquier caso, los medios realizan diversas actividades para lograr el reconocimiento y delimitación sociales del problema. Ante todo, trazan los contornos de éste, lo que llevan a efecto tanto reiterando informaciones sobre hechos similares, actividad que con frecuencia ya vienen ejecutando desde la etapa anterior, como agrupando hechos hasta entonces no claramente conectados⁵¹, incluso realizando conceptualizaciones nuevas de hechos criminales ya conocidos⁵²; todo ello puede originar, incidental o intencionalmente, una percepción social de que existe una determinada ola de criminalidad, lo que refuerza la relevancia del problema⁵³. En segundo lugar, destacan los efectos perjudiciales de la situación existente, dañosidad que pueden

(p. 302) referir a ámbitos sociales muy distintos y desenvolver simultánea o alternativamente en planos materiales, expresivos o integradores. Finalmente, plantean genéricamente la necesidad de ciertas decisiones legislativas penales.

Todo ese proceso da lugar a la conformación de la opinión pública sobre el tema en cuestión. Por opinión pública ha de entenderse, en el plano operacional en el que nos movemos, la opinión de un colectivo cualificado de personas, más concretamente, de aquellas que controlan los contenidos de los medios creadores de opinión. No es, por tanto, la opinión mayoritaria de la sociedad, sea cual sea su modo de verificación, ni el total espectro de opiniones existente en la sociedad sobre el tema de que se trate, si es que tal espectro se puede presentar de un modo coherente, ni siquiera es la opinión del conjunto de personas que controlan los contenidos de los medios de comunicación, pues hay que restringir la referencia a los medios más relevantes. Por otra parte, tampoco hay que exigir que la opinión pública así definida sea uniforme o unánime, pero sí debe mostrar mayorías inequívocas o tendencias significativas.

La opinión pública es, en definitiva, la opinión de unos expertos. De aquellos que pueden hipostasiar su opinión sobre la de la sociedad, dada su capacidad, reiteradamente acreditada⁵⁴, para conseguir que una amplia mayoría de ella comparta, aunque sea superficialmente, sus puntos de vista⁵⁵. Desde

⁴⁹ De ahí que la discusión metodológica sobre la cualidad de causa o efecto de los medios de comunicación pertenezca a la etapa precedente, de surgimiento del malestar social.

⁵⁰ No podemos detenernos en estos momentos en una descripción detallada de los resultados de estos estudios. Véanse, entre otros, COBB-ELDER, 82 ss.; EDELMAN, 14, 29, 90-102, 122-123; MUÑOZ ALONSOMONZON-ROSPER-DADER, 219-319. Un interesante resumen en SOTO NAVARRO, 126-132; también RUIDÍAZ GARCÍA (1997), 35-52.

Véase asimismo un tradicional, aunque poco analítico, estudio de la incuestionada influencia de un medio de comunicación, Los Angeles Times, en las reformas del código californiano entre 1955 y 1971, en BERKBRACKMAN-LESSER; 289-299.

⁵¹ Es decir, según la terminología de la sociología de la opinión pública, transformando lo que eran sucesos aislados (events) en un asunto persistente (issue).

⁵² Un buen ejemplo español, que se plasmó en la ley, es la transformación de ciertos supuestos de conducción temeraria en la figura de los conductores suicidas (art. 384 del Código penal).

⁵³ Véase también KILLIAS, 421-422.

⁵⁴ Esa influencia puede haber sido acreditada en el pasado mediante la confirmación de sus puntos de vista en sondeos o encuestas de opinión, o en votaciones en el marco de la democracia representativa.

⁵⁵ Este concepto de opinión pública se mueve en un plano descriptivo u operacional, como todo este trabajo. En ese contexto creo que resulta difícil encontrar hoy en día orientaciones sociológicas que nieguen la descripción de la opinión pública como una opinión experta, debido a la mediación, sobre todo, de los medios de comunicación. Hasta un autor que podría pensarse que está en las antípodas de tal planteamiento, como HABERMAS, 435-462, creo que comparte, descriptivamente, este punto de vista. Cosa distinta es la fundamentación de por qué la opinión pública así concebida debe además corresponder realmente con las opiniones reales ampliamente mayoritarias de la sociedad y haber sido obtenida mediante un procedimiento deliberativo; eso es un problema prescriptivo, que debe analizarse en otro lugar. Sobre los diversos conceptos de opinión pública, vé. ZIMMERLING, 97 ss., quien opta abiertamente por degradar el

luego, el grado de sintonía puede variar en función de diversas variables: destaca entre ellas la relación directa entre capacidad de influencia y alejamiento del tema en cuestión de la experiencia personal de los ciudadanos, por ejemplo, es más fácil convencer sobre asuntos internacionales que sobre temas de impuestos.

La opinión pública, así considerada, es un estado de opinión, esto es, una interpretación consolidada de cierta realidad social y un acuerdo básico sobre la necesidad y modo de influir en ella⁵⁶. Lo que no suele ser, todavía, es un programa de acción, legislativa o de otro tipo, debido a que aún se mueve en un excesivo nivel de generalidad. Ello implica que no tiene capacidad por sí sola para acceder a la fase legislativa, ni siquiera para desencadenar la última y decisiva etapa prelegislativa, la de activación de las burocracias⁵⁷. No obstante, ese estado de opinión prejuzga ya a grandes rasgos los programas de acción que ulteriormente van a ser sometidos a consideración y, por tanto, las opciones expertas o políticas subsiguientes.

(p. 303) 3.4. Un programa de acción

En esta fase lo que es un estado de opinión se ha de transformar, superando el nivel de generalización de la etapa anterior, en un programa de acción dirigido explícitamente a ofrecer propuestas de resolución del problema social planteado. Ello supondrá una profundización en el conocimiento de ese problema; una identificación del objetivo u objetivos que se estima que conllevarán su resolución; y un aporte de los medios o instrumentos que harán posible la obtención de esos objetivos, lo que, en el ámbito en el que nos movemos, implica la adopción o abstención de ciertas decisiones legislativas, sin perjuicio de otras decisiones sociales o institucionales complementarias o sustitutivas de aquéllas.

3.4.1. Para que un programa social tenga virtualidad para activar la siguiente fase prelegislativa es preciso que adquiera respetabilidad social. Esta cualidad ha sido garantizada por el hecho de que los programas de acción han sido formulados por grupos de presión expertos, que se han apropiado del problema hasta entonces radicado en la opinión pública⁵⁸. Su pericia se concreta en el general reconocimiento de que poseen un conocimiento especializado del problema social a considerar, con el que están familiarizados, y que disponen de los medios materiales y personales para profundizar en su análisis y búsqueda de soluciones.

Se trata de grupos que defienden intereses muy diversos⁵⁹ : pueden ser intereses ideológicos, entre los cuales merecen destacarse últimamente los grupos surgidos de la sociedad civil, como grupos de presión feministas, ecologistas, de consumidores, pacifistas, etc., o los que defienden intereses puramente científicos, reconducibles al seguimiento de un determinado paradigma científico-social, como ciertas corrientes de la doctrina jurídica o criminológica, o incluso científico-natural. Pueden ser también intereses socioeconómicos, sea en función del papel que desempeñan tales grupos en el proceso de producción, como sindicatos y asociaciones empresariales, sea debido a la salvaguarda o ampliación de competencias profesionales que es tarea inherente a ciertos grupos corporativos, como en nuestro ámbito las asociaciones judiciales, de funcionarios, penitenciarios, de médicos forenses, etc⁶⁰.

concepto dada su ambigüedad y mampulabilidad; SOTO NAVARRO, 111-126, quien realiza una acertada síntesis de las diversas teorías contemporáneas de la opinión pública; TOHARIA, 60-70, más abierto a una consideración no experta de la opinión pública, al menos en cuestiones generales, pero sin poder dejar de reconocer la influencia determinante de los medios de comunicación.

⁵⁶ GARLAND, 157-158, habla de una «institucionalización» del malestar social previo.

⁵⁷ Véase infra.

⁵⁸ Ello sin perjuicio de que hayan podido estar ya presentes en etapas prelegislativas precedentes. Véanse también SCHNEIDER, 793; BERK-BRACKMAN-LESSER, 279-282.

⁵⁹ Sobre el concepto de grupo de presión, su distinción de grupos de interés y sus clases, véase desde la ciencia política JEREZ MIR, 294-299, 302-308. Aunque el concepto de grupo de presión sólo se superpone parcialmente con el de agente social impulsor de la primera etapa de la fase prelegislativa -más cercano al concepto de grupo de interés-, véase lo ya dicho al respecto en apartado 3.1).

⁶⁰ Establecen claves muy significativas, a partir de un estudio empírico, sobre el modo de proceder de los grupos corporativos integrados en la justicia penal BERK-BRACKMAN-LESSER, 285-289. En un sentido más general, sobre la presencia del corporativismo en la sociedad moderna, BECK, 237 ss., en especial, 258-267.

La actividad de estos grupos está regida por el deseo de resolver el problema social de acuerdo con sus intereses: en primer lugar, se sirven de su prestigio para apropiarse del problema, lo que viene a significar que se admite su competencia para desarrollar un programa de acción. A continuación, suelen desarrollar actividades de acopio de información, lo que desencadena eventualmente investigaciones más detenidas de aspectos concretos y, en todo caso, una organización de los resultados obtenidos. **(p. 304)** A ello siguen estudios y análisis de las alternativas disponibles para la resolución del problema, con uso de especialistas, si es preciso. Y se termina con propuestas factibles de intervención o abstención legislativa, acompañadas o no de medidas de otra naturaleza, y reforzadas en el mejor de los casos con un análisis de las consecuencias a derivar de aquéllas⁶¹.

Hay dos cualidades derivadas de todo el proceso precedente que nos interesan especialmente: por un lado, la consideración de los resultados obtenidos como dotados de legitimación científicosocial, lo que les otorga un estatus legitimatorio sustancialmente distinto al de la opinión pública, al beneficiarse de las concepciones sociales sobre la complejidad técnica de las intervenciones sociales. Por otro lado, y en relación con lo anterior, la adquisición por los grupos de presión elaboradores del programa social correspondiente de una influencia significativa en la activación del proceder legislativo.

Bien es verdad que esta última capacidad puede graduarse a tenor de muy diversos factores, de entre los que podemos destacar a nuestros efectos los siguientes:

De modo general, su capacidad organizativa y su capacidad para crear conflictos, aspectos ambos que no tienen por qué coincidir, y que en todo caso guardan estrecha relación con la naturaleza de los intereses que defienden⁶².

Asimismo, la mayor o menor cercanía social, profesional o incluso personal del grupo de presión a los agentes activos del ulterior proceder prelegislativo y legislativo⁶³.

Fenómeno interesante al respecto es la progresiva influencia adquirida por la judicatura en detrimento de la doctrina jurídica⁶⁴. Uno de las principales condiciones que contribuyen a ello es la directa configuración de las asociaciones judiciales como grupos de presión, que se han asegurado una permanente presencia en el debate público, algo que sólo de forma mucho más limitada tiene su correspondencia en la doctrina jurídica. Lo más cercano en España a ello en el ámbito juridicopenal es el Grupo de estudios de política criminal, que realiza una continua labor de estudio de temas politicocriminales conflictivos, que se plasma en una serie de publicaciones que ofrecen alternativas legales, algunas de ellas con reflejo directo en ciertas iniciativas legislativas, y que lleva a cabo más esporádicamente pronunciamientos sobre temas en ese momento objeto de debate público. El grupo de profesores alemanes que ha ido elaborando propuestas penales alternativas, con variada frecuencia, desde que en 1966 elaboró un Proyecto alternativo de Código penal de notable influencia, es otro ejemplo⁶⁵. Otro elemento relevante puede ser la incapacidad de la doctrina para ofrecer datos o análisis sobre la realidad empíricosocial, dado su alarmante descuido de estas materias, lo que revaloriza las aportaciones basadas en la experiencia cotidiana **(p. 305)** de los jueces. Tampoco hay que olvidar la escasa capacidad doctrinal para tener presente la problemática de la práctica judicial, que se acentúa entre otros motivos con la separación entre derecho sustantivo y derecho procesal. De un modo u otro, supone una predominancia significativa de un grupo de presión sustancialmente corporativo frente a otro científico.

Un ejemplo español reciente de cómo un problema de praxis judicial puesto de manifiesto por la judicatura acaba jugando un papel importante en una reforma legal es la reintroducción del delito de corrupción de menores del artículo 189.3: La insistencia de un sector minoritario del TS, singularmente representado por el magistrado de Vega, en que resultaba complicado incluir esas conductas en otros artículos del Código penal hizo que, pese a que el sector mayoritario del TS no viera ese problema, el

⁶¹ Sobre otros procederes eventualmente desarrollados por los grupos de presión, alejados del proceder argumentativo, y que ahora han de quedar fuera de nuestra consideración, véase JEREZ MIR, 310-311.

⁶² Véanse más ampliamente HASSEMER-STEINERT-TREIBER, 17-19; AMELUNG, 50.

⁶³ Véanse también FLOERECHE, 347; SOTO NAVARRO, 144, 198; JEREZ MIR, 312-315. En un sentido más amplio, HASSEMER-STEINERT-TREIBER, 19 habla 'l efecto positivo que posee la vinculación del grupo de presión al statu quo social.

⁶⁴ Véase un ilustrativo análisis de ello en Italia en PALAZZO, 695-705, 714-721, 730-733. Creo que en España también se puede hablar en estos momentos de tal fenómeno, pese al predominio de académicos en las primeras propuestas de nuevo Código penal (véase infra). Más en general, sobre la influencia del conjunto de ciencias penales en el proceder legislativo, en AMELUNG, 63-70.66.

⁶⁵ Véanse también AMELUNG, 64-65; SOTO NAVARRO, 210-211.

legislador lo utilizara como argumento relevante, al menos al inicio del proceso legislativo. Bien es verdad que, si se me permite el coloquialismo, se juntaron el hambre con las ganas de comer, pues había otras razones ideológicas de más calado.

Merece igualmente resaltarse, en relación con este factor de cercanía, el decisivo papel que muchas veces juega el simple hecho de que un penalista ocupe puestos políticos clave en la toma de decisiones legislativas, el llamado factor personal⁶⁶.

Otro factor es la vinculación, o al menos el no alejamiento palmario, de sus análisis y propuestas expertos de las preocupaciones sociales originarias y de la opinión pública, disponiéndose de estudios sociológicos sobre los diferentes perfiles de los grupos de presión a este respecto⁶⁷.

En cualquier caso, es ampliamente reconocido que, por lo general, los grupos de presión expertos están en condiciones de realizar importantes manipulaciones de los hechos a analizar y/o de las propuestas a formular, que pueden determinar notablemente el ulterior devenir legislativo⁶⁸.

3.4.2. Pero un rasgo definitorio de la reciente política legislativa penal es la creciente pérdida de importancia de la respetabilidad social del programa de acción, sea porque la adquisición de tal cualidad ya no va ligada a la intervención de grupos expertos, sea porque se renuncia directamente a su adquisición.

3.4.2.1. En el primer sentido, hay que señalar la frecuencia cada vez mayor con que una opinión pública favorable es capaz de desencadenar por sí sola respuestas legislativas penales. De este modo, los grupos de presión mediáticos anticipan y sustituyen la intervención de los grupos expertos stricto sensu. Es cierto, como ya hemos visto, que la opinión pública es fruto de una tarea experta, y que ella es realizada por lo que se podría considerar un grupo de presión, el mediático, pero su nivel de análisis se ha estimado durante mucho tiempo que no alcanzaba la profundidad necesaria para satisfacer los requisitos de respetabilidad social inherentes a todo programa de acción. La modificación de este punto de vista supone uno de los mayores éxitos en el progresivo incremento de la función social de los medios de comunicación, que (**p. 306**) pasan a considerarse expertos a todos los efectos y con una polivalencia desconocida en los grupos de presión expertos propiamente dichos⁶⁹.

Ello origina una serie de resultados negativos importantes: se da por buena una visión simplificada y superficial de la realidad social y de las consecuencias de su intervención en ella, lo que supone un notable descenso de las exigencias relativas al grado de análisis y reflexión de los problemas sociales preciso para poder justificar una intervención legislativa penal, en directa contradicción con la progresiva complejidad de nuestras sociedades. Se pierden oportunidades de corrección y rectificación de análisis ya realizados, en la medida en que desaparece de la etapa prelegislativa un nivel de elaboración de decisiones, el de los grupos de presión expertos. Se otorga la hegemonía en casi toda la fase prelegislativa a un único agente social, el grupo de presión mediático, dada la capacidad que ya tiene de influir, en la primera etapa, en la puesta de relieve del desajuste social, y la frecuencia con la que desempeña un papel importante en la siguiente etapa, de aparición de un malestar social. Se abre una importante brecha en la limitada autonomía que conviene mantener entre la fase prelegislativa y la legislativa, debido a la especial facilidad con que los grupos de presión políticos y parlamentarios pueden incidir sobre los contenidos de la opinión pública, condicionando el flujo de información o mediante el control directo o indirecto de los detentadores de los medios⁷⁰.

Sin duda, no faltan ejemplos significativos de ocupación por los grupos de presión mediáticos del lugar de los grupos de presión expertos.

⁶⁶ Véanse PALAZZO, 696; LARRAURI PIJOAN, 105-106.

⁶⁷ Véase SOTO NAVARRO, 143-144. Sobre la correspondencia entre los grupos de presión y la opinión pública, RUBIN, 9.

⁶⁸ SCHNEIDER, 797-798 ofrece un interesante ejemplo de ello aludiendo a un documentado análisis de Sutherland realizado en 1950 sobre las leyes norteamericanas sobre psicópatas sexuales, muy ligadas a los intereses corporativos de neurólogos y psiquiatras, pese a que nunca contaron con el apoyo de los criminólogos.

⁶⁹ Véase igualmente un apunte de todo lo anterior en PALAZZO, 733.

⁷⁰ Sin que ello suponga ignorar también su omnipresencia en ciertos grupos de presión expertos.

Entre los ejemplos españoles podríamos citar la propuesta legislativa en curso sobre la ampliación del concepto de penetración en los delitos sexuales, mediante la cual se podrá equiparar el dedo a un objeto a tales efectos, y que es directa consecuencia de ciertas informaciones de los medios que mostraban su escándalo ante la unánime interpretación jurisprudencia) que no consideraba penetración tal conducta; sus presiones condujeron de manera casi inmediata a la presentación de una proposición de ley, sin mediación previa alguna de discusión experta. Por lo demás, es sólo cuestión de tiempo que las reiteradas y alarmadas informaciones de los medios sobre el contenido jurídico del concepto de ensañamiento terminen por generar una utilización ventajista de ellas por algún actor legislativo que se plasme en un proyecto o proposición de ley que adecue el concepto a lo que la opinión pública considera acertado.

3.4.2.2. En el segundo sentido, cabe apuntar la aparición en algunos países de la plebe como agente suficiente para activar la fase legislativa penal. Para que tal cosa se produzca es preciso un significativo desplazamiento del agente social predominante en la segunda etapa prelegislativa. La ciudadanía, o amplias capas de ella, que expresaban el malestar social de una forma indefinida y con una limitada operatividad, son oscurecidos aunque no eliminados por la aparición de un grupo social capaz de formular programas de acción sin necesidad de esperar a las ulteriores etapas del proceso prelegislativo: se trata de los grupos de víctimas o afectados, acrecidos en su composición y consolidados en sus posibilidades de éxito por la solidaridad que generan en círculos sociales cercanos y mayores numéricamente⁷¹. Los grupos de **(p. 307)** víctimas realizan una anticipación y sustitución de las dos siguientes fases del proceso prelegislativo: ya no sólo se prescinde de los grupos de presión expertos, sino que la propia opinión pública, entendida como mediadora experta de las preocupaciones sociales, queda en buena parte desconectada de tales iniciativas.

Todo ello se desarrolla con un claro desentendimiento por la adquisición de respetabilidad social, al menos tal como ella suele entenderse. Tal respetabilidad se considera adscrita a una forma de razonar desligada de las auténticas necesidades de la gente corriente y condicionada por apriorismos ideológicos. Frente a ella, se hace gala de un conocimiento y visión superficiales de la realidad social, rechazándose cualquier aproximación elaborada a ella⁷².

Las consecuencias de tal protagonismo son evidentes: ante todo, se acentúan marcadamente algunos de los inconvenientes que ya presentaba la opinión pública como agente activador de respuestas legislativas penales, en especial su aproximación simplista a la realidad y la pérdida de oportunidades de reelaboración reflexiva y compartida de los análisis; por el contrario, no necesariamente se produce una mayor permeabilidad a las influencias políticas o parlamentarias, ya que el carácter populista de la iniciativa enajena en no pocas ocasiones la implicación de tales sectores institucionales⁷³. Pero es que, además, se produce un fenómeno cualitativamente distinto, el bloqueo emocional del análisis racional de la realidad: tales grupos están incapacitados para aceptar un discurso racional pleno dado que sus integrantes, entre ellos los dirigentes o más implicados, buscan con sus propuestas superar el trauma emocional padecido como víctimas; utilizando una terminología luhmaniana se podría decir que los grupos de víctimas son grupos autorreferenciales⁷⁴.

Las experiencias en este ámbito son en algunos países como Estados Unidos especialmente abundantes.

El caso californiano de la ley denominada «a la tercera va la vencida» («three strikes and you're out») es un ejemplo paradigmático: la ley fue redactada por un fotógrafo, padre de una víctima de un asesinato, y miembro de un grupo de víctimas. Sustancialmente viene a decir que, tras la comisión de un tercer delito (felony) cualquiera, una persona ha de ser obligatoriamente condenada a una pena efectiva de 25

⁷¹ Sobre los grupos de víctimas, su contexto y relevancia, véase GARLAND, 11, 121, 159, 164 y notas respectivas.

⁷² El uso del término «plebe» conlleva un contenido peyorativo del que soy consciente, y que quizá no resulta tan marcado si empleara el término «vulgo», más conocido en el ámbito del derecho. Creo, sin embargo, que la evolución de este agente social justifica tal término; evitaré de todos modos el adjetivo «plebeyo», que posee otras connotaciones semánticas y lo sustituiré por el de «populista». En cualquier caso es impropio hablar de pueblo o ciudadanía, si por ello se entienden colectivos accesibles al razonamiento experto. En Estados Unidos se habla de populace, que se podría traducir, con una significación aún más peyorativa, como «populacho». Véase, entre otros, RUBIN, 1 ss.

⁷³ Los cuales no suelen valorar igual, salvo excepciones, una iniciativa interpuesta directamente por los medios o por la plebe.

⁷⁴ Véase una interesante caracterización de los grupos de víctimas en RUBIN, 15-20.

años a reclusión perpetua (entendido esto último en sentido estricto), sin posible libertad provisional antes de cumplir el 80 por 100 de los 25 años; además, ya la comisión de un segundo delito cualquiera conlleva una duplicación de la pena para él prevista; no es preciso que los delitos anteriores aludidos hayan sido violentos, aunque sí graves. La iniciativa encontró el apoyo, además de los grupos de víctimas, de dos grupos de presión, uno corporativo, la asociación de funcionarios de prisiones, y otro ligado a potenciales víctimas, la asociación nacional del rifle. La iniciativa estuvo fuera de la agenda política hasta que ocurrió el asesinato de una joven de 12 años, tras ser raptada de su propia casa y violada, asunto que tuvo una enorme cobertura mediática durante el mes en que se desconoció su paradero, atención social potenciada porque no hubo negligencia por parte de nadie y afectar a una típica familia de clase media, lo que facilitó la identificación del público, y por ser el autor un reincidente de delitos violentos en libertad condicional bajo prueba. Se acercaba la elección de gobernador, a la que optaba el ejerciente, un republicano en una situación delicada, con una asamblea legislativa dominada por los demócratas. La asamblea respondió a la llamada del gobernador elaborando cinco alternativas para hacer frente a los reincidentes, siendo la última y más extrema de ellas literalmente la propuesta de Reynolds, el fotógrafo, pero no eligió ninguna, comprometiéndose a aprobar la que el gobernador escogiera: el cálculo político era que el gobernador se vería obligado a elegir una alternativa razonable, quedando privado así de la baza política de ser el duro contra los delincuentes. Pero el gobernador pidió que se aprobara la propuesta de Reynolds, rechazando una propuesta más matizada de la asociación de fiscales de California, y así lo hizo la asamblea legislativa en marzo de 1994. Pero la historia no queda aquí: la misma propuesta, que ya era ley, fue sometida a referéndum por iniciativa popular en noviembre de 1994; al ganar el plebiscito los grupos de víctimas impulsores de ella consiguieron adicionalmente que el legislativo, de acuerdo al ordenamiento californiano, no pudiera modificarla si no es con el apoyo de dos tercios de las dos cámaras. La propuesta de ley no fue objeto de análisis expertos de alguna significación, ni por profesionales de justicia penal, ni por burocracias ministeriales o partidistas, ni siquiera por las fuerzas parlamentarias⁷⁵.

En España, por el momento, aún no se ha llegado a tomar decisiones legislativas claramente determinadas por programas de acción populistas.

Un intento fallido estuvo relacionado con las reacciones populares suscitadas por el crimen de Alcácer, un asesinato de tres adolescentes previamente raptadas y sometidas a todo tipo de violencias físicas, agresiones y vejaciones sexuales. El caso suscitó una iniciativa popular, impulsada por familiares de las víctimas, mediante la que se recogieron centenares de miles de firmas que pedían medidas legislativas draconianas contra los delincuentes sexuales, iniciativa por lo demás oportuna temporalmente, pues se estaba elaborando el Código penal de 1995. Si no salió adelante fue justamente porque no se pudo desembarazar de su caracterización como propuesta puramente emocional, carente, por tanto, de respetabilidad social.

Otro intento en marcha es el ligado a las reacciones populares por el asesinato de Klara, adolescente que lo fue por dos amigas suyas aparentemente por el simple hecho de experimentar nuevas sensaciones y reafirmar su personalidad. También ha originado manifestaciones y recogidas de firmas para garantizar que las víctimas puedan personarse como acusación particular en los procesos de menores, en contradicción con la ley del menor que lo impide por razones resocializadoras. Su desenlace es incierto, pues los promotores han logrado el apoyo, tras muchas vacilaciones, de sectores expertos como el Defensor del pueblo andaluz y la comprensión de otros, como alguna comisión del Consejo general del poder judicial⁷⁶.

La evolución acabada de señalar hacia una progresiva pérdida de la influencia experta en la fase prelegislativa constituye un serio retroceso frente a toda propuesta (p. 309) encaminada a incrementar la racionalidad de los procesos de decisión legislativos. Sin duda pecaríamos de ingenuidad si pasáramos por alto la parcialidad de la que suelen adolecer los análisis de los grupos

⁷⁵ Véase ZIMRING-HAWKINS-KAMIN, 3-16, 37, 138-145 -sobre nuevas propuestas populistas-, 192-194, 217-218.

⁷⁶ De todos modos, una ilustrativa visión del grado en que han cambiado las cosas en Europa en los últimos veinte años nos la ofrecen las descripciones que HASSEMER-STEINERT TREIBER, 25-30 y AMELUNG, 50-54, 58-63, hacen, en 1978 y 1980, respectivamente, de cómo se materializaba la política criminal alemana en esos momentos: predominio casi absoluto de los juristas, ausencia de interés en los medios por la política criminal, actitud de freno de los grupos de presión y las burocracias ministeriales a incrementos de criminalización, inexistencia de grupos de presión de afectados -hasta el punto de que algunos juristas se sentían en la obligación de defender los intereses de esos grupos sin voz-. No creo equivocarme si afirmo que hoy en día harían una descripción muy distinta de la situación. Véanse ya algunas insinuaciones en HASSEMER-STEINERT-TREIBER, 61-62.

de presión expertos⁷⁷, pero tales grupos aceptan desenvolverse en el marco de los criterios de racionalidad socialmente vigentes, con las limitaciones en la defensa de sus intereses que ello conlleva y los controles externos a los que aquellos dan pie. Tampoco deberíamos olvidar el notable grado de imaginación social que suele condicionar la delimitación del problema social en las etapas inmediatamente precedentes a aquella en la que intervienen los grupos de presión expertos, y que condiciona su trabajo. Pero hay notables diferencias entre esto último y los dos fenómenos analizados en los párrafos precedentes: la conversión de la opinión pública o de la plebe en agentes creadores de programas sociales se hace directamente a costa de renunciar implícita -opinión pública- o explícitamente -plebe- a ulteriores niveles de racionalidad, de restringir el espectro de actores sociales intervinientes en la consecución de la racionalidad legislativa, con el añadido de otorgar en menor o mayor medida un protagonismo exagerado a alguno de ellos, y de bloquear directamente, en el caso de la plebe representada por grupos de víctimas, el acceso a contenidos racionales en cuanto no se satisfagan ciertas condiciones emocionales.

Resulta, por consiguiente, urgente devenir conscientes del problema, y estudiar sus contornos, grado de desarrollo, causas y medios para contrarrestarlo⁷⁸. Algunos autores que trabajan en países que padecen plenamente el fenómeno desde algún tiempo han identificado ya una serie de factores sociales que fomentan el predominio de programas de acción no expertos, y que serían variables independientes del incremento en las tasas de la criminalidad así como del aumento de la preocupación por la criminalidad o del miedo al delito⁷⁹.

El primero sería el consenso social sobre las medidas a tomar: cuanto mayor sea, más se potencia la demanda de éstas y más rápidamente se atiende, lo que sucede, desde luego, sin guardar relación con la racionalidad de las medidas solicitadas. Diferencias de opinión en el ámbito no experto respecto a cómo actuar han originado en ciertas épocas de alta criminalidad una paradójica ausencia de demandas legislativas populares. El segundo atendería a la confianza en la efectividad de las actuaciones de los poderes públicos: cuanto más se crea en su capacidad de influir en la realidad social, mayor presión no experta se ejercerá para que la pongan en práctica. La paradoja consecuente es que, al ser esa confianza mayor en períodos de descenso de la criminalidad, será en ellos en los que esa presión no experta sea mayor. El tercero se referiría a la ausencia de preocupaciones sociales más importantes: cuantos **(p. 310)** menos temas sociales candentes existan, más prioridad tendrá para la opinión pública y la población en general el problema de la delincuencia y la necesidad de reaccionar frente a ella⁸⁰. La paradoja residirá ahora en que cuanto menos problemática resulte la convivencia social más atención se prestará al delito. El cuarto alude al margen de arbitrio existente en la aplicación del derecho: cuanto menos discrecionalidad tengan atribuida los aplicadores del derecho jueces y funcionarios penitenciarios-, mayor presión popular habrá para su modificación o, dicho de otro modo, un amplio margen de aplicación experta de la ley desincentiva las propuestas populares para la modificación de ésta. A estos factores yo añadiría otro, el de la disposición del legislador a legislar simbólicamente: tal actitud ejercería un efecto de llamada o, al menos, facilitador del acceso de las propuestas populares, de forma que cuanto más propenso se esté a no acomodar la respuesta legislativa a los criterios legitimadores de la intervención penal, mejor acogida tendrán las demandas populares de legislar⁸¹.

⁷⁷ Un problema de mucho mayor calado, que supera ampliamente el objeto de este trabajo, pero que no debería olvidarse en ningún momento, es el grado en que, de manera general, el modo y los resultados de la actividad científico-social han dado lugar a que en la sociedad moderna se haya generado tanta desconfianza hacia las propuestas expertas y una revalorización de las aproximaciones vulgares a los problemas sociales. Véase sobre el cuestionamiento del modo de operar científico y de su credibilidad en la sociedad moderna, BECK, 203-235.

⁷⁸ Véanse también, entre otros, ZIMRING-HAWKINS-KAMIN, 159 ss.; GARLAND, 13-15, 20, 133-134, 142-143, 145-146, 150-151, 171-173; RUBIN, 4-5, 13; FLOERECHE, 356. Una visión distinta, aunque en un contexto no directamente político-criminal, en BECK, 240 ss.

⁷⁹ Véase para lo que sigue ZIMRING-HAWKINS-KAMIN, 159-168, 178-180, a partir de la experiencia californiana.

⁸⁰ Eso tiene una vertiente, ligada a la estructura política, interesante: en Estados Unidos la localización de la mayoría de las competencias penales en los estados federados potencia este efecto en su ámbito competencial, ya que los estados federados tienen una agenda política mucho más reducida que la del gobierno federal. El hecho debería hacernos cautos en España y Europa frente a las tendencias a dar más competencias cercanas a las penales a las autonomías, o frente a un apresurado traspaso de las materias penales a una Unión Europea con una agenda política aún no suficientemente cargada.

⁸¹ ZIMRING-HAWKINS-KAMIN, 167-168, estiman, por el contrario, que esta actitud lo que hace es debilitar el efecto del último de los cuatro factores por ellos aludidos.

3.4.3. Los programas de acción técnicos.- En ocasiones, toda la fase prelegislativa vista hasta este momento se mueve en un ámbito experto, sin que la apreciación de la disfunción social despierte atención generalizada, ni suscite un malestar extendido en la colectividad, ni sea objeto significativo de consideración por los medios. Ello suele deberse a que el desajuste social, real o aparente, tiene caracteres especialmente técnicos que hacen que no resulte fácilmente perceptible por el conjunto de la sociedad o, aun siéndolo, a ésta no le parece un asunto lo suficientemente relevante como para ocupar su atención en él⁸². El fenómeno se produce con más frecuencia en unos sectores jurídicos que en otros, más en Derecho mercantil o civil registral, por ejemplo, que en Derecho constitucional, penal o laboral. Y dentro del Derecho penal también se aprecian importantes diferencias: así, la configuración de los delitos, en especial si son violentos⁸³ o contra bienes jurídicos individuales, o la configuración de las penas suscitan una intensa atención pública, que suele estar ausente si se trata de delimitar conceptos dogmáticos como la comisión por omisión o el actuar en lugar de otro.

Sin embargo, es fácil rastrear unas etapas prelegislativas equivalentes, por más que desarrolladas en todo momento en un nivel experto. A la puesta de relieve del desajuste social entre círculos expertos, donde alcanza un nivel de atención relevante, (p. 311) seguirá por lo general una inquietud generalizada, que será más marcada entre los ámbitos de pericia que operan con, o resultan directamente afectados por, la disfunción, como jueces, abogados, fiscales, funcionarios activos en esa área, etc. La opinión pública tiene su equivalente en la forma en que se va decantando el problema y apuntando soluciones a lo largo de ciertos ámbitos jurídicos con un nivel de pericia intermedio, como boletines internos corporativos, diarios jurídicos, artículos divulgativos en diarios de información general, pronunciamientos públicos de asociaciones judiciales o académicas, seminarios de trabajo, congresos jurídicos, etc. A ello seguirá habitualmente el desarrollo de investigaciones que se publicarán en los medios expertos más autorizados y que reflejarán la respuesta elaborada que los diversos grupos de presión aportan al problema.

En este sentido, no creo que se deba minusvalorar la existencia de una fase prelegislativa en las leyes muy técnicas, ni pasar por alto el proceso sociológico que también gravita sobre ellas⁸⁴. Ciertamente resulta imprescindible abrir líneas de investigación sobre su específico desenvolvimiento, en especial teniendo en cuenta que en algunos sectores jurídicos estamos ante el tipo predominante de legislación.

3.5. Un proyecto o proposición de ley

Los programas de acción elaborados en la etapa precedente sólo pueden tener acceso a la fase legislativa si adquieren la cualidad de proyectos o proposiciones de ley. Tal cualidad no supone simplemente reestructurarlos de acuerdo a determinados formatos, sino que implica asimismo la apropiación del programa de acción por unos nuevos agentes sociales, las burocracias gubernamentales o partidistas, las cuales desarrollan la mayor parte de su labor inmediatamente antes de entrar en la fase legislativa, por más que no dejan de actuar también en esta última, aunque ya de forma secundaria y/o por vías interpuestas⁸⁵.

Estas burocracias tienen una serie de características: su protagonismo en esta etapa es claramente mayor que el de cualquier otro agente social en las anteriores etapas, en la medida en que su intervención es en la práctica imprescindible para acceder a la fase legislativa subsiguiente; eso les permite tener una gran libertad de acción en la reconfiguración del programa de acción, aun cuando no puedan perder la conexión con las etapas precedentes. Están directamente sometidas a intereses políticos, los del ejecutivo y sus diferentes órganos, o los del secretariado de los partidos políticos, de

⁸² Sobre la caracterización de los asuntos capaces de suscitar mayor atención pública, véase supra apartado III.A).

⁸³ Así, los delitos violentos tropiezan al menos con tres dificultades para pasar desapercibidos: son conductas que generan inmediata preocupación social, dada su estrecha vinculación a los principios básicos de la convivencia, son objeto cotidiano de atención de los medios, y carecen de un grupo experto con la suficiente competencia socialmente atribuida como para encomendar a él la resolución del problema. Véase un análisis cercano aunque no equivalente, en ZIMRING-HAWKINS (1997), 197-199.

⁸⁴ Habría que matizar, pues, la afirmación de ATIENZA, 68-70, ciertamente muy contenida, sobre la inexistencia de una fase prelegislativa en algunas leyes.

⁸⁵ Esta proyección sobre la fase legislativa hace que algunos autores incorporen esta etapa ya a la fase legislativa, algo que, sin embargo, creo que no da debida cuenta de su realidad. Así, en el sentido aquí propuesto, SCHNEIDER, 793; SOTO NAVARRO, 193-194; ZAPATERO GOMEZ, 786-787, dentro de su modelo. En sentido contrario, ATIENZA, 68-70; en la práctica, también FLOERECHE, 347 ss.

los que en último término son expresión; ello no impide que su grado de compromiso con tales intereses sea muy diverso en función del nivel decisional en el que se muevan, ni que su labor tenga un importante contenido político junto al **(p. 312)** técnico⁸⁶. Como tales burocracias, son agentes sociales institucionalizados, lo que conlleva una estabilidad y especialización de sus actividades; ello sin perjuicio del notable mayor grado de institucionalización de las burocracias gubernamentales frente a las partidistas.

Esta etapa prelegislativa burocrática se ha convertido en la práctica en el momento determinante de las decisiones legislativas, en detrimento de la fase legislativa, la única formalmente competente para tomar la decisión. Ello es consecuencia, por un lado, de la primacía que han adquirido los partidos políticos en el funcionamiento de nuestras democracias: aunque los parlamentarios se rigen por un modelo de mandato representativo en virtud del cual no están sometidos a mandato imperativo alguno⁸⁷, de hecho funcionan bajo un régimen de seudomando imperativo de los partidos políticos, que neutraliza de diversos modos la imposibilidad legal de los partidos de revocar los nombramientos de los parlamentarios⁸⁸. De esta forma, los parlamentos no sólo se han convertido en asambleas de sujetos colectivos en los que se reserva la mayor parte de las iniciativas a los grupos parlamentarios, que a su vez reflejan a los partidos políticos, sino que además se han transformado en buena medida en meros notarios de las decisiones políticas extraparlamentarias adoptadas con anterioridad. Por otro lado, las burocracias son precisamente el brazo ejecutor de las decisiones políticas tomadas por los partidos, y eso reza también para la burocracia gubernamental, ya que el gobierno se apoya en un determinado partido político, a quien ciertamente con no escasa frecuencia condiciona en sus actuaciones, pero es en cualquier caso a través de él que traslada sus decisiones al ámbito parlamentario⁸⁹.

La burocracia gubernamental tiene mucha más relevancia que las burocracias partidistas⁹⁰. Ante todo, porque su programa de acción, siempre que respete las directrices políticas generales, está destinado a ser asumido por el gobierno y, a través de él, por el partido o partidos políticos que ostentan la mayoría parlamentaria. Ello, en condiciones normales, garantiza que culminará con éxito la fase legislativa, por más que pueda sufrir modificaciones de mayor o menor importancia, a las que además la burocracia gubernamental suele dar el visto bueno extraparlamentariamente. Por el contrario, la burocracia partidista no gubernamental generará habitualmente un programa destinado simplemente a marcar las diferencias con el de la mayoría, ofreciendo alternativas a las propuestas o ausencia de propuestas de ésta o del gobierno, sin posibilidades de que llegue a convertirse en ley. Sólo excepcionalmente, si el **(p. 313)** programa emana de la burocracia del partido o partidos en el gobierno, o si su programa se asume por el gobierno o la mayoría que lo sustenta, podrá sacar adelante la burocracia partidista sus programas de acción.

Además, tal burocracia tiene un acceso privilegiado a la fase legislativa. En efecto, sus programas acceden a ella por la vía de los proyectos de ley, y no por la de las proposiciones de ley, propia de las burocracias partidistas. Los proyectos de ley tienen prioridad en la tramitación parlamentaria, lo que se reconoce en la Constitución de forma expresa, se plasma formalmente en una serie de disposiciones⁹¹, y se aprecia en la práctica mediante el hecho de que más de dos tercios de las decisiones legislativas proceden de proyectos de ley.

⁸⁶ HASSEMER-STEINERT TREIBER, 12-17 y AMELUNG, 62-63 se refieren a diversas investigaciones que prueban el contenido también político de su actuar, la mayor importancia que finalmente terminan teniendo los niveles inferiores de una burocracia frente a sus niveles superiores, y las consecuencias materiales que derivan de su modo de distribuirse el trabajo.

⁸⁷ Ni de sus electores ni de los partidos políticos bajo cuyo amparo han concurrido a las urnas, como ha ratificado reiteradamente nuestro Tribunal Constitucional.

⁸⁸ Por ejemplo, mediante exigencia de escritos de renuncia en blanco, listas cerradas en las elecciones al Congreso, pactos para no admitir tránsfugas, etc.

⁸⁹ Véase un análisis en la línea precedente en CANO BUESO, 208-209; LOPEZ GARRIDO-SUBIRATS, 45-46; SOTO NAVARRO, 158-161. En un sentido más genérico, BECK, 242-243.

⁹⁰ Algo que tiene su reflejo en las concepciones sociales: si en 1982 el 48 por 100 de los españoles según una encuesta del CIS pensaba que las leyes las hacían las Cortes, y el 28 por 100 pensaba que eran cosa del gobierno, en 1987 el 39 por 100 daban el protagonismo a las Cortes mientras que el 43 por 100 se lo daban al Gobierno. Véase RUIDÍAZ (1994), 229.

⁹¹ Véanse el artículo 89.1 CE y las disposiciones contenidas en los Reglamentos de las cámaras relativas a las facultades del Gobierno respecto a los proyectos de ley para incluirlos en el orden del día parlamentario, para solicitar sesiones extraordinarias, para tramitarlos por procedimiento de urgencia, o para retirarlos en cualquier momento antes de su aprobación definitiva.

Finalmente, los mayores medios materiales y personales de la burocracia gubernamental, que se puede servir de toda la administración central, promueven una mayor calidad de los programas de acción de ésta frente a los de las burocracias partidistas, que se financian a cargo de los presupuestos de los partidos⁹².

La trascendencia operativa y su carácter institucional aconsejan que esta etapa prelegislativa sea objeto de regulación. Los objetivos de ésta deben ser dos: el primero, asegurarle un elevado nivel de racionalidad, imprescindible dada su estratégica localización en el proceder legislativo. El segundo, prevenir el cierre de esta etapa sobre sí misma, tanto de cara a la posterior fase legislativa, algo demasiado frecuente en la burocracia gubernamental, como frente a las precedentes etapas prelegislativas, cuya palmaria desconsideración se ha constatado en diversos análisis sociológicos⁹³.

La situación actual al respecto es profundamente insatisfactoria. No hay normas respecto a las burocracias partidistas y, lo que es más grave, las que existen para la burocracia gubernamental son claramente insuficientes⁹⁴: se contienen singularmente en el artículo 22 de la Ley del Gobierno de 1997, complementada por ciertos Acuerdos del Consejo de Ministros, en especial los de 26 de enero de 1990 y 18 de octubre de 1991⁹⁵. De conformidad con ellas se atribuye la competencia para elaborar (p. 314) anteproyectos de ley al Ministerio competente, que será por lo general, en materia penal, el de Justicia. Tal anteproyecto debe ir acompañado de estudios sobre la necesidad, oportunidad y coste de la decisión legislativa - art. 22.1 Ley Gobierno y Acuerdo CM 26 de enero de 1990- y habrá de ajustarse a ciertos requisitos lingüísticos y jurídicos formales - Acuerdo CM 18 de octubre de 1991-, además de ser informado por la Secretaría general técnica del Ministerio - art. 22.2 Ley Gobierno -. El Consejo de Ministros es competente para decidir sobre la conveniencia de ulteriores consultas, dictámenes o informes - art. 22.3 Ley Gobierno- pudiendo prescindir totalmente de ellos si hay razones de urgencia, a salvo los legalmente previstos, como el del Consejo General del Poder Judicial en anteproyectos penales. El Consejo de Ministros es también competente para su posterior aprobación como proyecto de ley y remisión a las Cortes - art. 2.4 Ley Gobierno -, lo que debe hacer con inclusión de Exposición de motivos, Memoria y Antecedentes.

Una regulación satisfactoria de la burocracia gubernamental exigiría que se tuvieran en cuenta los dos objetivos antes señalados, lo que implicaría un conjunto de reglas organizativas y procedimentales: 1. Consolidación de un núcleo experto estable en el Ministerio de Justicia, que no esté constituido exclusivamente por juristas o criminólogos, y que tenga a su cargo la elaboración de los anteproyectos de ley penal, sin que baste con el control puramente tecnicojurídico de la Secretaría general técnica⁹⁶. 2. Reconocimiento de un segundo nivel de pericia estable u ocasional en el propio Ministerio, en el que intervengan expertos sin dependencia política directa, y que esté en condiciones de depurar los textos de contenidos especialmente circunstanciales, políticamente contingentes o defectuosos técnicamente; la Comisión general de codificación o comisiones específicas creadas ad

⁹² Véanse, también, LOPEZ GARRIDO-SUBIRATS, 46-48; AMELUNG, 67; SOTO NAVARRO, 164-165, 172-173; FLOERECHE, 351. Este autor, sin embargo, da protagonismo a una u otra burocracia en función del grado de politización que alcanza el proceso, de modo que si es alto primará la burocracia partidista, y si es bajo la ministerial (45-46, 51-52, 347-349). Creo discutible esta conclusión, incluso a partir de sus datos empíricos. Dado el fuerte condicionamiento de los partidos de la mayoría por el Gobierno, la politización a lo que lleva es a un mayor control por el gobierno de todo el proceso, desde la última etapa prelegislativa hasta la fase legislativa. De algún modo el autor arrastra la confusión de planos entre fase prelegislativa y legislativa ya criticada .supra.

⁹³ Véanse las conclusiones de FLOERECHE, 351-354, sobre la casi nula consideración de lo que él llama los «intereses externos» en relación a tres leyes penales alemanas.

⁹⁴ Una valoración semejante, tras el correspondiente análisis, en SOTO NAVARRO, 198-199.

⁹⁵ Estos Acuerdos, sin embargo, tienen una fuerza jurídica vinculante muy discutible. Véanse ABAJO QUINTANA, 155-159, incluso desde un punto de partida favorable a dársela, en polémica con Santaolalla; LOPEZ-MEDEL BÁSCONES, 186.

Hay que tener también en cuenta el artículo 108.1 J) de la LO 6/85 del Poder Judicial, que establece un dictamen preceptivo del Consejo General del Poder Judicial en todos los anteproyectos de leyes penales, siendo más raro que el anteproyecto de ley penal exija asimismo un dictamen del Consejo de Estado a tenor del artículo 21 de la LO 3180 del Consejo de Estado.

⁹⁶ Hay que tener también en cuenta el artículo 108.1 J) de la LO 6/85 del Poder Judicial, que establece un dictamen preceptivo del Consejo General del Poder Judicial en todos los anteproyectos de leyes penales, siendo más raro que el anteproyecto de ley penal exija asimismo un dictamen del Consejo de Estado a tenor del artículo 21 de la LO 3180 del Consejo de Estado.

hoc podrían ser una buena base⁹⁷. 3. Obligatoriedad de un tercer nivel de actividades de pericia bajo iniciativa del Consejo de Ministros, con los siguientes contenidos: a) Consideración potenciada de los dictámenes preceptivos, asegurándose de que su emisión se prevé para un momento en el que sus propuestas estén a tiempo de tenerse en cuenta, que no tienen vedado sistemáticamente el pronunciamiento sobre cuestiones politicojurídicas, o de oportunidad o conveniencia según la jerga administrativa, a favor de las tecnicojurídicas, y cuyo carácter vinculante no debe negarse en todo caso⁹⁸. b) Expresa toma en consideración de las opiniones de los agentes sociales ya sobrepasados, en concreto, grupos de presión, opinión pública y afectados⁹⁹, a cuyos efectos se deberán utilizar mecanismos ya previstos legalmente para la elaboración de reglamentos¹⁰⁰, como el trámite de audiencia a grupos o asociaciones con fines relacionados con el objeto de la ley, o incluso el trámite de información pública, sin olvidar estudios fiables (**p. 315**) demoscópicos. c) Expresa valoración de la suficiencia del conocimiento experto adquirido durante la elaboración ministerial del anteproyecto, procediéndose a ulteriores estudios en caso contrario. 4. Aseguramiento de que el procedimiento decisional se va a mover en un plano sustancial y no meramente formal, lo que implica: a) la toma en consideración de determinados aspectos materiales¹⁰¹, b) una adecuada secuenciación de la decisión que diferencie entre el análisis de la realidad social existente, los objetivos a perseguir y los medios a disponer para ello¹⁰², c) atender a los resultados de disciplinas especializadas, sea en el ámbito empírico-social o jurídico, d) la concreción y desarrollo de las habituales referencias a necesidad, oportunidad y coste en función de las racionalidades que les sirven de referencia¹⁰³, e) una vinculación expresa de los contenidos técnico jurídico a las racionalidades lingüística y jurídico-formal¹⁰⁴, y f) una motivación individualizada de cada una de las decisiones de cierta relevancia contenidas en la norma propuesta, lo que habría de posibilitar su eventual cuestionamiento en la fase legislativa, además de sentar las bases para impugnaciones posteriores de la validez de la ley¹⁰⁵.

La ausencia de la mayor parte de las exigencias anteriores ha sido patente en actividades legislativas penales fundamentales, como los proyectos gubernamentales de Código penal que se sucedieron en los años ochenta y noventa y que condujeron finalmente al nuevo código.

⁹⁷ Véanse análisis de la problemática de estas comisiones ministeriales de estudio, en PALAZZO, 720 y AMELUNG, 63, 67-70.

⁹⁸ Cabe pensar no sólo en el Consejo General del Poder Judicial sino igualmente en un Consejo de Estado con competencias ampliadas a anteproyectos de ley en general.

⁹⁹ Por éstos se entenderán aquellos sectores de la ciudadanía, mínimamente organizados, que sufran en mayor grado los riesgos de convertirse tanto en victimarios como en víctimas. Véase una crítica, acertada, a la consideración de «los delincuentes» como afectados, en SOTO NAVARRO, 177 nota 187.

¹⁰⁰ Véase al respecto el artículo 24.1 de la Ley del Gobierno.

¹⁰¹ De modo especial un análisis adecuado de la realidad social sobre la que se va a operar, de las necesidades sociales que se pretenden satisfacer y de las consecuencias sociales que se van a derivar de la intervención. Véase también SOTO NAVARRO, 207-209.

¹⁰² Véase una detenida y enriquecida consideración de estos aspectos a partir de los Cuestionarios de evaluación alemanes, en MARTÍN CASALS, 233-250.

¹⁰³ El Cuestionario de evaluación que implanta el Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de enero de 1990 supone un muy limitado acercamiento a estos niveles de racionalidad ética, teleológica y pragmática, pues se centra mayoritariamente en el nivel de la racionalidad jurídico-formal. Sólo unas alusiones a los objetivos del proyecto, en un grupo de cuestiones centradas en problemas sistemáticos, y un tercer grupo de cuestiones especialmente preocupadas por los recursos materiales y personales necesarios para el desarrollo de la norma proyectada, con una vaga referencia al grado de aceptación entre los agentes sociales, apuntan a un nivel de justificación que supere el estrictamente tecnicojurídico.

Sobre las diversas racionalidades que han de estar presentes en el proceso legislativo, y sobre las que espero ocuparme en relación con la legislación penal en otro lugar, véase ATIENZA, 27 ss.

¹⁰⁴ De ello es una buena muestra el Acuerdo de Consejo de Ministros de 18 de octubre de 1991, por más que se limite a problemas de estructura sistemática y cuestiones básicas lingüísticas. Una valoración semejante en LARRAURI PIAOAN, 95. Véase también supra, el Acuerdo 26 de enero de 1990.

Un análisis de ambos Acuerdos, en especial del de 1991, en ABAJO QUINTANA, 125 ss. Véase también su encuadre juridicocomparado en SALVADOR CODERCH (1986), 15-23; (1989), 37-43; MARTÍN CASALS, supra y 255-269.

¹⁰⁵ En relación con esto último se plantea la cuestión, sobre la que ahora no voy a profundizar, de qué se han de entender por «antecedentes necesarios» que, según el artículo 88 CE, deben ser remitidos con el proyecto de ley al parlamento. Véanse opiniones contrapuestas en ABAJO QUINTANA, 146-147; CORONA FERRERO, 53-54, quien ve en esta exigencia constitucional el apoyo positivo de más rango a la necesidad de una correcta técnica legislativa; CANO BUESO, 212-213.

El trabajo básico de los primeros textos, como el proyecto 80 y la propuesta de anteproyecto de 1983, fue realizado por comisiones específicas de penalistas prestigiosos, procedentes tanto de la academia como de la judicatura, sin que en ningún caso participaran profesionales de otro tipo, ni siquiera de profesiones cercanas como criminólogos, forenses, etc. Directrices fundamentales de su actividad fueron acomodar los contenidos del Código penal al corriente estado de la doctrina jurídico-penal, con especial preocupación por atender a las últimas **(p. 316)** tendencias de Derecho comparado; las aportaciones empírico-sociales carecieron en todo momento de una presencia propia, con alguna incidencia ocasional de reflexiones que preocupaban a ciertas agencias aplicadoras de la ley - como fue el caso durante la discusión del proyecto 80 de la preocupación hecha llegar por la policía sobre la conveniencia de rebajar la minoría de edad a los 15 años para abarcar un núcleo significativo de delincuentes -. Los debates sobre los primeros textos no salieron de ese ámbito de profesionales y de aportaciones¹⁰⁶. A medida que nos acercamos a lo que sería el proyecto final el papel decisivo pasa a un núcleo cerrado de personas, en estrecha vinculación con la burocracia gubernamental, aunque sin pertenecer de forma estable a ella, y con las mismas características profesionales que hasta entonces, salvo el hecho de la escasa representatividad profesional de algunos de los intervinientes. Los muy limitados intentos de abrir el debate se dirigieron de nuevo a penalistas académicos y, en menor medida, de la judicatura, como se percibe en la carta de participación enviada por el Ministro de Justicia, de la Quadra Salcedo, a todos los catedráticos de Derecho penal respecto al Proyecto 92, o la reunión con los mismos fines del Ministro de Justicia e Interior, Belloch Julbe, con un número reducido de catedráticos de Derecho penal unas pocas semanas antes de comenzar la andadura parlamentaria del Proyecto 94¹⁰⁷.

Por último, no debe olvidarse que esta etapa prelegislativa es igualmente susceptible de desarrollarse por una vía populista. El supuesto es paralelo al ya analizado en la anterior etapa, pero posee una mayor trascendencia operacional ya que en este caso las iniciativas populistas pueden acceder a la fase legislativa sin necesidad de contar con las burocracias. Para ello es preciso que tales iniciativas estén en condiciones de transformarse en proposiciones de ley.

El ordenamiento español ciega prácticamente tal posibilidad en Derecho penal, al excluir de la iniciativa legislativa popular las materias que hayan de ser objeto de ley orgánica. Por si fuera poco, su regulación es muy restringida, con un mínimo de 500.000 firmas para que se pueda tomar en consideración como proposición de ley; admitida a trámite, aún se le puede impedir su entrada en la fase legislativa deliberante por el Gobierno si estima que supone un aumento de gasto público o una reducción de ingresos, y por el pleno del Congreso si decide no tomarla en consideración. Además, se priva a los promotores de ulteriores intervenciones, de modo que no pueden hacer ante las cámaras una defensa de la proposición, ni pueden retirarla si se desnaturaliza durante la deliberación parlamentaria¹⁰⁸. Sin embargo, como ya hemos tenido ocasión de verlo¹⁰⁹, éste no es el caso de otros ordenamientos, donde una iniciativa legislativa popular puede transformarse en sus propios términos en ley penal. La situación legal española ha de valorarse positivamente. Una ordenación distinta otorgaría estatus legal a la vía populista de legislación penal, con todos los inconvenientes ya vistos, pero acentuados por su mayor virtualidad en esta etapa¹¹⁰.

(p. 317) 4. La fase legislativa

Abarca el conjunto de actuaciones que tienen lugar en el Parlamento desde que se recibe en las Cortes la propuesta legislativa hasta que se aprueba, publica y entra en vigor la ley. Se puede dividir

¹⁰⁶ Una buena prueba de ello es la recopilación de críticas o alternativas hechas a la propuesta de anteproyecto de 1983, realizada por MESTRE-VALMAÑA, *passim*, o la revisión general del mismo texto impulsada por el Ministerio de Justicia en los números 37 a 40 de la revista Documentación jurídica -WAA, *passim*-, entre otras publicaciones.

¹⁰⁷ Véanse CERESO MIR (1994), 142-152; CUERDA RIEZU, 83-85; LARRAURI PIJOAN, 101-104, que recoge las opiniones de Gimbernat Ordeig, uno de los ponentes ministeriales del Proyecto 80.

¹⁰⁸ Véanse, al respecto, artículos 127-129 del Reglamento del Congreso.

¹⁰⁹ Véase lo dicho sobre la ley californiana de «a la tercera va la vencida», *supra* apartado 3.4.2.2.

¹¹⁰ La valoración acabada de expresar no es contradictoria, como espero exponer en otro lugar, con un criterio democrático de legitimación de las concretas decisiones legislativas penales, centrado en las convicciones generales: Aquí de lo que estamos hablando es de garantizar un tratamiento experto de la realidad social y de las intervenciones sociales, sin perjuicio de que la decisión básica deba acomodarse a lo que derive del criterio democrático. De ahí el énfasis puesto en todo momento en no perder el contacto con los agentes sociales ya sobrepasados en esta etapa. Modifico así mi punto de vista expresado en DIEZ RIPOLLÉS (1997), 17 nota 28. Véase una valoración distinta en SOTO NAVARRO, 166-168.

en tres etapas en el Congreso, las de iniciativa legislativa, deliberación y aprobación, a la que habría que añadir una etapa más en relación con la actividad del Senado¹¹¹. Como en la fase anterior, nos interesa un análisis dinámico de todo ese decurso parlamentario, al objeto de identificar los momentos decisivos clave y sus actores, así como su peso relativo frente a las etapas prelegislativas precedentes. Dejaremos, pues, en un segundo plano los aspectos técnicojurídicos.

Podemos ya anticipar una valoración global de toda esta fase, según la cual se confirma el predominio de la etapa prelegislativa gubernamental, no sólo frente a su correspondiente partidista, sino igualmente frente al conjunto de la etapa legislativa. Esta supremacía se concreta a través de dos relaciones constantes que funcionan en direcciones distintas: cuanto mayor sea la mayoría parlamentaria representada en el Gobierno, mayor protagonismo tendrá éste frente al Parlamento. Cuanta más pluralidad ideológica o estratégica muestren el partido o partidos en el Gobierno, menos influencia tendrá la burocracia gubernamental frente a la partidista y al Parlamento¹¹².

4.1. Una iniciativa legislativa

Elementos esenciales de esta etapa son, ante todo, la remisión del proyecto o proposición de ley a la mesa del Congreso por parte de los órganos legitimados para ello, es decir, el Gobierno, el Congreso, el Senado, las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, y el cuerpo electoral a través de la iniciativa popular (art. 87 CE). Además, es condición para la posterior tramitación de las proposiciones de ley, o lo que es lo mismo, de todas aquellas iniciativas no provenientes del Gobierno, que el pleno del Congreso acepte su toma en consideración¹¹³.

Esta etapa es soportada básicamente por los proyectos de ley gubernamentales y las proposiciones de ley congresuales, con muy escasa representación de las proposiciones de ley del Senado, de las Comunidades Autónomas o del cuerpo electoral. En el conjunto de legislaturas que van de 1979 a 2000 los proyectos de ley y proposiciones del Congreso no han constituido nunca menos del 88 por 100, llegando en alguna legislatura al 98 por 100, de todas las iniciativas legislativas¹¹⁴.

Aunque las proposiciones de ley representan un número significativo frente a los proyectos de ley, de forma que desde la legislatura que comenzó en 1986 superan al **(p. 318)** número de proyectos de ley presentados, aquéllas dejan en gran número de ser trascendentes en una temprana fase de la tramitación parlamentaria, más precisamente en el trámite preceptivo de aceptación de su «toma en consideración» por el pleno del Congreso, trámite al que no están sometidos los proyectos de ley. Su grado de descarte está en relación directa con el de la amplitud de la mayoría parlamentaria: en las dos legislaturas que van de 1979 a 1986 se aceptó la toma en consideración de sólo el 26 por 100 de todas las proposiciones presentadas por el Congreso, pero con la importante precisión de que el pase de una legislatura sin mayoría absoluta a otra con ella hizo caer el porcentaje de aceptación del 32 por 100 al 15 por 100¹¹⁵.

Podemos estimar caracteres fundamentales de esta etapa a dos: en primer lugar, el protagonismo de las iniciativas gubernamentales, que se asienta tanto en la tramitación preferencial de los proyectos, exentos de su toma en consideración por las cámaras, frente a las proposiciones, como en la utilización de la mayoría parlamentaria para cercenar las iniciativas que tienen su origen en el Parlamento, lo que explica la diferente potencialidad de tal mayoría según el status cuantitativo que obtenga en la respectiva legislatura.

En segundo lugar, el notable cierre sobre sí misma, al carecer de previsiones respecto a la intervención de otros agentes extraparlamentarios, o incluso interparlamentarios. En efecto, no se prevé un período de información pública ni de audiencia a sectores presumiblemente afectados; tampoco está previsto el pronunciamiento del Senado, ni siquiera en iniciativas con repercusión

¹¹¹ Alude a las tres primeras fases, SOTO NAVARRO, 164.

¹¹² Véanse LOPEZ GARRIDO-SUBIRATS, 36-39, 46-48; CUERDA RIEZU, 78, 80; SOTO NAVARRO, 163-164.

¹¹³ A salvo las proposiciones de ley del Senado, que no precisan de este trámite. Véanse artículos 125 y 126 del Reglamento del Congreso de los diputados.

¹¹⁴ Véanse LOPEZ GARRIDO-SUBIRATS, 42-43; <http://www.congreso.es>.

¹¹⁵ Las tres proposiciones de ley del cuerpo electoral presentadas en la legislatura 1982-1986 no llegaron siquiera a ser sometidas a consideración por el pleno, al ser descartadas ya por la mesa de la cámara por no cumplir los requisitos legalmente establecidos, a tenor del artículo 127 del Reglamento del Congreso. Véanse CANO BUESO, 211-212; LOPEZ GARRIDO-SUBIRATS, 40-41.

territorial; y no se permite la defensa por sus promotores de la proposición de ley de iniciativa popular, aunque sí la de la proposición autonómica por una delegación de la Asamblea correspondiente¹¹⁶. La única excepción la constituye justamente la necesaria conformidad del Gobierno para tramitar cualquier proposición de ley que suponga aumento de gasto público o disminución de ingresos, según el artículo 126.2 del Reglamento del Congreso.

4.2. Una deliberación

En esta etapa, la de mayor significación de esta fase, destacan el plazo de presentación de enmiendas tras la publicación de la iniciativa en el *Boletín oficial de las Cortes*, su remisión a la comisión correspondiente, el debate en el pleno de las enmiendas a la totalidad, la designación e informe de la ponencia, el dictamen de la comisión, y su debate y votación en sesión plenaria.

El trámite de *presentación de enmiendas* está abierto a intervenciones parlamentarias muy diversas, pues aquéllas se pueden formular tanto por parlamentarios individuales como por grupos parlamentarios, si bien se aprecia una tendencia a reducir las iniciativas de los primeros, sea sustrayéndoles la facultad de presentar enmiendas a la totalidad, sea al hacer necesario que toda enmienda individual sea conocida y **(p. 319)** consecuentemente firmada por el portavoz del grupo parlamentario¹¹⁷. En cualquier caso resulta poco plausible entender esta amplia capacidad de enmiendas como un contrapeso a la escasa virtualidad de las iniciativas legislativas parlamentarias: el éxito de las enmiendas depende de ulteriores trámites en los que su potencialidad descenderá de forma pronunciada, salvo cuando complementen la iniciativa gubernamental, por lo que su número terminará con frecuencia sólo reflejando el grado en que se quiere mostrar la oposición a la iniciativa legislativa en curso. Esto es todavía más válido respecto a las enmiendas a la totalidad, las cuales pretenden escenificar la oposición a las iniciativas gubernamentales o de la mayoría parlamentaria¹¹⁸.

La *remisión* del proyecto o proposición a la comisión correspondiente origina expectativas de una intervención parlamentaria más autónoma, de carácter experto, y con apertura a otros agentes sociales. Para que eso sea posible, las comisiones deben tener ciertas características orgánicas y determinadas competencias funcionales¹¹⁹. En cuanto a lo primero, han de ser permanentes y estar especializadas por asuntos, deben tener una composición estable de miembros, escogidos por sus capacidades en la materia respectiva, y debe ser obligada la ausencia de representantes gubernamentales, salvo cuando sean llamados, y posible el debate a puerta cerrada. En lo concerniente a lo segundo, han de poder recabar comparecencias de especialistas, desde representantes o funcionarios del Gobierno hasta cualesquiera expertos o agentes sociales que se considere que tienen algo que decir, y deben estar en condiciones de realizar directamente actividades de recopilación de información y de análisis, lo que sin duda exige ciertos márgenes temporales y una mínima infraestructura de personal¹²⁰. Todo ello se ve claramente potenciado si se prevé que las comisiones puedan tener competencia legislativa plena en algunas materias¹²¹.

Aunque el sistema parlamentario español dispone de la mayor parte de estos requisitos, no parece que se hayan aprovechado sus oportunidades. Hay algunas razones de ello.

La competencia legislativa plena padece de unas limitaciones importantes. Ante todo no tiene competencias, entre otras materias, en leyes orgánicas, con lo que prácticamente deja fuera las materias penales, y, además, el pleno puede en muy diversos casos reasumir sus competencias

¹¹⁶ Véase artículo 127 del Reglamento del Congreso de los Diputados. Véanse también LOPEZ GARRIDO-SUBIRATS, 40-41; SOTO NAVARRO, 164-168, 175.

¹¹⁷ Véanse artículos 110.3 y 1 del Reglamento del Congreso. Véase LOPEZ GARRIDO-SUBIRATS, 46.

¹¹⁸ Con un impacto comunicativo igual, o incluso mayor, que el de las proposiciones de ley presentadas por minorías parlamentarias -véase supra-. Véanse también CANO BUESO, 213-215; SOTO NAVARRO, 168-169.

¹¹⁹ Véase también SOTO NAVARRO, 169-170.

¹²⁰ Críticamente respecto a la experiencia alemana de audiciones de expertos en comisiones parlamentarias, debido a que es un momento procesal excesivamente tardío donde ya se lucha políticamente por sacar adelante un proyecto legal sin interés real en ilustrarse sobre el tema, y a que el contacto es muy superficial, AMELUNG, 66.

¹²¹ Como sucede en nuestro ordenamiento mediante el artículo 75.2 y 3 de la Constitución, desarrollado por los artículos 148 y 149 del Reglamento del Congreso.

delegadas¹²². Lo anterior relativiza, por tanto, la opción por un aprovechamiento mayor de esta posibilidad¹²³.

El trámite de *ponencia* ha robado un importante protagonismo a las actuaciones directas de la comisión, convirtiéndose en el elemento decisivo del conjunto de **(p. 320)** actividades de esta última. Una muestra de ello es que en ocasiones consume más tiempo que el resto de toda la fase legislativa, incluido el estudio en el Senado, por más que, significativamente, hay una relación inversa entre tiempo de estudio en la ponencia y cuantía de la mayoría parlamentaria¹²⁴.

Este trámite constituye, desde luego, un buen momento para reforzar la autonomía parlamentaria, dado que es en él donde se deciden la mayor parte de las modificaciones de la iniciativa legislativa que van a incorporarse al dictamen de la comisión¹²⁵, y que su funcionamiento informal y discreto permite todo tipo de negociaciones y transacciones sin temor a controles rígidos de otras instancias¹²⁶. Pero pierde elementos de pericia y de apertura a agentes sociales externos, ya que la elección de los ponentes se realiza por los grupos parlamentarios primariamente en función de su capacidad para expresar las directrices políticas respectivas¹²⁷, y las posibles consultas a agentes externos suelen estar fuertemente condicionadas por afinidades personales o políticas.

En cualquier caso, el período de trabajo de la comisión y su ponencia constituye el momento procedimental decisivo de toda la fase legislativa, aquél, por consiguiente, en el que debieran centrarse los esfuerzos para incrementar los componentes de racionalidad.

A tales efectos debiera profundizarse en el fomento de la competencia legislativa plena en ciertas leyes penales o de desarrollo de leyes penales. Ciertamente no convendría sustraer al pleno el establecimiento del catálogo de delitos y de sus correspondientes penas, la determinación del sistema básico de responsabilidad, o el sistema de penas. Pero sí sería adecuado reservar para las comisiones un buen número de decisiones, tales como la formulación de tipos especialmente complejos, la configuración de los aspectos más técnicos del sistema de responsabilidad, y buena parte del sistema de ejecución de penas.

Por otro lado, debieran impulsarse y desarrollarse reglamentariamente, si fuere preciso, las actividades de pericia y audiencia de agentes sociales que podrían ser llevadas a cabo por las comisiones. Una vía sería el obligatorio acompañamiento al dictamen de la comisión de determinados estudios sobre impacto social, costes económicos, viabilidad... de la iniciativa legislativa, estudios que debieran realizarse en sede parlamentaria en contraste a los aportados por los promotores, por lo general gubernamentales, de la iniciativa legislativa. Sería sensato no exigirles el detalle y minuciosidad que debieran tener estos últimos, pero deberían estar en condiciones de funcionar como una validación de los trabajos contenidos en la iniciativa legislativa¹²⁸.

(p. 321) El momento para potenciar la relevancia de las comisiones es propicio, pues ya se han asegurado un papel determinante en toda la fase legislativa¹²⁹. Prueba de ello es el continuado incremento, a lo largo de las sucesivas legislaturas, del número de sesiones de las comisiones y del

¹²² Véanse artículos citados en nota precedente.

¹²³ Por ejemplo, si en la legislatura 1979-1982 se dieron 46 casos, éstos fueron 74 en la 1982 a 1986. Véase LOPEZ GARRIDO-SUBIRATS, 44.

¹²⁴ A juzgar por las legislaturas de 1979-1982 y 1982-1986, sin y con mayoría absoluta de un partido respectivamente. Véase LOPEZ GARRIDO-SUBIRATS, 43-44.

¹²⁵ Hasta el punto que de ella suele surgir un texto legal alternativo resultado de la incorporación de las enmiendas que se han considerado pertinentes. Véanse DURÁN-REDONDO, 260-261; LOPEZ GARRIDO-SUBIRATS, 43.

¹²⁶ Véase un acertado análisis en DURÁN-REDONDO, 249 ss. Destacan también su relevancia, CANO BUESO, 215-218; LOPEZ GARRIDO-SUBIRATS, 43.

¹²⁷ Así, no es extraño que los ponentes de la mayoría estén en directo contacto y continua consulta con los promotores, generalmente gubernamentales, de la iniciativa. Sobre su componente político, véanse DURÁN-REDONDO, 254-256; CANO BUESO, 217.

¹²⁸ Véase una enérgica propuesta de introducción de actividades de información y pericia en las comisiones, en CANO BUESO, 218-221; también DURÁN-REDONDO, 263, respecto a la ponencia. En general, sobre la escasa consideración de los que él llama «intereses externos» en la fase legislativa, FLOERECIË, 352-354.

¹²⁹ Proponen reformas que hagan más operativas las comisiones y la ponencia, DURÁN-REDONDO, 239, 258, 263-264, con especial referencia a la inconveniencia de que, en virtud del artículo 64.1 del Reglamento del Congreso, estén autorizados a asistir los medios de comunicación.

tiempo de su actividad¹³⁰, por más que, como más singularmente hemos visto para la ponencia, parece apuntarse una relación inversa entre el incremento de la actividad de las comisiones y la cuantía de la mayoría parlamentarias¹³¹.

El *debate en el pleno* de la cámara¹³² es un trámite de muy diversa relevancia según los casos, pudiendo ser una mera formalidad, con rechazo de todas las enmiendas persistentes y mantenimiento del dictamen de la comisión, o bien suponer un momento clave para la obtención de compromisos al más alto nivel. Parece existir una relación inversa entre cuantía de la mayoría parlamentaria y trascendencia de las deliberaciones plenarias¹³³. De todos modos, la amplitud del colectivo decisor y las normas de procedimiento hacen difícil en este estadio un replanteamiento general de la iniciativa legislativa, teniéndose que conformar con modificaciones aisladas, por más que puedan ser relevantes.

4.3. Una aprobación

El momento de aprobación de la ley muestra diáfano de nuevo la relevancia de las iniciativas gubernamentales frente a las parlamentarias. El número de estas últimas aprobadas es claramente inferior al de las primeras, con una regla de relación inversa entre cuantía de la mayoría parlamentaria y número de iniciativas parlamentarias aprobadas. Así, en las legislaturas con mayoría absoluta las proposiciones de ley parlamentarias aprobadas no superan el 7 por 100 del número de proyectos de ley aprobados, cifra que oscila entre el 9 por 100 y el 16 por 100 en legislaturas con mayorías inferiores¹³⁴.

Una garantía de racionalidad no desdeñable es la consolidación de la práctica política de que todas las decisiones legislativas penales sean objeto de ley orgánica: la consecuente mayoría absoluta necesaria para su aprobación implica que han de contar con un amplio apoyo parlamentario, de especial relevancia en legislaturas sin **(p. 322)** mayoría absoluta. Esta situación, reflejo adecuado del hecho que las leyes penales deben regular presupuestos básicos para la convivencia, se ha alcanzado de facto, dado que no es constitucionalmente obligado que todas las leyes penales se tramiten como leyes orgánicas, aunque sí una buena parte de ellas¹³⁵.

4.4. La intervención del Senado

El debate y aprobación en el Senado, y su eventual convalidación por el Congreso, es una etapa legislativa secundaria, en correspondencia con el escaso papel legislativo que desempeña la cámara alta¹³⁶. Ello se refleja en un conjunto de previsiones constitucionales, como la tramitación previa de todos los proyectos y de todas las proposiciones de ley, incluidas las del Senado, en el Congreso, las limitaciones temporales en su actividad a que está sometido, o la posibilidad de levantar los vetos y enmiendas del Senado en el Congreso¹³⁷. Y se plasma, como no podía ser menos, en la práctica parlamentaria, en la que el número de proposiciones de ley senatoriales suele ser claramente inferior

¹³⁰ Si en la legislatura 1982-1986 hubo 564 sesiones, éstas casi se habían duplicado en la legislatura 1996-2000. A su vez, el tiempo empleado fue de 2.158 horas en la legislatura 1982-1986 frente a las 3.584 horas de la legislatura 1996-2000. <http://www.congreso.es>.

¹³¹ De forma que los niveles de actividad en comisiones se muestran especialmente altos en las legislaturas sin mayoría absoluta que van de 1989 a 2000. <http://www.congreso.es>. FLOERECHE, 348, 350-351, establece en Alemania una relación inversa entre el grado de politización de la iniciativa legislativa y la actividad de las comisiones, expresando así que una ley muy cuestionada se resuelve en las cúpulas de los partidos minimizando la actividad deliberativa.

¹³² Una vez entregado el dictamen de la comisión a la presidencia de la cámara y haber procedido ésta a elevarlo al pleno junto con los votos particulares y enmiendas que los grupos parlamentarios quieren defender.

¹³³ Véase LOPEZ GARRIDO-SUBIRATS, 44.

¹³⁴ Véanse cifras en <http://www.congreso.es>; LOPEZ GARRIDO-SUBIRATS, 40-41.

¹³⁵ Véase por todos CERESO MIR (1997), 152-153.

¹³⁶ Véase también LOPEZ GARRIDO-SUBIRATS, 35, 44-45.

¹³⁷ Véanse artículos 88, 89.2, 90.2 y 3 de nuestra Constitución. Véase también SOTO NAVARRO, 172.

a las congresuales, y el porcentaje de leyes aprobadas con modificaciones del Senado no suele ser alto¹³⁸.

Se ha establecido una relación directa entre número de leyes aprobadas con modificaciones senatoriales y cuantía de la mayoría parlamentaria, ya que se aprovecha por el grupo mayoritario el trámite del Senado para introducir variaciones a las que no se les quiere dar excesiva visibilidad, sea por su carácter polémico, sea porque corrigen defectos percibidos en la discusión plenaria congresual¹³⁹.

5. La fase postlegislativa

La fase postlegislativa está compuesta por el conjunto de actividades de evaluación de los diversos efectos de la decisión legal tras su entrada en vigor, y perdura hasta el momento en que se cuestiona de modo socialmente creíble su adecuación a la realidad social o económica que pretende regular. En ese momento se inicia una nueva fase prelegislativa.

El concepto de efectos a evaluar se ha de entender en sentido amplio, referido a cualesquiera de los objetivos perseguidos por las diversas racionalidades de la ley, sin que proceda limitarlos a los más visibles, propios generalmente de la racionalidad pragmática¹⁴⁰, pues los de otras racionalidades pueden ser igual o más relevantes¹⁴¹. **(p. 323)** Se han de incluir igualmente aquellos efectos relacionados con alguna de las diversas racionalidades que, sin ser objetivo de la ley, se han producido, con independencia de si han sido en mayor o menor medida previstos o han resultado imprevistos. La evaluación, lógicamente, ha de atender tanto los efectos presentes como los ausentes¹⁴².

Se pueden distinguir tres etapas en esta fase, la de activación, la de evaluación y la de transmisión.

5.1. La activación de un interés

Esta etapa es especialmente relevante en el tramo del procedimiento legislativo en el que nos encontramos, pues la limitada o inexistente institucionalización de una fase evaluadora de las decisiones legislativas¹⁴³ hace que su configuración e incluso su misma existencia quede a merced de este momento. Se trata de que ciertos agentes sociales suficientemente influyentes se muestren interesados en conocer las consecuencias de la intervención legislativa correspondiente.

Hay una serie de *condiciones sociales genéricas* favorecedoras de la aparición y correspondiente actuación de tales agentes sociales: ante todo, debe estar socialmente extendida la creencia de que las intervenciones penales son capaces de modificar la realidad social. Asimismo la comunidad debe haber interiorizado pautas de exigencia de responsabilidad por los efectos sociales producidos, y sus representantes han de mostrar disponibilidad para asumir tales responsabilidades. Y ha de existir una cierta tradición tecnocrática de examinar los resultados de las intervenciones sociales¹⁴⁴.

También la *decisión legislativa penal* ha de estar en posesión de ciertas cualidades para motivar a su evaluación. Podemos señalar, entre otras, tres:

¹³⁸ Si en la legislatura 1979-1982 fue del 30 por 100, en la de 1982-1986 llegó al 50 por 100. Por el contrario, en esas mismas legislaturas el porcentaje de proposiciones senatoriales frente a congresuales aprobadas es favorable a las primeras. Véase LOPEZ GARRIDO-SUBIRATS, 45.

¹³⁹ Véase LOPEZ GARRIDO-SUBIRATS, 45.

¹⁴⁰ Por ejemplo, la efectiva reducción de las tasas de cierta delincuencia, o el grado en que se han puesto en marcha los medios materiales o personales precisos para ejecutar la decisión legislativa.

¹⁴¹ Por ejemplo, la confirmación de que se ha eliminado una laguna de impunidad, o que se han pasado a tratar de forma desigual comportamientos hasta entonces tratados de la misma manera.

¹⁴² Véase una definición de evaluación legislativa próxima en OSES ARANDO, 282-283, 285-287; en general, una clasificación de tipos de evaluación en BARBERET, 110-111.

¹⁴³ Véanse algunas referencias sobre la situación en otros países de nuestro entorno en OSES ARANDO, 285, 288.

¹⁴⁴ Algo que en España en el campo politicocriminal; sólo en tiempos recientes ha empezado a apreciarse, y de forma esporádica: aspectos jurídico-penales del plan nacional de drogas, plan nacional de malos tratos domésticos o plan policía 2000. Véanse BARBERET, 116-117; LARRAURI PIJOAN, 105; STANGELAND (1998), 211.

En primer lugar, ha de ser una ley *evaluable*¹⁴⁵: a mi juicio, las leyes simbólicas son en principio, y en contra de lo que a veces se sostiene, susceptibles de evaluación. Ciertamente ello exige una adecuada identificación de los objetivos pretendidos, por muy incorrectos políticamente que nos parezcan, y un especial cuidado en incluir en el análisis el estudio de los otros efectos producidos o ausentes. Con todo, algunas pueden ser difícilmente evaluables, en especial las que se agotan en su propia creación, como es el caso de las leyes reactivas o de compromiso¹⁴⁶.

En segundo lugar, la ley ha de tener en sí misma *virtualidad para suscitar* (p. 324) interés evaluativo: hay leyes que carecen de esa capacidad. Entre ellas se podrían citar las leyes *sobrelegitimadas*, esto es, leyes en las que el exceso de legitimación que ha acompañado su creación neutraliza un posterior interés social en ser evaluadas. El fenómeno es apreciable en leyes masiva y prolongadamente demandadas, a las que los esfuerzos desplegados en su elaboración parecen dispensar de su evaluación posterior. O leyes cuya existencia y contenido están directamente determinados por instancias cuya decisión no puede o no conviene cuestionarse¹⁴⁷. También es perceptible en leyes que se han desenvuelto por la vía populista, vía que implícitamente parte de una legitimación superior vinculada al ejercicio de la democracia directa.

Este último fenómeno se dio con nitidez tras la implantación de la ley californiana de «a la tercera va la vencida»: a cuatro años de su entrada en vigor, en 1999, se planteó por los legisladores demócratas una iniciativa legislativa para financiar una evaluación de sus efectos, iniciativa que chocó con una fuerte resistencia republicana. Los partidarios de la evaluación la veían como una forma de cuestionar la pretendida eficacia de la ley, mientras que los motivos de los opositores eran fundamentalmente dos, uno explícito y otro implícito: Por lo que se refiere al primero, se afirmaba que no tenía sentido que se pusiera en riesgo la creencia general en su eficacia - temor que realmente no era muy fundado pues las creencias en la eficacia de una ley con tanto apoyo popular no son fáciles de conmovir -, en cuanto al segundo, se suponía que el mero cuestionamiento de su eficacia ya constituía una agresión a las creencias que la sustentaban. Lo cierto es que, aunque la ley para evaluar finalmente se aprobó, el gobernador la vetó alegando que era dudoso que fuera a producir más información útil que la ya disponible¹⁴⁸.

En tercer lugar, la ley ha de estar *pendiente de evaluar*, lo que no siempre es el caso incluso en leyes recién aprobadas. Así, entre estas últimas, las que podríamos denominar *leyes preevaluadas* no cumplen ese requisito: son leyes que han sido aprobadas con una fuerte oposición de agentes sociales o parlamentarios significativos, y cuya modificación se ha convertido desde su entrada en vigor, o incluso antes, en programa de acción de tales agentes. Tales circunstancias hacen que la ley propiamente pase de la fase legislativa a una nueva fase prelegislativa. La continuidad de esta última fase se podrá dar o no, para lo que será especialmente trascendente el hecho de si los agentes sociales insatisfechos sustituyen a los impulsores de la ley en fases clave del proceder legislativo.

Un ejemplo extrapenal claro en España han sido las dos reformas de la ley de extranjería del año 2000, consecuencia la segunda de la incapacidad de la minoría parlamentaria mayoritaria de sacar adelante sus tesis en la fase legislativa de la primera ley.

Los agentes sociales activadores pueden ser de muy distinta naturaleza. *Rutinas internas* institucionalizadas, como los servicios de la administración encargados de realizar de manera sistemática la evaluación de las leyes: pertenecerán por lo general (p. 325) a sectores del ejecutivo conectados con los encargados de su puesta en práctica¹⁴⁹, y presentan el inconveniente de su

¹⁴⁵ Véase este problema, con algunos ejemplos, en BARBERET, 110.

¹⁴⁶ Véase sobre estos conceptos DIEZ RIPOLLÉS (2001), 16-20. Parece apuntar a la inevaluabilidad en general de la legislación simbólica, BARBERET, 110; no así LARRAURI PIJOAN, 99-100. Ya me manifesté en general a favor de su evaluabilidad, en CEREZO DOMINGUEZ, 135-136.

¹⁴⁷ Se tratará de leyes penales derivadas de decisiones de la Unión Europea de distinto rango o de convenios internacionales. Piénsese, entre otros casos, en el reciente delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales (art. 445 bis) o, con mucha más trascendencia, en buena parte del contenido de los delitos relativos a drogas o de blanqueo de capitales. Permítaseme esta referencia, aunque ya he señalado supra que la dinámica de estas leyes no la iba a considerar en este trabajo.

¹⁴⁸ Véanse ZIMRING-HAWKINS-KAMIN, 220-222.

¹⁴⁹ Aunque no habría que renunciar a su localización en el legislativo o en el judicial. Véase una decidida propuesta para anclar las labores de evaluación en el Parlamento, en OSES ABANDO, 279 ss. También CANO BUESO, 220. Sobre las labores de evaluación desde el poder judicial, véase infra lo que se dice del Consejo general del poder judicial.

dependencia política¹⁵⁰. *Rutinas externas* institucionalizadas, como centros y personal dedicados a la investigación social en universidades u otras instituciones públicas o semipúblicas: no se les podrá pedir por lo general que se activen de manera sistemática, no suelen realizar análisis comprensivos de todas las racionalidades sino sólo de aquellas que más les interesan - análisis jurídicos, o sociológicos...-, y mostrarán con frecuencia una clara dependencia financiera de fuentes externas. *Instituciones promotoras*, es decir, organismos institucionales que fomentan la realización de estudios mediante la elección de los temas y su financiación: la frecuencia con que lo hacen y la elección de los temas suelen estar muy condicionados por factores coyunturales¹⁵¹, lo que hace que normalmente no sean agentes impulsores de evaluación sistemáticos, sino ocasionales y contingentes¹⁵², y que la oportunidad política desempeñe un papel excesivo. *Grupos de presión*, para los que la intervención social afecta de un modo u otro sus intereses, a la búsqueda de la legitimación de éstos. *Expertos o centros expertos* no institucionalizados, compuestos por profesionales activos en alguna o algunas de las áreas competentes para la evaluación, generalmente centrados en ciertas racionalidades, y a los que impulsan sus pretensiones de obtener o consolidar ingresos económicos, o sus deseos de reafirmar su *status* o competencias profesionales. *Medios de comunicación* semiexpertos, determinados por el interés mediático del objeto de la intervención social o sus resultados, y que dirigirán su análisis hacia los puntos de interés correspondientes. *Agentes populistas*, en especial grupos de presión de víctimas, que actuarán impulsados por la búsqueda o reafirmación de su equilibrio emocional.

5.2. La evaluación

Tomada la decisión de evaluar una decisión legislativa penal, se ha de contar con los medios personales, materiales y metodológicos para llevarla a cabo.

En cuanto a los *medios personales*, se pueden señalar ciertos caracteres de la evaluación legal penal española: la *disponibilidad de profesionales* es muy diversa según las racionalidades a considerar, pues si las racionalidades lingüística, jurídicoformal o ética cuentan con una masa gris de profesionales del derecho suficiente y atenta a las reformas legales, otros profesionales que han desarrollado una importante labor en las racionalidades pragmática o teleológica, aunque existen, están desconectados o poco conectados con la problemática de las intervenciones legislativas (p. 326) penales. La inexistencia de disciplinas autónomas que dirijan directamente su conocimiento experto al fenómeno de la delincuencia es una de las causas - el escaso reconocimiento social y académico del criminólogo es un ejemplo paradigmático -, la escasa apertura de las instituciones sociales que se ocupan de la creación y aplicación del derecho a profesionales no juristas es otra¹⁵³. Asimismo la *actuación coordinada* de profesionales diversos carece por lo general de estructuras funcionales en las que localizarse. Hay pocos servicios administrativos, institutos universitarios, despachos profesionales; departamentos de investigación periodística... con estructura realmente disciplinar en materias que tengan que ver con la delincuencia y la legislación penal, sin contar su escasa tradición¹⁵⁴. Finalmente, en ciertos casos la *actuación profesional de acuerdo a objetivos externos* está muy poco desarrollada; ello es especialmente significativo en el ámbito universitario, donde la elección de las actividades expertas a realizar está sustancialmente regida por las perspectivas de progreso en la carrera académica, y no por las demandas sociales a satisfacer con la pericia obtenida.

En lo que concierne a los medios materiales, se aprecian igualmente ciertas limitaciones: hay poca tradición de asignar partidas presupuestarias para la evaluación de intervenciones penales

¹⁵⁰ Véanse también, con algunos ejemplos, BARBERET, 120; OSES ABANDO, 280-281, 287.

¹⁵¹ Jugará, por ejemplo, un importante papel el grado en que la decisión legislativa y sus efectos afecte o pueda afectar a sus intereses funcionales o sus competencias.

¹⁵² El Consejo General del Poder Judicial está mostrando muy recientemente indicios de conversión en una institución de fomento sistemático de la evaluación legislativa: Así lo apuntan las iniciativas evaluativas sobre la ley del jurado, el nuevo Código penal, y la ley del menor. Véase también la entrevista a Giménez-Salinas en LARRAURI PIJOAN, 105.

¹⁵³ Véanse LARRAURI PIJOAN, 105-106; BARBERET, 108.

¹⁵⁴ Véase en general sobre la unilateralidad de los enfoques evaluatorios legales en diferentes países, OSES ABANDO, 283.

legislativas¹⁵⁵, y no hay precedentes de una ley penal que lleve incorporada una partida presupuestaria para proceder a su evaluación, ni partidas presupuestarias finalistas en el Ministerio de Justicia, Consejo General del Poder Judicial u organismos semejantes destinadas a tal fin¹⁵⁶. Existen escasas instalaciones diseñadas para el desenvolvimiento en ellas de estudios de evaluación de leyes, en paralelo a la inexistencia de estructuras funcionales profesionales, lo que impide la acumulación de experiencias, materiales, bases de datos propias, etc., con la correspondiente optimización de recursos.

Las *carencias metodológicas* son importantes: ante todo, falta lo que podríamos llamar un *sustrato experimental no programado* sobre el que edificar las evaluaciones concretas; a este respecto la laguna más importante es la pobreza de nuestras estadísticas policiales y judiciales sobre la delincuencia¹⁵⁷; pero también llama la atención la ausencia de series de encuestas de victimización, autoinformes u otros instrumentos cuantitativos, respecto a los que se carece de cualquier programación nacional y autonómica, por lo que se depende de estudios aislados, por lo general con contenidos no homologables; las carencias se incrementan cuando intentamos disponer de indicadores no estrictamente delincuenciales pero con directas aplicaciones politicocriminales, como indicadores perceptuales, de calidad de vida, económicos, de consistencia decisonal, de eficiencia administrativa, los cuales resultan imprescindibles para cubrir adecuadamente el conjunto de racionalidades y su correspondiente (p. 327) riqueza expresiva¹⁵⁸. A ello se une la ausencia de: *referencias experimentales* sobre las decisiones legislativas concretas; no se suele disponer de evaluaciones previas sobre los parámetros sociales sobre los que quiere incidir la ley, que permitirían comparaciones precisas con los efectos actualmente producidos; esta carencia se refleja especialmente en el carácter formal o superficial con el que satisfacen las exigencias legales sobre necesidad, oportunidad y coste de la ley en la última etapa prelegislativa y en la fase legislativa¹⁵⁹, y en el carácter retórico y, por lo general, meramente descriptivo de los contenidos de la norma, propio de las Exposiciones de motivos; mucho menos se procede a la realización de estudios piloto que permitieran prever la corrección de las medidas legales consideradas, algo que, si bien pudiera plantear problemas en leyes creadoras de delitos o penas, es aproblemático y útil en reformas sobre ejecución de penas¹⁶⁰.

Tampoco se pueden ignorar los *déficit de experimentalidad* inherentes al carácter penal de la decisión legislativa, que impedirá regularmente la realización de experimentos propiamente dichos, esto es, aquellos en los que se contraponen un grupo experimental y otro de control, dado que tropezarán con diversos principios como el de legalidad o proporcionalidad, debiéndose concentrar en la realización de cuasiexperimentos a partir de series cronológicas de medidas¹⁶¹. Y presentes han de tenerse igualmente los *sesgos* inherentes a ciertas evaluaciones, como aquellas que no pretenden ser expertas, al ser impulsadas por agentes sociales interesados en destacar aspectos llamativos para la opinión pública, o que tienen conclusiones prefijadas, debido a su integración en estrategias políticas o de grupos de presión, o que renuncian a incluir componentes participativos, como la visión de los afectados o de las instituciones encargadas de la aplicación de la norma¹⁶².

5.3. La transmisión de resultados

Realizada la evaluación, es primordial una *formulación contextualizada* de los resultados obtenidos, más allá de la imprescindible referencia a los índices de fiabilidad o validez de los hallazgos. Así, hay que huir en lo posible de la jerga académica o administrativa; evitar formulaciones política o

¹⁵⁵ El Plan nacional de drogas desde los años ochenta marcó una inflexión al respecto, que benefició a ciertos estudios sobre la delincuencia, y otros planes, como el de violencia doméstica, han seguido en menor medida su estela.

¹⁵⁶ Sin perjuicio de partidas genéricas destinadas a estudios o informes.

¹⁵⁷ Sin que se puedan equiparar las primeras, mucho más desarrolladas, a las segundas, ni ignorar las novedades que se están intentando introducir en la recogida cuantitativa de los datos judiciales.

¹⁵⁸ Véanse, entre otros, BARBERET, 115-116; STANGELANO (1995), 803 ss. (2001), 16-18, 21-22 y, en general, las contribuciones del libro colectivo DIEZ RIPOLLÉS-CEREZO DOMNGUEZ (eds.), *passim*.

¹⁵⁹ Véase lo señalado supra.

¹⁶⁰ Véanse alusiones a su inexistencia en relación al nuevo Código penal y su discreta presencia en la ley penal del menor, en LARRAURI PIJOAN, 103, 105.

¹⁶¹ Por más que aquéllos no deban excluirse en ámbitos en los que existe discrecionalidad, como en la ejecución de penas. Véase también BARBERET, 112-115.

¹⁶² Véase, respecto a esto último, BARBERET, 119.

profesionalmente agresivas que enajenen la atención de sectores decisores influyentes, aunque sin perjuicio, obviamente, de poner de manifiesto las realidades descubiertas; y se han de incluir recomendaciones de acción, con eventual inclusión de alternativas si presuponen determinadas opciones valorativas¹⁶³.

Debe asimismo garantizarse una *adecuada difusión* de los resultados, que no deberán circular por circuitos de confidencialidad incluso si lo descubierto es potencialmente (p. 328) alarmante para la sociedad. Lo contrario supone renunciar a una elaboración democrática, que no populista, de las leyes e ignorar que la alarma social se combate con argumentos y medidas lo más efectivas posible, y no con menoscabos al debate público. En la práctica, de todos modos, resultados afectantes a ciertas racionalidades o a ciertos componentes de ellas sólo interesarán a sectores determinados y terminarán difundiendo predominantemente en circuitos de comunicación expertos.

Finalmente, se accede a la *evaluación de la evaluación*: Los resultados obtenidos se introducen en la arena pública, y quedan sujetos a todo tipo de interpretaciones e instrumentalizaciones por los diferentes agentes sociales, con vistas a la consolidación o no de la opinión de que existe una disfunción social que exige nuevas medidas legislativas, con lo que se cierra el círculo del proceder legislativo.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABAJO QUINTANA, J. J. (1994): «Directrices sobre la forma y estructura de los anteproyectos de ley: antecedentes y finalidad», en CORONA-PAU-TUDELA (coords.), *La técnica legislativa a debate*, Tecnos.
- AMELUNG, K. (1980): «Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*.
- ATIENZA, M. (1997): *Contribución a una teoría de la legislación*, Cívitas.
- BARBERET, R. (2001): «Evaluación de reformas penales y planes de prevención», en *Los problemas de la investigación empírica en criminología*, DIEZRIPOLLÉS-CEREZO DOMÍNGUEZ (eds.).
- BECK, U. (1998): *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós.
- BERK-BRACKMAN-LESSER (1977): *A measure of justice: An empirical study of changes in the California Penal Code, 1955-1971*, Academic Press.
- BILSKY, W (1999): «Miedo al delito, victimización criminal y la relación miedo-victimización», en *Estudios de criminología. II*, ARROYO-MONTAÑÉS-RECREA (coords.), Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- CALSAMIGLIA (1993): «¿Debe ser la moral el único criterio de legislar?», *Doxa*, n.º 13.
- CANO BUESO, J. (1994): «Cuestiones de técnica jurídica en el procedimiento legislativo del Estado social», en CORONA-PAU-TUDELA (coords.): *La técnica legislativa a debate*, Tecnos.
- CARBONELL-PEDROZA (coords.) (2000): *Elementos de técnica legislativa*, UNAM.
- CEREZO DOMÍNGUEZ (2001): «Relación de debates», en *Los problemas de la: investigación empírica en criminología*, DÍEZ RIPOLLÉS-CEREZO DOMÍNGUEZ (eds.).
- CEREZO MIR, J. (1994): *Curso de derecho penal español. Parte general. I. Introducción. Teoría jurídica del delito/1*, 4.ª ed., Tecnos.
- CEREZO MIR, J. (1997): *Curso de derecho penal español. Parte general. 1. Introducción*, 5.ª ed., Tecnos.
- COBB-ELDER (1983): *Participation in American Politics: The Dynamics of Agenda-Building*, 2.ª ed., John Hopkins University Press.
- CORONA FERRERO, J. M. (1994): «En torno al concepto de técnica legislativa», en CORONA-PAU-TUDELA (coords.), *La técnica legislativa a debate*, Tecnos.
- CORONA-PAU-TUDELA (coords.) (1994): *La técnica legislativa a debate*, Tecnos.

¹⁶³ Véase también BARBERET, 119-120.

- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (1997): «El bien jurídico protegido en un derecho penal garantista», *Jueces para la democracia*, n.º30.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (1998): «Exigencias sociales y política criminal», *Claves de razón práctica*, n.º 85.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (2001): «El derecho penal simbólico y los efectos de la pena», *Actualidad penal*.
- DÍEZ RIPOLLÉS-CEREZO DOMÍNGUEZ (eds.) (2001): *Los problemas de la investigación empírica en criminología. La situación española*, Tirant lo Blanch.
- DURAN ALBA-REDONDO GARCÍA (1994): «Disfunciones de la ponencia en el procedimiento legislativo», en CORONA-PAU-TUDELA (coords.), *La técnica legislativa a debate*, Tecnos.
- EDELMAN, M. (1988): *Constructing the political spectacle*, University of Chicago Press.
- ESCGHOTADO, A. (1992): *Historia de las drogas*, tomos 2 y 3, 3ª ed., Alianza editorial.
- FERRAJOLI, L. (1990): *Diritto e ragione*, Editor Laterza.
- FLOERECHE (1992): *Anatomie der Straugesetzgebung*, Centaurus-Verlagsgesellschaft. Pfaffenweiler.
- GARLAND, D. (2001): *The culture of control. Crime and Social Order in Contemporary Society*, The University of Chicago Press.
- GARRIDO-STANGELAND-REDONDO (1999): *Principios de criminología*, Tirant lo Blanch.
- GRETEL (1986): *La forma de las leyes*, Bosch.
- GRETEL (1989): *Curso de técnica legislativa*, Centro de Estudios Constitucionales.
- HABERMAS, J. (1994): *Faktizität und Geltung*. 4. Aufl. Suhrkamp Verlag.
- HALE, C. (1996): «Fear of crime: a review of the literature», *International Review of Victimology*.
- HASSEMER-STEINERT-TREIBER (1978): *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts*, Bd. 111, *Strafrecht*, C. H. BECK.
- HIRSCH, A. VON (1998): *Censurar y castigar*, Trotta.
- JEREZ MIR, M. (2000): «Los grupos de presión», en *Manual de ciencia política*, DEL ÁGUILA (ed.), 2ª ed., Trotta.
- KILLIAS, M. (1991): *Précis de criminologie*, Editions Staempfli.
- LARRAURI PUOAN, E. (2001): «Aportación de las ciencias sociales a la elaboración de reformas en la legislación penal», en *Los problemas de la investigación empírica en criminología*, DIEZ RIPOLLÉS-CEREZO DOMÍNGUEZ (eds.), Tirant lo Blanch.
- LÓPEZ GARRIDO-SUBIRATS (1990): «El proceso de toma de decisiones legislativas. Las relaciones gobierno-parlamento en España», *Papers*, n.º 33.
- LÓPEZ-MEDEL BÁSCONES, J.: «La elaboración técnica de los proyectos de ley», en CORONA-PAU-TUDELA (coords.), *La técnica legislativa a debate*, Tecnos.
- LUHMANN, N. (1995): *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp.
- MARCILLA CÓRDOBA, G. (2000): «Sobre la necesidad de una nueva ciencia de la legislación», en *Elementos de técnica legislativa*, CARBONELL-PEDROZA de la Llave (eds.), UNAM, 2000.
- MARTÍN CASALS, M. (1989): «Planificación de la intervención legislativa», «La técnica de las Checklisten», en *Curso de técnica legislativa*, GRETEL. Centro de Estudios Constitucionales.
- MESTRE DELGADO-VALMAÑA OCHAITA (1987): «Observaciones y críticas formuladas por la doctrina penal a la propuesta de anteproyecto de 1983», *Documentación jurídica*, n.º 54, Ministerio de Justicia.
- MUÑOZ ALONSO-MONZÓN-ROSPIR-DADER (eds.) (1990): *Opinión pública y comunicación política*, Eudema.
- OSÉS ABANDO (1994): «El control del cumplimiento de las normas», en CORONA-PAU-TUDELA (coords.), *La técnica legislativa a debate*, Tecnos.

- PALAZZO, E (1997): «Ciencia penal e produzione legislativa: Paradossi e contraddizioni di un rapporto problemático», *Revista italiana di diritto e procedura penale*, Fasc. 3.
- PRIETO SANCHIS (1998): *Ley, principios, derechos*, Dykinson.
- RODRÍGUEZ MONDRAGÓN (2000): «El proceso de producción legislativa, un procedimiento de diseño institucional», en *Elementos de técnica legislativa*, CARBONELL-PEDROZA de la Llave (eds.), UNAM, 2000.
- RUBIN, E. (1999): «Introduction: Minimizing Harm as a Solution to the Crime Policy Conundrum», en *Minimizing Harm: A New Crime Policy for Modern America*, RUBIN (ed.), Westview Press.
- RUIDIAZ GARCÍA, C. (1992): «El miedo al delito: Apuntes para la reflexión», *Cuadernos de política criminal*.
- RUIDIAZ GARCÍA, C. (1994): «Los españoles ante la justicia penal: actitudes y expectativas», *REIS*, n.º 67.
- RUIDIAZ GARCÍA, C. (1997): «Los españoles y la inseguridad ciudadana», *CIS*.
- SALVADOR CODERCH, P (1982): «Dogmática jurídica y teoría de la legislación», *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, Universidad Palma de Mallorca.
- SALVADOR CODERCH, P (1986): «Introducción», en *La forma de las leyes*, GRETEL, Bosch.
- SALVADOR CODERCH, P (1989): «Elementos para la definición de un programa de técnica legislativa», en *Curso de técnica legislativa*, GRETEL, Centro de Estudios Constitucionales.
- SCHNEIDER (1987): *Kriminologie*, Walter de Gruyter.
- SILVA SÁNCHEZ, J.-M.^a (1999): *La expansión del derecho penal*, Cívitas.
- SKOGAN, W (1993): «The various meanings of fear», en *Fear of crime and criminal victimization*, BILSKYPFEIFFER-WETZELS (eds.): Enke Verlag.
- SOTO NAVARRO (2002): *Bienes jurídicos colectivos: Legitimación, criterios de selección y técnicas de tutela penal*, Tesis doctoral inédita.
- STANGELAND, P (1995): «La delincuencia en España. Un análisis crítico de las estadísticas judiciales y policiales», *Revista de derecho penal y criminología*.
- STANGELAND, P (1998): «La criminología europea: entre la utopía y la burocracia», *Revista de Derecho penal y criminología*.
- STANGELAND, P (2001): «Encuestas de victimización», en *Los problemas de la investigación empírica en criminología*, en DIEZRIPOLLÉS-CEREZO DOMÍNGUEZ (eds.), Tirant lo Blanch.
- TOHIARIA, J. J. (2001): *Opinión pública y justicia*, Consejo General del Poder Judicial.
- TORRENTE ROBLES, D. (2001): *Desviación y delito*, Alianza editorial.
- VVAA (1983): «Monográfico dedicado a la propuesta de anteproyecto de nuevo código penal», *Documentación jurídica*, n.º 37-40, Ministerio de Justicia.
- www.congreso.es (1999): *Funciones y normas. Estadística parlamentaria*.
- ZAPATERO GÓMEZ, V (1994): «De la jurisprudencia a la legislación», *Doxa*, n.º^{OS} 15-16.
- ZIMMERLING, R. (1993): «El mito de la opinión pública», *Doxa*, n.º 14.
- ZIMRING, F. y HAWKINS, G. (1997): *Crime is not the Problem. Lethal Violence in America*, Oxford University Press.
- ZIMRING, E, HAWKINS, G. y KAMIN, S. (2001):. *Punishment and Democracy. Three Strikes and you're out in California*, Oxford University Press.