

SECCIÓN BIBLIOGRÁFICA

**RECENSIÓN A RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S.,
LA EVALUACIÓN DE LAS NORMAS PENALES,
DYKINSON, MADRID, 2016, 411 PÁGINAS**

CRISTINA CALLEJÓN HERNÁNDEZ

*Contratada Predoctoral FPU de Derecho Penal
Universidad de Jaén*

Ante el imparable expansionismo del Derecho Penal fruto de las insaciables reformas con las que el legislador nos sorprende con más frecuencia de la deseada, es tiempo de preguntarse si realmente tales reformas están cumpliendo la misión que inicialmente emprendieron: la mengua del fenómeno delictivo para el que fueron creadas. Esta pregunta, a priori tan sencilla, ofrece una complicada respuesta dado que, en la actualidad, el Ordenamiento jurídico español no goza de lo que podríamos denominar “cultura de la evaluación de las normas penales”.

En una época en la que se legisla a golpe de caso, en la que las reformas penales no vienen motivadas por estudios que reflejen la necesidad de una nueva normativa, sino por la presión ejercida por la opinión pública que, por cierto, suele plantear demandas de endurecimiento de penas y de creación de nuevas figuras delictivas, la evaluación de las normas penales debería ser de obligado cumplimiento a efectos de corroborar si se encuentran en consonancia con los principios más básicos y primordiales del Derecho Penal y si son idóneas para la consecución de los fines propuestos.

Ante esta realidad mezclada con el desinterés de los poderes públicos en instaurar un verdadero proceso de evaluación de normas, esta obra que tengo el placer de reseñar ofrece un soplo de aire fresco a esta asignatura pendiente. Resulta difícil encontrar, y no por falta de bibliografía,

un estudio tan completo e innovador sobre la temática referente a la evaluación legislativa, cuyo mérito se debe al Profesor Samuel RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, que actualmente ejerce su actividad docente e investigadora en la Universidad de Murcia. Además de ser Profesor Contratado Doctor de Derecho Penal y Criminología y de contar con numerosas publicaciones en su haber, RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ es miembro del Grupo Español de Política Legislativa Penal y del Criminal Law-Making Policy de la European Society of Criminology.

Este trabajo que, a juzgar por su contenido no necesita carta de presentación, está realizado con un exquisito rigor palpable a lo largo de sus más de cuatrocientas páginas. Como el lector podrá comprobar *ab initio*, no solo representa un acierto en cuanto a la elección de tan fabuloso tema, sino también por la peculiaridad de la intervención de otras Ciencias distintas de la Penal, especialmente de la Criminología.

La obra (perteneciente a la Colección “Monografías de Derecho Penal” dirigida por el Profesor Lorenzo MORILLAS CUEVA) se encuentra estructurada en seis intensos capítulos, obviando la Introducción. Aunque realizar una recensión de un estudio tan completo sobre los planteamientos más actuales acerca de la evaluación de las normas penales no es tarea fácil, la claridad y precisión del contenido promueven que gran parte de la dificultad que entraña desaparezca.

El autor hace ver ya desde la Introducción que el motivo que le llevó a escribir esta obra no es otro que la preocupación que siente a causa del fenómeno expansionista que caracteriza al Derecho Penal en la actualidad. La práctica de políticas populistas como medio para la obtención de mejoras electorales se traduce en la rama penal en un incremento de tipos penales, endurecimiento de penas y reducción de garantías procesales, sin siquiera proceder posteriormente a la verificación de si se han cumplido o no los objetivos inicialmente propuestos, lo que viene a designarse con el término de “populismo punitivo”. Esta obra viene a realizar con gran profesionalidad un magnífico estudio sobre cómo se legisla y cómo debería legislarse, incidiendo en la especial relevancia que comprendería la existencia de una evaluación posterior de las normas, con el recurso a otras ciencias distintas de la Ciencia Penal y sin perder de vista en ningún momento el enorme valor que supondría para esta empresa la figura del criminólogo.

En el primer Capítulo se aborda el tema de la crisis de la ley como un fenómeno que acarrea, entre otros factores, la pérdida de credibilidad de las normas, lo que conlleva asimismo una laguna importante de racionalidad legislativa apreciable a nivel cuantitativo (asistimos a un proceso de

inflación de la legislación, dado que el número de normas, especialmente en Derecho Penal, continúa en aumento) y cualitativo (existen evidentes defectos formales y materiales que dificultan la aplicación de dichas normas). Tradicionalmente ajeno a esta crisis, el Derecho Penal ha acabado por sucumbir a ella, pues desde el Código Penal de 1995 se han sucedido innumerables reformas, a cada cual más dura.

Igualmente son introducidos otros conceptos, como el de “sociedad de riesgo”, situaciones de amenaza que la población espera sean atajadas por el Estado, lo que en Derecho Penal ha derivado en un adelantamiento de las barreras punitivas y en la proliferación de tipos penales de peligro; o la “administrativización del Derecho Penal”, consistente en la incorporación de ilícitos administrativos al Código Penal, asumiendo el primero funciones propias del Derecho Administrativo sancionador y difuminándose, en consecuencia, las líneas que separan ambas ramas jurídicas.

Mención aparte merece el anteriormente citado populismo punitivo, que hace referencia a la presión ejercida por la opinión pública, especialmente espoleada por los medios de comunicación, que acaba dando lugar a leyes penales simbólicas, hábiles para recoger el desvalor del comportamiento delictivo en cuestión pero íntegramente ineficaces para paliarlo o erradicarlo, en vista de que proceden de una legislación apresurada y defectuosa, a pesar de lo cual logran acallar las protestas de la ciudadanía. Esto ha derivado en lo que se conoce como “democracia mediática”, pues son los medios de comunicación de masas los que marcan el rumbo de la política actual, contribuyendo al mismo tiempo y de manera muy notable a los sentimientos de inseguridad ciudadana, que ha acabado convertida en un nuevo bien jurídico que legitima cualquier tipo de reforma penal, por disparatada o desproporcionada que sea. Todo ello nos permite afirmar que el populismo punitivo consiste en el aumento de la dureza de la punición como medio de obtención de la aprobación de la opinión pública.

El Profesor RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ no se olvida de introducir en este primer Capítulo la noción de “nuevo punitivismo”, considerado como un giro punitivo que data de mediados de la década de los años ochenta del siglo pasado orientado a acabar con el sentimiento de inseguridad que el fenómeno delictivo hace nacer en la ciudadanía a través de una desproporcionada represión carcelaria que centra el objetivo de la pena en la inocuización del delincuente, quedando atrás los fines de reinserción o rehabilitación, y primando, en consecuencia, la separación del individuo de la sociedad.

Finalmente, el autor acaba respondiendo al interrogante de si la doctrina penalista debería limitarse a describir esta realidad acuciante o, además, habría de emitir una opinión crítica, decantándose por esta última opción pero siempre que se realice con cautela, justificadamente y tratando de servir de orientación al legislador, sin perseguir en ningún caso una sustitución de la decisión política.

En el segundo Capítulo, se expresa el concepto de Ciencia de la Legislación que, a diferencia de la “Dogmática jurídica”, centrada en la interpretación y aplicación de las normas, es aquélla que tiene por objeto el análisis de las mismas con el fin de aportar pautas para la obtención de una legislación racional, destacando dentro de ella la metódica legislativa como herramienta para la evaluación normativa, siempre con el auxilio de la denominada “sociología legislativa”. La Ciencia de la Legislación tiene su equivalencia también en el mundo anglosajón en el término “Drafting the Law-making Policy” o, si se prefiere, “Legisprudence”, si bien este último goza de un contenido más amplio.

Este Profesor de la Universidad de Murcia une acertadamente la Ciencia de la Legislación con dos campos de la Ciencia Política (y más concretamente de la Ciencia de la Administración), a saber, la Evaluación y la Implementación, que conforman el “análisis de políticas públicas”. Como su propio nombre indica, el análisis de políticas públicas tiene por objeto la utilización de métodos de evaluación que permitan analizar la racionalidad de las decisiones tomadas por la Administración, lo que evidencia la estrecha relación existente entre la evaluación legislativa y la evaluación de las políticas públicas, constituyendo ambas un todo inseparable.

El autor describe minuciosamente a continuación las fases que componen el proceso de análisis de las políticas públicas, desde la definición del problema (enfaticando en la idea de que problema es lo que sea considerado por tal por parte de los poderes públicos, extremo en el que la presión ejercida por los medios de comunicación es, de nuevo, un factor hondamente relevante), pasando por el análisis de las distintas alternativas viables como paso previo a la toma de decisiones; la implementación, consistente en la valoración de los recursos disponibles y su viabilidad de cara a la consecución de los objetivos propuestos; la evaluación de las políticas que se hayan implementado, que puede realizarse a distintos niveles según se pretenda evaluar la eficacia de la política (perspectiva gerencial) o la acogida que en ella se otorgue al principio de legalidad y al principio de igualdad, adquiriendo la certeza de que todos se hallan en las mismas condiciones de acceso al programa (perspectiva jurídica),

pudiendo obedecer también a distintos criterios (evaluación para la determinación de necesidades, evaluación correctora o formativa y evaluación de balance o conclusiva); para acabar analizando, por último, los resultados, en aras de modificar, suspender o continuar con el programa.

En un segundo momento, se profundiza en la evaluación de la política legislativa, quiere decirse, en el análisis de los efectos y las consecuencias derivadas de las normas, motivo por el cual este proceso también puede denominarse “análisis del impacto legislativo”. Esta evaluación debe realizarse antes, durante y después de la entrada en vigor de la norma, analizando la viabilidad y los posibles déficits de la misma, perfeccionando el proyecto de ley que permitirá su entrada en el Ordenamiento jurídico, y examinando los efectos que se han suscitado y que pueden conducir incluso a una posible reforma. En definitiva, se trata de analizar el grado de efectividad, eficacia y eficiencia que presentan las normas, para lo cual se cuenta con distintos métodos de evaluación (métodos test y métodos de verificación). Desgraciadamente y como muy bien recalca el autor, esta última fase es una asignatura pendiente para el legislador, que suele desentenderse de la norma una vez creada y aprobada.

En el tercer Capítulo, se ofrece una perspectiva comparada acerca de los sistemas de evaluación presentes en otros países, no solo de nuestro entorno, sino ampliando magistralmente el estudio incluso al ámbito escandinavo. Así, en Estados Unidos se utilizan varias técnicas de evaluación de políticas públicas, destacando el RIA (Regulatory Impact Assessment), consistiendo parte de su éxito en el hecho de que al frente del mismo se encuentran, entre otros, organismos independientes de los partidos políticos formados por expertos y profesionales de las distintas ramas del saber. Empero, la excesiva participación de la ciudadanía en el proceso legislativo hace que algunos autores duden de la eficacia de este programa. Siguiendo con el mundo anglosajón, en Reino Unido la evaluación de las normas se produce por parte de instituciones separadas de los tres poderes del Estado (legislativo, ejecutivo y judicial) y se encuentra focalizada fundamentalmente en el cálculo de los costes y beneficios que éstas conllevan, aunque quizá el elemento más destacable de esta nación se encuentre en los intentos de desregulación a través de programas cuyo objetivo primordial reside en la reducción de la cantidad de normas presentes en la actividad económica.

Por lo que respecta al ámbito germánico, en Suiza la evaluación de los efectos de la legislación constituye un elemento clave en el proceso legislativo, hasta el punto de tratarse de una tarea impuesta por la Constitución de la Confederación Helvética desde 1999. Por su parte,

en Austria la evaluación legislativa es una actividad consolidada desde hace años, aunque sigue siendo foro de discusión cómo y quién debería encargarse de su ejecución. Llama poderosamente la atención el caso de Alemania, pues la Ley Fundamental de Bonn (nombre otorgado a la Constitución Alemana) no contiene referencia alguna a la evaluación legislativa pero el Tribunal Constitucional ha interpretado que la falta de evaluación de las normas penales puede suponer una suerte de responsabilidad penal individual para los diputados. Asimismo existe un Reglamento (*Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien* o, simplemente, GGO) que exige la evaluación de cada borrador de ley presentado y se continúa trabajando en la introducción de la evaluación legislativa, constituyendo los cuestionarios o catálogos de preguntas una de las técnicas más utilizadas por el país germano.

Pasando al ámbito escandinavo, en Suecia, a pesar de no existir directrices concretas de evaluación, la misma está muy presente debido a la constante vigilancia realizada en torno al cumplimiento de las políticas públicas. De esta manera, el Consejo Legislativo ejerce una evaluación “*ex ante*” de cada proyecto de ley, pues sin el previo informe jamás llegará al Parlamento Sueco. Del mismo modo se prevé una evaluación “*ex post*” una vez transcurrido un plazo de tiempo razonable desde la entrada en vigor de la norma y, concretamente en la rama penal, esta evaluación corre a cargo del Consejo Nacional Sueco de Prevención del Delito. De igual forma, en Finlandia la evaluación legislativa es un factor recurrente tanto *ex ante* (dadas las continuas revisiones realizadas a los proyectos de ley, pasando incluso el borrador a todos los grupos de interés para que efectúen los comentarios que estimen pertinentes) como *ex post* (pues se realiza un seguimiento de la misma para valorar el nivel de eficacia y efectividad que presenta a través de cualquier instrumento capaz de aportar “*feedback*” sobre la aplicación de la norma).

El autor cierra este completísimo estudio sobre Derecho Comparado con una referencia al ámbito latino. Francia no se caracteriza tradicionalmente por haber prestado atención a la evaluación legislativa pero en la última década se han producido ciertos avances en este sentido a raíz del Informe Viveret, que proponía al Gobierno lanzarse al mundo de la evaluación, lo que cristalizó con la promulgación de un Decreto sobre evaluación de políticas públicas y la creación de órganos a tal efecto. Por último y a diferencia del Estado francés, Italia ha conseguido consolidar la herramienta de la evaluación legislativa, lo que queda de manifiesto no solo por la existencia de órganos evaluadores, sino también por la presencia de la Ley 50/1999 que obliga al Gobierno a

analizar el impacto legislativo de los proyectos normativos cuya adopción se pretende.

En el cuarto Capítulo, se expone con extraordinaria maestría la evaluación de la política legislativa en España. Teniendo como marco de referencia las directrices seguidas a nivel europeo, fundamentalmente por parte de la organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), el Consejo de Europa y, muy especialmente y por razones obvias, la propia Unión Europea, que está tratando de mejorar su calidad legislativa por medio de la evaluación, el autor se adentra en el estudio de la evaluación normativa en España centrándose, como no podía ser de otra manera, en el ámbito legislativo penal. Así, en fase prelegislativa, debería describirse el problema en cuestión y explicar la respuesta jurídica con la que se pretende paliar dicho problema. Sin embargo, la realidad es bien diferente puesto que, a pesar de la obligatoriedad de incluir documentos adjuntos a un Proyecto de Ley al hilo de su justificación, los órganos competentes cumplen con esta obligación de forma superficial. Y es que la calidad y racionalidad de la legislación no puede medirse en el número de documentos que deben elaborarse a la hora de presentar un Proyecto de Ley, sino en la voluntad real de su cumplimentación y en la imposición de sanciones en caso contrario. En cuanto a la fase legislativa, que tiene lugar cuando el Proyecto entra en las Cortes y hasta que la Ley es finalmente aprobada, lo cierto es que podría alcanzar mayores cotas de racionalidad. Finalmente, la fase postlegislativa debería consistir en la evaluación de los efectos producidos por la norma y su adecuación a la realidad social y económica en la que impera.

No obstante, a pesar de la existencia de cuestionarios que deben acompañar a los proyectos normativos, la realidad es que no se utilizan, al menos en lo que se refiere al ámbito penal, y otro tanto puede decirse del Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo. Por ende, puede afirmarse que la evaluación de las decisiones legislativas en España no es inexistente pero sí limitada. La evaluación *ex post* de una ley penal es apta para constatar las lagunas que no fueron detectadas inicialmente pero un correcto sistema de evaluación necesitaría del auxilio de otras ramas, sobre todo de la Criminología y, como acertadamente apunta el autor, en la actualidad los medios personales, materiales y metodológicos necesarios para ello brillan por su ausencia. Por tanto, no puedo estar más de acuerdo con la idea de que en España no existe la cultura de la evaluación normativa.

En el quinto Capítulo, el Profesor RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ se embarca en una difícil misión: la construcción de un modelo de racionalidad

dad y legitimidad de las leyes penales como forma de potenciación de la evaluación de las mismas tanto en la vertiente *ex ante* como *ex post* antes de cada reforma penal. Para ello, expone tres propuestas de racionalidad legislativa que vienen de la mano de tres penalistas de reconocido prestigio: PAREDES CASTAÑÓN, VOGEL y DÍEZ RIPOLLÉS (este último por influencia del admirable catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, Manuel ATIENZA). A continuación, incide, por cierto muy atinadamente, en que la racionalidad legislativa no solo supone los tres parámetros previamente mencionados (eficacia, efectividad y eficiencia), sino que también es crucial la legitimidad material, es decir, la racionalidad ética, que viene a significar la justificación del recurso al Derecho Penal, que solo puede intervenir cuando sea estrictamente necesario, cuando no existe otro medio de proteger el bien jurídico, pues, como sabemos, se configura como *última ratio*, lo que debe hacerse respetando siempre los principios de necesidad, intervención mínima y proporcionalidad y sin perder de vista el derecho fundamental de toda persona a la dignidad.

En un momento posterior, el autor realiza un perfecto estudio sobre la racionalidad, como paso previo a la legitimidad. Efectivamente, las decisiones legislativas deben ser ampliamente reflexionadas y analizadas para lograr la prevención de comportamientos delictivos. Como muy bien señala, cuanto mayor es la racionalidad de una norma, mayores posibilidades existen de que la misma sea aceptada socialmente, lo que redundará asimismo en mayores cotas de seguridad jurídica. En el concreto ámbito del Derecho Penal, la racionalidad de las decisiones legislativas pasa por analizar los efectos de las leyes penales, es decir, si se ha visto reducida la incidencia del delito en cuestión y si las nuevas penas establecidas por la misma están siendo correctamente aplicadas.

Como broche final al que muy probablemente sea el Capítulo estrella de esta obra, el autor se lanza a la búsqueda de la legitimidad material de las normas penales, en contraposición con la legitimidad formal, que implica el consentimiento de la Constitución y el Ordenamiento jurídico en general para la creación de las mismas. Tras declarar la insuficiencia de la teoría de que el recurso al Derecho Penal solo estaría materialmente legitimado cuando se utilice para la protección de bienes básicos para la vida de las personas y dicha protección no pueda alcanzarse de otro modo, por cuanto el abuso de la interpretación de la definición de bien jurídico ha conducido en los últimos tiempos a una legitimación para la incriminación de todo tipo de comportamientos, se arranca como punto de partida de la base de que el Derecho Penal debe proteger intereses

sociales constitucionalmente aceptables. Ni siquiera el hecho de que la mayor parte de la sociedad se muestre completamente de acuerdo con la protección de un interés y, por consiguiente, en la tipificación de su infracción, supone automáticamente la legitimación del Derecho Penal, pues no sería así si la norma deviene ineficaz, inefectiva e ineficiente. Una conducta tipificada no es legítima materialmente si la misma no implica dañosidad social, si existen otros medios menos gravosos y más eficaces para proteger el bien jurídico, si supone una restricción innecesaria de la libertad o si no se respeta el principio de proporcionalidad (que no solo simboliza que las penas han de ser proporcionales a la gravedad de la acción, sino también que el hecho de tipificar una conducta como delictiva y merecedora de sanción penal ha de ser una reacción justa).

Como corolario a esta brillante obra, se desarrolla en el sexto y último Capítulo un modelo de evaluación prospectiva y retrospectiva de las normas penales en aras de lograr una legislación penal racional y respetuosa con los límites materiales del Derecho Penal. Para ello, tras presentar distintas proposiciones doctrinales y recoger una serie de indicadores que sirvan de referencia a la hora de realizar el análisis evaluativo, el autor acaba aportando su nada desdeñable propuesta, consistente en la creación de un Comité de Evaluación Legislativa independiente del poder legislativo y ejecutivo, dividido en tantas secciones como órdenes jurisdiccionales existen (seis) y conformado por distintos profesionales (un jurista, un economista, un politólogo, un sociólogo, un psicólogo y un criminólogo). Así las cosas, este Comité debería realizar un análisis prospectivo y retrospectivo y emitir un informe de evaluación dirigido al Gobierno y al Parlamento en el que se incluyera una serie de conclusiones y recomendaciones. Dicho informe debiera ser vinculante, a buen juicio del Profesor RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, para lo cual propone la capacitación del citado Comité para plantear un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional si las recomendaciones establecidas no han sido tenidas en consideración en el razonable plazo de seis meses.

Es digno de mención que a estos seis Capítulos prosigue una extensa y variada bibliografía con cientos de autores de diversas partes del mundo. Se agradece también la provisión a lo largo del trabajo de distintas tablas y mapas conceptuales que ayudan muy notablemente a la comprensión de ciertas ideas.

Una vez finalizada la lectura de la obra, se puede concluir afirmando que el autor arroja argumentos más que suficientes para que los que nos dedicamos a la Ciencia Penal volvamos la vista a un tema aparente-

mente olvidado por el legislador al que quizá no hayamos prestado suficiente atención pese a su importancia. Es hora de abordar la empresa de concienciar a los poderes públicos de la relevancia de la evaluación de las normas penales antes, durante y con posterioridad a su creación a fin de elevar la calidad legislativa que preside el Ordenamiento jurídico español.

En definitiva, este trabajo supone una sobresaliente aportación a lo que indudablemente constituye un destacado desafío a nivel político, social y económico. Si lo que el autor pretendía con esta obra era despejar las principales incógnitas relativas a la evaluación legislativa y dar un toque de atención a la doctrina penalista pero fundamentalmente también al legislador, reflejando el amplio desarrollo de esta materia en otros países y suministrando incluso un impecable modelo de evaluación a seguir, sin duda se trata de un ambicioso reto ampliamente cumplido. Finalmente, me gustaría acabar agradeciendo la presencia de autores y académicos como el presente, que logran demostrar con sus estudios el compromiso adoptado no solo con la Ciencia Penal, sino con la sociedad en general.