

## A favor de unos principios orientadores de legislación penal

MIREILLE DELMAS-MARTY

Profesora en la Universidad de París-Sur. Codirectora de la Sección de Criminología del Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de París II (\*)

Frente a la galopante inflación de las leyes penales (1) surge la necesidad, la urgencia de promover una política penal, a la vez plural y coherente.

Haciendo hincapié en el problema, una circular de 7 de enero de 1985, del Primer Ministro, destinada a todos los ministros y secretarios de Estado, considera como «indispensable la mejora de las técnicas utilizadas en la elaboración o con ocasión de la aplicación de disposiciones penales que figuran en las legislaciones y reglamentos técnicos». La circular recuerda que «una vez que entran en vigor las normas penales, la Administración de Justicia ha de aplicarlas», también invita a «introducir alternativas eficaces en las soluciones penales». Y para ello el Ministerio de Justicia ha sido designado para «jugar un papel decisivo en la definición del lugar que el Derecho Penal ha de ocupar en las legislaciones y reglamentaciones de esta naturaleza» (2).

Es decir la necesidad de renovar. La necesidad de redefinir los criterios de una racionalidad penal, que no puede fundarse de forma única y exclusiva en la lógica lineal de un código, y debe adaptarse a la complejidad del mundo actual (3).

---

(\*) Traducido por M. Angeles Cuadrado Rúa, profesora del Departamento de Derecho Penal y Procesal, de la Universidad de Sevilla.

(1) Sobre la inflación de las leyes penales, v. nota, en esta Revista (nota del traductor: la Revista a la que se hace mención es: *Revue de Science Criminelle et Droit Pénal Comparé* n.º 2 avril-juin 1985). J.J. DE BRESON, «Inflation de lois pénales et législation ou réglementation techniques», p. 241; M. DELMAS-MARTY «l'enjeu d'un code pénal, réflexions à propos de l'inflation des lois pénales en France», en *Mélanges Legros*, Bruxelles, 1985. 165.

(2) V. *Infra*, Informaciones, p. 397.

(3) Sobre la problemática general de la codificación, v. G. TULKENS, «La réforme du code pénal en Belgique. Question critique». *Déviance et Societé*, 1983. 197; «La réforme du code pénal: vers quelle stratégie du changement», en *Pouvoir mon beau souci*, Bruselas. 1984, p. 380 y ss.

En Francia, el momento era particularmente favorable: la parte general del Anteproyecto de Código penal estaba concluyéndose, y era necesario examinar la Parte Especial, que comprendía muchos textos dispersos, por lo general fuera del Código (concretamente: impuestos, aduanas, legislación laboral, sociedades, medio ambiente, urbanismo, salud pública, etc).

Pero evidentemente, esta necesidad no existe sólo en Francia. En 1984, durante el seminario organizado en Helsinki por el Instituto Europeo, afiliado a Naciones Unidas (4), se analizó la racionalidad del sistema penal, y ésta supondría tres condiciones: «una elección entre diversas decisiones alternativas, información acerca de la decisión con un mayor fundamento, y criterios para juzgar el valor de las diferentes soluciones, partiendo de esta información».

Primero una elección. Es decir, el rechazo del automatismo entendido como el recurso a la ley penal como única respuesta a una situación conflictiva; o el automatismo de la prisión como única pena eficaz, solución singular y milagrosa para todo, robo, agresiones y lesiones, fraude fiscal, corrupción, polución, etc. Tanto en un caso como en otro, lo mecánico implica una tal rigidez de las respuestas que parece poco propicio al ajuste permanente que supondría la adecuación del Derecho a los hechos.

Ciertamente, la diversificación actual de las sanciones hace posible una opción. Elección en el momento de elaboración de las leyes, si admitimos que la ley penal no es la única respuesta a las situaciones de conflicto, y que otras sanciones no penales, son a veces más adecuadas. Opción también en el momento de aplicación de las leyes: enviar el asunto a otras ramas jurídicas (penal, civil, disciplinaria, administrativa, sanitaria...), cuando otras muchas vías son legalmente posibles: y además, elección de la pena dictada por el juez penal (penas clásicas de multa o prisión, o penas alternativas, como días de multa, el trabajo de interés social, etc.).

Pero no es suficiente. La posibilidad de un cambio no aporta en sí misma un suplemento de racionalidad si no se hace más que sustituir el mecanismo: una especie de casualidad que pasa inadvertida, según la cual, la decisión se tomará sin control entre el abanico de posibilidades: en un caso determinado el legislador habría previsto una sanción penal y en otro una sanción civil o administrativa, sin que se trate de una decisión fundamentada. Lo mismo ocurre cuando la Policía o el Fiscal deciden archivar un asunto o enviarlo al juzga-

---

(4) V. Effective, Retention and Human Justice, publicaciones HEUNI (Helsinki, Institute for Crime, Prevention and Control Affiliated with the United Nations), núm. 3, 1984. Reseña Rv. sc. crim., 1984. 586. Adde, el segundo tema incluido en el VII Congreso de Naciones Unidas para la prevención del crimen y el tratamiento de los delincuentes: «Processus et perspectives de la justice pénale dans un monde en évolution et le projet de résolution «Principes directeurs relatifs à la prévention du crime et à la justice pénale», 30 de marzo de 1984 (*infra*, Informaciones, p. 413).

do, o el juez decide dictar una pena u otra, sin que una motivación suficientemente explícita y precisa dé un sentido a estas decisiones, a veces arbitrarias.

De ahí la segunda condición: que se disponga de información: información sobre la tipología y frecuencia de los comportamientos que el legislador prevé incriminar, o también sobre las diversas características del hecho que deba juzgarse.

En fin, la información no garantiza por sí misma la racionalidad de las decisiones, y un exceso de información es a veces tan perjudicial como la falta de información, implicando igualmente el mismo riesgo de deformación. De ahí la importancia de la última condición: la existencia de criterios suficientemente precisos para considerar el valor de las posibles soluciones, a partir de la información disponible.

Entre el rechazo del automatismo, y el rechazo del puro azar, la vía hacia una racionalidad, que podría definirse provisionalmente como una «subjetividad dirigida», es, en definitiva estrecha. Subjetividad, puesto que el único medio de evitar lo mecánico, es dejar un cierto espacio a la apreciación personal, a la conciencia íntima de aquel que decide, ya sea el legislador o el juez. Pero esta subjetividad estaría relativamente determinada, para reducir lo aleatorio del azar, de acuerdo con referencias, esquemas, líneas o principios orientadores que permitan a la decisión situarse en el laberinto de múltiples salidas, en una organización social y jurídica cada día más compleja y diversa.

Esta tendencia aparece ya, aunque fragmentada, por todo el mundo occidental: principios de «sentencing», para los jueces, en los países del «common law»; principios de legislación penal en la tradición legalista o mixta (5).

De ahí la propuesta de unos principios orientadores, ante todo de legislación, que participando en el movimiento occidental actual,

(5) Sobre el desarrollo de los principios de «sentencing» en los Estados Unidos, v. FOGEL, «Le débat américain sur la politique du sentencing, dix années de débat». Archives de politique criminelle, núm. 5, 1982, p. 225 y para Canadá, las proposiciones del Gobierno para crear una comisión de determinación de la pena, v. La determinación de la pena, 1984. La cuestión no parece, por otra parte, limitada a los países de «Common law», v. not. para la República Federal de Alemania, Coloquio franco-alemán de magistrados, Tréves, octubre de 1983, Theune, Principes régissant l'appréciation des peines. Adde, por un modelo informático de ayuda a la decisión del juez, R. V. DE MULDER y H.M. GUBBY. «Legal Decision Making by Computer: an Experiment with Sentencing». Computer Law Journal, 1983, núm. 2, p. 243 y ss.

Sobre los principios de legislación, v. not., en Canadá, el informe de la Comisión de reforma de Derecho, Notre Droit Pénal, 1976 y el texto que define la política penal del Gobierno canadiense, Le droit pénal dans la société canadienne, 1982 (not. pp. 60 y ss. se enuncia el objeto de los principios del derecho penal).

Igualmente, en Italia, la circular de 19 de diciembre de 1983 sobre «los criterios de orientación sobre la opción entre sanciones penales y sanciones administrativas» en esta Revista (nota del traductor: la Revista a la que se hace mención es: *Revue de Science Criminelle et Droit Pénal Comparé*, 1985), núm. 3.

se inscribirían más directamente en la cultura jurídica francesa y europea.

En nuestra tradición, el *ius puniendi* es monopolio del Estado, pero no debe por ello devenir arbitrario: «la ley ha de defender a la sociedad de las acciones nocivas» (art. 5, Declaración de los derechos del hombre, 1789) y «la ley sólo debe establecer las penas estrictamente necesarias» (art. 8). La manifestación explícita del siglo XIX «no es más justo, lo que no es más útil», esta concepción liberal del derecho de punir, se expresa igualmente hoy en día a través de la jurisprudencia europea (principio de proporcionalidad de la sanción, desarrollado por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos).

El método propuesto revivificaría los principios de justicia y utilidad, haciéndolos funcionar de acuerdo con dos series de indicadores: indicadores de la proporcionalidad, que se inscriben en el corazón de la idea de justicia, e indicadores de la efectividad que fundamentan la utilidad del derecho.

## I. EL PRINCIPIO DE JUSTICIA Y LOS INDICADORES DE PROPORCIONALIDAD

Excluidas las consideraciones referentes a la persona del delincuente (apreciadas en cada asunto por el Fiscal, y por el Juez) el legislador penal dispondrá de tres series de indicadores de proporcionalidad. Cada uno podría ser numerado de 1 a 3 según las características de comportamiento que pretendamos «incriminar».

— Los caracteres del delito: simple inobservancia de los reglamentos, delito imprudente, delito doloso.

— El bien jurídico protegido: bienes comunes o bienes en conflicto, bienes protegidos por el Derecho interno (principalmente por la Constitución), bienes protegidos por los tratados internacionales ratificados.

— La naturaleza del resultado: tentativa, puesta en grave peligro, ataque efectivo al bien jurídico protegido.

Cuando los indicadores fuesen totalmente favorables a la penalización o totalmente desfavorables (3.3.3. ó 1.1.1.), la decisión se podría tomar a partir del principio de justicia (6).

(6) Nota del traductor. Cuadro aclaratorio:

1. Inobservancia de Reglamentos	2. Delito imprudente	3. Delito doloso
1. Bienes comunes	2. Bienes protegidos en la Constitución	3. Bienes protegidos en Tratados Internacionales
1. Tentativa	2. Puesta en grave peligro	3. Ataque efectivo al beneficio

Cuando los indicadores fuesen vagos, dudosos (2.2.2., 3.1.2., etc.), intervendría el principio de utilidad, a título complementario.

## II. EL PRINCIPIO DE UTILIDAD Y LOS INDICADORES DE EFECTIVIDAD

El principio de utilidad afecta a las funciones que se pueden razonablemente esperar de la incriminación penal. En esta fase de elaboración de las leyes, no se puede, evidentemente, introducir la diferenciación de funciones atribuidas a cada tipo de pena, que ya se ha tenido en cuenta en la Parte General del Código Penal, —determinación de las penas aplicables—, ni tampoco en el momento de aplicación de las penas por el Juez, —principios de «sentencing» que convendría definir igualmente (v. *supra*).

Analizado esto, y limitando así la decisión inicial de incriminar, —o de no incriminar—, la utilidad del Derecho penal es, generalmente, estudiada desde tres perspectivas: instrumental, simbólica y pedagógica (7). Así podrían establecerse tres indicadores complementarios de efectividad (igualmente numerados cada uno de 1 a 3).

— La efectividad instrumental (efecto de protección): según la capacidad del aparato penal (policía, justicia, ejecuciones de las penas) para tratar el contencioso en que se basa la incriminación.

La utilización de este indicador supone un estudio que incluiría la evaluación de la frecuencia de los comportamientos y de los costes materiales y humanos de la detección de las infracciones y de su constatación, de la persecución y del juicio, de la ejecución de las penas, así como de las consecuencias probables sobre los diferentes sectores de la sociedad.

— La efectividad simbólica (efecto de cohesión): La incriminación marcaría la protección del cuerpo social, dependiendo del grado de homogeneidad de éste.

La utilización de este indicador supone un análisis sociológico de manifestaciones individuales y colectivas (8), que permitan evaluar la existencia de un legítimo disenso (particularmente visible en el momento en que se trate de manifestaciones incompatibles, expresadas de forma colectiva y organizada por grupos de presión en situaciones conflictivas); «o» un pluralismo marcado, bien por la superposición, no necesariamente conflictiva, de representaciones diferentes,

---

(7) V. not. M. Van de KERCHOVE, «Simbolique et instrumentalité, Strategies de penalisation et de dépenalisation dans une société pluraliste», en *Punir mon beau souci*, Bruselas, 1984, p. 123 y ss.

(8) V. not. la matriz de Louise Dirn que identifica 81 tendencias de la evolución de la sociedad francesa y precisa las relaciones que se mantienen entre ellas, *Travail de l'Observatoire française des conjonctures économiques*, O.F.C.E., 1984.

o bien, por una cierta indiferencia hacia el bien protegido; «o» un verdadero consenso.

— la efectividad pedagógica (efecto de aprendizaje): dependerá de las posibilidades de acceso material (difusión de las leyes, eventualmente, a través de la telemática) e intelectual (legibilidad de los textos normativos).

La utilización de este indicador supone un análisis que conecta con las técnicas de comunicación.

«En definitiva», concebidos como una ayuda a la hora de decidir, los principios orientadores, se dirigirían ante todo, a las asesorías jurídicas de los ministerios encargados de redactar los Proyectos de leyes. De la misma forma, podrían facilitar al Parlamento un instrumento de coherencia de la política penal nacional. Y —¿por qué no? de una política penal europea (9). Pero, precisamente, no se trata más que de un instrumento para aclarar las opciones del legislador, sin pretender sustituirlo.

El Parlamento debe, obviamente, conservar el poder de decisión. Incluso el poder de incriminar a pesar de que los indicadores sean desfavorables, o de no incriminar a pesar de que sean favorables. Con la única condición de que la opción sea clara y a la vez explícita y deliberada. Y este es el papel de los principios orientadores, nacionales o europeos, ofrecer esta transparencia, verdadero fundamento de toda democracia.

---

(9) Comp. «Le droit pénal et les libertés dans l'Europe des dix, inventaire des choix communs», XII Jornadas de Estudios del Instituto de Criminología de París, 14 y 15 de junio de 1984, pp. 598 y ss.