

Análisis político criminal del Proyecto oficial de Código penal español

Profesor MANUEL LOPEZ-REY Y ARROJO, LL.D. (1)

I. INTRODUCCION

El presente es un análisis sociopolítico, juridicopenal y criminológico del Proyecto de Ley Orgánica de Código penal publicado en el «Boletín de las Cortes Generales», núm. 108-I del 17 enero 1980. Dicha Ley Orgánica se basa esencialmente en el Anteproyecto preparado por cuatro miembros de una subcomisión de la Comisión General de Codificación. Temo que contrariamente a lo que la Exposición de dicha Ley dice el Proyecto no ha sido democráticamente preparado ni se inspira en los postulados de la moderna política criminal. Tampoco constituye una innovación sino continuación de superadas concepciones penales y no corresponde a las exigencias penales de la España actual y de su futuro inmediato (2).

II. OBSERVACIONES PREVIAS

La afirmación de la que la función penal pertenece al Estado y de que en España existe una democracia orgánica, no justifican la preparación sigilosa del Proyecto y que antes de ser enviado al Legislativo no fuera sometido a una información pública a nivel nacional y regional. Si, según la Constitución, 1978, la Justicia emana del Pueblo, la formulación del Proyecto debería haber sido objeto

(1) Antiguo juez de Instrucción, catedrático de Derecho penal y miembro de la Comisión Jurídica Asesora, España; jefe de la Sección de las Naciones Unidas sobre Prevención del Crimen y Justicia Penal y asesor, 1946/1965; *Visiting Fellow*, Instituto de Criminología, Cambridge, Inglaterra, 1966/1980; miembro del Comité de las Naciones Unidas sobre Prevención del Crimen y Justicia Penal.

(2) Específica información sobre el «procedimiento» seguido puede hallarse en *Derecho Penal Español*. Parte General, en la Introducción séptima edición, Madrid 1979 y *Derecho penal español, Parte Especial Suplemento a la séptima edición*, Reformas hasta 31 diciembre 1980, Madrid 1980, por José M. RODRÍGUEZ DEVESA, y *Criterios y perspectivas de la Codificación penal*, por M. LÓPEZ-REY, en «Estudios Penales y Criminológicos», III, Santiago, y en ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, Madrid 1979.

de examen previo por las organizaciones obreras, sindicales, patronales, profesionales, científicas, religiosas, culturales, etc., a los dos niveles indicados. A estudios de catedráticos y a Memorias de la Fiscalía General del Estado, sin especificación alguna, se ha referido uno de los cuatro autores del anteproyecto —«El País», 4 enero 1980—. La exposición del Proyecto no menciona ninguno. Según otro miembro del grupo redactor «habiéndose designado en abril 1978 la ponencia para la redacción del anteproyecto, en agosto del mismo año se había ya redactado la Parte General». Si se tiene en cuenta que los cuatro redactores tienen cargos y actividades profesionales continuas no sería osado presumir que tal elaboración se había llevado a cabo en menos de dos meses de trabajo. Tal celeridad, prometida de antemano por uno de los miembros del cuatorvirato, no puede admitirse habida cuenta de que en todo país, capitalista o socialista, el Código penal es el instrumento del Poder más importante (3).

La transición de un período de casi cuarenta años de dictadura franquista señalada por varios catedráticos de Derecho penal, entre ellos uno de los cuatro autores del anteproyecto (4), con frecuente abuso del sistema penal exigía una evaluación previa de dicho sistema y amplia consulta pública antes de preparar el Proyecto publicado. Ello habría significado mantener el proceso democrático en curso y operacionalmente dejar de lado el procedimiento gubernamental de comisiones codificadoras.

A fuer de objetivo señalaré que la necesidad de una previa evaluación y sometimiento a la opinión pública, fue ignorada en otra transición histórica cuando tras la reforma penal de 1932 se manifestó «que el Código penal verdaderamente nuevo sería sometido a la conciencia técnica del país y al Parlamento». Por tal conciencia se estimaba la primacía de la llamada teoría técnico-jurídica del delito, resistida por algunos miembros de la sección penal de la Comisión Jurídica Asesora. En términos generales, puede decirse que en todo tiempo la técnica no ha mostrado gran conciencia y que por lo común ignora al Pueblo. La institución parlamentaria sin duda le representa, pero esa representación no basta cuando la transición histórico político es de la magnitud de las dos aquí mencionadas. No debe olvidarse tampoco que salvo casos personales, desde su creación, en los años 40 del siglo XIX, la actuación de las comisiones codificadoras ha sido de una extrema docilidad a los Ministerios de Gracia y Justicia existentes. Las reformas de los códigos penales a partir de dicha década raramente pueden estimarse como liberales. Las excepciones que, con todo, exigen un examen que aquí no

(3) V. M. LÓPEZ-REY, *La justicia penal y la política criminal en España*, Instituto de Criminología, Universidad Complutense, Madrid, 1979, particularmente la Introducción y Sección I.

(4) V. *Introducción a la Parte General del Derecho penal español*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid 1979, por ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG.

puede hacerse son las de 1870 y la de 1932 (5). El abuso de poder en la reforma penal española es la característica predominante. El pagano ha sido siempre el Pueblo español a nivel nacional y regional. Ello explica en gran parte que la clientela del sistema penal haya estado y esté constituida aún casi exclusivamente «por los de abajo» según puse de manifiesto en mi trabajo citado en la nota 3. Sin duda, el Proyecto ha tratado en algunos aspectos reducir el ámbito de dicha clientela, particularmente con la innovación de los llamados delitos contra el orden económico. Ya veremos más adelante si la innovación cumple tal propósito.

III. LA EXPOSICION DE MOTIVOS

El examen de las Exposiciones de Motivos de los códigos y reformas penales españolas es deprimente cuando comparado con la situación de la ciencia penal española existente cuando se redactaron unos y otros. Lo frecuente es hallar un buen número de más o menos brillantes generalidades, referencia eruditas a la legislación extranjera sin adentrarse a cómo tales legislaciones funcionaban en los países aludidos y sin un examen siquiera somero de la realidad nacional en general y de la criminal en particular. La Exposición del Proyecto de 1980 es, habida cuenta de la transición historicopolítica apuntada y de que en las casi postrimerías del siglo xx no puede seguir sustentándose un derecho penal esencialmente dogmaticojurídico, la más deprimente de todas.

El análisis de dicha Exposición muestra:

a) Referencias al liberalismo, a la legislación escandinava, al Estado de Derecho, al bien jurídico, a la protección penal del mismo, al principio de culpabilidad, a la función preventiva de la pena, a que ésta como castigo ha de guardar proporción con la gravedad del delito, a la peligrosidad del criminal, al sistema dualista de pena-medida de seguridad, etc. Se menciona a Beccaria y a su principio de que «el mayor freno de los delitos no es la crueldad de las penas, sino su infabilidad» que si aceptable en el siglo xviii y comienzos del xix, no lo es en las últimas décadas del xx. La Memoria mencionaba a Ihering y Savigny. Si se dejan de lado las referencias a las «innovaciones» relativas a la libertad sexual, al orden económico y alguna otra, el lector del tal Exposición podría creerse transportado a lo que se proclamaba hace cien años y en otros cincuenta. Sin duda, el liberalismo es respetable, pero difícilmente

(5) A detalles de la limitada excepción de 1870 me he referido varias veces en escritos y conferencias. En *Historia de España del siglo xix*, tomo IV, 1902, de F. PÍ Y MARGALL y P. ARSUAGA, hay algunos que confirman dicha limitación y como el término liberalismo, cuando referido a las reformas penales españolas es extremadamente sospechoso, particularmente cuando usado gubernamental o ministerialmente. La publicidad de la reforma de 1932 fue relativa. Puede en parte disculparse en cuanto se limitó a reformar el Código penal vigente.

puede estimarse como «substratum» político para un llamado código penal moderno de finales del siglo XX y tras las cuatro décadas citadas.

b) No se halla una sola mención, siquiera estadística, a la extensión, características y tendencias de la criminalidad en España que cuando menos expliquen la criminalización-descriminalización-despenalización llevada a cabo. Existen sí, frases como éstas: reformas de profundidad, nuevas realidades sociales, comportamiento desviado, intervención mínima, evolución de la moral sexual, reanudar la trayectoria liberal y otras que recuerdan las generalidades que se oyen en una tertulia penal pero que no son expresión de una indagación de la realidad socioeconómica y política del país y menos aún de una correlación entre política criminal y política del desarrollo a nivel nacional y regional. Como disculpa podría argüirse que las estadísticas criminales policiales en España no se publican y que los *Datos y Cifras*, 75/78, publicados por el Ministerio del Interior, que se refieren sólo a tres categorías de delitos convencionales no pueden estimarse como tales. Cabe replicar que los datos policiales existen pero si el grupo redactor o el Ministerio de Justicia se han servido de ellos no existe rastro de tal utilización en la Exposición de Motivos ni en el Proyecto. Tampoco de las estadísticas judiciales y penitenciarias, que son publicadas y que en muchos aspectos merecen plácemes y que son indispensables en el estudio del triple proceso mencionado.

c) La Exposición afirma que el Proyecto se apoya en los postulados de una moderna política criminal que no aparecen siquiera delineados. No puede estimarse como tal la readaptación o reinserción del delincuente, lo que no significa que se la deje de lado cuando procedente, pero ciertamente ni dicha política ni el sistema penal de ella derivado pueden tener hoy día como finalidad esencial tal readaptación o reinserción que por otra parte difícilmente se aviene con el errático uso que se hace de la sanción de fin de semana y del sistema de días-multa. Tampoco lo es el principio de culpabilidad y la consiguiente exclusión del *versare in re illicita*. Menos aún, la afirmación de que el derecho penal aspira a conseguir un mínimo de convivencia. Con la criminalidad, particularmente con la de los de arriba, señaladamente, la oficial y semi-oficial, se ha convivido siempre y lo mismo acaece con una parte de la común. No es cierto tampoco que el derecho penal interviene sólo cuando otros remedios resultan insuficientes. Un buen número de delitos contra los derechos humanos, para citar sólo un ejemplo, acreditan lo contrario. Tampoco es la función del derecho penal la protección de bienes jurídicos concepto anticuado y confuso. La confusión se evidencia una vez más en las discusiones que tuvieron lugar en el Congreso y Senado sobre las reformas penales llevadas a cabo en 1978 y examinadas certeramente por Rodríguez Devesa. La confusión fue manifiesta en el campo socialista. Los postulados:

de la política criminal contemporánea y del inmediato futuro se hallan estrechamente relacionados con el mantenimiento de los derechos humanos y los aspectos fundamentales del desarrollo según ha puesto repetidamente de manifiesto la política criminal de las Naciones Unidas e incluso el Consejo de Europa. No es ésta ocasión de repetir las aquí. Han sido sistematizadas por quien escribe en su obra citada en la nota 3 y más detalladamente en su *Criminología*, II, Madrid 1978, particularmente en el capítulo XII. Baste decir que la moderna política criminal exige evaluación previa del sistema penal y subsiguiente planificación y ninguna de las dos aparecen siquiera citadas en la Exposición o en la Memoria. La planificación es ignorada si se tiene en cuenta que el sistema penal se estima aún gubernamentalmente como uno de partes linealmente concebidas soldadas ministerialmente y no como un todo. Tal enfoque explica pero no justifica que la ley penitenciaria se lleva a cabo separadamente y sin previa evaluación del subsistema penitenciario español, que la ley orgánica del poder judicial penal militar sea objeto de estudio aparte y que el Código penal que se presenta sea el producto de un grupo por demás reducido y que ahora se proceda separadamente a la «confección» del procedimiento penal en la que al parecer la Policía judicial queda también sometida al Ministerio público, criterio iniciado por el código fascista italiano e imitado por algunos códigos procesales en Argentina y otros de corte dictatorial. En los códigos procesales democráticos se concede a dicha Policía una cierta autonomía y depende de la autoridad judicial. No existe coordinación preparatoria que es el mínimo que exige la consideración del sistema penal como un todo en el cual lo judicial, aunque importante, no puede ya estimarse el emblema del mismo.

Sin duda, el Proyecto refleja una serie de esfuerzos que en ciertos aspectos merecen encomio, pero en la trayectoria democrática de la España actual que es preciso ensanchar y afirmar, el procedimiento llevado a cabo para redactarlo es negación de tal ensanchamiento y reforzamiento. Podría decirse que su recuperación es una continuidad de procesos de clandestinidad que el Presidente del Gobierno dijo certera y claramente deben darse por terminados (6).

Conforme a la publicación hecha, el Proyecto es una Ley Orgánica. Ahora bien, la pluralidad de los partidos y de la opinión pública a que se refiere la Constitución no se hallan representados siempre en el Parlamento y por tanto, el artículo 66 de aquélla no ha de entenderse en términos absolutos, sino relativos en consonancia con otros preceptos y exigencias históricas y la enorme importancia que como instrumento de poder tiene, como ya dije, el Código penal (7). Las leyes orgánicas, según el artículo 81 de la

(6) V. *Mensaje del Presidente del Gobierno al Pueblo español*, Televisión Española, Madrid 1977.

(7) La correlación entre *Criminalidad y abuso de poder* será objeto de:

«Constitución se refieren a los derechos fundamentales y a las libertades públicas que son afectados extensamente por el Código penal, cuya protección esencial no es la del Estado, sino la de la Comunidad nacional constituida por una serie de comunidades regionales. Si la legislación penal y la «administración de justicia», son de competencia exclusiva del Estado éste ha de entenderse no monolítica sino pluralísticamente dentro de una unidad nacional. Si a ello añadimos que el sistema penal constituye un todo y no simplemente un conjunto de partes es obvio que la policía, cuya función primordial es la seguridad pública, en gran parte protegida por el Código penal, y es componente esencial del sistema penal, la conclusión es que si, según el artículo 149, apartado 29, las comunidades autónomas pueden organizar funciones policiales, las mismas han de pronunciarse previamente, al igual que la opinión pública, sobre el Proyecto. Dicho pronunciamiento no cabe identificarle con el que pueden hacer el Congreso y el Senado como representantes de una «democracia orgánica» cuya capacidad en lo penal, si hemos de estar a las discusiones sobre reformas penales, no puede estimarse, con el respeto que merecen, como alentadoras. En suma, la opinión pública debidamente consultada no puede ser reemplazada por la formación profesional de profesores de derecho penal, jueces, magistrados, fiscales, abogados y funcionarios ministeriales tras casi cuarenta años de dictadura.

IV. ESTRUCTURA, CRIMINALIZACIÓN Y PENALIDADES

Las tres áreas se hallan estrechamente enlazadas. La primera es expresión sistemática de la política criminal derivada de los procesos de criminalización y penalización.

La criminalización debe ser reducida al mínimo y formulada en forma flexible a fin de adaptar la función penal a cambios sociopolíticos que la ley penal debe prever. Debe tenerse en cuenta que las llamadas nuevas formas de la criminalidad no significan nuevos delitos y sí, las más de las veces, el empleo de modernos medios para llevar a cabo los ya existentes. Terrorismo, tortura, delitos contra la riqueza nacional, vandalismo o gamberrismo y muchos más no significan nuevas formas de criminalidad. En la reunión del Comité de las Naciones Unidas sobre Prevención del Crimen y Justicia Penal, Ginebra 1974, al que asistí, se puso de manifiesto que las llamadas nuevas formas de criminalidad eran mayormente modernas modalidades de comisión. Como dije hace años, en el amor y la criminalidad no hay nada nuevo. Debe pues evitarse transfor-

discusión en el próximo VI Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Crimen y Tratamiento del Delincuente, Caracas 1980. Habiendo actuado como consultor puedo decir, sin indiscreción, que una de las formas de abuso de poder es la llevada a cabo en la formulación y adopción de los códigos penales y de las reformas penales.

mar modalidades de ejecución en nuevos tipos penales, aumentando así la casuística penal y con ello el bizantinismo dogmático o tecnic jurídico (8).

La criminalización debe reflejar tanto como posible los aspectos fundamentales del desarrollo socioeconómico, político, cultural, religioso, etc., del país correspondiente y no sólo teorías juridicopenciales, jurisprudenciales o criminológicas. Criminalizar o descriminalizar debe ser el resultado de una investigación penal y criminológica que sólo ahora en España se inicia en algunos centros, departamentos o institutos de derecho penal y criminología y en el Programa de Investigaciones Criminológicas del Centro de Investigaciones Sociales. Sería de desear que entre todos ellos se diera una coordinación y planificación de actividades más amplia que la actual a efectos de una auténtica política criminal y que ahorrara esfuerzo, tiempo y dinero.

Como manifestación efectiva de la política criminal, la criminalización-descriminalización requiere una previa evaluación del sistema penal, es decir de su estructura, coordinación, rendimiento, efectividad y organización que no se ha hecho aún en España y que era y es esencial al iniciarse el régimen democrático. Instrumento esencial, pero no único, de dicha evaluación es el uso, interpretación y proyección de las estadísticas criminales señaladamente las policiales. La evaluación y subsiguiente criminalización-descriminalización implica el uso de proyecciones, cálculo de probabilidades, correlaciones con el desarrollo, compensación a las víctimas del delito, mayor responsabilidad judicial-ministerio público e implementación de la justicia social penal como *ratio essendi* de la función penal que el Estado ejerce por delegación de la Comunidad nacional.

La penalización exige análogas actividades ya que se halla estrechamente unida a la criminalización y descriminalización. La política criminal moderna demanda un sistema de sanciones o medidas penales en las que la pena y la medida de seguridad están fundidas y no separadas y una auténtica individualización que es negada cuando apodícticamente y a ojo de mal o buen cubero se asigna a continuación de cada conducta criminal una sanción determinada. Tal procedimiento no provee siquiera la garantía penal que ofrece. En suma, la sanción penal no puede seguir dosificándose como hace aún el Proyecto que encubiertamente, aunque en menor medida, sigue manteniendo el sistema de grados y cantidades de pena del vigente Código penal al establecer que la misma puede aumentarse o disminuirse en la mitad superior o inferior, aumentarse en un grado, que no puede bajar de la mitad superior o en la mitad del máximo y otras que contradicen abiertamente la pretensión de haberse seguido una política criminal moderna. Tales y semejantes mediciones *a priori*

(8) Sobre uno y otro v. mi *Criminología*, citada, II, pp. 8-10.

de la sanción carecen de fundamentación y constiuyen una especie de lotería penal. ¿En qué criterios se han basado los distinguidos cuatro miembros redactores y el Ministerio de Justicia para establecer, incluso respecto a un mismo delito, las diversas cantidades de la pena? ¿Existe alguna evaluación previa que determine en qué relación se hallan tales cantidades y la proclamada readaptación del delincuente? ¿Se hizo algo en el mismo sentido con el sistema de escalas del vigente Código penal? ¿Se cree sinceramente que se puede seguir manteniendo tan arbitrario sistema que no ofrece realmente garantías y es sólo continuación de una prestidigitación en la aplicación de sanciones? (9).

a) *Estructura.* El Título Preliminar es innecesario y aumenta injustificadamente el articulado del Código penal. No hay necesidad alguna de referirse a la norma penal sobre la cual no existe precepto alguno. Su mención es otro residuo de la anticuada concepción «Bindingniana» del Derecho penal que no puede construirse ya técnicamente conforme a tesis lógico-abstractas y a una filosofía juridicopenal superada. El derecho penal no se ocupa de normas, sino de intereses y fines estrechamente relacionados con el desarrollo del país conforme a una preservación de los derechos humanos individual y colectivamente concebidos. La formalista dogmaticajurídica pertenece al pasado y tiene hoy un valor instrumental muy limitado.

Los artículos 8 al 14 podrían haberse reducido a dos o tres con una correcta interpretación de la jurisdicción penal transnacional de la que existen buenos antecedentes y de la que se han ocupado las Naciones Unidas y aun el Consejo de Europa. Como disculpa cabría decir que de una y otro, España ha estado incomunicada y dicha incomunicación es manifiesta en el Proyecto. El artículo 15 es innecesario, pues se refiere a reglas de interpretación general. El artículo 16, siguiendo una vieja tradición española de dar primacía a las leyes penales especiales, entre ellas las militares, permite que tal legislación puede elaborar su propia Parte General o Título Preliminar dando al traste no sólo con las garantías prometidas, sino con el principio de igualdad penal ante la ley. Ya en 1943 cuando redacté el proyecto oficial de Código penal para Bolivia establecí que la Parte General era de obligatoria aplicación por las leyes penales especiales. De nada sirve ufanarse del principio de culpabilidad si, en fin de cuentas, este Título permite legalmente que las leyes penales especiales se lo salten a la torera.

b) *Criminalización.* El Libro II comienza, considerándolo

(9) La jurisprudencia y las peticiones fiscales tienen escaso valor como fundamentación de la dosificación criticada, particularmente cuando una y otra se originan bajo regímenes dictatoriales. V. mis observaciones sobre esto y cuestiones conexas en *The Planning of Criminal Justice with special reference to the Judiciary*, en *An Approach to Social Defence Planning*, New York, United Nations, 1972.

como novedad, con los delitos contra las personas, criterio seguido por otros códigos penales hace ya mucho tiempo. Hoy día, la dualidad persona-Estado a efectos de criminalización es anticuada. Debe reemplazarse por la estructuración hecha por la Constitución nacional. Conforme a la española, lo lógico hubiera sido comenzar con los delitos contra la Comunidad española cuyos elementos esenciales son, según la Constitución, el pueblo español, la unidad nacional, la autonomía de las diversas nacionalidades y regiones y su solidaridad, los derechos y deberes de los españoles, la protección del desarrollo nacional del que es parte la economía y la protección de la comunidad internacional e intereses transnacionales. El orden de títulos del Proyecto puede ser novedoso pero no corresponde a la sistemática exigida por la Constitución. En consecuencia y contrariamente a lo que dice la Exposición, la estructura del Proyecto es sustancialmente la del Código penal vigente. El título *Delitos contra la vida y la integridad corporal*, implica lógica sociopolítica y jurídicopenalmente que el aborto debe ser prohibido salvo casos de auténtico estado de necesidad. Todo feto significa vida que es preciso proteger. El viejo título de *Delitos contra las Personas* permitía más fácil solución respecto a la eutanasia, transplante de órganos, aborto y otros supuestos que no puedo examinar aquí. Persona y vida, aunque estrechamente enlazados, son sociopolítico y jurídicopenalmente dos conceptos diferentes con distintas repercusiones.

Tampoco se justifica que el viejo título *De las Falsedades* sea reemplazado por el de *Delitos contra la Fe pública*. ¿En qué consiste ésta? ¿Es realmente un bien jurídico? ¿Cabe hablar de dicha fe refiriéndose prácticamente a toda clase de firmas, estampillas, sellos, marcas, etc.? ¿La merecen los sellos de correos o telégrafos? ¿Es la falsificación y circulación de moneda falsa un delito contra la economía nacional o contra la fe pública?

Como moderno se introduce el título de *Delitos contra la libertad sexual*. Esta no existe como tal en países capitalistas o socialistas. Tampoco es un bien jurídico como manifestaron algunos «padres de la patria» en las confusas discusiones parlamentarias particularmente en las intervenciones de los socialistas, a éstos conviene recordarles que en los países que se inspiran o dicen inspirarse en el socialismo la libertad sexual no existe. La descriminalización o modificación de ciertos delitos sexuales no significa la aparición de una libertad sexual que para algunos consiste en confundir la tolerancia o admisibilidad de la pornografía, promiscuidad, homosexualismo, bestialismo e incesto con su legitimidad. Como señala certeramente Rodríguez Devesa, el que el incesto sea frecuente entre animales y se diga no da lugar a perjuicio alguno difícilmente puede admitirse como argumento válido respecto a la sociedad humana que se rige y actúa, afortunadamente aún, no sólo por instintos. En realidad la invención libertaria del Proyecto es más aparente que real y lo que funda-

mentalmente se tiene en cuenta es la honestidad a la que se refiere en varias ocasiones el propio Título III. No debe olvidarse tampoco que, criminológicamente, la expresión delitos sexuales no tiene justificación, pues un buen número de ellos no se hallan sexualmente motivados.

En la actualidad existe una marcada tendencia a la mayor penalización de la violación, que no ha de entenderse solamente referida a la mujer. Las discusiones en la Asamblea Nacional Francesa sobre la reciente ley sobre la violación —febrero 1980— muestran que no cabe hoy hacer una categoría especial de delitos sexuales y sí simplemente de hablar de delitos contra las personas.

El Proyecto incluye como novedades criminalizadoras los delitos contra el orden socioeconómico, la Constitución y la comunidad internacional. De algunos me ocupo más adelante. Sigue usando la desacreditada expresión de delitos contra la personalidad del Estado que política y psicológicamente no tiene razón de ser. Los cometidos contra la paz o independencia del mismo y los de traición tampoco tienen que ver con dicha personalidad.

El Proyecto supera en artículos al Código penal vigente de suyo uno de los más extensos. Tiene 688 artículos, de ellos 502 en la Parte Especial que contienen no menos de 1.500 modalidades delictivas. ¿Cabe justificar tan extensa criminalización en parte artificialmente creada por un casuismo decimonónico y un escaso conocimiento de lo que debe entenderse por criminología y política criminal? Podrían haberse excluido una serie de modalidades que se refieren al uso de medios, existencia de circunstancias, etc., que han de cambiar y que muestran que la índole providencialista de la ley penal, a menudo basada en una jurisprudencia anticuada, no tiene razón de ser. Las definiciones relativas a la usurpación, defraudaciones, usura, casas de préstamo, suposición de parto, insolvencia punible, infracciones a la propiedad industrial y muchas otras podrían haberse suprimido o simplificado. La multiplicidad casuística de los delitos contra la Constitución, con no menos de 63 artículos carece de justificación sociopolítica, penal, criminológica y técnica. Los delitos contra la comunidad internacional no se hallan a la altura de una concepción actual de la misma. El delito de genocidio no precisaba el casuismo de que es objeto con una distribución apodíctica de sanciones. Nuevamente aquí las referencias a la pena superior en grado son usadas.

¿Se justifica la criminalización de los juegos ilícitos, de los *delitos contra el estado civil* y los de usura? Conforme a las Estadísticas Judiciales, 1977, sus respectivos porcentajes de los delitos conocidos por los juzgados de instrucción y audiencias provinciales fueron 0,01 por 100 para los dos primeros y 0,003 por 100 para los últimos. Ciertamente, los porcentajes de delitos que llegan a los jueces y audiencias no son los índices únicos para llevar a cabo la criminalización, pero dada la falta de estadísticas criminales policiales y las proyecciones respecto a cifras oscuras

que las mismas permiten, la conclusión es que la presentación del Proyecto como uno de los códigos penales más modernos o avanzados, es mera presunción oficial y profesional.

Cabe también preguntar, dada esa pretendida modernidad, por qué las faltas no han sido excluidas del área penal. En 1977 se incoaron 487.618 juicios de faltas que dieron lugar a 223.155 sentencias, de las cuales el 43 por 100 fueron absolutorias. Aun habida cuenta de que las cifras de un año no son suficientes, probablemente casi el 60 por 100 de los casos incoados por faltas no dieron lugar a condena alguna. El concepto de delito en miniatura otorgado a la falta no se justifica hoy y lo procedente hubiera sido pasar las faltas, como tales miniaturas o meras contravenciones administrativas, municipales o de orden público, a las jurisdicciones regionales.

Las faltas o contravenciones penales han sido excluidas ya de algunos códigos penales, entre ellos el de Bolivia. El Proyecto, pese a haber reducido las faltas, contiene no menos de sesenta modalidades diferentes, entre ellas cometer hurto de leña, hojas, entrar en heredad ajena, atravesar plantíos, participar en juegos de azar, infringir reglas de policía respecto al abastecimiento, manchar estatuas, infringir levemente las disposiciones sanitarias, arrojar animales muertos a las calles, arrojar piedras o agua, etc. ¿Constituye esto y más que puede decirse «postulados modernos» de política criminal?

c) *Penalización.* Es una de las cuestiones más difíciles de resolver y ello explica las generalidades que se escriben sobre ella y las repetidas referencias a la readaptación, resocialización, reincorporación, reeducación y demás en parte mencionadas en la Exposición y desenvueltas en el Proyecto. La dicotomía pena-medida de seguridad, aun reducida ésta a las postdelictuales es un residuo positivista-defensista que no puede hoy sostenerse particularmente cuando se basa la primera en el castigo y la segunda en la peligrosidad como hace el Proyecto. El reciente Simposio sobre Peligrosidad, Louvaine-la-Neuve, 1979, puso de manifiesto que la peligrosidad como fundamento de una sanción o medida raramente se justifica.

El Proyecto dedica no menos de 25 artículos a las medidas de seguridad que comienzan como una especie de parte general para las mismas. El artículo 133 dice que guardarán proporción (sic) con la peligrosidad revelada y la gravedad de los hechos que probablemente el sujeto pueda cometer. Resulta difícil comprender y justificar tamaña medición y probabilidad que, sin embargo, se incorpora en un texto penal. Lo mismo cabe decir respecto a la retroactividad de dichas medidas, su enumeración, duración y aplicación en ciertos casos de atenuación de responsabilidad criminal.

El arresto de fin de semana, de uso bastante limitado en los países que lo adoptaron hace años, no se recomienda por el

solo hecho de ser una innovación en España. En 1977 algo más del 27 por 100 de los condenados por jueces y tribunales españoles lo fueron al arresto mayor, que es ahora substituido en gran parte por el fin de semana que se aplica también a las faltas. ¿Se ha hecho un cálculo aproximado, basándose en un período de cinco años cuando menos, de los que probablemente lo serán al arresto semanal? ¿En qué fundamentos se apoyan las «cantidades» que del mismo se pueden imponer todas ellas determinadas *a priori* por los redactores del Proyecto y el Ministerio de Justicia? Como ejemplos las mismas pueden variar entre los límites de seis a diez, doce, catorce o veinticuatro fines de semana; de siete a catorce y veinticuatro; de ocho a diez, doce, catorce y veinticuatro y de doce a veinte o veinticuatro.

Las variaciones de los días-multas son igualmente variadas e infundadas. Pueden ir de tres a seis, ocho, diez, doce y veinticuatro meses; de cuatro a ocho; de seis a doce o veinticuatro, etc. La suspensión o inhabilitación de actividad, función o cargo se manifiesta no menos variadamente y puede moverse entre seis a diez años; de ocho a dieciocho; de uno a tres; de seis meses a dos años; de seis a dieciocho años, de diez a veinte años, etc. La prisión se dosifica, entre otros casos, así: de seis meses a un año, un año, de un año a tres, cuatro o cinco años; de dos años a cuatro, cinco y seis años; de tres a cinco, seis y ocho años; de seis a doce; de ocho a doce o quince años; de diez a veinte, de doce a dieciocho; de quince a veinte o veinticinco y de veinticinco a treinta y cinco años.

Tal variedad de límites no está basada en una previa evaluación de la eficacia resocializadora de la sanción en relación con su variada duración. No tengo información de que dicha evaluación se llevara a cabo en España. La dosificación penal, típica del siglo XIX que cree en una resocialización que puede establecerse *a priori* y que se trata más tarde de corregir con el juez de ejecución de penas o de vigilancia, otra innovación del Proyecto, ha fallado y fallará vaya o no acompañada por la actividad de dicho juez cuyos resultados en Italia y Francia no han contribuido a dicha resocialización. Aquí también se efectúa una importación penitenciaria tardía sin antes adentrarse en los resultados obtenidos.

¿No hubiera sido preferible ir a una auténtica individualización de la sanción penal mediante un verdadero arbitrio judicial que permitiera la apreciación individual-social de las circunstancias de cada caso dentro de amplios límites mínimo y máximo sin dosificaciones previas? Toda dosificación refleja un afán punitivo lógico-abstracto. ¿Se ha de seguir empíricamente dosificando la sanción penal que en casi el 90 por 100 de los casos recae en los de abajo? Un análisis de las Estadísticas Judiciales y de las Memorias de la Dirección de Institutos penales muestra que la amplitud de dicha clientela no se justifica criminal ni socioeconómicamente

y que existe una criminalidad de los de en medio y los de arriba que apenas llega en España al sistema penal. Confieso no conocer se hayan llevado a cabo en aquélla estudios sobre sentenciológica. y mis esfuerzos para hallar información sobre ellos, incluso en la Escuela Judicial, no dieron resultado alguno.

¿Dónde pasarán el arresto de fin de semana los así condenados? ¿Cómo podrá cumplirse en dos días la función readaptadora asignada aún a la sanción penal en dos días? ¿Qué contribución terapéutica hará el trabajo penitenciario estando los talleres cerrados? ¿Se organizarán otros o se creará un trabajo adecuado por los «semaneros»? ¿Existen facilidades en las instituciones locales, regionales, provinciales, etc., para que un buen número de miles de los mismos se beneficien de la llamada función resocializadora de la pena? ¿Se dedicará a los así arrestados a ciertas operaciones de limpieza, que probablemente serán rehusadas por ellos como aconteció y acontece aún en los países en que dicho arresto se usa? ¿No constituyen tales arrestos una ficción, particularmente como acontece en varios países europeos cuando un buen número de los así sentenciados se presentan en las instituciones en estado de embriaguez y van a la prisión a «dormirla»? ¿Si una persona es condenada a doce, veinte, treinta o más finales de semana no implica tal sanción una inmovilización individual, profesional y familiar más seria que el cumplimiento de dos meses de arresto? Una condena de veinticuatro fines de semana supone una inmovilización periódicamente repartida durante casi seis meses. Si tal arresto llega a los cuarenta finales de semana, la inmovilización se acercaría a los diez meses.

La pena corta privativa de libertad fue objeto de extensa crítica en los años 50 y por ello fue ampliamente discutida en el Congreso de las Naciones Unidas, Londres 1960. Al mismo se sometieron informes por la Secretaría y expertos que fueron examinados. Los países escandinavos se mostraron los más críticos de dichas penas. Con todo, se admitió que podrán cumplir una finalidad readaptadora debidamente organizadas. El tema fue nuevamente examinado por el Comité de las Naciones Unidas sobre Prevención del Crimen y Justicia penal, Ginebra 1974, pues la información existente indicaba que se habían dado ciertos cambios respecto a la conveniencia o no de las penas cortas privativas de libertad. El delegado finlandés, refiriéndose a los países escandinavos, se manifestó enérgicamente a favor de dichas penas alegando que la situación en dichos países había cambiado. El examen de las estadísticas penitenciarias suecas —*Kriminalvarden*— lo acredita. En el V Congreso de las Naciones Unidas, Ginebra 1975, la cuestión fue reexaminada y se hicieron sugerencias variadas para reemplazar la privación corta de libertad, entre otros por quien escribe, quien enumeró veinticuatro substitutivos indicando que la substitución resuelve poco o nada en tanto los sistemas penales y dentro de ellos el subsistema penitenciario continúen siendo lo

que son en la mayoría de los países y se pretenda como justificación primaria o única de la sanción penal la reinserción del delincuente. Ante el crecimiento, con frecuencia brutal, de la criminalidad juvenil la pena corta privativa de libertad ha sido ampliada en Inglaterra a los criminales jóvenes mediante el tratamiento de las tres eses: *shock, short and sharp*. La conclusión es que la innovación del arresto de final de semana que se introdujo hace cuarenta y más años en otros países es tardía.

La suspensión del fallo y de la ejecución de la sentencia se modelan en el Proyecto conforme a criterios igualmente superados por dicha política. Las exigencias de ser delincuente primario, un concepto criminológicamente ficticio las más de las veces, de que el delito no sea grave, lo que no se pide en buen número de legislaciones que rechazan el distingo *a priori* del Proyecto en delitos penas graves y menos graves, y que la pena no exceda de doce meses, con lo que se vuelve encubiertamente a la pena corta privativa de libertad, pero por desviado camino, no se justifican. Igual cabe decir respecto a la libertad condicional al exigirse el cumplimiento de las tres cuartas partes, que se lleve una conducta intachable dentro de la prisión y se den garantías de hacer vida honrada. Cabe preguntar si todos, incluida la judicatura, el ministerio público, los abogados, y otros muchos profesionales, incluido quien escribe, pueden ufanarse de llevar una conducta intachable. ¿En qué consiste este viejo concepto liberal-moral? ¿No refleja un afán punitivo que se encubre simuladamente e incluso una actitud anticristiana? ¿Qué quiere decir vida honrada? ¿Cómo se puede garantizar ésta? Honradez y criminalidad son dos cosas distintas. Un buen número de criminales son honrados y aún cometen crímenes por serlo, es decir, por adherir a determinados valores que reclaman una honradez en costumbres, conducirse, etc. El tener trabajo no asegura tampoco la honradez.

Los días-multas es igualmente una innovación tardíamente importada. Antes de hacerla hubiera sido conveniente correlacionarla con la pirámide socioeconómica española, indagar cuál es la pasada y presente efectividad de la multa en delitos y faltas, la extensión del desempleo o empleo intermitente en buena parte de la modesta clientela del sistema penal español, la posible efectividad de los días-multa, la organización de un adecuado y rápido método para determinarla, pues exige un gran número de datos, ver si se adecuía al ingreso anual medio de las clases sociales más afectadas por el sistema penal español y otros aspectos que es imprescindible conocer antes de innovar. Una vez más se prueba que la tarea de la codificación excede a la preparación meramente judicial-fiscal-penal. Las Naciones Unidas y el Consejo de Europa, tenían razón al señalar que la codificación penal no es tarea sólo de los titulares de dichas profesiones. La justificación de los días-multas es difícil de probar habida cuenta de los datos existentes en las *Estadísticas Judiciales, España, Anuario Estadístico, 1979*, y *Salarios*, Instituto Nacional de Estadística, Madrid 1980.

V. PARTE GENERAL

La Parte General contiene nada menos que 154 artículos que constituyen el 22 por 100 de la totalidad del Proyecto. De adoptarse éste, con los 688 de la Parte Especial, sería uno de los códigos penales más largos del mundo occidental. Tal kilometraje penal carece de justificación en cualquier aspecto que se le considere. Baste señalar aquí que el Código penal de Bolivia, que excluye las faltas, tiene un total de 365 artículos, el de Costa Rica, con ellas, 413 y el cubano, que excluye las faltas, en vigencia desde diciembre 1979, sólo 404. Cada uno de ellos refleja una orientación penal y sociopolítica distinta, pero coinciden en mantener la política criminal que tiende a reducir a un mínimo la criminalización. La conclusión es que contrariamente a lo que se dice en la Exposición, el Código penal presentado no ha corregido la hipertrofia penal existente. Sin duda, al dejar de lado ciertas formas de criminalización derivadas del régimen anterior, a que alude, algunas han desaparecido, pero la supresión ha sido superada por otra nueva hipertrofia en gran parte derivada de un conservadurismo jurídico-penal que apenas tiene en cuenta la transformación democrática de España. Incluso, a menudo el lenguaje y estilo del Proyecto pone de manifiesto la índole retributiva del mismo. Así, aludiendo a la Parte General se dice que los tribunales han de calibrar la pena.

La Parte General constituye un tratado de Derecho penal en miniatura. Tal enfoque podría explicarse y aún justificarse en cierto modo a finales del siglo XIX y primeras décadas del XX pero no hoy. Una auténtica política criminal y un sistema penal adecuados a una sociedad que va entrando ya en la era postindustrial no precisa de la clasificación de delitos y penas que se hace, de una pluralidad de definiciones innecesarias, de una inútil exposición de atenuantes y agravantes ya que las más de ellas no se han venido dando en la realidad judicial-penal desde hace años y mantener una continuidad penal-punitiva pese al apéndice de las medidas de seguridad.

Cabe preguntar por qué la minoridad penal se ha rebajado a los quince años. Quien escribe no es partidario de la concepción y funcionamiento de los tribunales de menores en España y fuera de ella que en su mayor parte son una ficción y han contribuido al incremento de la criminalidad juvenil, pero ello no significa que la rebaja hecha puede reducir aquella ni asegurar un mejor funcionamiento de la llamada justicia juvenil. Hay que ir a la creación de un derecho real social penal que la haga innecesaria (10).

(10) V. M. LÓPEZ-REY, *Crime, An Analytical Appraisal*, London y New York 1970, traducción española, *La Criminalidad, un Estudio analítico*, Madrid, 1976, y más recientemente *Youth and Crime in Contemporary and Future Society*, Fuchu, Japón, UNAFEI, 1978.

La determinación de la minoridad o mayoría penal requiere un estudio previo de la distribución de la criminalidad juvenil y dar a tal concepto el sentido restringido recomendado por el Congreso de las Naciones Unidas, Londres 1960. La rebaja hecha, sobre la que no he hallado explicación adecuada, refleja una vez más la tendencia represiva del Proyecto. ¿Se ha calculado siquiera tentativamente cuál será el efecto de la misma en el aumento de sumarios y causas penales, en la población penal? Recordemos también a este efecto la reciente modificación ensanchando la detención preventiva. Salvo contados casos, las instituciones penitenciarias no son adecuadas para recibir la nueva clientela de menores que por lo común vendrá mayormente de las clases sociales más desheredadas. Los proyectistas y el Ministerio han ensanchado aquí enormemente el área de la criminalización que se refiere tanto a hechos como a personas (11).

La compensación a las víctimas del delito se mantiene en la trayectoria de finales del siglo XIX pese a ciertos retoques. La Constitución no la menciona, pues el artículo 121 se refiere sólo a la indemnización por error judicial y a la que sea consecuencia del funcionamiento anormal de la administración de justicia, frase, que por su amplitud, ofrecía base constitucional suficiente para haber establecido la indemnización a las víctimas del delito de forma más de acuerdo con la política criminal que se precisa. No es este el momento de examinar lo que puede estimarse por la frase de «funcionamiento anormal de la administración de justicia» que posiblemente dará lugar en ocasiones a una responsabilidad pecuniaria del Estado que no le corresponde. ¿Incluye la misma la relativa al retraso en la administración de justicia? Recordemos que a finales de 1979 sólo el 38 por 100 de la población penal estaba constituida por sentenciados. ¿Cuál es el distingo entre normal y anormal funcionamiento de dicha administración? No olvidemos que ésta se aplica en todos los aspectos del sistema penal que comienza con la policía y termina con el tratamiento institucional o no.

Según mis datos, entresacados del análisis de estadísticas judiciales y penitenciarias y de otros obtenidos debido a una cooperación que nuevamente agradezco, entre el 85 y el 90 por 100 de

(11) Aunque los datos estadísticos demográficos del ANUARIO citado y otros atinentes, no permiten establecer el número de menores de quince años, cabe razonablemente conjeturar que aceptando el porcentaje mínimo del 10 por 100 de criminales juveniles, la reducción de minoridad penal hecha significa cuando menos que 20.000 menores de quince años entrarían en el sistema penal español, que ciertamente no está preparado para ello. Para detalles sobre el cálculo de dicho porcentaje v. *Criminología*, I, cap. IV, ya citada. ¿Se han dado cuenta los proyectistas y el Ministerio de lo que penal, criminológica y sociopolíticamente tal influjo de delincuentes, término entendido estrictamente, supone? Nuevamente aquí se pone de manifiesto la improvisación que refleja el Proyecto, producto en gran parte de un Derecho penal teórico y de escasa experiencia criminológica y sociopolítica.

la clientela del sistema penal español pertenece a las clases sociales menos privilegiadas. En 1977 se dictaron 12.190 sentencias condenatorias en 28.649 delitos. Las condenas constituyen un 41 por 100, lo que pone de manifiesto la índole injusta, lenta y costosa de la «administración de justicia». El monto total de la responsabilidad declarada fue de 2.626.021.614 pesetas y en el 59 por 100 de los casos no excedió de 50.000 pesetas. En los delitos contra las personas el promedio de indemnización fue 159.000 pesetas. Alrededor del 70 por 100 de los así responsabilizados poseían sólo la instrucción primaria. ¿Cuál ha sido la efectividad de tales indemnizaciones? Sobre ello las estadísticas y datos examinados nada dicen y mis esfuerzos para lograr información no dieron resultado.

La política criminal contemporánea responsabiliza más y más al Estado en hacer efectiva la compensación civil por razón de delito estableciendo cajas de compensación o indemnización que financieramente se alimentan en forma diversa. Ya en mi proyecto de Código penal para Bolivia en 1943, introduje la institución que fue mantenida en el promulgado en 1972 en buena parte basado en aquél. En buen número de legislaciones penales de habla inglesa y escandinavos dichas cajas funcionan desde hace años. El aumento del uso del seguro no es argumento contra dichas cajas por obvias razones (12).

¿Creen seriamente los proyectistas y el Ministerio que la responsabilidad por razón de delito o falta, dado que se mantienen éstas, puede seguir regulándose, salvo algunos cambios, al igual que fundamentalmente se hacía hace más de cien años, es decir, conforme a una concepción individualista-liberal y conservadora de la función penal? Ese criterio es casi físicamente palpable en la forma en que se regula el capítulo II del Título V la responsabilidad civil personal, pese a las obligadas referencias al Estado, Comunidad Autónoma, etc. Aunque el artículo 119 de la Constitución se quedó un tanto atrás, ¿no se podría haber ido un poco más adelante en el Proyecto respecto a las cosas procesales? La solidaridad de los declarados penalmente responsables no ha producido efecto alguno. Hoy día se da el caso curioso que por circunstancias varias un criminal puede ganar sumas de dinero con la publicación de sus memorias o experiencias como tal o como recluso, pero no se le obliga a que parte de los ingresos así obtenidos hagan efectiva su responsabilidad civil como delincuente. Es curioso también que pese a la libertad sexual proclamada, la responsabilidad civil abarca al reconocimiento de la prole. El artículo 118 ya citado, suscita respecto a la responsabilidad civil subsidiaria una serie de cuestiones que no se pueden siquiera enumerar aquí. ¿Hasta qué punto se justifica que la persona natural o jurídica sea civilmente responsable de los delitos cometidos intencional o culposamente en los casos numerosos especificados en

(12) El Código penal cubano ha introducido la Caja de Resarcimientos.

el larguísimo texto de dicho artículo? Por otra parte, siguiendo un criterio extremadamente conservador en los delitos cometidos contra la administración pública o la justicia, el Estado y el Poder Judicial se protegen mutuamente al exigir el requisito de «a sabiendas». En 1977 el porcentaje de los delitos cometidos por funcionarios públicos fue el de 0,2 por 100 lo que numéricamente parece decir mucho en favor de los mismos. La cuestión es, ¿corresponde tan ínfimo porcentaje a la real extensión de su criminalidad? Dichos delitos abarcan los nombramientos ilegales, el abandono de funciones públicas, la usurpación de atribuciones, la desobediencia y denegación de auxilio, las infidelidades y abusos en el ejercicio de la función pública, la violación de secretos, el cohecho, la malversación, los fraudes y exacciones ilegales, las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos, en total 52 artículos con no menos de 75 apartados descriptivos de una serie de conductas. Habida de tal criminalización y del modestísimo porcentaje de tales delitos cabe preguntar si aquélla no constituye un reproche injusto contra miles y miles de funcionarios y empleados nacionales, regionales y locales, de inmaculada probidad, o si por el contrario refleja una casi constante impunidad criminal de variadas formas de corrupción, cohecho, abuso de funciones y demás delitos enumerados. Nos enfrentamos aquí con uno de los aspectos más manifiestos del fraude penal que existe en España y la mayoría de los países que desacredita más y más a la justicia penal.

En suma, la efectividad de la responsabilidad civil es una vez más escamoteada. El pagano será otra vez «los de abajo» que seguirán constituyendo la inmensa mayoría de la clientela penal. Debe indagarse si las parcas indemnizaciones civiles que se declaran por jueces y audiencias se hacen efectivas en todo o parte, las causas por qué no lo son, quiénes son los beneficiarios y otros problemas conexos. En algún país europeo la satisfacción adecuada de la responsabilidad civil por el delincuente da lugar a una reducción considerable de la sanción de la pena (13).

VI. PARTE ESPECIAL

Pese al trasiego de títulos y la inclusión de algunos nuevos o semi-nuevos, el contenido y sistemática de la misma acusa la limitada atención que el estudio de los delitos en particular ha tenido en España desde hace ya más de sesenta años. Pueden hallarse una multiplicidad de publicaciones sobre la Parte General y a la

(13) Es significativo que entre las cuatrocientas enmiendas presentadas por el Partido Comunista al Proyecto, según la prensa diaria, una de ellas se refiere a la creación de un fondo para cubrir los derechos de las víctimas en los delitos contra las personas. Según la prensa, para el 7 de mayo se habían ya presentado más de 1.800 enmiendas al Proyecto, pero ninguna a su totalidad. Tal número y ausencia confirman lo dicho sobre la eficacia de la «democracia orgánica» en materia penal.

teoría del delito, pero apenas buenos estudios sobre los delitos (14). Tal descuido explica el casuismo de la Parte Especial, los errores técnicos cometidos y su lenguaje descuidado. No me es dable aquí ocuparme de todas las cuestiones que el análisis de dicha Parte suscita y me limitaré a examinar sólo dos, la concerniente a los delitos contra la aún administración de justicia y los cometidos contra el orden socioeconómico.

Malhadadamente, el concepto de administración de justicia ha sido mantenido por la Constitución. El Título ha sido ampliado tomándolo en parte de otros y manteniendo privilegios de impunidad penal que no se justifican. Entre otros, se incluyen la omisión de deberes judiciales y fiscales, la provocación indebida de actuaciones y la prevaricación. La distinción entre los delitos contra la administración pública y la de justicia no es clara como consecuencia de una confusa trayectoria histórica sobre el concepto de justicia en general y penal en particular. Es significativo que mientras otros delitos pueden cometerse dolosa o culposamente, el Proyecto, pese a sus protestas de seguir una moderna política criminal, mantiene el privilegio penal del «a sabiendas» y de la «negligencia o ignorancia inexcusable». La continuidad del mismo hace prácticamente imposible la exigencia de una responsabilidad penal de los titulares del poder judicial.

La provocación indebida de actuaciones, epígrafe que reemplaza al tradicional de acusación y denuncia falsas, contiene substancialmente lo que ya existe. Una adecuada política criminal exige que esa provocación hubiera incluido la iniciación indebida de actuaciones criminales de las que la historia penal y política de España presenta numerosos ejemplos desde el siglo XIX. En la prevaricación se calibra, para servirme del término de la Exposición, la pena en forma extremadamente favorecedora particularmente habida cuenta del requisito de «a sabiendas». ¿Se justifica el distinguo entre causa civil y penal, especialmente habida cuenta de que en la última se incluyen las faltas? Recordemos que éstas pueden consistir en tirar hojas, agua, etc., y que ciertamente las repercusiones de una causa civil pueden ser más importantes que tales actos y ciertos delitos.

La iniciación indebida de un procedimiento penal por un juez o fiscal que puede dar lugar a actos de procesamiento, privación preventiva de libertad, exigencia de fianza, etc., con evidentes repercusiones individuales, familiares y aun colectivas no se ha contemplado. En 1977 se terminaron nada menos que 43.791 sumarios de los cuales el 46 por 100 fueron sin procesamiento (15).

(14) Referencia a dichos estudios ha sido hecha en mi *Justicia penal y Política Criminal en España*, citada.

(15) Para detalles sobre el funcionamiento de la justicia y consecuencias de su frecuente injusto sistema de operar. v. *La Justicia penal y la Política criminal en España*, citada. Añadiré que el retraso no se remedia aumentando el número de jueces, fiscales y personal auxiliar de justicia, sino

¿Por qué ha de seguir siendo el retraso en dictar resoluciones. «maliciosamente» causado para dar lugar a responsabilidad criminal? Las *Estadísticas Judiciales* muestran la creciente lentitud de la administración de la justicia penal. ¿En qué se funda el casuismo de los artículos 504 y 505 cuando una concepción más adecuada de la función de abogados y procuradores hubiera dado lugar a un texto mucho más actual y simple? Los delitos de obstrucción a la justicia, de favorecimiento personal y real, quebrantamiento de condena y evasión de presos siguen reflejando un concepto anticuado de la justicia penal.

En el fondo, el Título refleja un concepto del poder judicial que he criticado varias veces. Aquí diré simplemente que es espejo-fiel de uno tradicional, corporativamente concebido, que pretende un autogobierno que no se adecúa a la finalidad de la justicia social del sistema penal. Contrariamente a lo que se ha dicho, es difícil mantener que con la Constitución ese poder ha alcanzado «la cuota más alta de su evolución histórica». Si, como el distinguido autor dice, se debe incrementar la comunicabilidad entre el Pueblo y los tribunales de justicia, es obvio que el autogobierno judicial no se justifica (16). La conclusión es que en este Título el Proyecto refleja un sistema penal cuya estructura y funcionamiento requieren detenida evaluación y reconstrucción. Esencialmente, lo que se protege penalmente es una concepción sistemática y funcional de una justicia penal que pertenece al pasado.

El Título VIII regula con 57 artículos los delitos contra el orden socioeconómico. La innovación merece aplauso que se apaga rápidamente cuando se examina la forma en que ese orden ha sido protegido y los correspondientes delitos formulados. La impresión es de un trasfondo de intereses creados, que hace recordar la obra del gran Jacinto Benavente.

Durante los últimos cinco años, las Naciones Unidas han venido ocupándose de la criminalidad económica que es parte del abuso-criminal del Poder. La consecuencia de tal interés ha sido una serie de reuniones interregionales previas al próximo VI Congreso que tendrá lugar este año en Caracas en las que el problema *Criminalidad y Abuso de Poder* es uno de los temas que se discutirán. En la reunión de junio 1979, Naciones Unidas, New York, que me cupo el privilegio de presidir, se puso en evidencia la complejidad de la criminalidad que trata de encarar el Título VIII del Proyecto que abarca sólo un limitado y al mismo tiempo casuístico ámbito de la estructura socioeconómica española.

Brevemente diré: resulta incongruente incluir los juegos ilícitos que en los 28.649 delitos conocidos por los juzgados y audiencias provinciales en 1977 alcanzan un modestísimo 0,01 por 100. Dada

transformando radicalmente el sistema penal español tras cuarenta años de franquismo.

(16) V. *El autogobierno judicial: su control y responsabilidad*, por SALVADOR DOMÍNGUEZ MARTÍN, *El País*, 3 mayo 1980.

la carencia de estadísticas criminales policiales y de proyecciones sobre las cifras obscuras de dichos delitos, tan minúculo porcentaje suscita la cuestión de en qué forma y extensión tales juegos afectan el desarrollo socioeconómico español, término que prefiero al de orden socioeconómico. Respecto a la insolvencia punible, temo que su regulación no se basa en un examen detenido de los casos de insolvencia en España, cuantía global, distribución y repercusión en dicho orden. Las *Estadísticas Judiciales* dan escasos datos. El *Anuario* citado muestra que en 1978 se declararon 117 quiebras y que en el decenio 1969 el promedio anual fue 70. El incremento se manifiesta a partir de 1975. El valor global de las quiebras declaradas en 1978 fue de 4.248.196.000 pesetas. ¿Cuántas de éstas llegaron al sistema penal? ¿Cuál es el valor de las que llegaron? ¿Debe mantenerse la quiebra o el concurso de acreedores como delito, salvo casos en que realmente se dé un fraude manifiesto e importante? En 1978 las suspensiones de pago fueron 598 y el activo y pasivo fueron 144.645.455.000 y 94.778.900.000 pesetas respectivamente. El número de letras de cambio —efectos— protestadas en 1978 fue 4.516.546 y en el decenio 1969-1978 nunca bajó en cada año de los 2.400.000. Con fluctuaciones, el aumento es constante en cada año. La cuantía global en 1978 alcanzó a los 846.040.589.000 pesetas. El índice de intensidad del protesto entre 1969 y 1978 pasó de 1,99 a 2,92. ¿Cuál porción corresponde a la letra de cambio vacía de que habla el Proyecto?

¿En qué fundamentos se basan las criminalizaciones descritas? ¿Debe ocuparse el Código penal de las mismas como delitos especiales? ¿Cuál ha sido la eficacia penal en la disminución de tales conductas? ¿No sería preferible llevarlas sólo al Código penal cuando constituyen auténticas y serios fraudes y hacer que un sistema de computerización reduzca más efectivamente dichas conductas? La computerización, ya usada en algunos países, permite que los que abusan de cheques, letras de cambio, etc., son programados y sus nombres y demás circunstancias circulados entre las entidades bancarias, de crédito, etc., de modo que les niega crédito en tanto en cuanto no demuestren haber satisfecho lo que deben. El método, que requiere detenido estudio, permitiría evitar o reducir considerablemente una criminalización que no ha dado resultados satisfactorios en ningún país y no creo los dará en España. En suma, el derecho penal no puede resolver siquiera moderadamente ciertos problemas de crédito, de producción y consumición excesiva y de abuso de interés.

En los delitos de cambio y contra la Hacienda Pública, los límites delictivos se han establecido en dos millones y tres millones de pesetas respectivamente. Los mismos suscitan cuestiones demasiado numerosas para ser examinadas aquí. Cabe preguntar cuáles son las razones para establecerlos y si antes de criminalizar los actos descritos por el Proyecto no hubiera sido deseable analizar debidamente la legislación fiscal existente y llegar directamente

a una bien estructurada legislación penal fiscal en lugar de crear los delitos del Proyecto. La solución penal es siempre aleatoria e injusta si no va precedida de una evaluación y planificación que sólo ahora empieza a ser considerada en algunos países europeos y que ciertamente no ha sido tomada en cuenta por los redactores del Proyecto y el Ministerio de Justicia.

Conforme al Proyecto el que cometa un delito monetario o contra la Hacienda será *castigado* —no olvidemos que aquél utiliza casi constantemente el término *castigar*— con prisión de uno a seis años y multa de ocho a veinticuatro meses, pero los tribunales teniendo en cuenta una serie de circunstancias, entre ellas la *personalidad del culpable*, pueden imponer penas inferior en un grado (sic.). Sin embargo, el hurto superior a 15.000 pesetas será *castigado* en ciertos casos con prisión de tres a seis años. En el hurto no se hace referencia a la *personalidad* y la impresión es que la envuelta en los delitos contra las regulaciones de cambio y la Hacienda es mucho más importante para los autores del Proyecto y el Ministerio que la de la mayoría de los que cometen el hurto. Las defraudaciones superiores a 15.000 pesetas son *castigadas* con prisión de seis meses a cuatro años, de tres a seis años, de uno a cinco años, de seis meses a dos años, etc., pero tampoco se halla en las conductas descritas referencia específica a la *personalidad de marra*s. Al igual que en el hurto la gran parte de los defraudadores son «los de abajo».

Los delitos contra la ordenación urbanística se reducen a edificar en suelo no urbanizable, excederse notoriamente en las alturas de los edificios o informar favorablemente lo que no debe ser informado. Lo último es simplemente una modalidad de la corrupción. Los otros dos reflejan un limitado concepto de la conexión criminalidad-urbanización.

Los delitos contra las relaciones laborales son estimación unilateral de un problema que requiere una bilateral. Los diez supuestos del Proyecto no tienen en cuenta que también las organizaciones obreras pueden mediante sus actividades planeadas atacar seriamente contra la economía o el desarrollo socioeconómico nacional, regional o local. En los países socialistas las huelgas están prohibidas así como la organización libre de los obreros. En los capitalistas, las uniones, sindicatos, etc., son permitidos y en buen número de casos sus actividades constituyen daños serios al desarrollo indicado. Entramos aquí en un terreno fácil a la crítica en el que no es fácil cuando median razones ideológicas, ser objetivo. En todo caso, el trabajo juega un papel primario en la economía nacional y el Proyecto debería haber tenido en cuenta que ese papel no se reduce a los casos que han sido formulados, algunos de los cuales precisan seria revisión.

VII. CONSIDERACIONES FINALES

El estudio aquí hecho es extremadamente limitado y conciso, lo que acrecienta su vulnerabilidad. Con todo, cualquiera que sea el juicio que merezca, es innegable que el Proyecto es más improvisación que evaluación y planificación de la política criminal cuya formulación no puede dejarse sólo en manos de jueces, fiscales, penalistas y funcionarios ministeriales. ¿Podrán mejorarlo un par de miles de enmiendas no pocas de ellas políticamente concebidas y debidas en parte a «compromisos» muy diversos sin antes haber oído debidamente la opinión pública a nivel nacional y regional dentro de la unidad que España es? Más desbaratadamente que antes, se trata de apuntalar con toques de modernidad lo que por vetusto debe ser reemplazado. España requiere y merece más consideración democrática penal que la otorgada ministerialmente. La promesa de «hacer» un Código penal en unos cuantos meses es una que no debió haberse cumplido por los cuatro distinguidos miembros que firmaron el Proyecto.

En España ha existido y existe, comenzando por algunos de sus eminentes teólogos, una digna y capaz tradición jurídicopenal que cualquiera que hayan sido sus fluctuaciones, es capaz de llevar a cabo mucha mejor tarea. Existen además Institutos de Criminología señaladamente el de la Universidad Complutense, en los que en los últimos cinco años se ha llevado a cabo una labor que debería haberse tenido presente. Igualmente, era necesaria la cooperación de otras profesiones y sectores que los solamente jurídico-penales, judiciales o fiscales que son ciertamente necesarios pero no los únicos a intervenir directamente en la codificación penal.

En suma, ¿por qué en vez de una Comisión de Codificación a la antigua usanza, ministerialmente dirigida, no se crea una de Política Criminal de composición variada y realmente independiente para que lleve a cabo la renovación auténtica del sistema penal español, del que es sólo parte el Código penal, y que corresponde a las exigencias de afirmación democrática de la Constitución?

