

**Centro de Estudos
Judiciários**

**JORNADAS
DE
DIREITO CRIMINAL**

**O Novo Código Penal
Português
e
Legislação Complementar**

FASE I
II



Centro de Estudos
Judiciários

JORNADAS
DE
DIREITO CRIMINAL

O Novo Código Penal
Português
e
Legislação Complementar

Com a publicação do presente volume, o Centro de Estudos Judiciários divulga o texto das conferências proferidas na 2.^a Parte da Fase I das JORNADAS DE DIREITO CRIMINAL e agradece, do mesmo passo, aos juristas estrangeiros que nelas participaram.

LISBOA, MARÇO DE 1984

QUELQUES-UNES DES DERNIÈRES PÉRÉGRINATIONS
DU LEGISLATEUR PENAL SUISSE
REFORMES ACQUISES ET EN COURS

PELO PROF. PIERRE HENRI BOLL *

* Professor da Universidade de Neuchâtel.

I—La politique criminelle en pays démocratique et dans un Etat fédéraliste.

II—Les réformes pénales récentes et en cours touchant la partie générale dun code pénale.

III—Les réformes pénales récentes et en cours touchant la partie spéciale du code pénale.

IV—Bibliographie.

I. LA POLITIQUE CRIMINELLE EN PAYS DÉMOCRATIQUE ET DANS UN ETAT FÉDÉRALISTE

La politique criminelle est chose étrange dans un Etat fédéraliste comme la Suisse où les attributions législatives sont partagées entre la Confédération et les cantons. Cette réalité constitutionnelle ne peut être négligée par qui traite de droit pénal suisse et de politique criminelle helvétique. Voyons pourquoi.

D'habitude, la politique criminelle d'un Etat est la composante, non exclusive certes, de deux facteurs très différents.

D'une part, une philosophie de l'Etat, du rôle et de la fonction que le droit pénal joue dans cet Etat, ainsi que d'une philosophie de la vie, du rôle et de la fonction que les citoyens sont appelés à jouer au sein de la société.

D'autre part, la politique criminelle de l'Etat est influencée par les événements de la grande et de la petite histoire. Une guerre ou une révolution peuvent influencer la politique criminelle (lutte contre la discrimination raciale, contre les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité, peine de mort, etc.) mais un événement de la petite histoire peut aussi avoir sur la politique criminelle une influence tout aussi importante: un grand scandale financier (affaires Stavisky en France, Cornfeld en Suisse), ou une vague de banditisme, ou de terrorisme particulièrement sanglant (bands Baader-Meinhof en République Fédérale d'Allemagne).

Certes, la politique criminelle de la Suisse est soumise à ces facteurs. En cela, elle n'est pas différente, dans ses principes de base, dans sa philosophie, des politiques criminelles pratiquées par les autres Etats démocratiques. Il suffit de suivre les travaux du Comité Directeur pour les Problèmes Criminels, au Conseil de l'Europe, pour s'en convaincre. En réalité, la politique criminelle de la Suisse est soumise à deux autres facteurs, tous deux de nature et d'origine juridiques et qui sont propres à la Suisse.

Le premier de ces facteurs helvétiques spécifiques tient au partage des attributions législatives pénales entre l'Etat central et les cantons (art. 64 bis de la Constitution de 1874, adopté en 1898): alors que le droit pénal de fond (conditions de la répression, typologie des infractions) est du domaine de la Confédération, la procédure et l'organisation judiciaire pénales et l'exécution des peines, y compris le régime pénitentiaire, appartiennent aux cantons. Or, tous ces domaines participent indiscutablement à la politique criminelle. Comme la Suisse compte 26 procédures pénales et organisation judiciaires différentes, autant de systèmes d'exécution matérielle des peines, et que ces différences sont parfois considérables, on se rend compte d'emblée des difficultés que l'on peut rencontrer à saisir toutes les nuances de la politique criminelle en Suisse. Songeons, par exemple, que certains cantons connaissent l'opportunité des poursuites, alors que d'autres se réfugient dans la légalité la plus stricte; que certains cantons permettent d'exécuter des peines privatives de liberté de courte durée sous forme de journées de détention séparées, de week-end carcéral, système inconnu ailleurs; enfin, que certains cantons connaissent le jury, alors que d'autres ont même supprimé la Cour d'assises. Le fait donc que la Suisse se présente comme une mosaïque de 26 justices pénales différentes implique que la politique criminelle helvétique n'aura pas toujours la carté et la cohérence souhaitables pour une action générale à long terme contre le crime.

Le deuxième de ces facteurs spécifiques à la Suisse est lui aussi d'ordre constitutionnel: il est indéniable qu'en Suisse, le parlement, le gouvernement et la justice ne sont pas les

seuls à élaborer et mener la politique criminelle: le peuple lui-même y joue un rôle non négligeable, parfois même tout à fait déterminant dans des secteurs de cette politique criminelle particulièrement névralgiques. En effet, il n'est pas rare de voir le peuple utiliser le référendum législatif et l'initiative constitutionnelle pour influencer la politique criminelle. L'exemple le plus frappant est le domaine de l'interruption de la grossesse où, suite à une succession d'interventions du peuple, les institutions de la démocratie directe ont paralysé la politique criminelle depuis douze ans; et ce n'est pas fini. Autre exemple très significatif: face à la montée du terrorisme, le législateur fédéral a essuyé successivement plusieurs échecs, sur référendum populaire, alors qu'il proposait la mise sur pied de corps de police spécialisés susceptibles d'intervenir sur l'ensemble du territoire de la Confédération.

Enfin, ce qui complique encore les choses et la compréhension du système helvétique, c'est que les voies et méthodes législatives suisses sont fort lentes et compliquées, et impliquent quantité de consultations extra-parlementaires et hors l'administration, avant qu'un projet de loi devienne du droit positif; c'est ainsi que les projets et rapports élaborés par le gouvernement sur proposition de la Commission d'experts pour la revision du Code pénal suisse (CP), sont soumis pour avis aux gouvernements cantonaux et à ce que les Suisses appellent les associations et organisations faitières (syndicats, sociétés savantes intéressées, partis politiques, groupes de pression, etc.) avant d'être présentés au parlement. Or, le gouvernement tient large compte de ces avis et modifie parfois profondément ses propositions avant d'en saisir le parlement. Par exemple, les propositions de réforme pénale en matière de mœurs ont été violemment critiquées lors de la consultation populaire organisée récemment par le gouvernement et les projets de la Commission seront notablement modifiés avant d'être présentés au parlement, sur deux points en tous les cas: l'âge de la protection pénale des mineurs contre les actes d'ordre sexuel, et la réintroduction de l'incrimination spécifique de l'inceste.

Ces quelques remarques d'ordre introductif ont un seul but: avertir un public et des lecteurs non initiés aux réalités et spécificités helvétiques, qu'ils ne doivent pas chercher dans la politique criminelle de la Suisse une quelconque riqueur, ou un esprit de principe, des choix rigides et très cohérents, S'il fallait à tout prix qualifier la politique criminelle suisse nous utiliserions le terme de pragmatisme, d'un pragmatisme fait de lenteur et de prudence, de souci du compromis, de prise en compte de considérations parfois étrangères à la politique criminelle proprement dite; bref, une politique criminelle faite de réformes parfois sans relations bien définies les unes avec les autres. C'est ce qui doit être dit et ce qui doit être su avant de juger les réformes récemment acquises et en cours en Suisse, que nous nous proposons de présenter successivement selon qu'elles concernent la partie générale, puis la partie spéciale du Code pénal suisse.

II. LES RÉFORMES PÉNALES RÉCENTES ET EN COURS TOUCHANT LA PARTIE GÉNÉRALE DU CODE PÉNAL

Ne pouvant être exhaustif faute de temps, nous traiterons des réformes acquises ou en cours qui démontrent des changements d'orientation dans la politique criminelle suisse, ce qui nous conduira à traiter trois sujets:

1. une proposition d'introduire une disposition dans le Code pénal reconnaissant l'opportunité des poursuites l'opportunité du jugement et l'opportunité de la condamnation;
2. Les modifications récentes apportées aux sanctions pénales (peines et mesures);
3. les réformes, l'une acquise, l'autre en cours, portant sur la prescription de l'action pénale et de la peine.

1. *L'introduction du principe de l'opportunité des poursuites, du jugement et de la condamnation*

Traitant de la revision des infractions contre la vie, l'intégrité corporelle, les mœurs et la famille, la Commission d'experts

perts s'est rendu compte que parfois l'application du droit pénal peut conduire à l'injustice, notamment quand l'auteur a été atteint directement par les conséquences de son acte au point qu'une peine serait inappropriée, ou bien, quand une faute très légère, surtout la négligence, a des conséquences très graves. L'administration de la justice pénale a alors une limite absolue: l'idée de justice et d'équité.

La vie et les circonstances se chargent parfois de punir l'auteur d'une infraction plus sévèrement que ne le ferait le droit pénal: l'auteur devient invalide suite à un accident de la route qu'il a causé; une tentative d'escroquerie à l'assurance-incendie tourne mal et l'auteur y perd sa famille, son patrimoine et est lui-même grièvement brûlé; une mère décide de se suicider avec ses enfants par le gaz, cause la mort de ses enfants et en réchappe, mais atteinte dans sa santé. Ce sont les praticiens, membres de la Commission, qui sont à l'origine de ces propositions de manier le principe de l'opportunité. Ils ont décrit l'embarras des magistrats chargés de la poursuite, puis du jugement, devant des cas où la magnanimité s'impose, mais qu'ils sont eux, magistrats, chargés de poursuivre et de juger. Même dans les cantons où le principe de l'opportunité des poursuites est reconnu, il arrive à la justice d'être confrontée à des choix cornéliens si l'organe des poursuites a déclenché l'action pénale et que le juge du siège soit obligé de se prononcer, sous peine de déni de justice. Enfin, les exemple nombreux qui ont été discutés en commission étaient en grande majorité des cas où des demandes de grâce avaient été présentées avec succès. Or, la grâce, trop fréquente, perturbe l'administration de la justice pénale et affaiblit l'impact de cette justice dans le public. Elle doit donc rester un correctif très rare de l'administration de la justice pénale. Dans ces conditions, s'imposent dans certains cas la renonciation aux poursuites, leur abandon, ou la renonciation à prononcer un jugement et une condamnation.

Une fois le principe acquis, encore faut-il veiller à ce qu'il ne puisse être utilisé par personne pour échapper à une juste poursuite ou à une juste peine. La Commission d'experts a donc procédé avec prudence.

Tout d'abord, elle a décidé de distinguer soigneusement les deux causes d'exemption de poursuites et de peine, que sont les souffrances et dommages subis par l'auteur de l'acte, d'une part, et la faute très légère, d'autre part. Cumuler toutes ces conditions dans un article 66 bis nouveau à introduire dans la partie générale du Code pénal aurait été trop exiger et de nombreux cas de poursuites ou de condamnation choquantes auraient encore été possibles. C'est la raison pour laquelle cette nouvelle disposition ne retient en définitive qu'une seule de ces conditions: les souffrances et dommages subis par l'auteur du fait de son infraction: «Si l'auteur a été atteint directement par les conséquences de son acte au point qu'une peine serait inappropriée, l'autorité compétent renoncera à le poursuivre, à le renvoyer en tribunal ou à lui infliger une peine.» (art. 66 bis al, 1 de l'avant-projet élaboré par la Commission).

Quelques précisions s'imposent ici:

a) la référence à l'atteinte *directe* par les conséquences de l'infraction évite que l'auteur puisse échapper à la poursuite et à la peine en invoquant les conséquences indirectes de son acte, telles qu'une longue procédure pénale, une détention préventive prolongée, des dommages et intérêts élevés, la perspective d'une peine sévère;

b) la renonciation à la poursuite, sa suspension ou l'exemption de peine n'est possible que si la peine est *inappropriée*. Le législateur a utilisé ici une norme à contenu indéterminé, ou variable. Son intention est que l'autorité judiciaire saisie renonce à tout examen purement mécanique des cas en cause; en réalité, tout organe de poursuite, d'instruction ou de jugement doit tenir compte des circonstances particulières de chaque cas, objectives et subjectives.

Comment juger cette disposition en termes de politique criminelle?

A notre sens, il s'agit de la consécration de l'aboutissement de toute une évolution des esprits face à la justice pénale et au droit pénal. Pendant longtemps, on a consiréré que l'objet, le coeur du procès pénal était l'infraction, et non pas le délinquant. Cette conception prévalait encore au moment

où le Code pénal suisse a été élaboré: on jugeait un acte, pas un homme. Or, tout cela a changé et on peut affirmer aujourd'hui, surtout après la revision du Code de 1971, que le coeur et l'objet du procès pénal est désormais le délinquant. On ne juge plus un acte, mais un homme. C'est dans cette perspective nouvelle qu'il faut comprendre l'art. 66 bis de l'avant-projet de revision.

Reste maintenant la question de la faute très légère dont les conséquences sont très graves. Nous avons vu que la Commission avait décidé de lui donner la même signification et les mêmes effets qu'aux conséquences gravement préjudiciables de l'acte pour son auteur. Comment a-t-elle consacré cette idée dans ses propositions?

Tous d'abord, les experts n'ont pas cru bon d'insérer ce principe dans la partie générale du Code pénal, mais bien dans sa partie spéciale, à la suite d'un débat assez animé, au cours duquel ils se sont convaincus qu'il ne faut pas accorder à la faute très légère valeur d'exemption automatique de poursuites ou de peine. L'expérience a en effet démontré que les cas choquants pour l'esprit de justice et d'équité se recon-trent presque exclusivement en matière d'homicide par négligence et de lésions corporelles par négligence. En d'autres termes, on s'est aperçu que la faute ne peut pas être qualifiée de très légère si elle est intentionnelle. Ces limitations considérables du champ d'application du principe ont conduit la Commission à renoncer à insérer ces idées dans le futur article 66 bis CP, et à le renvoyer dans la partie spéciale du code, ou il figurera dans les dispositions relatives à la protection de la vie et de l'intégrité corporelle.

A notre sens, cette décision est regrettable et nous trouvons la Commission trop prudente. Voici pourquoi:

Restreindre la possibilité de renoncer à la poursuite, au jugement et à la peine, à la faute par négligence est une erreur. Certaines fautes intentionnelles peuvent elles aussi être qualifiées de très légères. Il suffit de se référer aux domaines où le droit pénal ne joue qu'un avant tout aux droits civil et administratif de déterminer les comportements permis ou interdits. La déliquance d'affaires foisonne de cas

où la flaute, quoique consciente et volontaire, revêt très peu de gravité. Songeons notamment à celui qui, dans le monde des affaires, viole, certes intentionnellement, une des nombreuses règles purement techniques qui lui sont imposées, et cela non pas tellement dans un but d'enrichissement illégitime, mais pour se simplifier la tâche, accélérer les choses ou, mieux, pour sauvegarder les intérêts bien compris de son employeur ou de sa propre entreprise en difficultés. Bien sûr, un tel comportement ne mérite aucune complaisance, mais le sentiment de la justice la plus élémentaire peut parfois conduire, toutes circonstances bien pesées, à renoncer à une poursuite ou au prononcé d'une peine.

Deuxièmement, on peut se demander pourquoi la Commission a limité cette exemption à des fautes par négligence très légères dans le domaine des homicides et des atteintes à l'intégrité corporelles.

D'autres biens juridiquement protégés peuvent en effet être mis en danger ou atteints par des infractions de négligence: la collectivité et le patrimoine d'autrui, par exemple, en cas d'incendie par négligence. Faudra-t-il alors se résoudre à introduire dans la typologie des infractions des dispositions spéciales sur l'exemption de poursuites et de peine, comme le propose la Commission aux articles 117 et 125 CP, chaque fois que le législateur s'apercevra que la justice et l'équité l'imposent? Les futures réformes du droit pénal suisse répondront à cette question.

2. *Les modifications législatives récentes en matière de sanctions*

La politique criminelle suisse en matière de sanctions pénales a connu de profonds changements depuis l'entrée en vigueur du Code pénal en 1924, au point même que les pères du Code n'y reconnaîtraient pas leur enfant. Cette évolution est loin d'être à terme, preuve en est que la Commission, après en avoir longuement débattu, ne s'est pas ralliée à une proposition d'abolir la peine de réclusion à perpétuité.

Relevons tout d'abord que le législateur suisse n'a pas encore échappé à la détestable alternative prison — amende. Les peines privatives de liberté et les peines pécuniaires restent donc les principales armes contre le crime et composent presque exclusivement l'arsenal des sanctions que propose le Code pénal. Personne n'a encore proposé en Suisse, dans le processus de révision du Code pénal, d'échapper à ce cercle vicieux, par exemple grâce à l'introduction dans notre ordre juridique de sanctions modernes comme le travail au service de la communauté, des interdictions professionnelles comme peines principales, le retrait du permis de conduire ou la déchéance à titre principal de la puissance parentale. Il faut bien reconnaître que le législateur suisse manque ici singulièrement d'imagination et qu'il est peu enclin dans ce domaine à s'inspirer du droit étranger et des expériences faites ailleurs. A sa décharge, précisons cependant que la réforme de ce domaine a peut-être en Suisse commencé trop tôt (au milieu des années 50) et que la Suisse est dépourvue d'instituts de recherches criminologiques et pénologiques susceptibles d'offrir une base scientifique à ses réformes.

Des travaux législatifs achevés ou en cours en Suisse ne visent pas que la privation de liberté. Ils concernent aussi l'amende (mode de perception, montants; cf. Loi fédérale du 24 juin 1970 sur les amendes d'ordre infligées aux usagers de la route; Loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif; intervention parlementaire proposant l'étude de l'introduction en Suisse du système du jour-amende). Faute de temps, nous allons nous limiter aux réformes dans le domaine de la privation de liberté.

Impossible de discuter chacune des réformes de la prison; trop de dispositions sont en cause. Nous essayerons de dégager simplement l'esprit et la finalité de tout ce mouvement législatif, en nous basant sur la grande révision du Code pénal entrée en vigueur il y a dix ans. Incontestablement, il ne s'agit plus d'une évolution, mais d'une véritable révolution législative, qui a secoué le Code pénal. La Loi fédérale du 18 mars 1971 révisant le Code pénal a rompu avec le passé, ce que nous allons maintenant illustrer.

Bien sûr, le Code pénal de 1937, entré en vigueur en 1942, avait pour ambition de faire ou de refaire du détenu un honnête homme qu'il fallait corriger moralement et socialement. L'idée même de resocialisation figurait parmi les principes de base de la privation pénale de liberté, et ce but n'a pas changé: l'art. 37 CP, version de 1937, exigeait que les peines privatives de liberté fussent exécutées de manière à exercer sur le détenu «une action éducatrice et à préparer (leur) retour à la vie libre». Ce n'est pas ce but qui a changé, mais les modalités qui permettent d'y parvenir. L'expérience avait montré que bien peu de détenus sont capables de faire le bilan d'eux-mêmes en prison et d'opérer un retour sur eux-mêmes par un profond travail de réflexion, et que ceux qui le pouvaient n'avaient en vérité pas besoin d'une vie d'austérité et de mortification pour y parvenir; bref, que rares sont les détenus capables de comprendre le sens véritable de leur détention, d'apprécier le contenu positif que le législateur avait donné à la peine privative de liberté, et d'en profiter pleinement. C'est pourquoi, en 1971, le législateur a changé son fusil d'épaule. Il conçoit dorénavant la peine privative de liberté comme un moyen d'inculquer un comportement social à ceux qui n'en ont pas, et de la conserver chez ceux qui en sont encore pourvus; la dimension morale, l'idée de pénitence ont quasiment disparu de l'exécution des peines privatives de liberté.

Cette nouvelle orientation a conduit à individualiser davantage la peine et le traitement imposé aux condamnés. Comment cela s'est-il traduit dans la législation?

a) Le législateur aurait pu y parvenir en instaurant la peine unique, à laquelle il a renoncé, conservant les classiques arrêts, emprisonnement et réclusion. Cependant, sous cette terminologie se cache dorénavant une autre réalité: l'exécution des peines privatives de liberté ne dépend plus de leur dénomination légale, mais de leur durée. Jusqu'à trois mois de détention, que ce soit d'arrêts ou d'emprisonnement, la peine revêt une signification quasi disciplinaire, d'avertissement donné au condamné qui ne sera soumis à aucun traitement. Il s'agira donc d'une simple privation de liberté. Dès

trois mois de détention, un traitement est possible et désirable. Cette première distinction entre les peines de courte durée et les autres se double d'une deuxième: parmi ces condamnés à plus de trois mois de détention, on distingue encore entre détenus primaires et détenus récidivistes, dans le but que celui qui va pour la première fois en prison jouira d'un traitement relativement libéral, tandis que celui qui a déjà fait la démonstration qu'il y est imperméable, devra subir un traitement plus musclé. Cette distinction n'est pas absolue et en pratique on voit de nombreuses exceptions.

b) Le régime progressif de traitement des détenus a été affiné en 1971. Si les avis étaient partagés sur le maintien même du principe progressif, on le conserva cependant, mais avec d'importants accommodements: premièrement, la phase initiale d'isolement du détenu n'est plus fonction de la durée de la peine. Elle peut même être supprimée, en fonction de l'état physique et psychique du condamné, et la pratique a démontré qu'elle est en fait limitée aux quelques jours nécessaires à la première prise de contact du détenu avec les autorités du pénitencier et à la prise de décision de l'incorporer à une équipe, à un atelier. Cette première phase est maintenue dans un but exclusivement administratif. Deuxièmement, dès que la moitié de la peine est subie, le détenu peut être placé dans une institution où il jouit de plus de liberté: liberté subie dans une maison ad hoc. Troisièmement, la libération conditionnelle n'est plus une récompense pour bonne conduite en prison, ni une faveur, mais une simple modalité d'exécution de la peine: une phase d'exécution de la détention, paradoxalement subie en liberté, accordée après un examen auquel l'autorité procède d'office une fois subis les deux tiers de la peine.

c) Le sursis à l'exécution de la peine privative de liberté a vu s'élargir son champ d'application, même si son sens n'a pas changé: ni faveur accordée au condamné, ni moyen d'administrer une justice à bon marché, ni droit subjectif accordé à certains condamnés (même si les tribunaux ont de plus en plus tendance à le croire), le sursis est aussi une modalité d'exécution des peines privatives de liberté. Or, cette moda-

lité peut être accordée dorénavant pour les peines allant jusqu'à dix-huit mois de détention, et non plus seulement douze mois. La réforme du sursis ne s'est pas limitée à l'extension de son champ d'application. Sa vraie réforme réside dans le fait que le juge doit non seulement, dans son jugement, justifier l'octroi du sursis, mais motiver également le refus du sursis, pour permettre aux autorités de recours de contrôler la saine application de la loi qui donne au sursis la fonction d'un véritable traitement en liberté.

d) La quatrième réforme spectaculaire touche aux mesures de sûreté qui ont subi d'importantes innovations. Certes, leur finalité demeure, celle d'*ultima ratio* à l'égard de condamnés qui, en raison de leur état personnel, demeureraient insensibles à la peine privative de liberté; mais dorénavant, l'internement des délinquants d'habitude (art. 42 CP) est soumis à des conditions plus sévères: il n'est plus réservé qu'à ceux qui se sont montrés rétifs à toutes les formes de traitement des détenus. Ensuite, des mesures spéciales sont imposées aux délinquants anormaux (toxicomanes, alcooliques, malades mentaux). Or, la nouveauté essentielle de ces mesures spéciales, c'est qu'elles peuvent consister en un traitement ambulatoire, sans internement. Elles ne sont donc plus strictement «privatives» de liberté. Toutes ces mesures n'ont plus le caractère définitif que le jugement de condamnation leur conférait: le juge de condamnation peut intervenir au cours de leur exécution si le condamné semble guéri, soit ordonner l'exécution de la peine qui avait été suspendue pour permettre celle de la mesure, soit y renoncer purement et simplement. Enfin, les mesures comportant l'internement peuvent être, comme les peines, subies sous forme de libération conditionnelle ou à l'essai. Cette libération à l'essai est même une institution toute nouvelle. C'est un véritable congé de captivité destiné à éprouver les effets bénéfiques du traitement curatif, avant de décider la libération conditionnelle ou définitive.

Pour conclure ces observations consacrées à la politique criminelle helvétique en matière de sanctions privatives de liberté, nous évoquerons une disposition quia fait l'effet



d'une véritable révolution, même si le Parlement l'a adoptée sans débats, ni se rendre compte de son importance: l'article 397 bis al. 4 CP, dont voici l'alinéa 1.^{er}: «En vue d'améliorer le régime d'exécution des peines et des mesures, le Conseil fédéral pourra autoriser l'essai, pendant un temps déterminé, de méthodes non prévues par le code.»

Cette disposition remarquable a permis de renoncer à coucher dans le Code pénal toutes les formes de traitement possibles et imaginables exigées par toutes les catégories possibles et imaginables de détenus, et de permettre aux régimes de traitement d'évoluer avec le progrès que la science psychosociale et la pénologie apportent constamment dans ce domaine. En d'autres termes, cette disposition doit permettre aux régimes pénitentiaires et aux modes de traitement des condamnés de s'adapter souplement à l'évolution des besoins sociaux sans pour autant que le législateur soit contraint d'introduire dans la loi pénale une souplesse incompatible avec le principe de la égalité consacré à l'article 1.^{er} CP.

3. Les modifications apportées au principe de la prescription de l'action pénale et de la sanction

Les observations qui suivent serviront à illustrer nos premiers propos: même si elle aboutit à des résultats en apparence cohérents, la politique criminelle ne l'est pas toujours, mais se compose en réalité d'éléments mutuellement peu compatibles, de nature fort divers, parfois même complètement contradictoires. C'est ainsi que, profitant de la promulgation de la Loi fédérale du 21 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale, le législateur suisse a porté pièce à une institution qui paraissait pourtant dans son principe et son organisation fortement et définitivement consacrée: la prescription pénale. Un nouvel article 75 bis CP, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1983, déclare en effet imprescriptibles certains crimes, dont les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et les actes de terrorisme particulièrement graves (atteinte d'un grand nombre de personnes, prise d'otages, uti-

lisation de moyens d'extermination massifs). Cette revision est fondée exclusivement sur des raisons politiques qui n'ont rien à voir avec la politique criminelle. D'ailleurs, le conseil fédéral (exécutif fédéral) l'a souligné: la prescription de l'action pénale permet à l'inculpé d'un acte particulièrement odieux d'échapper à la justice pénale. «L'Etat, dont le droit rend possible une telle situation «passe aux yeux du monde pour une lieu de refuge accueillant les auteurs de pareilles infractions. Une telle situation est intolérable.»

A notre sens, l'imprescriptibilité d'une infraction, quelle qu'elle soit, est une aberration, pour le moins en droit pénal suisse. Voici pourquoi (cf. notre contribution: La Suisse et l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, *Revue pénale Suisse* t. 93 (1971) p. 308 ss):

a) Le droit et le devoir de punir les infractions, qui appartient à l'Etat, s'efface avec l'écoulement du temps. C'est une évidence pour toutes les infractions et toute exception à ce principe est arbitraire: après un certain temps, l'impunité pénale s'impose;

b) Les moyens de preuve deviennent de plus en plus rares, et ceux qui persistent, de plus en plus fragiles avec le temps qui passe. Si la matérialité des faits demeure, la preuve de la réalisation des éléments constitutifs subjectifs de l'infraction devient de plus en plus difficile à rapporter. Ce n'est pas la dimension historique des infractions en cause qui va y changer quelque chose.

c) La prescription n'est pas le seul effet que l'écoulement du temps a sur le droit pénal. L'écoulement du temps a toujours été considéré comme un phénomène dont l'effet est de faire disparaître le droit de punir. C'est particulièrement le cas en Suisse où, outre la prescription de l'action pénale et de la sanction, le droit de porter plainte se prescrit trois mois à partir du jour où l'auteur de l'infraction est connu (art. 29 CP), et un temps relativement long entre la commission de l'infraction et le jour du jugement est considéré comme une circonstance atténuante au sens de l'article 64 CP. L'imprescriptibilité des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité et des actes graves de terrorisme est donc un corps étran-

ger dans le système pénal suisse. Certes, l'auteur de telles infractions est une montre, mais après vingt ans, voire trente ans de prescription absolue, le droit pénal ne peut plus rien contre lui. S'il est étranger et est saisi en Suisse, il sera expulsé administrativement; s'il est suisse, c'est à l'opinion publique de l'agonir ou de l'oublier et de le laisser à sa honte et son remords. Il n'appartient pas aux hommes de se montrer plus impitoyables que le Seigneur qui, Lui, pardonne.

Acquise, cette réforme n'est pas la seule à toucher la prescription. La Commission d'experts a proposé de modifier l'article 70 CP visant la prescription de l'action pénale.

En droit positif, les délais de prescription de l'action pénale sont bien déterminés, en fonction de la gravité de la faute commise, donc, de la pénalité encourue en raison de cette faute: l'action pénale se prescrit par vingt ans si le crime est passible de la réclusion à vie. L'idée prévaut que la faute est abominable, l'acte horrible et qu'il reste gravé dans toutes les mémoires pendant longtemps; de même, le trouble social causé par le crime et le dommage causé (il s'agit toujours d'atteintes à la vie et de haute trahison) sont tels que le pouvoir de l'Etat de punir demeure intact pendant longtemps. En revanche, l'action pénale se prescrit par dix ans s'il s'agit d'un crime, donc de tout acte passible de la réclusion. Ensuite, l'action pénale se prescrit par cinq ans si l'infraction est passible de l'emprisonnement (délit). Enfin, elle se prescrit par une année s'il s'agit d'une contravention.

Ce parallélisme entre gravité de la faute, donc de la peine encourue, et durée du délai de prescription est détruit par une proposition de la Commission d'experts, selon laquelle la prescription devrait être de dix ans pour toutes les infractions passibles de détention pour plus de trois ans, quelle que soit leur nature. Cette proposition fait suite à une intervention parlementaire. Un député s'était ému de la durée des procès intentés aux criminels d'affaires, due surtout à la difficulté d'administrer la preuve, au recours à l'expertise comptable et financière et aux aléas de l'entraide internationale en matière pénale. Or, ce même député était soucieux des finances de l'Etat et ne pouvait se résoudre à la seule solution logique

et efficace à ce problème bien réel: proposer d'augmenter les moyens de la justice pénale en hommes capables et formés aux voies et techniques de l'investigation policière et judiciaire dans le domaine des affaires, comme le suggère la Recommandation R (81)12 du Comité des Ministres aux Etats membres sur la criminalité des affaires (Conseil de l'Europe, 25 juin 1981, in Résolution du Comité des Ministres dans le domaine des problèmes criminels, vol IV Strasbourg, 1981). C'est pourquoi il imagina le moyen, bien plus économique de prolonger le délai de prescription de l'action pénale dans les cas graves de criminalité économique. A notre sens, cette proposition, qui a trouvé grâce aux yeux de la Commission d'experts, est une manifestation de la politique de l'autruche et sera en réalité contreproductive: au bénéfice d'un délai de prescription plus étendu, les autorités judiciaires pénales se presseront moins, prendront davantage leur temps, confondront, selon une mauvaise habitude, délais raisonnables et délais maxima; quant au législateur, sous prétexte d'avoir pris des mesures contre ce fléau bien réel, il ne se résoudra plus avant long temps à adopter les seules mesures qui s'imposent: réorganiser et redimensionner la justice pénale et adapter le droit pénal de forme à ce nouveau type de procès.

III. LES RÉFORMES PÉNALES RÉCENTES ET EN COURS TOUCHANT LA PARTIE SPÉCIALE DU CODE PÉNAL

Achevée en 1971 la grande révision de la Partie générale du Code pénal ouvrait la voie à celle, tout aussi importante, de la Partie spéciale. Le Conseil fédéral ne perdit pas de temps, puisque la même année il mit sur pied une nouvelle Commission pour la révision du Code pénal qui a achevé ses travaux en décembre 1982 et qui, sous la houlette du Professeur Hans Schultz, remplit par étapes son quadruple mandat. Cette façon de procéder permit notamment de répondre le plus tôt possible aux besoins sociaux et à l'impatience de certains parlementaires avides de réformes pénales. Les domaines couverts par les experts furent dans l'ordre les suivants:

- l'interruption de la grossesse (avortements et actes non punissables);
- les actes criminels de violence (terrorisme et vandalisme);
- les atteintes à la vie, à l'intégrité corporelle, aux moeurs et à la famille;
- les atteintes au patrimoine, et la criminalité des affaires.

Au point où en est la procédure législative, seul ce dernier point est confidentiel; tenu par le secret de fonction, nous ne pourrions en traiter ici; seules les trois premières phases de la révision feront donc l'objet des développements qui suivent, et que nous aborderons dans l'ordre susmentionné.

1. L'interruption punissable et non-punissable de la grossesse

La situation en Suisse dans ce domaine est pour le moins peu claire, en fait comme en droit. Disons tout d'abord que les cantons sont compétents en ce qui concerne la santé publique, le statut des hôpitaux, des médecins, du personnel médical et hospitalier et des structures et équipements sanitaires. Il en découle une très grande disparité dans les conceptions médicales et dans les pratiques hospitalières. Les cliniques et hôpitaux gynécologiques, publics et privés, ont donc des pratiques fort diverses et il n'est pas étonnant que dans certains cantons, on compte autant d'interruptions de grossesses que de naissances, tandis que dans d'autres, presque aucune interruption de grossesse n'est pratiquée, quel que soit le risque encouru par la personne enceinte. Il n'en demeure pas moins que l'interruption de grossesse est assez facile en Suisse et, comme elle est souvent maquillée en opération thérapeutique, elle peut être remboursée en tout ou partie par les compagnies d'assurance-maladie.

Cette situation, mauvaise en soi, a un avantage, c'est que les interventions clandestines pratiquées en dehors du milieu hospitalier par des faiseurs d'anges sont devenues extrêmement rares.

Qu'en est-il de la loi? Le Code pénal, articles 118 ss, règle cette question de façon peu satisfaisante: le principe reste de droit positif que l'interruption de la grossesse est interdite et constitue un délit si elle est commise par la mère, un crime si elle est l'oeuvre d'un tiers non autorisé à la pratiquer. Il existe à la règle une exception: l'avortement est légal si l'interruption de la grossesse est pratiquée par un médecin en milieu hospitalier, à certaines conditions très strictes, mais surtout, s'il s'agit de la seule façon concevable de sauver la mère d'un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé (physique ou mentale). Nous voyons donc que le droit pénal suisse ne connaît que l'indication thérapeutique et interdit toute interruption de grossesse pour raison eugénique (malformation de l'enfant) juridique (cas de viol, collectif ou non, suivi d'une grossesse), et surtout sociale (cas où la grossesse menée à terme représentait pour la mère une charge sociale intolérable: famille déjà très nombreuse, détresse sociale, extrême pauvreté, etc.).

Situation de fait et situation de droit sont loin de coïncider en Suisse en ce qui concerne l'interruption de la grossesse, du moins dans la plupart des cantons, et une réforme législative s'impose de toute évidence. Or, trois thèses, visant toutes à la décriminalisation, s'opposent en Suisse:

- L'une, dite solution des délais, voudrait que l'avortement soit libre, au gré de la personne gravide, pendant les trois premiers mois de la grossesse;
- la deuxième, plus restrictive, dite solution des indications avec indication sociale, voudrait que pendant ce délai de trois mois, l'avortement soit autorisé en cas d'indications juridique, thérapeutique, eugénique ou sociale;
- la dernière, la thèse la plus conservatrice, dite solution des indications sans indications sociale, préconise la décriminalisation de l'avortement pour toutes les indications susdites, sauf l'indication sociale, à laquelle, justement, tiennent le plus les milieux féministes et progressistes helvétiques.

Aucune de ces thèses n'a deconté l'aval du peuple, chaque fois consulté. L'impasse législative est telle que le désarroi règne dans certains milieux parlementaires et politiques. Le Conseil fédéral ne prend plus aucune initiative dans ce domaine, fait le mort. Le parlement s'agite périodiquement. Sa dernière découverte montre l'ampleur du désarroi dans lequel il est plongé: certains parlementaires ont proposé une solution dite fédéraliste, qui confierait à chaque canton le soin de se doter de la législation qu'il désire, à choisir parmi les trois thèses antagonistes susmentionnées. En termes de politique criminelle, suivre cette voie serait une folie et un dangereux précédent: l'unification du droit pénal de fond a été en Suisse un indéniable progrès social auquel il est exclu de renoncer. Ensuite, suivre cette voie serait vain, car rien ne prouve qu'une solution serait partout, dans tous les cantons, plus facile à trouver qu'au plan fédéral.

L'avenir reste sombre dans ce domaine et la preuve est faite que là où la passion règne et domine la raison plus souvent qu'à son tour, il est difficile, voire impossible de légiférer en droit pénal.

2. *Les actes criminels de violence*

Le terrorisme et le vandalisme sévissent aussi en Suisse. Il fallait donc donner à la société les moyens de se défendre par le truchement de l'État plus efficacement que par le droit pénal positif, notamment contre des actes de violence constitutifs d'atteintes à la vie, à la liberté, au patrimoine et à la paix publique. S'inspirant des travaux de la Commission d'experts pour la révision du Code pénal, le Conseil fédéral proposa aux Chambres une brochette de dispositions, dont deux nouvelles incriminations (la prise d'otage, art. 185, et les actes préparatoires délictueux de l'art. 260 bis CP). Il s'agissait avant tout d'intriduire pour le vol et le brigandage une nouvelle circonstance aggravante spéciale (l'acte commis à main armée), d'en augmenter les pénalités, d'améliorer la répression des atteintes à la liberté (art. 182 à 185 CP). Ces réformes ne rencontrèrent aucune objection du parlement,

ni du peuple, qui fut consulté sur référendum dressé contre d'autres propositions, plus discutables, mais tout aussi importantes, dont nous allons brièvement traiter.

Il s'agissait tout d'abord de réviser l'art. 145 CP sur les dommages à la propriété, qui sont en principe poursuivis sur plainte. Un nouvel alinéa 1bis permet de poursuivre d'office de tels dommages commis à l'occasion d'émeutes. Les raisons de cette réforme sont les suivantes:

- l'expérience a montré que celui qui porte plainte contre des émeutiers s'expose à des expéditions de rétorsion et à des manoeuvres d'intimidation ou punitives;
- l'émeute se poursuivant d'office, attendre le dépôt d'une plainte pour poursuivre des dommages à la propriété rompt l'unité des poursuites et entrave l'administration de la preuve.

Craignant de voir disparaître la liberté de manifester, des pans entiers de la population dressèrent référendum contre cette disposition; ils prétendaient qu'une poursuite d'office empêcherait tout règlement à l'amiable entre les émeutiers et leurs victimes.

La nouveauté la plus controversée de la révision du 6 juin 1982, fut sans conteste l'art. 260 bis CP: actes préparatoires ne sont en principe pas punissables; il en déculait que des actes préparatoires à un acte de terrorisme, à un brigandage, à une prise d'otage échappaient au Code pénal, dans la mesure tout au moins où ils ne constituaient pas en eux-mêmes des infractions. Le législateur a voulu donner aux autorités de justice et de police les moyens de prévenir certains actes particulièrement odieux. Dorénavant, les actes préparatoires au meurtre, à l'assassinat, aux lésions corporelles graves, au brigandage, à la séquestration, à l'enlèvement et à la prise d'otage, ainsi qu'à l'incendie intentionnel, sont punissables. Si l'auteur renonce de son propre chef à passer à l'exécution de l'acte de violence ainsi préparé, il échappe à la répression. Enfin, les actes préparatoires impliquent que l'auteur a manifesté concrètement et de façon indubitable

qu'il s'apprêtait à passer à l'exécution d'un acte de violence criminel grave: il faut qu'il ait pris, conformément à un plan, des dispositions concrètes d'ordre technique ou d'organisation, dont la nature et l'ampleur ne laissent planer aucune incertitude, sur le fait qu'il s'est déjà engagé dans la criminalité et a dépassé le simple stade de la pensée. Les référendaires, qui craignaient ici pour la liberté de pensée, n'ont pas été suivis par le peuple.

3. *Les atteintes à la vie, à l'intégrité corporelle, aux moeurs et à la famille*

Soumises à une vaste consultation actuellement en cours de dépouillement au sein de l'Administration fédérale, ces propositions sont assez profondes et très variées, du fait déjà qu'elles ne convrent pas moins de trois titres de la partie spéciale du Code pénal. En présence d'une telle foule de dispositions nouvelles, nous nous proposons de nous contenter de répertorier les nouvelles qui, de toute évidence, sont les plus nécessaires: celles qui touchent à la répression dans le domaine sexuel.

La Commission d'experts pour la révision du Code pénal est partie d'une constatation fort simple: il n'est plus possible ni souhaitable de sanctionner pénalement la simple activité sexuelle, en tant que telle ce qui est conforme au principe démocratique selon lequel il appartient au citoyen lui-même et à lui seul de déterminer son propre comportement, tant et aussi longtemps que par actes et ses omissions, il ne lèse pas autrui. Ce principe a valeur d'absolu dans le domaine de la vie privée, dont le comportement sexuel est une des composantes. Toute autre conception reviendrait à mettre le citoyen sous tutelle.

Le législateur a donc dû se demander jusqu'où la répression doit aller dans ce domaine ou, en d'autres termes, quelles sont ici les frontières de la répression. Ce faisant, il s'est convaincu de deux évidences: Premièrement, la notion de bonnes moeurs se base sur des critères strictement moraux. Deuxièmement, et en revanche, la notion de répression en

matière de bonnes moeurs vise à une fin purement utilitaire: la liberté de la personne en matière sexuelle sera limitée par celle des autres personnes en matière sexuelle. Hors ce principe, il n'y a pas de répression, puisque chacun se fait des bonnes norms une idée personnelle. Or, ces frontières de la répression sont mouvantes: non seulement elles changent d'individu à individu, mais elles sont diverses quand on les détermine dans une société pluraliste comme la société suisse, société où l'idée de morale sociale n'est plus déterminée par la morale collective ou par la morale dominante d'une majorité plus ou moins forte de citoyens, mais par la simple adiction de toutes les morales individuelles.

Fidèle à sa hantise de la casuistique, le législateur suisse n'a pas l'intention de définir les bonnes moeurs. C'est particulièrement heureux et permettra au juge de déterminer chaque fois si le fait reproché constitue ou non une atteinte aux bonnes moeurs. De même, l'évolution des conceptions dans ce domaine est si rapide qu'une définition légale serait très rapidement dépassée et exigerait de fréquentes revisions législatives.

Dorénavant donc, les manifestations de la sexualité ne seront l'objet d'une interdiction pénale, donc de répression, que si elles constituent un danger ou une gêne grave pour l'ordre social. En deça de cette frontière absolue, chacun est libre de vivre sa vie sexuelle comme il l'entend, au sein d'un groupe social qui partage ses idées.

Cette affirmation fondamentale de la liberté personnelle en matière sexuelle se manifeste par une tendance très nette à la décriminalisation particulièrement en ce qui concerne la pornographie et l'outrage à la morale publique où la Commission d'experts a abandonné les critères qui, jusqu'ici, en droit positif, délimitent ce qui est punissable et ce qui ne l'est pas.

En droit positif, la doctrine et la jurisprudence ont opéré cette distinction selon les critères suivants: sont punissables, parce qu'obscènes, les manifestations et les sujets qui ont pour but d'exciter la libido d'autrui, ou de profiter à l'auteur qui agit dans un but de lucre; en revanche, échappent à la

répression les manifestations et sujets d'ordre artistique, scientifique, ou d'inspiration morale.

Abandonnat ces critères objectif: le scandale causé par l'acte, combine à un autre critère, constitué par le dommage réel subi par la ou les victimes, étant entendu que l'auteur peut lui-même subir un dommage de par son acte. En termes de sociologie, on parle de tolérance social (absence de scandale) et de nuisance (possibilité d'un dommage). Seraient alors contraires au droit pénal les activités sexuelles dont il serait scientifiquement démontré qu'elles nuisent à leurs participant et don il serait juridiquement démontré qu'elles suscitent une réprobation collective et publique.

Le critère du scandale posera quelques difficultés au juge qui devra décider seul, face à un cas concret ce que la morale publique tolère ou réproouve. Il est difficile d'admettre que ce critère dépende de la réflexion d'un seul homme, de l'analyse d'une seule personne, et qui plus est, intervenant rétrospectivement. Pour être utilisable, valable et conforme aux besoins de la société, il faudrait que certe notion soit définie à l'avance, non pas au moment et à l'endroit où le juge tranche l'affaire, mais au moment et à l'endroit où l'acte a été commis, c'est-à-dire, par rapport au juge, à l'avance.

Quant au critère du dommage subi, il serait défini par le caractère socialement dangereux des effets de l'acte sur la victime. Ce caractère socialement dangereux apparaîtrait sous trois aspects différents:

- une activité sexuelle *prématurée* de la victime. Il est en effet scientifiquement démontré qu'avant un âge déterminé, la sexualité ne peut être intégrée au psychisme d'une personne, qui risque de subir un traumatisme, un blocage de l'affectivité, un trouble émotionnel durable, voire permanent;
- la *perversité* de l'activité sexuelle de l'auteur, qui est ressentie par la victime comme une anomalie, psychologiquement perturbatrice (actes sexuels avec violence, pédophilie, actes de bestialité);

— la *promiscuité* sexuelle, qui consiste en une indétermination absolue du partenaire sexuel: prostitution, où le partenaire n'est plus qu'un objet fonctionnel et interchangeable; échange systématique de partenaires, ou l'activité sexuelle se dépouille de tout côté affectif.

Fort de ces convictions, la Commission a proposé de rompre avec le système répressif actuel en matière de mœurs, et de reconnaître en Suisse une règle semblable à celle instituée au Danemark, par exemple, et qui pourrait se résumer ainsi: égale liberté de voir ou de ne pas voir une activité sexuelle, et égale liberté de participer ou de ne pas participer à une activité sexuelle; ce qui ferait poser deux normes: pudeur obligée dans les lieux non-clos et liberté possible dans les lieux clos.

De tels principes entraînent naturellement l'abandon de toutes les règles administratives visant la prostitution et les objets et publications obscènes. Resterait alors deux dangers particulièrement menaçants, qui n'échappent à personne: les dangers courus par la jeunesse et ceux d'être exploités qui planent sur les acteurs de débauche et sur la prostitution.

Pour la protection de la jeunesse, les choses sont relativement simples. La difficulté ne dépasse pas les limites de la protection actuelle de la jeunesse: l'accès aux objets, images et spectacles sexuels serait réservé aux adultes. Il suffirait d'étendre l'interdiction que connaissent actuellement les mineurs de 18 ou de 20 ans de pénétrer dans un dancing, une salle de jeux ou un cinéma osé. Certains psychiatres sont en outre d'avis que le souci des adultes de protéger les mineurs contre la sexualité est le fruit d'une projection sur la jeunesse de leurs propres monde, fantasmes et obsessions.

Quant à l'exploitation des acteurs de débauche et de la prostitution, il s'agit tout simplement d'actes qui tombent sous la dénomination d'explication de la débauche (art. 198 à 202 CP), et sont visés par la Commission sous les noms d'encouragement à la prostitution et de traite humaine (art. 201 et 202 de l'avant-projet de révision).

En conclusion de ces quelques généralités, il semble que la Suisse se trouve en pleine mutation sociale en ce qui touche la sexualité. Le mouvement législatif ébauché, une doctrine plus libérale, une jurisprudence plus permissive, la vague d'érotisation qui bat les frontières du pays et le changement nettement décelable de la mentalité de la majorité de la population, font qu'en matière de mœurs, après avoir débroussaillé tous les tabous, le législateur en revient aux questions fondamentales sur la finalité de la répression en la matière: La peine pour avoir enfreint les mœurs sexuelles est-elle utile? A qui est-elle utile? La répression peut-elle résoudre le problème posé? Sinon, est-elle un mal nécessaire, ou tolérable? A-t-elle encore une quelconque utilité? Ne sert-elle pas elle-même, bref, est-elle de moyen, devenue une fin en soi?

Ces questions sont posées en vrac. Un élément de réponse a été donné par le professeur Hamburger (La puissance et la fragilité, Paris, 1972, p. 194): «La tâche est d'abord de préciser les conditions de l'accord de base: le compromis société — individu ne doit pas être subordonné ni aux désirs de chacun, ni à l'image d'un homme purement rationnel; le point d'équilibre doit, au contraire, se définir à partir de notre connaissance de l'homme réel tel que nous le montrent la biologie et l'observation: agressif, passionné, capricieux, angoissé; c'est sur ce personnage, chez qui la raison est effort plutôt que nature, qu'il faut travailler.»

Toute morale est relative. Le droit pénal ne doit pas heurter la morale. Il est donc relatif. Il importe surtout que le droit pénal soit conforme à ce que la conscience sociale attend de lui. C'est ainsi qu'il devient vraiment moral. Il faudra, en Suisse, trouver au droit pénal en matière de mœurs une nature dynamique; c'est-à-dire qu'il ne faudra pas en faire le gardien attentif d'une morale dépassée: celle qui habitait et inspirait les pères du Code pénal à la fin du XIX^e siècle. Au contraire, les futurs articles 187 ss du Code pénal devront être ainsi conçus qu'ils protègent la morale actuelle de notre société d'aujourd'hui. Toute autre solution reviendrait à créer ou à maintenir une situation intolérable: la présence simultanée dans un même système pénal d'une «loi terroriste»

et d'une «jurisprudence à l'eau de rose», comme le disait déjà si justement Gautier, lors des travaux de la première Commission d'experts pour l'élaboration d'un Code pénal suisse avant 1908.

IV. BIBLIOGRAPHIE

Nous donnons ci-dessous par ordre alphabétique un aperçu des contributions de ces dix dernières années sur la revision du Code pénal suisse. Nous renvoyons pour le surplus aux grands traités et commentaires récents.

BOLE, P.-E. — L'avis d'un professeur de droit pénal sur les nouvelles dispositions du Code pénal.

Informations pénitentiaires suisses, n. 91 (1975) pp. 19 ss.

CLERC, F. — Les récentes transformations du Code pénal suisse. Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 1972, p. 19 ss.

GRAVEN, Ph. — L'adéquation du droit pénal aux réalités.

Revue pénale suisse 88 (1972) p. 256 ss.

De la 2° à la 4° revision partielle du Code pénal suisse.

Revue pénale suisse 94 (1977) p. 28 ss.

Les buts et l'esprit de la 3° revision partielle du Code pénal suisse.

Revue pénale suisse 95 (1978) p. 41 ss.

KURT, V. — Les dispositions révisées du Code pénal suisse.

Informations pénitentiaires suisses n.° 77 p. 19 ss, n.° 78, p. 17 ss, n. 79 p. 14 ss (1972)

SCHULTZ, H. — Dreissig Jahre schweizerisches Strafgesetzbuch.

Revue pénale suisse 88 (197) p. 1 ss.

Notwendigkeit und Aufgaben der dritten Teilrevision des schweizerischen Strafgesetzbuches.

Revue pénale suisse 88 (1972) p. 225 ss.

Der bedingte Strafvollzug nach dem Hundesgesetz vom 18. März 1971.

Revue pénale suisse 89 (1973) p. 52 ss.

Gewaltdelikte, Geiselnahme und Revision des Strafgesetzbuches.

Revue de la Société des juristes bernois 115 (1979) p. 449 ss.

Die Revision des schweizerischen Sexualstrarechts.

Revue Suisse de Jurisprudence 78 (1982) p. 245 ss.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA REFORMA PENAL ESPAÑOLA

PELO DOUTOR ENRIQUE RUIZ VADILLO *

* Magistrado del Tribunal Supremo. Doctor en Derecho. Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación. Profesor de la Universidad. (Supernumerario de la Carrera Fiscal y del Cuerpo de Letrados del Ministerio de Justicia).

I—Las grandes líneas de la actual reforma penal española.

II—Aspectos penales de la Constitución española de 1978. Algunas consideraciones sobre la reforma de la Ley de Enjuiciamiento y algunas consideraciones sobre la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La Ley General Penitenciaria y el Proyecto de Ley Organica del Poder Judicial.

III—La descriminalización en España.

IV—Bibliografía.

ABREVIATURAS

- CE — Constitución española de 1978.
- CP — Código penal español, vigente.
- CPP — Código penal portugués, próximo e regir.
- P80 — Proyecto español de Código penal, de 1980.
- P82 — Proyecto español de reforma parcial del Código penal 1982.
Cuando se hace referencia a artículo del C.P. seguidos de la palabra «bis» se significa el contenido del precepto tal como aparece redactado en este Proyecto.

LAS GRANDES LINEAS DE LA ACTUAL REFORMA PENAL ESPAÑOLA

I — Introducción.

1. Justificación de la reforma.
2. Los Proyectos de 1980 y de 1982.

II — La reforma de 1980.

1. Principios en que se inspira.
 - A. Reforzamiento de las garantías penales.
 - B. Principio de culpabilidad.
 - C. Principio de mínima intervención.
 - D. Moderación de las penas, pero certeza en el castigo.
 - E. Catalogo cerrado «crimina culposa».
 - F. Conceptuación del delito como lesión o efectivo peligro de bienes.
 - G. Nueva selección positiva y negativa de bienes protegibles.
 - H. Simplificación de las penas privativas de libertad.
 - I. Nueva configuración de las penas pecuniarias.
 - J. Posibilidad de renunciar a la imposición de penas.
 - K. Nuevo sistema en orden a las medidas de seguridad.
 - L. Nuevo enfoque del instituto de la rehabilitación.

2. Algunos aspectos concretos de la reforma.

A. Libro Primero. Disposiciones generales.

- a) Clasificación bipartida de las infracciones.
- b) Actos preparatorios. La apología. Desaparece la frustración.
- c) La edad juvenil. Su proyección en el Proyecto.
- d) El arresto fin de semana y la pena de multa.
- e) Aplicación de penas. Nuevo sistema.
- f) La suspensión del fallo, novedad del Proyecto.
- g) La responsabilidad civil. Nuevas orientaciones.
- h) Las medidas de seguridad postdelictuales.

B. Libro Segundo. Los delitos.

- a) El homicidio preterintencional.
- b) El aborto.
- c) Las lesiones.
- d) La libertad sexual. Su protección.
- e) Los delitos contra el patrimonio.
- f) El orden socio-económico. Nuevas orientaciones.
- g) Delitos contra la Administración de Justicia.
- h) Protección penal a la Constitución.

C. Libro Tercero. Las faltas.

- a) Consideraciones generales.
- b) La tarea descriminalizadora.

III — La reforma de 1982.

1. Principios en que se inspira.

- A. Necesidad de anticipar algunas modificaciones urgentes de las contenidas en la de 1980.
- B. Introducción de algunas otras reformas.
- C. Modificaciones técnicas.
- D. Nuevo sistema en orden a la exigencia de responsabilidad civil.

2. Algunos aspectos concretos de la reforma.

A. Libro Primero. Disposiciones Generales.

- a) En materia de reincidencia.
- b) Actuación en nombre de otro.

- c) Posible exigencia de responsabilidad civil en los supuestos de sentencia absolutoria penal.
- d) Correcciones al sistema aplicativo de penas.
- e) Incorporación del delito continuado y delito masa.
- f) Se crea la figura de la suspensión de condena sin inscripción registral de antecedentes.
- g) Se posibilita la redención de penas por el trabajo a los presos preventivos.
- h) Se configura la rehabilitación como forma de extinción definitiva de todos los efectos de la pena.

B. Libro Segundo. Los delitos.

- a) Reformas impuestas por la Constitución.
- b) Protección de la libertad religiosa.
- c) Protección a denunciantes, peritos, etc.
- d) Protección a los consumidores.
- e) Alteración profunda en los delitos contra la propiedad.

C. Libro Tercero. Las faltas.

- a) Las cuantías.
- b) Otras innovaciones.

PRESENTACION

Ante un auditorio tan especialmente cualificado me ha parecido conveniente substituir lo que hubiera podido ser una Conferencia sobre consideraciones generales de la situación jurídico-penal en España, por una charla en la que me limitaré a darles cuenta de los principios básicos en los que se inspiran las reformas en marcha o ya realizadas, como consecuencia de los amplios y profundos cambios producidos en España recientemente, así como de los aspectos concretos más importantes a los que afectan, dejando para el Coloquio que si a Vds les parece bien, seguirá a esta exposición, el cambiar impresiones sobre nuestras respectivas realidades y futuras reformas para que conociendonos mejor cada día, tengamos la oportunidad de aprovechar nuestras respectivas experiencias. El resultado de las elecciones generales celebradas en mi país el pasado día 28 de octubre, que dieron el triunfo muy amplio al Partido Socialista Obrero Español ha hecho aconsejable el repaso de las Enmiendas que este Partido presentó al Proyecto de Código penal, con objeto de intentar descubrir, hasta donde es posible, las modificaciones que, tal vez, se llevaran a cabo en su primitiva redacción, aunque teniendo en cuenta los méritos indiscutidos e indiscutibles del Proyecto, encuanto a los principios en que se inspira, expuestos con brillantez en su Preambulo o Exposición de Motivos, creo que no se produzcan excesivos cam-

bios en la orientación, aunque si en muchas de sus manifestaciones concretas y de detalle, no recogidas adecuadamente, en mi modesta opinión, en el citado Proyecto de 1980, como ya he tenido oportunidad de expresar en varias ocasiones.

Como anticipo a mis palabras y denominador común a cuanto diga quisiera dejar constancia del extraordinario valor y significación que en mi país ofrece la Constitución que el pueblo español votó por gran mayoría y de la que el Tribunal Constitucional, en sentencia de 28 de abril de 1982, ha dicho que es norma suprema de nuestro ordenamiento y en cuanto tal, tanto los ciudadanos como los poderes públicos, y por consiguiente también los Jueces y Magistrados, integrantes del Poder Judicial, están sujetos a ella.

Quiero también expresar la especial satisfacción que me produce participar en estas Jornadas, organizadas por un Centro de tanta altura científica y profesional como el de Estudios Judiciales de la Nación hermana, y la expresión es producto de auténticos y profundos sentimientos compartidos por los españoles que vemos en Portugal el País soberano al que nos unen tantos y tantos lazos de historia, de geografía, de cultura, de inquietudes y de ilusiones comunes.

Pero antes de terminar permítanme dejar constancia de la satisfacción que me he producido la lectura reflexiva del Código penal portugués que entrará a regir el próximo día 1 de Enero, magnífico desde el punto de vista social y jurídico, si es que estos conceptos pueden de alguna manera separarse. Mi admiración, pues, al Profesor Dr. Eduardo Correia con cuya amistad me honro. Uno de los más ilustres Maestros del Derecho penal contemporáneo y de todos los tiempos.

Gracias al Excmo. Sr. D. Álvaro José Brilhante Laborinho Lúcio, Director del Centro y prestigioso jurista y gracias también al Excmo. Sr. D. Manuel António Lopes Rocha, colega queridísimo y hacia quien, siento gran admiración por sus grandes cualidades humanas, diplomáticas y jurídicas, constatadas ampliamente en nuestros frecuentes trabajos en el Consejo de Europa, en Estrasburgo y en otras actividades internacionales, en cuyos ámbitos goza, y esto lo saben Vds.

bien, de un extraordinario y bien consolidado prestigio. Sus amables palabras de presentación solo pueden tener una razonable explicación: Su hidalguía y su amplia generosidad pareja con su excepcional categoría. A ambos mi inmensa gratitud.

Recibid el saludo de mis colegas Magistrados y Jueces españoles y especialmente el del Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, D. Frederico Carlos Sainz de Robles, así como la del Director de la Escuela Judicial de España, mi compañero, Magistrado también del Tribunal Supremo, D. Joaquín Salvador Ruiz.

I INTRODUCCION

1. JUSTIFICACION DE LA REFORMA

Las razones de la reforma pueden quedar resumidas de la siguiente manera:

1.º *De tipo político* como consecuencia del cambio amplio y profundo producido en España;

2.º *De tipo social* a consecuencia de legítimas exigencias de la sociedad española en orden al derecho penal, por encima incluso de las concretas opciones políticas y

3.º *De tipo técnico* en cuanto a la mejora de los instrumentos técnico-jurídicos de realización de la justicia penal. La Constitución de 1978 consagró y consolidó una nueva situación, formulando una serie de principios generales e incluso mandatos concretos en orden al Derecho penal que a todos vinculan, ciudadanos y poderes públicos y por consiguiente a jueces y magistrados, integrantes del Poder Judicial, constituidos en motores del Estado de Derecho como ha dicho el Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial D. Frederico Carlos Sainz de Robles.

2. LOS PROYECTOS DE 1980 Y DE 1982

En 1980, el Gobierno presentó a las Cortes Generales un Proyecto de Ley, obra de un grupo de ilustres juristas, ambicioso y moderno y que fué objeto de numerosas y la mayor parte de ellas especialmente interesantes, Enmiendas, en el Congreso de los Diputados, quedando, posteriormente, paralizado, pienso que en parte por su propia complejidad y en parte por las controversias que toda reforma de cuerpo legal tan trascendental como el Código penal, inevitablemente producen. Posteriormente, en 1982, se presentó otro Proyecto de Ley de reforma parcial en el que como indica su Exposición de Motivos, se pretende anticipar una buena parte de las reformas del anterior, aquellas que siendo urgentes ofrecen, por su naturaleza, menos conflictividad e introducir al mismo tiempo algunos otros cambios, como enseguida vamos a ver. Dar cuenta en unas pocas líneas de tan extensos Proyectos es tarea difícil, aunque, en este caso realizable, por la preparación y categoría de las personas a quienes se dirige.

II LA REFORMA DE 1980

1. PRINCIPIOS EN QUE SE INSPIRA

A. REFORZAMIENTO DE LAS GARANTIAS PENALES

Se refuerza el principio de legalidad, en su más amplio significado, suprimiendo o revisando aquellos supuestos que quebrantan las exigencias de certeza y seguridad. En este sentido, como luego veremos, se ofrece un catalogo de «crimina culposa». (arts. 1, 2, 18 etc. del p. 80).

B. PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

Consagración legislativa del principio de que «no hay pena sin culpabilidad», con supresión de los preceptos que suponen aceptación del principio del «versari in re illicita» è de los

delitos calificados por el resultado, (art. 3; supresión de la figura del aborto con resultado de muerte, exigencia de dolo o culpa en el robo con muerte, art. 242 P.80, etc.). A pesar de ello se incluyen como destinatarios del Código penal, las personas jurídicas (art. 132 è ss P.80) lo que debió hacerse a través de un sistema distinto para evitar la contradicción que supone establecer e imponer después medidas a las personas jurídicas. No discutimos la procedencia de la decisión, sino el sistema (v. art. 11 C.p.p.).

C. PRINCIPIO DE MINIMA INTERVENCIÓN

Principio que debe constituir para el legislador una verdadera exigencia ética. El Derecho penal, dice la Exposición de Motivos, de la que fundamentalmente tomamos estas notas, debe aparecer como la última «ratio» al fijarse que aquel no puede ser instrumento de opresión en manos del grupo político dominante, sino garantía que haga posible, en una sociedad pluralista, el pleno ejercicio de todas las libertades reconocidas en el ordenamiento jurídico. Este principio esta totalmente de acuerdo con la orientación moderna en relación con la tendencia descriminalizadora a la que más adelante haremos referencia.

D. MODERACION DE PENAS, PERO CERTEZA EN EL CASTIGO

Se reduce, en general, la duración de las penas, suprimiendo la redención de penas por el trabajo, aunque se establecen instituciones de substitución y aún de eliminación de las penas a imponer en determinados supuestos, como enseguida veremos.

E. CATALOGO CERRADO DE «CRIMINA CULPOSA»

Como ya hemos dicho, solo se podrán castigar como imprudentes aquellas conductas expressamente tipificadas como de-

litos en la leè, eliminandose así la actual clausula general de punición de los delitos culposos contenida en los artículos 565, 586. 3.º è 600 Cp. (artículo 18 P.80 è 13 C.p.p.).

F. CONCEPTUACION DEL DELITO COMO LESION O EFECTIVO PELIGRO DE LOS BIENES

Lo que lleva consigo la eliminación de ciertos delitos formales è de mera desobediencia que se relegan al ambito administrativo. Así, por ejemplo, la conducción de un vehículo de motor sin habilitación legal (art. 340 bis c) del C.p.).

G. NUEVA SELECCION POSITIVA Y NEGATIVA DE BIENES PROTEGIBLES

En virtud del principio de mínima intervención, del que ya hemos hablado, se eliminan determinadas figuras de la parte especial del Código, aunque, por razones de estricta justicia, se incorporan otras como sucede en el Título VIII del Libro II en relación a los delitos contra el orden socio-económico. Por eso la idea descriminalizadora ha de complementarse con la exigencia de equilibrio en la configuración de las conductas tipificables como delitos.

H. SIMPLIFICACION DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

En este sentido, solo se ofrecen dos modalidades: La prisión, (de 6 meses a 20 años, salvo casos especiales) y el arresto fín de semana, (de 1 fín de semana a 24) (arts. 38 y 42 P.80).

I. NUEVA CONFIGURACION DE LAS PENAS PECUNIARIAS

La pena pecuniaria se construye en forma de cuotas diarias, (mínimo 100 pesetas è máximo 20 000) semanales (de 700 a

140 000) è mbensuales, (de 3000 a 600 000). art. 55 P.80). La modificación no es, en este sentido, esencial teniendo en cuenta la discrecionalidad que impera actualmente en la imposición de la pena de multa (arts. 63, 74, 90, è 91 C.p).

J. POSIBILIDAD DE RENUNCIAR A LA IMPOSICION DE PENAS

Se hace posible que el Tribunal suspenda el fallo, (art. 91 P.80) e incluso la aplicación de la pena, (art. 94 P.80), así como que el propio Tribunal sustituya las penas en determinadas circunstancias, cumpliendose determinados requisitos (art. 99 P.80). Las novedades radican en la suspensión del fallo y en la posibilidad de sustitución de las penas, pues la suspensión de la pena existe en el vigente C.p: (art. 92 y ss) V. en el C.p.p.: suspensión de la ejecución de la pena (art. 48 y ss), regimen de prueba (art. 53 y ss) amonestación y prestación de trabajo (art. 59 y ss) libertad condicional (art. 61 y ss) y dispensa de pena (art. 75).

K. NUEVO SISTEMA EN ORDEN A LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

En cuanto a las sanciones penales se adopta el sistema dualista: penas y medidas de seguridad, concebidas siempre estas ultimas como consecuencias jurídicas del delito. Las medidas de seguridad se sujetan al principio de legalidad, (art. 130 P.80), han de ser postdelictuales, (art. 131 P.80) y son ampliamente sustituibles (art. 137 P. 80). Se exceptúan las medidas establecidas para las personas jurídicas que, en el Derecho español, no tienen capacidad para delinquir (art. 132 y 153 P.80), lo que, como ya dijimos, constituye una contradicción conceptual (v. art. 131 p. 80).

L. NUEVO ENFOQUE DEL INSTITUTO DE LA REHABILITACION

La rehabilitación se concibe como una institución a través de la cual se extinguen definitivamente todos los efectos de la pena, (art. 108 P.80), sin que, una vez rehabilitado el condenado resurjan, como sucede hoy, (art. 118 C.p.) las consecuencias del delito, si vuelve a delinquir.

2. ALGUNOS ASPECTOS CONCRETOS DE LA REFORMA

A. LIBRO PRIMERO. DISPOSICIONES GENERALES

a) *Clasificación bipartida de las infracciones.* — Las infracciones penales pueden clasificarse en delitos y faltas. A su vez los delitos en graves (pena superior a 2 años de prisión, inhabilitación, e suspensión desde 3 años, privación del derecho a conducir desde 3 años también y multa de 12 o mas meses) y menos graves, (todos los demás (art. 67 P.80). Esta clasificación tiene una importante incidencia en el campo del derecho procesal penal puesto que la competencia para juzgar de los delitos graves esta atribuida a las Audiencias Provinciales y la de los menos graves a los Jueces de Instrucción (de Partido).

b) *Actos preparatorios.* — *La apología.* *Desaparece a frustración.* — Los actos preparatorios solo se castigan en los casos especialmente previstos en el Código y otro tanto sucede con la apología (art. 22 P.80). En el «iter criminis» desaparece la frustración y se mantiene la tentativa (art. 24 P.80), lo que estimamos acertado, dada la grave dificultad practica en muchas figuras delictivas (por ejemplo en el delito de abusos deshonestos) de distinguir entre frustración y tentativa. (V. arts. 26.3 y 27.3 del P.80 y 8.2 y 9.3 Cp).

c) *La edad juvenil. Su proyección en el proyecto* — La edad penal se fija, creo que desacertadamente, en los 15 años, frente a los 16 actuales (art. 8.2 y 9.3) aunque la casi totalidad de las Enmiendas presentadas al Proyecto por los diferentes Grupos Parlamentarios han manifestado su oposición a este antecepo de la mayoría de edad pena (V. arts 26.3 y 27.3 P 80 y ya citados, 8.2 y 9.3 C.p.) En este sentido puede verse la Enmienda del Partido Socialista Obrero Español. Los «Socialistas de Catalunya» pretendian que la edad de 18 años sea la de mayoría penal, como lo es en el ambito civil y político.

Otras edades con incidencia penal son los 18 años (art. 80 P.80) y los 21 (art. 92.4 P.80). El art. 9 C.p.p. establece que a los mayores de 16 años y menores de 21 son aplicables las normas fijadas en la legislación especial. V. Decreto Ley 401/82 de 23 de setiembre.

d) *El arresto fin de semana y la pena de multa* — El arresto fin de semana, institución nueva, extraordinariamente positiva, pero de muy difícil aplicación en la practica, se llevará a efecto en el Establecimiento apropiado más próximo al domicilio del arrestado con una duración de 36 horas en regimen de aislamiento en celda, los sábados por la tarde y los domingos (art. 42 P.80) aunque el Juez puede optar por la sustitución de dicho arresto fin de semana a través del arresto domiciliario o de la multa, lo que demuestra, como acabamos de señalar, la extraordinaria dificultad de llevarse a cabo. (V. Disposición final Normas de desarrollo, de P.80), pese a lo cual aplaudimos incondicionalmente su incorporación al catalogo de penas aunque hayan de buscarse los medios adecuados para su efectiva realización.

e) *Aplicación de penas. Nuevo sistema* — En síntesis puede establecerse el siguiente esquema:

Participación	Perfeccionamiento	Circunstancias
Autor = (72)	Consumado = (72)	Menores — 1 (80)
Complice -- 1 (74)	Tentativa { - 1 o (73) - 2	Exención incompleta - 1 (80)
		Dos atenuantes } - 1 (opcional) o } 78.5 Una calificada }
		Una atenuante. No más de la mitad -- (78.2)
		Una agravante. No menos de la mitad - (78.3)
		Sin circunstancias o con atenuantes y agravantes = (78.1 y 4)

Todo o ello salvo normas especiales (73).

La pena superior se forma aumentando la mitad de su máximo y la inferior reduciendo la mitad de su mínimo (82, P.80).

Signos convencionales: = Quiere decir que ha de imponerse la pena señalada en el Código. - 1 o - 2 significa que dicha pena ha de ser rebajada en uno o dos grados.

Los números entre parentesis hacen referencia a los correspondientes artículo del P.80).

f) *La suspensión del fallo, novedad del proyecto* — Los Tribunales pueden suspender el fallo por tiempo de dos a cinco años si se cumplen estos requisitos:

- 1 — Haber delinquirido por primera vez;
- 2 — Que no se trate de delito grave;
- 3 — Que no existan responsabilidades civiles o, existiendo, se hayan satisfecho en lo posible; y
- 4 — Que el culpable tenga menos de 21 años. Excepcionalmente puede ampliarse este beneficio. Ya hemos hecho referencia a estas instituciones en la primeira parte de este apartado.

g) *La responsabilidad civil. Nuevas orientaciones* — Como novedades podemos citar la inclusión en el concepto de responsables civiles subsidiarios a los aseguradores, (art. 118 P.80), la consideración de preferentes en cuanto a las obligaciones civiles procedentes de delito y el establecimiento de la nulidad en cuanto a todos los actos de disposición realizados u obligaciones contraídas por el penado o los responsables subsidiarios con posterioridad a la fecha de ejecución del hecho punible (art. 125 P.80). La incorporación de los aseguradores entre los responsables civiles solo elogios merece por las grandes ventajas prácticas que reportará. En cambio la declaración de nulidad a la que se refiere el artículo 125 nos parece desacertada y atentatoria al principio de seguridad (art. 9.3 CE). El Tribunal en Portugal conforme al art. 129 C.p.p. puede atribuir, en ciertos casos, el importe de la multa como indemnización de perjuicios, medida muy positiva y acertada.

B. LIBRO SEGUNDO. LOS DELITOS

a) *El homicidio preterintencional* — Desaparece la atenuante de preterintencionalidad, (art. 9.4 C.P.) y se tipifica de forma expresa el homicidio preterintencional (art. 173 P.80). El acierto de la reforma es, en este sentido, a mi juicio discutible, porque impide su aplicación en otros delitos.

b) *El aborto* — Continúa castigándose en forma análoga a la actual (art. 161 y ss P.80), sin incorporar las llamadas soluciones del plazo o de las indicaciones, aunque se elimina la actual figura de aborto con muerte, (art. 411 C.p). Se suprime la modalidad de aborto «honoris causa» con lo que, en ciertos casos, puede resultar una punición más agravada que la actual. El PSOE presentó una Enmienda proponiendo la adición de nuevos artículos, declarando en uno de ellos la exención de pena para el médico que provocare un aborto durante las doce primeras semanas del embarazo y para la mujer que consintiere en la intervención. En el otro artículo se propone que transcurrido dicho plazo queden exculos de responsabilidad la mujer que lo consintiera y el médico que lo practicare siempre que el aborto fuera necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salva de la embarazada. La ejecución de responsabilidad será igualmente aplicable cuando la intervención se llevare a cabo para impedir el nacimiento de un niño con graves taras físicas e psíquicas siempre que el aborto se realice en las primeras veinte das semanas a partir de la concepción y que el pronóstico defavorable conste en un dictamen emitido por un médico distinto del que práctica la intervención.

c) *Las lesiones* — Se prescinde del computo de días de curación, a efectos punitivos, poniéndose el acento en otras circunstancias como los medios utilizados, aunque se mantienen algunas formas delictivas en las que juega el resultado. (art. 166 ss P.80) a las que, sin duda, habrá de serles aplicable el art. 3 ya citado, relativo a la culpabilidad, es decir que con arreglo a este último precepto, en virtud del cual

no hay pena sin culpabilidad, cuando la pena venga determinada por la producción de un ulterior resultado más grave, solo se responderá de este si hubiere causado, al menos, por culpa.

d) La libertad sexual. Su protección — Los actuales delitos contra la honestidad, (art. 429 y ss C.p.) pasan a denominarse delitos contra la libertad sexual, con importantes cambios, incluyendo en ellos la violación y los abusos deshonestos violentos, (arts. 204 a 207) el escándalo público, (arts. 208 a 210) los delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores (art. 211 todos del P.80). El artículo 214 C.p.p. contempla la inseminación artificial, lo que parece importante teniendo su relativa frecuencia.

e) Los delitos contra el patrimonio — En estos delitos, de evidente parentesco con los de orden socio-económico, hoy llamados contra la propiedad, (art. 500 y ss C.p.), en vez de atenderse a efectos de punición al criterio cuantitativo, tan generalizado en el Código vigente, se remite la ley a otros factores, como puede ser, entre otros, la naturaleza de los bienes. (art. 236 y ss P.80). La reforma creemos que será, en este sentido definitivamente importante, y que contribuirá a que la justicia pueda imperar efectivamente en este tipo de delincuencia (robo con fuerza en las cosas, hurto y estafa y apropiación indebida) en los que la determinación de la pena en función del contenido económico del delito conducía a situaciones claramente injustas.

f) El orden socio-económico. — *Nuevas orientaciones* — Entre los delitos contra el orden socio-económico incluyen la insolvencia punible, (art. 330 P.80), infracciones contra la propiedad industrial y derechos que conciernen a la competencia y a los consumidores, (art. 334 y ss P.80), infracciones de los derechos de autor, (art. 352 P.80), tráfico de medios de pago y de crédito, (art. 353 P.80), delitos cometidos con ocasión de las relaciones laborales, (art. 370), delitos relativos al control de cambios, (art. 372), de contrabando, (art. 377), delitos

contra la ordenación urbanística, (art. 382) y de manera, a mi juicio desacertada, en los juegos ilícitos, (art. 386 todos del P.80). En el Código p.p. se contempla el delito de apropiación ilegítima de bienes del sector público o de cooperativas (art. 332). El P.80 que regula algunas manifestaciones delictivas que hoy se ordenan en leyes especiales, así los delitos contra el control de cambios y los de contrabando, no ha incluido en cambio los delitos electorales que viven también en ley especial (v. art. 369 y ss C.p.p.).

g) Los delitos contra la administración de justicia — En este título (el XI) se recogen los delitos de omisión de los deberes de impedir las infracciones penales o de promover su persecución, de la provocación indebida de actuaciones, de la prevaricación, del falso testimonio, de la obstrucción de la justicia y de la realización arbitraria del propio derecho, del favorecimiento personal y real, (antigua y actual forma de encubrimiento), del quebrantamiento de condena y de la evasión de detenidos y presos y, finalmente, la entrada indebida en territorio español.

h) Protección penal a la Constitución — El último de los Títulos (el XIII) se dedica a los delitos contra la Constitución, de especial trascendencia, teniendo en cuenta el valor trascendental que para la convivencia en paz y en justicia supone el primer texto legal.

C. LIBRO TERCERO. LAS FALTAS.

a) Consideraciones generales — El legislador continúa manteniendo una serie de figuras en el Libro III que no tienen, a mi juicio, verdadera naturaleza penal y que debieron, por consiguiente, relegarse al campo civil, (art. 663, 667 P.80) o al administrativo, (art. 681.3) etc..

b) La tarea descriminalizadora — Aunque se ha llevado a cabo una tarea descriminalizadora esta, creemos, como acabamos de señalar, que ha sido insuficiente.

III LA REFORMA DE 1982

1. PRINCIPIOS EN QUE SE INSPIRA

A. NECESIDAD DE ANTECIPAR ALGUNAS MODIFICACIONES URGENTES DE LAS CONTENIDAS EN LA DE 1980

Teniendo en cuenta, como ya vimos, la complejidad de esta última reforma y la inevitable lentitud de su desarrollo, se han incorporado en el Proyecto 1982 modificaciones introducidas por el primero de los Proyectos en orden a la reincidencia, al delito continuado, rehabilitación, modificación del sistema de punición en los delitos contra la propiedad, (o el patrimonio según la nueva terminología), imposición de determinadas medidas de seguridad a las personas jurídicas cuando el delito es cometido por sus directivos, etc.

B. INTRODUCCIÓN DE ALGUNAS OTRAS REFORMAS

En materia de libertad religiosa, protección del consumidor, suspensión de condena sin inscripción de antecedentes penales, etc., se sigue, con algunas novedades más o menos importantes, la orientación general marcada por el Proyecto 1980.

C. MODIFICACIONES TECNICAS

En este sentido pueden citarse la supresión del dualismo arcaico presidio-prisión, la adaptación de la ley de 13 de mayo de 1981 en materia de filiación eliminando la vieja distinción entre la filiación legítima y la ilegítima suprimida por la Constitución (arts 14 y 39) y la incorporación de algunas otras exigencias constitucionales.

D. NUEVO SISTEMA EN ORDEN A LA EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL

En los terminos que, enseguida, veremos.

2. ALGUNOS ASPECTOS CONCRETOS DE LA REFORMA

A. LIBRO PRIMERO. DISPOSICIONES GENERALES

a) *En materia de reincidencia* — Esta se configura en base a la repetición de delitos de la misma o semejante especie (art. 10.15 C.p). El Grupo Parlamentario Socialista presentó al I Congreso de los Diputados una Enmienda al P. 80 en el sentido de proponer la supresión de la circunstancia agravante de reincidencia.

b) *Actuación en nombre de otro* — En este caso responderá penalmente aunque no concurren en él y si en la entidad o persona en cuyo nombre obra, las condiciones, cualidades o relaciones que correspondan a la figura de delito de que se trate (art. 15 bis C.p.). Esta innovación es muy importante, especialmente en algunas modalidades delictivas como la quiebra (v. art. 520 y ss C.p.).

c) *Posible exigencia de responsabilidad civil en los supuestos de sentencia absolutoria penal* — Si el Juez o Tribunal aprecia que no existe responsabilidad penal, pero si civil, directa e subsidiaria, al dictar sentencia absolutoria condenara al responsabilidad civil en los términos que proceda, (art. 22 bis C.p.) con lo que es presumible se obtenga una gran economía de actividad judicial y por consiguiente una especial eficacia. Obligar a la víctima de un accidente de automovil o laboral cuando en el momento de dictar Sentencia se comprueba que el hecho determinante no es constitutivo de infracción penal, pero si de un ilícito civil (art. 1902 del Código civil), a acudir a un proceso civil para obtener el resarcimiento económico correspondiente, puede ser correcto desde el punto de vista dogmático, pero practicamente es añadir un penoso gravamen al perjudicado.

d) *Correcciones al sistema aplicativo de penas* — El Proyecto 82 establece que si concurre una circunstancia agravante se impondrá la pena en sus grados medio o máximo,

(en el Cp. vigente ha de imponerse en su grado máximo) y si concurren varias o la de multirreincidencia, en su grado máximo (hoy puede subirse en grado) (art. 61.2 Cp.). Para dejar constancia gráfica de la incidencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad en la determinación de la pena, podemos señalar lo siguiente:

	<i>Código penal vigente</i>	<i>Proyecto 80</i>	<i>Proyecto 82</i>
Si concurre la multirreincidencia	Pena en su grado máximo o superior en grado	En la mitad superior	En el grado máximo
Si concurre una o varias agravantes	Pena en su grado máximo	En la mitad superior	En el grado máximo si varias. En el medio o máximo si una
Si concurre una atenuante	En su grado mínimo	En la mitad inferior	En el grado mínimo

e) Incorporación del delito continuado y del delito masa — De esta manera se facilita a los Tribunales un eficaz instrumento de adecuación de la pena a la realidad delictiva, evitándose así situaciones de un casi total impunidad, aunque la jurisprudencia del Tribunal Supremo había dado ya carta de naturaleza a la institución (art. 69 bis C.p.).

f) Se crea la figura de la suspensión de condena sin inscripción registral de antecedentes — Se trata con ello de facilitar a los menores de 21 años la efectiva reincorporación a la sociedad, puesto que en determinados casos no solo no van a cumplir la condena impuesta sino que ni siquiera van a quedar huellas del delito en el Registro de antecedentes (art. 95 C.p.).

g) Se posibilita la redención de penas por el trabajo a los presos preventivos — Como el número de presos preventivos es alto quienes se encuentren en esta situación podrán, si lo

desean, redimir penas por el trabajo, (un día de pena por cada dos de trabajo), «ad cautelam» para el supuesto de condena, (art. 100 C.p.).

h) Se configura la rehabilitación como forma de extinción definitiva de todos los efectos de la pena — Se trata de un anticipo de la reforma ya señalada del Proyecto de 1980, de acuerdo con el texto constitucional que sitúa a la reeducación y inserción social como finalidades esenciales de las penas (art. 25.2 CE), art. 118 C.p.).

B. LIBRO SEGUNDO. LOS DELITOS

a) Reformas impuestas por la Constitución — En defensa de las instituciones constitucionales se realizan determinadas reformas. También se llevan a cabo las modificaciones impuestas por los Convenios internacionales en garantía de las personas internacionalmente protegidas (art. 136 C.p.).

b) Protección de la libertad religiosa — La libertad religiosa garantizada por la Constitución, (art. 16.1) encuentra también especial protección penal en el art. 206 C.p., prescindiendo de la cualificación que el Código penal mantiene con relación a la Religión Católica Apostólica Romana que puede ser, en definitiva, inconstitucional, por contener una discriminación.

c) Protección a denunciantes, peritos, etc. — Se confiere una especial protección a los denunciantes, partes, peritos, interpretes y testigos que hayan de actuar en los procedimientos judiciales (art. 325 bis C.p.).

d) Protección a los consumidores — Se castiga al productor, distribuidor o comerciante que ofreciera en el mercado productos alimenticios omitiendo o alterando voluntariamente los requisitos establecidos por las leyes o reglamentos sobre caducidad, composición o cualquiera otra circunstancia de analoga significación, pudiendo el Tribunal decretar

las medidas establecidas en el artículo 344 en relación con personas jurídicas (art. 344 bis b) C.p.).

e) *Alteración profunda en los delitos contra la propiedad* — Se corrigen algunas deficiencias del texto vigente, (art. 501) y se suprime en general el criterio de la cuantía para su punición que es substituído por el de las circunstancias que en cada caso concurren, siguiendo, como ya se ha dicho, la orientación marcada por el Proyecto 1980.

C. LIBRO TERCERO, LAS FALTAS

a) *Las cuantías* — La frontera entre los delitos y las faltas se establece en 25 000 pesetas.

b) *Otras innovaciones* — La reforma lleva a cabo una serie de pequeñas modificaciones de perfeccionamiento técnico o de adaptación a las reformas llevadas a cabo en otros campos del ordenamiento jurídico.

ASPECTOS PENALES DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA REFORMA DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL, LA LEY GENERAL PENITENCIARIA Y EL PROYECTO DE LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL

I — Introducción.

1. Ideas generales.
2. Interrelación entre los derechos penal, procesal penal penitenciario y organico.

II — La Constitución española de 1978.

1. Incidència en el campo penal.
 - A. Principios generales de Derecho penal.
 - B. Penas.
 - C. Protección penal de determinados bienes jurídicos.
 - D. Derecho procesal penal.
2. Su especialísima significación.

III — La reforma de la Ley de enjuiciamiento criminal.

1. Principios en que se inspira.
 - A. Garantías fundamentales.
 - B. La prisión preventiva.
 - C. Los diversos procesos regulados en el Proyecto.
 - D. La ejecución.
 - E. El Juez de Vigilancia.
2. Conclusiones.

IV — La Ley General Penitenciaria.

1. Principios fundamentales.
2. Organización penitenciaria.
3. El control judicial de la ejecución de penas: El Juez de Vigilancia.

V — El Proyecto de Ley organica del Poder judicial.

1. Ideas generales.
2. Principios en que se basa.

1 — INTRODUCCION

1. IDEAS GENERALES

La unidad del ordenamiento jurídico impone situar cada una de sus instituciones o cada uno de sus apartados dentro del contexto general. La Constitución como fuente suprema, incide en todo el sistema de fuentes y en las distintas ramas de lo que podemos denominar Derecho penal general, debiendo extraer, por consiguiente, del texto constitucional sus principios fundamentales. A nivel muy general, teniendo en cuenta el tiempo disponible, me propongo darles cuenta muy breve, y en esquema, de esta importante zona del Derecho español.

2. INTERRELACION ENTRE LOS DERECHOS PENAL, SUSTANTIVO, PROCESAL PENAL, PENITENCIARIO Y ORGANICO

En ningún otro sector del ordenamiento jurídico se da una tan apremiante necesidad de íntima y absoluta coherencia entre lo que podemos llamar sus diversas zonas, como en el derecho penal general. Solo concebidos el derecho penal sustantivo, el procesal penal, las leyes penitenciarias y las leyes organicas del Poder Judicial, del Ministerio Fiscal y de la

Abogacía como una unidad armónica sin fisuras ni contradicciones puede obtener-se un resultado coherente y plenamente satisfactorio.

II — LA CONSTITUCION ESPAÑOLA DE 1978

1. INCIDENCIA EN EL CAMPO PENAL

Agrupando por materias podemos ofrecer el siguiente cuadro esquemático:

A. PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO PENAL

- a) Principio de legalidad (art. 9.3 CE).
- b) Principio de igualdad ((ar. 11; 9.3 y 14 CE).
- c) Principio de jerarquía normativa y de seguridad (art. 9.3 CE).
- d) Principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras (art. 9.3 CE).

B. PENAS

- a) Abolición de la pena de muerte (art. 15 CE).
- b) Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y la reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados (art. 25.2 CE).
- c) El condenado a pena prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de la Constitución (art. 25.2 CE).
- d) Ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad art. 11.2 CE).

C. PROTECCION PENAL DE DETERMINADOS BIENES JURIDICOS

- a) Protección de una serie de bienes jurídicos en función de los principios que inspiran la Constitución (libertad, honor, intimidad) (art.20 CE).
- b) A veces por razones históricas, se contiene una especial referencia a otros determinados bienes (medio ambiente art. 45.3 y patrimonio histórico, cuultural y artístico) (art. 46 CE).

D. DERECHO PROCESAL PENAL

- a) La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley (art. 117.1 CE).
- b) El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales (art. 117.5 CE).
- c) Todas las personas tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE).
- d) El Ministerio Fiscal tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley (art. 124 CE).
- e) Los ciudadanos podrán ejercitar la acción popular y participar en la Administración de la Justicia mediante la institución del Jurado (art. 125 CE).
- f) Toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario. Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata y de modo que le sea comprensible de sus derechos y de las razones de su detención no pudiendo ser obligada a declarar (art. 17.1.2 y 3 CE).
- h) Se garantiza la asistencia de Abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales (art. 17.3).

h) La Ley regulará un procedimiento de «habeas corpus» para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente (art. 17.4).

i) Las actuaciones judiciales serán públicas, salvo excepción, el procedimiento será predominantemente oral y las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública.

2. SU ESPECIALISIMA SIGNIFICACION

La Constitución es, como ya se ha dicho, la norma fundamental y básica de nuestro ordenamiento. De ella ha dicho como ya señalamos el Tribunal Constitucional que lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento y en cuanto tal, tanto los ciudadanos como todos los poderes públicos y por consiguiente, también los jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial, están sujetos a ella. De ahí, su trascendencia y amplia significación social, política y jurídica.

III — EL PROYECTO DE LEY ORGANICA DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

1. PRINCIPIO EN QUE SE INSPIRA

A. GARANTIAS FUNDAMENTALES

a) Sujeción a la Constitución (art. 7.º), declaración aparentemente innecesaria pero, tal vez, no improcedente para resaltar el especialísimo valor del primer texto legal.

b) Principio de legalidad: Proceso legal y resolución del juez competente predeterminado por la ley (art. 1.º).

c) Presunción de inocencia (art. 3.º) (Principio constitucionalizado en el art. 24.2 CE).

d) Prevalimiento del principio de seguridad sobre el de la justicia tratándose de resolución favorable al reo, pues en este caso no procede el proceso de revisión (art. 4).

e) Predeterminación del juez competente (art. 5), competencia extensible a la ejecución de la sentencia. Improrrogabilidad de la competencia (art. 11) y unidad de jurisdicción (art. 13), principio también establecido en la CE (art. 117).

f) Establecimiento de un derecho de defensa, concebido y desarrollado con gran amplitud y firmeza en las garantías (art. 63, 64 y 65).

B. LA PRISION PREVENTIVA

En orden a la prisión preventiva se establecen los principios siguientes:

a) Nunca puede extenderse más allá de la mitad del tiempo que razonablemente corresponda al delito (art. 306).

b) Si la pena es grave la prisión preventiva no más de 18 meses, si menos grave: No más de 6 meses.

c) Si no se trata pena privativa de libertad, salvo que se trate de pena de arresto fin de semana: No más de 3 meses.

d) En casos excepcionales puede extenderse a la mitad más.

e) Si se trata de pena superior a 10 años: No más de 3 años.

f) Si son varios delitos: Se suman las penas que pudieran corresponder a cada uno, a efectos de determinar su límite temporal.

g) Si existe sentencia condenatoria y se recurre en apelación o casación, la extensión de la prisión preventiva no podrá exceder del tiempo de privación de libertad establecido en la condena.

h) También se incorpora la institución del «habeas corpus» (art. 307) citada, como ya vimos, en el art. 17.4 CE.

C. LOS DIVERSOS PROCESOS REGULADOS EN EL PROYECTO

a) Ordinario: Se aplica a los delitos graves, según se indicó al hablar de la casificación de las infracciones delictivas. Comprende dos fases: sumario y plenario. Conoce de este proceso la Audiencia Provincial y la sentencia puede ser recurrida en casación por infracción de ley y quebrantamiento de forma ante la Sala 2.^a del Tribunal Supremo.

b) Delitos menos graves.— Es competente el Juez de Partido. La iniciativa corresponde al Ministerio Fiscal y/o a la acusación. El Juez solo toma, por consiguiente, las decisiones cautelares imprescindibles. Contra la sentencia por él dictada cabe recurso de apelación ante la Audiencia Provincial.

c) Juicio de faltas: Es competente el Juez de Distrito contra su sentencia hay apelación ante la Audiencia Provincial. Cuadro gráfico:

Delitos graves	{	Sumario: Juez de Partido Plenario: Audiencia Provincial Recurso de Casación: Tribunal Supremo (Sala 2. ^a)
Delitos menos graves	{	Plenario: Jueces de Partido Recurso de Apelación: Audiencia Provincial
Faltas	{	Plenario: Jueces de Distrito Recurso de apelación: Audiencia Provincial (Actualmente los Jueces de Instrucción)

D. EJECUCION

Corresponde a los Jueces y Tribunales (v. art. 117.3 CE).

E. EL JUEZ DE VIGILANCIA

Creado por La Ley General Penitenciaria, de la que enseguida vamos a hablar, controla la ejecución de las penas pri-

vativas de libertad. En todo caso, como acabamos de decir, la función de juzgar y ejecutar lo juzgado es específicamente judicial.

2. CONCLUSIONES

Es innegable que solo cuando el sistema procesal penal asuma con plenitud la realidad de garantías que la Constitución impone, propias de un autentico Estado de Derecho, podrá decirse que el ordenamiento penal se ajusta con fidelidad al mismo. La Ley de Enjuiciamiento Criminal española es un texto especialmente ejemplar y que ultimamente ha sido reformado parcialmente para reforzar las garantías del justiciable. Aún así resulta seguramente imprescindible un nuevo texto procesal que sincronice incondicionalmente con la nueva situación jurídico-política de España.

IV — LA LEI GENERAL PENITENCIARIA

1. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

Normativa: La Ley organica 1/1979, de 26 de setiembre regula la ejecución de las penas y medidas penales privativas de libertad y ha sido desarrollada por el Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, por el que se aprueba el correspondiente reglamento.

PRINCIPIOS INSPIRADORES

a) El fin principal de las Instituciones penitenciarias consiste en la reeducación y reinserción social de los sentenciados (art. 1.º) (v. art. 25.2 CE).

b) Principio de legalidad.— La actividad penitenciaria se desarrolla con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Ley, los reglamentos y las sentencias judiciales (art. 2.º).

c) Se respeta, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos no afectados por la condena sin diferencia alguna por razones de raza, políticas, religiosas, condición social ou cualesquiera otra análoga (art. 3) (v. art. 14 CE).

d) Deben establecerse centros o departamentos independientes para el cumplimiento y dentro de él para hombres, mujeres y jóvenes, y para los preventivos con igual separación (art. 7).

e) El trabajo será considerado como un derecho y como un deber del interno, siendo un elemento fundamental del tratamiento (art. 26) (art. 35.1 CE).

f) El tratamiento pretende hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la ley penal así como de subvenir a sus necesidades. A tal fin se procurara en la medida de lo posible, desarrollar en ellos una actitud de respeto a sí mismos y de responsabilidad individual con respecto a su familia, al prójimo y a la sociedad en general (art. 59.2).

g) El condenado que haya cumplido su pena y el que de algún modo, haya extinguido su responsabilidad penal, deben ser plenamente reintegrados en el ejercicio de sus derechos como ciudadanos (art. 73.1).

2. ORGANIZACION PENITENCIARIA

Se refiere a ella la Ley y el reglamento distinguiendo: Establecimientos de preventivos, de cumplimiento de penas y especiales y dentro de estos los Centros hospitalarios, psiquiátricos y de rehabilitación social (arts. 7 y ss Ley y 12 y ss del Reglamento).

3. EL CONTROL JUDICIAL DE LA EJECUCION DE PENAS

El Juez de Vigilancia: Eu Juez de Vigilancia tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los

recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a las leyes y reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que, en el cumplimiento de los preceptos del regimen penitenciario, pueden producirse (art. 76.1).

En definitiva, estamos en presencia de una Ley cuyo contenido es realmente modélico, pero que, por dificultades materiales y de personal, no se ha llevado a la practica en todos sus extremos. La vejez de muchos de los actuales establecimientos, su insuficiencia para albergar el número de reclusos que en ellos cumplen las penas o esperan la celebración del correspondiente juicio, la carencia de las imprescindibles condiciones inherentes a la dignidad humana, el número extraordinariamente reducido de funcionarios, han producido desgraciadamente el resultado de que, como ha ocurrido tantas veces, una buena ley, haya quedado en gran parte inédita, por dificultades prácticas a la hora de realizarse.

V — EL PROYECTO DE LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL

1. IDEAS GENERALES

La configuración de los Jueces y Tribunales como integrantes de un autentico Poder del Estado ha extendido sus funciones en un doble sentido: Por una parte, y tal como dispone el art. 55Ce, se constituyen en garantes y tutores de los derechos fundamentales y libertades públicas y por otra los Tribunales asumen en control del Poder Ejecutivo (Exp. de Motivos del Proyecto).

2. PRINCIPIOS EN QUE SE BASA

A. Reiterando los principios constitucionales a los que ya nos hemos referido se dice que la Justicia emana del Pueblo y se administra en nombre del Rey por los Jueces y Magis-

trados integrantes del Poder Judicial, independientes, inamovibles y responsables, sometidos unicamente al imperio de la Ley. El Poder Judicial esta sujeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 1.º) y las leyes se aplicaran, según los preceptos y principios constitucionales (art. 5.º), lo que no significa otra cosa que reafirmar el valor fundamental y básico de la Constitución como norma suprema de nuestro ordenamiento (v. art. 1 y 2 del Código civil).

B. El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado en la ley (art. 2.º).

C. La jurisdicción es única y se extiende a todas las personas, a todas las materias civiles, penales, administrativas y sociales y a todo el territorio español (art. 4.º).

D. Los derechos fundamentales y las libertades públicas estan bajo la salvaguarda y tutela de los Jueces y Tribunales. Estos protegeran la salvaguarda y tutela de los Jueces y Tribunales. Estos protegeran los derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión (art. 7.º).

E. EL JURADO

Estamos pendientes de que una ley desarrolle el art. 125 CE en virtud del cual podrán los ciudadanos participar en la Administración de Justicia mediante esta institución, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine.

F. EL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

La CE ha configurado esta alta institución en su art. 122.2 como organo de gobierno del mismo. La Ley organica 1/1980, de 10 de enero desarrolló las funciones y competencias del Consejo que lleva ya por consiguiente casi tres años de fecunda actividad.

LA DESCRIMINALIZATION EN ESPAÑA

I — Ideas generales.

II — III.ª Jornadas Italo-Luso-Franco-Españolas de Defensa Social.

IV — La descriminalización en el Derecho positivo español.

V — Conclusiones.

I — IDEAS GENERALES

España no ha sido insensible a las inquietudes que en orden a la descriminalización y despenalización se han producido en Europa y en el mundo entero. La crisis del derecho penal se refiere no a su sobrevivencia sino a los planteamientos generales sobre los que se construye y a la forma de reaccionar frente al hecho delictivo.

No estamos contentos, en general, quienes aplicamos el derecho con el panorama que realid social y en normativo de orden penal nos ofrecen. Existe una grand insatisfacción, porque creemos que los instrumentos tecnico jurídico punitivos no valen e no valen del todo, pero no acertamos con la autentica y verdadera solución frente al fenomeno que la sociedad denuncia constantemente: Las penas no resocializan en general y mucho menos aún reforman y reeducan las penas privativas de libertad.

II — III.^a JORNADAS ITALO-LUSO-FRANCO-ESPAÑOLAS
DE DEFENSA SOCIAL

En ellas y en el marco incomparable de la Universidad de Aix-En-Provence, se manifestaron, de manera practicamente unanime, las inquietudes de sus participantes en orden a llevar a cabo con energia y reflexión la tarea descriminalizadora como puso de relieve en su magistral Ponencia de síntesis el Professor Lavasseur. En este momento debo testimoniar mi admiración a la Delegación portuguesa que brilló a la altura que corresponde a la gran categoría de quienes asistieron entre los que se encuentran y nos honran en este momento con su presencia ilustres juristas Profesor Correia y Doctor Lopes Rocha.

III — SOLUCIONES A CORTO, MEDIO Y LARGO PLAZO

En este sentido debemis preguntarnos: ¿El pueblo al que el ordenamiento jurídico deve servir está sensibilizado

para asumir la reforma? Tal vez no, pero que la respuesta negativa es debida a una cierta desinformación; por ello creemos que ha de hablarse con sinceridad y realismo y paralelamente con ilusión sobre la gran tarea renovadora.

Entre otros caminos que pueden seguirse (por ejemplo la desjudicialización de la que no vamos a hablar) debemos destacar la descriminalización y la despenalización. Descriminalizar significa destipificar es decir extraer de los Codigos determinadas conductas, por ejemplo algunos de los delitos llamados en mí pais contra la honestidade, los pequeños hurtos, estafas y apropiaciones indebidas, las imprudencias con resultado de daños e incluso lesiones menos graves, las infracciones administrativas elevadas a rango penal, etc. En cuanto a la despenalización es procedente limitar el número de delitos que lleven aparejada pena privativa de libertad, reducir la extensión de estas y establecer sustitutivos a las penas cortas de privación de libertad como puede ser el arresto fin de semana, determinadas prohibiciones e incluso el llamado trabajo social o comunitario.

Ahora bien, la reforma del Código penal no solo ha de consistir en aligerar su contenido sino simultaneamente en equilibrar los comportamientos de naturaleza penal extrayendo de la Parte Espacial, como hemos dicho, determinadas infracciones, e incluyendo otras que hoy viven entre muros de los Codigos penales, como pueden serlo determinadas conductas contra el orden soci-económico (v. art. 198 del Código penal portugués).

Pero esta tarea descriminalizadora no solo deve proyectarse en la Parte Especial de los Codigos, sino también en los principios generales que informan los textos punitivos, así fortaleciendo el principio de legalidad (referido a la policía, y en este sentido hay que destacar la importante aportación de mí querido y admirado colega el Profesor Bolle, al Ministerio Fiscal, (vease art. 124 de la Constitución española), y a los Tribunales así como reafirmando el principio de culpabilidad.

Como complemento a cuanto queda dicho es imprescindible dotar de mayor efectividad al Derecho privado, (civil,

mercantil y laboral) e incluso al derecho administrativo siempre que a este último se le asocien las correspondientes garantías en beneficio del justiciable. Esta orientación fué seguida por el Comité restringido de delincuencia económica del Consejo de Europa que presidió con especial acierto el Profesor Bolle, en el que tuvo una participación muy destacada el Doctor Lopes Rocha y en el que tuve la satisfacción y el honor de participar.

Finalmente hay que indicar que resulta a mí juicio absolutamente imprescindible prestar una especialísima atención a la víctima lo que hoy desgraciadamente, al menos en mí pais, no sucede.

IV — LA DESCRIMINALIZACION EN EL DERECHO POSITIVO ESPAÑOL

En virtud de una seria de Leyes, y Reales Decretos leyes se ha llevado a cabo una cierta tarea descriminalizadora en los últimos años además de la despenalización conyuntural que por la vía del indulto llevó a cabo el Decreto 2940/1975 de 25 de noviembre: Ley de 19 de julio de 1976 em relación a los derechos de reunion, asociación, expresión de las ideas y libertad en el trabajo; Reol Decreto Ley 16/1977 de 25 de febrero sobre juegos de suerte, envite o azar apuestas; Real Decreto Ley 17/1977 de 4 de Marzo sobre relaciones de trabajo que descriminaliza el delito de huelga; Ley 17/1978 de 15 de marzo sobre modificación y derogación de determinados artículos del Código penal; Ley 22/1978 de 22 de mayo sobre despenalización del adulterio y amancebamiento; Ley 45/1978 de 7 de octubre que descriminaliza en materia de anticonceptivos; Ley 81/1978 de 28 de diciembre que modifica el Código penal en materia de reincidencia y reiteración; Ley Organica 4/1980 de 21 de mayo de reforma del Código penal en materia de delitos relativos a las libertades de expresión, reunión y asociación.

También pueden citarse la Ley 40/1979 de 10 de diciembre sobre regimen jurídico de Control de cambios, la Ley 7/1982

de 13 de julio en materia de Contrabando; la Ley 23/1976 de 19 de julio sobre piquetes informativos; La Ley 50/1977 de 14 de noviembre que crea el delito Fiscal; y la Ley 31/1978 de 17 de julio que tipifica el delito de tortura.

V — CONCLUSIONES

Como resumen de cuanto queda dicho creemos que nos encontramos en un periodo enormemente sugestivo; aunque muchos principios tradicionales parecen derrubarse, otros avanzan con el signo inequívoco de una mayor justicia porque se construye con el realismo que de apoyarse en la humanidad, en la dignidad de la persona humana, y en el equilibrio, bases indispensables para obtener la paz a través de la justicia. Por eso soy enormemente optimista: El mundo avanza cada día con más fuerza y con mayor firmeza en sus propias convicciones, hacia metas de mas profunda y legitima solidaridad.

IV — NOTA BIBLIOGRAFICA SOBRE LAS REFORMAS A LAS QUE SE REFIEIREN LAS ANTERIORES CONFERENCIAS

Esta relación de obras no tienen por supuesto, caracter exhaustivo, pidiendose anticipadamente disculpas por las omisiones que existan, sin duda importantes.

- ALMAGRO NOSETE, J.— *Sobre la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al cumplirse su centenario*. Revista Justicia 82 n.º II.
- ALONSO ALAMO — *El sistema de las circunstancias del delito*, 1982.
- ALTES MARTI — *La alevosía. Estudio de determinados aspectos de la agravante del n.º 1 del art. 10 del Código penal*, 1982.
- ARROYO ZAPATERO, LUIS — *Problemática constitucional de la interrupción voluntaria del embarazo*. En II Jornadas italo-franco-luso-españolas de Derecho penal, 1980.
- ASUA BATARRITA, ADELA — *La reincidencia. Sua evolución legal, doctrinal y jurisprudencia en los Codigos penales españoles del siglo XIX*. Universidad de Deusto Bilbao, 1982.

- BACIGALUPO, E.— *Tiene rango constitucional las consecuencias del principio de culpabilidad*. Revista La LEY, 8 junio, 1982.
- BACIGALUPO, E.— *La individualización de la pena en la reforma penal*. Revista Facultad de Derecho Universidad Complutense, n.º 3, Madrid, 1980.
- BACIGALUPO, E.— *La distinción entre el error de tipo y error de prohibición en el Proyecto de Código penal de 1980*. En La LEY, n.º 76, 1981.
- BAJO FERNANDEZ, MIGUEL — *El Proyecto de Código penal y el art. 38 de la Constitución*. En *La reforma penal y penitenciaria*, Universidad de Santiago de Compostela, 1980.
- BAJO FERNANDEZ, MIGUEL — *De nuevo sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas*. Anuario de Derecho Penal XXXIV. 2.º y 3.º.
- BAJO FERNANDEZ, MIGUEL — *El derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*. Civitas, 1978.
- BARBERO SANTOS, MARINO — *Los delitos contra el orden socio-económico. Presupuestos*. En la reforma penal. Cuatro cuestiones fundamentales, 1982.
- BARBERO SANTOS Y MORENILLA RODRIGUEZ — *La Ley de peligrosidad y rehabilitación social: Su reforma*. Doctrina penal Buenos Aires, 1979.
- BARBERO SANTOS, MARINO — *Las medidas de seguridad en el proyecto de ley organica de Código penal. Marginación e derecho represivo*, Barcelona, 1980.
- BERISTAIN IPIÑA, A.— *Interrupción voluntaria del embarazo: Reflexiones teológico-jurídicas*. II Jornadas franco-luso-españolas, 1980.
- BERISTAIN IPIÑA, A.— *El Proyecto de Código penal de 1980, víctima de estructuras más que delito de omisión*. En *La reforma penal y penitenciaria*. Santiago da Compostela, 1980.
- BUENO ARUS, FRANCISCO — *Las normas penales en la Constitución española de 1978*. Revista General de Legislación y Jurisprudencia, julio 1979.
- CALDERON GONZALEZ, JESÚS — *Los delitos socio-económicos en el proyecto de Código español*. Anuario de la Escuela Judicial XIII, 1980.
- CANDIS JIMENEZ, F.— *En torno al furtum possessionis*. Anuario de Derecho Penal XXXIII. 2, p. 421.
- CARMONA SALGADO, CONCHA — *Los estados emotivos y pasionales como causa de atenuación: Sus incidencias y delimitaciones con las circunstancias de trastorno mental transitorio*. Anuario de Derecho Penal XXXIV. 2.º y 3.º, pag. 448
- CEREZO MIR, J.— *Observaciones críticas al Proyecto de Ley organica de Código penal* En *La reforma penal y penitenciaria*. Santiago de Compostela, 1980.

- CEREZO MIR, J.— *Autoría y participación en el Código penal vigente y en el futuro Código penal* En la Reforma del derecho penal. Universidad de Barcelona, 1980.
- CEREZO MIR, J.— *La doble posición del dolo en la ciencia del Derecho penal española*. Anuario de Derecho Penal XXXIV. 2.º y 3.º
- CEREZO MIR, J.— *Dictamen a las enmiendas del Congreso al Proyecto de Código penal*. Anuario de Derecho Penal XXXIV, 2.º y 3.º.
- CEREZO MIR, J.— *La regulación del aborto en el Proyecto de nuevo Código penal español en La reforma penal. Cuatro cuestiones fundamentales*. Proemio de Marino Barbero Santos. Seminario Hispano-Aleman, 1982.
- COBO DEL ROSA MANUEL Y VIVES ANTON — *Derecho penal*. Parte General Universidad de Valencia, 1982.
- CORDOBA RODA, JUAN — *La pena y sus fines en la Constitución*. En *La reforma del Derecho penal*. Universidad de Barcelona, 1980.
- CORDOBA RODA, JUAN — *Valoración crítica del Proyecto de Código penal*. Revista Jurídica de Cataluña, 1980 n.º Extraordinario.
- DIAZ PABLOS, FERNANDO — *Responsabilidad penal objetiva*. II Jornadas italo-franco-luso-españolas de Derecho penal, 1980.
- DIAZ PALOS, FERNANDO — *Espíritu de la Ley (de Enjuiciamiento Criminal) y su vigencia en la reforma de la misma*. Pendiente de publicación.
- ESTUDIOS PENALES — Universidad de Santiago de Compostela. *La reforma penitenciaria*. Presentación por A. Fernandez Albor. (Contiene trabajos de Alarcón, Castillon, García Valdés, Iglesias Corral, Rodríguez Suarez, Ruiz Vadillo, Sainz Cantero, Bueno Arús, Gonzales Guitian, Lorenzo Salgado y Varela Feijoo), 1978.
- FERNANDEZ ALBOR, AGUSTIN — *Los delitos contra el patrimonio y el arbitrio judicial*. En el proyecto de Código penal de 1980. En la Reforma penal y penitenciaria Santiago de Compostela, 1980.
- FERNANDEZ ENTRALGO, JESÚS; BARRAGAN MORALES, LUIS; y CARMENA CASTRILLO, MANUELA — *El aborto en el Proyecto de Ley organica del Código penal*. Anuario de la Escuela Judicial XIII, 1980.
- FERNANDEZ RODRIGUEZ, M.º DOLORES — *Determinados abusos en el ejercicio de la función pública*. (Proyecto de 1980). Anuario de Derecho Penal XXXIV. 2.º y 3.º.
- FERNANDEZ RODRIGUEZ — *Protección jurídico-penal del medio ambiente*.
- GARCÍA VALDÉS, CARLOS — *La reforma penitenciaria*. La reforma del Derecho penal. Universidad Autonoma de Barcelona, 1980.
- GARCÍA VALDÉS — *Comentarios a la legislación penitenciaria*. 2.ª Ed. Civitas S. A., 1982

- GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE — *El sistema de penas en el futuro Código penal*. La reforma del Derecho penal Universidad de Barcelona, 1980.
- GOMEZ BENITEZ J. M. — *Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena: Estudio sobre las ideas de prevención general y culpabilidad en la reforma penal española*. Revista Facultad Derecho Universidad Complutense Madrid, n.º 3, 1980.
- GUALLART Y DE VIALA, ALFONSO — *Existe un elemento subjetivo de lo injusto en el allanamiento de morada?*. Anuario de Derecho Penal XXXIV 2.º y 3.º, pag. 559.
- GUERRA, BELLOCH y TORRES — *El derecho a la presunción de inocencia*. Revista *La LEY*, 9 y 10 diciembre, 1982.
- GUTIERREZ DIAZ, M.ª VICTORIA — *El arresto fin de semana*. Anuario Escuela Judicial XIII, 1980.
- HIGUERE GUIMERA, JUAN FELIPE — *La pena de arresto fin de semana. Estudio, propuestas y documentación*. Colección temas penales Centro Publicaciones Ministerio de Justicia, 1982.
- HUERTO TOCILDO, SUSANA — *El error vencible de prohibición en el Proyecto de Ley organica del Código penal de 1980*. Cuadernos de Política Criminal, n.º 12, 1980.
- JIMENO DE TORRES, SARA — *El delito de violación y su incremento actual*. Anuario de Derecho Penal XXXIII. 2, pag. 446
- LANDROVE DIAZ, GERARDO — *Las reformas periféricas de usura en el Proyecto de Código penal*. Anuario de Derecho Penal XXXIV, 2.º y 3.º.
- LANDROVE DIAZ, GERARDO — *La voluntaria interrupción del embarazo y el proyecto de Código penal español*. En *II Jornadas italo-franco-luso-españolas de Derecho penal*. Avila-Alcala de Henares, 1980.
- LOPEZ REY y ARROJO, MANUEL — *Análisis político criminal del Proyecto oficial de Código penal español*. Anuario de Derecho Penal XXXIII, 2.º.
- LOPEZ REY y ARROJO, MANUEL — *Criterios y perspectivas de la Codificación penal*. En *Estudios penales y criminológicos*. III Santiago de Compostela, 1979.
- LUZÓN CUESTA JOSE M.ª — *Anotaciones al Proyecto de ley organica de reforma parcial del Código penal*. Revista *La LEY*, 22 octubre 1982.
- LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL — *Antinomias penales y medición de la pena* En *La reforma del Derecho Penal*. Universidad de Barcelona, 1980.
- LUZON PEÑA, DIEGO MANUEL — *Tráfico y consumo de drogas* En *La reforma penal. Cuatro cuestiones fundamentales*. Seminario Hispano-Aleman 1982, Madrid.

- MANZANARES SAMANIEGO, JOSE LUIS — *La pena de comiso en el Proyecto de Código penal*. Anuario de Derecho Penal XXXIV 2.º y 3.º.
- MANZANARES SAMANIEGO, JOSE LUIS — *Las rehabilitaciones y suspensiones en el Proyecto de Código penal*. Anuario de Derecho Penal XXXIX 1.
- MANZANARES SAMANIEGO, JOSE LUIS — *La pena de multa en el Proyecto de Código penal*. Anuario de Derecho penal, Madrid, 1980.
- MANZANIQUE, LUIS FERNANDO — *Aproximación numérica a la problemática del arbitrio judicial en materia penal*. Anuario de Derecho penal XXXIV, 2.º y 3.º.
- MARTINEZ PEREDA, JOSE MANUEL — *Proclamación de doctrinas contrarias a la moral pública*. Anuario de Derecho penal XXXIV, 2.º y 3.º pag. 655.
- MEMORIA Explicativa des Proyecto de Código penal de 1980, en Cuaderno de Documentación Instituto Nacional de Prospectiva, 1980
- MINA ALVAREZ, JOSE M.ª — *La ecología como bien jurídico protegido*.
- MIGUEL ZARAGOZA, JUAN — *Elementos para una interpretación del artículo 15 de la Constitución (derecho a la vida) a la luz del derecho internacional*. II Jornadas italo-franco-luso-españolas de Derecho penal, Avila 1980, Avila-Alcala de Henares.
- MIR PUIG, SANTIAGO — *Fundamento constitucional de la pena y teoría del delito* En *La reforma del derecho penal*. Universidad de Barcelona, 1980.
- MIR PUIG, SANTIAGO — *Observación a los títulos preliminar y primero del Proyecto de Código penal de 1980* En *La reforma penal y penitenciaria*. Santiago de Compostela, 1980.
- MIR PUIG, SANTIAGO — *El sistema de sanciones en el Proyecto de Código penal*. Revista Jurídica de Cataluña 1980, numero extraordinario.
- MIR PUIG, SANTIAGO — *Responsabilidad objetiva y caso fortuito en el Código penal español*. II Jornadas italo-franco-luso-españolas de Derecho penal. Avila-Alcala de Henares, 1980.
- MONTES ALVARO, M.ª ANGELES — *El día multa*. Anuario Escuela Judicial XIII, 1980.
- MORENILLA RODRIGUEZ, JOSE M.ª — *Peligrosidad y medidas de seguridad en el Proyecto de Código penal*. Anuario Escuela Judicial XIII, 1980.
- MUÑOZ CONDE, F — *La resocialización del delincuente. — Analisis y crítica de un mito*. La reforma del Derecho penal. Universidad de Barcelona, 1980, Ed. a cargo de S. Mir Puig.

- MUÑOZ CONDE, F. — *Política demográfica, planificación familiar y aborto*. II Jornadas italo-luso-españolas de Derecho penal. Avila-Alcala de Henares, 1980.
- ORTEGO COSTALES — *El Proyecto de Ley organica del Código penal en La reforma penal y penitenciaria*. Universidad de Santiago de Compostela, 1980.
- PASTOR LOPEZ MIGUEL — *El Consejo general del Poder Judicial*. Revista *Justicia* 81, numero Especial, 1981.
- PEDRAZZI, CESARE — *Il principio de colpevolezza nel nuovo Progetto spagnolo*. II Jornadas italo-franco-luso españolas de Derecho penal, 1980.
- POLAINO NAVARRETE M. — *El abandono de familia en el Derecho penal español*. Universidad de Sevilla Anales numero 39, 1979.
- POLAINO NAVARRETE — *El delito de detención ilegal*, 1982.
- QUINTERO OLIVARES, G. — *Sobre la extensión del problema de la responsabilidad objetiva*. II Jornadas italo-franco-luso-españolas de Derecho penal, 1980.
- QUINTERO OLIVARES, G. — *Observaciones sobre la parte especial del Anteproyecto de Código penal*. La reforma del Derecho penal. Universidad de Barcelona, 1980.
- QUINTERO OLIVARES, G. — *La política penal para la propiedad y el orden económico ante el futuro Código penal español*, estudios penales y criminológicos III Santiago de Compostela, 1979.
- QUINTERO OLIVARES, G. — *Delitos contra la vida y la libertad y contra el patrimonio y el orden económico*. La reforma del Derecho penal. Universidad de Barcelona, 1980.
- REVISTA Jurídica de Cataluña, 1980. Numero extra dedicado a la reforma, 1980.
- REVISTA *Poder Judicial*, numero 4, setiembre, 1982. Dedicado el centenario de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- RODRIGUEZ DEVESA, JOSE M.ª — *Inobservancia de los principios básicos y reglas establecidas en la parte general del proyecto de 1980*, en su parte especial con algunos otros defectos sobresalientes de esta. En la Reforma penal y penitenciaria, Santiago de Compostela, 1980. También en Anuario de Derecho Penal XXXIII. 2.º.
- RODRIGUEZ DEVESA, JOSE M.ª — *Derecho penal español*. Parte General, 1981. Parte Especial, 1980.
- RODRIGUEZ MOURULLO, G. — *Directrices político criminales en el Anteproyecto de Código penal* En *La reforma del Derecho penal*. Universidad de Barcelona, 1980.
- RODRIGUEZ MOURULLO, G. — *Los delitos económicos en el proyecto de Código penal*. Anuario de Derecho Penal XXXIII, 2.º y 3.º.

- RODRIGUEZ MOURULLO, G.—*Algunas consideraciones sobre el delito y la pena en el Proyecto de Código español* En *La reforma penal y penitenciaria*. Universidad de Santiago de Compostela, 1980.
- RODRIGUEZ RAMOS, L.—*Error sobre el tipo y error de prohibición en el proyecto de Código penal*. Revista *La LEY*, n.º 48, 1980.
- RODRIGUEZ RAMOS, L.—*La nueva regulación de los delitos culposos en el Proyecto de Código penal*. Revista *La LEY*, n.ºs 25 y 26, 1980.
- RODRIGUEZ RAMOS, L.—*Sobre una inadecuada pretensión de proteger penalmente el medio ambiente*. Revista *La LEY*, 1980.
- ROMEO CASABONA, CARLOS M.ª—*El error evitable de prohibición en el Proyecto de 1980*. Anuario Derecho Penal XXXIV, 2.º y 3.º.
- RUIZ VADILLO, ENRIQUE—*La Comisión de Confiscación y las reformas legislativas post-constitucionales, Las reformas legislativas en el Derecho Procesal*. Universidad Internacional Menéndez Pelayo Santander, 1982.
- RUIZ VADILLO, ENRIQUE—*La persona jurídica y el derecho penal*. Anuario Derecho Penal XXXIV, 2.º y 3.º, 1981.
- RUIZ VADILLO, ENRIQUE—*Los delitos contra el orden socio-económico*. Anuario Escuela Judicial XIII, 1980.
- RUIZ VADILLO, ENRIQUE—*El Proyecto de Ley orgánica del Código penal*. Cuadernos de Documentación n.º 13, Madrid, 1980.
- RUIZ VADILLO, ENRIQUE—*Algunas observaciones al Proyecto de Ley de reforma parcial del Código penal (vigencia)*. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1982.
- RUIZ VADILLO, ENRIQUE—*El Proyecto de Ley orgánica de Código penal. (Algunas consideraciones sobre la Parte General)*. Revista General de Legislación y Jurisprudencia, octubre 1980.
- RUIZ VADILLO, ENRIQUE—*Incidencia del Anteproyecto de Texto constitucional en los derechos penal y procesal penal*. Boletín Información Ministerio de Justicia, n.º 1124, 1978.
- RUIZ VADILLO, ENRIQUE—*La muerte, las lesiones y los daños causados por culpa en el Proyecto de Código penal de 1980*. Revista Derecho de la Circulación enero-febrero 1981.
- RUIZ VADILLO, ENRIQUE—*La ejecución de las penas privativas de libertad, bajo la intervención judicial*. Anuario Derecho, 1979.
- RUIZ VADILLO, ENRIQUE—*Algunas consideraciones sobre el arbitrio judicial en el Proyecto de Código penal de 1980*. Foro Galego, 1981.
- RUIZ VADILLO, ENRIQUE—*La culpabilidad culposa y la responsabilidad civil subsidiaria en el Proyecto de Código penal y la exigencia de responsabilidades civiles en el supuesto de sentencias absolutorias penales, en el novísimo proyecto de Ley orgánica de reforma parcial de dicho texto legal*. Revista del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya, setiembre 1982.

- RUIZ VADILLO, ENRIQUE—*La loi espagnole du 11 novembre 1980 sur la procédure orale s'appliquant aux délites intentionnels de moindre gravité et flagrants et les postulats indispensables pour une réforme de la procédure pénale*. Archives de Politique Criminelle, Paris, n.º 5, n.º 19, 1981.
- RUIZ VADILLO, ENRIQUE—*La incidencia de los vehículos de motor en el proyecto de Código penal*. Revista Derecho de la Circulación enero-febrero 1980.
- RUIZ VADILLO, ENRIQUE—*El tratamiento de los menores en el proyecto de Ley orgánica del Código penal. Algunas consideraciones críticas*. Revista General de derecho. Valencia, abril 1981. proyecto de Ley orgánica del Código penal. Algunasf-111980r
- RUIZ VADILLO, ENRIQUE—*El tratamiento de las faltas en el Proyecto de Código penal*. Boletín de Información del ministerio de Justicia n.º 1206 y 1207, 1981.
- RUIZ VADILLO, ENRIQUE—*Problemática de la responsabilidad objetiva en el Derecho penal y Proyecto de Código español*. II Jornadas italo-franco-luso-españolas celebradas en Avila-Alcala de Henares, 1980.
- SAINZ CANTERO, J. ANTONIO—*Lecciones de Derecho penal. Parte General. I y II Bosch*, Barcelona, 1982.
- SANTAELLA LOPEZ, MANUEL—*El delito publicitario*. Ed. Reus, Madrid, 1981.
- SOTO NIETO, F.—*Los artículos 20 y 22 bis en el Proyecto de Ley orgánica de reforma parcial del Código penal*. Revista *La LEY*, 16 julio 1982.
- STAMPA BRAUN JOSE M.ª y BACIGALUPO, E.—*La reforma del derecho penal económico español*. Instituto Estudios Económicos, Madrid, 1980.
- SUAREZ MONTES RODRIGO FABIO—*La preterintencionalidad en el Proyecto de Código Penal de 1980*. Anuario de Derecho Penal XXXIV, 2.º y 3.º.
- TERRADILLOS BASOCO—*Peligrosidad social y Estado de derecho*. Madrid, 1981.
- TORIO LOPEZ ANGEL—*El error evitable de prohibición en el Proyecto de Código penal. Indicaciones de Política Legislativa sobre la teoría de la culpabilidad* En *La reforma penal y penitenciaria*. Santiago de Compostela, 1980.
- TORIO LOPEZ ANGEL—*Los delitos de peligro hipotético*. Anuario de Derecho Penal XXXIV, 2.º y 3.º.
- TORO MARZAL, A.—*El nuevo delito de tortura. La reforma del Derecho penal*. Universidad de Barcelona, 1980.
- UNIVERSIDAD AUTONOMA DE BARCELONA—*Derecho penal y ciencias sociales* Ed. a cargo de Santiago Mir Puig, 1980.

- UNIVERSIDAD DE SALAMANCA — Homenaje al Profesor Anton Oneca. Dirección Profesor Ortego Costales, 1982.
- VAELO ESQUERDO, ESPERANZA — *Acerca de la llamada prohibición de residencia (art. 67 del Código penal y 90 del Proyecto)*. Anuario de Derecho Penal XXXIV, 2.º y 3.º.
- VERCHER NOGUERA, A. y REDONDO A. G. — *El delito ecológico*. Anuario Escuela Judicial XIII, 1980
- VILADAS GENE CARLOS — *Los delitos de quiebra. Norma jurídica y realidad social*. Ed. Península Barcelona, 1982.
- VILADAS GENE CARLOS — *Notas sobre la delincuencia económica en España*. Anuario de Derecho Penal set-dic. 1978.
- ZUGALDIA ESPINAS, JOSE M.ª — *La prevención general en la individualización de la pena*. Anuario de Derecho Penal XXXIV, 2.º y 3.º pag. 871

LA DEFENSE SOCIALE NOUVELLE

ESQUISSE D'UNE PRÉSENTATION GÉNÉRALE, DE SES ORIGINES A L'HEURE PRÉSENT

PELO PROF. DOUTOR MARC ANCEL *

* Membre de l'Institut de France; Président Honoraire à la Cour de Cassation; Président de la Société Internationale de Défense sociale.

Nous sommes très sensibles à l'honneur qui nous a été fait de donner une conférence lors des réunions organisées par le Centre d'études judiciaires de Lisbonne pour célébrer la promulgation du nouveau Code pénal portugais de septembre 1982. Il convient, en effet, de marquer l'importance de ce monument législatif dans l'évolution du droit pénal moderne et il faut rendre hommage aux hautes autorités du Portugal qui l'ont fait aboutir et au Professeur Correia qui en a été l'inspirateur et l'incomparable animateur.

On nous a demandé, à cette occasion, de présenter un tableau d'ensemble de la Défense sociale nouvelle et nous le faisons d'autant plus volontiers que le nouveau Code pénal portugais a de nombreuses affinités avec le mouvement de Défense sociale et la politique criminelle humaniste qui l'inspire. Dans cet exposé qui doit rester nécessairement assez bref, nous voudrions présenter un aperçu général du mouvement de défense sociale de ses origines à 1982, en indiquant successivement ses premiers développements, ses positions fondamentales, ses caractéristiques propres, pour préciser ensuite en quoi il est bien un mouvement de politique criminelle et quelles sont à la fois son expression actuelle et ses perspectives d'avenir.

I

Les origines lointaines de la Défense sociale peuvent être recherchées jusque chez Platon, chez Saint-Augustin, chez les Pères de l'Eglise ou les Canonistes du Moyen-Age; mais ses ori-

gines directes ne remontent pas au-delà de l'École positiviste italienne de la fin du XIX^e siècle et du renouveau scientifique apporté par Lombroso, Ferri et Garofalo. C'est ce renouveau qui a donné naissance à la criminologie, à la sociologie criminelle, mais aussi, il ne faut pas l'oublier, à la politique criminelle et à la Défense sociale au sens moderne du terme.

En effet, ce qu'on a appelé souvent «la révolte positiviste» s'attaquait même avec une certaine violence au système de droit pénal classique traditionnel qui va de Beccaria à Carrara ou si l'on veut de 1764, année de la publication du Traité des délits et des peines de Baccaria jusqu'à la promulgation du Code pénal italien de 1889 inspiré par Carrara. Les positivistes reprochaient alors à ce système de droit pénal classique ou néo-classique de méconnaître la réalité du phénomène criminel en ne se préoccupant que de l'infraction considérée comme entité juridique, d'ignorer le délinquant-individu et les causes endogènes ou exogènes de la criminalité et de reposer sur des fictions qui n'assuraient pas efficacement la «Défense sociale», c'est-à-dire la protection de la Société contre la délinquance.

Par là, ce mouvement dégageait bien la notion de Défense sociale sur le plan même de la politique criminelle, puisqu'il s'agissait d'organiser la réaction sociale contre le criminalité. La Défense sociale était ainsi une notion nouvelle de caractère criminologique mais qui devait être reprise bientôt par les juristes lorsque, en cette même année 1889, trois grands criminalistes, von Liszt, van Hamel et Adolphe Prins, fondaient l'Union internationale de droit pénal.

Cette récupération, en quelque sorte juridique, de la nouvelle notion de Défense sociale se traduisait tout de suite par la mise en avant d'une autre notion, celle d'état dangereux contra laquelle on entendait lutter par des «mesures de sûreté», c'est-à-dire par des mesures de réaction anticriminelle, non strictement pénales ou rétributives et adaptées à chaque catégorie particulière de délinquants; d'où déjà l'amorce aussi bien de l'individualisation de la sanction que de

la typologie criminelle. Cette même école engageait enfin la lutte contre les courtes peines d'emprisonnement et proposait l'élaboration d'un régime distinct essentiellement préventif ou rééducatif pour les mineurs. C'était là déjà les notions essentielles et très largement aussi le vocabulaire de la Défense sociale.

Cette Défense sociale, ainsi constituée, allait, de la fin du XIX^e siècle au milieu du XX^e siècle, se développer en passant par trois grandes phases principales. La première est marquée par un double courant législatif et doctrinal. Sur le plan législatif, la politique criminelle de défense sociale se préoccupe alors de la réaction contre les délinquants dangereux, notamment les multirécidivistes et les délinquants anormaux, ce que marquent déjà la relégation française de 1885, la *preventive detention* anglaise de 1908 ou, au contraire, la législation de faveur pour les délinquants récupérables par le sursis franco-belge ou la probation anglo-américaine et enfin, toute une série de lois instituant des tribunaux spéciaux pour les mineurs (à l'imitation des *Juvenile Courts* américaines) appliquant un droit spécial aux mineurs délinquants. Toute cette période est marquée par de grands monuments législatifs depuis le célèbre projet Stooss de 1894 et le Code pénal norvégien de 1902 jusqu'aux grands codes pénaux de la période de 1930 sans oublier, bien entendu, la grande «loi de défense sociale» belge du 9 avril 1930.

A côté de ce courant législatif, un courant doctrinal important s'attache à formuler déjà les premières doctrines de la politique criminelle de défense sociale. Adolphe Prins y tient une place de choix avec son livre publié en 1910 sur «la Défense sociale et les transformations du droit pénal». L'École éclectique, après la *Terza Scuola* de Carnevale et les partisans de la *media via* d'entre les deux Guerres, agissent dans le même sens et nous ne pouvons malheureusement que mentionner brièvement ce grand mouvement.

Une deuxième phase de l'évolution première de la Défense sociale est marquée, au contraire, par la réaction autoritaire des dictatures qui s'installent dans un certain nombre de pays entre les deux Guerres. La fascisme italien et surtout le national-socialisme allemand sont en opposition presque totale avec la Défense sociale, difficilement compatible avec le droit pénal totalitaire. Mais les excès même de ce mouvement autoritaire et surtout les excès du nazisme conduisent en 1945 à une réaction contraire, essentiellement humanitaire et soucieuse de promouvoir une politique criminelle humaniste.

C'est alors en quelque sorte dans une troisième phase que l'on voit apparaître vraiment la Défense sociale nouvelle. Filippo Gramatica fonde à Gênes en cette même année 1945 un Centre d'études de défense sociale qui organise, deux ans plus tard, à San Remo le Premier Congrès international de défense sociale. Au cours du second Congrès tenu à Liège en 1949, est constituée la Société internationale de défense sociale qui, avant son Troisième Congrès d'Anvers en 1954, élabore un «programme minimum» qui synthétise les aspirations essentielles du mouvement. Deux conceptions s'affrontent alors: une conception extrême, négratrice du droit pénal, du juge pénal et de la responsabilité pénale traditionnelle et une conception plus modérée, soucieuse, au contraire, de maintenir les garanties d'un état de droit et d'une procédure de droit que l'on qualifie de Défense sociale nouvelle et qui finalement l'emporte en 1954.

Dans la période qui suit immédiatement la dernière Guerre, il faut tenir compte en ce sens de l'action décisive des Nations Unies qui créent au sein de leur Secrétariat général, en 1948, une section de Défense sociale animée des principes consacrés la même année dans la Déclaration universelle des Droits de l'Homme. Une des premières activités de cette nouvelle Section est précisément de commencer la publication d'une *Revue internationale de politique criminelle* et elle prend pour devise ou pour objet «la prévention du crime et le traitement des délinquents». On peut dire qu'à se moment



là, la Défense sociale nouvelle dans son acception moderne est constituée.

II

Les origines et les développements premiers de la Défense sociale permettent d'en dégager les positions fondamentales. Celles qui la caractérisent dans sa permanence et dans sa continuité. On peut schématiquement les ramener à trois positions essentielles.

Primo, la Défense sociale procède d'abord à un examen critique et même à une remise en cause du système existant de réaction contre le crime. Elle se souvient ici qu'elle dérive directement de la «révolte positiviste» de la fin du XIX^e siècle et que sa caractéristique première est son opposition au système traditionnel de répression classique.

Deuxièmement, la Défense sociale exige ensuite qu'on procède à un appel systématique et toutes les sciences humaines en vue d'une approche pluridisciplinaire du phénomène criminel. Ici, se manifestent ses liens essentiels et nécessaires avec la criminologie et la recherche criminologique.

Troisièmement, la Défense sociale, se donne pour objet ultime l'élaboration et la formulation d'un système de politique criminelle fondé sur la protection de l'être humain et la défense des Droits de l'Homme et l'on peut dire qu'elle se caractérise très largement par cette finalité humaniste.

Ce sont les trois positions fondamentales du mouvement de défense sociale qu'il faut toujours avoir présentes à l'esprit et ne jamais perdre de vue.

III

Les origines, l'évolution et les positions fondamentales de la Défense sociale nouvelle permettent de comprendre ses caractères essentiels. Ici encore, pour abréger nos développements,

nous nous contenterons de les schématiser sous trois rubriques essentielles.

Tout d'abord, la Défense sociale constitue un *mouvement*. Elle n'est pas et ne veut pas être une doctrine opposée à d'autres doctrines pénales, comme les doctrines classique, néo-classique, positiviste, éclectique, technico-juridique par exemple. Elle ne cherche pas à formuler un dogme et moins encore à s'enfermer dans une position dogmatique. Son premier caractère est même précisément de réagir contre de dogmatisme néo-classique qui, malgré ses hautes qualités scientifiques a souvent faussé la notion même de politique criminelle. En effet, la dogmatique pénale de Binding en Allemagne à Carrara en Italie aboutit à des abstractions et se complait dans un raisonnement abstrait qui finit par occulter la réalité sociale et humaine du problème criminel.

Dans cette réaction anti-dogmatique, la Défense sociale se veut pluridisciplinaire et elle préfère la recherche empirique à la spéculation théorique. Elle vit dans le concret et s'efforce de saisir la diversité des phénomènes et des expériences.

Il s'ensuit qu'à proprement parler, il n'y a pas une doctrine ou une école de Défense sociale, mais des doctrines différentes et ce pluralisme intellectuel lui est essentiel. Le programme minimum auquel nous avons déjà fait allusion n'est pas un bréviaire imposé, mais seulement l'énoncé d'un accord ou d'une exigence intellectuelle de principe qui laisse une marge très large aux adhésions et aux interprétations individuelles. On a pu écrire à ce sujet qu'il a y «plusieurs maisons dans la maison de la Défense sociale»...

En second lieu, la Défense sociale se caractérise par sa mobilité et son dynamisme. Elle vit dans l'actualité et elle se veut faite pour son temps. Elle est très soucieuse des transformations du monde moderne sur le plan politique, économique, culturel, démographique ou psychologique, c'est-à-dire qu'elle entend tenir compte à chaque instant de l'évolution

des sociétés, des groupes humains, des individus considérés dans leurs conditions de vie, dans leurs besoins ou dans leurs désirs.

Par là, elle se défie des positions traditionnelles qui se voudraient permanentes et définitives et ne repose que sur la force, plus exactement peut-être sur le poids de la tradition. Elle conteste donc le statisme juridique affirmant la fixité et la stabilité du droit alors que le droit doit être examiné et pensé en termes de mouvement, de transformation et de perfectibilité continue.

Il existe donc une dynamique de la Défense sociale qui est aussi de son essence et qui la pousse à rompre ou à remettre en cause certaines règles ou certains interdits en vigueur. Ce sera, par exemple, le cas de la distinction de l'intention et du mobile, de la non-responsabilité des personnes morales, du rôle et de la fonction du juge pénal, de la séparation de la poursuite et du jugement, du principe du dessaisissement du juge par sa sentence de condamnation ou de certains aspects de l'autorité mécanique de la chose jugée. La Défense sociale elle-même dout du reste évoluer et procéder, s'il le faut, aux révisions nécessaires de ses propres positions. Ainsi, au début du siècle, elle a soutenu le dualisme de la peine et de la mesure de sûreté, alors qu'aujourd'hui, elle entend réunir peine et mesure dans un système unitaire de sanctions ou plus exactement de réaction anti-criminelle. En 1950, elle s'est assez largement ralliée à la politique de prévention du crime et de traitement des délinquants en attachant une importance particulière au traitement institutionnel de resocialisation, elle a, aujourd'hui, abandonné cette position en faveur d'une politique de protection et de large dépénalisation mais c'est précisément en se transformant que la Défense sociale reste vraiment fidèle à elle-même.

Enfin, son troisième caractère essentiel réside dans son universalisme; A sa mobilité dans le temps correspond sa diversité dans l'espace. Elle n'est pas faite, elle ne se pré-

sente pas comme destinée à un seul pays, une seule nation ou un seul système. Elle veut travailler pour l'humanité tout entière. Cet universalisme joue d'ailleurs à deux niveaux: d'abord, celui de la recherche scientifique qui est avant tout une recherche comparative. La Défense sociale nouvelle étudie, confronte et rapproche les positions et les évolutions nationales en matière de politique criminelle.

En même temps et à un autre niveau l'action du mouvement, car ce mouvement se propose une action effective, s'exerce sur le plan international. On a déjà fait allusion à l'action des Nations Unies. Il en est de même en ce qui concerne le Conseil de l'Europe, principalement grâce au Comité européen pour les problèmes criminels et on peut ajouter plus largement même la communauté européenne, l'Union nordique, l'intégration latino-américaine et même l'Union des pays arabes ou des pays de l'Afrique noire. La Défense sociale s'est très souvent exprimée dans les Congrès, les rencontres ou les colloques de caractère international ainsi que par des contacts ou des dialogues établis de pays à pays ou de système à système. Si l'on avait le temps, on signalerait l'importance toute particulière des congrès internationaux de défense sociale depuis le premier auquel il a été fait allusion à San Remo en 1947 jusqu'au dernier en date qui s'est tenu en Grèce à Thessalonique en 1981. A quoi, on peut ajouter d'ailleurs la coopération de la Société internationale de défense sociale avec les trois grands organismes internationaux spécialisés dans les problèmes criminels, l'Association internationale de droit pénal, la Société internationale de criminologie et la Fondation internationale pénale et pénitentiaire. Ces quatre Associations ont établi entre elles des liens constantes et tiennent régulièrement des Colloques joints à Bellagio en Italie. C'est un des aspects du dynamisme, de l'internationalisme et de l'universalisme de la Défense sociale.

IV

Le domaine propre de la Défense sociale est celui de la politique criminelle et c'est un point sur lequel il convient maintenant d'insister. On a pu définir, en effet, la Défense sociale nouvelle comme un «mouvement de politique criminelle» ce qui comporte à la fois l'étude scientifique de la réaction anti-criminelle telle qu'elle est appliquée et l'élaboration d'une stratégie perfectionnée de lutte contre la délinquance.

Cette définition la distingue à la fois du droit pénal et de la criminologie. Du droit pénal d'abord car longtemps on a entendu par politique criminelle, l'organisation de la répression selon les lois pénales. Cette conception est aujourd'hui tout à fait dépassée car sans y insister davantage on notera notamment que la politique criminelle diffère du droit pénal quant à sa nature, quant à son domaine et quant à ses méthodes. Quant à sa nature d'abord, car le droit pénal est une discipline normative qui s'attache à la seule règle répressive tandis que la politique criminelle est d'abord une réflexion sur la règle et une discussion des institutions pénales existantes.

Elle en diffère également quant à son domaine d'application qui est beaucoup plus large que celui du droit pénal puisque, tout au moins dans la conception moderne de la politique criminelle, celle-ci comprend à la fois la prévention du crime et les lendemains de la peine.

Elle en diffère enfin quant à ses méthodes car elle a essentiellement pour objet de définir une stratégie de réaction anti-criminelle qui va plus loin même que la *lex ferenda* opposée à la *lex lata*.

Le politique criminelle, et singulièrement la politique criminelle de défense sociale se distingue également de la criminologie qui est par définition la science du phénomène criminel (le crime, le criminel, les facteurs de la délinquance,

l'étiologie du crime et la typologie du délinquant) avec ses deux grandes divisions bien connues: la criminologie générale qui est la systématisation des données de l'analyse criminologique avec si possible la «définition criminologique du crime», et la criminologie clinique qui comprend l'étude pluridisciplinaire des cas individuels et de la dangerosité, l'examen médicopsychologique et social, le diagnostic et le pronostic criminologique.

Dés lors, la criminologie doit être considérée en quelque sorte comme le préalable de la politique criminelle à qui elle fournit les éléments qui serviront de base à la définition d'une stratégie anti-criminelle cohérente.

Certes, depuis quelques années, la criminologie nouvelle sous ses diverses formes (criminologie critique, criminologie radicale, interactionnisme, stigmatisation, criminologie dite organisationnelle) prétend être une criminologie de la réaction sociale et à cet égard tend à se confondre au moins largement avec la politique criminelle entant que celle-ci se livre à l'observation de la réaction positive effectivement appliquée dans les différents systèmes. Or, la politique criminelle et tout particulièrement la politique criminelle de défense sociale est aussi et surtout un Art de la lutte contre la délinquance puisque son objet, il faut sans cesse le répéter, est l'élaboration d'une stratégie anti-délictueuse rationnelle ce qui sort du domaine propre de la recherche criminologique.

Il ne faut jamais oublier, en effet, que la politique criminelle est à la fois une science d'observation de la réaction contre le crime telle qu'elle est organisée dans la réalité sociologique et une discipline organisationnelle (un Art) cherchant les moyens d'aménager cette réaction compte tenu des enseignements de l'examen positif. Elle se rapprocherait alors de la philosophie du droit et même de la science politique et c'est précisément dans la recherche de ce que doit être une saine politique criminelle que s'est manifesté le mouvement de défense sociale depuis son apparition à la fin du XIX^e siècle.

Si l'on envisage ainsi dans son expression première, dans ce qu'on pourrait appeler son développement dialectique et dans sa philosophie pénale permanente, le mouvement de politique criminelle de défense sociale se montre, d'une part, soucieux avant tout de réalisme (la réalité humaine et sociale), d'efficacité (au-delà des fictions légales et des simples affirmations dogmatiques) et d'humanisation (c'est-à-dire de protection de l'homme et aussi d'amélioration de la condition humaine); et, d'autre part, ce mouvement tend à s'opposer de plus en plus résolument à la répression classique purement vindicative et punitive.

De ce point de vue, on pourrait dire que le mouvement de défense sociale en tant que mouvement de politique criminelle a connu trois phases essentielles. Au départ, à la fin du XIX^e siècle, encore non formulée doctrinalement la politique criminelle de défense sociale s'efforce de créer des procédés non punitifs de réaction sociale au moins pour certaines catégories de délinquants (les anormaux mentaux, les mineurs puis les jeunes adultes) et se manifeste principalement alors par l'instauration des mesures de sûreté.

Au milieu du XX^e siècle et cette fois après ses premières formulations doctrinales, le mouvement favorise la politique de prévention du crime et de traitement des délinquants selon la formule des Nations Unies de 1950. Elle s'efforce de rechercher des modalités effectives de «traitement» et elle préconise une réforme pénitentiaire qui vise d'abord à l'humanisation de la répression traditionnelle.

Enfin, avec les années 70 et 80, on voit s'amorcer un nouveau développement car les positions intérieures sont dépassées. L'opposition entre peine et mesure de sûreté disparaît devant une conception unitaire de la sanction et l'on remet en cause en même temps la notion de «traitement pénitentiaire»: il suffit de se reporter à ce égard aux critiques de la criminologie nouvelle sous toutes ses formes. La défense sociale fait alors porter son effort sur une contestation de la

peine privative de liberté compte tenu des abus et des dangers de l'emprisonnement et sur la nécessité d'une large décriminalisation et d'une dépénalisation systématique qui se situe évidemment sur le plan de la politique criminelle.

C'est là sans doute son expression la plus moderne et c'est là que l'on peut le mieux apercevoir ses perspectives d'avenir et ses possibilités de renouvellement sur lesquelles il nous faut donner quelques brèves indications pour terminer.

V

Au point où nous en sommes parvenus, il faut bien comprendre ce que signifie et ce à quoi tend le mouvement de dépénalisation, expression dernière de la défense sociale nouvelle. Ici encore, et toujours schématiquement, nous nous bornerons à trois observations essentielles.

Tout d'abord le droit pénal, c'est-à-dire le système pénal du châtement punitif, n'est ni le seul, ni le meilleur moyen de lutte contre la criminalité. C'est là une vérité de plus en plus largement perçue. Or, la législation actuelle, dans tous les pays, souffre d'une inflation pénale aussi nocive pour la politique criminelle que l'inflation monétaire pour la politique économique. Partout on a multiplié de façon indiscriminée les incriminations et les peines. De nombreuses infractions figurant dans le Code pénal ne se justifient plus et cet encombrement répressif paralyse la justice, désoriente l'opinion et affaiblit le respect de la loi. Il faut donc procéder d'abord à une décriminalisation qui aboutit à un véritable nettoyage du Code pénal.

En second lieu il faut (ensuite ou également) procéder à un travail attentif de dépénalisation dans les deux sens de ce terme. Au sens propre il faut lutter contre l'emploi abusif, ici encore indiscriminé, de la sanction pénale, tout particulièrement de la peine de prison. Le procès de la prison n'est plus

à faire et il n'y a pas lieu de s'étendre ici sur le fait qu'elle est dégradante et destructrice de la personnalité individuelle, quelle est « aberrant » puisqu'elle frappe la famille du condamné autant que le délinquant lui-même, qu'elle est socialement nocive puisqu'elle est à la fois d'un coût élevé et qu'elle corrompt ceux qu'elle a théoriquement mission d'amender. On sait qu'elle est devenue l'école de la récidive. Elle ne se justifie donc que comme procédé ultime et temporaire de neutralisation. Elle ne doit donc plus être que *l'ultima ratio* de la réaction sociale.

Dans un sens plus large, on doit comprendre par dépénalisation un effort pour se dégager du processus pénal lui-même. On va ici bien au-delà des « substituts à l'emprisonnement », car ceux-ci en acceptent toujours le principe alors que l'on va s'efforcer de lutter contre ce processus pénal lui-même, comme hier on a lutté contre les châtements corporels ou contre la peine capitale. On s'emploiera donc à définir ici des moyens nouveaux et extrapénaux de réaction contre le phénomène criminel et l'on fera appel à la fois aux moyens du droit civil, du droit administratif, du droit social, aux services de santé, d'éducation ou d'assistance et on aura recours à des organismes sociaux de prise en charge, de conciliation ou de médiation; et sur ce point il y a, à la fois dans les pays scandinaves, dans l'Amérique du nord et dans les pays socialistes, des expériences extrêmement intéressantes.

Enfin, c'est notre troisième observation, on se trouve conduit à une nouvelle conception, sinon même à une nouvelle philosophie, de la réaction sociale et de la politique criminelle. On se souviendra ici du courant criminologique moderne (de l'interactionnisme aux doctrines de la non-intervention) qui successivement a tendu à substituer déviance à criminalité, à remplacer le concept de délit par celui de situation conflictuelle et à passer de la dangerosité au problème social ou, si l'on veut, de l'individu dangereux à l'individu en danger. On s'efforce ici d'examiner l'individu dans son milieu, sa condition économique, son environnement matériel et culturel.

On se ouviendra également des idées proposées entre les deux Guerres par certains juristes, philosophes du droit ou processualistes qui réclamaient à la place de la justice légaliste et formelle une justice d'équité et de conciliation. Il suffit d'évoquer ici les grands noms de Calanandrei en Italie et de Radbruch en Allemagne.

Ce mouvement des idées, ce renouvellement des concepts, aboutit à une socialisation de la réaction anti-criminelle qui se fixe non plus tant sur le délit ou le délinquant que sur le fait ou le conflit social envisagé à partir de la victime trop négligée jusqu'à présent (voir les études modernes de victimisation) et l'on cherchera les solutions du conflit par la conciliation, la concertation, l'assistance en vue d'assurer ou de rétablir la cohésion sociale par ce qu'il faut bien appeler une «socialisation» de tous les intéressés.

A ce stade, la politique criminelle débouche sur la politique sociale et même se confond largement avec elle. Il ne faut pas cependant la taxer de faiblesse ou de laxisme aveugle, car la Défense sociale nouvelle, même en ce stade ultime, n'abandonne ni la contrainte parfois nécessaire (mais dans un contexte de justice), ni la responsabilité sous sa double forme de sentiment personnel et de sentiment collectif dans sa dimension sociale, ni surtout le juge, c'est-à-dire l'instance judiciaire et le processus juridictionnel, qui est e reste le gardien naturel des droits individuels dont il assume la protection par le «procès legal» au sens de la déclaration des droits des Nations Unies et du Conseil de l'Europe.

Par là s'affirme la spécificité de la Défense sociale nouvelle au regard notamment de la criminologie, même dans ses diverses formes de criminologie critique. Par là aussi, elle reste fidèle à ses origines, à ses positions fondamentales et à son idéologie de base plus que foncièrement anti-répressive. Elle est tout entière dirigée vers la protection et la promotion de l'être humain.

I N D I C E

Quelques-unes des dernières pérégrinations du législateur penal suisse — Reformes acquises et en cours	9
Pelo PROF. PIERRE HENRI BOLL	
Algunas consideraciones sobre la reforma penal española	39
Pelo DOUTOR ENRIQUE RUIZ VADILLO	
Aspectos penales de la Constitución Española de 1978	67
La descriminalization en España	81
La defense sociale nouvelle	95
Pelo PROF. DOUTOR MARC ANCEL	