

LA ESTRATEGIA DE LA LEGISLACIÓN PENAL¹

THE STRATEGY OF THE CRIMINAL LAW

CARLOS GARCÍA VALDÉS
Universidad de Alcalá

Recibido: 18/02/2016

Aceptado: 18/03/2016

Resumen: el presente trabajo aborda la razón de ser de la legislación penal, esto es, el porqué de una determinada normativa en un momento concreto y cómo se diseña y elabora la reforma de la misma por el legislador, o la creación de una nueva ley con un fundamento ideológico concreto en el marco del Estado de Derecho.

Palabras claves: legislación, penal, ideología, prelegislador, codificación.

Abstract: *this article discusses the rationale of criminal law, that is why there is a certain standard at a particular time and how it is designed and made reform of the law by the legislature, or as creating a designing new law with a particular ideological foundation under the rule of law.*

Keywords: *legislation, criminal law, ideology, pre legislator, coding.*

SUMARIO: 1. MOTIVACIÓN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA; 2. LA CODIFICACIÓN, PRINCIPIOS INFORMADORES; 3. LA INFLUENCIA DE LA REALIDAD SOCIAL; 4. EL EMOTIVISMO COMO MALA TÉCNICA LEGISLATIVA.

1. MOTIVACIÓN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Siempre me han preguntado los alumnos, después de explicar, bien en clases ordinarias de licenciatura y grado o en seminarios especializados, alguna institución penal o penitenciaria, y sabedores de que he formado parte, en las últimas décadas, de muchas de las Comisiones de reforma de nuestra legislación: “¿cómo se legisla?”, “¿de qué forma se hacen las leyes?” o bien: “¿quién las elabora?”; y siempre he contestado diciéndoles, respecto a lo primero, que hay que tener en cuenta diversas corrientes confluyentes en el proceso, que las leyes no deben responder únicamente a la orientación o al capricho del legislador de turno, sino recoger el sentir doctrinal y social, es decir adecuarse al momento histórico en que ven la luz o, en todo caso,

¹ Conferencia pronunciada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (Madrid), el día 19 de marzo de 2014.

previando sus resultados positivos para la comunidad. Pero lograr esto es harto dificultoso.

Por lo que hace a lo segundo, la Comisión General de Codificación o las Comisiones y Secciones especiales nombradas por el Gobierno al efecto para un proceso reformador o redactor de una norma, es el organismo colectivo, adscrito al Ministerio de Justicia, encargado de la confección final del Anteproyecto antes de su pase a la reunión de los Subsecretarios y elevación, en su caso, al Consejo Ministros. Es aquí cuando en el mundo jurídico se habla del prelegislador, en contraposición con el poder legislativo que, en puridad, como es sabido, desde la división de poderes, tampoco ostenta el ejecutivo sino, en España, las dos Cámaras del Parlamento.

El gran Bentham dio a la luz en su día (1843), en sus “Obras Completas”, un opúsculo determinante, de título “Nomografía o el arte de redactar leyes” que, con Introducción castellana del profesor Zapatero Gómez, ha visto su traducción a nuestro idioma² y, ciertamente, esta aportación lejana fue modelo ideológico para su época por la atención que exigía prestar al cuidado en la redacción de los textos, a su facilidad de comprensión para todos, a responder a los conflictos sociales. Hoy al respecto también existen algunas ediciones, oficiales o particulares, siempre minoritarias, de trabajos o monografías a ello referido. En este sentido, recuerdo ahora, en concreto, dos publicaciones: el fascículo, estrictamente técnico, “Directrices sobre la forma y estructura de los Anteproyectos de Ley³” y la obra de González Hurtado titulada “Aproximación a la fase prelegislativa en la elaboración de normas penales⁴” de elevado interés. Yo mismo abordé, muy elemental e indiciariamente, el asunto en mi artículo “El doble influjo de la legislación penal y sus límites: la cadena perpetua⁵”. Sin embargo, no es lo más habitual. De ahí, que hoy quiera aportar algunas más amplias reflexiones inéditas que vienen a completar modestamente lo reseñado.

Vaya por delante el expresar, con rotundidad, que me voy a ceñir a la legislación criminal sustantiva, que es la que mejor conozco y en cuya elaboración he participado en bastantes casos y con todos los gobiernos. De la normativa procesal o adjetiva solo hablaré en cuanto afecte seriamente a algún tema concordante. Y claro es, destacaré especialmente algunos aspectos de la todavía vigente Ley penitenciaria, por mí fundamentalmente redactada cumpliendo el encargo gubernamental recibido hace treinta y seis años.

¿Por qué metodológicamente voy a sentar desde el principio que existe una triple influencia en la elaboración de los textos? Porque mi experiencia académica y personal me inclina a ello al pensar que claramente, por mi conocimiento directo,

² Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2000

³ Ed. Ministerio de Relaciones con las Cortes. Madrid, 1991.

⁴ Ed. Dykinson. Madrid, 2013.

⁵ www.cuartopoder/soldeinvierno, de 19 de septiembre de 2012.

es lo más adecuado y, a la vez, síntesis de una correcta técnica legislativa. Y esta interrelación se viene a manifestar, precisamente, de tres formas posibles: del legislador a la sociedad, es decir de adentro hacia afuera; de ésta hacia aquél y, en fin, de la doctrina y jurisprudencia al redactor de las leyes, o sea de fuera a adentro en estos dos postreros supuestos. De todo este proceso hay abundantes y buenas muestras en nuestro acontecer y de ello voy a tratar en esta aportación, plasmación por escrito de lo que muchas veces he manifestado oralmente en clases y seminarios contestando a la transcrita y lícita inquietud de los discentes.

No pienso, ni mucho menos, que la relación que voy a acometer sea completa, pero se presenta como una especie de guía que puede ser allane el camino, si en verdad interesa la materia, de otras investigaciones posteriores y complementarias. Su mérito es, tal vez, hablar desde el interior del proceso legislativo en la mayoría de los casos y expresar la convicción de cuanto se ha venido haciendo. El método sistemático sigue las pautas apuntadas. Conociendo la historia y el presente es más fácil dictar o transformar ordenamientos para el porvenir y esto es precisamente lo que debe hacer cualquier ley de creación, modificativa o de reforma. Como los ejemplos son múltiples, la tarea es recopilatoria, de estar atentos a la realidad circundante, no necesariamente de ideación o elaboración política. Este aspecto se manifiesta después, cuando se ofrece al Parlamento, o sea al Congreso de los Diputados y al Senado, el Proyecto publicado en el Boletín correspondiente para su definitiva discusión. Será entonces cuando el nuevo aparato legal será juzgado críticamente, vía de enmiendas, según contemple o no la incorporación de elementos que se encuentran en el sentir global de la comunidad o que introduzcan avances estrictamente dogmáticos y que, hasta entonces, no se habían tenido en cuenta. Las discusiones en sede parlamentaria habrán de transferir al texto final este sentir y esa correcta técnica, elementos fundamentales de la nueva norma adornada con un incuestionable hábito de modernidad.

Quiero incidir previamente en lo que Antón llamaba la riqueza del lenguaje de nuestro legislador penal. Bien es cierto que el maestro hablaba del decimonónico y al él se refería cuanto al respecto escribió acerca de la historia de la Codificación⁶. En efecto, si tomamos el propio Código penal vigente todavía podemos observar reminiscencias del pasado y una de ellas la más fundamental señalada por la mejor doctrina: la propia estructura del texto actual es tributaria del de 1848, al decir de mi maestro, el profesor Gimbernat⁷.

Como supuestos más concretos de lo dicho, tomemos los verbos activos significativos de la conducta en los dos clásicos delitos patrimoniales, “tomar” en el hurto y “apoderarse” en el robo; en efecto, por tratarse de similares expresiones nada indican respecto a la violencia en los segundos, derivándose de aquél purismo

⁶ Cfr. Antón Oneca: “Obras”, II. Buenos Aires, 2000, págs. 193 y sigs., 223 y sigs. y 243 y sigs.

⁷ Vid. Gimbernat Ordeig: “Introducción a la Parte General del Derecho Penal español”. Madrid, 1979, pág. 19.

lingüístico la diferente forma de mencionar acciones parejas. También los ejemplos de delitos como el homicidio o el hurto, son modelo de descripciones limpias, y a la vez, escuetas de cómo debe contenerse en la ley punitiva un tipo. Así, el castigar al “que matare a otro” o por “tomar las cosas muebles ajenas”, son dos buenas muestras de planteamientos sencillos y claros de redacción, siguiendo las pautas marcadas por Kelsen de configurar toda norma jurídica, en su contenido, dos elementos: un presupuesto o predicado y una consecuencia. Estas disposiciones, y tantas otras semejantes, son, ya lo he dicho, modélicas. La PANCP de 1983 fue también un lejano espejo de correcta técnica legislativa. No así otras normas en vigor, procedentes de reformas actuales, cuales el delito fiscal o las defraudaciones a la Seguridad Social, farragosas donde las haya, que tienen aspecto y estructura puramente reglamentaria, impropia de un texto sancionador que debe limitarse en su redacción a lo esencial.

Igual ha acontecido con la legislación penitenciaria. Nuestra Ley de 1979, vigente aún, es precisa y concreta en su articulado, determinando las instituciones que se recogen en la misma con meridiana claridad. Únicamente la reforma de su art. 72, en 2003, complicó una lectura que, con anterioridad, era diáfana en cuanto a su entendimiento y basamento histórico. Temas tan delicados como determinados criterios mantenidos en el régimen o del tratamiento se encuentran bien escritos y a todos su cabal comprensión alcanza. El legislador debe tener pues en cuenta no únicamente el fondo dogmático o científico de la disposición sino, asimismo, su forma, su corrección gramatical, sus destinatarios, su proyección *erga omnes*.

La coherencia interna debe presidir el conjunto de los preceptos que componen el Código penal, concordancia que se pone de manifiesto, por ejemplo en la correspondencia de los delitos con las penas en su correlativa gravedad, en el orden legal que se expresa en el texto, clasificando los bienes jurídicos dignos de protección, bien sean personales, comunitarios o estatales; en la convicción con que se expresan los tipos, en el allanar el camino de una correcta y posible interpretación sistemática. Y la lectura del articulado debe ser fácil e inteligible tanto para el hombre medio cuanto no exenta de buena técnica para el operador jurídico. Por eso cuando se acomete una reforma parcial de la ley, no se debe dejar de lado su conjunto pues esto conduce a una norma final deslavazada, cuando no contradictoria, y por ello censurable. Redactar las novedades teniendo en cuenta lo que se mantiene, leer en su totalidad el Código resultante, es algo necesario y conveniente. No hacerlo conduce a la ausencia de armonía y a una forma de legislar a retazos, precipitada o sin especial interés, impropia de especialistas.

2. LA CODIFICACIÓN. PRINCIPIOS INFORMADORES

Antes que cualquier otra apreciación concreta ha de precisarse que los Códigos penales tienen, necesariamente, ideología y que por ello responden a la concepción del prelegislador y del propio legislador de turno. Nuestra historia

así lo demuestra. La codificación del siglo XIX es un ejemplo de lo dicho. Los textos punitivos elaborados sucesivamente canalizan el pensamiento dispar y cambiante del gobernante, oscilando entre conservadores y liberales, siendo fácil detectar las bases que sustentan a unos u otros⁸. Idéntica orientación presentan los Códigos españoles posteriores, del siglo XX, hasta llegar al presente, que pueden identificarse, sin gran problema, entre dictatoriales o democráticos. El actual, de 1995, a este último criterio, como es lógico, tajantemente responde. De larga elaboración, pues los trabajos comenzaron cinco años antes de su promulgación, su vigencia ha sufrido modificaciones y actualizaciones sin cuento, aunque muy importantes, y alguna de las cuales van a tenerse en cuenta en este trabajo por su relevancia. El Proyecto que anuncia el gobierno incide en este aspecto de poner al día, con mejor o peor fortuna, la legislación penal aplicable.

La normativa penitenciaria, en cambio, ha sido menos permeable a las orientaciones ideológicas o, mejor dicho, solo ha tenido una y principal: procurar la progresiva suavización del régimen interno en los establecimientos y esa tendencia humanitaria permanente en su ejecución, objetivo secular del que ha hablado el profesor Sanz Delgado⁹. Por eso puede mencionarse, según las distintas y primeras disposiciones del ramo, también del XIX, el carácter militar o civil de los presidios, pero las mismas no ofrecen sustanciales diversidades en cuanto al trato de los reclusos. Es evidente que pueden detectarse diferencias entre aquéllas, pero todas se centran en tratar de lograr el avance sustancial del sistema. Bien se trate del régimen de aglomeración, del progresivo o el de individualización, las contundentes normas carcelarias se esfuerzan en completar, desde 1804 y hasta 1913, un Derecho penitenciario ejemplar, modelo diáfano del también naciente en otros países. Ni la dictadura de Primo de Rivera influyó negativamente en la reglamentación de las prisiones y, como prueba de lo expresado, baste recordar que la II República mantuvo los Decretos reguladores con puntuales alteraciones mediante Órdenes Circulares. Únicamente el franquismo volvió al militarismo arcaico, pero carente del espíritu correccional fundacional, especialmente en 1948, atenuado en 1956 y, especialmente, en 1968 y los funcionarios procedentes de la guerra civil se fueron sustituyendo, poco a poco, por auténticos profesionales. La vigente Ley Orgánica General Penitenciaria, de 1979, responde a la transición democrática y está así ayuna de componentes del pasado, mostrándose como una norma incluso más avanzada que las otras contemporáneas y en vigor en el mismo entorno europeo.

Sentado lo anterior, vamos a ver una serie de principios orientadores que confluyen y han sido tenidos en cuenta, desde antiguo, en los movimientos de reforma de los textos punitivos.

⁸ *Vid.* en este sentido, García Valdés: “*La Codificación penal y las primeras recopilaciones legislativas complementarias*”, en AHDE, 2012, págs. 37 y sigs.

⁹ *Vid.* Sanz Delgado: “El humanitarismo penitenciario español del siglo XIX”. Edisofer. Madrid, 2003, *passim*.

El principio de humanidad inspira las primeras grandes transformaciones de la legislación penal en Europa. Los escritores, no necesariamente especialistas en leyes y jurisprudencia, del denominado periodo Iluminista aportan un sentido de piedad y contención o proporción en los castigos verdaderamente único y trascendente. En 1764 aparece en Italia, primero clandestinamente y sin firma, un libro esencial al respecto: “De los delitos y de las penas” del Marqués de Beccaria, traducido al castellano diez años después. El aldabonazo es importante. Beccaria se ocupa de cuanto cruel y anacrónico ofrece la ley punitiva y procesal del momento y de siglos anteriores: pena de muerte para abundantes supuestos, castigos disparatados y sin cuento o torturas desfilan sucesivamente por sus breves páginas. Nunca tan pocos renglones conmovieron a tantos ni influyeron decisivamente en los Códigos penales de sus respectivos países a partir de entonces. Este “panfleto” o relato corto, como los denominaron los ingleses, contiene todo cuanto hay que eliminar por pernicioso en un Derecho moderno. Y lo logró progresivamente. A ello se sumó el texto escrito por Verri en 1777, de circulación restringida por la censura, por el ensañamiento penal denunciado, y dado a la luz mayoritariamente en 1804: “Observaciones sobre la tortura”¹⁰. Desde luego, la influencia del primero en España de la mano de Lardizabal con su “Discurso sobre las penas” (1782) fue determinante. ¿Fue original este librito de Beccaria? En todo caso fue oportuno. Se dio a la imprenta en un momento en que los cambios se imponían y no cabe duda que, influidas sus breves páginas por la crueldad punitiva impuesta por la ocupación austriaca que sufría Italia, recogió lo susceptible de reforma y esa fue su gran suerte y elevado mérito, siendo su contenido de manera esencial legislativamente atendido.

La pena de muerte se imponía para un número elevadísimo de hechos criminales y los métodos de ejecución de antaño eran crudelísimos. La codificación europea los reduce considerablemente. La “sola privación de la vida” que, por ejemplo vienen a decir los primitivos Códigos francés o portugués, viene a significar la supresión de los tormentos sangrientos hasta el momento existentes. El instrumento capital, de la mano del verdugo profesional, hará su función sin acompañamiento de los dolores inhumanos de antaño, aplicados con la exclusiva finalidad de hacer morir sufriendo. Del mismo modo, la tortura dejará de ser la prueba procesal por excelencia. La confesión del reo no se obtendrá ya por este medio, empleándose otras formas civilizadas de indagación. Los castigos corporales e infamantes también se destierran. Todo viene a conformar una normativa más acorde con los sentimientos de una suerte de superior humanismo en la aplicación de las penas y esta corriente es el primer ejemplo de un flujo del legislador hacia la sociedad que, salvo para unos cuantos elegidos, vivía de espaldas a la crueldad reinante, orientación mantenida después incluso constitucionalmente.

¹⁰ Sobre la incontestable relevancia de ambos autores, ahora *vid.* González Guitián: “La más alta preocupación del príncipe. Notas para una introducción a Dei delitti e delle pene”, en VVAA: “*Estudios Penales y Criminológicos*”. XXXI. Universidade de Santiago de Compostela, 2011, págs. 129 y sigs.

La reforma de las cárceles y prisiones tiene como origen idéntico y generoso impulso. Un filántropo inglés, John Howard, recorre los lugares de encierro de Europa y cuanto vio lo refleja en un texto imperecedero: “El Estado de las Prisiones en Inglaterra y Gales”, en 1777, luego ampliado a otros territorios continentales. Viajó por todos ellos, también a España y muere en Rusia, por una trágica paradoja del destino, contagiado de fiebres carcelarias o sea tifus exantemático. Nunca traducido en España, pero sí al castellano en Iberoamérica, hay una moderna y extraordinaria edición introducida por el gran penitenciarista mexicano Sergio García Ramírez¹¹. Desde entonces, finales del siglo XVIII, los establecimientos penitenciarios no son los mismos. Las elementales medidas propuestas por Howard: separación de hombres, mujeres, niños y locos, de preventivos y penados, sanidad y limpieza de los locales o trabajo en los mismos, se llevan a las ordenanzas del ramo y dignifican un sistema que era propio de las oscuras e insalubres mazmorras medievales y que se mantenía todavía en la denominada época moderna.

Siguiendo con la evolución cronológica, la tipificación, es decir la concreta descripción de los hechos delictivos, es otro de los avances capitales del sistema penal. El Derecho antiguo contenía fórmulas imprecisas como, por ejemplo, hablar de delitos “feos o denigrativos”, cuya sentencia se cumpliría en los presidios africanos, sin precisarse que, razonablemente, se referían a la gravedad de los hechos criminales o la vileza o especial humillación para las víctimas, empleadas en su ejecución; o decir “el ladrón será ahorcado”, sin sentar las características del tipo penal concreto, tales como la presencia o la ausencia de violencia o intimidación en las personas o la fuerza en las cosas, atributos de una norma actual y técnica. La lejana plasmación del delito como la he reflejado a ninguna seguridad jurídica conducía siendo la indeterminación la regla habitual. Fueron dos penalistas alemanes, Feuerbach y Beling, quienes avanzaron en la comprensión de la necesidad de la exacta tipificación de los supuestos de hecho y en el principio de legalidad y sus diversas manifestaciones, muro garantista de contención de las arbitrariedades. Aquí también la doctrina, en este caso especializada, removió el hacer del legislador y lo efectuó de una manera imperecedera pues ambos principios se mantienen a lo largo de los textos penales y de las décadas, salvo en momentos de retroceso excepcionales por mor de las dictaduras.

Más modernamente, de idéntica fuente doctrinal procede el traer al texto penal figuras muy elaboradas como el delito continuado, la comisión por omisión o la teoría del error. La jurisprudencia venía recogiendo estos temas tal y como la ciencia los venía desarrollando, el primero desde la ideación del gran Carrara con el conocido ejemplo de la criada que se apoderaba cada día de una perla del collar de su señora en vez de hacerlo de una vez y el segundo y tercero, como ideación fundamentalmente de la dogmática alemana separando el error de tipo y el de prohibición vencibles o invencibles y fijando la posición de garante en la

¹¹ Ed. Fondo de Cultura Económica. México, 2003.

omisión impropia. Su traslación al Código, especialmente del delito continuado (art. 74 CP), mereció, en el momento de su incorporación al articulado, los mayores elogios de un maestro como el profesor Enrique Gimbernat.

El sentimiento humanista del legislador también se recoge cuando, en materia de aplicación de las penas, se establecen criterios que vienen a limitar el cumplimiento efectivo de la suma total de las condenas o a establecer medidas de acortamiento de la sanción. En efecto, en los supuestos del denominado concurso real de delitos, es decir tantas penas como hechos realizados, cabían dos posturas antagónicas en conflicto: la acumulación aritmética o conjunto total y definitivo de las condenas, hasta obtener una cifra única final y global, que era la resultante de aquélla suma o la jurídica, que es una ficción, y que consiste en fijar una cantidad de años concreta, por ejemplo el triplo de la mayor de las sanciones impuestas en la resolución condenatoria, con la cláusula de no poder superar los X años (20, 30 o 40, según los países), dándose por extinguidas el resto. De ahí que Enrico Ferri la denominase gráficamente como el “premio al delincuente al por mayor”. No obstante el importante reproche formulado por el maestro italiano, fundador de la Escuela positiva, la opción aceptada y adoptada normativamente por la mayoría de las legislaciones fue la segunda, que es la que rige en el Código penal español (art. 76.1 CP).

Cuando se trata de menores autores de hechos criminales, el legislador reacciona con un Derecho sancionador propio, sin acudir a las instituciones penales que aplica a los mayores. El denominado legalmente “interés del menor” prima sobre otras consideraciones. Se puede hablar de un Derecho penal juvenil pero, en puridad, no es tal. Distinta jurisdicción, diferentes medidas que no penas y diferentes centros de internamiento completan la diferenciación. Nuestra lejana legislación histórica, punitiva y penitenciaria, ya arrancaba de esta clara consideración perfeccionada en los tiempos actuales con la LO 5/2000 y reformas posteriores. Todo ha sido estudiado con brillantez y meticulosidad por Cámara Arroyo¹².

De antaño también trae causa el distinto trato con la mujer delincuente en detalles tan significativos como no notificar la sentencia condenatoria ni aplicar la pena de muerte a la embarazada, hasta cuarenta días después del parto, salvo indulto, o destinarla a “prisiones” o “casas de corrección” en lugar de a los “presidios”, especialmente a los africanos, destinados a los hombres, de mayor dureza regimental, separación que se mantuvo testimonialmente hasta el Código penal de 1973. Era la “galantería con las damas” de la que hablaba el gran Quintano.

Por lo que hace a la ejecución penitenciaria, desde el primer momento el legislador español se inclinó por la rebaja de los años de cumplimiento. Prisiones, en líneas generales, nunca tuvo en cuenta el delito, de ahí las frases en el frontispicio y patios de nuestras cárceles históricas, referidas a que el establecimiento recibe al

¹² Vid. Cámara Arroyo: “*Internamiento de menores y sistema penitenciario*”. 2 vols. Ministerio del Interior. Madrid, 2011.

hombre quedando el hecho criminal a la puerta (Montesinos) o que hay odiar el delito pero comparecer al delincuente (Concepción Arenal). Lo que le importaba a la Administración del ramo es la estancia en los centros, la recuperación correccional del delincuente, no lo que hicieron y el porqué fueron condenados y allí enviados a extinguir su pena. Y de ello existen incuestionables pruebas desde antiguo: la potente y sólida Ordenanza de Presidios del Reino, de 1834, contempla, en sus preceptos finales (arts. 303 y sigs.), acortamientos de condena supeditados al buen comportamiento y, una década más tarde, el sistema progresivo de división en periodos hasta alcanzar la libertad, se introduce formalmente, de la mano del coronel Montesinos, comandante del presidio de Valencia, en nuestro penitenciarismo, así como la libertad condicional en 1914. Es decir, toda la ejecución orientada hacia la vuelta a la vida civil. Cuando la vigente Ley General Penitenciaria vea la luz tendrá en cuenta este profundo sentimiento que proviene de nuestra mejor historia y de nuestros superiores penitenciarios y penitenciaristas, del pietismo de Concepción Arenal, al estudio personalizado del delincuente (Salillas) y al acortamiento de condena y anticipación de la excarcelación (Cadalso), así como al tradicional disfrute de beneficios penitenciarios o el establecimiento de los permisos carcelarios, arriesgados de conceder en su día, hoy un incontestable éxito.

¿Era del agrado social esta benignidad sobrevenida? A nuestros gobernantes y redactores de textos penales no les importó. Cuando se conduce la ejecución de la pena capital al interior de nuestras prisiones, en 1900, por mor de la Ley Pulido y los escritos de la propia Arenal, la gente acudía todavía al espectáculo público de la muerte, presenciando en las plazas y patios la actuación del verdugo y mostrando o no su aprobación según efectuara, bien o mal, su cruel y legal trabajo. La necesaria ocultación del supremo castigo al interior de las prisiones sustrajo a los espectadores de la siniestra función, pero era lo correcto. ¿Se consultó al conjunto de la sociedad española del momento la aplicación generosa del régimen penitenciario progresivo cuando ni siquiera los textos penales positivos la contenían o autorizaban en su articulado?. Es claro que la respuesta es no. Pero el impulso humanitario del legislador comprendió que tal debía hacerse por imperio de una modernidad, aún incomprendida, en el descuento de la pena. Y ello fue, precisamente, el mayor valor ético de la sanción, su equidistancia entre el castigo y el premio, o sea la “Gracia y Justicia”, como figuraba significativamente en el nombre del primer Ministerio competente al respecto.

Similar sentimiento comunitario puede definirse con la benignidad penitenciaria ¿quién entonces entendía los permisos de salida, la ampliación del régimen abierto o el considerable gasto en nuevos centros de internamiento? Muy pocos. Pero la reforma penitenciaria exigía ser valiente y llevar a cabo estos métodos de acercamiento a la libertad y de readaptación a la vida extra-muros y el acondicionamiento de los vetustos establecimientos y su radical conversión en locales adecuados, al fin constitucional y legal de las penas privativas de libertad y al respeto a los derechos de los reclusos no afectados por la sentencia condenatoria.

La nueva sensibilidad provocada por los conflictos bélicos y sus consecuencias determinó que los textos penales posteriores a la segunda guerra mundial llevaran a su articulado delitos tales como el genocidio o los crímenes contra la humanidad, desconocidos hasta entonces. Incluso se cuestionó en Núremberg la retroactividad de estas normas allí aplicadas. Los asesinatos colectivos de masas de población o el empleo de métodos con el enemigo, no reconocidos en la Convención de Ginebra, encontraron justo acomodo en el Derecho sustantivo. Semejante tipificación se llevó a cabo, más recientemente, con los hechos criminales y atroces cometidos contra los seres humanos o grupos concretos de los mismos con ocasión de enfrentamiento armado y ello a solicitud de Cruz Roja, que a todos los Estados se dirigió al respecto, siendo escuchada su concreta petición. De los textos punitivos esta criminalidad pasó a la sociedad en su conjunto, como un reproche moral de actuaciones criminales, sin unas mínimas reglas, aún en circunstancias extremas, como guerras o conflagraciones bélicas.

Pero el legislador también debe detenerse en las personas concretas ofendidas, aunque estas sean minoritarias, no necesariamente y siempre en la colectividad. Me estoy refiriendo, por ejemplo a las niñas que sufren la ablación del clítoris, lo que se produce en el costumbrismo de determinadas culturas africanas. Cuando tales hechos eran cometidos en España la solución punitiva no presentaba mayores problemas pues encajaba, sin duda y en todo caso, en las lesiones gravísimas del art. 149 CP., expresamente recogidas en su núm. 2, desde la LO 11/2003. No acontecía lo mismo si tal mutilación tenía lugar en el extranjero, en el sitio de origen o residencia de las familias y víctimas. La impunidad antigua se ha resuelto legalmente al incorporar el art. 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por LO 3/2005, estas conductas al catálogo de persecución universal de las mismas, o sea allí donde fuere el espacio territorial de su realización. De ahí, la intervención en este caso, antes vedado, de los tribunales nacionales, competentes desde la trascendente modificación¹³.

Pensando igualmente en sujetos específicos, la no punibilidad de la cirugía transexual, desde 1989, ha venido a solucionar dos graves problemas: de un lado, la ausencia de castigo, por el gravísimo delito de mutilación, a los médicos que la practicaban a pedido de sus clientes y, por el otro, la autorización de la disponibilidad del propio cuerpo y de la propia sexualidad de quienes optan por esta arriesgada operación quirúrgica.

Igual orientación puede predicarse de la violencia de género. Los abundantes casos que se venían produciendo motivaron, además de la respuesta colectiva, por

¹³ Vid. Cámara Arroyo: “La legislación y jurisprudencia penal española sobre la ablación. El tipo cualificado de lesiones del art. 149.2”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, XXX, 2014, págs. 837 y sigs. La retorcida y correosa reforma de la Justicia penal universal, operada por la LO 1/2014, de 13 de marzo, auténtico galimatías, no afecta a este precepto que mantiene su vigencia; *vid.* al respecto, críticamente, el mismo: “La nueva regulación de la justicia universal y sus posibles visos de inconstitucionalidad”, en <http://blogs.unir.net/derecho>, de 17 de mayo de 2014.

ende, la contestación enérgica del legislador penal. De hecho, la LO 1/2004 tuvo su plasmación, entre otros supuestos, en el delito agravado de lesiones al castigar como tales las que tuvieran como sujeto pasivo a las mujeres (art. 148.4 CP). La proliferación de este tipo de agresiones ha tenido un doble efecto: por un lado, ha trastocado formalmente el principio de igualdad y por el otro, al señalarse que son aquéllas las que más sufren los ataques como víctimas, en número desproporcionado respecto a los hombres, hablándose así de una discriminación positiva a favor de las mujeres, la actuación legal no resulta vedada constitucionalmente por la razón antedicha, es decir ya eran desiguales antes por los elevados hechos criminales que sobre ellas se llevaban a cabo.

La protección al desigual o al más desfavorecido también tiene acomodo en la nueva normativa penal. Muchos delitos se cualifican cuando recaen en menores o incapaces o se agravan genéricamente al concurrir en los mismos móviles racistas, étnicos, antisemitas o, entre otras causas, se ejecutan por la orientación sexual de las víctimas o su discapacidad (art. 22.4 CP). En la Parte Especial del texto punitivo se señalan los hechos criminales contra los extranjeros (Título XV bis. CP) defendidos así específicamente en los atentados que sufran donde prime el abuso sobre su condición. Y esta tipificación es nueva. Un principio de humanismo penal, defensor de los más valetudinarios u objetivamente más desprotegidos, ha sido la base de este nuevo y justo horizonte sancionador.

Que otras recientes situaciones conflictivas han sido causa de la respuesta punitiva tampoco ofrece dudas, actuación desconocida hasta entonces. Partiendo de supuestos delictivos clásicos, se produce aquí una interpretación extensiva en su aplicación. Tomemos por ejemplo los ataques que docentes o médicos, en el ejercicio de sus funciones, reciben de sus alumnos o familiares de los mismos o de sus pacientes, respectivamente, y su consideración actual como delito de atentado. La Fiscalía se ha cuidado ampliamente de así instruir al respecto¹⁴ o firmar expresos acuerdos¹⁵ con los colectivos afectados, garantizando la persecución de esos graves hechos vía penal.

El anacronismo con los tiempos en que ha de aplicarse la norma también influye en las modificaciones legales. Mayer habló, al tratar de los elementos normativos del tipo, de aquellos que tenían un carácter socio-cultural, o sea los que, sin estar descritos en otra ley extra-penal, que son los de contenido jurídico, conformaban la necesaria adecuación de las disposiciones a la cambiante realidad social, a la denominada norma de cultura¹⁶. Los delitos de adulterio, tan injusto respecto a la tipificación dispar respecto al sujeto activo que lo cometía, fuera su autor hombre o mujer; el estupro de doncella o yacimiento mediante engaño con mujer hasta los 23 años, considerada así como una menor o, en fin, el de escándalo público,

¹⁴ *Vid.* Consulta FGE, de 25 de noviembre de 2008.

¹⁵ Así, la Fiscalía del TSJ de Madrid con el Colegio de Médicos, en 5 de mayo de 2008.

¹⁶ *Vid.* Guzmán: *“Figuras y pensamientos del Derecho Penal contemporáneo”*. B de f. Montevideo-Buenos Aires, 2014, págs. 77 y sigs.

fueron abordados en los mismos orígenes de la transición democrática como una necesidad de airear el ordenamiento jurídico-criminal. Suprimidos el primero y el segundo, se transformó radicalmente el segundo como exclusivo exhibicionismo ante menores de edad (art. 185 CP) y ello para no llegar al ridículo, reciente en aquella época, de tener que procesar al director y suspender la publicación de una conocida revista mensual por publicar en su portada la primera chica en bikini.

Este mismo criterio de adecuación a las tendencias actuales es lo que ha hecho suprimir, vía la mejor doctrina, las cualificantes históricas del delito de asesinato, cuales el veneno, los explosivos u otros medios catastróficos ocasionados a grandes estragos o la premeditación. Las dos primeras por encontrarse incluidas, en buena técnica, en la alevosía y la tercera porque, como decía el gran Quintano, no existe hecho criminal que, en una u otra medida, no se medite o se piense por su autor, haciendo redundante la agravante.

3. LA INFLUENCIA DE LA REALIDAD SOCIAL

La segunda corriente, fuente de reforma y transformación de la ley penal, es la contraria, es decir la que procede de la sociedad hacia el legislador, recogida por el atento sentir científico. Y ello por una doble vía. La primera expresión de lo anterior es el crecimiento, en ocasiones desmesurado, de nuevas conductas delictivas que, paso a paso, se han ido tipificando porque los movimientos sociales lo exigían y, por el lado opuesto, la semilegalización de otros hechos que pasan a ser no punibles. Las propias y abundantes Directivas comunitarias han contribuido a ese movimiento de recoger hechos criminales inexistentes en un principio o transformar, perfeccionándolos, los ya existentes.

De entre ambos casos pueden citarse, en primer lugar, los delitos socioeconómicos. El Código penal de 1973 no estaba preparado para esta avalancha de comportamientos ilegales. Los viejos tipos penales, cuales la apropiación indebida o las quiebras fraudulentas, no saciaban la necesidad del adecuado castigo. Sin necesidad de hablar de intervencionismo estatal¹⁷, fue a principios de los años 80 cuando las diferentes legislaciones se plantean abordar el problema y, por regla general, mediante la técnica de la ley especial, así Francia, intentan solucionar el grave problema. En nuestro Código penal un considerable número de preceptos, y con ese mismo *nomen iuris* (Título XIII CP), se ocupan ahora de estas conductas gravemente atentatorias al patrimonio de las personas o de las empresas y sociedades y, en fin, a la exigible confianza en los negocios. Expreso es también el supuesto de las infracciones informáticas o los denominados delitos telemáticos. Las recientes tecnologías no figuraban contempladas concretamente en las leyes

¹⁷ Cfr. García Valdés: “*Los delitos patrimoniales y socioeconómicos. Aproximación histórica y visión panorámica moderna*”, en Libro-Homenaje a Rodríguez Ramos. Tirant lo Blanch. Valencia, 3013, págs. 545 y sigs.

penales y su extraordinario y torticero desarrollo fáctico merecían una respuesta en el campo punitivo, como así ha acontecido.

Cercano a los anteriores, el delito fiscal responde a las iniciativas canalizadas a través de organismos competentes que han conseguido la respuesta del legislador penal. La compatibilidad de la infracción administrativa y la penal se ha establecido en la línea que marca de la cantidad defraudada o no declarada, que asciende a 120.000 €. Precisamente y pensando en la conveniencia principal de obtener la recaudación debida, se recoge en el precepto (art. 305.4 CP) la regularización tributaria como una excusa absolutoria. El conocido como “caso Messi” aquí se encuadra. Procede asimismo de la Administración, en concreto de la Dirección General de Tráfico, que se hizo presente en la persona de su máximo responsable ante la Comisión correspondiente en la reforma que desembocó en la LO 5/2010, la inclusión en los delitos contra la seguridad vial de los topes objetivos de superar determinada velocidad o ciertas tasas de alcohol en sangre (art. 379 CP). La conducción bajo la mera “influencia” de bebidas alcohólicas no bastaba, pues pruebas subjetivas podían destruir la fundada presunción.

Paradigmático ha sido también el caso de las conductas de corrupción practicadas por determinados personajes políticos. Las viejas prevaricaciones, cohechos, malversaciones o negociaciones prohibidas a la autoridad no bastaban de manera evidente y la desconfianza o desesperanza más notoria en el sistema jurídico se extendía. La modificación sustancial de estas acciones, incluyendo a los particulares no limitándolas exclusivamente a los funcionarios, ha tenido que llevarse a cabo contemplando otros supuestos facilitados por la experiencia y el escándalo, sin importar los sujetos que las cometieran. También los denominados “bienes jurídicos difusos”, por ejemplo la protección del medio ambiente o la delincuencia urbanística, han merecido nueva plasmación en los textos punitivos. Junto a la sanción administrativa la penal se acaba imponiendo y con la obligación de restaurar la situación a como se encontraba antes del desaguizado o la prohibición del uso de los bienes restantes (la madera en los incendios) o la recalificación de los terrenos.

Los movimientos colectivos sobre el tráfico de estupefacientes y el castigo a las grandes organizaciones, como por ejemplo los acontecidos en Galicia a finales del pasado siglo, han determinado un doble camino sancionador: por un lado, el de una mayor represión penal y, por el otro, el de una ampliación de las medidas cautelares, vía comiso (art. 127.4 CP), en el sentido de, por ejemplo, poder disponer las distintas autoridades de los abundantes y escandalosos bienes de los narcotraficantes con anterioridad a la condena. Sin salir de estos comportamientos delictivos, la nueva legislación procesal (arts. 263 bis. y 282 bis. LECRIM) ha añadido dos instituciones que son verdaderamente útiles para la eficacia policía exigida en esta materia socialmente: la entrega vigilada y el agente encubierto. Por la primera, el juez natural declina la competencia al del lugar de la aprensión del cargamento y por la segunda, se permite la infiltración policial en las bandas para la detención de los delincuentes que tengan operaciones en curso. La institución

del testigo protegido también ha facilitado el testimonio acusador en delitos como los presentes, los de terrorismo o los sexuales. La ley 19/1994 de ellos se ocupa con eficacia.

En materia de esterilización de incapaces, eutanasia o aborto también se ha tenido en cuenta al legislar la expresión de un muy numeroso número de asociaciones o personas. Respecto a lo primero, recuerdo como el Subsecretario de Justicia nos presentó a los miembros de la Comisión de reforma, en 1989, una ingente multitud de escritos de familiares de los afectados acerca de la posibilidad de poder efectuarse aquella intervención clínica sin reproche penal alguno. Su contemplación en el vigente Código (art. 156 CP), con las cautelas impuestas por el Tribunal Constitucional, ha nadie han perturbado. Igual aconteció con la regulación de la muerte piadosa. La redacción legal actual (art. 143.4 CP), contemplando una modalidad relativa de la misma, tampoco a ninguno ofende.

En el aborto se mezclan demasiadas cosas pero hay una incontrovertible: la necesidad de adoptar soluciones que, en los tiempos que corren, no pueden ser la penalización en todo caso. Prácticamente ningún país de nuestro círculo cultural la mantiene, oscilando las legislaciones entre la denominada ley de plazos, mayoritaria, es decir libertad de interrupción para la mujer de su embarazo entre las 12 o 14 primeras semanas, y las indicaciones, terapéutica, ética o eugenésica. Nuestro país ha pasado por todas las situaciones. De la represión en todo caso, a la segunda de las soluciones y a la primera en la actualidad (LO 2/2010). El proyecto de reforma que avala el Ministerio de Justicia se me aparece como innecesario, pues por la alteración de la salud psíquica o estado de ansiedad o estrés, como dicen los franceses y belgas, seguirán entrando todas las interrupciones deseadas. Se ha creado así un debate inoportuno, criticado por penalistas de la categoría de mi maestro, el profesor Gimbernat¹⁸. Además, el argumento empleado de defender a los minusválidos, discapacitados o más débiles, todos necesitados de superior protección, no se sostiene. En efecto, el feto no tiene nunca esas características pues no es “otro” a efectos constitucionales ni penales como lo son las personas, por eso nunca se han aplicado a los abortos agravantes impensables como la alevosía, el abuso de superioridad o los móviles de cualquier clase, denigrantes para el sujeto pasivo, desvalorados en la ley, siendo la pena, lógicamente, menor que la del homicidio y esto desde los lejanos tiempos (1941) en que el castigo se aplicaba en todo caso y para toda ocasión. En el debate parlamentario y consiguiente texto definitivo, al parecer, se va a suprimir esta restricción, imperando así, en este aspecto, la lógica. Peor es recurrir al criterio demográfico, como antaño se hizo, pues sólo recordar el precedente debería bastar para huir del argumento.

Procede asimismo de la conveniencia social la supresión de los privilegios que ostentaban los antiguos delitos “*honoris causa*”, así el infanticidio, el propio aborto y el abandono del recién nacido, donde la ocultación de la deshonra de la

¹⁸ Gimbernat Ordeig: “*La reforma penal del aborto*”, en *El Mundo*, de 7 de enero de 1014.

madre o la mujer era la motivación del hecho atenuado, suprimidos en el vigente texto punitivo, así como cuanta reforma se ha abordado en materia de corrupción de menores, especialmente a través de las redes sociales, afrontada con rigor técnico y dureza en el Código, alcanzando incluso el castigo al mero tenedor de pornografía infantil difundida por ordenador (art. 189.2 CP), al ejemplo norteamericano.

Otras acciones, hasta ahora delictivas, han sufrido o están experimentando un radical proceso de retroceso como tales, relegándose al campo administrativo, por ejemplo la práctica supresión de las faltas (Libro III CP) que se anuncia en la reforma proyectada, en 2014, por el Ministerio de Justicia. Estos “delitos en miniatura”, como los llamaba el gran Pacheco, han venido sufriendo un progresivo recorte en las diferentes modificaciones del texto penal hasta llegar a la mínima expresión actual. Su desaparición ha sido solicitada al legislador reiteradamente por nuestra ciencia lo que ha encontrado su adecuado eco.

4. EL EMOTIVISMO COMO MALA TÉCNICA LEGISLATIVA

Un ulterior y relevante método de creación de la legislación más adecuada y conveniente al momento en que se vive es, asimismo, triple, pues uno hace mención a lo contenido expresamente en la letra de nuestro Código penal que, por otra parte, no tiene más que recoger la tradición histórica; el segundo se refiere al influjo, a veces imparable, de lo que puede denominarse el “emotivismo” penal, es decir aquel sentimiento, en ocasiones descontrolado, que brota de la comunidad patrocinando un endurecimiento, en ocasiones irracional, de las sanciones y el tercero, se centra en la influencia, indudablemente positiva, del mejor Derecho comparado¹⁹.

En cuanto al primero, viene a decir la ley tajantemente (art. 4.2 y 3 CP) que cuando un Tribunal entienda que tal delito debe desaparecer, reformarse o tipificarse una nueva conducta, se abstendrá de toda iniciativa propia al respecto y ejecutará desde luego la sentencia, dirigiéndose al Gobierno manifestando lo que proceda, habiendo interesantes y significativas muestras al respecto en los últimos años. La de mayor interés y relevancia, por lo que alcanzo a ver, fue la siguiente.

El derogado delito de violación se caracterizaba ancestralmente, entre otros componentes, por recaer, como exclusivo sujeto pasivo, sobre una mujer; por llevarse a cabo mediante el yacimiento forzado o intimidante y por concretarse

¹⁹ Cabría hablar aquí de otras pésimas influencias, ajenas a nuestro Derecho, para legislar. Me refiero a las presiones de Gobiernos extranjeros, como Estados Unidos (caso Couso) o China (caso Tibet), que parece han procurado, inconcebiblemente, la reforma del art. 23 LOPJ, por la citada LO 1/2014 (*vid.* nota 12), por demás caótica y carente de técnica jurídica. *Vid.* ahora, críticamente, Velasco Núñez: “La reforma sobre la jurisdicción universal”, en El Notario del Siglo XXI, núm. 55, mayo-junio 2014, págs. 8 y sigs., calificando la reforma procurada por la Ley de referencia como una mal entendida “españolización del conflicto”.

únicamente en el coito vaginal. La sala 2ª del Tribunal Supremo, en 7 de noviembre de 1987, juzgó un caso que, pese a su brutalidad y consecuencias psicológicas en la víctima, era de abusos deshonestos y por tal dictó inexcusable condena. En efecto, se trataba de una serie de reiteradas penetraciones anales sobre una mujer, llevadas a cabo en el interior de un ascensor. Haciendo uso de la facultad mencionada, su presidente, el gran jurista, hoy desaparecido, Enrique Ruíz Vadillo, elevó al gobierno la propuesta de reforma de este delito indicando, entre otras reflexiones, la necesidad de contemplar en el tipo de violación el acceso carnal anal. En aquél momento, en 1989, estaba trabajando en el Ministerio de Justicia una Comisión de reforma, ya citada, en la que figurábamos algunos penalistas y de aquella importante sugerencia de nuestro más alto tribunal surgió la tipificación actual de este hecho criminal, en el sentido de concretarse en ampliar el sujeto pasivo a cualquier persona, hombre o mujer; recoger el verbo acceder, no el antiguo de yacer y extender la penetración carnal no únicamente a la vaginal, sino también a la anal y bucal y la de objetos o instrumentos a las dos primeras vías. La sustitución del bien jurídico protegido honestidad por libertad sexual, reclamada doctrinalmente, también de esta importante modificación trae causa.

En otras ocasiones, ha sido la propia interpretación jurisprudencial, entendida en este caso como laxa y contraria al espíritu del precepto penal, lo que ha motivado la reforma. Tomemos como ejemplo el robo con armas. El texto hoy derogado contemplaba el “portar” tales instrumentos de peligro y se entendió así que el delincuente tenía que llevarlas preordenadamente al hecho criminal, es decir con anterioridad a la acción traerlas físicamente consigo, o sea que las cogidas en el lugar de autos, como la pistola al guarda jurado en el atraco al banco o el cuchillo en la cocina de la casa para intimidar a la propietaria, no integraban la cualificante pues no se traían previamente por el reo. El texto vigente ha sustituido el verbo origen del conflicto por “usar” dichas armas (art. 242.3 CP), independientemente pues de que se lleven desde un primer instante o dónde se tomen en otro momento de la acción, no bastando con meramente exhibirlas, lo que parece más adecuado con la dicción de propio precepto.

Lo que he denominado el “emotivismo” es mal consejero para el legislador penal. La sucesión de hechos criminales graves, como los acontecidos en nuestro país teniendo como víctimas a niños o jóvenes, desencadenó una campaña a favor de la prisión perpetua para determinados y, sin duda, execrables crímenes. El Proyecto de Código penal ahora en marcha ha incluido esta institución, llamándola cadena perpetua revisable, una contradicción en sus propios términos, en el texto articulado con vocación de futura vigencia, aunque la privación de libertad de estas características no se responde con nuestra historia ni, en líneas generales, con nuestro compromiso constitucional y penitenciario donde figura la expresa y nominativa resocialización y reinserción del condenado. De ahí que la doctrina

mayoritaria la rechace con sólidos argumentos²⁰. En otra índole de hechos, los reiterados atracos a joyerías han originado la protesta permanente del gremio y han hecho plantearse siempre al legislativo el aumento de penas para estos autores.

De esta forma de legislar es difícil evadirse o salvarse. Pareciera que toda la opinión pública se manifiesta al unísono en lo que respecta al endurecimiento desmesurado del castigo. Ello no es necesariamente así. Legislar es pensar con serenidad en el futuro, no precipitadamente atenerse el candente presente. Si así se hubiera siempre actuado no se habría avanzado en el terreno penal. Otra cosa es que se dejen prácticamente impunes conductas que se rechazan frontalmente por la sociedad, lo que nunca acontece. Ejemplo de lo dicho y de una respuesta severa es lo que sucede con el terrorismo. Aquí Estado y Sociedad confluyen en la necesidad de la persecución indeseable y en la dura sanción. Pero esto no ha querido decir que, junto al rigor merecido y extremo, tanto en el aspecto penal, procesal y penitenciario, no se hayan adoptado figuras como los “arrepentidos”, importados del derecho italiano, que pueden verse beneficiados con rebajas de condena si los reos colaboran activamente con las autoridades. Dos principios elementales pues, el de represión y el de contención, se unen en este importante asunto, ambos han ser compaginados y así por un lado, otorgan autoridad moral al Estado al castigar y por el otro, limitan la satisfacción vengativa de la sociedad, imposible de evitar en estos supuestos.

Nuestro ordenamiento jurídico no vive aislado del mundo. El círculo cultural en que nos movemos determina unas reglas comunes y similares, concordantes en definitiva; por eso, el legislador que se precie ha de tener en cuenta el conjunto de disposiciones que se dan en países cercanos para tomar de ellas la referencia actual, sin que tal proceso desemboque en un total mimetismo que a nada conduce, pues cada entidad nacional tiene sus características diferentes, su tradición legal y su concepción directa de la realidad social donde se desarrollan. Por eso, y solo por eso, yo pude decir, hace tiempo y en un primer momento de relativa unificación, que no había nada menos comunitario que el Derecho penal.

En el citado campo del terrorismo algunos modelos comparados han marcado su impronta. Acabo de mencionar el tema de los “pentiti”, dado a conocer fundamentalmente por Laudi²¹ de determinados miembros de las organizaciones

²⁰ Por todos, *vid.* Cuerda Riezu: “La cadena perpetua y las penas muy largas de prisión: por qué son inconstitucionales en España”. Atelier. Barcelona, 2011; Juanatey Dorado: Política criminal, reinserción y prisión permanente revisable”, en ADCP, 2012, págs. 127 y sigs.; Ríos Martín: “La prisión perpetua en España. Razones de su ilegitimidad ética y de su inconstitucionalidad”. Gakoa. San Sebastián, 2013; Fernández (D): “Prisión permanente revisable: la muerte civil de los condenados”, en *revista.unir.net*, de 20 de febrero de 2014; el mismo: “una propuesta revisable: la prisión permanente”, en *La Ley Penal*, de 24 de marzo de 2014 (versión on line) y Fernández García: “Las Penas Privativas de Libertad en la Reforma Gallardón: especial referencia a la prisión permanente revisable”, en Pérez Cepeda (*Dir.*): “El Proyecto de Reforma del Código penal de 2013, a debate”. Ratio Legis. Salamanca, 2014, págs. 49 y sigs.

²¹ *Vid.* Laudi: “I casi di non punibilità dei terroristi pentiti”. Appendice di G. Conso. Giuffrè. Milano, 1983.

terroristas, de clara traslación positiva a nuestras leyes (art. 579.4 CP), entendida como una expresa solución de política criminal inserta en este fenómeno delincencial. Lo mismo efectuamos con la supresión del tribunal del jurado (art. 1.3 *in fine*, LO 5/1995) para estos hechos criminales, tal y como anticipó Irlanda del Norte o la ampliación excepcional de los plazos de detención gubernativa para los sospechosos policialmente de estas conductas, manteniéndose en España los 5 días (art. 520 bis. LECRIM), en vez de las 72 horas máximo, cifra equivalente con el resto de cuantos países mantienen esta especialidad procesal. Este endurecimiento es pues europeo, acorde con la proliferación del fenómeno terrorista que a la mayoría de los países alcanzó y que había que combatir con las armas del Estado de Derecho aún las más enérgicas.

En la materia penitenciaria el estudio de la legislación comparada fue una constante en el trámite de elaboración de la norma orgánica correspondiente. Recuerdo el análisis de las leyes del ramo sueca, italiana o alemana, todas de mediados de los años setenta, con sus correspondientes reglamentos, o los antecedentes de determinadas y valiosas instituciones al respecto, desconocidas en nuestro ordenamiento positivo. Sin embargo, no fue una imitación. El sistema carcelario español era tan rico que podía haber bastado con la adecuación de su magnífica historia, excepto la derivada del franquismo. Pero no se sostenía que en una nueva ley penitenciaria no se tuvieran en cuenta los avances de los regímenes comparados. De ahí, el trabajo recopilador y de adaptación, en su caso, de cuanto aprovechable había. Significativo resultó la figura del juez de vigilancia y su trasplante a nuestra norma, incluyendo sus facultades en el texto articulado (arts. 76 y sigs. LOGP). Lejana su irrupción en Brasil y contemplado más recientemente en Francia, Italia o Portugal, por citar a las naciones más cercanas, la asunción de competencias regimentales y de tratamiento por este órgano jurisdiccional, más extensas en nuestra norma que en las extranjeras, supuso uno de los mayores logros y avances de la disposición del ramo, sustrayendo a la Administración materias tan determinantes como muchos de los contenidos de las anteriormente citadas, los recursos a los que tenía derecho el interno o el control del aislamiento celular entre las funciones más afamadas.

En muchas de las veces la Ley penitenciaria ha ido más allá de lo socialmente previsto con ocasión de su confección y debate a la vista de la legislación extranjera. Me estoy ahora refiriendo al tema de abordar y dar solución legal a la sexualidad en los centros carcelarios. En determinados países latinoamericanos se había ya legislado sobre las comunicaciones íntimas. La forma de llevarlas a cabo no podía ser satisfactoria, pues se consumaba el encuentro en la propia celda del interno prácticamente a la vista del resto de la población reclusa. Otras fórmulas, como la del estado de Mississippi, de la que nos dio cuenta Hopper²² en locales anejos era una solución posible, más respetuosa y, desde luego, más cara. Nuestra Ley

²² Vd. Hopper: "Conjugal Visiting at the Mississippi State Penitentiary", en *Federal Probation*, June, 1965, págs. 39 y sigs.

finalmente se decantó por la sala independiente habilitada al efecto, dentro del mismo establecimiento.

Cuando se introdujo tal relación íntima en la legislación española, pensé, hace treinta y seis años, en la clásica y gran frase de Taft²³ cuando decía que hoy se niega al preso lo que hace siglos se concedía al esclavo: la normalidad en las relaciones sexuales. Un atisbo de prisiones mixtas (art. 16a LOGP) y, desde luego, la regulación de la visita conyugal, en el apartado de comunicaciones autorizadas a los internos (art. 53 LOPG), fue un indiscutible avance. De nuevo la impronta del legislador marcó el camino de las reformas desbrozando el itinerario del mismo. La aceptación social de los logros se ha ido configurando paso a paso y, a día de hoy, éste como tantas otras conquistas, no provocan especial asombro ni mayoritario rechazo.

Aquí termino. Es evidente que restan otras apreciaciones en toda tarea legislativa que no he podido tener en cuenta. Ya he dicho al comienzo de estas líneas que eran un mero apunte, unas selectas notas que no conducían al todo. Pero su referencia creo que son una breve aportación, una útil guía, de cómo ha de abordarse la impresionante peripecia de trasladar en los textos positivos la realidad de la vida. Cuando tal se logra, la ley se corresponde con el momento en que rige y cuando la plasmación de aquel contexto se muestra anticuado y superado por la circunstancia circundante, ha de volver a procederse a la pertinente reforma o actualización de los textos en un penelopiano tejer y destejer o a una nueva construcción, en su práctica totalidad, del sistema. En ello ha de consistir la difícil manera de legislar.

²³ Cfr. Taft: "*Criminology*". New York, 1953, pág. 513.

