La contrarreforma penal de 1995*

Enrique GIMBERNAT ORDEIG

I

La Constitución Española de 1978 (CE), por lo que se refiere a "derechos fundamentales y libertades públicas", es posiblemente la más progresista del mundo. Ello obedece, por una parte, al contexto histórico en el que nace, y, por otra, a las circunstancias específicas de las personas que de manera determinante influyeron en su redacción.

En el año 1978 la ideología de izquierdas se hallaba en plena pujanza, con referentes socialistas internacionales como, por ejemplo, Olof Palme, que había dado asilo en su país a los desertores norteamericanos de la guerra del Vietnam, o Willy Brandt, practicando, en contra de la voluntad de los EE.UU., una "Ostpolitik" con la que se había iniciado el deshielo de la Guerra Fría. Dentro de este clima ideológico europeo —que en España ofrecía, además, la particularidad de contar con una izquierda especialmente prestigiada, porque sus militantes eran quienes con mayores sacrificios habían luchado contra la dictadura, dejando tras de sí un rastro de muertos, de torturados y de presos—, los programas de los partidos progresistas (PSOE, PCE, PSP) eran prácticamente intercambiables, tanto en política exterior (pacifismo, neutralismo, oposición a los bloques militares y a la OTAN) como interior (defensa a ultranza de los derechos humanos, abolicionismo —sin excepciones para la jurisdicción militar—, proabortismo, rechazo de cualquier clase de tortura y del terrorismo de Estado, y, en general y en resumen, "humanitarismo"). Todo eso se defendía sin complejos por los partidos de izquierda: los complejos se localizaban, más bien, en la entonces gobernante Unión de Centro Democrático, una formación heterogénea, a la que pertenecían también políticos democratacristianos, socialdemócratas y liberales que habían ejercido una oposición moderada durante la dictadura, y donde los líderes que habían desempeñado cargos públicos en el franquismo trataban de hacer olvidar su pasado poniéndose a la cabeza de las reformas democráticas.

En este contexto histórico los parlamentarios que marcan las pautas —y las imponen— en la redacción de lo que después sería el vigente Capítulo Segundo del Título I de la Constitución son aquéllos que antes habían sido abogados ante el Tribunal de Orden Público —es decir: que tenían experiencia de cómo *no* debía funcionar la Administración de Justicia en una democracia—, y que consiguieron establecer un arsenal de garantías para desplazar del Ejecutivo al Judicial —y a un Judicial independiente de aquél— cualquier intervención que afectara mínimamente a los derechos fundamentales, a cuyo efecto recogieron de cada uno de los ordenamientos democráticos extranjeros, *cumulativamente*, las instituciones más progresistas, insistiendo en que todo ello se hiciera, además, a nivel constitucional, cuando en otros Estados de Derecho muchas veces sólo se reconocen —cuando se reconocen— por la legislación ordinaria.

Y así, como instituciones del Derecho anglosajón desconocidas en muchos países de la Europa continental, el artículo 17.4 CE introduce el procedimiento *judicial* del "habeas corpus", y la exigencia de que, ya desde las diligencias policiales —y tal como sucede también en EE.UU.—, el detenido sea asistido por un abogado; en cambio, adoptando aquí la regulación europea y separándose de la norteamericana, se reconoce al imputado no sólo el derecho a no declarar, sino también el de mentir (art. 24.2 CE), mientras que en EE.UU. únicamente se le respeta el primero de esos derechos, porque si decide hablar, y falta a la verdad, entonces se le coloca al nivel de cualquier testigo y responde por un delito de falso testimonio.

Que se exija autorización *judicial* para entrar en un domicilio (art. 18.2 CE), para intervenir las conversaciones telefónicas (art. 18.3 CE) o que sólo puedan ser objeto de detención policial los delincuentes sospechosos (art. 17.1.2 y 3.) no son, ni mucho menos, principios indiscutibles en otros Estados de Derecho, donde, especialmente para luchar contra la criminalidad organizada y contra el espionaje, la policía y los servicios secretos disponen de facultades más amplias que en España.

II

En el campo del Derecho penal las ideas progresistas que habían informado la transición española desde sus inicios hasta aproximadamente mediados de los ochenta encuentran su plasmación legislativa en dos textos que, contemplados ahora con una perspectiva histórica, bien pueden calificarse de revolucionarios: la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (LOGP), y la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal.

Con el primer texto legal se introducen en nuestro ordenamiento como novedades hasta entonces desconocidas en España, y que —al menos en parte— siguen siendo desconocidas, también y todavía, en el Derecho penitenciario de muchos países democráticos, y entre otras, los permisos de salida, el régimen abierto, las llamadas visitas íntimas en las que se pueden practicar relaciones sexuales dentro o al margen del matrimonio, la supresión —como regla— de la censura de correspondencia y de prensa, y la institu-

* El presente artículo está destinado al "Libro en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz".

ción del juez de vigilancia penitenciaria, atribuyéndose así al Poder Judicial multitud de competencias que antes estaban reservadas a la Administración.

Por otra parte, y en segundo lugar, y por lo que se refiere al Derecho penal material, la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, supone la reforma más profunda y extensa que había experimentado nuestro Código Penal en su casi siglo y medio de vigencia, por lo que bien se podría haber hablado, en su día, de un CP 1983, caracterizado, además de por las indiscutidas e indiscutibles mejoras técnicas que introdujo, por una "atenuación generalizada de las penas privativas de libertad" y por una tendencia "descriminalizadora"[1]. La entrada en vigor de ese Código trajo consigo la puesta en libertad de miles y miles de presos y penados, y a pesar de la virulenta campaña contra ese *nuevo* texto legal desatada por los partidos de derecha y por los sectores conservadores de la sociedad, que proclamaban que el problema de la llamada "inseguridad ciudadana" se había convertido en una de las principales preocupaciones —sino en la principal— de España, el Gobierno socialista resistió la presión de esa amplia parte de la opinión pública y, en un principio, mantuvo inalterado el "CP 1983".

III

Con la entrada en la segunda mitad de los años ochenta se inicia un movimiento de reacción generalizado contra las conquistas progresistas de la transición, que, en relación con el orden constitucional, y a pesar de las dificultades casi insuperables de reformar el Capítulo de "los derechos fundamentales y las libertades públicas", porque en España esas garantías están aseguradas de una manera prácticamente inamovible y definitiva (v. art. 168 CE), no obstante se tratan de socavar, intentando el Ejecutivo arañar al Poder Judicial las competencias que la CE atribuye a éste. Pero hasta ahora, afortunadamente, con poco éxito. La Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana sólo en escasa medida consiguió legalizar la detención gubernativa, y a los solos "efectos de identificación", de personas no sospechosas de haber cometido algún delito, y fracasó en su propósito —declarado inconstitucional por el TC— de permitir a la policía el allanamiento de domicilios sin mandamiento judicial[2].

Y por lo que se refiere a las intervenciones telefónicas, y con motivo de las que el Cesid efectuó en la sede de HB, y que salieron a la luz en abril de 1998, el actual Gobierno del Partido Popular (PP) ha filtrado supuestos Proyectos que habilitarían a un juez *ad hoc* para autorizar escuchas a los servicios secretos[3] Pero ello sería inconstitucional. Porque si lo que quieren los agentes de espionaje es que se les permitan las escuchas *cuando están investigando una actividad delictiva,* entonces esa autorización se la puede conceder, sin necesidad de modificación legal alguna, el juez de instrucción competente. Pero si lo que pretenden es entrometerse en las conversaciones privadas de ciudadanos no delincuentes, con el único propósito de obtener información, entonces no hay juez *ad hoc* que pueda legitimar tales escuchas telefónicas, puesto que de una interpretación histórica y sistemática del artículo 18.3 CE se deduce que la "resolución judicial" de la que habla ese precepto no es un requisito meramente *formal* que se cumple con tal de que esté autorizada por un juez, sino que encierra la exigencia *de fondo* de que la firme precisamente esa autoridad porque la policía o los servicios secretos han podido justificar ante ella que necesitan interceptar un teléfono *para esclarecer o impedir la comisión de algún delito.*

IV

La contrarreforma —que, por lo que se refiere a la Constitución y como hemos visto, se manifiesta como una tarea prácticamente imposible, por su carácter jurídicamente "rígido"— se aborda, en cambio, con fortuna en el Derecho penal material, donde con el pretexto de que se trata de un texto legal "anticuado" —reproche que no se podía dirigir contra la LOGP, y que, así, se salva de la quema dado que había sido aprobada sólo pocos años antes—, el CP hasta entonces vigente —y con él, y consiguientemente, también las masivas reformas progresistas introducidas en 1983 de descriminalización y de reducción, esto es: de humanización, de las penas privativas de libertad— es sustituido por el CP 1995, en el que lo más criticable no son sus numerosos defectos técnicos, estilísticos y gramaticales —la caza de éstos se ha convertido ahora en el deporte favorito de la ciencia y de la jurisprudencia españolas—, entre otras razones porque se trata de insuficiencias *reversibles* que, posiblemente, serían corregidas en una eventual futura reforma del texto legal: lo dramático —porque ello, como se expondrá más adelante, *ya no tiene vuelta atrás*— del nuevo Código es el endurecimiento de las penas y la metastásica ampliación del catálogo punitivo con nuevos delitos.

Ciertamente que la rápida discusión parlamentaria del Proyecto de Código[4] hizo que, en un primer momento, pasara casi desapercibida la que, por encima de cualquier otra, puede calificarse ya de la más importante —y, al mismo tiempo, de la más funesta— de sus innovaciones: su —en extensión y en profundidad— carácter represivo. Pero, con el transcurso del tiempo, se van oyendo cada vez más voces de teóricos (así, por ejemplo, *Gimbernat*[5],

[1] Gimbernat, 1983, II 2. y 4.

[2] Sobre todo ello cfr. Gimbernat, *Ensayos penales,* 1999, págs. 141 ss.

[3] Sobre lo que viene a continuación cfr., mas ampliamente, Gimbernat, "El Mundo", 15 de junio de 1999, págs. 16/17.

[4] Una comisión de siete magistrados de la jurisdicción penal (Juzgados de Instrucción, de lo Penal, Audiencias Provinciales y Nacional), designada por el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), para analizar la aplicación del CP 1995 en sus dos primeros años de vigencia, critica en su "Informe" que el Código tuviera "que «salir» como [fuera] en plazos perentorios y como fruto de una decisión política" (dicho "Informe" se reproduce parcialmente en el diario "ABC" de 12 de abril de 1999, pág. 22, y ha sido aprobado posteriormente, por unanimidad, por el Pleno del CGPJ —v. "El País", 12 y 13 de julio de 1999—).

[5] Cfr. 1996, II.1.: "El CP 95 no ha tenido inconveniente en establecer estas sanciones aniquiladoras de la personalidad y

Navarro[6], Muñagorri[7], Quintero[8], Arroyo[9] y Silva[10]) y de prácticos (así, por ejemplo, Sáez Valcárcel[11] y la ya mencionada comisión de siete magistrados designada por el CGPJ[12]) que reconocen y/o denuncian el "maximalismo" y el "expansionismo" del CP 1995.

V

Tras la primera reacción conservadora contra el CP 1983, las voces de protesta se habían ido acallando, y en 1994/1995 España estaba demostrando que la vida social podía transcurrir de una manera razonablemente ordenada con una ley penal de una benignidad que buscaba su paralelo en el Derecho comparado, y en la que, entre otras cosas, la sanción más grave que conocía era de sólo quince años de privación de libertad[13].

Ciertamente que —como ya se ha indicado— los vientos hacía tiempo que habían empezado a soplar en la dirección contraria[14], pero, con una modificación tan reciente y extensa como la que había experimentado el CP en 1983, la tendencia al endurecimiento *sólo* se podía traducir en retoques *aislados*, como los introducidos por la Ley Orgánica 1/1998, de 24 de marzo, de reforma del Código Penal en materia de tráfico ilegal de drogas[15].

Por qué en un país con un Gobierno de —al menos, nominalmente— de izquierdas, que, además no se veía acosado por una especial presión (y si existía algún conato, éste era, por lo demás, perfectamente resistible) de la opinión pública con llamadas a la "ley

---

frente al CP 73, en el que una pena de prisión difícilmente podía exceder de quince años de cumplimiento real, no *solo endurece, de forma generalizada*, las penas privativas de libertad hasta ahora efectivamente aplicables, sino que introduce sanciones de hasta treinta años de duración *efectiva* (arts. 78 y 572 2 CP 95), que sólo pueden encontrar un paralelo, por su brutalidad, en la cadena perpetua de los Códigos españoles del siglo pasado, y que deben ser rechazadas no sólo desde los principios de una política criminal minimamente progresista y acorde con la Constitución, sino simplemente sobre la base de la más elemental humanidad"; IV: "incremento descontrolado de nuevas figuras delictivas [e] ... insoportable rigor punitivo".

[6] V. 1997, págs. 232 (" ... en la inmensa mayoría de los casos resulta mucho más beneficiosa la anterior normativa penal"), 233 (" ... rigor punitivo exorbitante de nuestro Código Penal ...)", 241 ("... extrema dureza con que el nuevo Código Penal castiga los diferentes comportamientos delictivos...").

[7] V. EPC XXI (1998), pág 217: ". la cuestión que cabe plantear es por qué a finales de este siglo la pena de prisión real puede ser más larga y, por ello, contener mayor dureza que en momentos inmediatamente anteriores ... Por ello que podamos seguir preguntándonos por qué regulaciones penales y penitenciarias anteriores, incluso de momentos dictatoriales, permitían un «quantum» de prisión, de privación de libertad y con ello de sufrimiento personal institucionalmente definido y administrado, menor que el que permite el nuevo Código Penal del final del milenio".

[8] V. Otrosí, diciembre de 1998, pág. 13: "No es desdeñable lo que ya por todos se reconoce como dureza superior del actual Código Penal en relación con el antiguo".

[9] V. RPCP (núms. 7-8) 1999, pág. 18: "Aunque nominalmente las penas del nuevo Código son inferiores a las del antiguo, lo cierto es que, de hecho, la supresión de la denominada redención de penas por el trabajo, institución que reducía automáticamente todas las penas, ha traído consigo un notable endurecimiento punitivo. Prueba de ello es que en la mayoría de los procesos penales por hechos cometidos durante la vigencia del Código derogado rara vez encuentra aplicación, como ley penal más favorable, el nuevo. En bastantes supuestos además es posible llegar a penas privativas de libertad de hasta veinticinco o incluso treinta años. Lo que sin duda no se corresponde con las tendencias politicocriminales más humanitarias y razonables, y más acorde con la interdicción constitucional de penas inhumanas y degradantes, que estiman en torno a quince o diez años, incluso, el tiempo máximo de duración de la pena de prisión".

[10] Cfr. RPCP (nums. 7-8) 1999, pág. 272: "... resulta que los jueces y tribunales, a la hora de decidir sobre la posible aplicación retroactiva del nuevo Código como «ley mas favorable» concluyen —en la práctica totalidad de los casos— que las penas del mismo son más severas"; La expansión, 1999, págs. 18/19: "Tal «expansión» es, por cierto, una característica innegable del Código Penal español de 1995 y la valoracion positiva que importantes sectores doctrinales han realizado del mismo pone de relieve como la tópica «huida (selectiva) al Derecho penal» no es sólo cuestión de legisladores superficiales y frívolos, sino que empieza a tener una cobertura ideológica de la que hasta hace poco se carecía ... En realidad, sin embargo, lo evidente era la acogida de «nuevas formas de delincuencia» y la agravación general de las penas imponibles a delitos ya existentes (sobre todo, socioeconómicos); en cambio, las trascendencia de la eliminación de ciertas figuras delictivas resulta prácticamente insignificante".

[11] Cfr. JpD 26 (julio/1996), pág. 3: "Hay numerosos tipos penales absurdos, multitud de prohibiciones que carecen de sentido en una sociedad que dice progresar hacia una democracia avanzada ... Más bien, parece la expresión política de un sistema de democracia autoritaria ... Esta ley, con sus 639 artículos, es una apuesta criminalizadora. Por tres razones: a) Las penas son muy elevadas. b) El sistema sigue descansando sobre la prisión, cuya centralidad es reveladora, sin que se hayan buscado verdaderas alternativas. c) Son más, muchas más, las nuevas conductas que se prohíben que las viejas que se despenalizan ... El recurso generalizado a la sanción penal, en la actual situación de crisis del sistema político, expresa una opción maximalista incompatible con un proyecto garantista"; pág. 7: "En definitiva, no se han puesto las bases para que se produzca un cambio cultural en el derecho del Estado al castigo de los delitos, sino que se han afirmado las corrientes involucionistas alejándonos de los principios liberales de restricción del poder punitivo y de tolerancia de los conflictos, que propugnan el desarrollo de políticas más civilizadas de carácter social y asistencial o de apoyo al funcionamiento correcto de los controles del poder, internos y externos. Esta norma es expresión de la crisis del Estado social y democrático de Derecho y del desconcierto de las estrategias progresistas".

[12] Cfr. supra nota 4. En su "Informe" la comisión señala que "la eliminación de la redención de condena por el trabajo supone un endurecimiento relativo de las penas en un tercio de su duración, sin que ese endurecimiento se haya visto acompañado siempre de una correlativa disminución de las penas ... Además, para acabar con las penas cortas privativas de libertad en muchos casos se optó por hacerlas más largas. Así ocurre con las amenazas no condicionales, el allanamiento de morada o el hurto, castigados antes con arresto y ahora con prisión de seis meses en adelante"

[13] Las circunstancias de la transición española explican también que España fuera de los escasos países donde entre sus sanciones no figuraba ni la pena de muerte ni la de cadena perpetua, pues esta ultima se introduce muchas veces en los Códigos Penales como consecuencia de una reforma abolicionista *puntual* en la que los delitos castigados hasta entonces con la pena capital pasan a ser reprimidos con la reclusión de por vida. En España, en cambio, el abolicionismo no es consecuencia de una modificación específicamente penal, sino que se hace a nivel constitucional (art. 15 CE), lo que trae consigo que las penas de reclusión mayor a muerte del CP hasta entonces vigente pasen a convertirse *automáticamente* en otras de reclusión mayor sin más, que tenía (cfr. supra nota 5) una duración *efectiva* de sólo quince años. El CP 1995 (cfr., otra vez, supra nota 5), en cambio, eleva ahora de quince a treinta años de privación de libertad *real* su pena más severa.

[14] Sobre la tensión dialéctica entre "maximalismo" e "intervención mínima", entre "expansionismo" y "descriminalización", con una —en sólo 127 páginas— insuperable exposición de las causas, del diagnóstico y del pronóstico de lo que ha sido, de lo que es, y de lo que previsiblemente será, respectivamente, el reciente pasado, el presente y el futuro del Derecho penal, cfr. Silva, *La expansión*, 1999, un libro —a veces la precisión únicamente se puede expresar con frases hechas— "de obligada lectura".

[15] Aunque parezca mentira, las penas de 1988 para estos delitos han sido agravadas aún más en el CP 1995 —hasta un grado que, si tenemos en cuenta que la pena del homicidio va de diez a quince años, sólo puede ser calificado de "salvaje"—, donde, como se denuncia por la comisión designada por el CGPJ (v. supra nota 4) se castiga "con prisión de hasta trece años y medio a los «correos» de droga que transportan pequeñas cantidades, muchas veces en su propio cuerpo", y donde "vender una sola papelina de cocaína o heroína o una pastilla de éxtasis está penado con hasta nueve años de cárcel"

y al orden", aquél decide, no obstante, acometer la redacción de un nuevo Código Penal mucho más represivo que el hasta entonces vigente, es una pregunta que tiene muchas respuestas: ideológicas y culturales, unas, y reconducibles a "factores humanos", otras. Pero, en cualquier caso, la consecuencia del nuevo texto es que el "endurecimiento" y el "expansionismo" dejan de ser manifestaciones esporádicas, que sólo afectaban a delitos o a grupos de delitos aislados, para apoderase de *todo* el Derecho penal: consecuencia que, además y con una meteórica tramitación parlamentaria, se trata de encubrir apelando al "slogan" *formal* del "Código Penal de la democracia" y no explicitando en *qué* iba a consistir *materialmente* ese Código.

Es posible que en el futuro se afronte una reforma del CP 1995. Pero, en ese caso, ésta se limitaría a modificaciones "técnicas", permaneciendo inalterados el interminable catálogo de delitos y el "quantum" de las sanciones previstas para ellos en el nuevo Código: la derecha no va a afrontar una "rebaja" de las penas que estaría en contradicción con su ideología, y la izquierda —que es precisamente quien ha generado el problema— difícilmente puede desdecirse de lo que acaba de aprobar[16]: con los tiempos que corren no hay partido que pueda emprender electoralísticamente una política de atenuación *generalizada* de un CP que hace sólo cuatro años ni siquiera existía ni maldita la falta que hacía que existiera. ¡Menudo "Código Penal de la democracia"!

BIBLIOGRAFIA

Arroyo, Prólogo a la Edición Especial "El Código Penal de la Democracia", Revista Peruana de Ciencias Penales (RPCP), año IV (nums 7-8), 1999, págs 15-23.

Gimbernat, Prólogo a la 1ª ed. (1983) del Código Penal [de 1973], vol. 11 de la Biblioteca de Textos Legales de Editorial Tecnos (este "Prólogo" se mantuvo en todas las ediciones posteriores de la obra).

Gimbernat, Prólogo a la 2ª ed. (1996) del Código Penal [de 1995], texto preparado por Gimbernat con la colaboración de Mestre, vol. 193 de la Biblioteca de Textos Legales de Editorial Tecnos (este "Prologo" de mantiene en las sucesivas ediciones de la obra).

Gimbernat, *Ensayos Penales*, 1999

Gimbernat, *Escuchas telefónicas y reforma del Cesid*, "El Mundo", 15 de junio de 1999, págs. 16/17.

Muñagorri, *Reflexiones sobre la pena de prisión en el nuevo Código Penal de 1995: polifuncionalidad e incremento regresivo de la complejidad penal*, EPC XXI (1998), págs. 209-238

Navarro, *La reducción de beneficios penitenciarios en la legislación vigente*, en Cid/Larrauri, Penas alternativas a la prisión, 1997, págs 225-250.

Quintero, *La Constitución y el Código Penal*, Otrosí, diciembre de 1998, págs. 12-13.

Sáez Valcárcel, *El nuevo Código: maximalismo penal*, "Jueces para la Democracia", 26 (julio/1996), págs. 3-7.

Silva, *Malos tiempos para la codificación penal en Europa. A propósito del Nuevo Código Penal español*, Revista Peruana de Ciencias Penales (RPCP), año IV (núms. 7-8), 1999, págs 271-281.

Silva, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid 1999.

NO HAY DERECHO.

A que la dignidad del hombre y sus ideales de paz, libertad y justicia social sean avasallados en ningún lugar del mundo.

Si crees en los Derechos Humanos, lucha por ellos.

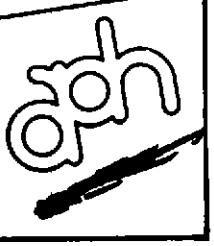
Nombre:

Dirección:

Ciudad:

C. Postal:

Solicita información a la
Asociación Pro Derechos Humanos de España
José Ortega y Gasset, 77, 2º - 28006 Madrid.



[16] Tengo mis dudas de que Izquierda Unida —o, al menos, la mayor parte de sus parlamentarios— tuviera conciencia de que clase de Código Penal estaba aprobando con sus votos: cfr Gimbernat, 1996, II.6.