

UN DERECHO PENAL DE ENEMIGOS PARA LOS INTEGRANTES DE ORGANIZACIONES CRIMINALES. LA LEY ORGÁNICA 7/2003, DE 30 DE JUNIO, DE MEDIDAS DE REFORMA PARA EL CUMPLIMIENTO ÍNTEGRO Y EFECTIVO DE LAS PENAS

Patricia Faraldo Cabana
Profesora titular de Derecho penal
Universidad de A Coruña

I. DETERMINACIONES PREVIAS

El día 2 de julio de 2003 entró en vigor la Ley Orgánica (en adelante LO) 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado (en adelante BOE). Su confesado propósito, según la Exposición de Motivos, es "perfeccionar el ordenamiento jurídico con el fin de concretar la forma del cumplimiento de las penas para conseguir que se lleve a cabo de manera íntegra y efectiva y, en consecuencia, dar mayor protagonismo al principio de seguridad jurídica en esta materia, siempre desde el escrupuloso respecto a los principios contenidos en el artículo 25 de la Constitución. Pero además de asegurar este derecho, la ley persigue un claro objetivo, conforme con su propia naturaleza penal: el de lograr una lucha más efectiva contra la criminalidad". En este trabajo analizaré qué medios se han dispuesto para lograr una mayor eficacia en esa lucha contra la criminalidad, centrada en "las formas de delincuencia más graves, en concreto, los delitos de terrorismo, los procedentes del crimen organizado y los que revisten una gran peligrosidad". Estos medios son, fundamentalmente, la modificación del límite máximo absoluto de cumplimiento de las penas privativas de libertad en el concurso real de delitos, que pasa de treinta a cuarenta años, y la creación de obstáculos para que determinados delincuentes accedan al tercer grado y a la libertad condicional, lo que puede suponer que esos cuarenta años lo sean de cumplimiento efectivo, esto es, sin permisos y sin acceso al tercer grado ni a la libertad condicional. Y, como veremos, para llegar a este objetivo lo que se ha hecho es debilitar los principios de seguridad jurídica y de igualdad.

La presencia activa de una organización terrorista en nuestro país ha llevado a que, desde hace años, se sitúe en el centro de la discusión político-criminal la cuestión acerca de cuáles son las medidas penales más efectivas para hacerle frente. De hecho, ésta no es la primera reforma que experimenta el Código penal de 1995 en materia de delitos de terrorismo. Por un lado, la LO 2/1998, de 15 de junio (BOE de 16 de junio), por la que se modifican el Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, alteró los arts. 170 y 514 CP así como el art. 790.1 LECrim con el fin, según su Exposición de Motivos, de proporcionar instrumentos más claros y efectivos para defender los derechos y libertades de los ciudadanos frente a la violencia callejera entendida como nueva forma de terrorismo. Por otro lado, la LO 7/2000, de 22 de diciembre (BOE de 23 de diciembre), de modificación de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y de la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad

Penal de los Menores, en relación con los delitos de terrorismo, modificó los arts. 40, 266, 346, 351, 504, 505, 577, 578 y 579 CP, señalando la Exposición de Motivos que "los poderes públicos tienen que afrontar que los comportamientos terroristas evolucionan y buscan evadir la aplicación de las normas aprovechando los resquicios y las complejidades interpretativas de las mismas. Tanto más si se considera que, cuanto más avanza la sociedad ganando espacios de libertad frente al terror, más numerosas y variadas son las actuaciones terroristas que tratan de evitar, atemorizando directamente a cada ciudadano o, en su conjunto, a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional, que se desarrolle con normalidad la convivencia democrática y que la propia sociedad se fortalezca e imponga dicha convivencia, erradicando las graves e ilegítimas conductas que la perturban". Ya me he pronunciado en su momento acerca de la utilización simbólica del Derecho penal en estos cambios legislativos, por lo que no incidiré de nuevo en el tema¹. Sí me parece necesario subrayar que al hilo de estas reformas en materia de terrorismo, que en España suscitan un apoyo mayoritario entre la opinión pública y los partidos políticos de implantación nacional, tanto los proyectos de modificación de la legislación procesal y penal actualmente en tramitación, como las reformas procesales y penales ya en vigor² y la reforma penal que es objeto de este comentario

¹Vid. DÍAZ PITA, M. M./ FARALDO CABANA, P., "La utilización simbólica del Derecho penal en las reformas del Código penal de 1995", *RdPP* núm.7, 2002-1, pp. 119 ss. Efectúa un interesante estudio crítico de esta reforma RAMOS VÁZQUEZ, J. A., "Terrorismo e intervención penal: la LO 7/2000 y los límites del ius puniendi", *Revista de Ciencias Penales* núm.4, 2001-2002, pp. 89 ss.

²Ofrece una detallada relación PORTILLA CONTRERAS, G., "La legislación de lucha contra las no-personas: represión legal del "enemigo" tras el atentado de 11 de septiembre de 2001", *Mientras tanto* núm.83, 2002, pp. 77-78, donde cita como hitos relevantes que "se han convertido los tipos actos preparatorios en tipos autónomos; se ha creado la figura del terrorista "individual" (LO 7/2000, de 22 de diciembre); se ha sancionado la libertad ideológica y la de expresión (LO 7/2000, de 22 de diciembre) e infringido, asimismo, la actual Ley General penitenciaria al imponer la dispersión de presos nacionalistas". En materia procesal, "se aprobaron Leyes Orgánicas que suprimieron garantías básicas de los detenidos y presos". Vid. en particular la LO 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional (BOE de 27 de octubre), comentada cuando se encontraba en fase de Proyecto en FARALDO CABANA, P., "El proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional", *AP* núm.25, 16 al 22 de junio de 2003, margs.635 ss. En Alemania son particularmente llamativas las normas elaboradas desde 1992 en materia de lucha contra la delincuencia organizada, caracterizadas por permitir cada vez mayores intromisiones en la libertad y la intimidad de los sospechosos: la Ley de lucha contra el tráfico ilegal de drogas y otras formas de aparición de la criminalidad organizada (OrgKG, *Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgift Handels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität*), de 17-7-1992 (BGBl. I p. 1302); la Ley contra el blanqueo de dinero (*Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten*), de 25-10-1993 (BGBl. I p. 1770); la Ley de lucha contra la delincuencia (*Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozessordnung und anderer Gesetze*), de 28-10-1994 (BGBl. I p. 3186); la Ley de lucha contra la corrupción (*Gesetz zur Bekämpfung der Korruption*), de 13-8-1997 (BGBl. I 2038); la Ley para la mejora de la lucha contra la criminalidad organizada (*Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität*), de 9-5-1998 (BGBl. I p. 845), entre otras. Legítima estos cambios LESCH, H., *Strafprozeßrecht*, Krißtel, Luchterhand, 1999, pp. 98 ss, 150 ss. Pone condiciones para aceptar su legitimidad, sin excluirla de principio, SCHNEIDER, H., "Bellum Justum gegen den Feind im Inneren? Über die Bedeutung der verfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien bei der "Bekämpfung" der Organisierten Kriminalität",

aprovechan para meter en el mismo saco del terrorismo la delincuencia organizada y los delitos graves, lo que pone de manifiesto la capacidad expansiva de esta legislación de excepción. También se ha de tener presente que la actual reforma se enmarca en la "guerra"³ contra el terrorismo emprendida por Occidente tras el ataque contra las Torres gemelas de Nueva York de 11 de septiembre de 2001, ataque que ha dado lugar a una reacción mayoritariamente de signo "*pro securitate*" y "*contra libertatem*" en el seno de los Estados y de las sociedades que se han sentido afectadas. En este marco no han faltado voces a favor de aplicar el derecho de guerra en la lucha contra el terrorismo, lo que no significa tanto "civilizar" el Derecho penal, como se quiere presentar interesadamente⁴, cuanto desinformalizarlo y despojarlo de garantías y principios que, se dice, dificultan el castigo de este tipo de criminalidad.

Y es que la disminución de las garantías del acusado en el proceso penal, la creación de nuevas figuras delictivas de márgenes poco precisos⁵ y la

ZStW 2001, pp. 511 ss.

³Sobre el empleo de este término y su significado último, vid. PRITTWITZ, C., "Krieg als Strafe-Strafrecht als Krieg?", en PRITTWITZ, C. y otros (Hrsg.), *Festschrift für Klaus Lüderssen*, Nomos, Baden-Baden, 2002, pp. 499 ss. En España pone de relieve MUÑAGORRI LAGUÍA, I., "Acerca de las reformas del 2003 al Código penal español", *NDP* 2003/A, p. 242, que "cualquier escenario de guerra en el que se define al enemigo, lleva a justificar la ruptura de las reglas de juego, de los límites", lo que se demuestra en la penetración de la excepcionalidad en el Derecho penal material y procesal, que "expande la noción del enemigo y al irle privando de garantías lo va definiendo como no-persona".

⁴En este sentido, cfr. SCHNEIDER, H., "Bellum Justum gegen den Feind im Inneren?", cit., pp. 499 ss.

⁵Tanto que en ocasiones rozan, si es que no vulneran, la libertad de expresión, como ocurre, por ej., con el segundo apartado que se ha añadido al art. 170 CP, en el que se sanciona el reclamo público de acciones violentas por parte de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, "y con el que se pretende cubrir un ámbito de impunidad detectado entre las amenazas (que no se aplican a las genéricas o de sujeto pasivo indeterminado) y la apología (que, en la concepción del Código Penal de 1995, sólo se castiga como forma de provocación a un delito específico), de inexcusable atención", según la Exposición de Motivos, que añade además que "una de las finalidades prioritarias de los violentos es la atemorización de la sociedad, para lo cual reiteran actos de desórdenes públicos, violencia callejera, intimidaciones y amenazas. Frente a la gran mayoría de estos actos, el Código Penal otorga a la sociedad protección suficiente, lo que no puede decirse respecto de algunos comportamientos genéricos de intimidación que se llevan a cabo mediante el anuncio o reclamo de actuación de grupos terroristas, intimidaciones que se sitúan técnicamente entre la amenaza y la apología, sin corresponderse estrictamente con ninguna de estas figuras delictivas". A pesar de estas palabras del legislador no debemos partir de la aceptación incondicionada de un ámbito injustificado de impunidad anterior a la reforma. Nos encontramos ante un tipo penal a caballo entre las amenazas y la apología, si bien más cerca de ésta que de aquéllas, con lo que se contagia de las críticas que cabe realizar frente a la apología desde un punto de vista garantista defensor de las libertades de expresión y de opinión. De este nuevo apartado del art. 170 CP ya se ha dicho que es ejemplo "de la tendencia de nuestro legislador, ya comentada en otros apartados, de huida hacia el derecho penal, lo cual redundará en la laminación de las exigencias propias del principio de conservación de las leyes penales máxime si estas son particularmente recientes como es el caso del Código Penal; por otra parte..., la ausencia de una línea político-criminal definida que evite el recurso a tipificaciones que obedecen más a exigencias estrictamente coyunturalistas que a una seria reflexión de cómo abordar el fenómeno terrorista, todo ello redundará

exasperación de los marcos punitivos de las infracciones ya presentes en el Código penal parecen ser notas distintivas del moderno Derecho penal y procesal penal en la lucha emprendida contra la delincuencia organizada en general, y contra el terrorismo como forma particularmente grave de actividad criminal organizada.

Simplificando una rica y matizada discusión, puede decirse que actualmente se utiliza el concepto de "moderno" Derecho penal en dos sentidos bien diversos. Por un lado, la Escuela de Francfort lo emplea en contraposición al concepto de Derecho penal "liberal" o "clásico", para referirse críticamente al reciente fenómeno de expansión del objeto del Derecho penal más allá de los límites que tradicionalmente han acompañado a la protección de los bienes jurídicos clásicos, y que lleva a la perversión del concepto de bien jurídico, que de ser un límite de los procesos de criminalización se habría convertido en su justificación, a la exacerbación de la idea de prevención, con el consiguiente adelantamiento en la intervención penal, y a la absolutización de la orientación a las consecuencias, que convierte al Derecho penal en mero instrumento de pedagogía social con el fin de sensibilizar a la ciudadanía respecto de ciertos temas⁶. Por otro lado, diversos autores reivindicaron el adjetivo "moderno" para un Derecho penal que, en consonancia con la evolución del Estado liberal de Derecho al Estado social y democrático de Derecho, ha cambiado su objeto de referencia, pues de prestar atención casi exclusiva a la delincuencia patrimonial de las clases bajas se ha pasado a la criminalización de las actividades ilícitas de las clases media y alta, interviniendo en sectores que tradicionalmente permanecieron al margen del Derecho penal liberal, además de hacer frente a nuevos riesgos que amenazan a bienes jurídicos supraindividuales o con nuevas formas de ataque a los tradicionales bienes jurídicos individuales. Estos autores critican con contundencia, y a mi juicio con razón, la identificación del modelo del

en una política criminal errática que en la mayoría de los casos incrementa más que resuelve problemas de notable calado". PRATS CANUT en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 3ª ed. Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 256-257.

⁶Cfr. HASSEMER, W./ MUÑOZ CONDE, F., "Viejo y nuevo Derecho penal", en HASSEMER, W./ MUÑOZ CONDE, F., *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 22 ss. Sobre la dialéctica de lo moderno, vid. HASSEMER, W., "Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts", *ZRP* 1992, pp. 378-379; del mismo autor, "Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno", *ADPCP* 1992, pp. 235 ss; del mismo autor, "Strafgerechtigkeit - Versuch über das wissenschaftliche Werk Arthur Kaufmanns", en HAFT, F., y otros (Hrsg.), *Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, C. F. Müller, Heidelberg, 1993, pp. 85 ss. Vid. un análisis crítico de la posición de HASSEMER en MÜSSIG, B., "Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema", *RDPCrim* núm.9, 2002, pp. 169 ss. En la doctrina española asumen esta terminología, entre otros, MENDOZA BUERGO, B., *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Civitas, Madrid, 2001, p. 67; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M. I., *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1999, p. 11, nota núm.1; de la misma autora, "La criminalización en el ámbito previo como tendencia político-criminal contemporánea", en QUINTERO OLIVARES, G./ MORALES PRATS, F. (coords.), *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 709 ss.

Derecho penal liberal propio de la Ilustración con lo clásico en el sentido definido y pretendido por HASSEMER, y en su discurso defienden la legitimidad de la expansión del Derecho penal sin flexibilización de ningún tipo de las reglas penales de imputación ni relativización de los principios político-criminales de garantía.

II. EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Las medidas penales y procesales antiterroristas y contra la delincuencia organizada y la grave que se están adoptando en España se enmarcan, como he indicado, en una tendencia ya consolidada en el seno del moderno Derecho penal. Pero tanto este desarrollo legislativo como otros aspectos característicos de esa modernidad del Derecho penal no han dejado de ser objeto de enconadas críticas. En España, partiendo de un discurso crítico con la expansión del moderno Derecho penal, se ha propuesto la creación de un Derecho penal de dos velocidades⁷.

El Derecho penal de primera velocidad estaría integrado por los delitos pertenecientes al Derecho penal clásico, castigados con penas privativas de libertad, para cuya imposición se exigirían las más rigurosas reglas de imputación y el respeto más exquisito a todos los derechos individuales y garantías procesales y sustantivas que se han ido consolidando en el Estado de Derecho. El Derecho penal de segunda velocidad estaría integrado por los delitos que se han ido introduciendo durante el proceso de modernización, que responden a la aparición de nuevos riesgos en la sociedad globalizada, que no deberían sancionarse con penas privativas de libertad sino con otro tipo de sanciones penales⁸, como multas o inhabilitaciones, para cuya imposición se permitiría un menor rigor de los presupuestos clásicos de imputación de responsabilidad y una relajación de esos derechos y garantías propios del Derecho penal liberal⁹.

⁷Vid. por todos, SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed. Civitas, Madrid, 2001, *pássim*. Criticando la evolución del moderno Derecho penal, vid. también GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho penal. Introducción*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000, pp. 106-115, 317-318, 373-377, entre otras.

⁸No se trata del Derecho de intervención a medio camino entre el Derecho penal y el contravencional, entre el Derecho privado y el público, que para los delitos económicos, contra el medio ambiente, de tráfico de drogas, etc., propone HASSEMER, W., "Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts", cit., pp. 378 ss, p. 383; del mismo autor, "Crisis y características del moderno Derecho penal", *AP* 1993, pp. 635 ss.

⁹Afirma SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal*, cit., p. 151, que "ni siquiera en todo el sistema sancionatorio penal tienen por qué exigirse las mismas garantías; pues las consecuencias jurídicas son sustancialmente diversas (también en el seno del propio sistema del Derecho penal en sentido estricto)".

Pero es que más allá de la propuesta de esas dos velocidades, a mi juicio suficientemente contestada por MARTÍNEZ-BUJÁN¹⁰ y GRACIA MARTÍN¹¹, se ha cuestionado "si puede admitirse una "tercera velocidad" del Derecho penal, en la que el *Derecho penal de la cárcel concorra con una amplia relativización de garantías político-criminales, reglas de imputación y criterios procesales*", llegándose a la conclusión de que "la existencia de un espacio de Derecho penal de privación de libertad con reglas de imputación y procesales menos estrictas que las del Derecho penal de la primera velocidad es, seguramente, en algunos ámbitos *excepcionales* y por tiempo limitado, inevitable"¹². Se quiere limitar este Derecho penal de tercera velocidad a la consideración de un "instrumento de abordaje de hechos "de emergencia", siendo expresión de una especie de "Derecho de guerra" en el que la sociedad, ante la gravedad de la situación excepcional de conflicto, renuncia de modo cualificado a soportar los costes de la libertad de acción"¹³. Constatada la existencia real de un Derecho penal de tales características en el momento actual, se trata de esta forma de darle una legitimidad basada "en consideraciones de absoluta necesidad, subsidiariedad y eficacia, en un marco de emergencia"¹⁴.

Esta propuesta supone la traslación a nuestro país, no sin matices, del debate que se desarrolla en Alemania en torno a la legitimidad de un Derecho penal de enemigos ("*Feindstrafrecht*"), expresión con la que JAKOBS, su creador, alude "a un Derecho penal de índole peculiar que se diferencia nítidamente del Derecho penal de ciudadanos: el Derecho penal de enemigos optimiza la protección de bienes jurídicos, el Derecho penal de ciudadanos optimiza las esferas de libertad"¹⁵. Esa optimización de la protección de bienes jurídicos se

¹⁰ Quien pone de relieve la incorrección que cometen la Escuela de Francfort y SILVA SÁNCHEZ al proceder a la deslegitimación global de los delitos económicos. Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., "Algunas reflexiones", cit., pp. 408 ss. También en este sentido SCHÜNEMANN, B., "Del Derecho penal de la clase baja", cit., p. 62, el cual apunta que "el juicio sobre la categoría moderna de los delitos económicos... resulta mucho más diferenciado de lo que nos quiere hacer creer el rechazo global de la Escuela de Francfort".

¹¹ Autor que se ha lanzado a la defensa de una modernización del Derecho penal sin renunciar a los principios no ya del Estado de Derecho, sino del Estado social y democrático de Derecho. Vid. GRACIA MARTÍN, L., "¿Qué es modernización del Derecho penal?", en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. y otros (eds.), *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*, cit., pp. 349 ss; del mismo autor, *Prolegómenos*, cit., pp. 164 ss.

¹² SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal*, cit., pp. 163-164.

¹³ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal*, cit., p. 166.

¹⁴ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal*, cit., p. 166.

¹⁵ JAKOBS, G., "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", en JAKOBS, G., *Bases para una teoría funcional del Derecho penal*, Palestra Editores, Lima, 2000, p. 215. El mismo autor en "Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo", en JAKOBS, G./ CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 21-22, puntualiza que no se trata de dos modelos ideales que se lleven a la realidad de modo puro, sino que se trata de mostrar "dos polos de *un solo* mundo o de mostrar dos tendencias opuestas en *un solo* contexto jurídico-penal" (cursivas en el original). El concepto fue introducido en la versión original alemana de este artículo, "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung", *ZStW* 1985,

consigue a través del adelanto de la punibilidad que se opera cambiando la perspectiva del Derecho penal de los hechos pasados a los hechos futuros¹⁶, lo que supone en ocasiones incriminar no tanto hechos propiamente dichos cuanto conductas cuya relevancia penal se manifiesta particularmente en un contenido simbólico, pero sin que se produzca la rebaja de pena que en principio debería acompañar a la anticipación de la tutela, lo que da lugar a penas desproporcionadas; prescindiendo de ciertas garantías procesales¹⁷; y soslayando las garantías derivadas del principio de legalidad, ya que el legislador utiliza términos tan porosos y ambiguos que permiten hablar de un intento consciente de eludir el mandato de determinación que se desprende del mencionado principio¹⁸. De centrar la atención en los aspectos objetivos se pasa a desvalorar fundamentalmente lo subjetivo, mientras que "la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos"¹⁹.

En el ámbito del Derecho penal de enemigos se incluyen delitos que, se dice, niegan frontalmente los principios básicos del modelo de convivencia en las sociedades occidentales²⁰, como son los crímenes de Estado²¹ y los cometidos en el ámbito de organizaciones criminales, incluyendo el

pp. 753 ss; del mismo autor, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2. Aufl. Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1993, 2/25c; del mismo autor, *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1995. Vid. la caracterización del Derecho penal de ciudadanos y del Derecho penal de enemigos que realiza DENCKER, F., "Gefährlichkeitsvermutung statt Tatschuld? Tendenzen der neueren Strafrechtsentwicklung-", *StV* 6/1988, pp. 263-264, quien en las páginas siguientes ejemplifica en la historia del Derecho penal alemán los avances y retrocesos del Derecho penal de enemigos.

¹⁶Afirma JAKOBS, G., "La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente", en AA.VV., *Escuela de verano del Poder judicial. Galicia 1999*, Estudios de Derecho Judicial 20, Madrid, 2000, p. 138, expresamente que "en el Derecho penal de enemigos... se trata de la defensa también frente a agresiones futuras".

¹⁷Por ej., la incomunicación del procesado en situación de prisión provisional se convierte en la regla general en este tipo de delincuencia. Cfr. JAKOBS, G., "La Ciencia del Derecho penal", cit., p. 139.

¹⁸Cfr. JAKOBS, G., "La Ciencia del Derecho penal", cit., pp. 137 ss. Vid. la descripción y las observaciones críticas que frente a esta posición realiza SCHULZ, J., "Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Bericht von einer Tagung und Anmerkungen zum "Feindstrafrecht"", *ZStW* 2000, pp. 659 ss.

¹⁹JAKOBS, G., "Derecho penal del ciudadano", cit., p. 40.

²⁰Obsérvese que se magnifica la amenaza que suponen los fenómenos criminales que se incluyen en el ámbito del Derecho penal de enemigos. Como señala CANCIO MELIÁ, M., "¿"Derecho penal" de enemigos?", en JAKOBS, G./ CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2003, p. 95, "al menos entre los "candidatos" a "enemigos" de las sociedades occidentales, no parece que pueda apreciarse que haya alguno -ni la "criminalidad organizada", ni las "mafias de las drogas", ni tampoco ETA- que realmente pueda poner en cuestión - en los términos "militares" que se afirman- los parámetros fundamentales de las sociedades correspondientes en un futuro previsible".

²¹Por ej., NAUCKE, W., "Normales Strafrecht und die Bestrafung staatsverstärkter Kriminalität",

terrorismo²². Estos delitos presentan importantes dificultades de persecución y prueba, de forma que para su represión se haría necesario relativizar las garantías sustantivas y procesales que han convertido a los Códigos penales europeos en la Carta Magna del delincuente para que pasen a ser la Carta Magna de las víctimas²³. Se añaden los delitos sexuales violentos cometidos por sujetos irrecuperables, en este caso no porque existan problemas en la fase de investigación, sino porque el Derecho penal actual no estaría preparado para enfrentarse a delincuentes muy peligrosos, pues al estar las penas sujetas al principio de culpabilidad por el hecho y no poder superar la medida de seguridad la duración de la pena que se hubiera impuesto no es posible retenerlos en custodia indefinidamente.

El destinatario de este nuevo Derecho penal no es el ciudadano, sino el "enemigo", por lo que se hace necesario delimitar quién ha de recibir dicho calificativo. El "enemigo", frente al "ciudadano" que delinque ocasionalmente, se caracteriza por haber abandonado de forma duradera y permanente el Derecho, sea a través de su comportamiento (delincuentes sexuales peligrosos), sea a través de su vinculación no pasajera a una organización delictiva (terrorismo, delincuencia organizada), o bien a través de su ocupación profesional (delincuencia económica, delincuencia organizada)²⁴. Esta clase de delincuente no puede pretender ser tratado como persona²⁵, puesto que no ofrece a cambio una cierta garantía cognitiva de que se va a comportar como persona, esto es, no garantiza el mínimo de seguridad cognitiva del comportamiento personal, como manifiesta a través de su conducta²⁶. Es una no-persona. Aprovecha la desestructuración de una sociedad occidental "que ha perdido el respaldo tanto de una religión conforme al Estado como de la familia, y en la cual la nacionalidad es entendida como una característica incidental", para construir su identidad al

en SCHULZ, J./ VORMBAUM, T. (Hrsg.), *Festschrift für Günter Bemmman*, Nomos, Baden-Baden, 1997, pp. 82 ss, defiende la necesidad de la existencia de un Derecho penal de enemigos para la criminalidad de Estado, en el que no rijan los principios de legalidad e irretroactividad de las disposiciones penales desfavorables, que a su juicio tienen aquí únicamente el efecto de limitar las posibilidades de éxito en la lucha contra estos delitos.

²²En Alemania preocupa bastante más la delincuencia organizada que el terrorismo, pues en la actualidad no existe un movimiento terrorista radicado en el territorio nacional que atente contra objetivos alemanes.

²³En una muestra de solidaridad con ella, como señala SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal*, cit., p. 53.

²⁴Cfr. JAKOBS, G., "La Ciencia del Derecho penal", cit., p. 139.

²⁵Recordemos que para JAKOBS "la norma originaria es la siguiente: sé persona, lo que significa: cumple el deber frente al grupo... el rango de una persona viene determinado por los deberes que le competen o que cumple... sacrificando sus derechos". JAKOBS, G., *Sobre la génesis de la obligación jurídica*, Bogotá, Rubinzal-Culzoni, 2000, p. 41. En el pensamiento de JAKOBS la persona desempeña un rol, que es el papel que ha de representar y comunicar con sentido, garantizando a los otros un comportamiento conforme las expectativas, permitiendo que se genere una expectativa social de armonía con la norma.

²⁶Cfr. JAKOBS, G., "La Ciencia del Derecho penal", cit., p. 139.

margen del Derecho. Frente a él la única reacción posible es la inocuización o neutralización²⁷, medidas con las que se pretende procurar una especial seguridad cognitiva. En efecto, uno de los efectos producidos por la introducción de este nuevo Derecho penal es el regreso a nociones que, aunque ni mucho menos desconocidas²⁸, sí habían quedado abandonadas en el discurso penal continental, como la de inocuización²⁹.

Ahora bien, no todo vale en esta "guerra" contra la delincuencia estatal, organizada y habitual³⁰. JAKOBS pretende sortear la contradicción que algunos han apuntado entre esta concepción y el art. 1 de la Ley Fundamental alemana (Grundgesetz, en adelante GG) hablando de que "es posible que al enemigo se le reconozca una personalidad *potencial*, de tal modo que en la lucha contra él no se puede sobrepasar la medida de lo necesario"³¹, afirmación con la que trata de escapar a las contradicciones internas en las que cae al otorgar capacidad jurídico-penal de acción a una "no-persona", y al utilizar el Derecho para excluir al enemigo del ámbito del Derecho³².

Y es que en la definición del "enemigo" se cae en la utilización de un lenguaje pseudo-religioso que está arrinconando el significado militar del término³³, que fue preponderante en otros momentos históricos³⁴. La

²⁷Cfr. JAKOBS, G., "La Ciencia del Derecho penal", cit., p. 140.

²⁸Cfr. MUÑOZ CONDE, F., "Política criminal y dogmática jurídico-penal en la República de Weimar", *DOXA* 15-16, 1994, pp. 1031 ss.

²⁹Cfr. entre otros SILVA SÁNCHEZ, J. M., "El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos", en SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Estudios de Derecho penal*, Grijley, Lima, 2000, pp. 233 ss. Como advierte BARATTA, A., "Integración-prevención: una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica", *CPC* núm.24, 1984, pp. 533 ss, el delincuente pasa a ser "portador de una respuesta simbólica... que se realiza "a su costa"

³⁰Las apelaciones a una guerra entre el Estado y el enemigo, cuyo carácter, limitado o total, depende de cuánto sea éste temido, son constantes. Cfr. JAKOBS, G., "La Ciencia del Derecho penal", cit., pp. 140-141.

³¹JAKOBS, G., "La Ciencia del Derecho penal", cit., p. 138. El mismo autor, en "Derecho penal del ciudadano", cit., p. 33, señala que la coacción que ejerce el Derecho penal del enemigo puede llegar hasta la guerra, pero también puede quedar limitada: "en primer lugar, el Estado no necesariamente ha de excluir al enemigo de todos los derechos... Y, en segundo lugar, el Estado no tiene por qué hacer todo que es libre de hacer, sino que puede contenerse". El concepto constitucional de persona empleado en el art. 1 GG no coincide con el concepto de persona como papel empleado por LUHMANN.

³²Cfr. JAKOBS, G., "La Ciencia del Derecho penal", cit., pp. 140-141, donde se comprueba que es consciente de alguna de estas contradicciones. Del mismo autor, "Derecho penal del ciudadano", cit., pp. 25-26, donde señala que "la relación con un enemigo no se determina por el Derecho, sino por la coacción", si bien reconoce que "todo Derecho se halla vinculado a la autorización para emplear coacción, y la coacción más intensa es la del Derecho penal". Cita en apoyo de su construcción a HOBBS y a KANT, y con matices a ROUSSEAU y a FICHTE.

³³Lo pone de relieve CANCIO MELIÁ, M., "¿"Derecho penal" del enemigo?", cit., pp. 87-88. Al

construcción simbólica del concepto se ha utilizado en diversos frentes: en las dictaduras argentina y chilena la caracterización de los disidentes como "enemigos internos" permitió apuntalar la doctrina de la seguridad nacional y la represión; en la lucha contra el cultivo de droga en los países iberoamericanos la noción de enemigo permite justificar el empleo de medios militares en una situación que no es de guerra, entendido este concepto de acuerdo con el Derecho Internacional; el discurso americano del "*nihil medium*", del eje del mal en la batalla contra el bien, supone el uso y abuso de un discurso profundamente hostil frente al "extraño", de imaginería religiosa, que sirve de apoyo a una política de lucha contra el terrorismo que enfoca el fenómeno como una amenaza a toda la sociedad internacional en su conjunto, a las naciones occidentales en particular y al pueblo americano si se quiere concretar más, cuando en realidad nunca ha existido tal peligro global con ese alcance enorme que nos han presentado. La función que cumple la estigmatización de un grupo de ciudadanos como enemigos, por tanto no-personas que dejan de pertenecer a la comunidad de la que se han separado por propia voluntad, es permitir reacciones desproporcionadas frente a conductas que, con independencia de su mayor o menor lesividad en el caso concreto, afectan a elementos particularmente sensibles de la imagen que la sociedad ha construido de sí misma: la invulnerabilidad frente a ataques externos en el caso estadounidense, el consenso en torno a la organización territorial de España en el caso de ETA, la efectividad de la política represiva en materia de drogas cuando cada vez se alzan más voces a favor de despenalizar el tráfico en los países occidentales, etc. etc. Con este tipo de reacciones, en particular en materia de terrorismo, se olvida que lo que desea la organización terrorista es que el Estado reconozca la existencia de una guerra y le conceda el status de interlocutor en ella: hablar de paz, de tregua, de guerra contra el terrorismo es hacer el juego a los terroristas, reconocerles una posición al mismo nivel que el Estado. Frente a ello se les ha de negar la excepcionalidad a todos los niveles: no merecen reacciones desproporcionadas desde el Estado porque sólo pueden poner en peligro las bases esenciales de la sociedad si la propia sociedad se lo permite percibiendo el riesgo que representan como un peligro real de desestabilización, cuando lo cierto es que por los medios de que disponen y la índole de los ataques que realizan no son más que picaduras de mosquito en la piel de un elefante.

hilo de esta cuestión resultan interesantes las consideraciones de Carl SCHMITT en su obra *El concepto de lo político*, acerca de cómo en el sistema de pactos de la política de la segunda posguerra el agresor quedó definido como enemigo, lo que supuso que la estructura conceptual del Derecho internacional se criminalizara aproximándose al Derecho penal: "el enemigo tiene que ser convertido en delincuente". Y, podría añadirse, el delincuente acaba convirtiéndose, a su vez, en enemigo.

³⁴De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia, "enemigo" sólo significa "el contrario en la guerra" en la cuarta acepción. Las tres anteriores aluden al "opuesto a una cosa", "el que tiene mala voluntad a otro y le desea o hace mal" y "en el derecho antiguo, el que había muerto al padre, a la madre o a alguno de los parientes de otro dentro del cuarto grado, o le había acusado de un delito grave, etcétera". La quinta es "diablo, ángel que fue arrojado al abismo". Sobre la satanización del enemigo y su utilización simbólica, vid. PORTILLA CONTRERAS, G., "La legislación de lucha contra las no-personas", cit., pp. 83 y ss.

Ya en el plano de la lógica interna, es rechazable que para defender los derechos y garantías individuales se opte por separar una parte del Derecho penal, importantísima tanto por el número de delitos que abarcaría cuanto por su relevancia en la práctica, para que en ella no se apliquen³⁵. Se opera una inversión de valores: puesto que el "moderno" Derecho penal se caracteriza, según estos autores, por la existencia de tipos penales abiertos, que tutelan bienes jurídicos supraindividuales o colectivos con técnicas basadas en el peligro abstracto, sin esperar a la producción de la lesión para afirmar la punibilidad, que renuncian a la imputación individual, invirtiendo la carga de la prueba y despreciando la presunción de inocencia y el principio "*in dubio pro reo*", se propone salvaguardar un núcleo "duro", integrado por los delitos tradicionales contra la persona y el patrimonio, o contra bienes jurídicos no individuales pero ya suficientemente consolidados, como el correcto funcionamiento de la Administración pública, castigados con pena privativa de libertad, abandonando el resto del Código penal a la rebaja, cuando no a la completa negación, de los derechos y garantías individuales. ¿No sería más lógico operar a la inversa? En lugar de conformarse con una situación de disminución de la protección de derechos y garantías para un sector del Derecho penal o para el Derecho de intervención lo que habría que proponer es extender esos derechos y garantías a todo el Derecho penal, sin excepciones. No olvidemos que buena parte de las críticas tienen como punto de partida datos sumamente discutibles. En efecto, la legitimidad de la tutela de los bienes jurídicos supraindividuales, difusos o colectivos no puede ser negada en el Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho. La técnica de los delitos de peligro abstracto es perfectamente admisible y legítima según y dónde se ponga el objeto de protección, pues en ocasiones se confunden los términos³⁶. La utilización de tipos abiertos que se remiten a la legislación extrapenal no tiene que ser cuestionada cuando el núcleo de la prohibición se recoge en el Código penal. Los actuales procesos de criminalización en materias como los delitos económicos y contra el medio ambiente responden a la toma de conciencia respecto de la importancia y gravedad de la delincuencia de cuello blanco para el equilibrio y correcto funcionamiento del mercado y de los sistemas naturales. La llamada "administrativización del Derecho penal"³⁷ en realidad debe ser entendida como un acercamiento del Derecho administrativo sancionador al Derecho penal en el plano de las garantías, como en efecto se ha producido, y no como una desformalización del Derecho penal acompañada de una pérdida de garantías. Y aunque no hemos de olvidar que en efecto existen criminales peligrosos frente a

³⁵JAKOBS, G., "Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo", en JAKOBS, G./CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, cit., p. 56, llega a afirmar expresamente que "un Derecho penal del enemigo claramente delimitado es menos peligroso, desde la perspectiva del Estado de Derecho, que entremezclar *todo* el Derecho penal con fragmentos de regulaciones propias del Derecho penal del enemigo", a lo que cabe responder que todavía menos peligroso sería que el Derecho penal no incluyera ningún aspecto del Derecho penal de enemigos.

³⁶Como apunta POZUELO PÉREZ, L., "Notas sobre la denominada "expansión del Derecho penal"", *RdPP* núm.9, 2003-1, pp. 21-22, la confusión entre el "si" y el "cómo" de la intervención penal puede restar claridad al debate.

³⁷Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción*, cit., pp. 113 y 374 ss. Sobre ella vid. también SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal*, cit., pp. 121 ss.

los cuales la pena no es respuesta suficiente (piénsese en delincuentes sexuales violentos reincidentes), o fenómenos delictivos que plantean retos especialmente arduos en lo que respecta a la investigación y prueba (delincuencia organizada de tipo mafioso o terrorista), no justifican el cambio de modelo de un Derecho penal de ciudadanos a otro de enemigos.

El discurso contrario al "moderno" Derecho penal, entendido este adjetivo en los términos peyorativos en que lo emplea la Escuela de Francfort, se presenta como defensor a ultranza de los derechos y garantías individuales cuando no es más que la pantalla tras la cual se oculta la creación de un Derecho penal sin penas privativas de libertad para los dirigentes de empresa³⁸ y sin garantías pero con penas de prisión desproporcionadamente elevadas para los "enemigos" de la sociedad: terroristas, delincuentes sexuales violentos irrecuperables y delincuentes organizados. Sin duda el Derecho penal de segunda y tercera velocidad puede ser un medio más eficaz³⁹ en la lucha contra las amenazas, no tan nuevas como se quieren presentar⁴⁰, de la sociedad global, al menos desde un punto de vista policial y represivo, no tanto desde una perspectiva de prevención⁴¹. Pero lo será a costa de disminuir la libertad de todos los ciudadanos y de infringir el principio de igualdad.

³⁸Cuando precisamente está demostrado que la pena que mayor eficacia preventiva tiene en el ámbito de la delincuencia económica es la privativa de libertad. Cfr. entre otros TERRADILLOS BASOCO, J., *Derecho penal de la empresa*, Trotta, Madrid, 1995, p. 59; TIEDEMANN, K., *Poder económico y delito (introducción al Derecho penal económico y de la empresa)*, Ariel, Barcelona, 1985, pp. 160 ss.

³⁹Entendiendo eficacia a la manera en que se entiende desde los Gobiernos, esto es, como un uso masivo e indiscriminado de la prisión tanto en fase preventiva como de ejecución de la condena. Cfr. MAQUEDA ABREU, M. L., "Crítica a la reforma penal anunciada", *JpD* núm.47, julio 2003, p. 9.

⁴⁰Delincuencia organizada y terrorismo han existido siempre, al igual que delincuentes sexuales violentos.

⁴¹Salvo que nos limitemos a la perspectiva de la prevención general integradora o positiva. Recordemos que el concepto de prevención general se suele utilizar en dos sentidos diferentes que conviene distinguir: en el sentido más estricto, consiste en la intimidación de la colectividad mediante la conminación penal abstracta y la sanción del individuo; en el sentido más amplio, en la confirmación del Derecho como orden ético y sólo secundariamente en la intimidación. En la base de la prevención general positiva se halla la consideración de que el Derecho penal no se reduce al mero efecto intimidatorio sobre los delincuentes potenciales, sino que influye positivamente en el arraigo social de las normas; se atribuye a la pena un carácter socio-pedagógico, desde el momento que representa un aseguramiento de las normas que posibilitan la convivencia social, convirtiéndose, por tanto, en un instrumento idóneo para mantener los valores comunitarios, reforzando con ello el respeto al Ordenamiento jurídico. A partir de esta base se asigna al Derecho penal la misión de reforzar la conciencia jurídica de la comunidad y su disposición al cumplimiento de las normas. En este sentido, cfr. HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1984, p. 392, o ROXIN, C., *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, Madrid, Reus, 1981, p. 183; del mismo autor, "Sentido y límites de la pena estatal", en ROXIN, C., *Problemas básicos del Derecho penal*, Madrid, Reus, 1976, pp. 24 ss. Para ROXIN, la expresión "prevención general positiva" engloba, además de este efecto de pacificación, un efecto pedagógico originado por el ejercicio de la fidelidad al Derecho, y un efecto de confianza, que se produce cuando el ciudadano ve que el Derecho se cumple: se logra la estabilización del orden jurídico mediante la

Además, como señala MAQUEDA ABREU⁴², "la crítica generalizada frente a ésta y otras medidas de exasperación punitiva -como las que propone la reforma penal española de este año- es la de su ineficacia. La investigación criminológica ha demostrado que el endurecimiento de las penas no reduce las tasas de criminalidad ni, por tanto, garantiza mejor la seguridad de las personas. Además, hay que contar con el elevadísimo coste que estas políticas de seguridad representan para el sistema de garantías de nuestros Estados de Derecho".

En conclusión, frente a estas propuestas se ha de reaccionar proponiendo no la limitación de los derechos y garantías individuales a los delitos del núcleo "duro", lo que es manifestación de una política criminal de signo profundamente regresivo⁴³, sino su extensión a todo el Derecho penal, sin excepciones. Éste es el desafío al que debe enfrentarse la Ciencia del Derecho penal en los próximos años.

En esta labor se ha de tener en cuenta la necesidad de evitar el peligro de caer en la tentación de la "perenne emergencia"⁴⁴, pues la experiencia demuestra que la creación de una legislación excepcional para una situación que se define

afirmación de los valores que establece y la ratificación de la confianza en su vigencia práctica. Como señala KAUFMANN, Armin, "Die Aufgabe des Strafrechts", en KAUFMANN, Armin, *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, Carl Heymann, Köln-Berlin-Bonn-München, 1982, p. 275, "la así llamada prevención general es socialización para una actitud de confianza en el Derecho". Sin embargo, frente a la cada vez mayor extensión de la concepción de la prevención general positiva considero que, pese a su presentación como una doctrina superadora de los inconvenientes de la concepción tradicional de la prevención general como intimidación, "se muestra en última instancia como una doctrina de corte autoritario, discriminatorio, que redundará en un mayor intervencionismo en la esfera valorativa de los ciudadanos". SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 1992, p. 237. También en sentido crítico, vid. entre otros, LUZÓN PEÑA, D.-M., "Prevención general, sociedad y psicoanálisis", en LUZÓN PEÑA, D.-M., *Estudios Penales*, Barcelona, PPU, 1991, pp. 268 ss; MORSELLI, E., "Neo-retribucionismo y prevención general integradora en la teoría de la pena", *ADPCP* 1995, pp. 270 ss. Y ello aunque reconozcamos que el Derecho penal tiene en la realidad efectos coincidentes con los mostrados como fines del mismo por la prevención general positiva.

⁴²MAQUEDA ABREU, M. L., "Crítica a la reforma penal anunciada", cit., p. 10.

⁴³Como la que estamos viviendo en España, donde pone de relieve CANCIO MELIÁ, M., "¿"Derecho penal" del enemigo?", cit., pp. 70 ss, que se observa en el debate político un verdadero "clima punitivista". Sobre las causas, vid. ampliamente SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal*, cit., pp. 25 ss. En Alemania critica el deslizamiento hacia el Derecho penal de enemigos DENCKER, F., "Gefährlichkeitsvermutung statt Tatschuld?", cit., pp. 265-266, quien advierte del "atractivo" del Estado policial para una sociedad que no esté dispuesta a asumir los costes de la libertad pero sí los de la seguridad.

⁴⁴Cfr. MOCCIA, S., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2ª ed. Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1997, *pássim*. Vid. también el análisis crítico de FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995, pp. 820 ss, 828 ss.

como extraordinaria, como sucede con la lucha contra el terrorismo y/o la delincuencia organizada, acaba convirtiéndose en el modelo de la legislación "normal", a la que inevitablemente contagia⁴⁵. Por tanto, no es sólo que este Derecho penal de enemigos sea un Derecho penal ilegítimo e ilegítimo, sino que aunque en algún caso pudiera parecer que es el mal menor en la lucha contra graves formas de criminalidad, esa tendencia a la expansión supone un peligro demasiado elevado precisamente para aquello que dice querer defender: los principios básicos de la convivencia social en un Estado que se quiere social y democrático de Derecho⁴⁶.

Pues bien, una vez delimitado el concepto de Derecho penal de enemigos hemos de analizar si ésta es la orientación de la reforma del Código penal español operada por la LO 7/2003, de 30 de junio. Si lo único que con ella se pretende es la inocuización de cierto tipo de delincuentes⁴⁷, saltándose a la torera toda posibilidad de rehabilitación y reinserción social, y hacer un guiño a la comunidad, a la que se le permite así satisfacer las ansias de venganza aireadas, cuando no creadas, por los medios de comunicación, habremos de llegar a la conclusión de que no es legítima ni defendible desde la perspectiva del Estado social y democrático de Derecho. Por el contrario, si con ella se pretenden y se pueden alcanzar fines preventivos únicamente hemos de comprobar que se respetan otros principios que garantizan la racionalidad de las sanciones, y en particular los de humanidad y proporcionalidad de las penas⁴⁸.

⁴⁵Cfr. CANCIO MELIÁ, M., "¿"Derecho penal" de enemigos?", cit., p. 90, nota núm.57, quien pone de relieve que "hay buenas razones para pensar que es ilusoria la imagen de dos sectores del Derecho penal (el Derecho penal de ciudadanos y el Derecho penal de enemigos) que puedan convivir en un mismo ordenamiento jurídico". Sólo con un cuidado exquisito por parte del legislador podría evitarse el "peligro de contaminación del Derecho penal "de la normalidad"", que descarta, a mi juicio demasiado a la ligera, SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal*, cit., p. 166. LÓPEZ GARRIDO, D., *Terrorismo, política y Derecho*, Alianza, Madrid, 1987, p. 163, advertía ya hace décadas de que "el derecho de la emergencia se ha hecho duradero. Se ha consolidado. Puede hablarse, por ello, de una institucionalización jurídica de la emergencia legislativa contra el delito de violencia política" En Alemania ya advierte de este peligro DENCKER, F., "Gefährlichkeitsvermutung statt Tatschuld?", cit., p. 266.

⁴⁶En efecto, como señala CANCIO MELIÁ, M., ""Derecho penal" del enemigo y delitos de terrorismo", *JpD* núm.44, 2002, p. 22, nota núm.25, "debería tenerse en cuenta de modo muy especial que las normas de estas características tienden a contaminar otros ámbitos de incriminación -como muestran múltiples ejemplos históricos-, de modo que es ilusoria la imagen de dos sectores del Derecho penal (el Derecho penal de ciudadanos y el Derecho penal de enemigos) que puedan convivir en un mismo ordenamiento jurídico".

⁴⁷Como reconoce JAKOBS, G., "Derecho penal del ciudadano", cit., p. 33, "... la medida ejecutada contra el enemigo no significa nada, sino sólo coacciona. El Derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma, el Derecho penal del enemigo (en sentido amplio: incluyendo el Derecho de las medidas de seguridad) combate peligros".

⁴⁸Por tanto, antes de proceder a un análisis desde parámetros constitucionales, que se suele revelar poco fructífero dado el nivel de abstracción y ambigüedad de las normas constitucionales, me parece más interesante determinar si las medidas que se han introducido contribuirán a la prevención del delito. Avancemos que "en el plano empírico, parece que puede afirmarse que la experiencia en otros países de nuestro entorno respecto de organizaciones terroristas "endógenas" muestra que la aplicación de este tipo de infracciones no ha conducido a evitar delitos, sino ha

III. LAS REFORMAS SUSTANTIVAS EN LA DURACIÓN Y EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

Las reformas sustantivas en la ejecución de la pena privativa de libertad operadas por la LO 7/2003, de 30 de junio, que afectan a la duración máxima de la pena de prisión y a las condiciones para obtener permisos de salida y para acceder al tercer grado y a la libertad condicional, se incardinan, a mi juicio, en la tendencia a la consolidación y fortalecimiento de un Derecho penal de enemigos para el terrorismo y la delincuencia organizada. Como veremos a continuación, es un Derecho carente de legitimidad que además no sirve para nada en términos preventivos⁴⁹, salvo que confundamos prevención con inocuización⁵⁰ o con retribución⁵¹. En efecto, existe una apariencia de que la intervención penal va en verdad a producir efectos, y efectos legítimos para la salvaguarda de bienes jurídicos, pero en realidad no es así⁵². Esto es lo criticable. Y lo es por constituir un engaño a la ciudadanía, amparado en el espíritu de venganza que la anima ante la impotencia que se experimenta frente a los atentados terroristas, y en el miedo.

1. En primer lugar, la LO 7/2003, de 30 de junio, aumenta el límite máximo de duración de la pena privativa de libertad en el concurso real de delitos⁵³, que pasa de treinta a cuarenta años "cuando el sujeto haya sido condenado por dos o

contribuido a atraer nuevos militantes a las organizaciones en cuestión". CANCIO MELIÁ, M., "¿"Derecho penal" de enemigos?", cit., p. 90.

⁴⁹La eficacia es la única posible legitimación que puede alegar a su favor el Derecho penal de enemigos, de forma que si se comprueba en la práctica que no tiene efectos preventivos de ningún tipo no queda sino rechazarlo tajantemente. Cfr. DENCKER, F., "Gefährlichkeitsvermutung statt Tatschuld?", cit., p. 266.

⁵⁰La inocuización es "el fin que tiñe por completo la reforma que propone el Gobierno. Precisamente, la propia denominación como "Código Penal de la seguridad" alude a ella". ROCA AGAPITO, L., "Los Anteproyectos de 2003 de modificación del Código Penal. Una primera lectura de la regulación del sistema de penas", *La Ley* núm.5731, 4 de marzo de 2003.

⁵¹Para VALLE MUÑIZ en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 2ª ed. Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 424, ya el anterior límite de treinta años reflejaba "una impronta retribucionista trasnochada".

⁵²DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., "El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena", en AA.VV., *Modernas tendencias del Derecho penal y de la Criminología*, UNED, Madrid, 2001, p. 123, señala como "efectos" de las normas simbólicas la demostración de la rapidez de reflejos del legislador y de la capacidad coactiva de los poderes públicos, el respeto al consenso alcanzado por distintas fuerzas políticas, etc. Pero "desde nuestro punto de vista, estos efectos no tienen ninguna relevancia salvo la de, si se nos permite el símil cinematográfico, los "efectos especiales". Es decir, con estas normas el legislador deslumbra al ciudadano, lo entretiene y poco más. No es que sean efectos ilegítimos, es que no producen ninguno". DÍAZ PITA, M. M./ FARALDO CABANA, P., "La utilización simbólica del Derecho penal", cit., p. 127.

⁵³O "aunque las penas se hayan impuesto en distintos procedimientos si los hechos, por su conexión o el momento de su comisión, pudieran haberse enjuiciado en uno sólo" (art. 76.2 CP).

más delitos y, al menos, dos de ellos estén castigados por la ley con pena de prisión superior a 20 años" (art. 76.1.c) CP), y "cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a veinte años" (art. 76.1.d) CP). Estamos prácticamente ante una prisión perpetua⁵⁴ que puede infringir la prohibición de penas inhumanas o degradantes contenida en el art. 15 CE⁵⁵.

El Tribunal Constitucional, en STC 91/2000, de 30 de marzo, vino a decir que la calificación de una pena como inhumana o degradante no está determinada exclusivamente por la duración, sino que debe analizarse el contenido material que depende de la ejecución de la pena y de las modalidades que ésta revista, de forma que únicamente si el cumplimiento de la pena impuesta supone o acarrea sufrimientos de especial intensidad o provoca una humillación o envilecimiento que alcance un nivel determinado, superior al que suele aparejar la simple imposición de una condena, cabría hablar de penas inhumanas o degradantes⁵⁶. Algún autor afirma que, a la vista de esta jurisprudencia, "la elevación de las penas establecidas en la ley que se comenta no podría considerarse con el calificativo de "inhumana o degradante"⁵⁷. No comparto tal opinión. La elevación del límite máximo sumada a la imposibilidad o dificultad extrema para ciertos colectivos de delincuentes de acceder al tercer grado y a la libertad condicional y de obtener permisos de salida supone un cambio fundamental en el contenido material de la pena de prisión. Ciertamente existen algunos correctivos, como la posibilidad de conceder la libertad condicional a los condenados mayores de setenta años o enfermos muy graves con padecimientos incurables que reúnan los requisitos contemplados en los arts. 90 y 91 CP, excepto el haber extinguido las tres cuartas partes de la condena o, en su caso, las dos terceras partes, pero

⁵⁴Como ha señalado MUÑOZ CONDE, F., "¿Hacia un derecho penal del enemigo?", *Diario El País*, 15 de enero de 2003, se trata de "un modo encubierto de establecer la prisión perpetua eludiendo su nombre". En el mismo sentido, MAQUEDA ABREU, M. L., "Crítica a la reforma penal anunciada", cit., p. 9, nota núm.33.

⁵⁵Ya sobre el límite de los treinta años anterior a la reforma se habían pronunciado críticamente numerosos autores. Baste citar a CUERDA RIEZU, A., "El concurso de delitos en el Borrador de anteproyecto de Código penal de 1990", *ADPCP* 1991, p. 855, que lo califica de desmesurado; o a GONZÁLEZ RUS en COBO DEL ROSAL, M. (coord.), *Comentarios al Código penal. III. Artículos 24 a 94*, Edersa, Madrid, 1999, p. 998, que lo considera difícilmente compatible con la necesaria orientación de las penas a la reinserción social.

⁵⁶Criterios recogidos en otras resoluciones del mismo Tribunal, como la STC 65/1986, de 22 de mayo (FJ 4º), y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como las SSTEDH de 25 de abril de 1978, caso Tyrer contra Reino Unido, y 16 de diciembre de 1999, casos T. y V. contra Reino Unido, entre otras.

⁵⁷GONZÁLEZ PASTOR, C. P., "Análisis de la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, "de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas". Examen de su constitucionalidad", *AP* 2003, marg.1020. Esta posición ha sido sostenida también por el Consejo General del Poder Judicial en los *Informes del Consejo General del Poder Judicial sobre las Reformas Penales*, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2003, pp. 23-29.

debe tenerse en cuenta que se trata de medidas potestativas para el juez de vigilancia penitenciaria, lo que limita su eficacia.

Por otra parte, no olvidemos que, de todas formas, antes de la reforma ya era posible que un sujeto con varias condenas por hechos sin conexión, que no se juzgaron ni podían juzgarse en un solo procedimiento, cumpliera penas que superaban los límites previstos en el art. 76 CP para casos de concurso real o de hechos que, por su conexión o por el momento de su comisión, podían haberse enjuiciado en un solo procedimiento⁵⁸. Y nadie puso el grito en el cielo, en parte porque si se aplicaran los límites en todo caso estaríamos dando carta blanca para delinquir a los condenados que ya hubieran llegado a un límite máximo, pues sabrían que no podrían cumplir otra condena, lo cual sin duda destruiría el efecto preventivo de las penas.

Este aumento de la duración de la pena de prisión en el concurso real de delitos es una manifestación más del incremento en las actitudes punitivistas del legislador y de la ciudadanía que se aprecia en los últimos años no ya sólo en España, sino en todos los países occidentales.

Es difícil resumir las causas de este fenómeno. Sería demasiado simple atribuirlo al tratamiento de la criminalidad por parte de los medios de información, porque si bien la prensa suele reclamar expresamente sanciones más severas, o una aplicación más severa de la ley por parte de los Tribunales de Justicia, esa exigencia coincide normalmente con las convicciones ya existentes en la ciudadanía, que se limita a reforzar⁵⁹. El temor al delito y la sensación de inseguridad que genera pueden relacionarse con la pérdida de referentes y de seguridad desde la perspectiva de una sociedad en constante y veloz transformación, globalizada.

Ahora bien, en lo que se refiere a la delincuencia organizada y terrorista esta tendencia es más visible, en particular porque se retroalimenta, "con una especie de inercia acumulativa, de sus predecibles fracasos: a partir de un nivel penal ya elevado se presenta la tentación, que rápidamente seduce, de mayores elevaciones de penas"⁶⁰.

2. En segundo lugar, se reforma el art. 36 CP para introducir el llamado "período de seguridad" en caso de condenas superiores a cinco años de

⁵⁸Vid. GONZÁLEZ RUS en COBO DEL ROSAL, M. (coord.), *Comentarios, III*, cit., p. 981, quien pone de manifiesto que es "posible llegar, así, *de facto*, a la prisión perpetua, y desde luego, a cumplimientos absolutamente ajenos a cualquier propósito resocializador".

⁵⁹Cfr. KURY, H., "Sobre la relación entre sanciones y criminalidad, o: ¿qué efecto preventivo tienen las penas?", en AA.VV., *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, cit., p. 286.

⁶⁰MUÑAGORRI LAGUÍA, I., "Reflexiones sobre la pena de prisión en el nuevo Código Penal de 1995: polifuncionalidad e incremento regresivo de la complejidad penal", *EPC XXI*, 1998, p. 222.

privación de libertad⁶¹, de forma que "cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta". La introducción del período de seguridad había sido solicitada en España a raíz del escándalo producido por la inmediata clasificación en tercer grado de ciertos políticos condenados por el caso GAL y de delincuentes peligrosos que reincidieron. Rompe el modelo diseñado en la Ley Orgánica General Penitenciaria, que era totalmente flexible y estaba presidido por la idea de no mantener a un interno en un grado inferior al que merece, haciendo posible el paso inmediato al tercer grado⁶². Pero la nueva regulación tiene antecedentes en nuestro Ordenamiento.

En efecto, ya desde antes de la reforma operada por la LO 7/2003 exige el Reglamento Penitenciario de 1996 el cumplimiento de una cuarta parte de la condena para acceder al tercer grado, norma general que presenta tres excepciones: 1ª) no es necesario en caso de condenas de hasta un año de duración, pues en estos casos la clasificación en tercer grado podía producirse inmediatamente tras el ingreso, según se deduce del art. 103.7, 8 y 9 RP; 2ª) el art. 104.4 RP permite que los penados que sean enfermos muy graves con padecimientos incurables sean clasificados en tercer grado "por razones humanitarias y de dignidad personal, atendiendo a la dificultad para delinquir y a su escasa peligrosidad"; 3ª) tampoco es necesario esperar cuando haya transcurrido el tiempo suficiente para obtener un adecuado conocimiento del penado y por su personalidad, historial individual, familiar, social y delictivo, la duración de la pena, el medio social al que retorna, los recursos, facilidades y dificultades existentes y el momento, se pueda entender que la medida tendría efectos positivos para el buen éxito del tratamiento (art. 104.3 RP). A mi juicio sólo ha sido implícitamente modificado el art. 104.3 RP por contradecir lo dispuesto en el art. 36 CP, ya que alude a internos que no tengan extinguida la cuarta parte de la condena o condenas, sin distinguir según la duración de la condena siempre que sea superior a un año, y ahora, tratándose de condenas superiores a cinco años, no se admite que el penado pueda pasar al tercer grado hasta que cumpla la mitad, aunque se le conozca bien y concurren, favorablemente calificadas, las variables intervinientes en el proceso de clasificación penitenciaria

⁶¹El límite de cinco años se cuenta respecto de la pena efectivamente impuesta en la sentencia condenatoria, y no de la pena prevista en abstracto para el delito de que se trate, lo que no significa que se trate en todo caso de delitos graves, puesto que una condena superior a cinco años puede deberse a que la suma de las penas en un concurso real de delitos menos graves supere esa cifra.

⁶²El art. 36.2 CP deroga parcialmente de forma tácita preceptos de la Ley Orgánica General Penitenciaria que no se han modificado para coordinarlos con el Código penal, en particular el art. 73.2 LOGP, que establece que "siempre que de la observación y clasificación correspondiente de un interno resulte estar en condiciones para ello, podrá ser situado inicialmente en grado superior, salvo el de libertad condicional, sin tener que pasar necesariamente por los anteriores". Por su parte, el art. 72.4 LOGP declara que "en ningún caso se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión". El Consejo General del Poder Judicial propuso en sus *Informes*, cit., pp. 38-39, la modificación expresa de estos artículos para evitar contradicciones, pero su sugerencia no fue aceptada por el legislador.

enumeradas en el art. 102.2 RP. Los demás apartados y preceptos se refieren a penados con condenas de hasta un año, por lo que no se ven afectados por la modificación del Código penal, que alude a penados con condenas superiores a cinco años, y a enfermos muy graves con padecimientos incurables, que siguen constituyendo una excepción a la aplicación del régimen general.

Por tanto, tratándose de condenas inferiores a cinco años pero superiores a uno la regla general es que el condenado no pueda ser clasificado en tercer grado hasta haber cumplido al menos una cuarta parte de la condena, con las excepciones que hemos visto, y tratándose de condenas superiores a cinco años ha de haber cumplido al menos la mitad. El Consejo General del Poder Judicial justifica la reforma con argumentos basados en la prevención general positiva o integradora⁶³, lo que es inasumible si se parte, como aquí hacemos, de que lo que se esconde detrás de ella no es más que una doctrina de corte autoritario, discriminatorio, que redundaría en un mayor intervencionismo en la esfera valorativa de los ciudadanos. Además de que no se tiene en cuenta que en la fase de ejecución de la pena deben primar las consideraciones de prevención especial.

A continuación el art. 36.2 segundo párrafo recoge una excepción a la aplicación del período de seguridad, y una excepción a la excepción: "El juez de vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador... podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento". Debemos entender por régimen general de cumplimiento la regulación del Reglamento Penitenciario, que prevé no conceder el tercer grado en condenas superiores a un año si no se ha cumplido una cuarta parte de la condena, con las excepciones que hemos visto. Se hace necesario para acceder a ese régimen general que el reo haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y conforme a los criterios establecidos por el art. 72.5 LOGP para considerar que ha observado buena conducta y existe respecto de él un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social⁶⁴.

⁶³Cfr. *Informes*, cit., pp. 39-41.

⁶⁴El art. 72 LOGP también ha sido modificado en esta reforma, introduciéndose un nuevo apartado con la siguiente redacción:

"5. La clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal, que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales; las condiciones personales y patrimoniales del culpable, a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera; las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura; la estimación del enriquecimiento que el culpable hubiera obtenido por la comisión del delito y, en su caso, el daño o entorpecimiento producido al servicio público, así como la naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicados y su condición.

Singularmente se aplicará esta norma cuando el interno hubiera sido condenado por la comisión de alguno de los siguientes delitos:

a) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico que hubieran revestido notoria gravedad y hubieran perjudicado a una generalidad de personas.

Esta regulación constituye una muestra más⁶⁵ del interés que el legislador español está tomando en la satisfacción de los intereses de las víctimas. Sin duda el pago de la responsabilidad civil, enmarcado en la reparación de los daños causados por el delito, puede tener efectos preventivo generales y preventivo especiales, por lo que no resulta descabellado asociarlo al juicio de peligrosidad que se realiza a la hora de efectuar el pronóstico de reinserción social.

En efecto, la reparación del perjuicio causado contribuye a la reafirmación del Ordenamiento jurídico poniendo de manifiesto, además, una menor necesidad de pena, e incluso en ocasiones la total ausencia de necesidad de pena desde el punto de vista de la prevención especial, en particular cuando obedece a un móvil de arrepentimiento o de reconciliación con el Derecho⁶⁶. Como señala ROXIN⁶⁷, la reparación obliga al autor a enfrentarse con su víctima, que deja de ser un sujeto abstracto y anónimo, lo que puede dar lugar a una consternación interna que tenga efectos promotores de la resocialización. Por otra parte, siempre desde el punto de vista de la prevención especial, son evidentes los efectos positivos que supone la reparación para el delincuente, desde el momento que le permite evitar las consecuencias negativas que derivan de una estancia más o menos prolongada en prisión⁶⁸. Desde el punto de vista de la prevención general, la comunidad entiende que no se trate igual a quien delinque y no paga la responsabilidad civil que a quien delinque y repara. Debe puntualizarse que aunque no se prevé el caso de que el condenado sea insolvente, como sí sucede en el art. 81.3ª CP al regular la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, es obvio

b) Delitos contra los derechos de los trabajadores.
c) Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social.
d) Delitos contra la Administración pública comprendidos en los capítulos V al IX del título XIX del libro II del Código Penal".

⁶⁵Junto con la exigencia de pago de la responsabilidad civil para obtener la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, contenida en el art. 81.3ª CP, la necesidad de tener en cuenta del esfuerzo por reparar el daño causado a la hora de proceder a la sustitución de las penas privativas de libertad, como establece el art. 88.1 CP, o las causas de levantamiento y atenuación de la pena previstas tanto en la parte general como en la especial del Código penal, sobre las cuales se puede consultar mi obra, *Las causas de levantamiento de la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

⁶⁶CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte general. I. Introducción*, 5ª ed. Civitas, Madrid, 1996, p. 40. Recuérdese, no obstante, que la valoración positiva de los móviles no es necesaria para afirmar la voluntariedad. Destaca los beneficios de la reparación desde el punto de vista de la prevención especial el Consejo General del Poder Judicial, *Informes*, cit., p. 45.

⁶⁷Cfr. ROXIN, C., "La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones", en AA.VV., *Jornadas sobre la reforma del Derecho penal en Alemania*, CGPJ, Madrid, 1991, pp. 152-153.

⁶⁸Cfr. BUSTOS, J./ LARRAURI, E., *Victimología: presente y futuro. Hacia un sistema penal de alternativas*, PPU, Barcelona, 1993, p. 25; MAIER, J. B. J., "La víctima y el sistema penal", *Jueces para la Democracia* núm.12, 1/1991, p. 37; o SILVA SÁNCHEZ, J. M., "Medios no judiciales de reparación a la víctima", en ROMEO CASABONA, C. M. (dir.), *Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales*, Universidad de La Laguna, La Laguna, 1993, p. 352.

que esta circunstancia, debidamente acreditada, no puede ser obstáculo para acceder al régimen general⁶⁹.

Un apunte al margen: es obvio que esta exigencia de pago de la responsabilidad civil derivada del delito para acceder al tercer grado va a afectar de modo decisivo a determinados delincuentes, como los que cometen delitos económicos (contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, contra la propiedad intelectual) o contra los derechos de los trabajadores⁷⁰.

Esta posibilidad de aplicar el régimen general de cumplimiento existe únicamente "cuando no se trate de delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código o cometidos en el seno de organizaciones criminales". En estos casos no sólo no existe excepción alguna al período de seguridad, sino que "la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario... requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal y la satisfacción de la responsabilidad civil con sus rentas y patrimonio presentes y futuros en los términos del apartado anterior, que muestren signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas, y además hayan colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades" (apartado 6 del art. 72 LOGP, introducido por la LO 7/2003).

Esta regulación parece estar inspirada en la legislación italiana, que impide la aplicación de medidas alternativas a la prisión para los "irreductibles" por el mero hecho de la falta de colaboración⁷¹, además de permitir, cuando se den "graves motivos de orden y de seguridad pública", suspender la aplicación del tratamiento, "lo que, por otro lado, no significa

⁶⁹También el Consejo General del Poder Judicial, *Informes*, cit., p. 45, recuerda que "la exigencia de satisfacción de la responsabilidad civil debe referirse a las posibilidades de reparación de acuerdo con la situación económica del penado en el momento en que haya de adoptarse la resolución sobre su progresión de grado".

⁷⁰Cfr. MAQUEDA ABREU, M. L., "Crítica a la reforma penal anunciada", cit., p. 9.

⁷¹Vid. el art. 4 *bis* de la Ley Penitenciaria, modificado por el art. 1 de la Ley 356/1992. Sobre esta regulación, GUAZZALOCA, "Criterio del "doppio binario", utilizzo della "premierità" e "degiurisdizionalizzazione" del procedimento di sorveglianza nella legislazione penitenziaria dell'emergenza", en GIOSTRA, G./ INSOLERA, G. (a cura di), *Lotta alla criminalità organizzata: gli strumenti normativi*, Giuffrè, Milano, 1995, pp. 144 ss.

que la adopción de formas de cárcel dura, según los parámetros de la teoría de la pena -retribución o prevención negativa- que ya con la Reforma penitenciaria de 1975 se creía haber abandonado"⁷².

Al respecto conviene destacar, en primer lugar, que también los terroristas y delincuentes organizados deben pagar la responsabilidad civil que les corresponda como condición necesaria, que no suficiente, para conseguir el informe favorable de reinserción social.

En segundo lugar, en lo que respecta a la demostración inequívoca de haber abandonado los fines y los medios terroristas, se produce la vinculación de la progresión de grado a una opción político-ideológica, como es el rechazo de la violencia y de la pertenencia al grupo terrorista, que parte del entendimiento de que la delincuencia terrorista está estrechamente ligada a la asunción de una determinada ideología, de forma que, una vez rechazada ésta, el sujeto ya no es peligroso. Se premia esa opción ideológica⁷³, como demuestra el hecho de que no sólo hayan de rechazar los medios terroristas, básicamente el empleo de la violencia, sino también los fines, que pueden ser perfectamente legítimos y defendibles en el marco de un Estado de Derecho siempre que se utilicen medios no violentos, como la independencia de una parte del territorio nacional.

Parece que no interesan tanto los hechos realizados como que el sujeto siga o no siendo un terrorista⁷⁴. Señala FERRAJOLI⁷⁵ que "dotar de relevancia penal a las opiniones políticas del acusado y... exigir un diagnóstico sobre su conciencia, contradice el primer postulado del liberalismo moderno: la libertad interior de la persona, garantizada por el carácter externo y material de los hechos juzgables y por la prohibición del castigo de los actos internos". Y aunque puede alegarse que, en efecto, es relevante para efectuar el pronóstico de reinserción el que el sujeto esté desvinculado de la banda o el grupo terrorista y haya abandonado los fines y los medios terroristas, lo cierto es que las tasas de reincidencia de

⁷²MOCCIA, S., "El crimen organizado como puesta a prueba de los sistemas penales", *Revista Canaria de Ciencias Penales* núm.5, julio 2000, p. 23. Sobre la lucha contra la mafia a través del Ordenamiento penitenciario, vid. PRESUTTI, A. (a cura di), *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, Giuffrè, Milano, 1994, *pássim*.

⁷³Cfr. TERRADILLOS BASOCO, J., *Terrorismo y Derecho. Comentario a las leyes orgánicas 3 y 4/1988, de reforma del código penal y de la ley de enjuiciamiento criminal*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 39. Hace pocos años se congratulaba RAMOS VÁZQUEZ, J. A., "Terrorismo e intervención penal", *cit.*, pp. 101-102, de que el legislador no se hubiera mostrado receptivo entonces a introducir una especie de cadena perpetua para terroristas que sólo se vería limitada en caso de mostrar arrepentimiento, pues entendía este autor que "dicho mecanismo... es total y absolutamente rechazable, al suponer una intolerable aproximación a un Derecho penal de autor, incompatible... con un Estado democrático de Derecho". Pero todo cambia.

⁷⁴Así, FERRAJOLI, L., "Emergenza penale e crisi della giurisdizione", *Dei delitti e delle pene* 1984, pp. 275-276.

⁷⁵FERRAJOLI, L., "La legge sulla dissociazione: un nuovo prodotto della cultura dell'emergenza", *Questione Giustizia* núm.2, 1987, p. 271.

condenados a penas graves por delitos de terrorismo que no se han desvinculado formalmente de la banda es muy baja, por no decir inexistente. Por lo demás, la acreditación de la desvinculación puede hacerse por cualquier medio, como se desprende de la fórmula utilizada, "lo que podrá acreditarse", que deja abierta la posibilidad de emplear medios distintos de los citados a título ejemplificativo⁷⁶.

En tercer lugar, además de desvincularse de la asociación u organización el condenado ha de colaborar activamente con la Administración de Justicia. Y, por cierto, lo que se le exige que haga, impedir la producción de otros delitos, la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, etc., parece escasamente compatible con el hecho de que se trata de requisitos para el acceso al tercer grado, es decir, que el condenado ya ha cumplido la mitad de su condena, con lo que es dudoso que pueda suministrar información actualizada y relevante⁷⁷. A lo que se añade que con ello se prima la delación, que siempre se ha considerado un acto moralmente reprobable⁷⁸, y que supone una inversión de la carga de la prueba para el delatado⁷⁹, además de estimular las acusaciones falsas que persiguen únicamente el fin de obtener el beneficio⁸⁰. A ello se añade que la delación sólo es factible en muchas ocasiones para los cabecillas que conocen datos, no para los demás⁸¹, es decir, se beneficia a quien

⁷⁶En este sentido, vid. también RENART GARCÍA, F., *La libertad condicional: nuevo régimen jurídico*, Edisofer, Madrid, 2003, pp. 166-168.

⁷⁷Así, RENART GARCÍA, F., *La libertad condicional*, cit., pp. 184 ss. El Consejo General del Poder Judicial, *Informes*, cit., p. 47, entiende que este requisito "debe referirse a la posibilidad de una colaboración exigible al penado, y no como condición necesaria para el acceso a la libertad condicional entendida en término de eficacia policial", propuesta que comparto plenamente.

⁷⁸Así, entre otros, ARROYO ZAPATERO, L., "Terrorismo y sistema penal", en AA.VV., *Reforma política y Derecho*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, p. 181; BUENO ARÚS, F., "Principios generales de la legislación antiterrorista", *RFDUCM* núm.11 monográfico, p. 143; CUESTA ARZAMENDI, J. L. de la, "Atenuación, remisión de la pena e indulto de miembros de grupos terroristas", *CPC* núm.30, 1986, p. 582; GARCÍA RIVAS, N., "Motivación a la delación en la legislación antiterrorista: un instrumento de control sobre el disenso político", *Poder Judicial* núm.10, 1984, p. 112; VICENTE REMESAL, J. de, *El comportamiento postdelictivo*, Universidad de León, León, 1985, p. 76. Haciendo más las palabras de CUERDA-ARNAU, M. L., *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1995, p. 599, "personalmente, me sucede a mí lo que a PACHECO: que no me intereso en exceso por la lealtad que entre sí se guarden los criminales...".

⁷⁹Entre otros, GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Eficacia y garantismo en la legislación especial anti-terrorismo (una crítica con motivo del Proyecto de Ley Orgánica presentado por el Gobierno socialista en el Congreso el 30 de noviembre de 1983)*, Toledo, 1984, pp. 50-51; LAMARCA PÉREZ, C., *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, p. 348. Ampliamente, sobre los problemas procesales y de prueba que plantean las declaraciones de los coimputados, vid. CUERDA-ARNAU, M. L., *Atenuación*, cit., pp. 609 ss.

⁸⁰Así, CUERDA-ARNAU, M. L., *Atenuación*, cit., p. 600.

⁸¹Por todos, cfr. TERRADILLOS BASOCO, J., *Terrorismo y derecho*, cit., p. 80.

más sabe, lo que, se dice, constituye una lógica inconstitucional y criminógena⁸². No faltan sin embargo las voces a favor de este tipo de medidas en el ámbito de la ejecución de las penas, ya que puede ser una solución coherente con las exigencias de un Derecho penal preventivo orientado a la reinserción social y a la evitación de futuros delitos⁸³. Estamos ante preceptos orientados a la lucha antiterrorista que pretenden favorecer la colaboración en la averiguación de los hechos y de los culpables y la evitación de futuras actuaciones delictivas.

En cuarto lugar, los requisitos del art. 76.2 LOGP para la clasificación en tercer grado de terroristas y delincuentes organizados coinciden completamente con los que prevé el art. 90.1 CP con carácter general para acceder a la libertad condicional, lo que es muestra no sólo de la precipitación del legislador, que le lleva a no coordinar el texto de dos artículos que se modifican en la misma reforma, sino también de la existencia de un derecho excepcional con requisitos más gravosos para cierta clase de delincuentes.

3. Se modifica el art. 78 CP para conseguir el cumplimiento íntegro de la pena de prisión en más casos de los abarcados por la redacción anterior. Vayamos por partes. En primer lugar, se amplían los supuestos en que el cálculo para acceder a ciertos mecanismos que permiten un acortamiento del tiempo de estancia efectiva en prisión debe basarse en la totalidad de las penas impuestas y no en el máximo de cumplimiento efectivo de las penas determinado de acuerdo con lo previsto en el art. 76.1 CP: si antes se mencionaban únicamente los beneficios penitenciarios y la libertad condicional, ahora se añaden los permisos de salida y la clasificación en tercer grado.

La inclusión de los permisos de salida se ha querido justificar diciendo que España "no puede seguir siendo el único país de la Unión Europea en el que al día siguiente de entrar en prisión se pueden conceder permisos penitenciarios a quien está condenado... por delitos muy graves"⁸⁴, lo que es manifiestamente incorrecto, puesto que la concesión de un permiso ordinario de salida requiere no sólo un informe previo del equipo técnico y la no observación de mala conducta, lo que ya por sí solo supone el transcurso de un cierto lapso temporal, sino la extinción de la cuarta parte de la condena (arts. 47.2 LOGP y 154 RP).

En segundo lugar, sigue siendo potestativo para el juez o tribunal sentenciador "acordar que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la

⁸²Así, entre otros, CARBONELL/ MIRA BENAVENT en VIVES ANTÓN, T. S. (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995. Volumen II*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 2127. Esta objeción se puso de relieve también durante la tramitación parlamentaria de la LO 9/1984, dando lugar a la presentación por el Grupo Parlamentario Mixto (Sr. Bandrés Molet) de la enmienda núm.6 de supresión del art. 57 bis b) CP 1944/73.

⁸³El Consejo General del Poder Judicial, *Informes*, cit., p. 48, dice que "es un presupuesto razonable de la liberación condicional de los autores de los delitos a que se refiere".

⁸⁴Palabras del Ministro de Justicia recogidas en el BOCG, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, VII Legislatura, Sesión Plenaria núm.232, 6 de marzo de 2003, p. 11858.

clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias" "si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el apartado 1 del artículo 76 la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas" (art. 78.1 CP). Ahora bien, este acuerdo se convierte en preceptivo "en los supuestos previstos en los párrafos a), b), c) y d) del apartado 1 del artículo 76 de este Código, siempre que la pena a cumplir resulte inferior a la mitad de la suma total de las impuestas". Esto significa que siempre que el reo resulte condenado a más de 50, 60 u 80 años, según los casos, y por aplicación de los límites legales contemplados en el art. 76 CP sólo pueda cumplir respectivamente 25, 30 ó 40 años, será obligatorio para el juez o tribunal realizar el cómputo para los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y la libertad condicional atendiendo a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias, y no al límite máximo de cumplimiento efectivo. Esta regulación supone que en algunos casos el condenado no llegará a disfrutar ni de beneficios penitenciarios ni de permisos, por no hablar del tercer grado o de la libertad condicional, puesto que llegará antes al límite máximo de años que puede cumplir (25, 30 ó 40 según los casos) que a la mitad de la condena impuesta, que puede ser de cientos de años⁸⁵.

El art. 78 CP sólo es aplicable a los concursos reales de delitos y a los casos en que las penas se han impuesto en distintos procedimientos si los hechos, por su conexión o el momento de su comisión, pudieran haberse enjuiciado en uno sólo, como claramente se desprende de su dicción literal: "si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el apartado 1 del artículo 76..."⁸⁶.

Con el cumplimiento íntegro de las penas nos encontramos "ante una posición estética y demagógica de utilización abusiva del Derecho penal al servicio de la apariencia de una política eficaz "cara a la galería". Y ello por varias razones: en primer lugar, no es cierto que la mayor duración en la ejecución de la pena tenga, en general, un efecto intimidatorio real. En segundo lugar, impide cualquier política penitenciaria al tener que prescindir de su arma más eficaz: el acortamiento de la duración de la pena y la aplicación de beneficios a cambio de un buen comportamiento y del respeto al orden público dentro del establecimiento penitenciario. Y, sobre todo, impide de manera absoluta dar cumplimiento al mandato contenido en el artículo 25.2 de la Constitución"⁸⁷.

Teniendo en cuenta que esta regulación puede resultar manifiestamente desproporcionada en algún caso, la ley permite que "el juez de vigilancia, previo

⁸⁵Vid. los detallados ejemplos que aporta RENART GARCÍA, F., *La libertad condicional*, cit., pp. 108 ss, y que demuestran las extraordinarias consecuencias respecto del cumplimiento de la condena que depara la decisión del juez o tribunal en el momento de individualizar la pena.

⁸⁶Así lo señala expresamente GONZÁLEZ RUS en COBO DEL ROSAL, M. (coord.), *Comentarios, III*, cit., p. 986.

⁸⁷CARBONELL MATEU, J. C., "Reflexiones sobre el abuso del Derecho penal y la banalización de la legalidad", *Revista de Ciencias Penales* Vol.3, núms.1 y 2, 2000, p. 17.

pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento" (art. 78.3 CP), esto es, que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran nuevamente al límite máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable. Esta posibilidad incluida en el precepto "no altera las críticas acerca de su naturaleza híbrida, desafortunada e innecesaria, que siguen plenamente vigentes; en efecto, por un lado, pretende conciliar principios irreconciliables mediante una forzada técnica hermenéutica; por otro, su prescindibilidad se desprende de la propia experiencia: el sujeto que mantiene intacta su peligrosidad, que sostiene una actitud abiertamente inadaptada, que no sólo no reconoce sus delitos sino que se vanagloria de los mismos, no accederá al 3º grado penitenciario ni, en consecuencia, disfrutará de libertad condicional porque no cumplirá los requisitos generales del art. 90 del CP"⁸⁸.

De esta excepción se exceptúan, valga la redundancia, los delitos de terrorismo contemplados en los arts. 571 a 580 CP y los cometidos en el seno de organizaciones criminales, en cuyo caso "la anterior posibilidad sólo será aplicable: a) Al tercer grado penitenciario, cuando quede por cumplir una quinta parte del límite máximo de cumplimiento de la condena. b) A la libertad condicional, cuando quede por cumplir una octava parte del límite máximo de cumplimiento de la condena" (art. 78.3 CP)⁸⁹. Puede comprobarse aquí el afán retribucionista del legislador, que pretende que tanto los terroristas como los integrantes de organizaciones criminales que se encuentren en la situación contemplada en el art. 78 CP pasen en primer o segundo grado penitenciario el mayor tiempo posible, todo el de la condena si son peligrosos y cuatro quintas partes si no lo son y su pronóstico de reinserción es favorable, lo que a mi juicio resulta manifiestamente desproporcionado. Al respecto ha de señalarse además que si bien se delimitan con claridad los delitos de terrorismo, no puede decirse lo mismo acerca de los delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales. Pues, en efecto, ¿qué delitos se cometen en el seno de organizaciones criminales? ¿Sólo los de asociación ilícita? ¿Cualquier delito que contemple una agravante por organización (en España los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores, blanqueo de capitales, defraudación tributaria, contra la Seguridad social, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, tráfico de drogas y precursores y tráfico y depósito de armas, municiones y explosivos, así como el contrabando)? ¿Cualquier delito en cuya comisión se compruebe de hecho la existencia de una organización, aunque el Código penal no contemple

⁸⁸RENART GARCÍA, F., *La libertad condicional*, cit., p. 110.

⁸⁹Con esta modificación se opera un regreso a los orígenes del precepto, ya que durante la tramitación parlamentaria del Código penal de 1995 se pretendía aplicar el art. 78 exclusivamente a narcotraficantes y terroristas, y ante las críticas recibidas se decidió redactarlo de forma que su ámbito de aplicación fuera más amplio, para evitar acusaciones fundadas en la irracionalidad de la selectividad represiva.

una agravante específica por este motivo? Como puede observarse, la indefinición, y por tanto la inseguridad jurídica, es extrema⁹⁰.

Y en materia de libertad condicional se insiste en la misma línea, ya que aunque se mantienen sin modificaciones dos de los requisitos generales para su obtención, el encontrarse en tercer grado de tratamiento penitenciario y que se hayan extinguido tres cuartas partes de la condena impuesta, se puntualiza respecto del tercero, consistente en que se haya observado buena conducta y exista un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, que "no se entenderá cumplida la circunstancia anterior si el penado no hubiese satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y conforme a los criterios establecidos por el artículo 72.5 y 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria", declaración que resulta redundante, puesto que ya se establece como requisito para acceder al tercer grado el pago de la responsabilidad civil, y si no se está en tercer grado no se puede acceder a la libertad condicional. Y a los terroristas y delincuentes organizados se les vuelve a imponer la misma condición de estar desvinculados de la actividad criminal que ya se prevé en la legislación penitenciaria para acceder al tercer grado⁹¹. El desajuste y la superposición de requisitos no puede ser mayor: para acceder al tercer grado deben haber pagado la responsabilidad civil y estar desvinculados de la actividad criminal, exactamente lo mismo que para acceder a la libertad condicional, para lo cual es necesario que estén en el tercer grado.

El requisito general conforme al cual han de haberse extinguido las tres cuartas partes de la condena para obtener la libertad condicional puede sustituirse por la extinción de dos tercios, siempre que el sujeto merezca el beneficio por haber desarrollado continuamente actividades laborales, culturales u ocupacionales (art. 91.1 CP). Pues bien, esta excepción no es

⁹⁰Lo reconoce el Consejo General del Poder Judicial, en los *Informes*, cit., p. 33. Denuncia esta extrema indefinición RENART GARCÍA, F., *La libertad condicional*, cit., pp. 159-163, quien llega a la conclusión de que "la aplicación de estos preceptos queda únicamente reservada para aquellos sujetos condenados en sentencia firme por los delitos tipificados en los arts. 187.3, 189.2, 302, 369.6, 370 y 371.2 del Código Penal", esto es, los delitos que contemplan una agravante por pertenencia a una organización, con el fin de evitar vulneraciones del principio de legalidad.

⁹¹De acuerdo con el art. 90.1 CP, "en el caso de personas condenadas por delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código, o por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, se entenderá que hay pronóstico de reinserción social cuando el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y además haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades".

Esta redacción es prácticamente igual a la del art. 76.2 LOGP.

aplicable a terroristas y delincuentes organizados, a los que tampoco es posible acceder al adelantamiento de la libertad condicional que prevé el art. 91.2 CP⁹². "Ninguna otra justificación que no sea el puro retribucionismo puede fundamentar la exclusión de los colectivos referenciados de la posibilidad de acceder a la libertad condicional de un modo anticipado"⁹³. No otros son los motivos que llevan al legislador a imponer esta forma agravada de ejecución de las penas privativas de libertad sólo a terroristas y delincuentes organizados, porque en mi opinión no hay otra razón para meter en el mismo saco a estas dos categorías de delincuentes que el intento de enmascarar que se crea una legislación especial para terroristas. Es prueba de que sólo se piensa en los terroristas el que el art. 90.1 CP, al puntualizar cuándo se entiende que hay pronóstico de reinserción social mencione los fines y medios de la actividad "terrorista", la comisión de otros delitos "por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista", responsables "de delitos terroristas", etc., olvidándose de la delincuencia organizada común.

4. Con el fin de cerrar el sistema así diseñado se introducen dos nuevos apartados en el art. 93 CP, los núms.2 y 3, que regulan la revocación de la libertad condicional concedida a terroristas⁹⁴. En el caso de estos delincuentes se añade una causa de revocación a las ya previstas con carácter general para el resto de la población carcelaria, y es el incumplimiento de las condiciones que les permitieron el acceso a la libertad condicional, alusión que no puede sino referirse a la desvinculación respecto del grupo terrorista⁹⁵. Dándose cualquiera de las tres causas de revocación, la consecuencia es que el penado reingresa en prisión "con pérdida del tiempo pasado en libertad condicional", previsión que de nuevo pone de manifiesto el puro retribucionismo que se practica respecto de estos delincuentes, sin que se tenga presente si en efecto están desvinculados o no del grupo terrorista, si únicamente incumplieron una de las condiciones impuestas

⁹²Art. 91.2 CP: "A propuesta de Instituciones Penitenciarias y previo informe del Ministerio Fiscal y de las demás partes, cumplidas las circunstancias de los párrafos a) y c) del apartado 1 del artículo anterior, el juez de vigilancia penitenciaria podrá adelantar, una vez extinguida la mitad de la condena, la concesión de la libertad condicional en relación con el plazo previsto en el apartado anterior, hasta un máximo de 90 días por cada año transcurrido de cumplimiento efectivo de condena, siempre que no se trate de delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII o cometidos en el seno de organizaciones criminales. Esta medida requerirá que el penado haya desarrollado continuadamente las actividades indicadas en el apartado anterior y que acredite, además, la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso".

⁹³RENART GARCÍA, F., *La libertad condicional*, cit., p. 189.

⁹⁴Art. 93 CP: "2. En el caso de condenados por delitos de terrorismo..., el juez de vigilancia penitenciaria podrá solicitar los informes que permitan acreditar que subsisten las condiciones que permitieron obtener la libertad condicional. Si en dicho período de libertad condicional el condenado delinquire, inobservare las reglas de conducta o incumpliere las condiciones que les permitieron acceder a la libertad condicional, el juez de vigilancia penitenciaria revocará la libertad concedida, y el penado reingresará en prisión en el período o grado penitenciario que corresponda

3. En el supuesto previsto en el apartado anterior, el penado cumplirá el tiempo que reste de cumplimiento de la condena con pérdida del tiempo pasado en libertad condicional".

⁹⁵Coincide RENART GARCÍA, F., *La libertad condicional*, cit., p. 192.

por el Juez, si el incumplimiento tiene explicación, se ha producido una sola vez o es reiterado, etc., etc.

IV. LAS REFORMAS PROCESALES EN MATERIA DE EJECUCIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN

Se añade un nuevo apartado quinto a la Disposición adicional quinta de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, con el fin de que "cuando la resolución objeto del recurso de apelación de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso". se refiera a materia de clasificación de penados o concesión de la libertad condicional y pueda dar lugar a la excarcelación del interno, siempre y cuando se trate de condenados por delitos graves, el recurso tendrá efecto suspensivo que impedirá la puesta en libertad del condenado hasta la resolución del recurso o, en su caso, hasta que la Audiencia Provincial o la Audiencia Nacional se haya pronunciado sobre la suspensión". Con él se quiere hacer frente a la indignación popular que ha provocado la concesión del tercer grado o de la libertad condicional a terroristas no arrepentidos y a delincuentes peligrosos, pese a la oposición del Ministerio Fiscal, pues el recurso que éste pudiera presentar no tenía efectos suspensivos y no impedía, por tanto, la excarcelación. Con el fin de que la situación no se eternice, el segundo párrafo añade que "los recursos de apelación a que se refiere el párrafo anterior se tramitarán con carácter preferente y urgente".

No me parece que deba suscitar problemas esta cuestión. El Consejo General del Poder Judicial ha declarado que "no hay óbice constitucional para que la resolución que decreta la excarcelación anticipada del penado como consecuencia de una progresión de grado puesta en tela de juicio en el recurso de apelación, no sea de ejecución inmediata con el solo dictado de la resolución recurrida"⁹⁶. Falta por ver si en verdad se va a garantizar la rapidez en la tramitación del citado recurso de apelación.

V. ¿EFECTOS RETROACTIVOS DE LA REFORMA?

De acuerdo con la Disposición transitoria única de la LO 7/2003, "lo dispuesto conforme a esta ley, en los artículos 90 y 93.2 del Código Penal, respecto a las circunstancias para acceder a la concesión de la libertad condicional, y en el artículo 72.5 y 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria respecto a la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario, será aplicable a las decisiones que se adopten sobre dichas materias desde su entrada en vigor, con independencia del momento de comisión de los hechos delictivos o de la fecha de la resolución en virtud de la cual se esté cumpliendo la pena".

Esta disposición plantea el problema de si las condiciones y circunstancias de la ejecución de la pena forman parte de su contenido hasta el punto de poder afirmarse que un cambio desfavorable al reo, como el que se ha producido, no

⁹⁶Consejo General del Poder Judicial, *Informes*, cit., pp. 50-51.

puede ser aplicado a condenados que cumplen sentencia por hechos delictivos anteriores a su entrada en vigor o en virtud de condena anterior a su entrada en vigor por impedirlo el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales recogido en el art. 9.3 CE.

El principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables se relaciona con los conceptos de delito, culpabilidad y pena, y con el principio de legalidad. El efecto retroactivo no sólo haría perder a la conminación penal abstracta su función preventiva, sino que lesionaría la seguridad jurídica de los ciudadanos, desde el momento en que éstos no podrían actuar con pleno conocimiento de las consecuencias de sus actos, viéndose sorprendidos "a posteriori" por una norma que no podían conocer en el momento de la acción, porque no existía.

Pues bien, se ha defendido que la Disposición transitoria que nos ocupa no supone retroactividad, sino retrospección, y que además no es restrictiva de derechos, porque eso supondría que existe previamente un derecho y no una mera expectativa.

El Consejo General del Poder Judicial, basándose en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, habla de retrospección o retroactividad impropia para referirse a aquellas disposiciones legales que con posterioridad "pretenden incidir sobre situaciones o relaciones jurídicas actuales aún no concluidas", frente a la retroactividad auténtica, que supondría "anudar efectos a situaciones de hecho producidas o desarrolladas con anterioridad a la propia Ley", concluyendo que en el primer caso "la licitud o ilicitud de la disposición resultaría de una ponderación de bienes llevada a cabo caso por caso teniendo en cuenta, de una parte, la seguridad jurídica y, de otra, los diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del ordenamiento jurídico", mientras que en el segundo "la prohibición de la retroactividad operaría plenamente y sólo exigencias cualificadas del bien común podrían imponerse excepcionalmente a tal principio"⁹⁷. Esta apelación al bien común no supone ni más ni menos que sustituir la razón jurídica por la razón de Estado, aceptar un principio normativo de legitimación de la intervención punitiva no de carácter jurídico sino político, no subordinado a la ley como sistema de vínculos y garantías sino supraordenado a ella⁹⁸. Es incongruente afirmar la estricta y absoluta prohibición de retroactividad para después admitir algunas limitaciones, pues "¿cómo puede algo ser absoluto pero limitado; regir estrictamente y, en cambio, estar en conflicto con otros mandatos "irrenunciables"; estar dotado de carácter absoluto y estricto y, sin embargo, tener que ceder o inaplicarse?"⁹⁹. Los principios

⁹⁷Cfr. "in extenso" Consejo General del Poder Judicial, *Informes*, cit., pp. 51 ss.

⁹⁸Cfr. FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, cit., p. 808, que advierte de la ilegitimidad de la razón de Estado dictada por la emergencia hobbesiana, de forma que el estado de guerra justifica políticamente que se rompan las reglas de juego.

⁹⁹ALEXY, R., "Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del

pierden su valor cuando se flexibilizan o, en caso necesario, se apartan: dejan de ser principios. Y aun cuando aceptáramos que la prohibición de retroactividad deba admitir excepciones en supuestos extremos, lo cierto es que no nos encontramos ante uno de esos casos límite. El "bien común" al que alude el Consejo no es más que el afán punitivista de ciertos sectores sociales voceado y exacerbado por los medios de comunicación y por el legislador. Y lo mismo cabe decir, en caso de que se trate de retrospección y no de retroactividad, de la ponderación de bienes que según el Consejo ha de llevarse a cabo caso por caso, teniendo en cuenta la seguridad jurídica y los diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del ordenamiento jurídico.

La distinción entre retroactividad y retrospección es artificial. Lo que resulta decisivo, a mi juicio, es determinar si el delincuente que ha sido condenado a pena de prisión tiene derecho a que se le aplique el régimen penitenciario existente en el momento de la comisión del hecho delictivo o de la condena, y no uno desfavorable para él que entre en vigor en un momento posterior.

Cuando entró en vigor el Código penal de 1995 se suprimió el beneficio de la redención de penas por el trabajo, lo que supuso una modificación que afectó al modo de ejecución de la pena. Sin embargo, se siguió aplicando a todos aquellos delincuentes con condena anterior a la entrada en vigor del Código penal de 1995 aunque en dicha fecha no lo estuvieran disfrutando, sea porque estaban en prisión provisional, sea porque se encontraban en primer grado y no podían acceder a él, sea porque en aquel momento no cumplían los requisitos pero después sí.

De esta forma, aunque el preso aún no haya accedido al tercer grado o a la libertad condicional tiene derecho, y no una mera expectativa, a que no se modifique en sentido desfavorable el régimen penitenciario que se le aplica, pues si con él tenía derecho a que no se le mantuviera en un grado inferior cuando por su evolución merecía la progresión es obvio que el cambio operado, que atiende estrictamente al tiempo de condena cumplido, al menos hasta que transcurra la mitad de la condena, le afecta de forma desfavorable, violando su derecho a la seguridad jurídica y a la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras desfavorables o restrictivas de derechos individuales. Lo mismo puede decirse de los nuevos y más estrictos requisitos para acceder al tercer grado y a la libertad condicional. La ley penal más favorable al reo debe ser ultractiva respecto de la más desfavorable si es más antigua que ésta.

En conclusión, la reforma debe aplicarse a condenas futuras por delitos futuros y a condenas futuras por delitos pasados, pero no a condenas pasadas.

Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del muro de Berlín", *DOXA* núm.23, 2000, p. 213. Vid. también muy crítico ZIELINSKI, D., "Das strikte Rückwirkungsverbot gilt absolut im Rechtssinne auch dann, wenn es nur relativ gilt", en SAMSON, E./ DENCKER, F./ FRISCH, P./ FRISTER, H./ REISS, W. (Hrsg.), *Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag*, Nomos, Baden-Baden, 1999, pp. 811 ss.

VI. CONCLUSIONES

A mi entender, "la reforma penal propuesta ahonda aún más en una concepción arcaica, vindicativa y expiatoria de la pena de prisión. Profundiza en el desbordamiento de los límites garantistas... ofrece un derecho penal que si por una parte integra una imagen del ser humano cerrado a la sociedad, bloqueado en la condición de criminal peligroso y negado a perspectivas existenciales, por otra, ante su comprobada inadecuación para evitar la delincuencia y aún menos para resolver los problemas generales de la sociedad, se usa como vía de comunicación con los ciudadanos fieles para reforzar la confianza institucional sustituyendo su naturaleza democrática por su instrumentalización como técnica publicitaria entre los políticos y su público, como un instrumento que de-forma su sentido y con el que el Estado busca lealtades, silencios, por las dificultades y problemas de gobernabilidad, tanto ante específicos problemas concretos, más o menos coyunturales, como ante profundos desajustes estructurales"¹⁰⁰.

En fin, nos encontramos ante un retorno a posiciones puramente retribucionistas que se limitan a una exasperación de la gravedad de las penas y de las condiciones de su ejecución que recuerdan la posición mantenida por BINDING, representante cualificado de una concepción de la pena desprovista de todo fin preventivo, o, desde otra perspectiva, por VON LISZT, partidario de la inocuidad de los reincidentes mediante privación de libertad de duración indefinida, en relación con los delincuentes habituales o incorregibles, a principios del siglo XX¹⁰¹. Desde entonces se ha vivido el esplendor del principio de resocialización, que llevó a su constitucionalización en el art. 25.2 CE, y su abandono, más o menos soterrado pero cada vez más evidente, en el Código penal y en la normativa penitenciaria. "Para combatir una forma de delincuencia de las características del terrorismo, que supone un ataque a las bases del sistema democrático, se opta por supeditar los principios garantistas del Derecho penal contemporáneo a la efectividad de la intervención penal frente al mismo, de suerte que la excepcionalidad deviene justificada por la "defensa del Estado de Derecho" o de la democracia. Sin embargo, el Estado de Derecho no es un fin sino un medio y "no puede defenderse mediante su negación"¹⁰². La situación que estamos viviendo no es un fenómeno nacional, ni siquiera exclusivamente europeo¹⁰³. Están cambiando las reglas de juego. El "bien común", la razón de Estado, identificada con la conservación y el

¹⁰⁰MUÑAGORRI LAGUÍA, I., "Acerca de las reformas del 2003", cit., pp. 240-241.

¹⁰¹Vid. BINDING, Prólogo a su *Grundriss des Strafrechts*. AT, 1906; VON LISZT, "Der Zweckgedanke im Strafrecht", *ZStW* 1882, pp. 1 ss; del mismo autor, *La idea de fin en Derecho penal*, Edeval, Valparaíso, 1984.

¹⁰²RAMOS VÁZQUEZ, J. A., "Terrorismo e intervención penal", cit., p. 103, citando a FERRAJOLI.

¹⁰³En el Derecho comparado vid. la situación peruana en REYNA ALFARO, L., "La política criminal peruana en materia de criminalidad organizada: Reflexiones críticas preliminares", *CPC* núm.80, 2003, pp. 363 ss, donde denuncia que la actual política criminal de ese país en materia de corrupción administrativa se encuentra vinculada a la noción de un Derecho penal de enemigos que vulnera garantías y principios superiores del Derecho penal y procesal penal.

acrecentamiento de su potencia, tienden a convertirse en el fin primario e incondicionado de la acción de gobierno. El "enemigo" ha de ser suprimido en aras del interés general, sin parar mientes en el respeto a los principios que informan el Estado de Derecho. Frente a ello hemos de reafirmarnos en que "la razón jurídica del estado de derecho... no conoce enemigos y amigos, sino sólo culpables e inocentes. No admite excepción a las reglas más que como hecho extra o antijurídico, dado que las reglas -si se las toma en serio como reglas y no como simples técnicas- no pueden ser doblegadas cada vez que conviene. Y en la jurisdicción el fin nunca justifica los medios, dado que los *medios*, es decir, las reglas y las formas, son las garantías de verdad y de libertad y como tales tienen valor para los momentos difíciles más que para los fáciles; en cambio, el *fin* no es ya el éxito a toda costa sobre el enemigo, sino la verdad procesal obtenida sólo por su medio y prejuzgada por su abandono"¹⁰⁴.

¹⁰⁴FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, cit., p. 830.