



UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

TESIS DOCTORAL

Modernas tendencias en el Derecho Penitenciario.

Las propuestas del "*Derecho penitenciario mínimo*", el "*Derecho penitenciario del enemigo*" y las reformas del 2003 en el ordenamiento jurídico-penitenciario español.

Autor:

Roy Alexander Murillo Rodríguez

Director:

Dr. Jacobo Dopico Gómez-Aller

INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS "BARTOLOMÉ DE LAS CASAS"

Getafe, junio de 2009.

TESIS DOCTORAL

Modernas tendencias en el Derecho Penitenciario.

Las propuestas del “Derecho penitenciario mínimo”, el “Derecho penitenciario del enemigo” y las reformas del 2003 en el ordenamiento jurídico-penitenciario español.

Autor: Roy Alexander Murillo Rodríguez.
Director: Dr. Jacobo Dopico Gómez-Aller.

Firma del Tribunal Calificador:

Firma

Presidente:

Vocal:

Vocal:

Vocal:

Secretario:

Calificación:

Getafe, de de

DEDICATORIA

A papá y mamá.

A ella, como retribución simbólica por mi ausencia en aquellos momentos...

A él, por transmitirme la fuerza necesaria para sobrellevar esa ausencia.

A los dos, por el regalo de la vida y su infinito amor.

AGRADECIMIENTO.

Un sincero agradecimiento a esas personas que con su apoyo me ayudaron a sacar esta tarea:

Al profesor Dr. Jacobo Dopico Gómez-Aller, por su confianza, apoyo y estímulo académico.

A Chola, gracias por enseñarme a botar tanto prejuicio y luchar por la libertad.

A los amigos que encontré o reencontré por acá: Adi, Alejandro, Antonio –aunque ya no estés por este mundo-, Ana, Bea, Joaquín, Martha, Pepe, Romel, Yoli y Zaida. Su compañía hace de estos años un periodo inolvidable y ahora ya no tengo solo dos hermanos.

ÍNDICE

Introducción.....	9
CAPITULO I: El Derecho penitenciario desde el Derecho penal mínimo.....	13
1.- Introducción.....	13
2.- Nociones básicas del modelo Garantista de FERRAJOLI.....	14
a) Sobre los derechos fundamentales.....	14
b) Sobre la vigencia y la validez de las normas, y la concepción de la democracia.....	20
3.- Sobre el Derecho penal mínimo.....	25
a) Concepto.....	25
b) Sobre las garantías penales y procesales y la legitimación jurídica interna de la actividad punitiva.	26
b.1) Demanda de certeza y racionalidad jurídica.....	29
b.2) Sobre la pena, su finalidad y el respeto a la persona.....	31
c) Sobre el convencionalismo penal y el cognoscitivismo procesal.	45
c.1) Convencionalismo penal y el principio de legalidad...	47
c.2) Cognoscitivismo procesal y estricta jurisdiccionalidad....	50
d) Sobre el gobierno de los jueces (la expansión jurisdiccional).....	52
4.- La propuesta de Derecho penitenciario desde el Derecho penal mínimo.....	59
a) Función de la pena. La pena como prevención de la violencia.....	61
b) Por la certeza en la duración de las penas. Crítica de FERRAJOLI al principio de flexibilidad.....	63
5.- Consideraciones críticas sobre el Derecho penal y penitenciario mínimo.....	76
a) Renuncia a las finalidades de prevención especial positiva.....	76

b) Renuncia a la flexibilización de la pena privativa de libertad.....	79
c) Disminución de espacios de libertad en defensa de una dimensión de la libertad.....	88
d)Aplicación automática o de pleno derecho de los beneficios penitenciarios.....	92
e) Diversidad de centros de reclusión.....	92
f) Sobre la jurisdicción de vigilancia penitenciaria.....	93

CAPITULO II:

EL DERECHO PENITENCIARIO DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.....	97
1.- Introducción.....	97
2.- Nociones básicas sobre el Derecho penal del enemigo en el pensamiento de JAKOBS.....	95
a) Surgimiento del modelo del Derecho penal del enemigo.....	101
b) Sobre el enemigo y el concepto de persona.....	106
c) Autoexclusión del enemigo: una decisión libre y racional.....	116
d) Derecho a la seguridad.....	118
3.- Sobre la finalidad de la pena y las características del Derecho penal del enemigo	118
a) Del control, la inocuización y neutralización del enemigo como finalidad de la pena.....	120
b) Sobre las principales características del Derecho penal del enemigo	126
b.1) El adelantamiento de la punibilidad.	126
b.2) La desproporcionalidad de las penas.....	127
b.3) La reducción de determinadas garantías procesales contra los enemigos.....	128

b.4) Invocación al derecho a la seguridad y protección de las víctimas como mecanismo de justificación.....	129
b.5) La existencia de un subsistema penitenciario.....	131
4.- El Derecho penal del enemigo: retoño genuino de la política criminal del control en la sociedad contemporánea.....	132
5.- La propuesta de Derecho penitenciario desde el Derecho penal del enemigo.....	141
a) Subordinación de la prevención especial y la neutralización del finalidad de la pena.....	144
b) Un trato particular para los enemigos: límites a la flexibilidad de la pena.....	148
c) Fortalecimiento de la institución carcelaria y del encierro.....	150
d) Custodia de seguridad.....	151
6.- Consideraciones críticas sobre el Derecho penal y penitenciario del enemigo.....	155
a) Sobre el concepto de persona.....	156
b) Sobre la definición del enemigo y el efecto extensivo del régimen de excepción.....	161
c) Sobre el mito de la autoexclusión libre y racional del enemigo.....	168
d) Política criminal ineficaz e incremento de la sensación de inseguridad.....	170
e) Marginación de la finalidad preventivo especial positiva de la pena.....	176
f) Comprensión inadmisibles de la finalidad preventivo especial de la pena.....	179
g) Retorno a un Derecho penal de la peligrosidad.....	181
h) Quebranto al principio de igualdad.....	190

i) Derecho a la seguridad y los derechos de las víctimas.....	192
7.- Quebranto a los límites del Estado de Derecho.....	195

CAPÍTULO III:

SOBRE EL DERECHO PENITENCIARIO MÍNIMO Y EL DERECHO	
PENITENCIARIO DEL ENEMIGO EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA....	210
1.- Introducción.....	210
2.- Sobre el “ <i>torrente</i> ” de reformas legales del 2003.....	216
a) Sobre el incremento del encierro.....	217
b) Sobre el endurecimiento del encierro.....	228
c) Sobre un encierro singular para terroristas, miembros de organizaciones criminales y otros enemigos.....	241
d) Medidas alternativas al encierro.....	263
3. - Balance general de las reformas legales del 2003.....	266
a) Las reformas legales del 2003: un retoño genuino de la cultura del control en la sociedad contemporánea española.....	267
b) Presencia exigua de Derecho penal y penitenciario mínimo.....	271
c) Marcados rasgos de un Derecho penitenciario del enemigo.....	274
c.1) De la preponderancia de la seguridad sobre la libertad.....	274
c.2) Finalidad de prevención especial negativa de la pena: de la neutralización e inocuización del enemigo.....	277
c.3) Sobre un régimen penitenciario de excepción.....	278
4. Sobre los límites del Estado de Derecho y una España al revés.....	283
CONCLUSIONES.....	298
BIBLIOGRAFÍA.....	306

INTRODUCCIÓN:

En el *Estado de Derecho*, el proceso penal se visualiza como el mecanismo a través del cual se ejerce por la autoridad estatal, el *poder punitivo o la potestad de castigo* contra aquellos sujetos que han quebrantado el orden al incurrir en alguna conducta prohibida previamente.

A través de las garantías constitucionales y legales, se pretende asegurar que cuando el Estado materialice ese castigo, lo haga respetando la igualdad, la dignidad de todo ser humano y sus derechos fundamentales, con sujeción a las auto limitaciones adoptadas por el *poder político democrático*, respetando los principios y el procedimiento establecidos – garantía de legalidad-, y sin incurrir en abuso de su poder ni menoscabar esos derechos inherentes a todo ser humano, de los que gozamos todos por el solo hecho de nuestra condición de hombre o mujer.

La fase de ejecución penal se establece como una etapa más del proceso penal. De hecho, todas las fases del proceso que le preceden se justifican a efecto de asegurar que, cuando se ejecute la sanción y se materialice el "*ius puniendi*", se haga en forma legítima.

En efecto, el proceso penal no se agota o finaliza con el dictado o la firmeza de una sentencia condenatoria.¹ Por el contrario, a partir de ahí es que se impone con mayor claridad la potestad de castigo delegada por toda la sociedad a la autoridad única del Estado. Por lo tanto, contrario a la forma como funciona en la práctica, a partir de ese momento deberían de fortalecerse las garantías en favor del ciudadano condenado y asegurarle plenamente el acceso a la justicia y el efectivo respeto de sus derechos constitucionales, legales y penitenciarios. Valga señalar que este núcleo de garantías y derechos, a través de los que se procura equilibrar la posición del ciudadano frente al poder del Estado, en realidad no constituyen *beneficios* exclusivos de los transgresores de las normas, sino que son garantías para todos. Cualquiera de los que estamos fuera de los muros de la prisión, podríamos vernos repentinamente ubicados “del otro lado”, y sólo esas garantías nos permitirán exigir el respeto de nuestra dignidad y de nuestros derechos.

Percibir este orden del proceso y terminar con la idea de que el proceso penal finaliza con el dictado de la sentencia resulta una ardua tarea: la disfunción del sistema de justicia es tal que continúa acentuando y concentrando las garantías en la fase de juicio mientras *tolera su disminución en la fase posterior*², donde normalmente hasta las mismas leyes justifican que “ley y orden” –el típico lema de muchos sistemas penitenciarios- devalúen los derechos fundamentales de los privados de libertad. Como señala RIVERA

¹ En el mismo sentido, GISBERT GISBERT, Antonio, “La normativa procesal española en la ejecución de las penas privativas de libertad”, en RIVERA BEIRAS, Iñaki (coord.), *Cárcel y derechos humanos: un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos*, Barcelona, Bosch, 1992, p. 177; RODRÍGUEZ SÁEZ, José Antonio, “El derecho de defensa y de asistencia letrada en la fase de ejecución de las penas privativas de libertad: un análisis del deber ser”, en RIVERA BEIRAS, Iñaki (coord.), *Cárcel y derechos humanos...*, cit., pp. 196-197.

² MAPELLI CAFFARENA, Borja, “Ejecución y proceso penal”, en *Jornadas sobre sistema penitenciario y derechos humanos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, pp. 58-59.

BEIRAS³, no es sólo al momento de la aplicación o en la interpretación de los derechos de los privados de libertad que se tolera su devaluación, sino incluso desde la formulación misma de esas normas, porque muchas veces se formulan como derechos de ciudadanos de “segunda categoría”.

Por las consecuencias que produce el ejercicio de la actividad punitiva estatal sobre la libertad y dignidad, resulta fundamental que el Derecho penitenciario tenga su cimiento en las nociones y los principios básicos del Derecho constitucional y que desde la práctica penitenciaria se respeten esos valores así como los presupuestos del Estado de Derecho - caso contrario, el ejercicio de esa actividad estatal resultaría ilegítimo⁴.

Con la finalidad de realizar una primera aproximación al Derecho penitenciario español, pretendemos a través de este ejercicio académico, acercarnos a las propuestas de los profesores Luigi Ferrajoli y Günther Jakobs – desde lo que hemos denominado respectivamente, sus modelos de “*Derecho penitenciario mínimo*” y “*Derecho penitenciario del enemigo*”- por considerar que son dos posiciones modernas y reconocidas en la discusión académica, que en principio parecen llevar a direcciones opuestas.

La pretensión es valorar la idoneidad de los referidos modelos y al mismo tiempo concluir sobre el estado actual, *el rumbo y futuro del Derecho penitenciario español*.

³ RIVERA BEIRAS, Iñaki, *La devaluación de los derechos de los reclusos. La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría*, Barcelona, Bosch, 1997, p.369 y del mismo autor, “La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos”, en RIVERA BEIRAS, Iñaki (coordinador), *Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales*, Barcelona, Bosch, 1994, p. 72.

⁴ MAPELLI CAFFERENA, Borja, “Las relaciones especiales de sujeción y el sistema penitenciario”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, XVI (1993), pp. 303-304.

Para cumplir el objetivo, se expondrán las nociones básicas que cada autor hace sobre el Derecho penitenciario y su caracterización particular, para finalmente realizar un análisis concreto de las instituciones actuales del Derecho penitenciario español –sobre todo el régimen progresivo y los beneficios penitenciarios- con el fin de evaluar si se presentan rasgos o manifestaciones del garantismo o del Derecho penal del enemigo, considerando sobremanera las últimas reformas legales en la materia.

CAPITULO I:

EL DERECHO PENITENCIARIO DESDE EL DERECHO PENAL MÍNIMO DE FERRAJOLI.

1.- Introducción.

FERRAJOLI es uno de los autores contemporáneos que con mayor lucidez y precisión critica la situación actual del Estado de Derecho y las disfunciones del sistema de justicia, ofreciendo al mismo tiempo una propuesta para subsanar la “cuestión” y asegurar una mayor eficacia al Derecho penal. En definitiva quien le estudie necesariamente reacciona ante sus reflexiones, ya sea adhiriéndose o apartándose. El autor “*no es un académico recitador de la tradición, ni un pensador sin originalidad*”,⁵ sino todo lo contrario. Se caracteriza además porque, junto al planteamiento teórico, presenta un análisis de la realidad, buscando un equilibrio entre lo teórico y lo práctico, ofreciendo soluciones y demandando el efectivo respeto de la dignidad humana y una sociedad más democrática.

A pesar de las fuertes críticas que hace contra el sistema y el Derecho penal vigente, su planteamiento no es abolicionista sino que, por el contrario, considera que la sanción penal es un mecanismo necesario e importante para asegurar la solución de los conflictos y el orden, por lo que hasta una hipotética sociedad perfecta requiere de la sanción penal aunque se prescinda de la cárcel y se utilicen penas menos aflictivas.⁶

⁵ MORA MOLINA, Juan Jesús, *El garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli. Un estudio de filosofía del derecho sobre la frágil relación entre la democracia, la constitución y el estudio del derecho*. Huelva, Universidad de Huelva, Servicio de Publicaciones, 2004, p. 24.

⁶ FERRAJOLI, *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal*, 7ª edición, Madrid, Trotta, 2005, p. 413. En el mismo sentido, defendiendo la pena como técnica institucional de minimización de la violencia socialmente intolerada; EL MISMO, “El derecho penal mínimo”, en BUSTOS

El autor propone una reformulación del Derecho penal en la democracia moderna. Nos presenta un programa de Derecho respetuoso de las garantías procesales y penales. El Derecho penal utilizado como último recurso para la solución de los conflictos sociales pero al mismo tiempo, un ejercicio más efectivo del *ius puniendi*. Su crítica también la extiende a la materialización o ejecución del castigo, ofreciendo un modelo de ejecución penal bajo principios y una dinámica distinta, punto de especial interés para nuestra investigación.

De previo a analizar su propuesta concreta en materia penitenciaria y para comprender de mejor manera sus críticas al funcionamiento actual del sistema de justicia penal y su falta de legitimación, es importante conocer –de forma meramente descriptiva- los conceptos básicos de su teoría sistemática y su concepción del Estado de Derecho, su estructura y funcionamiento.

2.- Nociones básicas del modelo Garantista de FERRAJOLI.

a) Sobre los derechos fundamentales.

En el modelo garantista de FERRAJOLI los derechos fundamentales juegan un papel esencial al ser la base de lo que él denomina “*democracia sustancial*”.⁷

RAMÍREZ, Juan (director), *Prevención y teoría de la pena*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 1995, pp. 26-47 (disponible en www.neopatopticum.wordpress.com).

⁷ Al respecto véase, FERRAJOLI, *Derecho y razón... cit.*, pp. 851-927.

Desde su propuesta sistemática, los derechos fundamentales son un conjunto de derechos subjetivos que pertenecen o corresponden a todos universalmente, en cuanto que personas, ciudadanos o sujetos con capacidad de actuar, destacando su igualdad jurídica e identificándolos como derechos universales, inalienables e indisponibles,⁸ concepto que es importante tener presente pues las garantías penales y procesales constituyen derechos fundamentales.

Cuando se hace referencia a ese carácter *universal* no se otorga un sentido absoluto, sino relativo, respecto de todos aquellos sujetos a quienes normativamente se reconozca como titulares de derecho. La extensión de la igualdad dependerá, de esa manera, de la cantidad y la calidad de los intereses protegidos como derechos fundamentales, de tal manera que entre más extensa sea la cantidad de individuos pertenecientes a ese “*status*” normativo, (por ejemplo, “*persona*”, “*ciudadano*”, “*capaz de obrar*”) mayor será la democracia en el Estado que promueve dicha ampliación; y viceversa, cuanto más restringido sea el «*acceso*» a tales «*status*», menor será el desarrollo del proceso democrático y menos el alcance de la igualdad.

La indisponibilidad de los derechos fundamentales presenta una doble dimensión: activa y pasiva. Y es que ni los propios titulares gozan de la potestad para alienarlos -indisponibilidad activa-, ni los otros sujetos, incluido el Estado, tienen autoridad para suprimirlos o limitarlos - indisponibilidad pasiva-. Así, estos derechos imponen límites a sus propios titulares y a terceros pues imposibilitan su enajenación y su privación.⁹

⁸ FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales: debate con Luca Baccelli, Michelangelo Bovero, Riccardo Guastini Mario Jori, Anna Pintore, Ermanno Vitale y Danilo Zolo*, 2ª edición, Madrid, Trotta, 2005, p. 21.

⁹ FERRAJOLI, *Los fundamentos de los derechos fundamentales... cit.*, p. 32.

Estas diferencias convalidan su noción *formal* de derechos fundamentales, donde la fundamentalidad radica en su universalidad e indisponibilidad, de tal forma que constituyen un límite a los poderes públicos y a la autonomía de sus propios titulares. En tal sentido, se constituyen en condición de legitimidad de los poderes públicos y determinan la sustancialidad de la democracia.¹⁰ Por definición siempre se van desarrollando *en protección de la parte más débil y como límites al poder*¹¹.

“Y bien, siempre, en la historia, cada conquista de derechos, cada progreso en la igualdad y en las garantías de la persona, han estado determinados por la revelación de una discriminación o de una opresión de sujetos débiles o distintos que se tornan, en cierto momento, intolerables. La persecución de los heréticos y la lucha por la libertad de conciencia al inicio de la edad moderna; luego, la de los disidentes políticos y la batalla por la libertad de imprenta y de opinión; más tarde, la explotación del trabajo obrero y las luchas sociales por los derechos de los trabajadores; después –todavía– la opresión y las discriminaciones de la mujer y las batallas por su emancipación y liberación. Siempre, en cierto momento, el velo de

¹⁰ FERRAJOLI, *Los fundamentos de los derechos fundamentales... cit.*, pp. 34-35.

¹¹ Y es que normalmente el hombre con poder abusa del mismo: “El poder –todos los poderes, sean públicos o privados– tiende en efecto, ineluctablemente, a acumularse en forma absoluta y a liberarse del derecho. “Es una experiencia eterna”, como escribiera Montesquieu, “que todo hombre que tiene poder siente la inclinación de abusar de él, yendo hasta donde encuentra límites”. Y este límite es precisamente el derecho, el cual, por lo mismo, se configura al menos en la edad moderna, como una técnica dirigida a limitar, disciplinar y, por consiguiente, minimizar el poder. Es ésta, precisamente, la naturaleza del derecho moderno y del Estado de derecho, Principio de legalidad, división de poderes, sujetos de todos a los poderes de la ley –incluso, en los sistemas dotados de constitución rígida, el poder legislativo– no son sino técnicas dirigidas a garantizar la limitación y la regulación del poder, de otro modo absoluto. ..Por eso, bien podemos definir al derecho como la ley del más débil frente a la ley del más fuerte propia del estado de naturaleza... Toda la historia moderna del derecho puede ser leída como la historia de esta larga y difícil obra de minimización del poder de una progresiva sustitución del gobierno de los hombres por el gobierno de las leyes, que es “el gobierno de la razón”, escribía Aristóteles...” (FERRAJOLI, Luigi, *El garantismo y la filosofía del Derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, pp. 118-121).

*'normalidad' que ocultaba las opresiones de los sujetos débiles ha sido desgarrado por sus luchas y reivindicaciones"*¹²

Los derechos fundamentales expresan la dimensión sustancial de la democracia y en virtud de sus características de universalidad, indisponibilidad y de rango usualmente constitucional, constituyen parámetros de validez del ejercicio de los poderes públicos y se configuran como vínculos sustanciales normativamente impuestos incluso a las decisiones de la mayoría, al ser fundamentales para la convivencia en comunidad y razón de ser del Estado.¹³

La dimensión sustancial de la democracia no es un elemento contrapuesto a la democracia formal sino que se visualiza como su necesario complemento.¹⁴ Al incorporarse los derechos fundamentales a la Constitución, ésta se constituye en la principal garantía de la democracia en su dimensión formal (conjunto de procedimientos y de controles estipulados en garantía de la representación y del principio de mayoría) y sustancial (derechos fundamentales que garantizan la igualdad y las necesidades vitales de todos).¹⁵

Esta dimensión de la democracia impone límites a la dimensión formal o procedimental mediante la delimitación de aquello sobre lo que no se puede decidir (los derechos de libertad) y sobre lo que no se puede dejar de decidir

¹² FERRAJOLI, *El garantismo y la filosofía...*, cit., pp. 179-180. En el mismo sentido, FERRAJOLI, Luigi, "Jueces y política", en *Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, N° 7 (1999), p. 64.

¹³ FERRAJOLI, FERRAJOLI, *Los fundamentos de los derechos fundamentales..* cit., pp. 35-36. "Derechos fundamentales", cit., pp. 35-36.

¹⁴ FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 5ª edición, Madrid, Trotta, 2006, p. 23.

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi, "El Estado constitucional de Derecho hoy: el modelo y su divergencia con la realidad", en ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (director), *Corrupción y estado de derecho: el papel de la jurisdicción*, Madrid, Trotta, 1996, p. 22.

(los derechos sociales). De esta forma, la relación Estado de Derecho-democracia política se redefine en el sentido de que el primero, como resultado del conjunto de garantías liberales y sociales, se configura como un sistema de meta-reglas respecto de las reglas mismas de la segunda, por lo que en un sentido sustancial y social de democracia, el Estado de Derecho equivale a la democracia misma pues refleja, más allá de la voluntad de la mayoría, los intereses y las necesidades vitales de todos.¹⁶

Así los derechos fundamentales imprimen una dimensión sustancial al Estado de Derecho y a la democracia, ya que las normas que reconocen los mismos determinan no solo la forma (quién decide y cómo se decide) sino también el contenido o la sustancia de las decisiones (qué no es lícito decidir o no decidir). De esta manera, los derechos fundamentales determinan incluso la esfera de lo *“indecidible”* y lo *“no decidible que no”*, a saber respectivamente, las prohibiciones determinadas por los derechos de libertad y las obligaciones estatales que se imponen a través del reconocimiento de los derechos sociales.¹⁷ Con la auto imposición de estos límites por parte del *poder político democrático*, ni por mayoría absoluta, incluso ni por unanimidad, puede resolverse o dejar de resolverse sobre determinados asuntos.

“La primera regla de todo pacto constitucional sobre la convivencia civil no es, en efecto, que se deba decidir sobre todo por mayoría, sino que no se puede decidir (o no decidir) sobre todo, ni siquiera por mayoría. Ninguna mayoría puede decidir la supresión (o no decidir la protección) de una minoría o de un solo ciudadano. En este aspecto el Estado de derecho, entendido como sistema de límites sustanciales impuestos legalmente a los

¹⁶ FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., p. 864.

¹⁷ FERRAJOLI, *Los fundamentos de los derechos fundamentales...* cit., p. 36.

*poderes públicos en garantía de los derechos fundamentales, se contraponen al estado absoluto, sea autocrático o democrático. Incluso la democracia política más perfecta, representativa o directa, sería un régimen absoluto y totalitario si el poder del pueblo fuese en ella ilimitado. Sus reglas son sin duda las mejores para determinar quién puede decidir y cómo debe decidir, pero no bastan para legitimar cualquier decisión o no decisión. Ni siquiera por unanimidad puede un pueblo decidir (o consentir que se decida) que un hombre muera o sea privado sin culpa de su libertad, que piense o escriba, o no piense o no escriba, de determinada manera, que no se reúna o no se asocie con otros, que se case o no se case con cierta persona o permanezca indisolublemente ligado a ella, que tenga o no tenga hijos, que haga o no haga tal trabajo u otras cosas por el estilo. La garantía de esos derechos vitales es la condición indispensable de la convivencia pacífica”.*¹⁸

Esta diferencia entre normas de diferente rango y la vinculación de las normas de grado inferior a las superiores, y la diferencia entre la legitimación interna y la externa del sistema, la presenta el autor como presupuesto teórico y axiológico de su propuesta, diferenciando el Derecho de la moral o entre validez y justicia, donde la validez de las normas no se limita a exigir la conformidad de las normas con la forma sino que exige una conformidad sustancial con las normas de rango superior que dictan limitaciones de contenido al ejercicio de poder punitivo¹⁹.

¹⁸ FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., p. 859.

¹⁹ Al respecto, FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., pp. 353-420. Sobre la relevancia de ese planteamiento, ANSUÁTEGUI ROIG, Javier, *De los derechos y el Estado de Derecho. Aportaciones a una teoría jurídica de los derechos*, Colombia, Universidad Externado, 2007, p. 57.

b) Sobre la vigencia y la validez de las normas, y la concepción sustancial de la democracia.

FERRAJOLI entiende por *vigencia* de las normas su validez únicamente formal, sea la regularidad del acto normativo –el efectivo respeto a los procedimientos y competencia-, y por *validez* comprende su validez sustancial, sea su contenido o significado normativo. Las normas formales sobre la *vigencia* se identifican con las reglas de la *democracia formal*, mientras que las normas sustanciales sobre la *validez* se identifican con las reglas de la *democracia sustancial*. Las primeras aseguran el procedimiento para que las decisiones sean la expresión de la voluntad de la mayoría; las segundas aseguran, so pena de invalidez, que las decisiones de la mayoría estén vinculadas al respeto de los derechos fundamentales. Por consiguiente, según nuestro autor, el paradigma de la democracia constitucional se concreta actualmente en la sujeción de la ley al Derecho, mediante la separación entre vigencia y validez, entre mera legalidad y estricta legalidad, entre forma y sustancia, y entre legitimación formal y legitimación sustancial, dado que el principio de soberanía popular y la regla de la mayoría se subordinan a los derechos fundamentales como principios sustanciales que determinan los ámbitos de las decisiones democráticas, razón por la que se constituyen en fuente de deslegitimación más que de legitimación de la actividad estatal.²⁰

Su concepción de la democracia implica un sistema complejo de separación y equilibrio de poderes, de límites de forma y contenido a su ejercicio, de garantía de los derechos fundamentales, de técnicas de control y compensación si son vulnerados. En definitiva, la sustancia de la democracia está referida a un sistema donde la regla de la mayoría vale solamente para

²⁰ FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., p. 359.

decidir sobre la esfera de lo permitido o discrecional, circunscrita y condicionada por la esfera de lo obligatorio, que está formada por los derechos fundamentales de todos: los derechos de libertad, que ninguna mayoría puede violar, y los derechos sociales -a la salud, a la escuela, a la prevención y a la subsistencia- que toda mayoría está obligada a satisfacer.²¹ A esa nueva dimensión de la democracia se llega a través de la técnica de lo que él denomina, la “*incorporación limitativa*”:

“El término ‘estado de derecho... es sinónimo de ‘garantismo’. Por eso designa no simplemente un ‘estado legal’ o ‘regulado por la ley’, sino un modelo de estado nacido con las modernas constituciones y caracterizado: a) en el plano formal, por el principio de legalidad, en virtud del cual todo poder público –legislativo, judicial o administrativo- está subordinado a leyes generales y abstractas, que disciplinan su forma de ejercicio y cuya observancia se halla sometida a control de legitimidad por parte de jueces separados del mismo e independientes (el Tribunal Constitucional para las leyes, los jueces ordinarios para las sentencias; los tribunales administrativos para las decisiones de ese carácter); b) en el plano sustancial, por la funcionalización de todos los poderes del estado al servicio de la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos, mediante la incorporación limitativa en su Constitución, de los derechos públicos correspondientes, es decir, de las prohibiciones de lesionar los derechos de libertad y de las obligaciones de dar satisfacción a los derechos sociales, así como de los correlativos poderes de los ciudadanos de activar la tutela judicial”²²

²¹ FERRAJOLI, *El garantismo y la filosofía...*, cit., pp. 144-145.

²² FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., pp. 856 y 857.

Se produce así un cambio de paradigma, donde ya el Derecho no es un instrumento de la política sino que ésta debe ser asumida como un instrumento para la actuación del Derecho. Se redefine la democracia al no limitarse a la forma representativa de la mayoría y el respeto a las formas en la producción normativa, sino que comprende ahora una dimensión sustancial que se impone a través de los principios constitucionales y los derechos fundamentales que vinculan además el contenido de las leyes bajo sanción de invalidez sustancial,²³ y donde la legitimación del poder político está condicionada a la efectiva tutela de los principios y derechos fundamentales. Desde esta perspectiva Estado de Derecho es sinónimo de garantismo, comprendiendo por definición la sujeción de todos los poderes al respeto de los principios sustanciales establecidos por la norma constitucional, el respeto del principio de la división de poderes y de los derechos fundamentales.²⁴

Esta concepción del Estado va más allá de un simple modelo de organización jurídico-político o del mero Estado liberal. Podría identificarse con el *Estado Constitucional*²⁵ y coincide con la denominada por PECES-BARBA como la “*versión normativa amplia*” del Estado de Derecho²⁶, donde con el reconocimiento y la positivización de los derechos fundamentales se produce la subordinación de la ley a esos valores incorporados como garantía contra el abuso del poder. De esta manera, para la validez de las leyes, además de la

²³ FERRAJOLI, *El garantismo y la filosofía ...*, cit., p. 134.

²⁴ FERRAJOLI, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, en CARBONELL, Miguel (editor) *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 13-14.

²⁵ Sobre la evolución del Estado Liberal al Estado Constitucional, ANSUÁTEGUI, ROIG, *De los derechos y el Estado...*, cit., pp. 73-105.

²⁶ PECES-BARBA, Gregorio, *Curso de Teoría del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 1999, p. 108. En el mismo sentido, ANSUÁTEGUI ROIG, *De los derechos y el Estado...*, cit., pp. 21-72.

exigencia del respeto al principio de legalidad²⁷, donde la conformidad con las normas es requisito para la vigencia de la normativa, se exige que la ley sea conforme con los valores superiores reconocidos en la norma de mayor rango.²⁸

El garantismo constituye una técnica de limitación y disciplina de los poderes públicos, en tutela de los derechos de todos, básicamente los intereses de los débiles respecto de los más fuertes y la tutela de las minorías marginadas o discrepantes de la mayoría²⁹. Entre esas minorías por supuesto, están las personas objeto de persecución por parte del sistema de justicia.

A efecto de asegurar la democracia se establece que son necesarias dos tipos de *garantías*. Las *primarias* que son el conjunto de prohibiciones y obligaciones formales y sustanciales impuestas al ejercicio del poder, en tutela de los derechos fundamentales y las *garantías secundarias*, que son las diferentes formas o maneras de reparación cuando se acredite la existencia de

²⁷ Sobre el concepto del principio de legalidad, FERRAJOLI señala que: “... el principio de legalidad, que es un principio organizativo en virtud del cual todos los poderes públicos están sometidos a la ley y al mismo tiempo una norma de reconocimiento de todas las normas válidas en tanto que producidas de las formas, en las condiciones y por lo poderes legalmente preestablecidos”, FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., p. 221. Desde la percepción del Estado Constitucional, se trata ahora de una legalidad condicionante de la legitimidad pero al mismo tiempo condicionada por esos vínculos de contenido sustancial: “...la legalidad (no solo penal) exigida por el paradigma del Estado de derecho se caracteriza, en términos generales, como una legalidad no sólo condicionante de la legitimidad, sino condicionada, ella misma, por vínculos constitucionales de tipo sustancial –como el principio de igualdad y la salvaguarda de los derechos fundamentales-, y legitimada, a su vez, sólo en la medida de su conformidad con los mismos. Ni siquiera el legislador, en el Estado de derecho, es omnipotente. Y también la ley, tanto más si tiene por objeto el uso de la violencia, se encuentra sujeta a límites legales no sólo de forma sino también de contenido”, (FERRAJOLI, *El garantismo y la filosofía...*, cit., pp. 94-95).

²⁸ Sobre el Estado de Derecho y la validez de las normas legales condicionada por la coherencia de sus significados o contenidos con los principios constitucionales, ver FERRAJOLI, Luigi, *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Madrid, Trotta, 2006, p. 17.

²⁹ FERRAJOLI, *Derechos y garantías...*, cit., pp. 19-20.

su quebranto –sea la no efectividad de las garantías primarias-, por ejemplo la anulabilidad del acto o la indemnización por acto ilícito.³⁰

En este sistema la existencia del Poder Judicial y del control jurisdiccional resulta indispensable, pues son los jueces los encargados de asegurar la efectividad de las garantías secundarias.³¹ Esto es importante tenerlo presente a la hora de valorar la situación de las personas privadas de libertad, las garantías del respeto de sus derechos y el control judicial sobre su situación.

FERRAJOLI caracteriza el Estado de Derecho como un sistema político basado en la disciplina legal y el monopolio estatal del uso de la fuerza, con la finalidad de excluir o minimizar la violencia en las relaciones interpersonales y asegurar la convivencia pacífica que solo se alcanza a través de la técnica de la democracia, que procura la solución menos violenta de los conflictos y la satisfacción de las necesidades vitales de todos.³²

La esencia del Estado de Derecho, del Constitucionalismo y del garantismo reside en la *sujeción a la ley de todos los poderes*, públicos y privados, y en un conjunto de reglas, límites y vínculos idóneos para impedir su degeneración en poderes salvajes. De esta manera se procura *maximizar las*

³⁰ Sobre las garantías primarias y secundarias, FERRAJOLI, *El garantismo y la filosofía...*, cit., pp. 132-134.

³¹ Sobre la importancia de las garantías y los riesgos de confiar el sistema únicamente en garantías institucionales insiste Pisarello, requiriendo además de las garantías políticas y jurisdiccionales, la existencia de espacios ciudadanos en condiciones de garantizar socialmente la eficacia de las garantías institucionales, porque para la efectividad de los derechos fundamentales, además de la identificación de los mismo y de los sujetos obligados, es imprescindible la acción de los sujetos depositarios de esos derechos -como tales capaces de accionar y obligar-. PISARELLO, Gerardo, "Ferrajoli y los derechos fundamentales: ¿qué garantías?", en *Jueces para la democracia*, N° 47 (2007), p. 8-9.

³² FERRAJOLI, *El garantismo y la filosofía...*, cit., pp. 88-90.

libertades y expectativas de todos y para todos y la minimización del poder. Se propone el enlace entre un Estado liberal mínimo y un Estado social máximo, con un Derecho mínimo en la esfera penal –mediante la minimización de las restricciones a la libertad de los ciudadanos y la extensión de los límites de la actividad represiva-.

3) Sobre el Derecho penal mínimo.

a) Concepto.

Para FERRAJOLI el ejercicio de la actividad punitiva del Estado se justifica únicamente en la medida que minimice la violencia arbitraria de la sociedad, asegurando la mayor libertad y el efectivo respeto de los derechos fundamentales de todos.

Desde su planteamiento existe una correspondencia biunívoca entre justificación de la *actividad represiva* y *garantismo penal*³³ porque un sistema penal se justifica únicamente si minimiza la violencia, objetivo que se asegura en la medida que se satisfagan las garantías penales y procesales del *Derecho penal mínimo*:

“Frente a la crisis regresiva del derecho penal es hoy necesaria y urgente una batalla política y cultural en torno a un programa de derecho penal garantista. Un programa de ese tipo, que he llamado de derecho penal mínimo, debería intentar restituir al derecho penal su naturaleza de

³³ Sobre el garantismo como un modelo de derecho fundado sobre la rígida subordinación de todos los poderes a la ley y el respeto a los derechos fundamentales, FERRAJOLI, *Democracia y Garantismo*, Madrid, Trotta, 2008, p. 199.

*instrumento costoso, como extrema ratio, y por otro lado su papel de ley del más débil dirigida a la minimalización de la violencia y a la tutela de bienes fundamentales... Es evidente el nexo indisoluble entre derecho penal mínimo, garantismo y eficiencia. Sólo un derecho penal desburocratizado, limitado como extrema ratio únicamente a las ofensas a los derechos y a los bienes más fundamentales, puede de hecho asegurar el respeto de todas las garantías y a la vez el funcionamiento y la credibilidad de la maquinaria judicial.”*³⁴

*El Derecho penal mínimo es un modelo normativo de Derecho, que procura una reconstrucción racional del sistema penal, procesal y penitenciario, dirigido a la minimalización de la violencia y la prevención de penas arbitrarias*³⁵. Se trata de una doctrina que justifica el Derecho penal únicamente en la medida que la violencia y la arbitrariedad que éste genere sean menores que las que se producirían sin su intervención o en su ausencia. Para lo cual exige la vigencia y el respeto de una serie de garantías penales y procesales en el ejercicio de la potestad punitiva estatal, contra los excesos, el abuso y el arbitrio, policial, judicial y de las autoridades penitenciarias.

b) Sobre las garantías penales y procesales y la legitimación jurídica interna de la actividad punitiva.

El Derecho penal mínimo reclama el pleno respeto de las garantías penales y procesales como condiciones irrenunciables de legitimación de la actividad punitiva estatal. Por definición en el Estado de Derecho, esas garantías y

³⁴ FERRAJOLI, Luigi, “Criminalidad y Globalización”, en *Claves de razón práctica*, N° 152 (2005), p. 24.

³⁵ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo...*, cit., pp., 195, 252, 253.

condiciones sustanciales de justificación se hacen explícitas en normas de valor superior y como tales, son requisito de legitimación jurídica interna.³⁶

Estas garantías integran un conjunto de limitaciones inderogables en función de la protección de los derechos y libertades fundamentales, de los que se derivan vínculos negativos sustanciales o prohibiciones que constituyen derechos personalísimos que por su naturaleza son indisponibles e inalienables, por lo que ni siquiera por unanimidad podrían ser derogados³⁷ y a los que el autor les otorga el carácter de derechos subjetivos:

“La legitimidad de la imposición coactiva se medirá no ya tanto por su eficacia para eliminar o reducir el delito, sino por su capacidad de hacerlo con el mínimo coste para los derechos de los afectados y para la paz jurídica. La forma, los medios o instrumentos del Derecho penal deben por lo tanto conformarse de acuerdo con los principios generales de respeto a los derechos humanos y los valores que inspiran la convivencia democrática...La legitimidad del sistema penal estatal se asienta en las garantías que ofrece al delincuente de ser tratado con dignidad y sin excesos, de recibir protección frente a eventuales reacciones vindicativas. El garantismo sigue constituyendo el objetivo más plausible de la intervención penal. La propuesta de ‘Derecho penal mínimo’ expresada sugestivamente por FERRAJOLI ha logrado amplia aceptación, porque asienta la legitimidad de la fuerza legal en la minimización de la violencia, en su necesidad para prevenir la violencia del delito, pero también la violencia de la venganza, de

³⁶ FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., p. 363.

³⁷ FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil...*, cit., pp. 23- 24.

*las reacciones informales incontroladas, que de no intervenir el derecho se desencadenarían*³⁸

El ejercicio de la actividad punitiva será legítimo únicamente en la medida que respete esas prohibiciones, libertades o derechos.³⁹ Desde esta perspectiva y bajo la estructura normativa descrita, se desarrolla el *garantismo penal*⁴⁰, donde los derechos constitucionalmente reconocidos a los ciudadanos equivalen a deberes asignados igualmente al Estado.⁴¹

Para el garantismo la pena sólo se produce como consecuencia jurídica de un hecho previamente calificado como delito, de tal forma que ésta se impone como retribución ante la existencia de un hecho y no como una medida preventiva⁴². Así el principio de legalidad penal se constituye en el primer postulado del positivismo jurídico: *“nulla poena, nullum crimen sine lege”*, conforme al cual solo las leyes definen lo que es delito (mera legalidad). Por su parte el principio de estricta legalidad presupone que el castigo se imponga siempre que además del hecho, se cumpla con una serie de condiciones sustanciales verificables: materialidad de la acción, lesividad del resultado, culpabilidad, presunción de inocencia, defensa, etcétera.

³⁸ ASUA BATARRITA, Adela., “Política Criminal y Prisión. Discursos de justificación y tendencias actuales”, en *Revista de ciencias penales*, Vol. 1, N° 2 (1998), p. 293

³⁹ Como lo señala ANDRÉS IBÁÑEZ, el irrespeto de las garantías estructurales permiten cuestionar el juicio así como la legitimidad de su resultado. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, “Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción”, en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (coordinadores), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005, pp. 70-71.

⁴⁰Sobre el garantismo como límite y vínculo para el poder -judicial, legislativo y ejecutivo-, FERRAJOLI, *El Garantismo y la filosofía...*, cit., pp. 142-143.

⁴¹ FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., p. 857.

⁴² FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., pp. 368-369.

b.1) Demanda de certeza y racionalidad jurídica.

Desde la formulación de un Derecho penal mínimo se exige una contracción del sistema penal -donde se ha abusado de tácticas de control y represión en una deriva inflacionaria de la legislación penal- en busca de mayor eficacia y la garantía efectiva del respeto de los derechos fundamentales y la dignidad humana.

“Es claro que nuestra maquinaria judicial podrá afrontar con mucha mayor eficacia y con mucho mayor respeto de las garantías las ofensas más graves provenientes de la potente y gran criminalidad, entre más sea reducido al mínimo, dirigiéndose exclusivamente a los delitos más graves. La segunda observación se relaciona con el nexo entre derecho penal mínimo y credibilidad del derecho penal. La incertidumbre jurídica, la incognoscibilidad y la irracionalidad del derecho penal generadas por la inflación legislativa, en efecto han eclipsado los confines entre la esfera del ilícito penal y la esfera del ilícito administrativo e incluso de lo lícito, transformando el derecho penal en una fuente oscura e imprevisible de peligros para cualquier ciudadano, sustrayéndole su función simbólica de intervención extrema contra las ofensas más graves y ofreciendo por ello el mejor terreno de cultura a la corrupción y al arbitrio.”⁴³

FERRAJOLI demanda la certeza del Derecho mediante la eliminación de todos aquellos tipos penales que resulten indeterminados y a través de una despenalización que restituya a la actuación penal su carácter de *extrema ratio*.

⁴³ FERRAJOLI, Luigi, “La pena en una sociedad democrática”, en MARTÍNEZ, Mauricio (compilador), *La pena: garantismo y democracia*, Bogotá, Gustavo Ibañez Editor, 1999, pp. 22-23.

Se pretende así la defensa del modelo de estricta legalidad penal y procesal, elaborado por la tradición liberal, contra las violaciones de las que ha sido objeto por parte de las actuales tendencias legislativas, informadas por un modelo de legalidad penal preventiva e inquisitorial, altamente autoritario y de Derecho penal máximo.⁴⁴ Esta exigencia es muy importante porque ese afán de certeza es lo que lleva al autor, frente al Derecho penitenciario, a renunciar al principio de flexibilidad de la pena como más adelante analizaremos.

Además de la reducción del sistema y su restitución como *ultima ratio*, se demanda una *defensa por la legalidad y la igualdad*, la reducción de los amplios márgenes de discrecionalidad y arbitrariedad en el ejercicio del poder punitivo, así como una mayor visibilidad, controlabilidad y responsabilidad en el ejercicio de la función pública. El autor propone una tarea muy ambiciosa: la refundación del sistema penal para restaurar su eficacia y credibilidad.⁴⁵ ***Una lucha contra la incertidumbre y la irracionalidad del Derecho.*** En definitiva una defensa por la certeza racional⁴⁶ del Derecho penal que asegure el máximo grado de tutela de las libertades de los ciudadanos.

⁴⁴ "...El modelo de derecho penal máximo, es decir, incondicionado e ilimitado, es el que se caracteriza además de por su excesiva severidad, por la incertidumbre y la imprevisibilidad de las condenas y de las penas; y que, por consiguiente, se configura como un sistema de poder no controlable racionalmente por ausencia de parámetros ciertos y racionales de convalidación y de anulación. Debido a estos reflejos, el sustancialismo penal y la inquisición procesal son las vías más idóneas para permitir la máxima expansión e incontrolabilidad de la intervención punitiva y, a la vez, su máxima incertidumbre e irracionalidad... Condena y pena son en estos casos "incondicionadas": en el sentido de que dependen únicamente de la supuesta sabiduría y equidad de los jueces", (FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., p. 105).

⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del diritto e Della democrazia*, Roma, Laterza, 2007, Vº 2, p. 377,

⁴⁶ FERRAJOLI distingue la certeza del derecho penal mínimo de la certeza del derecho penal autoritario: "La certeza perseguida por el derecho penal máximo está en que ningún culpable resulte impune, a costa de la incertidumbre de que también algún inocente pueda ser castigado. La certeza perseguida por el derecho penal mínimo está, al contrario, en que ningún inocente sea castigado, a costa de la incertidumbre de que también algún culpable pueda resultar impune. Los dos tipos de certeza y los costes ligados a las incertidumbres correlativas reflejan intereses y opciones políticas contrapuestas: por un lado, la máxima tutela de la certeza pública respecto de las ofensas ocasionadas por los delitos; por otro

b.2) Sobre la pena, su finalidad y el respeto a la persona.

¿Por qué castigar?

Esta pregunta ha generado un amplio debate a nivel doctrinal, llevando a posiciones extremas u opuestas: desde quienes propugnan la total abolición del Derecho penal hasta quienes lo legitiman y justifican.

Para FERRAJOLI la discusión se presenta con un discurso con graves errores metodológicos que ha facilitado el desarrollo de una política criminal altamente conservadora y regresiva. Señala que la interrogante puede ser entendida en dos sentidos: el por qué existe la pena (*función de la pena*) o el por qué debe existir (*finés de la pena*).

El primer aspecto es un asunto científico, empírico o de hecho, que como tal admite respuestas de carácter descriptivo –teorías explicativas-, historiográfico o sociológico, que podrán calificadas de verdaderas o falsas. El segundo en cambio, es un asunto de filosofía política que solo admite respuestas de carácter ético-político –doctrinas axiológicas o de justificación-, y como tales solo podrán ser aceptables o no. Las mayoría de respuestas sin embargo, señala el autor, incurren en un error metodológico, pues confunden los planos del “*ser*” con el “*deber ser*”, con la consecuente asunción de explicaciones como justificaciones y viceversa, derivando conclusiones prescriptivas de premisas descriptivas o la inversa, error que las convierte en meras ideologías⁴⁷.

lado, la máxima tutela de las libertades individuales respecto de las ofensas ocasionadas por las penas arbitrarias”, (FERRAJOLI, Derecho y razón..., cit., p. 106).

⁴⁷ FERRAJOLI, “El derecho penal mínimo”, *cit.*, pp. 26-27; EL MISMO, *Derecho y razón..., cit.* pp. 322-323.

*“Esta confusión es practicada antes que nada por quienes producen o sostienen las doctrinas filosóficas de la justificación, presentándolas como ‘teorías de la pena’. Es de tal modo que ellos hablan, a propósito de las tesis sobre los fines de la pena, de ‘teorías absolutas’ o ‘relativas’, de teorías ‘retributivas’ o ‘utilitarias’, de ‘teorías de la prevención general’ o ‘teorías de la prevención especial’, o similares, sugiriendo la idea que la pena posee un efecto (antes de un fin) retributivo o reparador, o que ella previene (antes de que deba prevenir) los delitos, o que reeduca (antes que debe reeducar) a los condenados, o que disuade (antes de que deba disuadir) a la generalidad de los ciudadanos de cometer delitos. Mas en una confusión análoga caen también quienes producen o sostienen teorías sociológicas de la pena, presentándolas como doctrinas de justificación. Contrariamente a los primeros, estos últimos conciben como fines las funciones o los efectos de la pena o del derecho penal verificados empíricamente; es así que afirman que la pena ser aflictiva sobre la base de que lo es concretamente, o que debe estigmatizar o aislar o neutralizar a los condenados en cuanto de hecho cumple tales funciones”.*⁴⁸

En su opinión, la mayoría de respuestas incurren en autojustificaciones ideológicas de legitimación apriorística, donde la pena se configura en función de sí misma. Por este yerro carecen de científicidad y no deberían denominarse teorías sino mas bien *“doctrinas normativas”* o *“modelos de justificación o valoración”*.⁴⁹

⁴⁸ FERRAJOLI, “El derecho penal mínimo”, *cit.*, pp. 26-27.

⁴⁹ FERRAJOLI, “El derecho penal mínimo”, *cit.*, p. 27.

Para el autor⁵⁰, las “*teorías absolutas*” de la pena o *retributivas*, incurren en el error de justificar la pena como un bien en sí mismo, por el valor intrínseco que se atribuye a la prohibición y en ausencia de un fin extrajurídico. El medio punitivo resulta identificado como el fin, pues el carácter retributivo de la pena es un hecho y lo invocan como un fin -retribución o castigo por el mal causado-, deduciendo el “*deber ser*” del “*ser*”.

Las “*teorías relativas o utilitarias*”, concretamente las de “*prevención especial positiva*” o “*teorías correccionales*” –como la reeducación, la resocialización o la reinserción social-, incurren en su opinión en el mismo error pero a la inversa, deduciendo el ser del plano del deber ser, pues le asignan a la pena un fin ético, asumiéndolo apriorísticamente como alcanzado, cuando de hecho no se realice o sea irrealizable.

Indica el autor que para no incurrir en los vicios de este tipo de argumentaciones, es necesario reconocer el fin del Derecho penal y las penas, como un bien extrajurídico, es decir: externo al Derecho, contemplando el medio utilizado al efecto –el sistema penal- como un mal necesario, que por lo tanto, solo se justificará en la medida en que se alcance ese objetivo. De tal manera, el modelo de justificación, indicaría las condiciones en las cuales se justifica o no el Derecho penal. Se trata de una justificación externa, relativa y condicionada, que se realiza *a posteriori*, orientada a la consecución del bien extrajurídico asumido como fin y a la graduación de los medios penales justificados para alcanzar ese fin.⁵¹

⁵⁰ FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, *cit.*, p.253-258.

⁵¹ FERRAJOLI, “El derecho penal mínimo”, *cit.*, p. 30.

Respecto de las *“teorías utilitarias de prevención general del delito”*⁵², señala que el análisis o la crítica es distinta, pues éstas sí logran disociar los medios penales, concebidos como males, de los fines extrapenales idóneos para justificarlos, lo que permite exigir un equilibrio entre costos y daños de la pena y el fin que se pretende. Se impide así la autojustificación de los medios penales y se hace posible la justificación de las prohibiciones penales sobre la base de una finalidad externa a la pena y al derecho penal: la prevención de nuevos delitos. Por esta razón, concluye que el *utilitarismo* es el presupuesto de toda doctrina racional de justificación de la pena.⁵³ Sin embargo apunta que esa justificación no es suficiente para legitimar o deslegitimar el Derecho penal, toda vez que si la finalidad de la pena es únicamente la prevención de nuevos delitos, esta nueva técnica de la modernidad en nada se diferenciaría en su justificación de las inhumanas y brutales venganzas a las que se pretende poner fin con el Derecho penal moderno.

“... todas las doctrinas utilitaristas han siempre atribuido a la pena el único fin de la prevención de los delitos futuros, protegiendo la mayoría no desviada... Ello ha llevado a justificar su calificación indiferenciada como doctrinas de la “defensa social” en sentido amplio. Todas las finalidades que confusa o variadamente han sido indicadas por el utilitarismo penal clásico como justificaciones de la pena, se relacionan efectivamente con la prevención de los delitos; así ocurre con la neutralización o corrección de los delincuentes, con la disuasión de todas las personas para que no comentan delitos mediante el ejemplo de la pena o su amenaza legal, con la integración

⁵² FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., p. 259-264.

⁵³ FERRAJOLI, “El derecho penal mínimo”, cit., p. 32.

*disciplinaria de unos y de otros por medio de la reafirmación de los valores jurídicos lesionados, etc.*⁵⁴

Por esa razón el autor considera que la prevención del delito no es una justificación suficiente para legitimar un modelo de Derecho penal racional. Para ello se necesita un parámetro utilitarista complementario de ese fin que permita además de una adecuada doctrina de la justificación de las penas y de los límites al Derecho penal⁵⁵.

FERRAJOLI advierte que modernamente la pena no se dimensiona como aflicción que procura pagar con la misma medida que el daño ocasionado con el delito, sino que ahora se formula como abstracta e igual, predeterminada legalmente y determinable en la vía judicial. Se configura así no como una aflicción sino como privación de derechos, precisamente de los derechos cuya tutela justifica el Estado de Derecho: la vida –mediante la aplicación de la pena de muerte-, la libertad –restricción de la libertad personal, y la propiedad –penas patrimoniales o pecuniarias-, todas aplicadas o configurables como formalmente iguales, al margen de condiciones personales –aplicándose en igual medida, a todos según el caso y su gravedad, el mismo tipo de sufrimiento-. Esta nueva concepción es fruto de la revolución burguesa, que marca el nacimiento de la figura de “*ciudadano*” y del principio de abstracta igualdad ante la ley.⁵⁶ Este postulado es básico al diseñar el autor su propuesta de Derecho penitenciario.

⁵⁴ FERRAJOLI, “El derecho penal mínimo”, *cit.*, p. 34.

⁵⁵ FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, *cit.*, pp.331-332.

⁵⁶ FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, *cit.*, p. 390. Sobre estas tres tipos de sanciones, FERRAJOLI señala que la pena de muerte es la más antigua y un residuo de las penas corporales. En la época actual se procura con ella acentuar los caracteres de la igualdad y abstracción y a través de las nuevas técnicas y procedimientos de ejecución, pierde el carácter aflictivo que se producía con su alianza a los suplicios para convertirse en una pena solamente “privativa” –del

El autor reconoce el carácter convencional y exclusivamente jurídico de las penas, destacando su carácter retributivo pero además su desarrollo necesariamente legal para su estipulación como graduación pero también para su minimización. Para él la pena debe ser la necesaria y mínima posible respecto de la prevención de nuevos delitos. Ese objetivo de mitigación y minimización, señala que es el rasgo más característico del movimiento penal reformador heredado por la Ilustración⁵⁷.

FERRAJOLI considera que la sanción penal bajo el concepto moderno surge como sustituto de la venganza⁵⁸ y nunca en continuidad de la misma. Por esa razón el Derecho penal debe asumir una doble función: como prevención

derecho a la vida. Sobre esa pena igual que respecto a la pena perpetua, el autor expresamente señala su oposición y promueve su abolición-. Por su parte, respecto a la pena privativa de libertad tal y como la conocemos actualmente –como restricción de libertad-. El autor señala su origen típicamente burgués y el hecho de que a partir del siglo anterior llega a convertirse en la pena más común, desplazando a todas las demás. Sobre las penas patrimoniales, pecuniarias o las restrictivas de derechos, indica que también surgen en el seno de la modernidad y aunque tampoco fueron desconocidas por la tradición clásica, sí se les da ahora un sentido distinto, pues pierden la carácter de infame y se procura con ellas más bien una privación en función de una solución o alternativa a la venganza.

⁵⁷ FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., p.395.

⁵⁸ Señala FERRAJOLI que el Derecho Penal surge como un lujo de sociedades evolucionadas donde se busca la mayor libertad para todos y el menor grado de violencia, de tal forma que no solo procura la prevención del delito sino y sobremanera, la protección del más débil contra el más fuerte, desarrollándose la pena no como una nueva modalidad de la venganza sino que más bien procura la ruptura con la misma, ante las atrocidad cometidas en la historia de la humanidad: *“Históricamente, en efecto, el derecho penal nace como desarrollo, sino como negación de la venganza; no en continuidad, sino en discontinuidad y conflicto con ella. Y se justifica no con el fin de garantizarla, sino con el de impedirlo. Es bien cierto que en los orígenes del derecho penal la pena ha sustituido a la venganza privada. Pero esta sustitución no es ni explicable históricamente ni mucho menos justificable axiológicamente con el fin de satisfacer mejor el deseo de venganza, que es de por sí una culpable y feroz pasión, sino, al contrario, con el de ponerle remedio y prevenir sus manifestaciones. En ese sentido bien se puede decir que la historia del derecho penal y de la pena corresponde a la historia de una larga lucha contra la venganza”*, (FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit. p. 333).

general de los delitos y como prevención general de las penas arbitrarias y desproporcionadas –este es su argumento complementario utilitarista-.⁵⁹

Y es que si bien a través de la finalidad preventiva de los delitos se procura la máxima felicidad al mayor número de ciudadanos, ese parámetro no se constituye en un límite pues alcanzar la máxima felicidad de la mayoría es un medio incapaz de proporcionar criterios de deslegitimación de los sistemas penales concretos y sus instituciones y expone al Estado a tentaciones de autolegitimación autoritaria. Por eso es necesario acudir o completar esa finalidad con un segundo parámetro de utilidad: además del máximo bienestar de la mayoría debe procurarse el mínimo malestar necesario de los desviados:

“... el fin de la prevención o incluso solo de la reducción de los delitos no sirve para fijar algún límite máximo a las penas, sino solo el límite mínimo por debajo del cual no es realizable y la sanción, como dijo Hobbes, no es ya una “pena” sino una “tasa” totalmente carente de capacidad disuasoria. Hay sin embargo otro tipo de fin al que cabe ajustar el principio de la pena mínima, y es que la prevención no ya de los delitos, sino de otro tipo de mal antitético al delito, suele ser olvidado tanto por las doctrinas justificacionistas como por las abolicionistas. Este otro mal es la mayor reacción –informal, salvaje, espontánea, arbitraria, punitiva pero no penal– que a falta de penas podría provenir de la parte ofendida o de las fuerzas sociales o institucionales solidarias con ella. Es el impedir este mal, del que

⁵⁹ Sobre la propuesta del Derecho penal mínimo y su función de la pena como prevención de la violencia, ZAFFARONI señala que constituye uno de esfuerzos contemporáneos mejor acabados de clara inspiración liberal pero advierte que más que una teoría de la pena es una propuesta política para la sociedad del futuro y que aunque no pretende la legitimación del poder punitivo, su discurso no difiere de posiciones tradicionales cuando justifica el sistema en la medida de que produzca daños menores que los que se darían en su ausencia, toda vez que normalmente se ha sostenido la necesidad del poder punitivo para impedir la reaparición de formas primitivas de castigo. (ZAFFARONI, Eugenio, *Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2002, pp. 61-62).

sería víctima el reo o incluso personas ligadas a él, lo que representa, me parece, el segundo y fundamental fin justificador del derecho penal. Pretendo decir que la pena no sirve solo para prevenir los injustos delitos, sino también los castigos injustos; que no se amenaza con ella y se la impone solo ne peccetur, sino también ne punietur; que no tutela sólo a la persona ofendida por el delito, sino también al delincuente frente a las reacciones informales públicas o privadas... la pena mínima necesaria de la que hablaban los ilustrados... no sólo es un medio, sino que es ella misma un fin: el fin de la minimización de la reacción violenta al delito. Y a diferencia del de la prevención de los delitos, este fin es también idóneo para indicar, en razón de su homogeneidad con el medio, el límite máximo de la pena por encima del cual no se justifica el que se sustituya a las penas informales.”⁶⁰

La historia confirma de manera reiterada los costos de unas políticas orientadas únicamente hacia la prevención de delitos: esas políticas han generado más violencia que la que se pretendía prevenir, porque la seguridad y la libertad no son amenazadas únicamente por los delitos sino también por las penas excesivas y despóticas, por los arrestos y los controles policiales arbitrarios, en fin por el Estado mismo en el ejercicio de su potestad punitiva.⁶¹

Al amparo de las razones expuestas, sin desconocer el fin de la prevención general de los delitos, FERRAJOLI otorga una doble función de prevención al Derecho penal y a las penas, ambas de tipo negativo:

⁶⁰ FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., p. 332.

⁶¹ FERRAJOLI, “El derecho penal mínimo”, cit., p. 46.

- por un lado, a través de los delitos y las prohibiciones penales se procura velar por los derechos del individuo contra la agresión por parte de otros sujetos; y
- por otro, con la pena mínima necesaria se busca la prevención de penas arbitrarias o desproporcionadas.

En ambos supuestos se perfila el Derecho penal como un *instrumento en protección de la parte más débil*, donde el monopolio de la potestad punitiva se justifica más en cuanto menores o más bajos sean los costos del Derecho penal respecto de los costos de una total anarquía punitiva:

“El fin general del derecho penal, tal como resulta de la doble finalidad preventiva recién ilustrada, consiste entonces en impedir la razón construida, o sea en la minimización de la violencia en la sociedad. Es razón construida el delito. Es razón construida la venganza. En ambos casos se verifica un conflicto violento resuelto por la fuerza; por la fuerza del delincuente en el primer caso, por la de la parte ofendida en el segundo. Mas la fuerza es en las dos situaciones casi arbitraria e incontrolada; pero no solo en la ofensa, sino también en la venganza, que por naturaleza es incierta, desproporcionada no regulada, dirigida a veces contra el inocente... el fin del derecho penal no puede reducirse a la mera defensa social de los intereses constituidos contra la amenaza representada por los delitos. Dicho fin supone más bien la protección del débil contra el más fuerte, tanto del débil ofendido o amenazado por el delito, como el débil ofendido o amenazado por las venganzas; contra el más fuerte, que en el delito es el delincuente y en la venganza es la parte ofendida o los sujetos con ella solidarios. Precisamente —monopolizando la fuerza, delimitando los presupuestos y modalidades e impidiendo el ejercicio arbitrario por parte de los sujetos no autorizados— la prohibición y la amenaza d las penas protegen a los reos contra las

venganzas u otras reacciones más severas. En ambos aspectos la ley se justifica en cuanto ley del más débil, orientada hacia la tutela de sus derechos contra las violencias arbitrarias del más fuerte. De este modo, los derechos fundamentales constituyen precisamente los parámetros que definen los ámbitos y los límites como bienes, los cuales no se justifica ofender ni con los delitos ni con las puniciones”⁶²

La primera función protege los intereses de la mayoría “no desviada” y la segunda el interés del sospechoso acusado de delinquir. Ambos fines entran en conflicto, pues por un lado se procura maximizar la prevención del delito así como el castigo y por el otro se pretenderá maximizar la prevención de penas arbitrarias. Este antagonismo normalmente asigna dentro del proceso penal unas funciones específicas al Ministerio Público y otras a la Defensa y otorgan al proceso penal su conocido carácter contradictorio.⁶³

La doble función preventiva de la pena –de delitos y penas arbitrarias-, el principio de la pena mínima necesaria y el respeto a la dignidad humana, constituyen las bases fundamentales que le dan contenido a su propuesta de Derecho penal mínimo, como técnica de protección de la parte más débil. De esta manera, las prohibiciones y amenazas penales protegen a las posibles víctimas contra el delito mientras que el juicio y la imposición de la sanción protegen a los acusados contra la venganza u otras reacciones más severas. Así el sistema penal se orienta a la tutela de los derechos fundamentales contra la violencia arbitraria, porque ni con los delitos ni con el castigo se justifica lesionar esos derechos.⁶⁴

⁶² FERRAJOLI, “El derecho penal mínimo”, *cit.*, p. 39.

⁶³ FERRAJOLI, “El derecho penal mínimo”, pp. 25-48.

⁶⁴ FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, *cit.*, p.335.

Para el autor su propuesta de modelo normativo de justificación, al orientar el fin del Derecho penal hacia la prevención general negativa –de delitos y de penas arbitrarias- excluye la confusión entre Derecho y moral propia de las tesis retribucionistas, y las tesis de la prevención especial positiva. Por otro lado, al asignar al Derecho penal la minimización de la violencia y la prevención en su doble contenido, excluye cualquier esquema de autojustificación apriorística propios de otros modelos de Derecho penal.⁶⁵

Desde su perspectiva la primera función permite establecer el límite mínimo de la pena, y la segunda el límite máximo. Ambos fines están en controversia y generan precisamente el principio del contradictorio en el proceso penal.

La prevención de delitos se satisface en menor grado desde el Derecho penal, en virtud de que la delincuencia es un fenómeno social donde interactúan o se interrelacionan múltiples factores generadores, sin embargo es la función que siempre se destaca más por los legisladores y los diferentes actores, que privilegian la seguridad y la defensa social.

⁶⁵ FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., p. 274. Señala el autor que tanto las doctrinas retributivas como las utilitarias de la prevención especial, tienen una concepción del delito y del delincuente, como un mal en sí mismo, como pecado o enfermedad y cumplen una función de legitimación ideológica del Derecho penal positivo identificándolo con la justicia, acompañando normalmente modelos maximalistas y tendencialmente ilimitados. Incluso en las doctrinas correccionalistas la confusión entre derecho y moral afecta no solo la concepción del delito sino también a la de la pena, que se comprende como un instrumento benéfico de rehabilitación del sujeto, quien contra su derecho a verse inmune a cualquier transformación coactiva de su personalidad queda expuesto a proyectos autoritarios de moralización individual o de ortopedia social.

La protección frente a las penas arbitrarias y desproporcionadas es lo que distingue al Derecho de otros sistemas de control social, como el policial o el disciplinario.

Como parte de su modelo garantista considera que la pena privativa de libertad no debería tener un mínimo a imponer o al menos debería darse un mínimo bastante bajo y confiar en la fijación de la pena que realice el juzgador, considerando el caso concreto y los principios de lesividad necesaria y culpabilidad:

“Más difícil es medir el coste de las penas privativas de libertad: también una de estas penas breves puede en efecto procurar, aunque sólo sea por su carácter deshonroso, una aflicción superior a la ventaja proporcionada incluso por los delitos no leves. Por esta razón, a mi juicio, al menos para las penas privativas de libertad no está justificada la estipulación de un mínimo legal: sería oportuno, en otras palabras, confiar al poder equitativo del juez la elección de la pena por debajo del máximo establecido por la ley, sin vincularlo a un límite mínimo o vinculándolo a un límite mínimo bastante bajo.”⁶⁶

Esta apuesta del autor por un amplio margen de discrecionalidad a los jueces resulta interesante, pero parece que no aplica la misma regla tratándose de la ejecución de la pena porque ahí su propuesta por el contrario es la rigidez

⁶⁶ FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., p. 400. Para ÁLVAREZ GARCÍA esta propuesta es excesiva por considerar que deposita la confianza en jueces ideales y amplía los marcos penales desmesuradamente sin expresar los criterios que debería seguir el juzgador, lo que además podría generar desconfianza en la población acerca de las posibles reacciones del ordenamiento jurídico frente a una conducta infractor. (ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, Granada, Comares, 2001, pp. 203-205).

de la ejecución curiosamente en protección de la libertad del sujeto y la certeza de sus expectativas.⁶⁷

Respecto del máximo legal, considera que éste nunca debe superar a la violencia que el sujeto o delincuente sufriría en ausencia del sistema y en manos del ofendido u otras instancias.

Como los argumentos utilitaristas de la defensa social o la prevención de los delitos no son aptos para frenar la ferocidad punitiva –pues desde su lógica entre más severa sea la sanción mayor efecto preventivo podría generar-, para justificar un límite máximo se hace necesario recurrir a razones de humanidad y respeto a la persona.

“La historia de las penas es sin duda más horrenda e infamante para la humanidad que la de la propia historia de los delitos: porque más despiadadas, y quizá más numerosas, que las violencias producidas por los delitos han sido las producidas por las mismas penas y porque mientras el delito suele ser una violencia ocasional y a veces impulsiva y obligada, la violencia inflingida con la pena es siempre programada, consciente, organizada por muchos contra uno. Frente a la fabulada función de defensa social, no es arriesgado afirmar que el conjunto de las penas conminadas en la historia ha producido al género humano un coste de sangre, de vidas y de padecimientos incomparablemente superior al producido por la suma de todos los delitos. Sería imposible suministrar un inventario sólo sumario de las atrocidades del pasado concebidas y practicadas bajo el nombre de “penas”. Se puede decir que no ha habido aflicción, desde los sufrimientos

⁶⁷ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo... cit.*, p. 206.

*más refinados hasta las violencias más brutales, que no se haya experimentado como pena en el curso de la historia.*⁶⁸

En relación con el momento de fijación o determinación de la pena, FERRAJOLI señala que el juzgador únicamente debe establecer la cantidad y no la calidad de la pena –pues la pena es abstracta y debe ser igual para todos- y lo debe hacer en función de la gravedad del hecho, para lo que necesariamente debe realizar una valoración subjetiva, exigiéndole que detalle y concrete sus motivos, limitándose en su contenido al hecho cometido.⁶⁹ Esta afirmación también es importante considerarla pues la invocación a esa igualdad en la calidad de la pena es fundamental en su propuesta de Derecho penitenciario.

Cabe señalar además que el autor es claro al advertir que su modelo garantista no es alcanzable en su plenitud ni proporciona una justificación en abstracto del Derecho penal. Se cumplirá en mayor o menor grado y cada sistema se justificará según el respeto a las garantías y en la medida que efectivamente minimice la violencia arbitraria en la sociedad y garantice la mayor libertad y respeto de los derechos fundamentales de todos. Reconoce que podrían existir otros modelos o procedimientos más eficaces para el control y la

⁶⁸ FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., pp. 386-387. En igual sentido, GUILLAMONDEGUI, para quien es necesario proteger al ciudadano frente al Derecho Penal pues un Estado que para reconstruir la verdad de lo denunciado no respeta los límites de la Constitución, es un Estado que se ubica en el mismo nivel del delincuente, corriendo grave riesgo el mantenimiento de la democracia (“Los discursos de emergencia y la tendencia hacia un derecho penal del enemigo”, en www.carlosparma.com.ar, pp. 4-7).

⁶⁹ “... a los fines de la connotación están excluidas consideraciones o juicios en materia de prevención o de defensa social: puesto que dentro de un sistema garantista la función judicial no puede tener otros fines que la justicia del caso concreto, el juez no puede proponerse finalidades de prevención general que harían de cada una de sus condenas una sentencia ejemplar. Por otro lado, la limitación de la valoración equitativa a la comprensión del hecho enjuiciado vale para excluir que conforme a ésta pueda tener relevancia penal la conducta personal del imputado”, (FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., p. 406).

prevención de las ofensas, pero necesariamente serán más costosos para la libertad de todos.⁷⁰

c) Sobre el convencionalismo penal y el cognoscitivismos procesal.

El *garantismo penal* es una propuesta para la determinación y comprobación del delito que procura la máxima limitación de los poderes y el mayor grado de protección de las libertades, donde el Derecho penal se utilice como el último mecanismo para la solución del conflicto –por su alto nivel de violencia-. Mediante el principio de legalidad y la estricta jurisdiccionalidad se busca el máximo grado de racionalidad y fiabilidad del juicio y del Derecho penal, en tutela de la persona contra la arbitrariedad.

FERRAJOLI desarrolla un modelo cognoscitivo de identificación del delito basado en una propuesta de Derecho penal asentada en los supuestos de *estricta legalidad y de estricta jurisdiccionalidad*. Este modelo se rige por una serie de principios o presupuestos fundamentales –sustanciales y procesales- que constituyen un conjunto o sistema de prohibiciones impuestas como límites al ejercicio de la actividad punitiva del Estado de Derecho⁷¹, para garantizar el

⁷⁰ FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., pp. 343-344.

⁷¹ El autor hace referencia a diez axiomas básicos como presupuestos de su modelo límite, a saber: 1) *Nulla poena sine crimine* (principio de retribuidad o sucesividad de la pena respecto del delito). 2) *Nulla crimen sine lege* (principio de legalidad, en sentido lato y en sentido estricto). 3) *Nulla lex sine necessitate* (principio de necesidad o de economía del derecho penal). 4) *Nulla necessitas sine iniuria* (principio de lesividad o de la ofensividad del acto). 5) *Nulla iniuria sine actione* (principio de materialidad o de la exterioridad de la acción). 6) *Nulla actio sine culpa* (principio de culpabilidad o de la responsabilidad personal). 7) *Nulla culpa sine iudicio* (principio de jurisdiccionalidad). 8) *Nullum iudicium sine accusatione* (principio acusatorio). 9) *Nulla accusatio sine probatione* (principio de la carga de la prueba o de verificación). 10) *Nulla probatio sine defensione* (principio del contradictorio, de defensa o refutación). FERRAJOLI señala que su modelo es tendencial y nunca perfectamente satisficible, principios que conectados sistemáticamente definen su modelo garantista y las reglas

efectivo respeto a la dignidad humana y los derechos fundamentales de todos los ciudadanos. De esta manera se establece un modelo de *justicia formal*, donde la sanción penal o el castigo únicamente podrá imponerse y ser legítimo⁷² en la medida que se haya cumplido con esos presupuestos y limitaciones. Un método de comprobación judicial de la desviación que procura al menos reducir al mínimo los momentos potestativos y los elementos de arbitrio en el Derecho penal.⁷³ Consideramos importante exponer en qué consiste el mismo en la medida que la ejecución de la pena es común encontrar amplias facultades potestativas en manos de la autoridad penitenciaria y judicial y vale cuestionarse si la solución propuesta puede aplicarse también a la fase de ejecución.

El *garantismo penal* batalla contra el poder arbitrario y abusivo, fuente consecuyente de desigualdades⁷⁴. A través del principio de legalidad

fundamentales de su propuesta de derecho penal. (FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., pp. 91-205).

⁷² La relevancia de un sistema penal legítimo estriba en que el monopolio del poder de castigo es fuente de la soberanía popular y en consecuencia se vincula directamente con la legitimación misma del estado: “El problema de la legitimación o justificación del derecho penal, consiguientemente, plantea en su raíz la cuestión misma de la legitimación del estado, de cuya soberanía es precisamente el poder de castigar, que puede llegar hasta el *ius vitae ac necis*, la manifestación más violenta, más seriamente lesiva de los intereses fundamentales del ciudadano y en mayor medida susceptible de degenerar en arbitrariedad”,(FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., p. 210).

⁷³ FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., p. 169.

⁷⁴ El autor visualiza el abuso de poder como típica fuente generadora de desigualdad y disparidad y defiende el reconocimiento y efectivo respeto de los derechos fundamentales como mecanismo para combatirlo: “... existe un nexo biunívoco entre poderes, jurídicos o no, y desigualdades, formales o sustanciales. El poder tiene el efecto específico de producir desigualdad, disparidad, serialización, disciplina, relaciones de sujeción; y la desigualdad consiste en relaciones asimétricas de poder/deber y en el sentimiento de desigualdad de las identidades propias y ajenas que le acompaña. Poderes y derechos fundamentales están, por tanto, en la base de dos formas diversas y opuestas de subjetividad: mientras la igualdad producida por los derechos fundamentales es el presupuesto de las identidades de los sujetos como personas y de su libre comunicación basada en el recíproco respeto y reconocimiento como iguales, la desigualdad producida por los poderes jurídicos y no jurídicos es el presupuesto de las identidades de los sujetos a través de los roles y las jerarquías que personifican, así como de las relaciones

se procura ese objetivo, pues este principio asegura los valores políticos en los que se basa el Estado de Derecho: *la certeza del derecho, la previsibilidad de la intervención penal, la sujeción del juez a la ley y como consecuencia, la igualdad de tratamiento y la inmunidad de los ciudadanos frente al arbitrio judicial.*⁷⁵

El modelo impone limitaciones en la definición legislativa y en la comprobación jurisdiccional del hecho desviado, para lo que hace una propuesta de *convencionalismo penal* que desarrolla mediante el *principio de estricta legalidad*, y de *congoscitivismo procesal*, que diseña mediante el *principio de estricta jurisdiccionalidad*⁷⁶.

c.1) Convencionalismo penal y el principio de legalidad.

El **convencionalismo penal** se propone por el autor como un principio garantista básico de su esquema epistemológico de identificación de la desviación penal, que exige el mayor grado de racionalidad y certeza en la

despersonalizadas y de alienación recíproca que mediante tales funciones se establecen entre ellos”, (FERRAJOLI, Derecho y razón..., cit., pp. 933-934).

⁷⁵ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo...*, cit., pp. 226-228. Sobre el principio de legalidad como base del Estado de Derecho y desarrollo de la libertad de los modernos ver a, GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, “La generalización del derecho penal de excepción: la afectación al derecho, a la legalidad penal y al principio de proporcionalidad, en CAMPOS MORENO, Juan Carlos y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (directores), *La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas*, Estudios de Derecho Judicial, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007, pp. 232.233.

⁷⁶ Sobre el programa penal de la Constitución de un país y la conexión entre política y Derecho penal, y sobre los valores superiores que sin referirse concreta o exclusivamente a la materia penal, inciden en su regulación, interpretación y aplicación –como la igualdad, el derecho a la vida y a la integridad física, al honor, a la integridad física, a la libre expresión, entre otros-, ver a RODRÍGUEZ MESA, María José, “Las razones del derecho penal, modelos de fundamentación y legitimación”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, Nº 9 (2007), pp. 17-18, disponible en <http://criminet.urg.es/recpc/recpc/>.

determinación abstracta del hecho punible y su definición en relación con tesis fácticas específicas y no con referencia a figuras subjetivas de status o de autor.⁷⁷ Exige consecuentemente la aplicación del principio de estricta legalidad y sus requerimientos en la determinación de las conductas punibles: la reserva de ley en materia penal, la taxatividad de los delitos, la precisión empírica de las formulaciones legales y la sujeción del juez a la ley.

El principio de legalidad penal se deriva de ese principio organizativo del Estado de Derecho, conforme al cual todos los poderes públicos están sometidos a la ley y al mismo tiempo una norma de reconocimiento de todas las normas válidas, en tanto que producidas en las formas, bajo las condiciones y por lo poderes legalmente preestablecidos⁷⁸.

*“...la legalidad (no solo penal) exigida por el paradigma del Estado de derecho se caracteriza, en términos generales, como una legalidad no sólo condicionante de la legitimidad, sino condicionada, ella misma, por vínculos constitucionales de tipo sustancial –como el principio de igualdad y la salvaguarda de los derechos fundamentales-, y legitimada, a su vez, sólo en la medida de su conformidad con los mismos. Ni siquiera el legislador, en el Estado de derecho, es omnipotente. Y también la ley, tanto más si tiene por objeto el uso de la violencia, se encuentra sujeta a límites legales no sólo de forma sino también de contenido”*⁷⁹

El garantismo exige una legalidad formal y sustancial, de tal manera que el delito debe estar previamente definido por la ley –emitida por la autoridad

⁷⁷ FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., p. 34.

⁷⁸ FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., p. 221.

⁷⁹ FERRAJOLI, *El garantismo y la filosofía...*, cit., pp. 94-95.

competente y mediante los procedimientos establecidos-, la ley debe cumplir en su contenido con determinados requisitos y en la persecución de la acción delictiva debe cumplirse además con el respeto de los límites y las garantías establecidas contra el poder arbitrario y el abuso. De esta manera, el principio de legalidad exige por un lado que en la “*construcción del delito*” el legislador cumpla con una serie de obligaciones y procedimientos, y por otro, que en el ejercicio de la acción punitiva el Estado respete una serie de presupuestos, límites y garantías fundamentales que si no se cumplen convertirían en ilegítima su actividad.

“El principio de mera legalidad se limita en realidad a exigir que el ejercicio de cualquier poder tenga por fuente la ley como condición formal de legitimidad; el principio de legalidad exige por el contrario a la propia ley que condicione a determinados contenidos sustanciales la legitimidad del ejercicio de cualquier poder por ella instituido. En el derecho penal, donde el derecho fundamental en juego es la inmunidad del ciudadano frente a prohibiciones y castigos arbitrarios, estos contenidos sustanciales se han concretado en la ‘taxatividad’ de las hipótesis de delito, de un lado, la referencia empírica a los tres elementos constitutivos que encuentran expresión en las garantías penales y, del otro, su verificabilidad y refutabilidad en las formas expresadas por las garantías procesales.”⁸⁰

Con este principio se procura alcanzar mayor seguridad jurídica⁸¹ de tal manera que el individuo pueda atenerse a las consecuencias de sus acciones y disfrute, en el mayor grado posible, de sus libertades.

⁸⁰ FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., p. 857.

⁸¹ Sobre las relaciones entre principio de legalidad y seguridad jurídica, GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, “El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del estado de Derecho: la doctrina del derecho penal enemigo”, en *Revista penal. La ley*, N° 19 (2007), p. 66.

Cuando se establecen delitos muchas veces se restringen derechos fundamentales –como por ejemplo las normas penales sobre delitos de opinión, asociación o reunión-. Cuando se definen garantías en función de tutelar derechos fundamentales, en definitiva se está limitando el poder de los más fuertes en protección del más débil. Esa es la función garantista del Derecho: la limitación de los poderes y la mayor ampliación posible de las libertades.⁸² Mientras la finalidad de las penas es la doble finalidad preventiva –del delito y de las penas arbitrarias-, la finalidad del Derecho es la limitación del poder y el sometimiento del mismo al Derecho.

c.2) Cognoscitivismo procesal y la estricta jurisdiccionalidad:

El garantismo propone un modelo de determinación del hecho punible, es decir un diseño del proceso penal para la determinación concreta del hecho constitutivo de delito. Sus exigencias afectan sobremanera las razones de hecho y de derecho de la sentencia –su motivación o justificación-. Y es que la actividad jurisdiccional en un Estado de Derecho es fundamentalmente *cognitiva*, además de práctica y prescriptiva; y la sentencia exige una motivación fundada sobre los argumentos cognitivos de los hechos y los elementos re-cognitivos sobre el Derecho, donde la validez y legitimación de la misma está en la aceptación de los mismos como *verdaderos*, asegurándose de esa manera el derecho de la persona a la inmunidad frente a las sanciones arbitrarias.⁸³

⁸² FERRAJOLI, *El garantismo y la filosofía...*, cit., pp. 114-116.

⁸³ FERRAJOLI, “Jueces y política”, cit., pp. 69-70.

El *cognoscitivismo procesal* es otro elemento de la epistemología garantista. Constituye un postulado básico que exige el mayor grado de racionalidad y objetividad en la determinación y comprobación judicial de la conducta delictiva. Se establece mediante el *principio de estricta jurisdiccionalidad* y exige la *verificabilidad o refutabilidad* de la acusación y su carácter asertivo. En definitiva una *justicia no arbitraria*, basada en la *verdad*-fuente de legitimidad del poder judicial⁸⁴-, sea en juicios cognoscitivos (de los hechos) y reconocitivos (del Derecho), sujetos a verificación empírica. Una concepción cognoscitiva de la jurisdicción que procura alcanzar el mayor grado de certeza en la determinación de la desviación punible y el desarrollo de un procedimiento acusatorio, que sanciona delitos por convención jurídica y nunca por una inmoralidad intrínseca o por anormalidad, donde la pena es un juicio de culpabilidad y no un juicio moral ni un diagnóstico sobre la naturaleza patológica del sujeto acusado⁸⁵. Consecuentemente desde este modelo cobra preponderancia la figura y el fortalecimiento del poder judicial y la figura del juez, disminuyendo sí a su máximo grado los poderes discrecionales de esa autoridad.⁸⁶

⁸⁴ Sobre la verdad como fuente de legitimidad del poder judicial FERRAJOLI señala: “El modelo cognoscitivo del proceso penal... confiere, a su vez, un fundamento y una justificación específica a la legitimidad del poder judicial y a la validez de sus pronunciamientos, que no reside ni en el valor político del órgano judicial ni en el valor intrínseco de justicia de sus decisiones, sino en la verdad, inevitablemente aproximativa o relativa, de los conocimientos para cuya adquisición resulta idóneo y que asume en concreto como base de sus pronunciamientos. Es evidente que el método acusatorio, fundado en el contradictorio entre pruebas per modum ponens y refutaciones per modum tollens, es una condición necesaria (aunque no suficiente) del modelo cognoscitivo. Según este modelo... los actos jurisdicciones – incriminaciones, mandamientos, pericias, informes, requerimientos, requisitorias, alegatos defensivos, autos y, sobre todo, sentencias- constan, en efecto, de proposiciones asertivas, susceptibles de verificación y refutación, y de proposiciones prescriptivas, “justificadas”, “legitimadas” o “motivadas” por las primeras. Y esto requiere procedimientos de control mediante prueba y refutación, que solo un proceso de partes fundado sobre el conflicto institucional entre acusación y defensa puede garantizar”, (FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., p. 542).

⁸⁵ FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., pp. 37-38, 538-539.

⁸⁶ Se trata del modelo de derecho penal mínimo, opuesto por completo al modelo de derecho penal máximo: “...El modelo de derecho penal máximo, es decir, incondicionado e ilimitado, es el que se caracteriza además de por su excesiva severidad, por la incertidumbre y la imprevisibilidad de las

d) Sobre el gobierno de los jueces (la expansión jurisdiccional).

El *garantismo* exige el reforzamiento del papel de la jurisdicción, la legitimación democrática del poder judicial y su total independencia. Se fortalece la función del poder judicial porque con la “*estricta legalidad*” se supone la predeterminación taxativa de la legítima actuación de cada uno de los poderes del Estado, sus presupuestos, formas y efectos⁸⁷ y ante su incumplimiento se activan las garantías secundarias.

Y es que cada avance del principio de legalidad supone un límite más al poder –con el establecimiento de obligaciones y prohibiciones- y un aumento de los espacios de la jurisdicción, toda vez que la actuación jurisdiccional aparece ante la violación del Derecho⁸⁸.

Esta expansión del poder judicial es un fenómeno conectado con el florecimiento del Derecho como técnica de regulación y limitación de los

*condenas y de las penas; y que, por consiguiente, se configura como un sistema de poder no controlable racionalmente por ausencia de parámetros ciertos y racionales de convalidación y de anulación. Debido a estos reflejos, el sustancialismo penal y la inquisición procesal son las vías más idóneas para permitir la máxima expansión e incontrolabilidad de la intervención punitiva y, a la vez, su máxima incertidumbre e irracionalidad... Condena y pena son en estos casos “incondicionadas”: en el sentido de que dependen únicamente de la supuesta sabiduría y equidad de los jueces”, (FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., p. 105).*

⁸⁷ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo...*, cit., p. 189.

⁸⁸ Señala FERRAJOLI que la expansión de la jurisdicción se produce pues el garantismo le asigna la función de la defensa de la igualdad frente a la criminalidad del poder. La jurisdicción ocupa un papel fundamental dentro del garantismo porque la defensa de la legalidad equivale a la defensa del principio del sometimiento a la ley de todos los poderes públicos y además es un presupuesto esencial de la democracia al garantizar la visibilidad, controlabilidad y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, la igualdad de todos frente a la ley y la ausencia de poderes invisibles. (FERRAJOLI, “Jueces y política”, cit., pp. 65. En el mismo sentido, EL MISMO, *Garantismo y Democracia...*, cit., p. 220).

poderes, producido con el cambio en la estructura del sistema jurídico –sobre todo a partir de la segunda guerra mundial- con la incorporación de las constituciones rígidas y el Estado Constitucional, y con el desarrollo de una nueva estructura del sistema político y el surgimiento del Estado social⁸⁹.

Al juez se le atribuye el control de legalidad de la actividad de los poderes públicos, avanzando hacia una *juridificación* del sistema democrático. Se otorga a los jueces una nueva y doble tarea: la garantía de los derechos fundamentales y de la legalidad de la actividad del Estado. Así se configura la jurisdicción, como el mecanismo para la averiguación de las violaciones del Derecho, por actos inválidos o por actos ilícitos.⁹⁰

Consideramos importante analizar esta exigencia del modelo que se propone porque si la ejecución de las penas es ejercicio pleno de facultades estatales –donde encontramos competencias atribuidas tanto al poder judicial como al ejecutivo- y la misma debe materializarse al amparo del principio de legalidad –como toda actividad estatal- consecuentemente también en ese ámbito debe garantizarse el control judicial.

Para FERRAJOLI el poder judicial se configura como un contra-poder en relación con los otros poderes estatales porque a través del control de legalidad se verifica la validez de los actos legislativos y administrativos.⁹¹ La jurisdicción

⁸⁹ FERRAJOLI, “Jueces y política”, *cit.*, pp. 64-70.

⁹⁰ FERRAJOLI, Luigi. “Jurisdicción y democracia”, en *Jueces para la democracia*, N° 29 (1997), p. 7. Sobre esas tareas otorgadas al juez, el sometimiento de la política a la lógica de la legalidad sin que eso signifique invadir sus competencias, el protagonismo de los jueces y la concepción de la jurisdicción como instancia de garantía, CARBONELL, Miguel, en FERRAJOLI, *Democracia y garantismo...*, *cit.* pp.13-22 –prólogo-.

⁹¹ FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, *cit.*, p. 580.

tiene así una función primordial: la defensa de la legalidad frente a la criminalidad del poder, lo que equivale a la salvaguardia del principio de legalidad y la sujeción a la ley de todos los poderes públicos - presupuesto esencial de la vida en democracia-, exigiéndose responsabilidades en el ejercicio de las funciones públicas y asegurando la igualdad de todos frente a la ley y la ausencia de poderes públicos invisibles o paralelos.

Y es que la actividad jurisdiccional como actividad cognoscitiva que es (y por razones estructurales y funcionales, al revés que la actividad administrativa), carece de dirección política en cuanto que vinculada, formal y sustancialmente a la ley –naturaleza externa al sistema político-. Por ello, no satisface intereses preconstituidos, limitándose el juez –un tercero extraño a las partes- a la averiguación de la verdad en cada caso, previo juicio contradictorio entre sujetos con intereses en conflicto⁹².

Por definición el juez debe ser imparcial: un sujeto ajeno a los intereses de las partes; no sometido a ningún poder político, cuya competencia y designación estén definidas de previo al hecho objetivo de su conocimiento, de tal manera que imparcialidad, independencia y naturalidad⁹³ son consecuentemente sus características fundamentales. Su legitimidad por demás no es consensual ni está en la representatividad de una mayoría –por el contrario muchas veces debe actuar y resolver *frente a mayorías*-.⁹⁴

⁹² FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., pp. 579-580.

⁹³ FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., p. 580. Señala el autor la imparcialidad del juez es la que corresponde a toda forma de investigación intelectual y conocimiento. Por otro lado, indica que las tres características destacadas, exigen garantías orgánicas como la separación institucional del juez respecto a la acusación pública; la separación institucional de los poderes del estado; la difusión judicial entre sujetos no dependientes entre sí y la predeterminación exclusivamente legal de sus competencias.

⁹⁴ FERRAJOLI, "Jueces y política", cit., pp. 68-71.

Ningún poder puede estar completamente predeterminado por la ley ni privado totalmente de espacios de discrecionalidad, ni siquiera el Poder Judicial.⁹⁵ De hecho, con detalle precisa FERRAJOLI que en el desarrollo de la actividad de la jurisdicción penal cabe hallar el ejercicio de cuatro tipos de poderes:

- *Poder de comprobación probatoria*: la verificación de la existencia del hecho.
- *Poder de interpretación o denotación*: la verificación del tipo de delito constituido.
- *Poder de connotación*: la comprensión de las características específicas y concretas particularidades del delito, y;
- *Poder de disposición*: juicios de valor o potestativos⁹⁶. Para FERRAJOLI ese poder no corresponde al juez en los modernos ordenamientos democráticos, pues el poder de disponer lo que es delito es materia exclusiva del legislador.

Los tres primeros poderes están presentes plenamente en el sistema garantista al ser intrínsecos a la función jurisdiccional y aunque su ejercicio ofrece la presencia de juicios de valor y criterios de solución de incertidumbres, los tres están ligados a la actividad cognoscitiva.

⁹⁵ FERRAJOLI, *El garantismo y la filosofía...*, cit., pp. 113-114.

⁹⁶ "El poder judicial de disposición consiste precisamente en esta autonomía del juez, llamado a integrar después del hecho el supuesto legal con valoraciones ético-políticas de naturaleza discrecional. Tal poder puede ser absoluto, como en los regímenes policiales, donde su ejercicio no está vinculado a la comprobación de ninguna condición legalmente preestablecida, o bien relativo, como en todos los casos en los que la regla semántica de la estricta legalidad es insatisfecha sólo en alguna medida. Es claro que en el primer caso disuelve y en el segundo debilita no sólo las garantías penales y exigidas por la estricta jurisdiccionalidad: en realidad, acusaciones como las de "obsceno", "subversivo", o "enemigo del pueblo" –o, incluso, "ultraje", "desacato", "plagio", "atentado" y similares– no sólo impiden la verificación sino también la defensa, pues equivalen a cajas vacías o semivacías rellenas potestativamente por el juez a tenor de juicios constitutivos y no simplemente declarativos de los supuestos típicos punibles", (FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., p.171).

El poder de disposición, al contrario, es el producto de carencias o imperfecciones del sistema y está en contraste con la naturaleza de la jurisdicción pues su ejercicio sólo supone opciones o juicios de valor –y no juicios cognoscitivos. Para FERRAJOLI en este caso no hay ni siquiera *iurisdictio*, sea, denotación de lo que es connotado por la ley, sino simplemente *dictum*, o sea solo decisión y por sus características, imposible de refutar -al tratarse de meros juicios potestativos-, simple ejercicio de represión y no juicio de comprobación: Derecho penal *sin verdad*, confiado a la mera voluntad.⁹⁷

De los espacios de discrecionalidad el garantismo no puede librarse, porque el Derecho no es un mecanismo de automática aplicación y menos el Derecho penal, desde el que no pueden regularse todas las eventuales circunstancias específicas del hecho, porque cuando un juez toma conocimiento de un delito, aunque esté regulado por la ley de forma taxativa, no se limita a aseverar (o a negar) conforme a pruebas la tesis de la acusación. Se valora también, a los fines de la decisión sobre la pena, la gravedad específica del hecho en relación con el contexto en que se ha verificado, las causas objetivas y los motivos subjetivos, la intensidad de la culpabilidad y las infinitas connotaciones particulares (que aumentan o atenúan la gravedad) de los hechos. Esa individualización de las características particulares del hecho y sus consiguientes valoraciones configuran lo que el autor denomina la “*equidad del juicio*”, que se realiza mediante el ejercicio del poder de connotación⁹⁸, respondiendo a una necesaria discrecionalidad jurídica:

“... la comprensión equitativa de todas estas circunstancias específicas, y tanto más si no están previstas por la ley, comporta un poder de connotación

⁹⁷ FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., pp.168-169.

⁹⁸ FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., p.156.

que se expresa en elecciones y valoraciones ampliamente discrecionales. Este poder, al igual que el poder de denotación de los hechos como delitos conforme a los elementos constitutivos connotados por la ley, es un poder intrínseco a la función judicial que no puede ser suprimido. Puede ser reducido o disciplinado mediante la definición de más precisas y particularizadas circunstancias legales. Pero no se puede –y, a diferencia de para el poder de denotación, ni siquiera se debe- intentar excluirlo. En realidad no sólo es legítima sino también ineludible la discrecionalidad equitativa que aquél comporta y que está ligada al hecho de que el juez no juzga el tipo de delito, que es cuestión legislativa, sino el delito concreto, singular e irrepetible, y por tanto debe entenderlo en su especificidad... Todavía más que la dictio o denotación de los elementos constitutivos conforme a los cuales un determinado hecho es un delito, que se presupone en todo caso, es más bien la prudentia o comprensión de sus connotaciones singulares lo que caracteriza a la función judicial distinguiéndola de cualquier otra función burocrática o meramente ejecutiva. Y es a través de ella como entran –y deben entrar- en el juicio el contexto ambiental del hecho las condiciones en las que ha sido vivido, las circunstancias efectivas humanas y sociales en las que reside su concreción y particularidad y que le hacen distinto de todos los demás por más que, al igual que otros, esté denotado por el mismo nomen o título de delito. Ciertamente, la comprensión equitativa requiere también connotaciones valorativas y por ello discrecionales: pero esta específica discrecionalidad judicial (la única forma de discrecionalidad) es plenamente legítima y pertinente, al ser una dimensión epistemológica constitutiva de la jurisdicción”⁹⁹

⁹⁹ FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., pp.161-164.

La lógica de la inducción científica del proceso cognoscitivo, procura reducir al mínimo el poder de verificación o denotación fáctica del juez y la arbitrariedad de su convicción, asegurando la máxima certidumbre o seguridad posible de las decisiones condenatorias.

Mediante las garantías penales de la estricta legalidad se asegura la formación del lenguaje penal mientras que con las garantías procesales de la estricta jurisdiccionalidad se asegura con criterios sintácticos y pragmáticos de decisión sobre la verdad, su verificación y su reputación.¹⁰⁰ En todo caso, la presencia de la discrecionalidad judicial necesaria endosa al juez una mayor responsabilidad, pues tendrá que motivar las razones de su decisión interpretativa:

“En efecto, puesto que en ningún sistema el juez es una máquina automática, concebirlo como tal significa hacer de él una máquina ciega, presa de la estupidez o, peor, de los intereses y los condicionamientos de poder más o menos ocultos y, en todo caso, favorecer su irresponsabilidad política y moral”

Lo contrario sería exigir una aplicación mecanicista del Derecho y el literalismo legal y la sumisión absoluta al texto de la ley sin mayor capacidad de crítica cuando en la jurisdicción penal sobremanera, en función de la protección de los valores superiores como la libertad, es indispensable la verificación del juez de la legitimación sustancial de la norma legal y su conformidad en su contenido.¹⁰¹

¹⁰⁰ FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., p. 152.

¹⁰¹ FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., p. 175, 547. Señala el autor que el modelo de Derecho penal mínimo no se contradice al reconocer esos espacios de discrecionalidad necesaria que podrán viciar la función judicial, y que más bien esa discrecionalidad complementa el modelo

4.- La propuesta de Derecho penitenciario desde el Derecho penal mínimo.

La ejecución de la pena es una fase más del proceso penal, la última, y en función de la cual se diseñan todas las etapas que le preceden –desde la investigación inicial, el juicio así como el dictado de la sentencia y sus medios de impugnación-, de tal manera que cuando el Estado materialice el poder del castigo sea de forma legítima.

El *Derecho penitenciario* se define como el *conjunto de normas jurídicas que regulan la ejecución y el cumplimiento de las sanciones penales*,¹⁰² básicamente de las sanciones privativas de libertad, pues el encierro ha sido y sigue siendo, el principal mecanismo de control social formal utilizado por el sistema de justicia. Una disciplina moderna que se fortaleció sobremanera con la elaboración de las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos, por parte de la Organización de las Naciones Unidas en 1955 y el movimiento renovador de los sistemas penitenciarios correspondiente,¹⁰³ que impulsó en muchos países el establecimiento del régimen penitenciario progresivo y el apogeo de las denominadas “*ideologías-RE*”¹⁰⁴ como finalidad de la pena:

pues lejos de una aplicación literal o mecánica de la ley, existe su análisis crítico y la motivación de las resoluciones judiciales como garantía contra la arbitrariedad.

¹⁰² GARCÍA VALDÉS, Carlos, “Introducción al Derecho Penitenciario Español: notas sistemáticas”, en COBO DEL ROSAL, Manuel (director), *Comentarios a la Legislación penal*, Madrid, Edersa, 1986, T. VI, vol. I, p. 4. En el mismo sentido, MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Principios fundamentales del derecho penitenciario español*, Barcelona, Bosch, 1983; GONZÁLEZ CANO, María Isabel, *La ejecución de la pena privativa de libertad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994; CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, *Derecho penitenciario*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.

¹⁰³ Sobre el desarrollo del Derecho penitenciario, su autonomía científica y relación con el Derecho penal y la penología, consultar a TAMARIT SUMALLA, Josep, GARCÍA ALBERO, Ramón; RODRÍGUEZ PUERTA, María y SAPENA GRAU, Francisco, *Curso de Derecho Penitenciario*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, 2006, pp.19-26.

¹⁰⁴ De esa forma se conoce en la doctrina latinoamericana el conjunto de denominaciones de la prevención especial positiva de la pena: resocialización, reeducación, repersonalización,

resocialización, reeducación, rehabilitación, reinserción, reintegración, etc., en muchas ocasiones reconocida incluso con rango de norma constitucional.¹⁰⁵

El Derecho penitenciario tiene entre sus tradicionales principios informadores el de la *flexibilidad de la pena o indeterminación parcial de la ejecución*¹⁰⁶. Al menos hasta hace poco tiempo venía siendo así, porque ordinariamente se establece una serie de *recompensas o beneficios* en función de motivar, estimular o incentivar al individuo a realizar esfuerzos para alcanzar una serie de medidas regimentales que le permitirían adelantar su egreso del encierro –indultos, amnistías, permisos de salidas, libertad condicional, descuentos por trabajo o buena conducta, y otras medidas de acortamiento de la condena o reducción del tiempo de internamiento-.¹⁰⁷

FERRAJOLI realiza un análisis de las prisiones y su dinámica, desde los presupuestos y objetivos del Derecho penal mínimo, planteando una serie de críticas y una propuesta de Derecho penitenciario distinta. Esta propuesta merece ser estudiada, tanto por el fuerte influjo de este autor en el pensamiento jurídico de nuestro entorno, como por lo peculiar de su premisa central: el

reintegración, reinserción, etc., ZAFFARONI, Raúl, "Los objetivos del sistema penitenciario y las normas constitucionales", en BINDER, Alberto y MAIER, Julio (compiladores), *El Derecho Penal hoy. Homenaje al Prof. David Baigún*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1995, p.183.

¹⁰⁵ Por ejemplo en la Constitución Española de 1978, en su artículo 25 párrafo 2 dice: "*Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y la reinserción social*".

¹⁰⁶ Al respecto, SANZ DELGADO, Enrique, *Regresar antes: los beneficios penitenciarios*, Madrid, Ministerio del Interior, 2007, p. 16.

¹⁰⁷ La doctrina señala que el impulsor del carácter premial del Derecho penitenciario, es Jeremy BENTHAM, a finales del Siglo XVIII, con su proyecto Panóptico y el sistema de incentivos y recompensas. Sus principales planteamientos en *Tratados de Legislación Civil y Penal*, 1821, edición de Madgalena Rodríguez, Madrid, Editora Nacional, 1981, pp. 541-571.

rechazo al principio de flexibilidad en la ejecución de la pena desde postulados garantistas.

El autor considera que el estado actual de la ejecución penal y la dinámica del Derecho penitenciario tradicional son antiliberales, porque su diseño y práctica **no respetan la estricta legalidad** y producen el **vaciamiento de las garantías penales y procesales**, así como el **menoscabo la dignidad humana**.

A continuación, pues, se analizarán críticamente los rasgos fundamentales de este posicionamiento de FERRAJOLI.

a) Función de la pena. La pena como prevención de la violencia.

FERRAJOLI señala que la concepción de la pena como un *medio* es un rasgo común de todas las doctrinas **relativas o utilitaristas**¹⁰⁸ (desde las *correcionalistas* –prevención especial positiva-, a las de *incapacitación* –prevención especial negativa-, de *integración* –prevención general positiva- o las de *intimidación general* - prevención general negativa-). Todas estas ideologías se orientan a valorar más las características del sujeto sancionado que el hecho cometido y promueven el uso del Derecho penal, no sólo para prevenir delitos sino también para transformar las personalidades “*desviadas*” de acuerdo con proyectos autoritarios de homologación o alternativamente de neutralización. Las ideologías de la prevención negativa se exponen además a la

¹⁰⁸ El autor hace una crítica a las diferentes teorías de la pena y por razones prácticas nos limitaremos a exponer su crítica al utilitarismo, considerando que como el mismo autor señala, ésta ideología ha recibido un gran respaldo por parte de la cultura jurídica general. Sus críticas a las diferentes justificaciones de la pena. (FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit. pp.247-280).

objección kantiana de que ningún hombre puede ser tratado como un “*mero medio*” para fines de otros¹⁰⁹.

Para él, con las “*ideologías RE*” la pena asume la forma de un tratamiento que apunta a la transformación o neutralización y la reeducación hacia los valores dominantes, lo que impone una aflicción al sujeto y constituye una lesión a su libertad moral. Estas ideologías constituyen un menoscabo a la libertad interior del detenido y su derecho de ser y permanecer como es, entrometiéndose el Estado en la personalidad psíquica del individuo, al pretender transformarlo moralmente mediante medidas preventivas o punitivas irrogadas por lo que es, más que por lo que hizo.¹¹⁰

Considera además que en todo caso *el fin pedagógico o de resocialización no es realizable*. Por el contrario las cárceles son un lugar altamente criminógeno de formación e incitación al delito. Considera que la educación es incompatible con la represión y aunque el utilitarismo ha sido respaldado por buena parte de la cultura jurídica contemporánea, es una postura incompatible con el principio de la libertad, el respeto a la persona y la autonomía de la conciencia.

*El correccionalismo atenta también contra principios fundamentales del Estado de Derecho como el de igual respeto a las diferencias y la tolerancia a todos, incluso a la personalidad más perversa y enemiga*¹¹¹.

¹⁰⁹ FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., pp. 258-280.

¹¹⁰ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo...*, cit., p. 206.

¹¹¹ FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., pp. 263-267.

De las diferentes posiciones del utilitarismo, la única que sí resulta rescatable es la de la *prevención general* de los delitos, pero por sí misma no es suficiente como justificación y legitimación, pues podría dar base a una extralimitación del sistema en función de asegurar ese objetivo, por lo que señala el autor que ese argumento debe complementarse con otra finalidad, concretamente la prevención de las penas arbitrarias o desproporcionadas.

En resumen, se propone una doble finalidad del Derecho penal y las penas: *la prevención del delito y la prevención de las penas arbitrarias*, justificándose el monopolio de la potestad punitiva únicamente *en la medida que la violencia producida por el sistema penal sea menor que la que se produciría en completa anarquía punitiva*.

b) Por la certeza en la duración de las penas. Crítica de FERRAJOLI al principio de flexibilidad.

FERRAJOLI se cuestiona si es legítima la modificación de la duración de la pena ya determinada por el juez sentenciador, así como la licitud de que jueces o autoridades penitenciarias, reduzcan o aumenten la pena de conformidad con los resultados del tratamiento penitenciario y el comportamiento del sujeto.

Para él la *prolongación* de la sanción o medidas restrictivas, más allá del plazo legal y judicialmente establecido, contradice sin duda alguna los principios del Estado de Derecho y en concreto, los axiomas básicos de su propuesta garantista.

Respecto de la posibilidad de *acortar* el periodo de duración de la pena o su flexibilización, ante el buen comportamiento y arrepentimiento del individuo, señala que la situación no parece ser tan evidente como en el supuesto anterior pero igualmente concluye que resulta *improcedente*.¹¹²

FERRAJOLI considera que la flexibilidad de la pena se produce por el carácter retributivo y pedagógico que los diferentes modelos otorgan a la pena, pero sobre todo por una cuestión objetiva: los extensos periodos de privación de libertad. De esta forma, *flexibilización y severidad mediante penas elevadísimas se retroalimentan y justifican* mediante un círculo vicioso y perverso, justificándose recíprocamente.¹¹³

Para el autor esta situación es un problema o defecto estructural –penas elevadísimas-, y más que buscar un remedio –modificación de los plazos de encierro- debería eliminarse el defecto, disminuyendo en sede legal las penas destinadas a ser reducidas en la fase ejecutiva, pues después de veinte años de flexibilidad se ha duplicado la población carcelaria y aunque así no fuera, le parece *absurdo disponer legalmente de penas severas para posteriormente desmentirlas con una serie de medidas de indulgencia discrecional*. La severidad en la imposición y la indulgencia en la ejecución, así como la diferencia entre la pena impuesta y la efectivamente cumplida, le resultan una especie de esquizofrenia que responde a una doblez de la política penal en la búsqueda de dos finalidades inconfesadas –ambas incompatibles con su modelo

¹¹² “Menos clara es la cuestión del acortamiento de la pena en sede de ejecución. Se trata del tipo de flexibilidad de la pena privativa de libertad que hacen posible en sede de ejecución las llamadas “medidas alternativas”... En su apoyo hay un argumento consistente y sugestivo: ¿Qué sentido tiene continuar manteniendo recluida a una persona cuando, a muchos años de distancia de la imposición de la pena por parte del juez, es ya otra persona completamente distinta de la que fue condenada?”, (FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., pp. 406-407)

¹¹³ FERRAJOLI, *Democracia y garantismo...*, cit., p. 206.

garantista de Derecho penal-: el carácter ejemplar y simbólico que se da con la imposición de la condena y no solo con la amenaza legal; y el carácter correctivo y disciplinario de la prisión¹¹⁴ Esa mutación de la pena produce la *disolución de la legalidad* y otorga a las instituciones punitivas un *carácter potestativo y totalizante*¹¹⁵.

La flexibilización de la pena además implica la *duplicidad del trabajo* pues la pena en primer lugar debe determinarse en función del delito y posteriormente redeterminarse por parte de las autoridades encargadas de la ejecución –administrativas o judiciales-, y esta vez en función del comportamiento del sujeto en la cárcel, lo que otorga un *poder desmesurado que hace de la sanción penal una pena arbitraria* que compara con las sanciones premodernas:

“Esta doble función de la pena –ejemplar en el momento de la condena, disciplinaria y compromisoria en el momento de la ejecución- confiere por lo demás a las instituciones punitivas un carácter fuertemente potestativo y totalizante... Se confiere así a éstos órganos un poder inmenso e incontrolado: la pena, cuantitativamente flexible y cualitativamente diferenciada en sede de ejecución no es menos despótica, en efecto, que las penas arbitrarias premodernas, de las que difiere solamente porque el arbitrio, en lugar de agotarse en el acto de su irrogación, se prorroga durante todo el curso de su aplicación.”¹¹⁶

¹¹⁴ FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., p. 408.

¹¹⁵ En el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), señala la necesidad de reducir al máximo las potestades discrecionales de los órganos del Sistema penal de tal forma que todo esté fijado por la ley; Corte IDH, caso Baena Ricardo y otros, sentencia de 02 de febrero de 2001, serie C, N° 72, párrafo 107.

¹¹⁶ FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., p. 408. En idéntico sentido, EL MISMO, *Democracia y garantismo...*, cit., pp. 204-205.

Así, el sistema de justicia tal y como funciona en la práctica de la mayoría de Estados –excesivo uso de la pena de prisión y penas muy altas coexistiendo con un tratamiento y una serie de beneficios penitenciarios que permiten reducir el periodo del encierro- produce una *pena desigual, atípica e incierta y la disolución de sus garantías básicas*: la legalidad y la jurisdiccionalidad, su abstracta igualdad y certeza:

“De este modo, la pena no es ya retribución ‘igual’, sino tratamiento diferenciado, con fines de readaptación del condenado a modelos ético-políticos de normalidad social; no es ya una sanción típica con contenido taxativamente predeterminado por la ley, sino una medida de contenido variable e indeterminado; y su naturaleza y medida no están vinculados a presupuestos de hecho a su vez predeterminados legalmente y comprobados judicialmente, sino decididos discrecionalmente –poco importa si por la autoridad carcelaria o por los jueces de vigilancia- sobre la base de la observación científica de la personalidad del condenado...La transformación de la pena en práctica pedagógica y en sometimiento disciplinario se ha llevado a cabo, además de con la individualización del tratamiento, con el auxilio de un completo mecanismo persuasorio integrado por sanciones y beneficios... De este modo el recluso, sujeto pasivo de la represión, se ha convertido en sujeto activo de la auto-represión, al que se pide que colabore en la violencia que se proyecta sobre él y que se haga merecedor de premios y beneficios penitenciarios, dando pruebas cotidianamente de su progresivo arrepentimiento... La coerción moral tiende a sustituir a la coerción física; el condicionamiento persuasivo de la conciencia, a la dureza de las condiciones de vida; la observación y la sumisión de las almas, a la vigilancia y disciplina de los cuerpos. Lo que no evita que también en la nueva cárcel pervivan formas de vejación, aunque diferenciadas y especializadas; ni que, por otra parte, la cárcel disciplinada, prefigurada normativamente, conviva,

en muchos casos, con la cárcel salvaje, dominada por mafias internas y caracterizada por la máxima inseguridad para la vida y los demás derechos de los reclusos."¹¹⁷.

Someter al privado o privada de libertad a un marco de decisiones relativas a su fuero interno –que como tal considera inverificables-, le genera a éste la total pérdida de expectativas y una gran incertidumbre. En esas condiciones, el preso pierde la libertad completamente, pues su destino queda en manos de otra persona y a su arbitrio, dinámica con la que *se le cosifica y lesiona su dignidad*¹¹⁸.

De esta manera, *con la flexibilización la sanción la pena pierde el carácter de abstracta y genérica y se convierte en una medida incierta*, de contenido variable e indeterminado, ajena a los fines constitucionales de la igualdad y certeza que le deben regir¹¹⁹.

Otro elemento nocivo de este principio es que acentúa *el carácter selectivo y desigual del sistema penal*, pues los criterios predominantes utilizados para resolver la procedencia o no de los beneficios son complementemente *clasistas* porque más que el hecho y la conducta del sujeto, se pone atención a sus perspectivas laborales o civiles, que obviamente son mejores para quienes gozan de un mayor nivel económico o de educación.

¹¹⁷ FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., p. 722.

¹¹⁸ En el constitucionalismo democrático la dignidad constituye un límite sustancial indisponible frente al poder y por esa razón su preponderancia en la teoría garantista. Al respecto, PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, *La garantía en el Estado constitucional de Derecho*, Madrid, Trotta, 1997, pp. 83-86. Sobre el concepto de libertad como certeza de expectativas y la facultad de ser lo que se quiere sin temor a infringir la ley y la inmunidad ante intervenciones arbitrarias, FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit. p. 409.

¹¹⁹ FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit. pp. 409, 719-726.

“Los criterios que deciden sobre los beneficios, a falta de parámetros de hecho, están, como se ha visto, insuflados por el sustancialismo más puro: no de lo que se ha hecho, sino de lo que se es. A tenor de las primeras experiencias de aplicación de la ley, han terminado por imponerse como criterios predominantes de la decisión, más que la conducta en la prisión, las perspectivas laborales o de reinserción en la vida civil, que obviamente, son mayores para los internos de condición económica y social más elevada. Se ha producido, en suma, una diferencia de tratamiento basada directamente en el status y el rol social de los detenidos: sus oficios o profesiones, sus contactos externos, sus relaciones sociales y en general, el grado de preocupación que logran suscitar en su ambiente originario... De ahí se deriva una tipología de los beneficiados y los discriminados que refleja su extracción social y amplifica las connotaciones clasistas de la desigualdad penal: de hecho quedan tendencialmente excluidos de los beneficios –por la imposibilidad de obtener un trabajo y una reinserción verosímil y, aún antes de eso, de orientarse en el laberinto premial- los extranjeros, los apátridas, los gitanos, además por supuesto, de los condenados desempleados y socialmente más débiles e indigentes.”¹²⁰

El vaciamiento de las garantías que la práctica penitenciaria produce, se acentúa cuando en lugar de cárceles iguales para todos, se permite la existencia de centros de reclusión de distinto tipo, unos con mayor grado de seguridad y contención que otros, lo que permite la clasificación de los y las personas detenidas según el supuesto grado de peligrosidad, valoración subjetiva normalmente endosada no a las autoridades judiciales sino a las penitenciarias, que se realiza por lo general, al margen de situaciones objetivas como el delito o

¹²⁰ FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., pp. 725-726.

algún otro argumento fáctico¹²¹. Esto produce un régimen carcelario dual, la disminución de derechos y el agravamiento de la sanción para un gran sector de la población penal que cumple una pena de la misma naturaleza que el resto. Señala además que en la práctica esa diferencia o dualidad ha respondido más a fines de disciplina y coerción de derechos que a verdaderos motivos de seguridad porque si el motivo fuera realmente este último, bien se podía resolver con el incremento de la vigilancia interior y exterior de los establecimientos penitenciarios¹²².

FERRAJOLI cuestiona la función de los juzgados de vigilancia Penitenciaria al considerar que por su objeto y naturaleza ni siquiera realizan funciones jurisdiccionales sino propiamente administrativas.

“Por más dotados de humanidad y de sabiduría que puedan estar los jueces de vigilancia penitenciaria, es el objetivo y la naturaleza de sus decisiones lo que hace que su función no sea jurisdiccional sino administrativa. La autoridad que dispensa o que niega un beneficio penal, de cualquier modo que se la llame, no comprueba hechos en régimen de contradicción y publicidad, sino que valora y juzga directamente la interioridad de las personas; no decide sobre la comisión de un delito, es decir, sobre una hipótesis empírica verificable y refutable, como exige el carácter cognoscitivo propio de la jurisdicción, sino inmediatamente sobre la ‘ausencia de peligrosidad’ de un hombre, su ‘buena conducta’, su ‘arrepentimiento sobrevenido’ o sobre las valoraciones análogas inverificables e irrefutables

¹²¹ Este factor contribuye notablemente a agravar la atipicidad y la imprevisibilidad de los contenidos de la detención. Dos siglos después han mejorado las condiciones de las cárceles pero no ha cambiado sino que incluso se ha agravado, la indeterminación del castigo. (FERRAJOLI, *Democracia y garantismo...*, cit., pp. 204-205).

¹²² FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., pp. 723.

*por su naturaleza. Es este poder ilimitado el que hace liberticida y total a la institución carcelaria: porque reduce la persona a cosa, poniéndola completamente en manos de otro hombre y lesionando con ello su dignidad, sea quien fuere, incluso el más sabio y honesto, el que debe decidir. La libertad, según sus definiciones clásicas, consiste en la certeza de las expectativas, en la inmunidad frente a intervenciones arbitrarias, en la facultad de poder hacer o pensar y; antes aún, de ser lo que se quiere ser sin temor de infringir la ley. Aquí por el contrario todo el ser del detenido se encuentra comprometido por la pena: una vez encarcelado él no tiene una pena cierta que cumplir, sino un mañana incierto que deberá contratar día a día con sus carceleros.”*¹²³

Considera que las diferenciaciones que permite y reproduce el sistema penitenciario bajo su finalidad de prevención especial, reeducativa o resocializadora y el sometimiento del sujeto al tratamiento, impone en la práctica una separación entre pena y delito donde se le da mayor trascendencia no a lo que hizo el sujeto sino a su personalidad, desplazándose el modelo de Derecho penal de hecho por un modelo que en la ejecución parece más de Derecho penal de autor¹²⁴, en detrimento de las garantías básicas:

“...han decaído los caracteres de igualdad, abstracción, certeza y determinación legal que eran propios de la pena privativa de libertad en su modelo liberal. Cárceles especiales, regímenes especiales y diferenciados, tratamientos personalizados, clasificaciones por grados de peligrosidad, medidas alternativas y otras formas de premios o castigos han modelado hoy

¹²³ FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., p. 409.

¹²⁴ Sobre la incompatibilidad del Derecho penal de autor dentro del garantismo penal, ANDRÉS IBÁÑEZ, “Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción”, cit., p. 63.

*la pena sobre la concreta personalidad del condenado y, más a menudo, del imputado: sea por el predominio que han asumido las funciones correccionales de la prevención especial, sea sobre todo porque incluso el tratamiento penal ha sido cometido a la lógica del amigo/enemigo, que exige severidad de la pena tasada conforme al grado de irreductibilidad o de arrepentimiento o, si se quiere, de irrecuperabilidad o de recuperación social del detenido concreto. Es así como a la pena de privación de libertad personal se añaden penas en las penas, o a la inversa premios en las penas, una y otros atípicos, extralegales y extrajudiciales, no vinculados ya al delito sino inmediatamente al reo y discrecionalmente dispensados por vía sustancialmente administrativa”*¹²⁵⁻

Todas estas desigualdades reflejan, para FERRAJOLI, la crisis del principio de estricta legalidad en las penas, sobre todo en donde esas modificaciones no se encuentren ni siquiera legalmente establecidas.¹²⁶

De esta manera, la flexibilidad en la pena significa finalmente para FERRAJOLI el vaciamiento del juicio y de las propias garantías penales y procesales y por lo tanto, aunque inicialmente renunciar a la misma puede considerarse un coste, para él constituye más bien una ventaja que incluso hasta le otorgaría más eficacia disuasoria a la pena.

Desde el marco de un Derecho penal mínimo y contra la flexibilidad de la pena, propone la ***garantía de la certeza de la duración de la pena.***

¹²⁵ FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., pp. 823-824.

¹²⁶ Sobre la crisis del principio de legalidad, controles ineficaces y la ilegalidad del poder, FERRAJOLI, *Derechos y Garantías...*, cit., p. 15.

Para el autor esta garantía constituye un factor de mitigación de la ejecución penal, sobre todo porque esa certeza es esencial para la tranquilidad y el bienestar del sujeto condenado y además porque una pena cierta e infalible tiene mayor efecto disuasorio que una pena incierta.¹²⁷

La privación de libertad se ha convertido a partir del Iluminismo en la principal de las sanciones penales. Para FERRAJOLI debe procederse a su eliminación, pues no es idónea para alcanzar sus finalidades, básicamente por el alto factor criminógeno de la cárcel, que funciona más como una escuela de delincuencia y de reclutamiento de la criminalidad organizada. Considera que debe plantearse una nueva estrategia de reforma del Derecho penal y procurar, aunque sea a largo plazo, *la supresión integral de las penas privativas de libertad y mientras tanto, al menos la reducción de su duración legal*, sobre todo porque a pesar de sustituir las penas atroces, la cárcel no se limita a privar al sujeto de su libertad, sino que mantiene aún mucho de aflicción física. A ese sufrimiento se añade la aflicción psicológica que se genera a punta de soledad, aislamiento, disciplina, pérdida de sociabilidad, afectividad y hasta de la propia identidad, unido a una pretensión reeducativa y a tratamientos que de una u otra forma procuran plegar y hasta transformar a la persona del preso. Estas angustias unidas a la imprevisibilidad del contenido de la privación de libertad que se genera con la incertidumbre de los beneficios confiados a la discrecionalidad de las autoridades penitenciarias, otorga a la sanción penal *un carácter arbitrario y desigual, como tal violatorio de la dignidad humana*, razones suficientes para deslegitimarla y erradicarla:

“La cárcel es por tanto, una institución al mismo tiempo antiliberal, desigual, atípica, extra-legal y extra-judicial al menos en parte, lesiva para

¹²⁷ FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., p. 410.

la dignidad de los presos, penosa e inútilmente aflictiva. Por eso resulta tan justificada la superación, o al menos, una drástica reducción de la duración, tanto mínima como máxima, de la pena de privación de libertad, institución cada vez más carente de sentido, que produce un coste de sufrimientos no compensado por apreciables ventajas para nadie... Pienso que la duración máxima de la pena privativa de libertad, cualquiera que sea el delito cometido, podría muy bien reducirse, a corto plazo, a 10 años y acaso, a medio plazo, a un tiempo todavía menor; y que una norma constitucional debería sancionar un límite máximo, pongamos, de 10 años. Una reducción de ese género supondría una atenuación no sólo cuantitativa sino también cualitativa de la pena, dado que la idea de retornar a la libertad después de un breve y no tras un largo o acaso interminable período haría sin duda más tolerable y menos alienante la reclusión. Y sería posible por las mismas razones que están en la base de la crisis de la cárcel: la eficacia disuasoria e estigmatizante alcanzada, en la actual sociedad de los medios de comunicación, por el proceso y la condena pública, más que por la ejecución de la pena privativa de libertad; el progreso cívico y cultural, que hace hoy intolerable los sufrimientos inútiles o en cualquier caso excesivos; el hecho de que guste o no, en la actual sociedad informática las funciones de seguridad y de prevención general de los delitos tienden a ser satisfechas mucho más por las funciones de policía que por la amenaza de las penas.”¹²⁸

Su propuesta puede ser resumida como sigue:

- ***determinación de la pena mínima necesaria en sede legislativa y jurisdiccional***¹²⁹,

¹²⁸ FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., pp. 413-415.

¹²⁹ Incluso recordemos que el autor llega a proponer que el legislador no le imponga un monto mínimo al juez. *Supra.*, Cap. I, 3, b.2).

- *supresión de la pena de muerte y de las penas perpetuas*¹³⁰,
- *reducción de las penas privativas de libertad; y*
- *transformación de todos los beneficios del tratamiento penitenciario* de tal forma que *no se otorguen a modo de premios sino como derechos* de todos los sujetos.
- Al mismo tiempo *la previsión de todas las medidas alternativas como penas directamente imponibles en la condena*, de manera que la libertad vigilada, el arresto domiciliario y la semilibertad se establezcan como penas exclusivas para los delitos leves y como penas accesorias, para los delitos más graves, transcurrido un breve periodo de reclusión:

“Cualquier transformación de los contenidos de la pena requiere además una redefinición teórica y normativa de las privaciones de bienes o derechos compatibles con la salvaguardia de la dignidad de la persona. Puede ser útil, a tal fin, partir del recogimiento de la naturaleza antieducativa y criminógena de la pena carcelaria. Si exigimos de la pena una función, ya que no educativa, cuando menos no deseducativa ni criminógena, entonces será necesario reducirla, redimensionándola o redefiniendo legalmente sus contenidos alternativos: no esperando –como se ha dicho en el apartado precedente- alterarla en la fase ejecutiva, sino modificando su duración y calidad en la fase legislativa y judicial... Si pensamos que la reclusión es por sí una aflicción inhumana y excesiva y que en la mayor parte de los casos no es necesario hacerla cumplir, siendo suficiente, supongamos, el arresto domiciliario, la residencia obligada o la semilibertad, es justo que también

¹³⁰ No profundizamos en las críticas del autor a la pena de muerte o las penas perpetuas, por considerar que si bien son temas importantes y actuales en sociedades donde de ordinario se impone ese tipo de sanciones, como en Estados Unidos de Norteamérica, no resultan sanciones comunes en la realidad penitenciaria de la Unión Europea ni en la latinoamericana. Sobre los argumentos para la abolición de las penas perpetuas, FERRAJOLI, Luigi. “Ergastolo y Derechos Fundamentales”, en *Anuario de Derecho Penal: el sistema de penas del nuevo Código Penal*, Lima, 1999, pp. 295-306.

esto se traduzca en la transformación de las penas legales: a través de la previsión legal de la reclusión sólo para pocos casos, gravísimos delitos y por un tiempo máximo determinado, por ejemplo, los primeros tres años; y la previsión, tras esos tres años primeros, y desde el comienzo para los demás delitos , de penas legales correspondientes a las actuales medidas alternativas, como la semilibertad, el arresto de fin de semana, los arrestos domiciliarios y otras semejantes.”¹³¹

Desde la concepción de una pena determinada e inflexible, en función de asegurar la legalidad, la libertad y la certeza, el periodo de reclusión solo podrá ser modificado ante hechos sobrevinientes y previstos legalmente:

“En todos los casos, la pena establecida por el juez en el momento de la condena deberá permanecer cierta y no modificable si no es por hechos sobrevinidos y taxativamente preestablecidos por la ley: como, por ejemplo, los relativos a la salud del condenado.”¹³²

En síntesis, FERRAJOLI propone desde su *teoría del garantismo*, la renuncia a los objetivos de prevención especial positiva de la pena –“la ideología RE”, o sea: a los objetivos de resocialización, reinserción o reeducación- y en su lugar establece que el Derecho penal y la sanción deben procurar dos objetivos básicos: la prevención de los delitos y la prevención de penas arbitrarias o desproporcionadas. Por otro lado, defiende la abolición inmediata de la pena de muerte y la cadena perpetua; a largo plazo de las penas privativas de libertad, mientras a corto y mediano plazo, al menos debe procurarse su reducción, estableciendo como **máximo legal los diez años**. En función de garantizar la

¹³¹ FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., pp. 419-420.

¹³² FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., p. 420.

certeza necesaria para gozar de seguridad y libertad mínima, renuncia a la flexibilización de la pena y opta por la transformación de los beneficios penitenciarios, de tal forma que queden como penas alternativas de los delitos menos graves y como penas accesorias de los más graves, mas no bajo la discrecionalidad del juez de vigilancia o el funcionario penitenciario, sino como consecuencia necesaria o automática, una vez transcurrido un periodo determinado de la reclusión, garantizando así el carácter abstracto e igualitario de la sanción para todos los ciudadanos.

5.- Consideraciones críticas sobre el Derecho penal y penitenciario mínimo.

De la propuesta descrita debemos señalar que compartimos muchas de sus denuncias y soluciones, sobre todo la necesidad de una contracción del sistema penal, la reducción de las penas y la aplicación de sanciones alternativas, pero al mismo tiempo disentimos de algunas de sus críticas y medidas.

a) Renuncia a las finalidades de prevención especial positiva.

Para comenzar debemos anotar que desde nuestro punto de vista es objetable la renuncia a la resocialización y a las finalidades de prevención especial positiva de la pena, siempre que por "*ideologías RE*" no se comprenda la imposición de tratamiento ni modificación de la personalidad del individuo, sino la obligación del Estado de brindar al sujeto las prestaciones sociales que probablemente nunca le aseguró previo a su ingreso a prisión, sobre todo lo relacionado con la atención a su educación, capacitación laboral y el efectivo respeto de sus derechos fundamentales¹³³. Ciertamente que la resocialización no es un

¹³³ Sobre resocialización y la democratización de las relaciones internas en prisión, MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Barcelona, Bosch,

argumento técnicamente válido de justificación de la pena –porque desde un deber ser no pueden justificarse las razones por las que existe la pena- pero eso no hace que tenga que excluirse también como finalidad. Como tal incluso es un elemento valioso para evaluar el cumplimiento de los objetivos de las tareas del sistema de justicia, sobre todo cuando de lo que se trata al final de cuentas es de encargarse de un grupo de ciudadanos que en su mayoría no han sido atendidos por el Estado hasta ese momento.

La doctrina denomina a las diferentes alternativas que se invocan como finalidad de la pena desde la prevención especial positiva, como las “*ideologías RE*”. A lo mejor sería más apropiado eliminar el “*RE*” y como objetivo tener el procurar educar¹³⁴, insertar, adaptar, incorporar o habilitar al sujeto, porque la mayoría de la “*clientela penal*” es probable que nunca ha completado ni el proceso básico de educación formal y siempre ha sido marginada y auto-marginada de la sociedad –no es técnicamente adecuado hablar de volver a educar a quien no ha sido educado, readaptar a quien no ha estado adaptado o volver a insertar a quien siempre se ha marginado o excluido⁻¹³⁵. La falta de socialización y la desestructuración de muchas de las personas privadas de libertad responden en gran medida a condiciones sociales y económicas determinadas y a la falta de acción estatal para suplir sus necesidades, por lo que es exigible al Estado cumplir al menos en este momento su responsabilidad y asegurar su adecuada atención.

1983, p. 150; EL MISMO, “Las relaciones especiales de sujeción y el sistema penitenciario”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, XVI (1993), pp. 17-42.

¹³⁴ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA realiza en el mismo sentido una crítica al concepto de reeducación en su artículo: “Funciones y fines de las instituciones penitenciarias”, en COBO DEL ROSAL, Manuel (director), *Comentarios a la legislación penal*, Madrid, Edersa, 1986, T.VI, Vº 1, pp. 27-31.

¹³⁵ Los perfiles de la población penal de cualquier país del planeta reflejan una población de características propias de comunidades marginales, con bajos niveles de educación y formación, sin hábitos de trabajo y muchos con serios problemas de adicción a las drogas.

A FERRAJOLI le resulta intolerable la disposición de cualquier actividad pedagógica o correctiva durante el cumplimiento de la pena, sin embargo esta defensa a ultranza de la libertad y el respeto de la libre autodeterminación de la persona detenida parece olvidar que la mayoría de los presos o presas no llegan a la cárcel por convicción y decisión personal, sino sobre todo, como anotamos, por la influencia de toda una serie de factores sociales, culturales y económicos. De hecho no es coincidencia que el mayor porcentaje de reclusos en Latinoamérica y Europa, lo conforman infractores de delitos contra la propiedad –en un altísimo grado con problemas de drogodependencia- y tráfico de drogas.

Es acertada la posición del autor que rechaza la concepción de un correccionalismo o utilitarismo dirigido a transformar coactivamente la personalidad del individuo y su escala de valores, sin embargo; apostamos más por una comprensión distinta de cómo debe alcanzarse la finalidad resocializadora de la pena desde un Estado de Derecho y asegurar siempre a la persona la posibilidad de retornar a la comunidad en el menor plazo posible, una vez que acredite un proyecto de vida y la capacidad de vivir al menos al margen del delito.

Por esta razón consideramos que al menos, como lo propone ZAFFARONI¹³⁶, es válido rescatar la oportunidad del Estado de atender a esta población y aprovechar el periodo de encierro para brindar más que un

¹³⁶ZAFFARONI, *Derecho Penal...*, .cit., pp. 892-895. El autor critica las ideologías “RE” por considerar que tienen un alto fondo autoritario al intentar interferir y modificar las opciones de las personas sin embargo reconoce que la prevención especial positiva sigue vigente en el penitenciarismo latinoamericano, así como en Europa, Japón y Canadá, sobre todo por disposiciones constitucionales vigentes y ante esa situación es válido al menos reinterpretar el concepto de readaptación social y no comprenderlo como el reingreso del sujeto como un ser moralmente superior sino de conformidad con criterios de interpretación progresiva.

tratamiento un *trato digno* a los detenidos, garantizando su vida, su integridad física y psíquica y realizando un esfuerzo para que la prisión resulte lo menos deteriorante posible y se reduzca los niveles de vulnerabilidad¹³⁷ de la población penal de tal forma que al egresar no responda al estereotipo introyectado socialmente y reforzado por el sistema de justicia penal. No se trata de mejorar los valores ni interferir en su conciencia –eso no es válido en un Estado de Derecho- sino solo enseñarle a abstenerse de hacer un ofrecimiento grosero a la trampa del poder punitivo¹³⁸.

b) Renuncia a la flexibilización de la pena privativa de libertad.

Discrepamos con el autor cuando indica que la principal razón que justifica la flexibilidad de la pena y los beneficios penitenciarios es el alto monto de las sanciones y que prescindiendo de esa hipocresía institucional –imponer penas altas para luego atenuarlas- la pena obtiene un carácter más disuasorio.

¹³⁷ Sobre la prisión como una “*clínica de la vulnerabilidad*”, CESANO, José Daniel, “Legalidad y control judicial. Construcción de garantías para lograr un ‘trato humano’ en prisión. Reflexiones a partir de la realidad argentina”, en *Boletín mexicano de derecho comparado*, N° 118 (2007), p. 27.

¹³⁸ Aconseja ZAFFARONI que el penitenciarismo asuma la realidad de los datos de las ciencias sociales y reelabore un discurso diferente y más realista, considerando que la mayoría de los presos los atrapa el sistema por su vulnerabilidad –no solo por su coincidencia con el estereotipo criminal sino también por su personal disposición a asumir los roles asignados por los estereotipos-, situación que se ve acentuada o reforzada con el encierro que condiciona patologías regresivas al general un orden violento que solo permite la supervivencia conforme a pautas propias de etapas ya superadas –niñez y adolescencia-, destruyendo sus rasgos adultos. ZAFFARONI, *Derecho Penal...*, cit., p 893. En el mismo sentido, sobre el reforzamiento de los estereotipos en la cárcel (desviación secundaria), LARRAURI, Elena, *La herencia de la criminología crítica*, México, Siglo XXI editora, 1992, p.37; CESANO, “Legalidad y control judicial. Construcción de garantías para lograr un ‘trato humano’ en prisión. Reflexiones a partir de la realidad argentina”, cit., p. 27.

El surgimiento de los beneficios penitenciarios se remonta a casi los orígenes mismos del penitenciarismo y se justifican en razones de humanismo, para todas las penas independientemente de los montos de la sanción. No es cierto que los beneficios penitenciarios justifiquen la imposición de penas elevadas y prueba de ello es que actualmente las tendencias expansivas del Derecho penal y sobre todo del denominado *Derecho penal del enemigo*¹³⁹ promulgan el aumento de penas y la reducción de los beneficios.

Respecto de un posible efecto reductor de la prevención general, debe responderse que en la población donde el Derecho penal sí funciona como amenaza, la existencia o no de beneficios no resultará tan relevante porque el eventual ingreso a prisión es lo que genera el efecto amenazante. La reducción de la pena que estos beneficios suponen no es tan grande como para poder influir sobre el efecto preventivo-general.

Compartimos la crítica de FERRAJOLI de que en la práctica penitenciaria normalmente es amplísimo el poder discrecional que se otorga a los funcionarios penitenciarios y judiciales para resolver la procedencia o no de beneficios e incluso muchas veces los criterios varían completamente de una cárcel a otra, de un pabellón al otro o de un circuito judicial a otro, y que esa situación genera incertidumbre, un trato desigual y lesiona la dignidad del preso. Sin embargo, consideramos que lo que produce esa nociva incertidumbre, no es la existencia de beneficios sino la forma arbitraria como se resuelven los mismos¹⁴⁰. Por eso la solución no está en suprimir los beneficios

¹³⁹ *Infra.* p. Cap. II.

¹⁴⁰ En el mismo sentido, TOSELLI, Nicolás, "Pautas para la supervivencia de un régimen progresivo de ejecución de la pena en la República de Argentina", en FELLINI, Zulita (directora), *Derecho penal de ejecución penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2006, p. 269, y ALDERETE LOBO, Rubén, "La judicialización y el principio de legalidad en la ejecución penal", en *Revista de derecho penal y proceso penal*, N° 2 (2004), p. 441.

penitenciarios sino en asegurar la efectiva vigencia del principio de legalidad en la ejecución penal, procediendo a disminuir la discrecionalidad de las autoridades competentes, regulando y limitando sus atribuciones¹⁴¹ y potenciando las facultades del juez de vigilancia penitenciaria y el control de legalidad:

“...cabe proponer un amplio debate que por supuesto involucre no sólo a los estudiosos de la cárcel en sus distintos niveles disciplinarios, sino también a los deferentes implicados en su funcionamiento (funcionarios, jueces, fiscales). Dicho debate debería estar orientado a reconducir la única posibilidad viable para que la institución penitenciaria no siga siendo el ámbito donde la Administración mantenga la última palabra para decidir sobre la permanencia de los condenados. Esa posibilidad está dada con la limitación al máximo de la discrecionalidad de la Administración o del juicio a los técnicos. Esto únicamente podría lograrse con un potencialismo de las capacidades de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria y con un desarrollo integral de la posible actividad del Ministerio Público. Una decisión en tal sentido... debe contar tanto con un cambio en la cultura de los jueces cuanto con una eliminación del uso instrumental de categorías y principios del sistema penitenciario. De otro modo, ocuparse de la cuestión penitenciaria puede suponer seguir hablando del sexo de los ángeles y no manifestar una voluntad expresa de asumir responsabilidades y eliminar conflictos, pues

¹⁴¹ Un ejemplo de un esfuerzo en este sentido se encuentra en el sistema penitenciario español, donde la propia autoridad penitenciaria, procurando una mayor objetividad en su actuación, ha girado instrucciones y tablas de variables para orientar las decisiones en materia de clasificación de la población y el otorgamiento de permisos, como se aprecia en las Instrucciones de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, I/9/2007 de 21 de mayo –en materia de clasificación- y la 22/1996 de 16 de diciembre –regulación de los permisos-.

*sobre estos se montan las oleadas de “pánico” que ponen en juego la forma Estado de Derecho*¹⁴².

Frente a la evidente discrecionalidad que caracteriza la dinámica penitenciaria en la actualidad, más que prescindir de la aplicación de los beneficios, consideramos que lo que se necesita es someter el Derecho penitenciario a la misma “*cirugía*” que el garantismo le aplica al Derecho penal, asegurando la regulación específica del cumplimiento de las penas, la mayor precisión en su terminología, reducir los niveles de discrecionalidad y arbitrariedad, excluir las decisiones meramente potestativas y asegurar el mayor grado de certeza y seguridad jurídica.

Si la ejecución de la pena es como se comprende modernamente, la última fase del proceso penal, en esta fase debe regir la garantía ejecutiva y la estricta legalidad y en consecuencia, en todo Estado de Derecho las prisiones deben administrarse de conformidad con lo establecido por las leyes y no al amparo de favores, gracias, sobornos, costumbres, beneficios especiales, concesiones o normas reglamentarias auto impuestas.

Recordemos que en el Estado de Derecho, el nuevo Derecho penal nace como un instrumento contra el despotismo, la violencia, la arbitrariedad y las penas inhumanas y degradantes. No obstante, en la construcción de las nuevas técnicas también el Estado debe proteger a la persona del Derecho penal y sus excesos. Las exigencias derivadas de las garantías procesales y sobremanera del principio de legalidad, ha sido una de las aportaciones más valiosas del

¹⁴². BERGALLI, Roberto, “Pánico social y fragilidad del Estado de Derecho. Conflictos instrumentales entre administración y jurisdicción Penitenciaria (o para dejar de hablar del sexo de los ángeles en la cuestión penitenciaria)”, en RIVERA BEIRAS, Iñaki (coordinador), *Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales*, Barcelona, Bosch, 1994, p. 115.

Iluminismo. Hoy debe asegurarse que el grito por la legalización del Derecho penal incluya todas las fases del mismo, desde la previa determinación de las conductas u omisiones reprochables, la determinación de la sanción, la inicial investigación, la interrogación, el procedimiento del juicio oral, hasta y sobre todo, en la materialización del castigo, objetivo básico de todo el procedimiento. La vigencia de la garantía ejecutiva en todo Estado Social y de Derecho, se impone como una necesidad básica de legitimación del poder. Como se señaló previamente, la vulnerabilidad del ciudadano preso ante el Estado represor, es evidente y la situación exige leyes claras, establecidas con anterioridad, así como adecuados mecanismos de control que garanticen el cumplimiento de las penas conforme a la normativa y el efectivo respeto de los derechos de las personas privadas de libertad.

El Estado de Derecho surgió históricamente ante una concentración y ejercicio arbitrario de poder. Se establece como una fórmula garante del respeto de la dignidad de todo ser humano, asegurando un trato igual bajo condiciones semejantes, principio que se garantiza con la sujeción de la autoridad estatal a la ley y la Constitución. De esa obligación no debe eximirse a las autoridades penitenciarias.

El someter a la administración penitenciaria a reglas previas dictadas por las fuerzas más representativas del poder popular –concretamente el Poder Legislativo- y no a normas auto impuestas ni a un amplio poder de discreción, por más complicado que sea el control de las cárceles, es una necesidad que se impone, al menos si se pretende un Estado de Derecho que no diferencie por condición social o calidad jurídica y un Estado de Derecho que rechace toda acción arbitraria. Los muros de la prisión no deben impedir el paso al principio de legalidad. Nada justifica una excepción de la legalidad en las prisiones, ni la

existencia de una “*zona de no derecho*”¹⁴³ en un Estado de Derecho. Al contrario y por las consecuencias que el encierro produce, en la cárcel se requiere asegurar sólidamente la sujeción de la autoridad administrativa a requerimientos y procedimientos previamente establecidos por una autoridad superior, pues está de por medio la libertad ambulatoria de la persona, su dignidad y sus derechos fundamentales.¹⁴⁴

FERRAJOLI se opone a la flexibilización de la pena privativa de libertad pues considera que tal y como opera en la práctica significa un vacío de las garantías procesales y penales y expone al preso a una total incertidumbre sobre sus expectativas, lo que constituye un trato violatorio de su dignidad. Por esa razón le resulta inadmisibles tanto la extensión de medidas restrictivas vencido el periodo de la sanción como la modificación anticipada de la misma. Coincidimos con el autor cuando apunta la improcedencia de que cumplida una sanción, el Estado pueda, de forma legítima, extender la aplicación de medidas restrictivas, pero respecto al otro supuesto, lejos de rechazar el principio de flexibilización de la sanción, optamos por su fortalecimiento. No solo porque las sanciones penales sean en general muy altas, ya que el principio también es importante tratándose de penas breves, sino porque tal y como lo señalan las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos –de las Naciones Unidas–, es recomendable procurar la incorporación paulatina del sujeto a la sociedad, de tal manera que no se le exponga abruptamente a la comunidad.

¹⁴³ RIBERA BEIRAS, Iñaki, “La doctrina de las relaciones de sujeción especial en el ámbito penitenciario (la zona del ‘no derecho’)”, en MUÑAGORRI LAGUÍA, Ignacio, RIVERA BEIRAS, Iñaki y PINTO DE MIRANDA RODRÍGUEZ, Anabela María, *Legalidad constitucional y relaciones penitenciarias de especial sujeción*, Barcelona, Editorial Bosch, 2000.

¹⁴⁴ MAPELLI CAFFARENA, Borja, “El principio de legalidad y la ejecución de la pena privativa de libertad”, en *Jornadas en homenaje al XXV aniversario de la Ley Orgánica Penitenciaria*, Madrid, Ministerio del Interior, 2005, pp. 41.

Consideramos que el hecho de poder modificar la modalidad de cumplimiento de la sanción durante el transcurso de su ejecución no transforma la pena en incierta e indeterminada, siempre que el privado o privada de libertad conozca el máximo de tiempo que podría estar recluso y se le brinde la información y la asesoría necesarias sobre los momentos en que podría optar por un régimen más favorable, los requisitos necesarios, sus posibilidades, expectativas así como sobre los medios de impugnación en caso de una respuesta desfavorable a su gestión.

FERRAJOLI considera que los beneficios penitenciarios y la mutación de la pena producen la disolución de la legalidad y convierten a la prisión en una institución potestativa y totalizante, porque esa flexibilidad *cosifica* al condenado, que de esa manera queda comprometido con la pena y una vez encarcelado no tiene una pena cierta que cumplir sino un mañana incierto que negociar día a día con sus carceleros¹⁴⁵ y por esa razón en lugar de la flexibilización de la pena y como un factor de mitigación de la ejecución penal, propone la *certeza de la duración de la pena*, garantizando así la libertad interior del sujeto frente al arbitrio, su bienestar personal y el respeto a su dignidad personal.

Discrepamos con el autor porque no creemos que la mutación de la pena convierta la prisión en una institución totalizante¹⁴⁶, ni que sea la causa del vaciamiento de las garantías, sino que esto es así por la naturaleza misma de la cárcel. En otras palabras, la prisión no se convierte sino que es una institución totalizante. Su dinámica ontológica disminuye muchos de los derechos del

¹⁴⁵ FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., p. 409.

¹⁴⁶ Sobre la dinámica de las *instituciones totales*, GOFFMAN, Irving, *Internados: ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*, Buenos Aires, Amorrortu, 1994, p. 51.

privado y privada de libertad, sobre todo porque asegurar la limitación de la libertad ambulatoria implica la restricción simultánea de muchos otros derechos y porque bajo el encierro se despersonaliza al ser humano obligándosele a depender prácticamente para todo de autorizaciones o permisos de la autoridad administrativa, cual si fuera una persona incapaz o que no puede valerse por sí mismo¹⁴⁷. Más que la incertidumbre que generan los beneficios penitenciarios, es el propio encierro lo que oprime y angustia a la persona y con o sin beneficios penitenciarios la cárcel seguirá siendo una institución totalizante, por la concentración de poder en manos de la administración penitenciaria y el sometimiento absoluto del preso a esa autoridad. Aún imaginándonos un sistema penitenciario donde los beneficios o la progresividad fuera automática o de pleno derecho, el sujeto no tendría más que la certeza de su fecha de egreso pero su vida seguiría llena de incertidumbre porque en prisión la persona no puede valerse por sí misma y en todo caso, su ubicación penitenciaria y las posibilidades o no de egresos o salidas por razones excepcionales como enfermedad, muerte de familiares u otro motivo, siempre serán inciertas pues dependerán de la decisión de sus custodios.

Rechazamos la idea de FERRAJOLI de suprimir los beneficios penitenciarios como solución al vaciamiento de garantías que el encierro significa porque el problema más bien es la falta de garantías suficientes que le aseguren al sujeto que la sanción impuesta se cumplirá con objetividad, de

¹⁴⁷ Desde el primer momento en que se ingresa a prisión el individuo prácticamente pierde su potestad decisoria y solo le queda someterse a las ordenanzas y disposiciones penitenciarias: ¿dónde dormir, ¿con quién?, ¿a qué hora ir a la cama y hasta qué hora dormir?, ¿qué comer?, ¿dónde comer?, ¿a qué hora comer?, ¿quién le visita?, ¿cuándo, cuantos y durante cuánto tiempo?, ¿qué deportes puede practicar?, ¿cuando puede comunicarse al exterior y a quién puede llamar?, ¿puede trabajar? ¿en qué?, ¿qué ropa puede usar y de qué color?, ¿qué objetos personales puede utilizar?, ¿cuánto dinero puede portar?, ¿con quién se puede acostar y por cuánto tiempo? Baste esto como ejemplo de algunas de las situaciones ordinarias de vida a las que se ve sometido el preso.

conformidad con lo dispuesto por la ley. Solo la efectiva vigencia del principio de legalidad ejecutiva y la existencia de un control judicial fuerte y accesible al detenido, podría asegurar una mayor certeza de sus expectativas y su vida en prisión. Mientras no se cumpla con ese principio en la ejecución de las penas, con o sin beneficios penitenciarios, las sanciones seguirán siendo inciertas y el preso tendrá que continuar negociando diariamente con los carceleros.

Con la progresividad y el egreso anticipado de prisión, es cierto que se procura un efecto moderador de la nocividad de la prisión, porque entre más prolongado el encierro más difícil resulta la reinserción del individuo, pero también se procura de esa forma estimular al sujeto a construir un proyecto de vida al margen del delito y atender sus necesidades de educación y capacitación, entre otros aspectos y siempre bajo su voluntario acuerdo.

Por otro lado, está científicamente demostrado¹⁴⁸ que la reinserción anticipada del individuo a la comunidad, disminuye el porcentaje de reincidencia y por lo tanto, este factor es un aspecto fundamental para la defensa de la flexibilidad de la sanción penal y los beneficios penitenciarios.

Un argumento más contra el principio de flexibilización de la sanción es que en la práctica los criterios con que se otorgan los beneficios penitenciarios reflejan el carácter discriminatorio y clasista del Derecho penal, porque normalmente el que carece de apoyo familiar, laboral, educación o recursos económicos no recibe los beneficios. Efectivamente es acertada la crítica¹⁴⁹ pero

¹⁴⁸ REDONDO ILLESCAS, Santiago, FUNES, Jaume y LUQUE, Eulalia, *Justicia penal y reincidencia*, Barcelona, Fundación Jaime Callís, 1994, pp. 15-180.

¹⁴⁹ Al respecto, las mismas instrucciones y tablas de variables comentadas *supra* podrían reflejar algunos criterios cuestionables por discriminatorios, como por ejemplo cuando se valora de mejor forma al preso con recurso familiar de apoyo que a uno sin familia pero con un recurso

tampoco consideramos que sea motivo suficiente como para modificar la naturaleza de los beneficios porque el inconveniente no está en la institución de la libertad condicional, el tercer grado o los permisos de salida sino en los criterios con base en los que se resuelven y en la omisión estatal de brindar soluciones y opciones para este tipo de delincuentes, que valga señalar normalmente constituyen el grupo mayoritario de la población penal como consecuencia de la conocida selectividad con que opera el sistema. Mejor sería exigir al Estado proyectos de apoyo para esta población, como por ejemplo buscar el contacto del sujeto con líderes comunales, establecer hogares sustitutos o comunidades de internos que puedan desenvolverse al exterior apoyándose entre ellos, talleres de capacitación laboral, bolsas de empleo, centros de desintoxicación y tratamiento de drogodependientes, etcétera.

Para el autor, la severidad en la imposición de penas y la indulgencia en su ejecución resultan una *“esquizofrenia”* y una especie de hipocresía institucional que responde a funciones no declaradas de la pena y resta eficacia disuasoria a la sanción. Al respecto solo cabe anotar que pareciera que FERRAJOLI cae en el error de considerar que con los beneficios penitenciarios cesa la privación de libertad, cuando en realidad son solo una modalidad distinta para su cumplimiento¹⁵⁰.

c) ¿Disminución de espacios de libertad en defensa de una dimensión de la libertad?

externo real y sólido, o cuando las posibilidades del sujeto sean más ventajosas conforme a una oferta laboral o a su ciudadanía. .

¹⁵⁰ Sobre la falsa premisa de que los beneficios penitenciarios no constituyen una forma de cumplimiento de la sanción privativa de libertad, GARCÍA ALBERO, Ramón y TAMARIT SUMALLA, Josep María, *La reforma de la ejecución penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 35; GARCÍA ARÁN, Mercedes., “La ejecución penitenciaria en una sociedad cambiante: hacia un nuevo modelo”, en *La ley penal. Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, N° 30 (2006), pp. 5-14.

La oposición de FERRAJOLI a la finalidad resocializadora y a la flexibilidad de la pena se fundamenta, por un lado, en que a través de esos mecanismos el sujeto podría verse obligado a modificar su personalidad para egresar con anticipación de la prisión. Por esta razón opta por suprimir esos beneficios o al menos la dinámica como funcionan. De esta manera **por defender a ultranza una de las dimensiones de la libertad** (la libre determinación de la personalidad), **restringe las posibilidades del sujeto de disfrutar de un mayor grado de la libertad ambulatoria a través del cumplimiento de la sanción bajo una modalidad abierta** –como la libertad condicional o el tercer grado-. De este modo, pareciera que *en nombre de la defensa de la libertad termina restringiendo la libertad misma*. Es cierto que la libre autodeterminación de la personalidad es un postulado fundamental del Estado de Derecho, pero esa dimensión de la libertad no resulta coartada por la existencia de un sistema de flexibilidad de la ejecución de la pena aplicada conforme a disposiciones legales adecuadas y comprendida la resocialización no como modificación de la personalidad sino como el deber del Estado de ofrecer al condenado procesos de atención que le permitan a la persona privada de libertad, de manera voluntaria, construir un proyecto de vida al margen del delito.

Al efecto se requiere de un cambio sustancial en la dinámica y los mecanismos utilizados en prisión, los cuales deben estar desprovistos de todo contenido coactivo. Debe romperse con la absoluta verticalidad y el típico despotismo con que funciona la cárcel, donde poco se dialoga y mucho se impone -marginando a la persona presa hasta en la construcción de su propio proyecto de vida alternativo al delito- como si no fuera su opinión la más importante a considerar. Y como el poder estatal es hábil para burlar la ley, es necesaria una regulación estricta y expresa de la nueva estrategia, brindándose

además mucha información al destinatario (usuario) con amplios mecanismos de control de las posibles desviaciones y abusos de la autoridad penitenciaria.

Otro motivo que tiene el autor para rechazar la flexibilidad de la pena, los beneficios penitenciarios y la finalidad preventivo especial positiva de la pena está en que su concepto de libertad es la certeza de expectativas de la persona y la prisión bajo su dinámica actual deja al privado de libertad bajo la total discrecionalidad de las autoridades administrativas y judiciales y eso coarta su más elemental sentido de libertad. No compartimos esta opinión porque, a lo que sí tiene derecho el sujeto es a conocer con certeza la fecha a partir de la cual no puede extenderse más su reclusión pero eso no impide que pueda pasar antes a cumplir la sanción bajo una modalidad distinta, menos restrictiva y aflictiva. La seguridad jurídica, las penas ciertas y determinadas, el acceso a la justicia, y el principio de humanidad de las penas, no permiten una interpretación que lleve a renunciar a la esperanza de una reincorporación social anticipada solo por asegurar con total certeza el egreso de prisión. Nada obsta para establecerle un plazo máximo de privación de libertad y brindarle un abanico de posibles beneficios de tal forma que tenga conocimiento de los momentos en que su pena será objeto de análisis y evaluación, así como de las expectativas al respecto y de las vías de impugnación en caso de disconformidad. El principio pro libertad no permite renunciar a la esperanza ni a la posibilidad de reducir la prisión a lo meramente necesario. Esto es así aún bajo el supuesto de que se renuncie a las finalidades de prevención especial positiva, porque la finalidad de prevención del delito y de penas crueles, desproporcionadas y arbitrarias no es incompatible con anticipar el egreso del privado de libertad, bajo un régimen abierto, cuando se demuestre que la persona es capaz de desenvolverse de manera adecuada bajo esa modalidad.

Suprimir la flexibilidad de la sanción en función de una mayor certeza de las expectativas del preso, asegurar su libertad interior y bienestar personal, en definitiva significa coartar las posibilidades del sujeto de disfrutar de una modalidad de pena menos restrictiva de su libertad ambulatoria y del mayor y hasta pleno disfrute de otros derechos que bajo encierro normalmente también se ven limitados. La posición del autor de nuevo viene a ser una defensa de la libertad que coarta espacios de libertad, porque ésta no solo exige la certeza de expectativas y la capacidad de autodeterminación de la persona (la posibilidad de obrar sin coacciones que no se amparen en justa causa¹⁵¹) sino que también abarca el libre desplazamiento y movimiento –la única dimensión de la libertad que coarta legítimamente la sanción privativa de libertad-.¹⁵²

La flexibilidad de la pena en todo caso debemos anotar que no es coactiva y que el privado de libertad tiene la posibilidad de optar por rechazarla –como por ejemplo hacen muchas veces miembros de grupos terroristas que se consideran presos políticos¹⁵³-- y esperar “*serenamente y con tranquilidad*” su egreso en la fecha correspondiente sin participar de tratamiento o atención técnica alguna.

¹⁵¹ A estos efectos, sobre el concepto de libertad y sus dimensiones, CESANO, José Daniel, “Derecho fundamentales de los condenados a penas privativas de libertad y restricciones legales y reglamentarias: en búsqueda de los límites del legislador y de la administración”, en <http://www.eldial.com.ar/>, consultado el 14 de febrero del 2009.

¹⁵² POSADA, Juan David, “La ejecución de la pena privativa de la libertad como parte inseparable del proceso penal”, en *Nuevo foro penal*. N° 64. Tercera época, (2003), p. 124. Las otras restricciones a las que hace referencia el art. 25.2 de la Constitución Española (el sentido de la pena y la ley penitenciaria), en realidad hacen referencia a las limitaciones *inherentes* a la propia privación de libertad.

¹⁵³ Por ejemplo en España hasta el 2003 la organización terrorista ETA no optaba por los beneficios penitenciarios, al respecto, LLOBET ANGLÍ, Mariona, “La ficticia realidad modificada por la ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas y sus perversas consecuencias”, en *InDret*, 1/2007, p. 8, disponible en www.indret.com.

d) Aplicación automática o de pleno derecho de los beneficios penitenciarios.

Tampoco compartimos la propuesta de FERRAJOLI de que los beneficios penitenciarios funcionen de forma automática o de pleno derecho para de esa forma prescindir de cualquier valoración sobre la personalidad del sujeto y sus circunstancias más allá que las del hecho delictivo. Una medida de ese tipo podría atentarse contra la misma finalidad de la pena, pues los procesos de liberación anticipada se justifican desde la perspectiva resocializadora, siempre que al mismo tiempo no haya mayor riesgo de continuación de la actividad delictiva. En todo caso, aunque se procediera como lo sugiere el autor, siempre se terminará realizando las valoraciones que pretende evitar, sobre todo en el supuesto de la denuncia del incumplimiento de las condiciones o prohibiciones que de ordinario se imponen al sujeto cuando se otorgan los beneficios legales y penitenciarios.

e) Diversidad de centros de reclusión.

El autor dentro de las críticas al sistema penal cuestiona la existencia de centros penitenciarios con diferente grado de contención por quebrantar el carácter igualitario de la pena, objeción que no consideramos oportuna. Es cierto que es importante fiscalizar a la autoridad penitenciaria cuando define la ubicación del sujeto, pero *la clasificación penitenciaria es parte importante para el control y la atención técnica de la población penal*, sobre todo ante las diferentes condiciones criminológicas de los sujetos que conviven en la cárcel y esa clasificación justifica la diversidad de centros de reclusión.

La diversidad de centros para la atención de la población penal y la separación por categorías de la población penal, facilita los procesos de atención, permite un mejor uso de recursos –económicos y profesional humano– y constituye un instrumento valioso en la dinámica del régimen penitenciario y la progresividad del individuo. La separación por categorías incluso desde 1955 es recomendada en las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos – número 8-. Reiteramos sí, que la ubicación del interno o interna debe definirse no potestativamente sino de conformidad con lo que establezca una ley que regule con precisión la materia y control judicial.

f) Sobre la jurisdicción de vigilancia penitenciaria.

Cuestiona el autor también el carácter jurisdiccional de las funciones del juez de vigilancia penitenciaria al considerar que por el objetivo y la naturaleza de sus decisiones más bien realiza funciones administrativas. Como argumento señala que este juez no comprueba hechos en régimen de contradicción ni decide sobre la comisión de un delito. Efectivamente es cierto que este juez no resuelve sobre la responsabilidad penal del sujeto ni sobre la existencia o no del delito, pero es que esta autoridad no es un juez penal sino uno de vigilancia penitenciaria y en consecuencia la argumentación no es procedente.

Además no hay razón para excluir el carácter contradictorio en esta fase pues la ejecución de la pena es una fase más del proceso penal¹⁵⁴ y por lo tanto la contradicción debe imperar en la misma, de tal manera que la defensa

¹⁵⁴ Al respecto, GISBERT GISBERT, Antonio, “La normativa procesal española en la ejecución de las penas privativas de libertad”, *cit.*, p. 177; RODRÍGUEZ SÁEZ, José Antonio, “El derecho de defensa y de asistencia letrada ...”, *cit.*, pp. 196-197.

represente los intereses del privado o privada de libertad y el Ministerio Fiscal –Fiscales de vigilancia penitenciaria- los intereses del Estado. De hecho, si se asigna al Poder Judicial la facultad de juzgar y ejecutar lo resuelto, es porque la ejecución es una etapa más del proceso y parte de la función jurisdiccional, aunque ya ahí no se decida sobre la comisión o no del delito por razones obvias¹⁵⁵. Desde esta perspectiva sí es importante resaltar que el contradictorio debe caracterizar la fase de ejecución de la pena y que debe procurarse una activa y directa participación de fiscales y defensores, actuando el juez como tercero en ese conflicto. Un ejemplo en función de lograr ese objetivo lo encontramos en el Código Procesal Penal de la Provincia de Chubut, en Argentina, aprobado por Ley N° 4566/1999, de 9 de diciembre, que al efecto en su artículo 239 otorga al Ministerio Público el control del régimen penitenciario:

“Art. 239: Control general sobre la pena privativa de libertad. El ministerio público controlará el cumplimiento adecuado del régimen penitenciario; entre otras medidas, dispondrá las inspecciones de establecimientos penitenciarios que fueren necesarias y podrá hacer comparecer ante sí a los penados o a los funcionarios con fines de vigilancia y control. A tal fin, podrá comisionar a uno de sus funcionarios o delegar la función en inspectores designados para el caso. Este control se extiende a las medidas de coerción ordenadas durante el proceso de conocimiento. Antes del egreso, el funcionario que corresponda del ministerio público deberá escuchar al penado sobre los problemas que enfrentará inmediatamente después de recuperar su libertad y procurará atender aquellos cuya solución esté a su alcance”

¹⁵⁵ Referente a la naturaleza jurisdiccional este órgano, GONZÁLEZ CANO, María Isabel, “Perspectivas de futuro sobre el juez de vigilancia penitenciaria y la ejecución de la pena privativa de libertad: aproximación al proyecto de ley orgánica reguladora del procedimiento ante los juzgados de vigilancia penitenciaria”, en *Revista del Poder Judicial*, N° 49 (1998), pp. 451-504.

La normativa aunque se aprobó, por razones políticas finalmente fue derogada, sin embargo, es una muestra válida que nos confirma la posibilidad real de encontrar soluciones y resolver las situaciones de una manera distinta. Por supuesto, una propuesta de este estilo solo es pertinente ante un Ministerio Público independiente y ajeno a intereses políticos y partidarios.

El carácter del contradictorio en la fase de ejecución es importante porque consideramos que las decisiones en materia penitenciaria no son irrefutables como lo señala FERRAJOLI -eso significaría que el fallo sobre un beneficio en un caso determinado, sea igualmente válido tanto si se rechaza como si se aprueba-. Estas decisiones no son potestativas, no lo pueden ser en la medida que exista una ley que regule con precisión la forma como se administran las prisiones y los requisitos necesarios para otorgar un beneficio o modificar la sanción, de tal manera que las decisiones del juez de vigilancia entonces serán juicios de comprobación, como tal necesariamente motivados en hechos y derecho (decisiones sujetas a verificación empírica). Las decisiones de ejecución de la pena no giran solo en torno a la interioridad del sujeto sino también sobre condiciones objetivas y su desenvolvimiento en prisión. Por demás, recordemos que las decisiones sobre condiciones subjetivas no difieren en nada de las que se toman en la fase del juicio o previas a éste sobre la imputabilidad o no del acusado, por lo que si son de recibo en la fase previa o en el mismo juicio no se justifica considerarlas ilegítimas en la fase de ejecución de la pena.

Además el gobierno de los jueces también debe alcanzar el mundo penitenciario. Lo contrario sería permitir que el Estado Constitucional se detenga ante las rejas de las prisiones. El principio de legalidad debe regir las cárceles y en consecuencia, un juez debe asegurar ese principio, declarando la invalidez o ilicitud de toda actuación que no haya respetado la legalidad.

Por todas estas razones consideramos que propuesta de suprimir la flexibilización de la sanción penal no es acertada¹⁵⁶ y que lo que se necesita es regular los amplios poderes discrecionales que existen a la hora de resolver los beneficios, asegurar el contradictorio, incrementar las facultades del juez de vigilancia penitenciaria y asegurar la vigencia del principio de legalidad¹⁵⁷ y el control judicial en la ejecución penal. Como apunta CESANO:

*“La única forma, a nuestro ver, de aspirar a un efectivo respeto al trato humano en prisión, será la de construir un ‘espacio de garantías’, cuyos marcos centrales estén dados por la legalidad ejecutiva y el control jurisdiccional permanente. Para que el ámbito de la discrecionalidad administrativa no termine por aplastar a quienes se encuentran en prisión es necesario fortalecer una arquitectura jurídica que levante sus cimientos sobre estos dos pilares”.*¹⁵⁸

¹⁵⁶ Nos atrevemos a señalar a esta solución como algo arriesgada, comprendiendo sí que el autor la propone partiendo del supuesto de una reducción significativa de las sanciones. Lo decimos en el sentido de que la medida podría ser atendida por algunos legisladores que únicamente podrían darle cumplimiento parcial, reduciendo o eliminando beneficios sin disminuir al mismo tiempo las sanciones y entonces la situación sí que resultaría a todas luces contraproducente pues sin lugar a dudas significaría el incremento directo de la población penal con las consecuencias del hacinamiento. Un claro ejemplo histórico lo podemos ver en la situación actual de los Estados Unidos de América, donde la línea dura, la imposición tasada de penas y la reducción de beneficios en pocos años lo han convertido en el país con mayores porcentajes de encierro. Al respecto puede consultarse a CHRISTIE, Nils, “Los maxiencarceladores”, en *Archipiélago*, N° 55 (2003), marzo-abril, pp. 95-99, y en la misma revista, HARCOUR, Bernard, “Desorden público y observancia de la ley. Delincuencia y Punición en Estados Unidos”, pp. 82-93 Igualmente LARRAURI, Elena, “Control del delito y castigo en Estados Unidos: una introducción para el lector español”, en VON HIRSCH, Andrew, *Censurar y Castigar*, Madrid, Trotta, 1998, pp. 1-7.

¹⁵⁷ Sobre la importancia de la vigencia del principio de legalidad en la ejecución penal para asegurar el respeto de los derechos de los reclusos y garantizar la certeza punitiva, MAPELLI CAFFARENA, *Principios fundamentales del sistema penitenciario español...*, cit., p. 150 y “Las relaciones especiales de sujeción y el sistema penitenciario”, cit., pp. 17-42.

¹⁵⁸ CESANO, “Legalidad y control judicial. Construcción de garantías para lograr un ‘trato humano’ en prisión. Reflexiones a partir de la realidad carcelaria argentina”, cit. p. 27-28.

CAPITULO II:
EL DERECHO PENITENCIARIO DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.

1.- Introducción.

Frente a la expansión del Derecho penal, la hiperinflación normativa, la ansiedad social y la crisis del Estado en la sociedad contemporánea, autores críticos como FERRAJOLI proponen un modelo para el fortalecimiento del Estado de Derecho acompañado de un proyecto de reducción del Derecho penal y del sistema de justicia, a través de una contrapropuesta a la práctica legislativa, judicial y penitenciaria. Ante al mismo fenómeno Günther JAKOBS avala las técnicas expansivas del Derecho penal y su uso contra determinados sujetos para evitar la disolución del Estado de Derecho.

El profesor JAKOBS describe una realidad social y una técnica jurídica que resurge en las últimas tres décadas y va extendiéndose prácticamente en los ordenamientos jurídicos de todo el globo terrestre, misma que identifica y denomina como "*Derecho penal del enemigo*"¹⁵⁹. Una legislación de lucha contra determinado individuos que con su actitud y comportamiento combaten la sostenibilidad de nuestro Estado y a los que consecuentemente se requiere detener y neutralizar cuanto antes como un mecanismo para garantizar la seguridad cognitiva y condiciones ambientales soportables. Un Derecho penal necesariamente diferenciado que impone un régimen de exclusión de todo aquel que sea una fuente de peligro.

¹⁵⁹ JAKOBS, Günther, "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico" en JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 293-324.

Un Derecho que, como postulado fundamental, reniega de la calidad de “*persona*” de determinados sujetos y que un amplio sector de la doctrina rechaza por considerar que se utiliza como un *arma* y constituye una especie de Derecho “*útil y temible*”¹⁶⁰ o incluso que se trata de un no-Derecho.¹⁶¹

2.- Nociones básicas sobre el Derecho penal del enemigo en el pensamiento de JAKOBS.

La función de la pena en el Derecho penal del ciudadano y en el Derecho penal del enemigo es distinta.¹⁶²

Para el primero la pena es comunicativa y de contradicción frente a quien no ha respetado la norma. Se procura entrar en diálogo con el sujeto infractor, atender sus necesidades y transmitir la importancia del respeto al orden social y a los valores jurídicos.¹⁶³

¹⁶⁰ DONINI, Massimo, “El derecho penal frente al enemigo”, en FARALDO CABANA, Patricia, PUENTE ABA, Luz María y SOUTO GARCÍA, Eva María (coordinadoras), *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 41.

¹⁶¹ CANCIO MELIÁ, Manuel, “De nuevo: ¿‘Derecho penal’ del enemigo?”, en JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, 2ª edición, Navarra, Civitas, 2006, pp. 110-111.

¹⁶² Sobre el Derecho penal del ciudadano y el Derecho penal del enemigo y su diferente finalidad desde la concepción de JAKOBS ver a POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo. Desmitificación de un concepto*, Córdoba, Mediterránea, 2006, pp. 42-43.

¹⁶³ Sobre la pena y su función comunicativa, FALCÓN Y TELLA, María José y FALCÓN Y TELLA, Fernando, *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?*, Barcelona, Marcial Pons, 2005, pp. 75-78; CASTRO MORENO, Abraham, *El por qué y para qué de las penas (Análisis crítico sobre los fines de la pena)*, Madrid, Dykinson, 2008, p. 64.

Para el Derecho penal del enemigo, en contraposición, no se procura un diálogo con el enemigo, porque se parte de que no puede dialogarse con quien está enfadado por lo que más interesa su control y neutralización mediante el ejercicio puro de la coacción, para la eliminación de esa fuente de peligro.

Normalmente en la práctica –sea como cuerpos normativos-, estos modelos no aparecen en su configuración pura sino que se presentan entremezclados y para el autor, ambos pueden ser legítimos¹⁶⁴. Y es que las leyes penales, por lo general, no se instauran o construyen como modelos absolutos de una determinada tendencia de política criminal sino que se combinan generando múltiples formas intermedias¹⁶⁵.

Para el autor, el Derecho penal es uno y las reformulaciones jurídicas o nuevas formas que se han ideado para combatir y atender las necesidades sociales de seguridad¹⁶⁶ no dan lugar a un nuevo Derecho sino solo a una nueva tendencia dentro del contexto jurídico penal¹⁶⁷: por un lado, el Derecho penal

¹⁶⁴ JAKOBS, Günther, “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, en JAKOBS, Günther y POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El derecho penal ante las sociedades modernas. Dos discursos de dogmática penal y política criminal. Discursos de investidura como profesores honoris causa por la Universidad Autónoma de Tlaxcala (México)*, Lima, Gritley, 2006, p. 45.

¹⁶⁵ JAKOBS, “Derecho penal del enemigo y derecho penal del ciudadano”, en JAKOBS y CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo...*, cit., p 34; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, “El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del Estado de Derecho: la doctrina del derecho penal del enemigo”, en *Revista Penal*, N° 19 (2007), p. 53.

¹⁶⁶ Sobre los rasgos característicos del Derecho penal del enemigo, JAKOBS, Günther, “La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente”, en *Escuela de Verano del Poder Judicial, Xunta de Galicia*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2000, pp.121-145.

¹⁶⁷ Señala el autor que al menos se trata de Derecho penal en sentido amplio, así en JAKOBS, Günther, “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, en JAKOBS y POLAINO NAVARRETE, *El derecho penal ante las sociedades modernas...*, cit., p. 25.

¹⁶⁷ JAKOBS, Günther, “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, en JAKOBS y POLAINO NAVARRETE, *El derecho penal ante las sociedades modernas...*, cit., p. 54; EL MISMO,

del ciudadano a través del cual se atiende los problemas ordinarios de delincuencia y donde se cumple con las garantías procesales y penales liberales y por otro, un Derecho penal del enemigo que atiende a una población que con su actitud y comportamiento se ha *autoexcluido como persona* y en consecuencia no tiene que ser atendida como tal.

JAKOBS se empeña en justificar la existencia del Derecho penal del enemigo dentro del Estado de Derecho como un mal menor y en procura de evitar la contaminación del Derecho penal liberal porque *“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.”*¹⁶⁸

Valga señalar que para autor el Derecho penal del enemigo en realidad es un Derecho de aseguramiento –normalmente procede antes del hecho y más que una pena proporcional a la culpabilidad se impone una medida para eliminar un peligro- y reconoce que es cuestionable su denominación como Derecho penal pero así es porque el legislador configura el aseguramiento formalmente como Derecho penal debido a que las medidas de reeducación y seguridad hasta ahora siguen siendo reguladas como parte del Código Penal.¹⁶⁹

“Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, en JAKOBS y CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo, El discurso penal de la exclusión*, Madrid, Edisofer, 2006, Vº 2, p 43.

¹⁶⁸ JAKOBS, “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, en JAKOBS y POLAINO NAVARRETE, *cit.*, pp. 45-46.

¹⁶⁹ JAKOBS, Günther, “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de su juricidad”, en CANCIO MELIÁ, Manuel y FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad. Seminario con Günther Jakobs en la UAM*, Madrid, Arazandi, 2008, pp. 50-51.

a) Surgimiento del modelo del Derecho penal del enemigo.

El concepto **Derecho penal del enemigo** lo enuncia el autor por primera vez en su ponencia presentada ante el congreso de los penalistas alemanes realizado en Frankfurt¹⁷⁰ en marzo de 1985, describiendo con esa terminología la tipología penal que flexibilizando garantías del Derecho penal liberal criminaliza actos previos a la lesión del bien jurídico. En esa oportunidad señala que esa normativa penal no se ajusta un Derecho penal liberal.

Planteaba así una rigurosa crítica contra una política criminal y una técnica legislativa que en Estados como Alemania, adelantaba la criminalización de determinadas conductas –anticipación de la barrera de punibilidad mediante la conversión en delito de meros actos preparatorios o la incorporación de delitos de peligro abstracto-, con el afán de neutralizar el peligro sin tener que esperar la efectiva lesión al bien jurídico, optimizando la protección de los bienes jurídicos con la invasión, en ocasiones, del fuero interno de las personas. Exigía entonces al Derecho penal no autoritario, el necesario respeto de ese fuero.

Posteriormente sin embargo su discurso da un giro y brinda cobertura legal a ese trato diferenciado desde el Derecho penal contra los individuos que no se comportan como personas y atentan contra el Estado¹⁷¹.

¹⁷⁰ Dicha ponencia fue publicada traducida al castellano: JAKOBS, Günther, “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, *cit.*, pp. 293-324.

¹⁷¹ Un análisis sobre el desarrollo del concepto del enemigo en el pensamiento de JAKOBS, en CANCIO MELIÁ, Manuel y FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “¿Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs”, -estudio preliminar-, en JAKOBS, Günther, La pena estatal: significado y finalidad, Madrid, Arazandi, 2006, p. 42; PRITTWITZ, Cornelius, “Derecho penal del enemigo: ¿análisis crítico o programa del derecho penal?”, en MIR PUIG, Santiago y CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Política criminal en Europa*, Barcelona, Atelier, 2004, pp. 107-120; GRACIA MARTÍN, Luis, “Consideraciones críticas sobre el

JAKOBS de esta manera termina describiendo una modalidad del control social formal dentro del Estado democrático¹⁷² que finalmente pretende legitimar como un mecanismo válido para la atención de determinado sector de la población y desde el contexto jurídico-penal:

“Repetiré que mis consideraciones se formulan con intención descriptiva, no prescriptiva. Hasta me resultaría agradable que pudiera disolverse la detestable imagen del Derecho penal del enemigo; ahora bien no veo ninguna posibilidad de disolución incondicionada, y por ello intento conocer y dar a conocer lo que pasa, aunque sea detestable. Intentaré mostrar que el cuerpo del emperador, es decir, del Estado, en algunos lugares no está cubierto por una vestimenta como es debido, propia del Estado de Derecho, sino está desnudo, más aún, que debe estar desnudo en las actuales condiciones, si se quiere evitar que quede lesionado en su conjunto por un recalentamiento garantista. La objeción estándar contra este intento de proseguir con la ilustración es que el discurso de la desnudez, es decir, del Derecho penal del

actualmente denominado ‘Derecho Penal del enemigo’”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, N° 7 (2005), pp. 2-43, accesible en <http://criminet.ugr.es/recpc>

¹⁷² Como apunta MUÑOZ CONDE, en realidad ejemplos de este tipo de derecho ha habido siempre –como en las codificaciones penales de principios del Siglo XIX, las normativas generadas en periodos de crisis económica, política o social, en situaciones de guerra y post guerra y de un modo generalizado en los regímenes totalitarios de Hitler, Mussolini, Stalin o Franco. La novedad está en la incorporación de esta técnica dentro del Estado democrático de Derecho. Al respecto puede consultarse su obra, *De nuevo sobre el derecho penal del enemigo*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005. En el mismo sentido, calificando la propuesta de Jakobs como no novedosa y casi reiterativa, ZAFFARONI, “La legitimación del control penal de los extraños”, en CANCIO MELIÁ, Manuel y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coordinadores), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid, Edisofer, 2006, Vº 2 pp. 1117-1147; ALLER, Germán, *Co-responsabilidad social, sociedad del riesgo y derecho penal del enemigo. El derecho penal en peligro*, Montevideo, Carlos Álvarez editor, 2006, pp. 176-183.

enemigo, es obsceno, llevándolo a lo político; fascista. Sin embargo, lo único decisivo es si el discurso acierta con su objeto...”.¹⁷³

A ese carácter descriptivo endosa las incoherencias o imprecisiones de su discurso, señalando que de hecho él no ha inventado ni propuesto nada sino que solo realiza un esfuerzo por caracterizar, describir y definir el modelo diseñado para controlar el delito y asegurar la permanencia del Estado de Derecho.

“Con frecuencia se me reprocha que esta determinación del enemigo es más o menos imprecisa. La constatación es correcta, pero a título de reproche, se encuentra erróneamente formulada: el ‘ciudadano’ o el ‘Derecho penal del ciudadano’ y el ‘enemigo’ o ‘Derecho penal del enemigo’ son tipos penales que no existen en la práctica en configuración pura. Lo práctico siempre está en la zona intermedia y lleva por ello el estigma de todos los tipos mixtos, es decir, el de la imprecisión. De hecho, no me he inventado las caracterizaciones del enemigo, sino que he intentado destilarlas de las leyes que el legislador ha llamado de combate y de otros preceptos. Y si entonces – por permanecer en la imagen- se mezclan alcoholes puros con sustancias propias de un garrafón, ello se debe a la masa de destilación de la ley, no a quien destila”¹⁷⁴

JAKOBS identifica y define una de las tendencias actuales de la política criminal contemporánea e intenta legitimar esa técnica dentro del modelo del

¹⁷³ JAKOBS, Günther, ¿‘Derecho penal’ del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad “, en CANCIO MELIÁ, Manuel y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coordinadores), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid, Edisofer, 2006, Vº 2, p. 97.

¹⁷⁴ JAKOBS, Günther “¿‘Derecho penal’ del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad “, en CANCIO MELIÁ y GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Derecho penal del enemigo, cit.*, p. 105.

Estado de Derecho, ideada sobre todo para atender *nuevas* y *urgentes* necesidades de la sociedad, donde por sus características se hace ineludible desarrollar un régimen penal de excepción que extiende la tutela penal desde el grado de punibilidad que comprende, incrementa el control, sustituye el fin de la sanción penal y endurece las penas y su cumplimiento o ejecución. Un Derecho penal diferenciado y más *contundente*¹⁷⁵. Un modelo que tiene su máximo exponente en la represión diseñada en las últimas de décadas en los Estados Unidos de Norteamérica¹⁷⁶, desde sus sectores más conservadores, y que se extiende por el mundo entero¹⁷⁷.

¹⁷⁵ Esta terminología utiliza CHIRINO SÁNCHEZ para señalar esa modalidad jurídica que procura atender los discursos de la seguridad urbana y colectivizar la búsqueda de la seguridad disminuyendo los derechos y garantías individuales, sometiendo al Derecho penal a una más profunda crisis de legitimación. (CHIRINO SÁNCHEZ, Alfredo, "La seguridad como un topos discursivo en la política criminal centroamericana. Perspectivas de una desesperanza", en REYNA ALFARO, Luis y CUARESMA TERÁN, Sergio (directores), *Derecho penal y Estado de derecho. Reflexiones sobre la tensión entre riesgos y seguridad*, Buenos Aires, Euros editores, 2008, p. 17).

¹⁷⁶ "La presión montada en los Estados Unidos en las últimas décadas... la represión diferencial se acentúa con los modelos preindustriales: los criminales graves son eliminados por muerte o reclusión perpetua; lo extraños o disidentes son sometidos a eliminación con penas larguísimas, perpetuas o indeterminadas...; la población penal dominante, en número absurdamente alto, pertenece a minorías áfrico o latinoamericanas y se le condena mediante el forzamiento a la negociación. Los iguales son tratados con la legislación penal explicada en los manuales. La legislación penal antiterrorista (ley patriótica) cancela garantías constitucionales. Es el único país de América en el que se sigue prodigando la pena de muerte y que mantiene una población penal que se cuantifica por millones, sostenida por una publicidad vindicativa *völskish*, que se extiende por todo el planeta, al tiempo que comienza a legalizar un sistema penal paralelo para terroristas", (ZAFFARONI, Eugenio, "La legitimación del control penal de los extraños", *cit.*, p. 1124). En el mismo sentido, señalando que la metamorfosis carcelaria en USA significa en definitiva el destierro absoluto de los modelos resocializadores, MARTÍN BISCAY, Pedro y ANDRÉS VACANI, Pablo, "Racionalidades punitivas y emergencia penitenciaria", en *Derecho penal online (revista de doctrina y jurisprudencia en línea)*, julio (2008), consultado el 13 de febrero del 2009, disponible en www.derechopenalonline.com. Sobre la limitación de los derechos fundamentales de todos los estadounidenses a partir de esa fecha y las jaulas de Guantánamo como campos de detención para minorías étnicas y religiosas sometidos a un proceso militar secreto y sin derecho de defensa, LOSANO, Mario y MUÑOZ CONDE, Francisco, *El derecho ante la globalización y el terrorismo: cedant arma togae*", *Actas del coloquio internacional de Montevideo-2003*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 236; MANNA, Adelmo, "Erosión de las garantías individuales en nombre de la eficacia de la acción contra el terrorismo: la privacy", en CANCIO MELIÁ, Manuel y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión*, Madrid, Edisofer, 2006, Vº 2, pp. 272-285; PÉREZ

Un Derecho penal que se esmera por un castigo severo y desmesurado contra los enemigos y procura asegurar cuanto antes su encierro. En función de ese objetivo disminuye las barreras del poder punitivo porque ante el peligro del enemigo se necesita actuar con más *soltura* y sin tanta *traba* en beneficio de *todos*.

Para JAKOBS el Derecho penal del enemigo, aunque es materia excepcional, es Derecho verdadero y un instrumento necesario para la sobrevivencia de la sociedad democrática:

CABADERA, María-Ángeles, "La reacción procesal penal en USA tras el 11 de septiembre", en *Tribunales de justicia, Revista de derecho*, N° 11 (2002), noviembre, p. 1.

¹⁷⁷ Por ejemplo sobre la presencia de signos o características propias del Derecho penal del enemigo: en Venezuela, FERREIRA DE ABREU, Francisco, "Resocialización o inocuización? Acerca del derecho penal del enemigo en el contexto de la reforma penal venezolana" en CANCIO MELIÁ Manuel y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coordinadores), *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid, Edisofer, 2006, V° 1, pp. 852-855 y ZAIBERT, Leo, "Política, ciudadanía y liberalismo: el derecho penal sin penas", en CANCIO MELIÁ, Manuel y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coordinadores), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid, Edisofer, 2006, V° 2, p. 1152, nota 5; en Perú, GARCÍA CAVERO, Percy, "Existe y debe existir un Derecho penal del enemigo?", en CANCIO MELIÁ, Manuel y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coordinadores), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid, Edisofer, 2006, V° 1, pp. 937-938; en Brasil, FLAVIO GÓMES, Luis y BIANCHINI, Alice, "Derecho Penal del enemigo y los enemigos del Derecho penal, en CANCIO MELIÁ, Manuel y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coordinadores), *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid, Edisofer, 2006, V° 1, p. 973 y CALLEGARI, André y REINDOLFF DA MOTTA, Cristina, "Estado y política criminal: la contaminación del derecho penal ordinario por el derecho penal del enemigo o la tercera velocidad del derecho penal", en MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo y CARO JOHN, José Antonio (editores), *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, pp. 609-629; en Argentina, CESANO, José Daniel, *Derecho penitenciario: aproximación a sus fundamentos. Principios generales, axiología y fuentes*, Córdoba, Argentina, Alveroni ediciones, 2007, pp. 38-45; en Centroamérica, REYNA ALFARO, Luis y CUARESMA TERÁN, Sergio (directores), *Derecho penal y Estado de derecho. Reflexiones sobre la cuestión entre riesgos y seguridad*, Buenos Aires, Euros editores, 2008; en Francia, Alemania y Norteamérica: SÁNCHEZ GARCIA DE PAZ, Isabel, "Alternativas al Derecho penal del enemigo desde el Derecho penal del ciudadano", en CANCIO MELIÁ, Manuel y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coordinadores), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid, Edisofer, 2006, V° 2, pp. 889-890.

“Una sociedad que realmente acontece no puede prescindir de una exclusión más o menos amplia de sus adversarios recalcitrantes. Sin embargo, el Derecho penal del enemigo sigue siendo Derecho, en la medida en que vincula a la vez a sus ciudadanos, más exactamente, al Estado, sus órganos y funcionarios en la lucha contra los enemigos. Lo que sucede es que el Derecho penal del enemigo no es una regulación para la aniquilación ilimitada, sino, es un Estado de Derecho administrado con inteligencia, una ultima ratio que es aplicada conscientemente en cuanto excepción, como algo que no es idóneo para su uso permanente .”¹⁷⁸

b) Sobre el enemigo y el concepto de persona:

A través del Derecho penal del enemigo se pretende atender necesidades del Estado que no pueden ser satisfechas desde el Derecho penal ordinario y frente a las cuales no queda otra alternativa: responde el Estado de esta forma a un grupo de individuos que, según el autor, con su comportamiento atacan la legitimidad del ordenamiento jurídico y persiguen su destrucción, por lo tanto, individuos que representan una alta peligrosidad y ante los cuales no se tiene la mínima seguridad cognitiva de un comportamiento personal pues por principio se enfrentan al Derecho poniendo en peligro la existencia misma de la sociedad¹⁷⁹. Se trata de enfrentar un problema real, en función de evitar la disolución del Estado de Derecho y alcanzar su misión de garantizar la seguridad de todos:

¹⁷⁸ JAKOBS, JAKOBS, Günther “¿‘Derecho penal’ del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad “, en CANCIO MELIÁ y GÓMEZ-JARA DÍEZ, *cit.*, p. 107.

¹⁷⁹ JAKOBS, “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, en JAKOBS, y CANCIO MELIÁ, *cit.*, pp. 21-56.

*“Puesto que la existencia de enemigos en el sentido descrito es un hecho real, y puesto que la falta de seguridad cognitiva existente con respecto a ellos – esto es, el peligro que los mismos representan para la vigencia del ordenamiento jurídico- es un problema que no puede ser resuelto con el Derecho penal ordinario (del ciudadano) ni tampoco con medios policiales, de ahí resulta la necesidad –que no tiene ninguna alternativa posible- de configurar un Derecho penal del enemigo diferenciado en sus principios y en sus reglas. Jakobs considera necesaria esa diferenciación de un Derecho penal del enemigo precisamente para poder mantener la vinculación del Derecho penal general a la noción de Estado de Derecho. ‘Quien no quiere privar al Derecho penal del ciudadano de sus cualidades vinculadas a la noción de Estado de Derecho –dice- debería llamar de otro modo a aquello que hay que hacer contra los terroristas si no se quiere sucumbir, es decir, lo debería llamar Derecho penal del enemigo, guerra refrenada. Y ya que no todo delincuente es un adversario por principio del ordenamiento jurídico, entonces ‘la introducción de un cúmulo –prácticamente inabarcable ya- de líneas y fragmentos de Derecho penal del enemigo en el Derecho penal general es un mal desde la perspectiva del Estado de Derecho’. Por todo ello, y para poder seguir manteniendo un tratamiento del delincuente como persona jurídica (sic) con derecho al Derecho penal del ciudadano, la tarea – apenas comenzada- que compete aquí a la ciencia es la de identificar las reglas del Derecho penal del enemigo y separarlas del Derecho penal del ciudadano”.*¹⁸⁰

Indica el autor que aunque políticamente puede ser correcto querer ver en todo ser humano a una persona -partícipe de la comunidad jurídica y

¹⁸⁰ GRACIA MARTÍN, Luis, *El horizonte del finalismo y el derecho penal del enemigo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp.103-104.

provista de todos los derechos humanos-, el enemigo no lo es. Y es que desde el mundo real se imponen límites a la juridicidad porque el Estado de Derecho se enfrenta a determinados individuos que lo combaten permanentemente – constituyéndose es una fuente de peligro para su conservación- y en consecuencia el sistema los despersonaliza y les trata como enemigos. Esta es la razón por la que en una sociedad que realmente acontezca –sea no un modelo ideal sino real- el precepto de tratar a todo ser humano como persona tiene un componente cognitivo y necesita ser adicionado en el sentido de que todo ser humano debe ser tratado como persona en la medida que cumpla con su deberes y sea presumible su fidelidad al ordenamiento jurídico –que no resulte un individuo peligroso-¹⁸¹.

El concepto de persona, igual que el ordenamiento jurídico, es una institución normativa que tiene un componente cognitivo¹⁸² y cuando no se cumple el individuo es tratado consecuentemente como no persona o enemigo. Se trata sí, aclara el autor, de una despersonalización que no es absoluta sino sólo parcial, pues el enemigo mantiene su personalidad innata porque de lo que trata es solo de su neutralización y no de su destrucción arbitraria¹⁸³, de tal manera que no queda excluido necesariamente de todos sus derechos y por ejemplo mantiene incólume su derecho de propiedad.¹⁸⁴

¹⁸¹ JAKOBS, Günther, “¿Terroristas como personas en derecho?”, en JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, 2ª edición, Navarra, Civitas, 2006, pp. 66-67; EL MISMO, “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de su juridicidad”, en CANCIO MELIÁ y FEIJOO SÁNCHEZ, *cit.*, p. 38.

¹⁸² JAKOBS, “La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente”, *cit.*, p. 67.

¹⁸³ JAKOBS, *La pena estatal: significado...*, *cit.*, pp. 175-176

¹⁸⁴ JAKOBS, “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, en JAKOBS y CANCIO MELIÁ, *cit.*, p. 34.

Para JAKOBS el tratamiento como persona no lo adquiere el ser humano por su mera condición sino que es *una calidad que otorga el Estado y que puede perderse o renunciarse*. No se trata por lo tanto de un concepto puramente teórico o normativo sino que tiene un componente material o real: solo son personas quienes se comportan como tales al menos de modo general, quienes demuestren una capacidad cognitiva y un comportamiento acorde dentro del espacio de libertad que brinda el propio Estado, quienes actúan amparados por un conjunto de derechos pero al mismo tiempo son signatarios de unos deberes que asumen y de quienes en consecuencia se puede esperar un comportamiento personal¹⁸⁵.

Desde esta posición la persona es el ser humano que normalmente guarda fidelidad al ordenamiento jurídico y que por lo tanto es de fiar, en cambio el enemigo al combatir al Estado es fuente de desconfianza y peligro y por lo tanto no debe ser tratado como persona.¹⁸⁶

Como el déficit cognitivo que presenta el enemigo finalmente lo sufre el ciudadano fiel al ordenamiento –al atentar contra su seguridad- se requiere su encierro como mecanismo de control y medio de neutralización de su peligrosidad:

“...la personalidad es irreal como construcción exclusivamente normativa. Sólo será real cuando las expectativas que se dirigen a una persona también se cumplan en lo esencial. Ciertamente, una persona también puede ser construida contrafácticamente como persona, pero, precisamente, no de

¹⁸⁵ JAKOBS, “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, en JAKOBS y CANCIO MELIÁ, *cit.*, p. 50.

¹⁸⁶ JAKOBS, “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, en JAKOBS y CANCIO MELIÁ, *cit.*, p. 47.

*modo permanente o siquiera preponderante. Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no debe tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas. Por lo tanto, sería completamente erróneo demonizar aquello que aquí se ha denominado Derecho penal del enemigo; con ello no se puede responder el problema de cómo tratar a los individuos que no permiten su inclusión en una constitución ciudadana”.*¹⁸⁷

Pero, **¿quién es el enemigo?** Para JAKOBS no todo el que ha infringido una norma penal –que por lo tanto no presenta un comportamiento acorde al ordenamiento jurídico –podría calificarse como un enemigo porque a los delincuentes “*comunes*” o “*convencionales*” no se les atribuye ese calificativo aunque hayan cometido un delito. La delincuencia *convencional* se considera como el resultado de un simple *error* o *infracción al orden* que nunca atenta contra el ente estatal ni sus instituciones. La situación del enemigo es la opuesta:

“El enemigo es un individuo que, no sólo de manera incidental, en su comportamiento (delitos sexuales; ya el antiguo delincuente habitual ‘peligroso’ ...), o en su ocupación profesional (delincuencia económica, delincuencia organizada, nuevamente el tráfico de drogas o el ya antiguo ‘complot de asesinato’) es decir, en cualquier caso, de una forma presuntamente duradera, ha abandonado el derecho, y por lo tanto, no

¹⁸⁷ JAKOBS, “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, en JAKOBS y CANCIO MELIÁ, *cit.*, p. 47.

*garantiza el mínimo cognitivo de seguridad del comportamiento persona y demuestra este déficit a través de su comportamiento*¹⁸⁸

Desde esta perspectiva los *enemigos* efectivamente no son personas por haber perdido esa calidad¹⁸⁹ al colocarse en forma permanente al margen del sistema y atacar de manera constante las bases fundamentales del Estado, amenazando la seguridad de todos los ciudadanos:

*“Quien por principio se conduce de modo desviado no ofrece garantía de un comportamiento personal; por ello, no puede ser tratado como ciudadano, sino debe ser combatido como enemigo. Esta guerra tiene lugar con un legítimo derecho de los ciudadanos, en su derecho a la seguridad; pero a diferencia de la pena, no es Derecho también respecto del que es penado, por el contrario, el enemigo es excluido”*¹⁹⁰

JAKOBS señala que no es tarea fácil determinar quiénes son los enemigos pero sí es posible:

“Con toda certeza será difícil determinar quiénes son exactamente los sujetos que deben incluirse en esta categoría, pero no es imposible quien se ha convertido a sí mismo en una parte de estructuras criminales solidificadas, diluye la esperanza de que podrá encontrarse un modus

¹⁸⁸ JAKOBS, Günther, “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”, en MUÑOZ CONDE, Francisco (coordinador de la versión española), *La ciencia del derecho penal ante el cambio de milenio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 59.

¹⁸⁹ La separación entre ciudadanos y no-personas es la primera incompatibilidad que presenta el Derecho penal del enemigo con el modelo de Estado de Derecho. ZAFARRONI, Eugenio, *El enemigo en el derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 2006, p. 18.

¹⁹⁰ JAKOBS, “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, en JAKOBS y CANCIO MELIÁ, *cit.*, p. 55.

vivendi común a pesar de algunos hechos criminales aislados, hasta convertirla en una mera ilusión, precisamente, en una expectativa ‘infinitamente contrafáctica’”¹⁹¹

De esta manera, el fenómeno del Derecho penal del enemigo se va desarrollando en medio de la dicotomía y el discurso de la *persona vrs. enemigo (no persona)* y la dialéctica de *la libertad y la seguridad*.

El trato desigual se justifica en razón de que el Estado se enfrenta con unos sujetos que resultan *peligrosos* para su propio sostenimiento toda vez que son individuos *hostiles*, que no actúan conforme a Derecho y de los que no se tiene certeza de un comportamiento ajustado al orden jurídico.¹⁹²

“Cuando es evidente que el delincuente no puede prestar ninguna garantía cognitiva de su personalidad, el combate de la delincuencia y el combate de aquél son una misma cosa. Entonces ya no es persona, sino una fuente potencial de delincuencia, un enemigo. Así sucede cuando el delincuente, bien en su conducta (en los delitos sexuales), bien en su medio de vida (la criminalidad económica, el crimen organizado o la delincuencia relacionada con los estupefacientes), o bien a través de su vinculación a una organización (terrorismo, de nuevo el crimen organizado y la delincuencia de estupefacientes), se ha consagrado de modo tácito y duradero a la delincuencia. Este derecho penal de combate se caracteriza por un amplio adelantamiento de la punibilidad, sin que dicha ampliación se vea

¹⁹¹ JAKOBS, “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de su juricidad”, en CANCIO MELIÁ y FEIJOO SÁNCHEZ, *cit.*, pp. 42-43.

¹⁹² APONTE, Alejandro, *¿Derecho penal del enemigo o derecho penal del ciudadano?*, Bogotá, Temis, 2005, p. 27.

*correspondida con una rebaja en la pena, y por una pérdida de garantías procesales.*¹⁹³

Al *ciudadano* o *persona* se le considera y se le da el trato del Derecho penal liberal o democrático, respetando todas las garantías penales mientras que al “*enemigo*” se le da un trato distinto, aplicándosele un régimen jurídico disminuido en garantías que procura su pronta captura e inoquización o neutralización antes de que se materialice el peligro. Un Derecho de peligrosidad que niega la condición de persona a esos individuos¹⁹⁴ porque “*quien continuamente se comporta como Satán, al menos no podrá ser tratado como persona en Derecho en lo que se refiere a la confianza de que cumplirá con sus deberes, pues falta el apoyo cognitivo para ello*”.¹⁹⁵

JAKOBS reconoce que la diferencia entre personas–enemigos es la base fundamental de su discurso:

“... una personalidad real, que dirija la orientación, no puede alcanzarse mediante meros postulados, sino que, al contrario, quien deba ser persona debe ‘participar’, y eso significa que debe hacer su parte, esto es, garantizar suficiente fidelidad al ordenamiento jurídico. Por consiguiente, la proposición debe ser complementada: todo aquel que prometa de modo más o

¹⁹³ JAKOBS, Günther, “Personalidad y exclusión en Derecho penal”, en MONTEALEGRE, Eduardo (coordinador), *Libro homenaje al profesor Günther Jakobs, El funcionalismo en derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 86 y 87.

¹⁹⁴ BOMPADRE, Francisco María, “Enemigos íntimos (o sobre como leyó el derecho penal a Carl Smith), en *Derecho penal online (revista de doctrina y jurisprudencia en línea)*, octubre (2004), consultado el 13 de febrero del 2009, disponible en www.derechopenalonline.com

¹⁹⁵ JAKOBS, Günther, “La pena estatal: significado y finalidad”, en JAKOBS, Günther, POLAINO NAVARRETE, Miguel y LÓPEZ BETANCOUR, Eduardo, *Función de la pena estatal y evolución de la dogmática post-finalista* (estudios de derecho penal funcionalista), México, Porrúa, 2006, p. 53.

menos confiable fidelidad al ordenamiento jurídico tiene derecho a ser tratado como persona en Derecho. Quien no preste esta promesa de modo creíble será tendencialmente heteroadministrado; se le priva de derechos. Sus deberes siguen incólumes (aunque cognitivamente ya no se cuente con el cumplimiento del deber); de lo contrario no sería delincuente, en ausencia de infracción de deber. En la medida en que se lo prive de derechos no es tratado –por definición– como persona en Derecho. Éste es el núcleo de mis consideraciones: si se elimina este núcleo, mi tesis se derrumba; si se mantiene, todo lo demás sólo afecta a cuestiones de detalle, no al principio.”¹⁹⁶

Para justificar esta posición invoca a autores como ROUSSEAU sobre todo en su conocido *Contrato Social* y a HOBBS en el *Leviatán*¹⁹⁷. Al primero porque para este filósofo el delito es muestra de rescisión del contrato social y por lo tanto quien lo cometa deja de ser miembro del Estado y se convierte en enemigo. Indica JAKOBS que esta posición no es el mejor argumento para sostener la pérdida de la calidad de persona, sobre todo porque no todos los delincuentes realmente son excluidos del Derecho y por el contrario, considera que en principio el Estado debe mantener al delincuente “convencional” dentro del sistema, pues éste tiene derecho a reconciliarse con la sociedad y además tiene el deber de reparar el daño cometido. Acude entonces a HOBBS, para quien el delincuente mantiene su estado de ciudadano salvo cuando se trata de

¹⁹⁶ JAKOBS, “¿‘Derecho penal’ del enemigo? un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en CANCIO MELIÁ y GÓMEZ-JARA DÍEZ, *cit.*, p. 106.

¹⁹⁷ JAKOBS, “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, en JAKOBS y CANCIO MELIÁ, *cit.*, pp. 27-34. Sobre el combate del Derecho penal del enemigo en la historia de la humanidad, POLAINO-ORTS, Miguel, “Un paseo de varios siglos por el devenir histórico-filosófico del derecho penal del enemigo”, en MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo y CARO JOHN, José Antonio (editores), *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, pp. 651-685.

delitos de alta traición o rebelión. También recurre a KANT con su modelo contractual para explicar la fundamentación y la limitación del poder del Estado y justifica la exclusión de aquellos que con su posición amenazan a todos constantemente y se resisten a entrar al estado comunitario-legal:

*“Como acaba de citarse, en la posición de Kant no se trata como persona a quien “me amenaza... constantemente”, quien no se deja obligar a entrar en un estado ciudadano. De manera similar, Hobbes despersonaliza al reo de alta traición; pues también éste niega por principio la constitución existente. Por consiguiente, Hobbes y Kant conocen un Derecho penal del ciudadano – contra personas que no delinquen de modo persistente, por principio- y un Derecho penal del enemigo contra quien se desvía por principio; éste excluye, aquél deja incólume el status de persona. El Derecho penal del ciudadano es Derecho también en lo que se refiere al criminal; éste sigue siendo persona. Pero el Derecho penal del enemigo es Derecho en otro sentido. Ciertamente, el Estado tiene Derecho a procurarse seguridad frente a individuos que reinciden persistentemente en la comisión de delitos; a fin de cuentas, la custodia de seguridad es una institución jurídica. Más aún: los ciudadanos tienen derecho a exigir del Estado que tome las medidas adecuadas, es decir, tienen un derecho a la seguridad”.*¹⁹⁸

Definitivamente el análisis de los conceptos de **persona** y **enemigo** es parte fundamental del planteamiento del autor pues tienen un protagonismo fundamental en su construcción jurídica y como analizaremos más adelante, en esa misma medida la doctrina hace énfasis en el cuestionamiento a esas categorías.

¹⁹⁸ JAKOBS, “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, en JAKOBS y CANCIO MELIÁ, *cit.*, pp. 32-33.

c) Autoexclusión del enemigo: una decisión libre y racional.

Para JAKOBS el enemigo libre, racional y voluntariamente se auto excluye como persona apartándose del Derecho de forma definitiva. El concepto de enemigo es potestativo porque “*quien no presta una mínima garantía cognitiva de comportamiento fiel al Derecho se excluye a sí mismo*”.¹⁹⁹ Por esa razón no hay motivo para tratarles como persona y se justifica un trato diferente al menos mientras no asegure un comportamiento distinto y sea sujeto de confianza.

Considera el autor que la exclusión de la calidad de persona de determinados individuos siempre se produce por su propia decisión – autoexclusión- y en consecuencia, el sujeto siempre y por sí mismo podrá recuperar esa calidad, cambiando su comportamiento y asegurando de esa forma su fidelidad al Derecho. Por supuesto, la sociedad es la que decide quiénes están incluidos y quiénes excluidos, pero no lo hace en abstracto sino desde la realidad cotidiana y la praxis²⁰⁰.

La actitud irrespetuosa, beligerante y conflictiva constituye su declaratoria de enemistad que lo convierte en una fuente de peligro para la estabilidad de la estructura social. Esa “*auto despersonalización*” convierte al sujeto en enemigo ante el peligro que representa y justifica la disminución de garantías, el adelanto de la punibilidad así como la imposición de sanciones o medidas de seguridad más graves:

¹⁹⁹ JAKOBS, “Personalidad y exclusión en el Derecho penal”, *cit.*, p. 90.

²⁰⁰ JAKOBS, “¿‘Derecho penal’ del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de su juridicidad”, en CANCIO MELIÁ y GÓMEZ JARA-DIEZ, *cit.*, pp. 106-107.

“Por lo tanto, el Derecho penal conoce dos polos o tendencias de sus regulaciones. Por un lado, el trato con el ciudadano, en el que se espera hasta que éste exterioriza su hecho para reaccionar, con el fin de confirmar la estructura normativa de la sociedad, y por otro, el trato con el enemigo, que es interceptado muy pronto en el estadio previo y al que se le combate por su peligrosidad. Un ejemplo del primer tipo lo puede constituir el trato dado a un homicida, quien si actúa en autoría individual sólo comienza a ser punible si se dispone inmediatamente a realizar el tipo... un ejemplo del segundo puede ser el trato dado al cabecilla y hombre de atrás (con independencia de qué es lo que eso sea) de una asociación terrorista, al que alcanza una pena sólo levemente reducida que la que corresponde al autor de una tentativa de homicidio ya cuando funda la asociación o lleva a cabo actividades dentro de ésta.... Es decir, eventualmente años antes de un hecho previsto con mayor o menor vaguedad. Materialmente cabe pensar que se trata de una custodia de seguridad anticipada que se denomina ‘pena’”²⁰¹.

De la misma manera, esa decisión libre y voluntaria torna absurdo, innecesario, imprudente e inadecuado cualquier intento de resocialización o reinserción del enemigo a la comunidad, pues ha sido su declarado enfado y notoria molestia lo que le ha hecho apartarse del Derecho y colocarse del otro lado ante lo que *“el Estado se ve obligado a ejercer violencia muda contra el enemigo; no hay comunicación con él. El enemigo no forma parte de la vida social, es tratado como una bestia salvaje”*.²⁰²

²⁰¹ JAKOBS, “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, en JAKOBS y CANCIO MELIÁ, *cit.*, pp. 43-44.

²⁰² JAKOBS, Günther, citado por FAKHOURI GÓMEZ, Yamila, “Primera sesión: ¿Derecho penal del enemigo? Informe de la discusión”, en CANCIO MELIÁ y FEIJOO SÁNCHEZ, *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad. Seminario con Günther Jakobs en la UAM*, Madrid, Arazandi, 2008, p. 90.

d) **Derecho a la seguridad.**

El Derecho penal del enemigo responde al desplazamiento de la demanda social del Derecho penal como un mecanismo de protección mediante el ejercicio de una actividad punitiva más eficiente y el auxilio estatal a través de la actividad policial y represiva²⁰³.

El Derecho penal del enemigo surge de manera paralela a una reinterpretación del *derecho a la seguridad* que en la sociedad contemporánea repentinamente se comprende como un *super derecho estatal para la protección de la colectividad y del propio Estado*.²⁰⁴

Desde esta nueva concepción del derecho a la seguridad, surge la idea de la Constitución Política y las leyes como instrumentos de lucha o combate, contra el delincuente y especialmente contra el enemigo.²⁰⁵

3.- Sobre la finalidad de la pena y las características del Derecho penal del enemigo.

En la concepción de JAKOBS, como se anotó, el Derecho penal del enemigo se dirige a combatir a aquellos sujetos que se han autoexcluido de la

²⁰³ GARLAND, David, *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Barcelona, Gedisa, 2005, pp. 19-49.

²⁰⁴ CHIRINO SÁNCHEZ, Alfredo, "El retorno a los delitos de peligro ¿Un camino posible hacia el derecho penal del enemigo?", en LLOBET RODRÍGUEZ, Javier (compilador), *Justicia Penal y Estado de derecho. Homenaje a Francisco Castillo González*, San José, Jurídica Continental, 2007, p. 167.

²⁰⁵ HASSEMER, Winfried, *Crítica al derecho penal de hoy*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Primera reimpresión, 2001, pp. 47-49.

protección del Derecho penal de los ciudadanos al no ofrecer una seguridad cognitiva de comportarse conforme al ordenamiento jurídico sino que por principio presentan un comportamiento desviado, amenazador y destructivo del Estado y la sociedad y que por lo tanto se hace necesario aprehender cuanto antes y encerrar por el mayor tiempo posible, pues la cárcel es la mejor manera como puede prevenirse o neutralizarse el peligro que representan.

A los enemigos se les reprime más por lo que son –o parecen ser- que por el hecho cometido. Por esta razón desde el Derecho penal del enemigo la gravedad de la sanción penal se impone sin considerar el adelantamiento de la punibilidad y más que por el hecho se fija en función de la forma de vida, tendencias o inclinaciones del enemigo, en tanto manifestación de un peligro grave.

Contra los enemigos el sistema procura la neutralización y control mediante la pena más extensa posible y frente a ellos el Derecho penal muta porque ya no defiende la vigencia del ordenamiento jurídico sino que actúa para garantizar la seguridad frente a un riesgo²⁰⁶.

El Derecho penal del enemigo atiende la creciente ansiedad colectiva de mayor control y represión penal. Se convierte así el Derecho penal en un instrumento de lucha o en una afilada arma:

“Violencia, riesgo y amenaza constituyen hoy fenómenos centrales de la percepción social. La seguridad ciudadana hace su carrera como bien jurídico y alimenta una creciente industria de la seguridad. Luego del

²⁰⁶ JAKOBS, “¿Terroristas como personas en derecho?”, en JAKOBS y CANCIO MELIÁ, *cit.*, pp. 86-87.

terrorismo y del tráfico internacional de estupefacientes, aparece ahora el así llamado 'crimen organizado', ya introducido con una abreviatura, C.O., como tercer signo ominoso, presentado por los expertos policiales como una amenaza y acompañado por la afirmación de que el derecho penal y el derecho procesal penal deberían 'adecuarse a los requerimientos de una lucha efectiva', y que 'un trabajo policial amplio y orientado de la opinión pública' podría y debería 'apoyar la lucha por la represión del C.O.': 'aumento de la disposición a formular denuncia', 'desprecio del C.O.' por parte de la sociedad, comprensión por parte de la población frente a las redadas y nuevas medidas de investigación... Incluso la idea de prevención pierde su resabio de terapia individual o social y se consolida como un instrumento efectivo y altamente intervencionista de la política frente a la violencia y el delito. La sociedad, amenazada por la violencia y el delito, se ve puesta contra la pared. En su percepción, ella no se puede dar el lujo de un derecho penal entendido como protección de la libertad, como 'Carta Magna del delincuente', lo necesita como 'Carta Magna del ciudadano', como arsenal de lucha efectiva contra el delito y represión de la violencia. El delincuente se convierte tendencialmente en enemigo, y el derecho penal en "derecho penal del enemigo"²⁰⁷

a) **Del control, la inocuización y neutralización del enemigo como finalidad de la pena.**

²⁰⁷ HASSEMER, *Crítica al derecho penal de hoy...*, cit., pp. 47-49.

“En el Derecho penal del ciudadano, la función manifiesta de la pena es la contradicción, en el derecho penal del enemigo la eliminación de un peligro”

208

Tratándose de los enemigos la pena renuncia a su finalidad ordinaria y busca otro objetivo: su *inocuidación o incapacitación* en función de alcanzar la *seguridad cognitiva*.²⁰⁹

A través del Derecho penal del enemigo se busca la exclusión del degradado de persona a *“no persona”, “enemigo”* o *“fuente de peligro”*²¹⁰, controlando de esa manera a estos individuos, porque a ellos a través de la coacción hay que impedirles que destruyan el ordenamiento jurídico y social. Esta necesidad urgente es la que justifica el endurecimiento y aumento de las penas hasta donde sea posible y la aplicación de la custodia de seguridad u otras sanciones o medidas:

“... la finalidad de la privación de libertad en el delincuente de evidente peligrosidad, como, por ejemplo, en el caso del terrorista, es distinta de la que concurre respecto de un delincuente cuya ulterior peligrosidad no muestre un grado de evidencia similar... La transposición de este modelo... no es suficiente en el caso de adversarios cuya actitud es por principio hostil y que son activos, es decir, entre otros, el caso de los terroristas. Pues con

²⁰⁸ JAKOBS, Günther, “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, en JAKOBS y CANCIO MELIÁ, *cit.*, p. 54.

²⁰⁹ GRACIA MARTÍN, *El horizonte del finalismo...*, *cit.*, pp. 104-106.

²¹⁰ Expone el autor que el Estado ha de procurar la vigencia real del Derecho y que cuando un individuo con su comportamiento hace que no pueda presumirse su fidelidad al ordenamiento jurídico, muta de persona a fuente de peligro y como tal en un enemigo. Así en JAKOBS, “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, en JAKOBS y CANCIO MELIÁ, *cit.*, pp. 66 y 67.

completa independencia de la cuestión de cuál es la culpabilidad al menos de aquel terrorista que fue socializado en una cultura hostil a la aquí existente... en el caso de todo terrorista (como respecto de todo enemigo) de lo que también se trata es de compensar un déficit ya existente de seguridad cognitiva. Sea como sea que esto se produce, en todo caso, lo que es seguro es que no sucederá en un discurso libre, sino cambiando al propio terrorista, o, más bien, sus circunstancias vitales, bajo coacción, en orden a alcanzar tal finalidad, y la aplicación de la coacción para cambiar la vida de otro es incompatible por definición con su reconocimiento como persona, en la medida en que se use la coacción. Desde el punto de vista práctico, lo más relevante será el aseguramiento frente al autor, bien a través de una custodia de seguridad identificada como tal, bien mediante una pena privativa de libertad que garantice el aseguramiento, es decir, que sea correspondientemente extensa. Esto último... es una de las razones de las elevadas penas que se amenazan contra la fundación de una asociación terrorista; estas penas no pueden explicarse a través de aquello que ya ha sucedido –se ha afectado a la seguridad pública, pero hasta el momento no se puso en marcha una lesión-, sino sólo con base en el peligro existente... El Derecho penal del ciudadano, la garantía de la vigencia del Derecho, muta para convertirse en –ahora viene el término anatomizado- Derecho penal de Enemigo, en defensa frente a un riesgo”²¹¹

La exclusión o inocuización es el mecanismo de protección jurídica y física que busca y utiliza el Derecho penal del enemigo y se procura a través de diferentes recursos, técnicas o estrategias que permiten identificar finalmente nuestro objeto de estudio. El objetivo de exclusión e inocuización en general es

²¹¹ JAKOBS, Günther, “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en JAKOBS y CANCIO MELIÁ, *cit.*, pp. 69-74.

compartido por la política criminal del control²¹², desde la expansión del Derecho penal y el Derecho penal simbólico al Neopunitivismo²¹³. De hecho la doctrina describe al Derecho penal del enemigo como fruto de la simbiosis de las últimas corrientes de la política criminal:

“El recurso al Derecho penal no sólo aparece como instrumento para producir tranquilidad mediante el mero acto de promulgación de normas evidentemente destinadas a no ser aplicadas, sino que, en segundo lugar, también existen procesos de criminalización ‘a la antigua usanza’, es decir, la introducción de normas penales nuevas con la intención de promover su efectiva aplicación con toda decisión, es decir, procesos que conducen a normas penales nuevas que sí son aplicadas o al endurecimiento de las penas para normas ya existentes...el Derecho penal simbólico no sólo identifica un determinado ‘hecho’ sino también (o, sobre todo) a un específico tipo de autor, quien es definido no como igual, sino como otro. Es decir, que la existencia de la norma penal –dejado de lado las estrategias a corto plazo de

²¹² Sobre la base ideológica de la inocuización, con claridad expone Silva Sánchez que responde por un lado al desencanto con la finalidad tradicional de la pena, la resocialización y por otro, ante la elevadísima sensibilidad de la sociedad actual al riesgo y la obsesión por la seguridad. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos”, en *Estudios de Derecho Penal*, Lima, Grijley, 2000, pp. 134-160.

²¹³ CANCIO MELIÁ inicialmente así lo describe sin embargo actualmente considera que más que la combinación del Neopunitivismo y el Derecho penal simbólico el Derecho penal del enemigo constituye la evolución sintética de esas dos líneas de desarrollo. (CANCIO MELIÁ, Manuel, “‘Derecho penal’ del enemigo: contexto político-criminal y concepto teórico. Algunas tesis sobre la construcción de Günther Jakobs”, en CANCIO MELIÁ y FEIJOO SÁNCHEZ, *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad. Seminario con Günther Jakobs en la UAM*, Madrid, Arazandi, 2008, p. 80). Sobre la función simbólica del Derecho penal como un mecanismo para general confianza en la población, POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos científicos del derecho penal*, Barcelona, Bosch, 2008, 6ª edición, pp. 142-145. Sobre las técnicas compartidas entre el Neopunitivismo y el Derecho penal del enemigo y la conversión de meros indicios de culpabilidad en presunciones de derecho de peligrosidad criminal, FEIJOO SANCHEZ, Bernardo, “El derecho penal del enemigo y el Estado democrático de Derecho”, en CANCIO MELIÁ, Manuel y GÓMEZ-JARA, Carlos (coordinadores), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid, Edisofer, 2006, Vº 1, p. 829.

mercadotecnia de los agentes políticos- persigue la construcción de una determinada imagen de la identidad social mediante la definición de los autores como 'otros', como no partícipes de esa identidad. Y parece claro que para ello también son necesarios los trazos vigorosos de un punitivismo exacerbado, en escalada, cuando la conducta en cuestión ya se hallaba amenazada de pena. Por lo tanto, el Derecho penal simbólico y el punitivismo mantienen una relación fraternal. A continuación puede examinarse lo que surge de su unión: el Derecho penal del enemigo".²¹⁴

Tratándose de los enemigos más que imponer una pena solo interesa neutralizar, excluir o eliminarles porque para seguridad de todos es necesario su control²¹⁵. Con el enemigo no hay comunicación ni se entra en contradicción –en el sentido de que se anteponga la vigencia de la norma- sino que la pena es mera coacción física, sin mayor significado o finalidad.²¹⁶

Para un importante sector de la doctrina, incluido el propio JAKOBS²¹⁷, el mejor y más claro ejemplo de lo que hasta ahora ha sido la máxima expresión

²¹⁴ CANCIO MELIÁ, Manuel, "De nuevo: ¿'Derecho penal' del enemigo?", *cit.*, pp. 99–110. En el mismo sentido, destacando la carga genética del Neopunitivismo (aumento de las penas para el control de la criminalidad) y del Derecho penal simbólico (derecho penal como mecanismo de identificación social) en el Derecho penal del enemigo, CANCIO MELIÁ, y FEIJOO SÁNCHEZ, "¿Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs", *cit.*, pp. 66-67.

²¹⁵ JAKOBS, "¿Terroristas como personas en derechos?", en JAKOBS y CANCIO MELIÁ, *cit.*, Vº. 2, p. 85.

²¹⁶ JAKOBS, "Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo", en JAKOBS y POLAINO NAVARRETE, *cit.*, pp. 30-31, 45; EL MISMO, "Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo", en JAKOBS y CANCIO MELIÁ, *cit.*, pp. 54-55.

²¹⁷ "Si bien el trato con el enemigo es guerra, se trata de una guerra estrechamente delimitada. Si el enemigo incrementa su peligrosidad, sin embargo, también aumentará su despersonalización; los prisioneros de Guantánamo son un ejemplo de la pérdida de límites de esta guerra", JAKOBS, *La pena estatal: significado...*, *cit.*, pp. 175-176. Valga señalar que el autor se ha mostrado partidario de situaciones como las de Guantánamo dentro del contexto de guerra contra el terrorismo y siempre que sea por un tiempo limitado, así externó su opinión al respecto en el Seminario en

del Derecho penal del enemigo lo encontramos en las jaulas de Guantánamo²¹⁸, mas cabe cuestionarse si realmente esa situación no es más bien una verdadera guerra no reconocida como tal para evadir las obligaciones propias del Derecho internacional humanitario. Es cierto que en Estados Unidos de Norte América se ha generado todo una política criminal del control y la exclusión y que tratándose de determinados individuos se aplica un régimen de excepción típico de lo que denominamos un Derecho penal del enemigo. Pero en relación con la invasión a Afganistán e Irak, es claro que se trata de un enfrentamiento típico de guerra donde al enemigo no se le reconoce jurídicamente como tal para disminuir sus garantías, de manera que, paradójicamente parece que, a típicos ciudadanos se les da un trato de enemigos y a los enemigos no se les trata como tales, en ambos casos en función de extender los mecanismos de control y disminuir garantías.

b) Sobre las principales características del Derecho penal del enemigo.

que participó en el 2007 en la Universidad Autónoma de Madrid, (CANCIO MELIÁ y FEIJOO SÁNCHEZ, *Teoría funcional de la pena...*, cit., p. 93).

²¹⁸ “El ejemplo más gráfico de la cultura de la emergencia, en su contemporánea versión de gestión del control social del enemigo, es la imagen de los ‘prisioneros’ de Guantánamo, donde desde enero de 2002 se hacina en condiciones inhumanas, pero espectacularizadas, con la intención para transmitir mensajes de seguridad y –al tiempo– de alarma, más de seiscientas personas sin rostro de diversas nacionalidades (entre ellos el español H.A. AHMED), es una situación de “no-Derecho”, en una zona ajena a la legalidad, sin acusación formal, sin derecho de defensa, sin plazos, sin control judicial, sin estatuto de reclusos ni de prisioneros de guerra, reducidos a una condición subhumana de no-personas. Todo este relatorio de rasgos de la nueva economía del control social, intersecada con soluciones propias de la cultura de la emergencia, evidencia que el actual modelo va a generar mayores niveles de conflictividad social, de exclusión social y de recorte de las libertades. Mucho más dudoso es que vaya a generar más seguridad...”, (BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, “Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas”, en FARALDO CABANA, Patricia (directora), *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 59-60). En el mismo sentido, SCHEERER, Sebastián, BÖHM, María Laura y VÍQUEZ, Carolina, “Seis preguntas y cinco respuestas sobre el derecho penal del enemigo”, en CANCIO MELIÁ, Manuel y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coordinadores), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid, Edisofer, 2006, Vº 2, pp. 918-929.

El Derecho penal del enemigo es “...*radicalmente anticipado, desproporcionadamente severo y dotado de un acompañamiento procesal que recorta el estatuto procesal ciudadano...*”²¹⁹. Así lo describe la doctrina siguiendo las orientaciones del propio JAKOBS, que apunta tres aspectos como los rasgos más típicos o característicos del Derecho penal del enemigo: el adelantamiento de la punibilidad, la desproporcionalidad de las penas y la disminución de garantías.²²⁰

b.1) El adelantamiento de la punibilidad:

Desde el Derecho penal del enemigo se pretende evitar hechos futuros y en consecuencia, actos que desde el Derecho penal liberal podrían calificarse como meramente preparatorios y no punibles para el Derecho penal del enemigo sí son reprochables y ameritan la intervención estatal. Y es que como lo explican CANCIO MELIÁ y FEIJOO SÁNCHEZ la perspectiva del Derecho penal del enemigo es diferente que la del Derecho penal liberal pues mientras éste actúa en retrospectiva (el punto de referencia es un hecho acontecido en el

²¹⁹ CANCIO MELIÁ, Manuel, “‘Derecho penal’ del enemigo: contexto político criminal y concepto teórico. Algunas tesis sobre la construcción de Gunter Jakobs”, en CANCIO MELIÁ y FEIJOO SÁNCHEZ, *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad. Seminario con Günther Jakobs en la UAM*, Madrid, Arazandi, 2008, p.73.

²²⁰ JAKOBS, “Personalidad y exclusión en Derecho penal”, *cit.*, pp. 86 y 87. En el mismo sentido pero desde otra clasificación, para CHIRINO las observaciones para encontrar los “ingredientes” del Derecho penal mínimo puede hacerse desde diferentes niveles: a) En la determinación de los tipos penales (anticipación de la punibilidad y delitos de peligro), b) En la determinación de la sanción penal por parte del legislador (no en función del hecho cometido y el objetivo de resocialización, sino atendiendo la peligrosidad del sujeto), c) En la limitación de derecho con fines preventivos (sin el límite de la culpabilidad y en función de cualquier remoto riesgo) y d) Desde la configuración del proceso penal (construcción del proceso no como un límite al poder punitivo sino como un instrumento de lucha, acompañado por el deterioro de garantías procesales y un vaciamiento del contenido de derechos y libertades constitucionales, (CHIRINO SÁNCHEZ, Alfredo, “El retorno a los delitos de peligro ¿Un camino posible hacia el derecho penal del enemigo?”, *cit.*, p. 147).

pasado que se debe sancionar) el Derecho penal del enemigo tiene una dinámica prospectiva (hacia el futuro –previene situaciones de riesgo).²²¹

Para JAKOBS la evolución de la punición de los actos preparatorios delictivos tratándose de cierto tipo de delincuencia es necesaria, como por ejemplo la punición de la constitución de una asociación criminal o terrorista, donde no se considera el daño a la vigencia de la norma sino la magnitud del daño venidero²²². Y es que para el autor, ante individuos que por principio y peligrosamente combaten el Estado no hay razón para actuar hasta que se sufra los efectos de ese ataque. En esos casos, por el contrario, en beneficio de la seguridad de todos se considera razonable y necesaria la intervención anticipada del Estado y en función de ello se adelanta la punibilidad de determinadas acciones.

b.2) La desproporcionalidad de las penas:

Además de la anticipación en la punibilidad encontramos la existencia de penas excesivamente altas en función de asegurar la exclusión y el control por el mayor tiempo posible del enemigo.

Debe destacarse que desde el Derecho penal del enemigo la anticipación de la punición -a pesar del grado del *itercriminis*- no es atendida al momento de la imposición de la pena pues se castiga prácticamente con la misma gravedad que un hecho consumado, ya que desde la determinación legislativa de la pena

²²¹ CANCIO MELIÁ y FEIJOO SÁNCHEZ, “¿Prevenir riesgos o confirmar normas? Teoría funcional de la pena de Günther Jakobs”, *cit.*, p. 61.

²²² JAKOBS, “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, en JAKOBS y CANCIO MELIÁ, *cit.*, pp. 109-111.

es común equiparar meros actos preparatorios a típicos actos ejecutivos²²³. Por otro lado es común encontrar la imposición de medidas de custodia y medidas de seguridad a través de la prolongación del encierro una vez cumplida la pena o mediante el control del individuo una vez que ha egresado de prisión. Penas altas, medidas de custodia y seguridad se imponen para prevenir las situaciones de riesgo y atender el déficit de seguridad cognitiva de los enemigos:

“Desde el punto de vista práctico, lo más relevante será el aseguramiento frente al autor, bien a través de una custodia de seguridad identificada como tal, bien mediante una pena privativa de libertad que garantice el aseguramiento, es decir, que sea correspondientemente extensd’. ²²⁴

b.3) La reducción de garantías procesales contra los enemigos:

Tratándose de enemigos es común que se extiendan los periodos de prisión preventiva, la incomunicación del detenido, la intervención de comunicaciones, investigaciones secretas, agentes encubiertos, etc., en general la flexibilización o reducción de las garantías procesales²²⁵. Frente a una persona el disminuir las garantías no es válido pero si es contra el enemigo es legítimo y necesario, primero porque con su comportamiento ha renunciado a su condición de persona y además porque se trata de resolver situaciones de

²²³ GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, “El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del estado de Derecho: la doctrina del derecho penal del enemigo”, *cit.*, p. 67.

²²⁴ JAKOBS, ¿Terroristas como personas en derecho?, en JAKOBS y CANCIO MELIÁ, *cit.*, pp. 109-111.

²²⁵ JAKOBS, “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, en JAKOBS y POLAINO NAVARRETE, *cit.*, p. 45.

peligro que como tales deben ser atendidas bajo la nuda coacción²²⁶ y con la mayor anticipación posible.

Para CANCIO MELIÁ y FEIJOO SÁNCHEZ debe adicionarse una cuarta característica: la función de identificar mediante la exclusión a una determinada categoría de sujetos y la orientación de la regulación al Derecho penal de autor²²⁷. En realidad no compartimos esta propuesta porque aunque efectivamente es cierto consideramos que más que características son efectos, porque una regulación que da un trato diferente a un grupo de sujetos permite terminar reuniendo e identificando a los mismos desde la exclusión y porque una normativa que no castiga hechos sino que previene situaciones constituye un claro ejemplo de Derecho penal de autor y esa característica se deduce desde el adelantamiento de la punibilidad. Otros rasgos que sí consideremos que deben destacarse como tales son:

b.4) Invocación al derecho de la seguridad y protección de las víctimas como mecanismo de justificación.

El Derecho penal del enemigo se justifica en la necesidad de garantizar el derecho a la seguridad del colectivo social y del Estado –para su permanencia-, amparándose, igual que muchas de las propuestas de la política criminal de la sociedad contemporánea, en un movimiento de reivindicación y protección de la víctima²²⁸, con una respuesta punitiva más efectiva y más drástica, a tal grado

²²⁶JAKOBS, “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, en JAKOBS y CANCIO MELIÁ, *cit.*, pp. 113, 114.

²²⁷ CANCIO MELIÁ, y FEIJOO SÁNCHEZ, “¿Prevenir riesgos o confirmar normas? Teoría funcional de la pena de Günther Jakobs”, *cit.*, pp. 66-67.

²²⁸ Respecto a la irrupción de las víctimas en España y su intervención directa en los espacios de la opinión pública y en los procesos de creación de las leyes, TAPIA GÓMEZ, Ariel Alejandro, “Después del 11-M: la gobernanza de las víctimas. ¿Modelo europeo de política victimal?”, en

que muchas de las típicas leyes de emergencia, cuando no hacen referencia a términos militares –combate, lucha, etc.,- en muchos casos se denominan con el nombre de conocidas víctimas²²⁹ -sobre todo las reformas en materia de delitos sexuales-.

Y es que el Derecho penal del enemigo es defendido por un discurso político que como base ideológica invoca al orden, la seguridad –colectiva y estatal- y la necesaria protección de las víctimas, fortaleciendo el poder policial para garantizar un mayor control tanto del delito como de cualquier movimiento de disidencia.²³⁰

Mientras que en los orígenes del *ius puniendi* se propone como postulado fundamental la neutralización de la víctima ahora la situación se invierte y se procura su total protagonismo y la preponderancia de sus intereses²³¹. La participación de la víctima es de tal envergadura que en los procesos de

BÖHN, María Laura y GUTIÉRREZ, Mariano, *Políticas de seguridad. Peligros y desafíos para la criminología del nuevo siglo*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, editores del Puerto, 2007, pp. 141-171. Sobre el juego política a favor de la víctima, la inapropiada conceptualización de comprender cualquier derecho a favor del delincuente como un irrespeto o perjuicio para la víctima y sobre el nuevo significado colectivo de ser víctima y la reelaboración de la relación entre víctima individual, víctima simbólica, sistema de justicia penal y control del delito. GARLAND, *La cultura del control...*, cit., pp. 19-35, 67-47. En el mismo sentido y sobre el tránsito del paradigma del ‘auxilio del autor mal socializado’ al de la ‘protección de la víctima inocente de la criminalidad’, HASSEMER, Winfried, “El derecho penal del Estado de derecho en los tiempos del terrorismo”, en REYNA ALFARO y CUARESMA TERÁN, *Derecho penal y Estado de derecho. Reflexiones sobre la tensión entre riesgos y seguridad*, Buenos Aires, Euros editores, 2008, pp. 184.

²²⁹ Por ejemplo la ley Megan (*Megan’s Law*) en el Estado de California así como el resto de leyes de esa naturaleza surgidas en los Estados Unidos de Norteamérica. Al respecto, ROBLES PLANAS, Ricardo, “‘Sexual predators’: estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad”, en *Indret*, N° 4 /2007, p. 12, disponible en www.indret.com

²³⁰ CHIRINO SÁNCHEZ, Alfredo, “El retorno a los delitos de peligro. ¿Un camino posible hacia el derecho penal del enemigo, cit., p. 159.

²³¹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, 6ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 684-687.

formación y consulta de leyes se da más importancia a la opinión de los grupos de víctimas que a las recomendaciones de técnicos o expertos en materia penal o penitenciaria²³², sobre todo en asuntos de terrorismo y delitos sexuales donde las víctimas ante el temor y el dolor que les embarga exigen penas más severas, más encierro y la expansión de los mecanismos de control social formal.

b.5) La existencia de un subsistema penitenciario²³³.

Las normas del Derecho penal del enemigo en función de alcanzar su peculiar finalidad de la sanción terminan estableciendo un régimen penitenciario paralelo al ordinario que podríamos denominar como “*Derecho penitenciario del enemigo*”. Un régimen de ejecución diferenciado para determinado tipo de autores delictivos, que al igual que el Derecho penal del enemigo, genera una desigualdad sin justificación razonable²³⁴.

Desde el Derecho penal del enemigo se renuncia a las finalidades de prevención especial positiva normalmente asignadas a la pena²³⁵ y se procura la neutralización, exclusión e inocuización del “*enemigo*” por lo que el cumplimiento de esas penas se ve sometido a una dinámica diferente y a reglas

²³² DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 28-37.

²³³ Algún sector de la doctrina comienza a destacar como nosotros esta característica como un elemento característico del Derecho penal del enemigo. (CALLEGARI y REINDOLFF DA MOTTA, “Estado y política criminal: la contaminación del derecho penal ordinario por el derecho penal del enemigo o la tercera velocidad del derecho penal, *cit.*, pp. 189-200).

²³⁴ La doctrina destaca precisamente ese trato diferenciado e injustificado como la característica más destacada del Derecho penal del enemigo. (FLAVIO GOMES y BIANCHINI, “Derecho penal del enemigo y los enemigos del derecho penal”, *cit.*, pp. 971-972).

²³⁵ Así lo consideramos porque el encierro del individuo por largos periodos y sin derecho prácticamente a permisos ni beneficios, hace materialmente posible cualquier objetivo y posibilidad de resocialización o reinserción.

distintas. Su objetivo tiene repercusión directa sobre la materia penitenciaria pues el rigor –represión dura²³⁶ y mera coacción- se impone como la característica de un régimen penitenciario ideado para atender, asegurar y prolongar la ejecución de las sanciones impuestas a los “*enemigos*”, al menos mientras no se transformen o conviertan en nuestros “*amigos*” o “*ciudadanos fieles*”.

De esta manera completamos la definición conceptual citada en la primera parte de este apartado, para concluir que *el Derecho penal del enemigo es un conjunto de normas y reglas jurídicas diseñadas para garantizar la seguridad del colectivo social –justificado normalmente en la protección de las víctimas- y del propio Estado, controlando a determinados sujetos considerados una fuente de peligro, mediante la reducción de las garantías penales y procesales para facilitar su aprehensión anticipada y su sometimiento a un encierro por el mayor tiempo posible y bajo condiciones más gravosas de ejecución.*

4.- El Derecho penal del enemigo: retoño genuino de la política criminal del control en la sociedad contemporánea.

Para comprender la génesis del Derecho penal del enemigo es importante volver la vista a la sociedad contemporánea, la sociedad en la que vivimos. Recordemos que el propio JAKOBS señala que él no ha inventado las caracterizaciones del **Derecho penal del enemigo** sino que solo ha realizado una tarea descriptiva derivando los rasgos de esta estrategia del estudio y análisis de una serie de leyes normalmente denominadas como de “*lucha o*

²³⁶ GARCÍA ARÁN, “La ejecución penitenciaria en una sociedad cambiante: hacia un nuevo modelo”, *cit.*, pp. 5-14.

combate” y de otros preceptos legales diseñados todos para enfrentar un problema real: la existencia de una serie de individuos que se enfrentan y combaten el Estado y ponen en peligro nuestra sociedad.²³⁷

El Derecho penal del enemigo es uno de los mecanismos diseñados para atender y satisfacer la demanda pública de mayor seguridad, control, encierro, castigo, represión y prolongación de la reclusión ante el sentimiento en el colectivo social de que los delincuentes no reciben suficiente castigo o que no son debidamente controlados. Demandas de una respuesta inmediata y urgente de un control punitivo²³⁸ más efectivo que se incrementa normalmente ante la

²³⁷ JAKOBS, “Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en CANCIÓ MELIÁ, y GÓMEZ-JARA DÍEZ, *cit.*, 2006, p. 105.

²³⁸ Un ejemplo de la percepción la sociedad la inseguridad ciudadana como el principal problema que sufre el Estado, podemos observarlo en la siguiente editorial publicado en uno de los principales periódico de circulación nacional en Costa Rica: *“El desafío de la inseguridad ciudadana exige un elevado grado de responsabilidad y capacidad. En este campo el Gobierno debe procurar un gran encuentro nacional generador de confianza... hacemos hincapié en los resultados de dicha encuesta sobre la preocupación central de los ciudadanos: la inseguridad ciudadana. En esta materia principal, el país ha retrocedido o, mejor dicho, la inseguridad ciudadana sigue su marcha ascendente, al punto que el costo de la vida, referente primordial de estas investigaciones sociales, ha pasado a segundo lugar. Bien está que el Gobierno y la Asamblea Legislativa se sientan estimulados por las buenas notas, pero mejor se sentiría el país si el desafío de la delincuencia y la criminalidad se enfrente con singular esfuerzo, capacidad de iniciativa, talento, experiencia, espíritu de unidad y acopio de recursos técnicos y financieros. Los datos angustian a toda la gente. Casi una tercera parte de la población (el 27%), según informamos el lunes pasado, está hondamente preocupada por la inseguridad ciudadana. En setiembre anterior, aquel porcentaje era del 16%. La preocupación embarga a todos los sectores del país, sin acepción de género, estatus económico o escolaridad. Por otra parte, el Organismo de Investigación Judicial (OIJ) informó de que el número de homicidios en el 2008 fue el más elevado en la historia del país. Las cifras correspondientes al consumo de drogas desvelan, por otra parte, a todas las comunidades del país por el auge de la distribución y por su impacto en la violencia y en la criminalidad. Esta es una tarea del Estado y específicamente del Ministerio de Seguridad Pública... No hay tiempo para las pendencias, para la superficialidad o los aspectos accesorios, máxime en cuestiones determinantes en el orden social, que, además, prologan sus efectos dañinos en el futuro del país. En el campo de la seguridad ciudadana, aunque el tiempo político sea exiguo, la responsabilidad, la seriedad, la capacidad, el buen juicio, el liderazgo y la labor en equipo pueden ganar buenas batallas a la criminalidad y a la violencia. La encuesta de Unimer que comentamos abunda en retos impostergables, a los que la actual crisis económica les confiere una atención permanente”, “La gran preocupación”, Editorial, en *La Nación*, Costa Rica, 13 de febrero del 2009, Costa Rica, disponible en www.nacion.com. En el mismo sentido, “...un ambiente donde el desafío principal, con la pobreza y la actual crisis financiera, es la inseguridad de bienes y personas”. “Un factor de inseguridad”, Editorial, en *La Nación*, Costa Rica, 1 de diciembre del 2008, disponible en www.nación.com*

existencia de casos aislados pero altamente notorios, donde es común encontrar un individuo predatorio, una víctima indefensa—la mayoría de las veces menor de edad- y una agresión previo fracaso o fallo del sistema de justicia penal²³⁹. Situaciones excepcionales que generan una reacción social que desde la sociología permite identificar la estructura de los miedos y las culpas de la clase media y los valores de los medios de comunicación²⁴⁰, con la ventaja para los políticos de que su atención les permite desviar o evitar la discusión de problemas más graves de la seguridad social y de mayor conflictividad, sin resolverse tampoco el problema de inseguridad ciudadana pues solo se combate los efectos de la delincuencia pero no sus causas.²⁴¹

La identificación y el combate del “*enemigo*” es parte de la *criminología del otro*, como la denomina GARLAND- y surge dentro de la oferta de la clase política del endurecimiento del control social y de mayor efectividad del poder punitivo.

²³⁹ Reciente y muy gráfico de este fenómeno en la sociedad española es la propuesta de reforma en materia de delitos sexuales que se presenta en el año 2008 ante el conocido caso del abuso sexual y asesinato de la niña Mari Luz por un presunto agresor que tenía pendiente una pena de prisión. En el 2009, luego de la desaparición y el supuesto homicidio de una joven en Sevilla, se empieza a producir un movimiento que solicita un referéndum para la aprobación de la pena perpetua para este tipo de delincuencia al amparo del lema “*Todos somos Marta*”, señalándose que en esta lucha, salvo recuperar a los hijos asesinados, “*todo es posible*”. Dos días después de una marcha en la Plaza Mayor de Madrid, uno de los principales partidos políticos anunciaba que tenía listo un proyecto de ley para aumentar las penas para el caso de homicidios contra menores de edad (información disponible en www.elpais.com, 21 de febrero del 2009).

²⁴⁰ Sobre la conversión de la criminalidad en espectáculo y la multiplicación del miedo, FERRAJOLI, *Democracia y garantismo...*, cit., p. 256.

²⁴¹ GARLAND, David, *La cultura del control...*, op.cit., pp. 188, 239-240. En el mismo sentido, señala DIEZ RIPOLLÉS que este tipo de medidas es solo un mecanismo que permite una cortina de humo para no atender problemas de mayor complejidad como el desmantelamiento del Estado de bienestar, el sentimiento de la complejidad y constante transformación mundial o fenómenos sociales que dificultan a la clase media el acceso a un proyecto de vida viable y sostenible ante la precariedad laboral, el deterioro de servicios básicos como salud y educación o la dificultad de acceso a la vivienda. (DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 06 (2004), p. 28, disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc>).

Esta fórmula legal excluyente de determinados individuos constituye al mismo tiempo un instrumento electoral y un mecanismo para lograr la identidad, unidad o cohesión social –todos juntos contra el enemigo, “solidarizados” contra el crimen, unidos contra la delincuencia, hermanados contra la inseguridad ciudadana- y la desactivación de cualquier potencial de disenso político²⁴². De esta forma, se construye un adecuado instrumento de poder de la clase dominante:

“En el discurso de la seguridad moderno ya no habría limitaciones para las intervenciones del Estado, antes bien, son presentadas al gran público como un adecuado trueque de libertades por seguridad. La asustada sociedad moderna da la bienvenida a estas políticas de reducción de derechos, en parte adormecida por la constante invasión propagandística que le convence de la inminencia de un peligro delictual en su vida, y de la necesidad de excluir y reprimir aquellos que ponen en peligro la forma social de organización, la cual, hoy por hoy, no es más que la sociedad de mercado en todas sus múltiples variables... Se trata de un discurso político que pretende replantear el Estado Policial, donde el orden, la seguridad y la protección de las víctimas se convierten en justificaciones ideológicas que repotencian directamente el poder perdido de la policía en la determinación y

²⁴² Al respecto, GARLAND, David, *La cultura del control...*, cit., pp. 34, 339-240; BRANDARIZ GARCÍA, “Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas”, cit., pp. 42-43; GROSSO GARCÍA, “¿Qué es y qué puede ser el ‘Derecho penal del enemigo’? Una aproximación crítica al concepto”, en CANCIO MELIÁ, Manuel y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid, Edisofer, 2006, Vº 2, pp. 27-28; RESTA, Federica, “Enemigos y Criminales. Las lógicas del control”, en CANCIO MELIÁ, Manuel y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid, Edisofer, 2006, Vº 2, pp. 749-764; STEIN, H., “The indispensable metaphor of war. On populist politics and the contradictions of the state’s monopoly of force”, en *Theoretical Criminology*, Vol. 7, Nº 3 (2003), pp. 265-291; HALLSWORTH, Simon, “Rethinking the punitive turn. Economies of excess and the criminology of the other”, en *Punishment and Society*, Vol. 2, Nº 2 (2000), pp. 145-160; RODRÍGUEZ MESA, María José, “Las razones del derecho penal, modelos de fundamentación y legitimación”, cit., pp. 2-8.

configuración del poder punitivo, eficiente no solo para el control del delito sino también para el de la disidencia, logrando con ello un adecuado mecanismo de poder que permite proteger los más disímiles objetivos de carácter económico y político de las nacientes clases poderosas...²⁴³

La sociedad contemporánea o sociedad del riesgo, obsesionada por la **(in)seguridad y el (des)control**, se encamina cada vez más hacia la absoluta vigilancia de todas las personas, rompiendo al efecto y sin mayor preocupación, las barreras del poder punitivo, con la pretensión alcanzar los que considera sus objetivos:

“Este fenómeno se concreta en medidas que tienen a flexibilizar el derecho penal sustantivo... Pero también se concreta en la desformalización y flexibilización del derecho procesal penal, mediante el debilitamiento de las garantías básicas en aras de un eficientismo que termina por sacrificar los principios rectores del debido proceso. En resumen, hay tendencias actuales en materia de derecho penal (sustantivo e instrumental) que se expresan a través de una política criminal que busca transformar el derecho punitivo en ‘ultima ratio’ a ‘prima ratio’ o inclusive ‘única ratio’ del ordenamiento jurídico”.²⁴⁴

Para **GARLAND** la **“criminología del otro”** probablemente tiene explicación en que nos hemos convencido de que ciertos delincuentes no son

²⁴³ CHIRINO SÁNCHEZ, Alfredo, “El retorno a los delitos de peligro ¿Un camino posible hacia el derecho penal del enemigo?”, *cit.*, p. 159.

²⁴⁴ ARROYO GUTIÉRREZ, José Manuel y CHAN MORA, Gustavo, “Derecho penal y sociedades disciplinarias: el debilitamiento del principio de lesividad como tendencia del Derecho penal moderno”, en LLOBET RODRÍGUEZ, Javier y RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marco (compiladores), *Democracia, justicia y dignidad humana. Libro homenaje al profesor Walter Antillón Montealegre*, San José, Jurídica Continental, 2004, p. 18.

parte de la sociedad ni son dignos de la consideración que solemos proporcionarnos unos a otros, asumiendo una división social y cultural entre nosotros, las víctimas inocentes y ellos: los *pobres y peligrosos, los hediondos*²⁴⁵, *perversos, malvados* e *indignos (los “malhechores archimalvados”*²⁴⁶ o los nuevos *“monstruos contemporáneos”*²⁴⁷), esos que muestran su cara ejerciendo la violencia en forma continua, esos de cuyo control depende *“nuestra seguridad”* –la que denominamos cínicamente como la seguridad de todos- y por lo tanto esos que no merecen ninguna simpatía y de quienes debemos defendernos sin preocupación alguna por su bienestar ni posibilidades de rehabilitación, esos que sería mejor que terminen en la prisión y nunca retornen. Con esos no puede existir ningún tipo de comunicación y una vez apresados no deben causar mayor preocupación. Por lo visto se olvida que los otros también son personas y que lo que concierne a su libertad también debería concernir a la nuestra.²⁴⁸

Debemos ser conscientes de que esa criminología antimoderna y antiliberal del control no es una imposición unilateral y exclusiva de los responsables políticos como para poder reprochar únicamente a ellos su resultado, sino que surge en un contexto social, económico y cultural que

²⁴⁵ Así los denomina expresamente la legislación en Brasil a partir de 1990, al respecto, CALLEGARI y REINDOLFF DA MOTTA, “Estado y política criminal: la contaminación del derecho penal ordinario por el derecho penal del enemigo o la tercera velocidad del derecho penal”, *cit.*, p. 615.

²⁴⁶ CANCIO MELIÁ y FEIJOO SÁNCHEZ, “¿Prevenir riesgos o confirmar normas? Teoría funcional de la pena de Günther Jakobs”, *cit.*, p. 65.

²⁴⁷ HERRERA MORENO, Myriam, *Publicidad y control penal. Nuevas estrategias inocuizadoras en la post-modernidad penal*, Lima, Grijley, 2002, p. 69.

²⁴⁸ GARLAND, *La cultura del control... cit.*, pp. 297-301

demanda ese tratamiento²⁴⁹, sea que es producto de un *caldo de cultivo* generado en las relaciones estructurales entre el control del delito y el orden social propias de la sociedad contemporánea o del riesgo²⁵⁰: una economía cada vez más insegura que margina a sectores importantes de la población; una cultura altamente consumista y cada vez menos solidaria, una sociedad que lucha por crear relaciones de confianza entre extraños que tienen poco en común y un Estado “*soberano*” al que cada vez le resulta más difícil regular una sociedad de ciudadanos individualizados y grupos sociales diferenciados, con tasas de delitos que aumentan coexistiendo con bajos niveles de cohesión familiar. En definitiva una *superficie social y económica* que origina una alta preocupación por el control y un afán desmesurado por segregar, aislar y excluir:

“El carácter arriesgado e inseguro de las actuales relaciones socioeconómicas es la tierra en que florece nuestra preocupación enfática y egoísta por el control, así como la urgencia con que segregamos, fortificamos y excluimos. Este marco de circunstancias impulsa nuestros esfuerzos obsesivos por vigilar a los individuos peligrosos, aislar a los grupos de riesgo e imponer

²⁴⁹ En el mismo sentido, GÜNTHER, Klaus, “El desafío naturalista para el derecho penal de la culpabilidad”, en *Revista de la asociación de ciencias penales de Costa Rica*, N° 25 (2008), pp. 11-27; ROIG TORRES, Margarita, “Algunas reflexiones sobre la llamada expansión del Derecho punitivo. Una alusión a las últimas reformas del Código Penal”, en *Revista de derecho y proceso penal*, N° 11 (2004), pp. 227-250.

²⁵⁰ Una interesante comparación de la sociedad actual y el Derecho penal moderno con las obras literarias de Albert Camus –La Peste y el Estado de Sitio-, Franz Kafka –El proceso-, George Orwell -1984 y Aldous Huxley –Un Mundo Feliz- y el análisis de si nuestra realidad ya ha alcanzado o superado esas “*ficciones*”, en ARROYO GUTIÉRREZ, José Manuel y CHAN MORA, Gustavo, “Derecho penal y sociedades disciplinarias. El debilitamiento del principio de lesividad como tendencia del Derecho Penal Moderno”, *cit.*, pp. 11-13: “*La Peste: ¡Marcadlo! ¡Marcadlos a todos!... Aplastadles las bocas! ¡Amordazadles y enseñadles las palabras clave, hasta que ellos también repitan siempre lo mismo, hasta que se conviertan en los buenos ciudadanos que necesitamos!. (Albert Camus, El Estado de Sitio)...Como decíamos anteriormente, en la ‘ficción’ encontramos muchas veces los mejores retratos de las realidades, que se perfilan para el futuro, o que ya están siendo, en el presente*”

*controles sobre entornos abiertos y no regulados. Es la fuente de profundas formas de ansiedad que se expresan en la actual conciencia del delito, en la mercantilización de la seguridad y en un medio ambiente diseñado para dirigir el espacio y separar a la gente.*²⁵¹

Esta situación genera una fuente de ansiedades profundamente arraigadas²⁵² y produce una cultura reaccionaria que lejos de priorizar la libertad, la apertura, la tolerancia y la movilidad, lucha por acentuar el control, el encierro, la fijación y la condena:

“Las posibilidades de disfrutar continuamente de las libertades personales basadas en el mercado depende ahora del control estricto de los grupos excluidos a quienes no se cree capaces de disfrutar de estas libertades. En la medida que los delincuentes y los beneficiarios del welfare aparezcan como los ‘otros’ y como la fuente principal de su propia desgracia, ello da la oportunidad a las clases dominantes de imponer controles estrictos sin renunciar a sus libertades. En claro contraste con el control social solidario, en el que todos renuncian a algunas libertades personales para promover el bienestar colectivo, el individualismo de mercado es la libertad de algunos que implica la exclusión y el control estricto de otros. Cuando ejercitamos el control sobre los delincuentes, nos tomamos el trabajo de afirmar su supuesta libertad, su responsabilidad moral y su capacidad para haber actuado de otra manera. Las criminologías y presupuestos penales que se han vuelto influyentes en las décadas de 1980 y 1990 –criminologías de la elección y el control- son precisamente aquellas que se hacen eco de las

²⁵¹ GARLAND, David, “Lucha contra el crimen en Estados Unidos y Gran Bretaña”, en *Archipiélago*, N° 55 (2003), marzo-abril, p. 102.

²⁵² GARLAND, *La cultura del control...*, cit., pp. 314-315.

*pautas culturales e imperativos sociopolíticos actuales. Vivimos en un mundo social construido sobre los imperativos de la elección individual y la libertad personal. Las versiones criminológicas que dejan de lado la libre elección y acentúan los determinantes sociales carecen ahora del tipo de resonancia y atractivo ideológico que ejercieron durante el auge del Estado de bienestar. Aquellos enfoques que resaltan la elección racional y la capacidad de respuesta frente a premios y castigos de los delincuentes concuerdan perfectamente con el sentido común actual y con la moralidad individualista de nuestra cultura consumista. Los delincuentes deben ser considerados libres, racionales, capaces de elegir, porque es así como debemos vernos a nosotros mismos... el delito se considera un acto elegido libremente, una elección racional...'*²⁵³

Así se comprenden mejor las múltiples y conexas razones en medio de las que se produce el Derecho penal del enemigo y la reinención de la cárcel y su lógica absolutista dentro de las sociedades neoliberales, donde el encarcelamiento es una solución frente a la exclusión social y económica y sirve simultáneamente como un medio para la satisfacción expresiva de los sentimientos punitivos y un mecanismo para el manejo del riesgo y el confinamiento del peligro. De esta manera se controla la ansiedad social sin tener que enfrentar las causas sociales y económicas del delito. Una solución inmediata, fácil de implementar y prácticamente sin oposición política pues concuerda supuestamente con las ideas de *sentido común* y la *opinión pública* sobre las causas del delito y las culpas. Una solución que no altera las estructuras sociales y económicas ni la actual desigual distribución de la riqueza –por eso evidentemente le viene muy bien a algunos–, que permite la expansión del control y el dominio de las clases opulentas disminuyendo las libertades de

²⁵³ GARLAND, *La cultura del control...*, cit., pp.320-321.

los otros aunque en la práctica lo cierto es que la extensión del control social restringe la libertad de todos, situación que parece no importarle a nuestra “*sociedad alarmada*”:

“En el discurso de la seguridad moderno ya no habría limitaciones para las intervenciones del Estado, estas, antes bien, son presentadas al gran público como un adecuado trueque de libertades por seguridad. La asustada sociedad moderna da la bienvenida a estas políticas de reducción de derechos, en parte adormecida por la constante invasión propagandística que le convence de la inminencia de un peligro delictual en su vida, y de la necesidad de excluir y reprimir a aquellos que ponen en peligro la forma social de organización, lo cual, hoy por hoy, no es más que la sociedad de mercado en todas sus múltiples variables, la cual se eleva como el bien jurídico básico y más esencial que debe ser protegido por el derecho penal.”²⁵⁴

5.- La propuesta de Derecho penitenciario desde el Derecho penal del enemigo.

JAKOBS reconoce en el Derecho penal del enemigo una finalidad distinta a la del Derecho penal del ciudadano pues no procura la retribución por el mal causado ni la resocialización o reeducación del sujeto sino básicamente la *neutralización y sumisión del enemigo* -de la misma manera como en la historia el “*poderoso vencedor*” trata a su enemigo-:

²⁵⁴ CHIRINO SÁNCHEZ, Alfredo, “El retorno a los delitos de peligro. ¿Un camino posible hacia el derecho penal del enemigo?”, en LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, *Justicia Penal y Estado de derecho...*, cit., p. 159. Sobre la sociedad del miedo y sus demandas, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal...*, cit., pp. 20-33.

“La negación del carácter de pena o de castigo a las reacciones contra los enemigos está completamente afirmada en el discurso histórico de un modo casi igual al actual. Tales reacciones se identifican completamente con puros actos de hostilidad, de mera fuerza con el enemigo, los cuales de ningún modo se entienden como retributivos del hecho cometido ni persiguen fines de prevención general o de reeducación. Su finalidad se agota en la neutralización del peligro e inseguridad que representa el enemigo mediante su sometimiento por la fuerza, y por lo tanto, mediante su inocuización.”²⁵⁵

Esta finalidad particular, como anotamos al caracterizar el Derecho penal del enemigo, termina construyendo un régimen de ejecución de las sanciones impuestas al enemigo diferente al régimen penitenciario ordinario. Un régimen penitenciario de excepción que se caracteriza por el rechazo de la finalidad preventivo especial positiva de la pena, la limitación de la flexibilidad de la sanción, el fortalecimiento del encierro y la aplicación de penas, medidas de seguridad y nuevas soluciones como la custodia de seguridad. Como lo señala la doctrina:

“... aun cuando en la bibliografía no se hagan hasta ahora más que tímidas referencias, no deben perderse de vista determinadas regulaciones del Derecho Penitenciario que, sin duda, constituyen exponentes típicos del Derecho penal del enemigo. Entre ellas, cabe mencionar las que endurecen las condiciones de clasificación de los internos, que limitan los llamados

²⁵⁵ JAKOBS, Günther, “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en JAKOBS y CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo...*, cit. p. 81. GRACIA MARTÍN, *El horizonte del finalismo y...*, cit., 165.

beneficios penitenciarios, o que amplían los requisitos de la libertad condicional."²⁵⁶

Efectivamente son todavía tímidas y escasas las referencias doctrinales a un Derecho penitenciario del enemigo pero son muchas y evidentes las pruebas de su existencia en las diferentes legislaciones penales o penitenciarias y sus reformas, en las que se impone una especie de subsistema penitenciario²⁵⁷ que encarna intereses sociales diferentes, basado en nuevas formas de conocimiento que subordinan la finalidad rehabilitadora de la pena a objetivos directos de incapacitación y exclusión²⁵⁸. Un subsistema penitenciario que se decanta cada vez más hacia el encierro como mera custodia, construido como apunta CORNELIUS bajo el lema adaptado de: "*Ninguna libertad para los 'enemigos de la libertad'*"²⁵⁹. Un Derecho penitenciario que despersonaliza al sancionado y procura su bloqueo en protección de la colectividad.

²⁵⁶ GRACIA MARTÍN, Luis, *El horizonte del finalismo y...*, op.cit., p. 112. En el mismo sentido, CANCIO MELIÁ, Manuel, "De nuevo: ¿'Derecho penal' del enemigo?", en JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo...*, cit., p. 117. FARALDO CABANA, Patricia, "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", en FARALDO CABANA, *Nuevos retos del derecho...*, cit., pp. 299-340 y en el mismo texto, ACALE SÁNCHEZ, María, "Terrorismo, delincuencia organizada y sistema de penas", en FARALDO CABANA, *Nuevos retos del derecho...*, cit., pp. 341-380.

²⁵⁷ Así como se crean regímenes especiales o subsistemas de tutela especial en material probatoria, sustantiva y procesal, también los hay en la ejecución de la pena, enteros subsistemas de tutela integrada. Al respecto, DONINI, Masimo, "El derecho penal frente al enemigo", cit., pp. 34-35. Sobre esos subsistemas y las dudas de su constitucionalidad, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, "Los subsistemas penales en la política criminal de nuestro tiempo", en CAMPOS MORENO, Juan Carlos y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, *La generalización del derecho penal de excepción: tendencias legislativas*, *Estudios de Derecho Judicial*, Nº 128, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007, pp.195-226.

²⁵⁸ GARLAND, *La cultura del control...* cit., pp. 19-42.

²⁵⁹ CORNELIUS, Pritwitz, "¿Los enemigos nos rodean? Acerca de la limitada compatibilidad entre seguridad y libertad", en LLOBET RODRÍGUEZ, *Justicia penal y Estado de derecho. Homenaje a Francisco Castigo González*, San José de Costa Rica, Jurídica Continental, 2007, p. 103-120.

a) Subordinación de la prevención especial positiva y la neutralización del enemigo como finalidad de la pena.

Con el Derecho penal del enemigo la finalidad preventivo especial positiva de la pena sufre un serio revés porque se comprende la ejecución de la pena como un mecanismo de combate, necesario e idóneo para el control total “*del otro*” o su eliminación. Surge así un Derecho penitenciario diferente al ordinario, un Derecho penitenciario especial, paralelo y de excepción²⁶⁰. Este régimen lo comprendemos como consecuencia de un rumbo de la política criminal marcado por una “*ideología punitiva de la emergencia*” idolatrada por el *Derecho penal máximo* y de *peligrosidad*.²⁶¹

En la ejecución de la pena impuesta a los enemigos no se pretende su reinserción social o inclusión sino que por el contrario su exclusión total e incapacitación jurídica, física y hasta ideológica, al considerarse un sujeto incapaz de gestionar su propio riesgo o de garantizar su autogobierno responsable, por lo que se hace necesario neutralizarlo, encerrándose “... *por su*

²⁶⁰ FARALDO CABANA, Patricia. “Medidas preliminares durante la ejecución de condenas por terrorismo y delincuencia organizada: consolidación de un subsistema penitenciario de excepción”, en CANCIO MELIÁ y GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Derecho penal del enemigo...*, cit., Vº 1, pp. 756 - 798. En el mismo sentido, FLAVIO GÓMES, Luis y BIANCHINI, Alice, “Derecho penal del enemigo y los enemigos del derecho penal”, en CANCIO MELIÁ y GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Derecho penal del enemigo...*, cit., Vº 1, pp. 965-966 y FERREIRA DE ABREU, Francisco, “Resocialización o inocuización? Acerca del Derecho penal del enemigo en el contexto de la reforma penal venezolana”, en CANCIO MELIÁ y GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Derecho penal del enemigo...*, cit., Vº 1, p. 984.

²⁶¹ En el mismo sentido: “...se inauguraba la denominada cultura de la emergencia, que pronto anegaría distintos frentes: el ámbito legislativo sustantivo (a través del surgimiento de las denominadas leyes antiterroristas), la legislación procesal (permitiendo la incomunicación, escamoteando garantías o legalizando nuevas instituciones como el “arrepentido”), el incremento de las competencias policiales y la creación de jurisdicciones y tribunales especiales. Naturalmente –y como lo veremos enseguida-, esta irrupción de la emergencia produjo también consecuencias en el ámbito penitenciario”, (CESANO, *Derecho penitenciario...*, cit., pp. 38-39).

condición de ingobernable, portador de un riesgo no reconducible por las vías regulares de gestión."²⁶²

Para alcanzar su objetivo neutralizante o de inocuización debe obstaculizarse cualquier posibilidad de que el individuo retorne a la sociedad pues se requiere del encierro total para controlar y neutralizar su peligrosidad. "La inocuización, en su sentido más literal y clásico, consiste en hacer inofensivo al infractor, neutralizar su riesgo desvirtuando, definitiva o temporalmente, su capacidad criminal".²⁶³

Desde esa lógica se procura la disminución o la eliminación de los derechos y beneficios penitenciarios del enemigo, mejor aún si puede asegurar su aislamiento absoluto e indefinido, sin contacto siquiera con el resto de la población penal²⁶⁴.

El Derecho penal del enemigo construye un régimen penitenciario especial que considera al enemigo como un individuo peligroso al que atiende únicamente como un conjunto de nexos causantes generadores de peligro frente

²⁶² HERRERA MORENO, Myriam, *Publicidad y control penal...*, cit., p. 48. Señala la autora que con el tránsito de la resocialización a la inocuización los fines rehabilitadores pierden su protagonismo incluso su sentido cualitativo y el valor referencial, a tal grado que la rehabilitación y la reincidencia pierden su magnitud de validación pues las nuevas tendencias penológicas valoran la eficacia de la pena en función de su potencial inocuizante. Coincidimos con el planteamiento y probablemente esa sea la razón por la que efectivamente con el transcurso del tiempo las autoridades penitenciarias en la mayoría de países ya no cuentan con estadísticas de reincidencia y se preocupan más por las estadísticas de fugas y tasas de encierro.

²⁶³ POLAINO NAVARRETE, Miguel y POLAINO-ORTS, Miguel, "¿Medidas de seguridad inocuizadoras para delincuentes peligrosos? Discusiones sobre su discutida constitucionalidad y sobre su fundamento y clases de las medidas de seguridad", en *La ley. Actualidad penal*, N° 38, p. 912.

²⁶⁴ FLAVIO GÓMES, Luis y BIANCHINI, Alice, "Derecho penal del enemigo y los enemigos del Derecho penal", en CANCIO MELIÁ y GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Derecho penal del enemigo...*, cit., V° 1, p. 954 y SCHEERER, Sebastian, BÖHM, María Laura y VÍQUEZ, "Seis preguntas y cinco respuesta sobre el derecho penal del enemigo", en CANCIO MELIÁ y GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Derecho penal del enemigo...*, cit. V° 2, p. 931.

a los que el Estado debe intervenir mediante contra-factores de esa causalidad. Un Derecho que despersonaliza a “*potenciales delincuentes*” o como los denomina JAKOBS, retomando la expresión clásica, “*autores por tendencia*”²⁶⁵ ante el peligro que representan para la tranquilidad y la forma liberal de vida de la mayoría o la colectividad²⁶⁶. Un Derecho que rompe con el carácter comunicativo de las teorías de prevención especial positiva porque frente al enemigo no interesa un diálogo o intercambio sino solo el control y su exclusión. Un Derecho que no respeta “*al otro*” como persona y lo rechaza por considerarlo un individuo de alto riesgo para su seguridad. Un sistema de *inocuidación coactiva del peligroso criminal*²⁶⁷ que busca eliminar su actividad personal mediante un proceso de selección social artificial²⁶⁸ -prácticamente al mismo estilo que lo proponía VON LISZT para los *incorregibles*.²⁶⁹

Estamos ante un Derecho penitenciario justificado en necesidades de utilidad política más que jurídica, derivado en reformas propias de un Derecho de peligrosidad, caracterizado por una mayor rigurosidad en la ejecución de la

²⁶⁵ JAKOBS, Günther, *La pena estatal: significado y finalidad...*, cit., p. 172.

²⁶⁶ GÜNTHER, Klaus, “El desafío naturalista para el derecho penal de la culpabilidad”, cit., pp. 11-27.

²⁶⁷ La inocuidación y exclusión que se impone en la ejecución para algunos es realmente un tratamiento. CORNACCIA, Luigi, “La moderna hostis iudicatio entre norma y estado de excepción” en *Cuadernos de política criminal. Segunda época*, N° 94 (2008), pp. 415-456.

²⁶⁸ Sobre el Derecho penal del enemigo como una máquina de selectividad meramente simbólica, de la que escapan los realmente grandes y poderosos delincuentes y que absorbe básicamente a un gran número de pequeños delincuentes, APONTE, Alejandro, “De la guerra y la política: dinámica cotidiana del derecho penal del enemigo”, en BÖHM, María Laura y GUTIÉRREZ, Mariano (compiladores), *Políticas de seguridad. Peligros y desafíos para la criminología del nuevo siglo*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2007, pp. 73-75.

²⁶⁹ La pena como mera fuerza o directa coacción: “La pena es el secuestro del autor del delito, la inocuidación transitoria o permanente, la expulsión de la sociedad o, dentro de ésta, su internamiento. La pena se manifiesta aquí como una selección artificial de los individuos socialmente inidóneos” (VON LISZT, Franz, *La idea del fin en el Derecho penal: programa de la universidad de Marburgo*, 1882, Granada, Comares, 1995, p. 81).

sanción²⁷⁰ o medida de seguridad, donde se obstaculiza todas las posibilidades de reincorporación de los “*enemigos*” a la comunidad, prolongando su encierro hasta el último día que sea posible o más allá, restringiendo los avances dentro del régimen penitenciario y limitando su vida social y el disfrute de todo beneficio²⁷¹:

“Se propugna igualmente un decidido aprovechamiento de los efectos inocuidadores de la pena, a cuyo fin se ha de proceder a una generalización e incremento sustancial de las penas de prisión; su cumplimiento debe tener restringida al máximo la obtención de beneficios penitenciarios, para prevenir una reducción de su duración o un aligeramiento del régimen de cumplimiento. Simultáneamente se han de potenciar medidas sancionadoras específicamente destinadas a combatir la peligrosidad más allá de lo que pueda hacerlo la pena misma. Se propugna la revitalización de un derecho de medidas asegurativo para este tipo de delincuentes, con la vuelta a la acumulación y cumplimiento sucesivo de la pena y medida y la potencialización de los internamientos de seguridad antes y después del cumplimiento de la pena.”²⁷²

²⁷⁰ Sobre la mayor rigurosidad de la ejecución desde el Derecho penal del enemigo, DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, en BACIGALUPO, Silvina y CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal y política transnacional*, Barcelona, Atelier, 2005, pp. 270. Igualmente a SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª edición, Madrid, Civitas, 2001, p. 121, nota 294.

²⁷¹ Muchos de los proyectos legislativos para solventar la “inseguridad ciudadana” junto a un aumento de las penas y la tipificación de nuevas figuras delictivas proponen la reducción o restricción de beneficios penitenciarios. GILLAMONDEGUI, Luis Raúl, “Los discursos de emergencia y la tendencia hacia un derecho penal del enemigo”, *cit.*

²⁷² DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, en BACIGALUPO y CANCIO MELIÁ, *cit.*, pp. 267 - 268.

Esta modalidad de Derecho penitenciario singular y excepcional impone normalmente programas legales y administrativos que como consecuencia disminuyen la capacidad de toma de decisiones por parte de los técnicos y responsables penitenciarios porque en definitiva reducen las posibilidades de mutación o revisión discrecional de la condena. Como indica GARLAND citando a NILS CHRISTIE, se impone ahora un “*sistema de distribución del dolor más eficiente*”, con menos obstáculos entre el proceso público y la imposición de los castigos individuales, traduciéndose las demandas públicas en periodos de encierro o encarcelamiento más prolongados²⁷³.

b) Un trato particular para los enemigos: límites a la flexibilidad de la pena.

Para los “*enemigos*” se imponen penas más altas y su cumplimiento debe tener restringido al máximo las posibilidades de un beneficio o de aligeramiento de la condena²⁷⁴. Incluso se procura ahora la posibilidad de combatir a los enemigos más allá del cumplimiento de la pena con el desarrollo de un derecho de medidas de aseguramiento de cumplimiento sucesivo²⁷⁵, imponiéndose de esta forma incluso la prolongación indefinida del encierro.

Desde el Derecho del enemigo se diseña un subsistema interesado en neutralizar la peligrosidad del enemigo manteniéndolo fuera de la comunidad

²⁷³ GARLAND, *La cultura del control...*, cit., p. 283.

²⁷⁴ RIVERA BEIRAS, *Recorridos y posibles formas de la penalidad*, cit., p. 124.

²⁷⁵ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, en CANCIO MELIÁ, Manuel y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid, Edisofer, 2006, pp. 580-585.

el mayor tiempo posible y controlándole con posterioridad al cumplimiento de la sanción penal.

La inocuización absoluta²⁷⁶ del enemigo se pretende con el encierro pero también fuera de la prisión²⁷⁷. La propuesta no es solo neutralizar al sujeto con la pena sino que cuando su cumplimiento *íntegro y efectivo*—por no decir sin beneficios, sin tercer grado ni libertad condicional- no sea suficiente y no pueda prologarse la sanción en forma perpetua entonces se busca imponer una medida de seguridad indefinida o la posibilidad de asegurar el control del enemigo una vez que haya cumplido la pena mediante mecanismos como las leyes de notificación a la comunidad del egreso, domicilio y tipo de delito de los enemigos, su control por monitoreo electrónico —mejor si es vitalicio-, el registro de pedófilos, los bancos de ADN o ficheros de huellas genéticas²⁷⁸.

c) Fortalecimiento de la institución carcelaria y del encierro.

El surgimiento de este subsistema penitenciario diseñado para el enemigo ha renovado o transformado nuevamente la visión social de la cárcel o prisión, la que toma un nuevo giro después de sus continuos fracasos primero como penitenciaría, luego en su reinención como reformatorio y

²⁷⁶ CANCIO MELIÁ, “Seguridad ciudadana y derecho penal del enemigo”, *cit.*, pp. 55-62.

²⁷⁷ DIEZ RIPOLLÉS, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, en CANCIO MELIÁ y GÓMEZ-JARA DÍEZ, *cit.*, p. 590-585.

²⁷⁸ Cada vez se va desarrollando más este tipo de medidas al punto que en el catálogo de opciones que podemos encontrar sobre todo en Estados Unidos de América se llega utilizar hasta el uso de signos y marcas aplicadas al cuerpo del infractor o en sus bienes, como el uso de atuendos de determinado color, de camisetas acusatorias, pegatinas informativas, etc. Un serio análisis de esas medidas lo encontramos en MORENO HERRERA, Myriam, “El uso punitivo de la publicidad inocuizadora. Líneas comparadas de política criminal y naturaleza e implicaciones de derecho penal”, en *Cuadernos de política criminal*, N° 82 (2004), pp. 89-130.

posteriormente como centro correccional, centrándose hoy como el instrumento idóneo para la exclusión y la incapacitación²⁷⁹.

Desde la “*cultura del control*” y con el *Derecho penal del enemigo* la cárcel en el solo transcurso de unos años ha dejado de ser una entidad desacreditada, inservible y acabada para convertirse en una institución indispensable y fundamental para el orden social contemporáneo, al menos así en el imaginario social²⁸⁰.

Igualmente se produce un cambio en las actitudes sociales frente a la delincuencia pues las energías para lograr la inclusión social del delincuente se desplazan ahora para garantizar y exigir la exclusión social del enemigo y del que nos resulte diferente²⁸¹ o extraño.

En la actualidad, lejos de cárceles abiertas se exige centros de máxima seguridad²⁸², con lo que, en definitiva, se han fortalecido literal y

²⁷⁹ “...el terreno perdido por el pensamiento resocializador ha ido siendo conquistado por los defensores de la inocuización: si ‘nada da resultado’, si el tratamiento resocializador no garantiza la no reincidencia, entonces (éste parece ser el razonamiento imperante) todos los condenados son incorregibles: limitándose entonces a inocuizar al delincuente, a separarlo de la sociedad pues al menos el tiempo en el que esté en prisión no podrá delinquir. Destinemos los medios económicos no a mejorar los programas de tratamiento, sino a construir más y mayores prisiones. Y llenémoslas. En efecto, parece que en los últimos tiempos se ha revalorizado la función de custodia y control, de inocuización, que cumple la prisión, sobre todo con delincuentes proclives a la reincidencia. En el fondo, ésta era también la filosofía subyacente en el Proyecto de ley de extraños a la comunidad, que determinada el internamiento de asociales en los campos de concentración nazis...” (LÓPEZ PEREGRÍN, “Lucha contra la criminalidad mediante el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, cit., p. 14).

²⁸⁰ GARLAND, *La cultura del control...*, cit., p. 51.

²⁸¹ DÍEZ RIPOLLÉS, “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, cit., pp. 17-19.

²⁸² Sobre la multiplicación de los centros de super-máxima seguridad en Estados Unidos de Norteamérica, HERRERA MORENO, *Publicidad y control penal...*, cit., p. 58.

figurativamente los muros de la prisión, el elemento más importante y valorado de las cárceles contemporáneas²⁸³.

Sin duda el *giro punitivo* ha marcado el Derecho de ejecución penal, donde ahora es evidente la mayor severidad de las penas –más allá de lo que impondría un mero juicio retributivo- y la prolongación del encierro. Ya no interesa la resocialización ni el diálogo con el “*desviado*” sino su absoluto control. La *prisión reinventada*²⁸⁴ como medio de *contención incapacitante* o *mecanismo de eliminación*. La prisión bajo unos principios constitutivos y unas reglas operativas muy diferentes.²⁸⁵

d) Custodia de seguridad.

La custodia de seguridad es una de las estrategias utilizadas por el Estado para combatir a sus “**enemigos**” y para JAKOBS se justifica siempre que se trate de medidas post-delictivas²⁸⁶ tal y como funcionan actualmente en

²⁸³ GARLAND, *La cultura del control...*, cit., pp. 291-292.

²⁸⁴ Reinventada en el sentido de que ahora se expone directamente ese objetivo como finalidad de la pena y sin mayor tapujo o disimulo porque debe considerarse que desde la sociología jurídica se señala que en realidad la prisión, como toda institución compleja, tiene diversos objetivos y la prevención positiva será uno de ellos pero preponderante ha sido su función excluyente e incapacitante especialmente de los individuos más recalcitrantes, donde los efectos desocializadores de la prisión y la reincidencias no son una consecuencia deseada sino más bien un costo que se asume como necesario y que se tolera en función de alcanzar objetivos como la retribución, la incapacitación y la exclusión, al respecto, GARLAND, *Crimen y castigo en la modernidad tardía*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Unaveriana, 2007, pp. 193-194.

²⁸⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, FELIP i SABORIT, David, ROBLES PLANAS, Ricardo, PASTOR MUÑOZ, Nuria, “La ideología de la seguridad en la legislación penal española presente y futura”, en DA AGRA, Cándido, DOMÍNGUEZ, José Luis, GARCÍA AMADO, Juan Antonio, HEBBERECHT, Patrick y RECASENS, Amadeu (editores), *La seguridad en la sociedad del riesgo: un debate abierto*, Barcelona, Atelier, 2003, pp. 113-135.

²⁸⁶ JAKOBS, citado por FAKHOURI GÓMEZ, Yamila, “Primera sesión: ¿Derecho penal del enemigo? Informe de la discusión”, cit., p. 99.

Alemania y son válidas porque se trata de una institución jurídica vigente²⁸⁷ y porque el Estado tiene la obligación de brindar seguridad a sus ciudadanos neutralizando a quienes atenten contra el Estado al no brindar seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal -sea por la obligación estatal de controlar a los sujetos peligrosos-.

Para el Derecho penal del enemigo, frente al autor por tendencia se hace necesaria la intervención estatal para seguridad de todos, aunque la medida impuesta exceda la pena adecuada a la culpabilidad del sujeto.

El Derecho penal del enemigo previene hechos futuros y aunque las leyes de “lucha” o “combate” normalmente denominan como “pena” la consecuencia jurídica resultante realmente, lo cierto es que se trata de una custodia de seguridad anticipada²⁸⁸. De una u otra manera frente al enemigo lo primordial es su aseguramiento, ya sea a través de penas privativas de libertad, de la custodia de seguridad o de medidas de seguridad, todas suficientemente extensas para cumplir su objetivo²⁸⁹.

La custodia de seguridad no es más que la aplicación de medidas de seguridad a sujetos imputables²⁹⁰. En algunas ocasiones esta medida de

²⁸⁷ JAKOBS, “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, en JAKOBS y CANCIO MELIÁ, *cit.*, p. 33.

²⁸⁸ JAKOBS, “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, en JAKOBS y POLAINO NAVARRETE, *cit.*, p. 37; EL MISMO, “La pena estatal: significado y finalidad”, en JAKOBS, POLAINO NAVARRETE, y LÓPEZ BETANCOURT, *cit.*, pp. 51-60.

²⁸⁹ JAKOBS, ¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de su juricidad”, en CANCIO MELIÁ y FIJOO SÁNCHEZ, *cit.*, p. 56.

²⁹⁰ De hecho el autor cuando presenta su clasificación de la tipología de las medidas de seguridad, además de las medidas sustitutivas (para imputables) y las complementarias (aplicadas junto a la pena) hace referencia a expresa a medidas impuestas a imputables en lugar

internamiento sustituye a la pena en otras se aplica una vez cumplida la sanción penal y hasta tanto no se acredite la capacidad del sujeto de incorporarse a la comunidad sin riesgo²⁹¹. Cuando legalmente la sanción no pueda superar la pena adecuada a la culpabilidad y cumplida la sanción se requiere mantener bajo control al sujeto, es procedente la aplicación de la custodia de seguridad ya no en función de los hechos generadores de responsabilidad penal sino por su peligrosidad y al coartarse bajo esa manera su libertad se le despersonaliza jurídicamente –no es tratado como persona en Derecho-.²⁹²

Con la custodia de seguridad se pretende en aras de la seguridad comunitaria hacer inofensivo a los sujetos peligrosos e incorregibles (normalmente aplicadas a delincuentes sexuales peligrosos o reincidentes irresocializables)²⁹³ desvirtuando su capacidad criminal a través de un encierro prolongado y si es necesario hasta indefinido.²⁹⁴ A través de esta medida se priva de libertad a esos sujetos pero no a causa de su realidad personal

de la pena. JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, 2ª edición, Marcial Pons, 1997, pp. 38-42.

²⁹¹ GARCÍA ALBERO, Ramón, “Ejecución de penas en el proyecto de reforma. Estudios de un problema concreto: ¿qué hacer con los reos habituales o reincidentes en los que subsiste la peligrosidad criminal tras el licenciamiento definitivo?”, en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (director), *La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea la política criminal europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p. 132.

²⁹² JAKOBS, *La pena estatal: significado y finalidad...*, cit., pp. 172-173.

²⁹³ Señala POLAINO NAVARRETE que este tipo de medidas tienen un contenido altamente estigmatizante y resucitan las ideas de VON LISZT, produciéndose lo que SILVA SÁNCHEZ denomina “el retorno de la inocuización”, POLAINO NAVARRETE, Miguel, “La controvertida legitimación del derecho penal en las sociedades modernas: ¿mas derecho penal?”, en JAKOBS, Günther y POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El derecho penal ante las sociedades modernas. Dos discursos de dogmática penal y política criminal. Discursos de investidura como profesores honoris causa por la Universidad Autónoma de Tlaxcala (México)*, Lima, Grijley, 2006, pp. 102-103.

²⁹⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal. Parte general...*, cit., pp. 91.

desarrollada sino por sus presumibles hechos futuros y la despersonalización que se aplica “*se produce de modo puntual, exclusivamente en lo que se refiere al posible uso defectuoso de la libertad*”.²⁹⁵

Los ejemplos de este tipo de medida a sujetos imputables son usuales en Estados Unidos de América y se presentan también en el continente europeo, normalmente aplicadas con posterioridad al cumplimiento de la pena funcionando como una medida muchas veces indeterminada a la que se pone fin en el momento en que se acredite la resocialización del individuo –una vez que deje de ser un sujeto de riesgo-, así por ejemplo funciona en el Reino Unido, Alemania²⁹⁶, Suiza, Austria, Francia, Bélgica e Italia.²⁹⁷

²⁹⁵ JAKOBS, “La pena estatal: significado y finalidad”, en JAKOBS, POLAINO NAVARRETE y LÓPEZ BETANCOUR, *cit.*, p.55.

²⁹⁶ Una interesante exposición de cómo funciona la medida de custodia –*Sicherungsverwahrung* en Alemania –actualmente regulada en el artículo 66 del Código Penal-, su desarrollo y las modificaciones legales que ha tenido desde su incorporación al ordenamiento jurídico germano mediante la Ley contra delincuentes habituales peligrosos y sobre medidas de aseguramiento y corrección de 24 de diciembre de 1933, en CANO PAÑOS, Miguel Ángel, “El marco jurídico y criminológico de la custodia de seguridad (*Sicherungsverwahrung*) en el derecho penal alemán”, en *Cuadernos de política criminal*, N° 81 (2007), pp. 205-250. El autor describe con precisión los requisitos para la interposición de la medida y la evolución de la misma mediante reformas de 1953, 1969, 1998, 2002 y 2004, donde los presupuestos siempre han sido los mismos –propensión al delito y peligrosidad –y se ha ido modificando las limitaciones para su imposición, de tal manera que por ejemplo inicialmente la medida tenía un límite temporal de diez años, debía imponerse desde la sentencia declaratoria de responsabilidad penal y se requería la existencia de antecedentes penales mientras actualmente no tiene límite temporal y tratándose de privación de libertad de al menos cinco años no exige condena previa tratándose de delitos contra la vida, la integridad corporal, la libertad personal, la libertad sexual, robo grave o robo con resultado de muerte, incluso puede interponerse la medida aunque en la sentencia no se haya dispuesto siempre que se establezca al menos seis meses antes del cumplimiento de la sanción –reforma normativa esta última a la que valga señalar se dio aplicación retroactiva- .

²⁹⁷ Sobre este tipo de medidas en Norteamérica y en el continente europeo, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Política criminal y persona*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000, pp. 91-110. En el mismo sentido, EL MISMO, “El retorno de la inocuización: el caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos en derecho comparado”, en REDONDO, Santiago (coordinador), *Delincuencia sexual y sociedad*, Barcelona, Ariel, 2002, pp. 143-159. SANZ MORÁN, Ángel José, *Las medidas de corrección y de seguridad en el derecho penal*, Valladolid, Lex Nova, 2003, pp. 47-68. LÓPEZ PEREGRÍN, “Lucha contra la criminalidad mediante el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, *cit.*, pp. 1-20.

6.- Consideraciones críticas sobre el Derecho penal y penitenciario del enemigo.

La doctrina apunta una serie de críticas al planteamiento de JAKOBS por considerar que con el Derecho penal del enemigo se legitima una técnica o estrategia que rebasa los límites del Estado de Derecho.²⁹⁸ En concreto se hace diferentes planteamientos que tratamos de sintetizar a continuación.

a) Sobre el concepto de persona.

²⁹⁸ Son muchos los críticos de la validez o la legitimación del Derecho penal del enemigo en un Estado democrático y de derecho, al considerar que esa técnica constituye una excepción que cada vez parece más una regla y que menoscaba profundamente los principios básicos de la igualdad y la legalidad sustancial. Un retroceso que no tiene justificación y es más peligroso que el defecto que procura saldar. Así por ejemplo, GUDÍN RODRIGUEZ-MAGARIÑOS señala: *“La idea nuclear del nuevo Derecho penal del enemigo radica en despojar de la consideración de persona a los sujetos pasivos, sometidos a sus disposiciones. El ‘Derecho’ penal del enemigo, si existe, ni es Derecho ni puede convivir con el Derecho; el Derecho no puede cohabitar con la dominación irrazonada, el Derecho tiene vocación de generalidad lo que significa que puede ser justo o injusto, mas nunca es arbitrario. Ningunear la dignidad de la persona, aún bajo la excusa de que se trata de seres deleznable, nos avoca a entrar en un campo oscuro a la luz del Derecho”* (GUDÍN RODRÍGUEZ- MAGARIÑOS, Faustino, “El Derecho penal del enemigo y la military commissions act de 2006. ¿Réquien por las presuntas garantías de los terroristas? ”, en *Revista Arazandi de derecho y proceso penal*, Número 17 (2007), p. 12). En el mismo sentido puede consultarse las críticas de ALLER, *Co-responsabilidad social, sociedad del riesgo y derecho penal del enemigo...*, cit., pp. 163-242; BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, *Política criminal de la exclusión*, Granada, Comares, 2007, pp. 199-252; CANCIO MELIÁ, Manuel, “De nuevo: ¿‘Derecho penal’ del enemigo?”, en JAKOBS y CANCIO MELIÁ, cit., pp. 85-152; DEMETRIO CRESPO, Eduardo, “Del derecho penal liberal al derecho penal del enemigo”, en *Revista de derecho penal y criminología*, 2ª época, N° 14 (2004), pp. 87-115. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal*, cit.; DIEZ REPOLLÉS, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, en BACIGALUPO y CANCIO MELIÁ, cit., pp. 243-282; FEIJOO SÁNCHEZ, “El Derecho penal del enemigo y el Estado democrático de derecho”, cit., pp. 798 – 844; FERRAJOLI, “El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho”, cit., pp. 3-10; GRACIA MARTÍN, *El horizonte del finalismo y el...*, cit., pp. 1-254; GONZÁLEZ CUSSAC, “El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del estado de Derecho: la doctrina del derecho penal del enemigo”, cit., pp. 52-69; MANNA, Adelmo, “Erosión de las garantías individuales en nombre de la eficacia de la acción de lucha contra el terrorismo: la privacy”, cit., pp. 257-320; MUÑOZ CONDE, *De nuevo sobre el derecho penal del enemigo...*, cit., pp. 1-176; PRITTWITZ, “Derecho penal del enemigo: ¿análisis crítico o programa del derecho penal?”, cit., pp. 107-119; ZAFFARONI, *El enemigo en el Derecho Penal...*, cit., pp. 5-224.

La principal objeción a este modelo, como lo reconoce expresamente el propio JAKOBS²⁹⁹, cuestiona la diferencia entre persona y enemigo (no-persona).³⁰⁰

Coincidimos con la doctrina más crítica del pensamiento de JAKOBS al señalar que la condición o el “*estatus*” de persona no es un atributo disponible³⁰¹ ni una dádiva del Estado y debe ser reconocido a todo ser humano sin excepción³⁰².

No es admisible que este concepto sea objeto de concesión o negociación de las instancias sociales depositarias del poder, según sus propios criterios, ni siquiera siguiendo a la opinión pública o a una mayoría absoluta, ni aunque sea contra un grupo de sujetos o personas que renuncien a los principios básicos de nuestra organización social, porque la dignidad humana y los derechos fundamentales no son negociables ni disponibles y pertenecen a todo ser humano.³⁰³

El respeto a la calidad de persona de todo ser humano, su igualdad y dignidad es una idea que puede fundamentarse en diferentes razones: de

²⁹⁹ *Supra*, Cap. II, 2, b).

³⁰⁰ Esta discusión es clave en el debate de la materia, al respecto, GONZÁLEZ CUSSAC, “El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del Estado de Derecho: la doctrina del derecho penal enemigo”, *cit.*, p. 54.

³⁰¹ GÓMEZ MARTÍN, Víctor, “Libertad, seguridad y sociedad de riesgo”, en MIR PUIG, Santiago, GÓMEZ MARTÍN, Víctor y CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (directores), *La política criminal en Europa*, Barcelona, Atelier, 2004, pp. 59-90.

³⁰² CORNACCIA, Luigi, “La moderna hostis iudicatio entre norma y estado de excepción”, *cit.*, pp. 71-110. En el mismo sentido, HEINZ GÜSSEL, Karl, “Réplica del derecho penal del enemigo. Sobre seres humanos, individuos y personas del derecho”, en *Revista penal*, N° 20 (2007), pp. 89-100.

³⁰³ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, “Alternativas al Derecho penal del enemigo desde el Derecho penal del ciudadano”, *cit.*, p. 858.

Derecho natural, positivismo jurídico, ontológicas o históricas,³⁰⁴ pero sea cualquiera la que se adopte resulta indiscutiblemente que constituye un postulado básico e irrenunciable del Estado de Derecho y en esa medida constituyen una barrera estricta de toda política criminal que pretenda ser legítima.³⁰⁵

El estatus de persona no ha de ser una condición que se tenga que ganar o que se pueda perder pues ni siquiera el propio individuo puede disponer de ella³⁰⁶, por lo tanto desde el Derecho penal del Estado democrático no debe

³⁰⁴ “Es de rigor cuestionar la pretensión por dejar de lado la calidad de persona, ya que lo es todo individuo de la especie humana desde la concepción, con independencia de lo eventualmente despreciable y reprochable de sus posteriores actos, puesto que negar la condición de persona implicaría un retroceso en el reconocimiento jurídico de la dignidad y personalidad humana, obtenido mediante tanto sacrificio en la historia y consagrado en múltiples tratados y convenciones internacionales, así como en las respectivas legislaciones nacionales”, (ALLER, Germán, “El derecho penal del enemigo y la sociedad del conflicto”, en CANCIO MELIÁ, Manuel y GOMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coordinadores), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid, Edisofer, 2006, Vº 1, p. 90). Alcanza la misma conclusión, enfatizando en la indisponibilidad de la dignidad incluso para el propio individuo pero al amparo de razones ontológicas al considerar que se trata de una calidad inseparable del individuo, GRACIA MARTÍN, Luis, “Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del “derecho penal del enemigo”, en CANCIO MELIÁ, Manuel y GOMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coordinadores), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid, Edisofer, 2006, Vº 1, pp. 1077-1078. Para CANCIO MELIÁ: “O se es ciudadano o no se es, y en nuestro sistema constitucional –en lo que al Derecho penal se refiere-, la condición de ciudadano coincide con la de individuo mayor de edad e imputable perteneciente a la especie humana: dentro de este colectivo, es imposible establecer un status de ciudadano disminuido, parcial; al menos, sin regresara a posiciones anteriores a 1789”, CANCIO MELIÁ, “‘Derecho penal’ del enemigo: contexto político-criminal y concepto teórico. Algunas tesis sobre la construcción de Günther Jakobs”, *cit.*, p. 79.

³⁰⁵ GROSSO GARCÍA; Manuel Salvador, ¿Qué es u qué puede ser el ‘derecho penal del enemigo’. Una aproximación crítica al concepto”, en CANCIO MELIÁ, Manuel y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coordinadores), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid, Edisofer, 2006, Vº 2, p. 22.

³⁰⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, “El derecho penal del enemigo y el Estado democrático de derecho”, *cit.*, pp. 816-824. Para el autor cuando un sujeto no da seguridad cognitiva de su comportamiento eso puede condicionar el cumplimiento de la sanción penal o significar determinado tipo de medidas policiales cumplida la sanción, pero eso tiene que ver con la individualización de la ejecución y no con la justificación de la pena.

diferenciarse entre personas y no personas³⁰⁷. Esa diferencia debe ser rechazada pues *“colisiona con el contenido esencial del programa político criminal del Estado de Derecho”*.³⁰⁸

*“Si quien va a la cárcel, quien pierde derechos, quien sufre la coacción del Estado es el hombre empírico, el de la realidad, entonces no se puede cambiar el paradigma cuando se elabora la legislación o cuando éste es procesado y condenado. El concepto de persona (normativo) utilizado por Jakobs no puede prosperar, sobre todo porque viola flagrantemente la dignidad humana, reconocida en todas las constituciones modernas, que se orienta por el discurso de que el hombre es capaz de entendimiento, de hacer distinciones y elegir. La característica más marcada del hombre es su sociabilidad, que lo vincula a un patrón ético de convivencia. Ese hombre dotado de dignidad nunca puede ser considerado un no-persona. Esa construcción, por lo menos en los ordenamientos jurídicos regidos por el modelo constitucional y democrático de Derecho, es absolutamente inconstitucional”*³⁰⁹

³⁰⁷ AMBOS, Kai, “Derecho penal del enemigo”, en CANCIO MELIÁ, Manuel y GOMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coordinadores), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid, Edisofer, 2006, Vº 1, pp.143, 150-151; MODELELL GONZÁLEZ, Juan Luis, “El derecho penal del enemigo: evolución (¿o ambigüedades?) del concepto y su justificación”, en CANCIO MELIÁ, Manuel y GOMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coordinadores), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid, Edisofer, 2006, Vº 2, p. 333; NEUMAN, Ulfried, “Derecho penal del enemigo”, en CANCIO MELIÁ, Manuel y GOMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coordinadores), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid, Edisofer, 2006, Vº 2, pp. 408-409; SCHÜNEMANN, Bernard, “¿Derecho penal del enemigo? Crítica a las insostenibles tendencias erosivas en la realidad de la Administración de Justicia y de su insostenible desatención teórica”, en CANCIO MELIÁ, Manuel y GOMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coordinadores), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid, Edisofer, 2006, Vº 2, p. 984.

³⁰⁸ REYNA ALFARO, Luis, “Estado de derecho y orden jurídico-penal (A su vez, un estudio crítico sobre el Derecho penal de enemigos, de Günther Jakobs)”, en REYNA ALFARO, Luis y CUARESMA TERÁN, Sergio (directores), *Derecho penal y Estado de derecho. Reflexiones sobre la tensión entre riesgos y seguridad*, Buenos Aires, Euros editores, 2008, p. 216.

³⁰⁹ FLAVIO GÓMES, Luis y BIANCHINI, Alice, “Derecho penal del enemigo y los enemigos del derecho penal”, *cit.*, p. 969.

Despersonalizar a un individuo para proteger a una mayoría resulta una tesis insostenible desde la teoría de los derechos humanos porque atenta contra el valor universal de persona y el respeto a la dignidad humana, lo que significa una involución³¹⁰ y el desconocimiento de una doctrina que es vinculante al estar expresamente reconocida en declaraciones, convenios y tratados de derecho internacional así como en la mayoría de Constituciones Políticas³¹¹.

Desde la misma Declaración Universal de Derechos Humanos se establece el reconocimiento de la dignidad humana (artículo 1) y la igualdad de derechos (artículos 2 y 7) sin distinción alguna, así como el reconocimiento de la personalidad jurídica a todo ser humano (artículo 6), derechos que recoge también el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y reconoce como iguales e inalienables (preámbulo y artículo 16). De esta manera el

³¹⁰ En el mismo sentido, CANCIO MELIÁ, “‘Derecho penal’ del enemigo: contexto político-criminal y concepto teórico. Algunas tesis sobre la construcción de Günther Jakobs”, *cit.*, p. 79: “...-en lo que al Derecho penal se refiere-, la condición de ciudadano coincide con la de individuo mayor de edad e imputable perteneciente a la especie humana: dentro de este concepto, es imposible establecer un estatus de ciudadano disminuido, parcial; al menos, sin regresar a posiciones anteriores a 1789’.

³¹¹ Sobre el desarrollo histórico y las características de los derechos humanos: PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *La dignidad de la persona humana desde la filosofía del derecho*, Madrid, Dykinson, 2002; EL MISMO, *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2004; EL MISMO, *Curso de derechos fundamentales: teoría general*, Madrid, Universidad Carlos III, BOE, 1995; BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, *El discurso de los derechos. Del problema terminológico al problema conceptual*, Madrid, Dykinson, 1996; ASÍS ROIG, Rafael de, *Escritos sobre derechos humanos*, Lima, ARA editores, 2005; PACHECO, Máximo, *Los derechos fundamentales de la persona humana*, Chile, Universidad Andrés Bello, 1999. Más allá va GONZÁLEZ CUSSAC: “En mi opinión, el punto de partida del Derecho penal del enemigo, diferenciando entre personas y no-personas, entre ciudadanos y enemigos, es antes que nada, un regreso a la tribu, a la caverna y por lo tanto el fin del progreso de la humanidad. Supone un retroceso milenarismo en el mundo de las ideas, para llevarnos a la recuperación de las nociones de las culturas antiguas acerca “de los otros”, lo que no pertenecen a la tribu, a los que están fuera de la caverna. Nos propone un regreso a la noche de los tiempos, a construir dos sistemas: uno de reglas para los ciudadanos y otro precisamente para los enemigos, es decir, para los extraños, para los diferentes, para los que no son como nosotros, esto es, para los bárbaros, en su sentido original”, (GONZÁLEZ CUSSAC, “E renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del estado de Derecho: la doctrina del derecho penal del enemigo”, *cit.*, pp. 60-61).

reconocimiento de los derechos humanos como inherentes al ser humano e indisponibles incluso por la propia persona, choca frontalmente con la argumentación de JAKOBS al exigir al ciudadano un componente fáctico que, de no presentarse, le despersonaliza convirtiéndose en no-persona o bestia inteligente.

La calidad de persona y el respeto a la dignidad son propios de todo ser humano, con independencia de su comportamiento. Los derechos fundamentales se han incorporado a los ordenamientos jurídicos como producto de las ideas de la Ilustración y procesos revolucionarios, y son derechos que corresponden a todos.

*“... los derechos fundamentales, le corresponden al ser humano por naturaleza e independientemente de un otorgamiento por parte del Estado, tiene una tradición, que encontró su expresión en la Magna Carta Libertatum de 1215, la Constitución de los Estados Unidos de América de 1789 (y la Virginia Bill of Rights de 1776 como su antecesora), la Déclaration des droits de l’homme de 26 de agosto de 1789 y diez años antes de la Filosofía del Derecho de Hegel en el 16 del CC de Austria de 1811: ‘Es natural que cada ser humano tenga derechos desde su nacimiento, por lo cual debe ser considerada como una persona’. El derecho reconoce al ser humano de ‘manera declaratoria’ como persona, pero no la constituye como tal. El hecho que a las personas consideradas de esta forma se les otorgue derechos y deberes no es contradictorio a que se la considere como persona de derecho a raíz de sus derechos por nacimiento, independientemente de su reconocimiento”.*³¹²

³¹² HEINZ GÜSSEL, Karl, “Réplica del derecho penal del enemigo. Sobre seres humanos, individuos y personas del derecho”, *cit.*, p. 94.

El Estado de Derecho es legítimo en la medida que efectivamente sea respetuoso de los derechos fundamentales.

El respeto a la dignidad humana es un principio constitutivo y básico de ese Estado³¹³ y desde esa perspectiva no puede soportar la diferencia que expone JAKOBS entre persona y “*enemigo o bestia salvaje inteligente*” al contravenir su esencia misma, sus valores y postulados básicos.

b) Sobre la definición del enemigo y el efecto expansivo del régimen de excepción.

Para comenzar debemos señalar que el concepto de enemigo no es una categoría científica porque carece de rigor y se caracteriza por su alto grado de imprecisión³¹⁴ ya que en definitiva solo depende de la actitud que el legislador asuma hacia determinado grupo de personas³¹⁵, sea de su antojo.

³¹³ En el panorama del Estado de Derecho la dignidad humana alcanza un supremo nivel de protección, HERRERA MORENO, *Publicidad y control penal...*, *cit.*, p. 64.

³¹⁴ AMBOS, “Derecho penal del enemigo”, *cit.*, Vº 1, pp. 34-35.

³¹⁵ GROSSO GARCÍA, “¿Qué es y qué puede ser el ‘Derecho penal del enemigo?’”, *cit.*, p. 10. Para el autor si no es posible definir con precisión y claridad cuáles son los criterios para que pueda determinarse indubitablemente la existencia de un enemigo y cuándo determinadas conductas son indicativas de una amenaza constante y la definición queda sujeta a la voluntad y criterio de un grupo de sujetos, sin exigir una condición previa, entonces el “enemigo” no existe en el mundo sino que se crea según determinados intereses. En el mismo sentido otras autores señalan el problema de cuál es la instancia definidora: ¿quién decide quién es el enemigo?, se debe seguir un procedimiento al efecto?, y quien controla a esa instancia? ¿Qué pasa si de equivoca?, ¿podría alguien estar seguro de que nunca podría ser etiquetado como tal? En el mismo sentido, ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, “El llamado Derecho penal del enemigo. Especial referencia al Derecho penal económico”, en CANCIO MELIÁ, Manuel y GOMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coordinadores), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid, Edisofer, 2006, Vº 1, p. 24; APONTE, Alejandro, “Derecho penal del enemigo vrs. Derecho penal del ciudadano”, *cit.*, p. 177, Juan, “¿Un derecho procesal de enemigos?”, en CANCIO MELIÁ, Manuel y GOMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coordinadores), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid, Edisofer, 2006, Vº 1, pp. 461-462.

En la historia de la humanidad encontramos muchos ejemplos de enemigos o excluidos: un día fueron las brujas³¹⁶, luego los indígenas, también lo fueron los negros, los judíos, los gitanos, los “rojos” y los homosexuales³¹⁷. Hoy son los terroristas, los narcotraficantes, los ofensores sexuales, los reincidentes habituales, los multireincidentes y los migrantes.

POLAINO-ORTS señala que las normas del Derecho penal del enemigo deben analizarse sin tanto prejuicio y más realismo, sobre todo cuando han sido aprobadas en consolidados Estados democráticos y de Derecho como Alemania y España y gozan de una presunción *iuris tantum* y de una legitimación razonablemente fundada al haber sido emitidas por órganos legítimamente democráticos y corresponder al Tribunal Constitucional su control material.³¹⁸ Ese argumento de autoridad no lo compartimos porque resulta absurdo otorgar autoridad al Derecho penal del enemigo en función de los Estados propulsores. En efecto son normas formalmente válidas pero eso no justifica que desde la doctrina no pueda y deba realizarse un cuestionamiento de las mismas. Además, se olvida que el Estado de Derecho –cualquiera que sea y aunque se trate de Estados Unidos de América, Reino Unido, Alemania, Francia, Italia, España o Austria- no es sinónimo de legitimidad ni respeto de derechos

³¹⁶ Interesante recordar que algunos enemigos de ayer hoy son grandes héroes y un ejemplo está en la figura de *Juana de Arco* quien fue tildada de hereje y quemada en la hoguera donde hoy se levanta una capilla y se le rinde homenaje. Sobre el ejercicio del poder punitivo en la época de la Inquisición contra una mayoría de mujeres ancianas indefensas de la clase baja y la común identidad de los enemigos (pecador, brujo, hereje o delincuente) en la historia de la humanidad como personas que socialmente no detentan poder alguno, CRISAFULLI, Lucas, “Cuando el diablo mete cola”, en *Derecho penal online (revista electrónica de doctrina y jurisprudencia en línea)*, noviembre (2007), consultado el 13 de febrero del 2009, disponible en www.derechopenalonline.com

³¹⁷ DONINI, Massimo, “El derecho penal frente al enemigo”, *cit.*, p. 50.

³¹⁸ POLAINO-ORTS, *Derecho penal del enemigo...*, *cit.*, pp. 47-68.

fundamentales sino que es el efectivo respeto de esos derechos lo que otorga a esa organización política y a esos Estados un mayor o menor grado de legitimidad. Por otro lado, el hecho de que el control de constitucionalidad sea competencia exclusiva de un Tribunal determinado no impide su análisis desde la ciencia jurídica, sobre todo cuando la realidad enseña que desde las instancias del poder democrático –como de toda fuente de poder- se genera abusos y arbitrariedad y que los órganos de control son parte del mismo sistema y no siempre proceden con la celeridad ni la rigurosidad que se amerita.

JAKOBS describe este tipo de técnica legislativa sin brindar pautas que den certeza en la definición del enemigo ni sobre el órgano encargado de determinar quién es el enemigo ni cómo se determina esa calificación³¹⁹.

Para POLAINO-ORTS no es válida esta crítica porque considera que JAKOBS no es quien inventa y define al enemigo sino que únicamente detalla una realidad empírica, sin crear, proponer ni modificar nada, es decir que *“únicamente describe y designa con un nombre la existencia de dicha realidad”*³²⁰. Señala que es la propia dinámica democrática la que legitima las normas del Derecho penal del enemigo –al ser normas dictadas por el Estado social y de Derecho a través de la autoridad competente y soberana- y que es claro que el único competente para definir estados de peligrosidad, establecer los tipos delictivos y definir al enemigo, es el Parlamento y por lo tanto no es JAKOBS a quien debe exigirse precisión en la definición³²¹. De nuevo

³¹⁹ GONZÁLEZ CUSSAC, “El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del estado de Derecho: la doctrina del derecho penal del enemigo”, *cit.*, p. 65.

³²⁰ POLAINO-ORTS, *Derecho penal del enemigo...*, *cit.*, p. 171.

³²¹ POLAINO-ORTS, *Derecho penal del enemigo...*, *cit.*, p. 183.

discrepamos con este autor, en su intento de defensa del científico alemán, porque la validez formal que puedan tener las normas no genera validez sustancial o material a las mismas y porque en las diferentes realidades jurídicas tampoco está claro que sea solo el Parlamento o el Congreso el único que define al enemigo ni a través de qué procedimiento –mayoría calificada o simple por ejemplo-.

Además, el que el concepto de enemigo sea derivado de un proceso de observación no le da rigor científico y aunque es cierto que JAKOBS realiza un planteamiento descriptivo también legitima esa estrategia, calificándola incluso como necesaria en la sociedad contemporánea³²² con lo que termina justificando y promocionando un programa de política criminal diseñado para los enemigos. JAKOBS además de realizar una labor expositiva y descriptiva intenta sistematizar y caracterizar al Derecho penal del enemigo, calificándolo y valorándolo como eventualmente legítimo³²³ y desde el momento que hace esa afirmación –avalando esa técnica en el Estado de Derecho- consideramos que sí le es exigible una definición y mayor rigor en su planteamiento.

La sociedad contemporánea y JAKOBS³²⁴ inicialmente definen como enemigos a los terroristas, luego se incluye a la delincuencia organizada, posteriormente a los delincuentes sexuales y ahora se habla de reincidentes y multireincidentes, de delitos graves y delitos peligrosos. Parece entonces que el concepto de enemigo es una construcción jurídica abierta que se va ampliando al

³²² JAKOBS, “¿Derecho pena’ del enemigo?, Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en CANCIO MELIÁ y GÓMEZ JARA-DIEZ, *cit.*, pp. 97, 107.

³²³ JAKOBS, “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, en JAKOBS, y POLAINO NAVARRETE, *cit.*, p. 45.

³²⁴ JAKOBS, “La autocomposición de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”, *cit.*, p. 59.

antojo y sin mayor rigurosidad y de esa manera el Derecho penal del enemigo con el tiempo se va convirtiendo en la regla.

JAKOBS habla de un Derecho penal del enemigo como guerra refrenada para evitar la contaminación del Derecho penal del ciudadano pero consideramos que desde el momento en que se justifica un trato desigual y la despersonalización de un solo individuo la consecuencia parece no ser la contaminación del Derecho penal libertad sino su extinción y con esa guerra perdemos todos³²⁵.

El autor justifica este tipo de legislación señalando que son regulaciones excepcionales de exclusión, aplicadas de manera consciente e imprescindibles para la sociedad actual, indicando sí que no es idóneo su uso permanente³²⁶. Parece entonces que el autor no contempla toda el marco fáctico porque avala el uso de estas técnicas de exclusión pero las condiciona a un requerimiento que no se cumple en la realidad, donde los enemigos cada vez son más y las normas no se dictan con carácter transitorio sino que normalmente se mantienen vigentes. Cualquier observador de la historia puede rebatir esa transitoriedad:

“...este nuevo entramado normativo –al menos en sus orígenes- se presentó como un instrumento extraordinario que nacía para combatir un fenómeno especial del terrorismo, y que como tal sólo justificaría su vigencia durante

³²⁵ El mismo pronóstico hace CANCIO MELIÁ: “...no parece que el ‘Derecho penal’ del enemigo pueda actuar de válvula de escape que relaje la presión sobre las garantías jurídico-penales del Derecho penal ciudadano. De hecho, parece que el pronóstico más razonable es el contrario: que ambos no podrán convivir pacíficamente porque la presencia de una regulación en términos de Derecho penal del enemigo acaba extendiendo su lógica más allá del campo de regulación inicial, contaminando el Derecho penal en su conjunto”, (CANCIO MELIÁ, “‘Derecho penal’ del enemigo: contexto político-criminal y concepto teórico. Algunas tesis sobre la construcción de Günther Jakobs”, *cit.*, p. 86).

³²⁶ JAKOBS, Günther, “¿Derecho pena’ del enemigo?, Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en CANCIO MELIÁ y GÓMEZ JARA-DIEZ, p Vº 2, p. 97, 107.

*'el tiempo estrictamente necesario para aquel combate'. Empero, el examen de las orientaciones político-criminales de las tres décadas siguientes evidenció que la supuesta transitoriedad dejó paso a una estructura de permanencia.*³²⁷

Esa exigencia de transitoriedad no va a cumplirse nunca porque sólo la eliminación absoluta del enemigo justificaría la derogatoria del trato excepcional. Por otra parte, los enemigos cada vez son más y es ilusorio pensar en una futura sociedad hegemónica.

Este efecto expansivo y la no transitoriedad se evidencia también con claridad en materia de ejecución penal, donde se recurre a "*leyes de emergencia*" para asegurar mayor eficacia y atender la sensación de inseguridad del colectivo social, reduciendo cada vez más y a más sujetos, el disfrute de beneficios penitenciarios e incorporando a la fase de ejecución de la pena institutos que le resultan ajenos por ser propios de las fases anteriores, como por ejemplo la figura del arrepentimiento³²⁸. Como apunta CESANO:

"Entre los diversos aspectos del universo carcelario que se han visto trastocados por la irrupción de la emergencia, un lugar central siempre lo ha ocupado el relativo a la articulación de específicos regímenes penitenciarios. En efecto, paulatinamente se verifica una generalizada tendencia a restringir el disfrute de los llamados 'beneficios penitenciarios' (en rigor:

³²⁷ CESANO, *Derecho penitenciario...*, cit., pp. 39-40.

³²⁸ Sobre la normativa de los "arrepentidos" como un mecanismo a través del cual se invierte el carácter y los principios inspiradores de la legislación penal y su incorporación en las distintas fases del proceso penal ya no como una disposición premial ante una declaración espontánea sino como un acto de mero cálculo en función de obtener determinados beneficios (un torcimiento del Derecho que instrumentaliza al sujeto procurando su "cambio de bando", sea el Derecho utilizado como una arma de lucha política), RIVERA BEIRAS, *Recorridos y posibles formas de la penalidad...*, cit., pp. 117-119.

auténticos derechos); primero a reclusos condenados por delitos de terrorismo, luego a los sentenciados por su participación de formas de criminalidad organizada, más tarde a los penados por tráfico de drogas, después a quienes lo hubieran sido por delitos contra la libertad sexual, y así una espiral ascendente e infinita. Desde otro ángulo se ha procurado dar continuidad –ahora durante la fase de ejecución penal- a la posible colaboración de los arrepentidos, ‘quienes podrán volver al régimen general –normal y no excepcional- de cumplimiento, dependiendo de que se sustraiga o no a la disciplina de su grupo y colabore o no con la justicia.’”³²⁹

El propio JAKOBS reconoce y critica el carácter extensivo y contaminante que tiene la normativa contra el enemigo y nos da ejemplos concretos de esa situación en Alemania tanto a nivel de derecho sustantivo como procesal, donde excepciones que se establecieron inicialmente para atender el fenómeno del terrorismo han terminado alcanzando un carácter de norma general³³⁰.

Precisamente esta crítica es una de las más fuertes que se hacen al autor porque él con un supuesto afán meramente descriptivo ha terminado legitimando dentro del Estado de Derecho y en función de su protección, un régimen supuestamente excepcional que finalmente carcome las garantías y exigencias básicas y elementales del Derecho penal liberal que va transformándose en un instrumento de persecución y control desenfrenado. Y en ese proceso la doctrina a favor de esta estrategia tiene una cuota de responsabilidad al legitimar el uso de una técnica que en su construcción y desarrollo no tiene fundamento constitucional y es abiertamente imprecisa: una estrategia que desgarrar los cimientos básicos del Estado de Derecho al

³²⁹ CESANO, *Derecho penitenciario: aproximación a sus fundamentales...* cit., pp. 40-41.

³³⁰ JAKOBS, *La pena estatal: significado y finalidad...*, cit., pp. 176-177.

despersonalizar a un grupo de individuos y que no presenta el menor grado de precisión en la definición de los integrantes de ese grupo –nuestros enemigos-. Un mecanismo que termina utilizándose para controlar cualquier tipo de delincuencia³³¹ sobremanera los delitos de mayor impacto social o más visibles a la comunidad.³³²

c) Sobre el mito de una autoexclusión libre y racional del enemigo.

Para JAKOBS el Derecho penal del enemigo se justifica porque es el propio individuo quien libre y racionalmente se autoexcluye como persona y decide ponerse del otro lado y contra el Estado³³³.

La idea de la autoexclusión del enemigo refleja una concepción del delito que difiere de la que tradicionalmente sostienen las tesis correccionalistas y la

³³¹ El autor hace referencia a una serie de leyes de “*lucha*” que contienen sanciones denominadas como penas y a través de las cuales se pretende combatir: “...*la criminalidad económica, el terrorismo, el tráfico ilegal de drogas tóxicas otras formas de criminalidad organizada, los delitos sexuales e incluyéndolo todo, los hechos graves en general... individuos que en su actitud... se han apartado, probablemente, de modo permanente, pero, en todo caso, con cierta seriedad, del Derecho, dicho de otro modo: que no prestan la garantía cognitiva mínima que es imprescindible para ser tratado como persona en Derecho*”, (JAKOBS, *La pena estatal...*, cit., pp. 169-170). La lista de enemigos se va ampliando por el mismo JAKOBS adicionando los delitos peligrosos –aunque él mismo se cuestiona si no son peligrosos en realidad todos los delitos- y los crímenes, así en JAKOBS, “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, en JAKOBS y POLAINO NAVARRETE, cit., pp. 34-35.

³³² ITURRALDE, Manuel, “La sociología del castigo de David Garland: el control del crimen en las sociedades modernas tardías” –estudio preliminar-, en GARLAND, David, *Crimen y castigo en la modernidad tardía*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Unaveriana, 2007, p. 44.

³³³ JAKOBS, “Personalidad y exclusión en el Derecho penal”, cit., p. 90. La doctrina que sigue a JAKOBS también asume la elección racional de la conducta delictiva: “...*los ciudadanos son libres de adecuar su comportamiento a la norma jurídica o de rechazar el valor que ésta tiene como criterio rector de las relaciones sociales. Si se deciden por esto último, es decir, si se oponen decididamente al valor simbólico (como expresión que sentido) que tienen las normas, entonces no sólo se decide el sujeto por su autoexclusión voluntaria del sistema, sino que su propia despersonalización supone, ya, una grave alteración de las bases fundamentales del vivir comunitario: el del respeto a los demás conciudadanos como personas en Derecho*”, (POLAINO-ORTS, *Derecho penal del enemigo...*, cit., p.91).

teorías sociológicas que comprenden la transgresión penal como el producto de un conjunto de factores individuales, sociales, económicos y culturales. Definitivamente el Derecho penal del enemigo, como fruto de la sociedad contemporánea, se ampara en la teoría de la elección racional del comportamiento delictivo que revive un enfoque utilitarista y simplista de la conducta delictiva, a la que considera producto de un cálculo de beneficios y producto de una elección libre e individual, calificando a los delincuentes como oportunistas racionales, calculadores, sin escrúpulos ni principios morales, meros profesionales al margen de condiciones sociales.³³⁴ Individuos que racionalmente atentan contra la estabilidad y mantenimiento del Estado.

La situación es insostenible, con más razón cuando hoy los enemigos son tantos y de tan diversos tipos que difícilmente podría asumirse como algo general esa libre racionalidad.

Es difícil imaginar a un ofensor sexual que racionalmente utilice ese tipo de agresiones para combatir y destruir al Estado o en un traficante que se involucra en esa actividad con ese objetivo.

Incluso, es difícil señalar que todos los terroristas actúan libre y voluntariamente, al menos eso no es lo que se señala cuando se explica la forma *manipuladora* con que esas bandas logran captar seguidores a sus órdenes.

Por su parte, los delincuentes habituales o los multireincidentes, al menos tratándose de delitos contra la propiedad, en su mayoría son sujetos que carecen de apoyo familiar o institucional, sin educación y con problemas de

³³⁴ Sobre la teoría de la elección racional del delito en la sociedad actual, GARLAND, *La cultura del control...*, cit., pp. 216. En el mismo sentido, ITURRALDE, Manuel, "La sociología del castigo de David Garland: el control del crimen en las sociedades modernas tardías" cit., p. 45.

adicción a las drogas, sujetos que las circunstancias de la vida la mayoría de las veces y desde pequeños los ha arrastrado por un camino sin que el Estado haya hecho mayor esfuerzo por evitar esa “*corriente*”. Individuos que sencillamente practican lo que han aprendido en su “*escuela nacional del hambre, sin techo y sin abrigo*”.

Considerar por definición que todos los enemigos actúan por una decisión libre y racional es además objetable porque para comenzar por lo general no es el propio sujeto quien se declara enemigo o no persona sino que es decisión del legislador que cada vez suma más individuos dentro de esa clasificación y porque como señalamos, es innegable que normalmente la delincuencia se encuentra relacionada con factores individuales, sociales, culturales y económicos³³⁵ y solo por excepción se genera por principio –básicamente solo en los casos de violencia por razones políticas-.

d) Política criminal ineficaz e incremento de la sensación de inseguridad.

El Derecho penal del enemigo sobre todo con el endurecimiento de penas –penas perpetuas o montos de pena de tal envergadura que equivalen a una pena perpetua- y la reducción de beneficios penitenciarios- produce la sensación de que soluciona el problema de la “*inseguridad ciudadana*” pero en realidad sólo tranquiliza de momento el temor de la colectividad social y al no combatir las causas del delito como lógica consecuencia no reduce las tasas de

³³⁵ Al respecto cuestiona CHIRINO: “*Queda abierta la pregunta sobre la consideración de aquellos que están excluidos ‘forzosamente’ por las inequidades del mismo sistema social, y la cuestión se agrava, en tanto interrogante, si se piensa que muchas veces es de esos ‘excluidos’, de donde el sistema penal extrae su clientela más frecuente.*” (CHIRINO SÁNCHEZ, Alfredo, “El retorno a los delitos de peligro ¿Un camino posible hacia el derecho penal del enemigo?”, *cit.*, p. 154).

delincuencia, generándose una mayor sensación de inseguridad en el colectivo social.

Esta inoperancia del sistema genera una nueva “*ola de temor, terror, desconfianza y pánico*” en la población y entonces aumenta su exigencia de más represión y control –a mayor sensación de inseguridad se aumenta la exigencia de una mayor intervención³³⁶- y como respuesta se incrementa la dosis o se da un poco más de lo mismo y así se va produciendo un círculo vicioso donde el rigor punitivo se extiende y se va disminuyendo, cercenando y recortando los derechos de todos³³⁷, fortaleciendo de esa manera un Estado cada vez más autoritario, un Estado que parece retroceder en la historia acudiendo a *penas draconianas*³³⁸, a una *criminología arcaica* del hombre criminal³³⁹, a la *criminología del incorregible* o del otro, basada en el discurso del inconsciente colectivo, que promociona la *venganza* y el *encierro inhumano*, puro y duro, sin ningún objetivo más que controlar, bloquear y neutralizar al enemigo, al menos

³³⁶ ROBLES PLANAS, “‘Sexual predators’: estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad”, *cit.*, p. 12.

³³⁷ RODRÍGUEZ MESA, María José, “Las razones del derecho penal, modelos de fundamentación y legitimación”, *cit.*, pp. 2-8.

³³⁸ SÁENZ VALCÁRCEL, Ramón, “Juicio penal y excepción. ¿Una involución en el proceso de civilización?”, CAMPOS MORENO, Juan Carlos (director), *La generalización del derecho penal de excepción: tendencias legislativas, Estudios de Derecho Judicial 128*, Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial, Madrid, 2007, pp. 56-57.

³³⁹ GARLAND, *La cultura del control...*, *cit.*, pp. 228-229, 272-273. Para el autor este tipo de política criminal no es creación exclusiva de los políticos ni de los medios de comunicación sino que la sociedad tiene también su cuota de responsabilidad porque la estrategia del control del delito se construye sobre un patrón de rutinas sociales, de prácticas culturales y sensibilidades colectivas, sea sobre la experiencia colectiva y su nuevo nivel de consciencia sobre el delito. Sobre una “sociedad de extraños” abierta, móvil y porosa que procura una sociedad menos abierta y menos móvil, finando identidades, inmovilizando a ciertos individuos y hasta poniendo en cuarentena a sectores completos de la población. En definitiva, las nuevas estrategias jurídico-penales probablemente resultarían inconcebibles sin el campo social sobre el que emergen.

hasta cuando se produzca su conversión en amigo y entonces piense y actúe como nosotros.

Contra las evidencias científicas y empíricas de que el delito normalmente no sufre ningún impacto con el endurecimiento de las penas ni con un mayor uso del encierro³⁴⁰ la política criminal del control y el Derecho penal del enemigo siguen arrinconando al Derecho penal de la democracia³⁴¹. Y es que esta solución satisface las necesidades y los intereses de muchos: complace y tranquiliza a la colectividad, constituye un mecanismo fácil de “*anzuelo electoral*” y como tal permite alcanzar o perpetuarse en las instancias del poder, evita concentrar esfuerzos y recursos económicos en la efectiva solución de los problemas, no altera el *status quo* o las relaciones económico sociales, constituye un mecanismo de asegurar algún grado de cohesión social entre una mayoría y aumenta los poderes de dominación a través de un control discrecional más amplio contra todo aquel que se coloque al margen del proyecto de Estado. Como con precisión apunta PÉREZ CEPEDA:

“La opinión pública quiere ver resultados rápidos, y a ello los políticos reaccionan debilitando las garantías relativas a la seguridad jurídica e introduciendo medidas legislativas simbólicas. Esta es la tendencia en el campo de la criminalidad clásica, donde la cultura penal ha sabido transmitir su sentido de frustración al sistema social, que en este tema, hoy políticamente candente pone en escena a una política criminal puramente demostrativa, de estabilización social de las necesidades de seguridad a

³⁴⁰ Sobre la ineficacia del derecho penal para dar respuesta al conflicto social, CORIGLIANO, Mario, “Imágenes de (in)seguridad y control social. Visión desde la sociología jurídica” en *Derecho penal online (revista de doctrina y jurisprudencia en línea)*, julio (2008), consultado el 13 de febrero del 2009, disponible en www.derechopenalonline.com

³⁴¹ CHIRINO SÁNCHEZ, “El retorno a los delitos de peligro. ¿Un camino posible hacia el derecho penal del enemigo?”, *cit.*, p. 147.

través del aumento simbólico de los marcos de la pena y del endurecimiento del régimen penitenciario... Desde estos planteamientos, la gestión estatal de la inseguridad se caracteriza por la oferta de endurecimiento del control social como respuesta a la alarma social, que se manifiesta a través de reformas jurídicas y policiales de mayor corte represivo... Mediante la generación de alarma social se pretende delimitar a un supuesto enemigo y cumple una función de cohesión social, que tiene a ocultar o cuanto menos a rebajar la conflictividad derivada de todo un conjunto de otros factores de inseguridad social. Por tanto, el ajuste de la cohesión social, resulta funcional la construcción de enemigos internos, cuya identidad como sujetos sociales se ubique en el terreno confuso de la ilegalidad y de la criminalidad, y los configure como una categoría de riesgo, de modo que aparezcan como destinatarios privilegiados de las instancias de control social formal”³⁴²

Se sigue entonces imponiendo una línea de “*mano dura*” que extiende y expande los poderes policiales y el control como la solución inmediata y efectiva a los problemas de inseguridad,³⁴³ atendiendo las demandas de la opinión pública, ignorando los consejos y la opinión de expertos en el sistema penal y sin guardar racionalidad alguna con respecto al peligro real de la inseguridad sino observando y atendiendo únicamente su sensación en la población. Leyes que se diseñan bajo una visión simplificada de la realidad social y sin considerar las consecuencias reales de estas nuevas iniciativas legales. Normas que se imponen al margen de un proceso serio y reflexivo de los problemas sociales y la complejidad que les rodea. Leyes que no se dictan de

³⁴² PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, “El paradigma de la seguridad en la globalización: guerra, enemigos y orden penal”, en FARALDO CABANA, Patricia, PUENTE ABA, Luz María y SOUTO GARCÍA, Eva María (coordinadoras), *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 108-109.

³⁴³ GARLAND, *La cultura del control...*, cit., p. 223.

la mano de los “*grupos de expertos*” en materia penitenciaria sino de “*grupos de presión*” –expertos solo en presionar-³⁴⁴, que por su experiencia personal no son capaces de realizar un análisis objetivo y plenamente racional de la situación sino que más atienden sus necesidades emotivas.

Peor aún, con la estrategia del Derecho penal del enemigo no solo no se atenúan las tasas de delincuencia ni la ansiedad social³⁴⁵ sino que ese tipo de leyes podría tener un efecto contraproducente³⁴⁶ pues por ejemplo la exclusión de los terroristas y el trato irrespetuoso de su dignidad humana lejos de atemorizar a ese enemigo podría generar en él la confirmación de su reclamo de no pertenecer a la nación y ser diferente así como la necesidad de su lucha

³⁴⁴ Al respecto señala DIEZ RIPOLLÉS que esto se explica por el protagonismo de las víctimas del delito, quienes consolidados en sus posibilidades de éxito por la solidaridad que generan en el resto de la sociedad, vienen a sustituir a los grupos de expertos o técnicos, quienes eran un agente importante de la fase prelegislativa de las leyes. Se obstruye así cualquier posibilidad de una elaboración reflexiva de las normas, atendiendo ahora a una mediatización de la política criminal sin mayor ejercicio de racionalidad: “...el bloqueo emocional del análisis racional de la realidad...tales grupos están incapacitados para aceptar un discurso racional pleno, dado que sus integrantes, entre ellos los dirigentes o más implicados, buscan con sus propuestas superar el trauma emocional padecido como víctimas”, (DIEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales...*, cit., pp. 28-37).

³⁴⁵ Lo más grave de todo es que con estas respuestas se genera una especie de círculo vicioso donde cada vez todos somos menos libres pero no se soluciona el problema de la violencia. “.. es este ámbito se manifiesta una suerte de círculo autorreferencial, ya que la propia incapacidad de la fuerza pública (y privada) de seguridad para satisfacer las necesidades y las demandas ciudadanas –entre otras razones porque las incertidumbres de la población exceden por completo las cuestiones de la criminalidad-, refuerza aquellas demandas, y las alternativas presentadas por las instancias públicas. De este modo, la nueva cultura, colectivamente construida, del control social, aun a su pesar, contribuye no solo a gestionar, sino también a crear el miedo, el pánico moral ante el delito...”, (BRANDARIZ GARCÍA, *Política criminal de la exclusión...*, cit., p. 79). No podía esperarse más de leyes que se imponen en ausencia de estudios científicos y rigurosos, dictadas para complacer pero no para resolver.

³⁴⁶ Nos recuerda CANCIO MELIÁ que la experiencia muestra la poca eficacia de este tipo de leyes contra el terrorismo en otros países europeos, donde lejos de alcanzarse un efecto preventivo de los delitos incluso se han unido más militantes a ese tipo de organizaciones retrasándose su proceso de disolución. CANCIO MELIÁ, “‘Derecho penal’ del enemigo: contexto político-criminal y concepto teórico. Algunas tesis sobre la construcción de Günther Jakobs”, cit., p. 75.

armada³⁴⁷ procediendo incluso al uso de violencia en mayor grado pues cuando la sola pertenencia a la organización ya es motivo para un encierro prolongado proceder a la acción estratégicamente sería más efectivo y el costo prácticamente el mismo.³⁴⁸ Es cierto que este tipo de normas de excepción pueden tener un efecto en la movilización de la opinión pública contra el terrorismo pero al mismo tiempo generan un caldo de cultivo para el incremento del fanatismo³⁴⁹.

“No parece, sin embargo, que los terroristas, narcotraficantes o miembros de asociaciones mafiosas, a los que principalmente pretende dirigirse, se sientan especialmente amenazados por este Derecho penal especial sin garantías, ni por ningún otro. Puede ser que incluso les legitime en sus ataques al Estado el que éste ya de antemano los excluya y los califique como ‘no personas’³⁵⁰

El Derecho penal del enemigo podrá ser un mecanismo más eficaz en la persecución y administración del dolor –como lo ha sido en los Estados autoritarios-, pero *es irrespetuoso de los derechos fundamentales y no ha demostrado su utilidad para controlar el crecimiento de las tasas delictivas*. Poca seguridad nos podrá brindar si nos ponemos a pensar que en su trampa cualquiera está expuesto a caer porque la técnica se extiende y va abarcando a

³⁴⁷ En el mismo sentido, LÓPEZ PEREGRÍN, “Lucha contra la criminalidad mediante el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, *cit.*, p. 13.

³⁴⁸ Sobre la estrategia utilizada para combatir el terrorismo y sus secuelas, FERRAJOLI, Luigi, “Guerra, Terrorismo y Derecho”, en FERRAJOLI, Luigi, *Razones jurídicas del pacifismo*, Madrid, Trota, 2004, pp. 51-77.

³⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi, “El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho”, en *Jueces para la democracia*, N^o 57 (2006), p. 8.

³⁵⁰ MUÑOZ CONDE, *De nuevo sobre el derecho penal del enemigo...*, *cit.*, p. 81. En el mismo sentido, cuestionando el efecto preventivo de esta normativa contra grupos terroristas, CANCIO MELIÁ, “De nuevo: ¿‘Derecho penal’ del enemigo?”, en JAKOBS y CANCIO MELIÁ, *cit.*, pp. 124-125, nota 74.

nuevos enemigos, para lo que bastará con excitar a la opinión pública: inicialmente se justificó esa lucha para combatir a los terroristas, luego se suma a la criminalidad organizada, narcotráfico, ofensores sexuales, los multireincidentes y reincidentes habituales. Ahora parece que el dardo envenenado apunta hacia el fenómeno de la migración³⁵¹. Sin duda, cada vez es más fácil ser presa de la satanización del enemigo, bastando cualquier ruptura con los patrones estéticos, ideológicos, morales, sexuales o culturales de la sociedad³⁵². De esta manera este tipo de medidas, en realidad en lugar de integrar a la comunidad la va polarizando y genera mayores niveles de conflictividad y exclusión social.³⁵³

e) Marginación de la finalidad preventivo especial positiva de la pena.

El Derecho penal del enemigo utiliza la ejecución de la pena para neutralizar y controlar al enemigo hasta lograr su total rendición, desterrando prácticamente cualquier finalidad de prevención especial positiva y principios como el de proporcionalidad y humanidad de las penas. No interesa reinsertar o reincorporar al enemigo a la sociedad porque él mismo se ha excluido:

“Desde el punto de vista de las sanciones también es posible identificar tendencias hacia el derecho penal del enemigo. Esto sucede especialmente

³⁵¹ Al respecto consultar, FARALDO CABANA, Patricia, PUENTE ABA, Luz María y SOUTO GARCÍA, Eva María (coordinadoras), *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007; LAURENZO COPELLO, Patricia, *Inmigración y derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

³⁵² En ese sentido, ARROYO GUTIÉRREZ, José Manuel y CHAN MORA, Gustavo, “Derecho penal y sociedades disciplinarias: el debilitamiento del principio de lesividad como tendencia del derecho penal moderno”, *cit.*, p. 14.

³⁵³ BRANDARIZ GARCÍA, “Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas”, *cit.*, pp. 59-60.

porque un derecho penal del ciudadano, principios tales como el de humanidad de la pena y el de proporcionalidad exigen que los extremos de las penas estén fijados dentro de límites razonables que permitan alcanzar fines valiosos de carácter preventivo especial positivo para el sujeto. En un derecho penal del enemigo tal consideración ya no es indispensable. Por su enemistad con el derecho y la sociedad ya no será necesario concederle ningún tratamiento o resocialización. Su enemistad es de tal grado que la respuesta que haga el Estado podrá exceder cualquier límite'³⁵⁴

Las finalidades de resocialización o reeducación están reconocidas formalmente en los textos constitucionales y leyes vigentes, como un objetivo primordial de la privación de libertad y sobre ese carácter prioritario imponer otras finalidades completamente contrarias a la reinserción social resulta abiertamente ilegal.

Las mismas críticas que hicimos a FERRAJOLI por su renuncia a la flexibilidad y a la finalidad preventivo especial positiva de la pena, son aplicables al Derecho penal del enemigo³⁵⁵, aunque sus motivos o razones sean diferentes porque desde el garantismo la renuncia se produce en defensa de la libertad, sobretodo de la libre autodeterminación de la persona, en cambio el Derecho penal del enemigo renuncia a la resocialización por razones de seguridad al considerar que el enemigo es una fuente de peligro y definirlo o considerarlo apriorísticamente como un ser incorregible.

³⁵⁴ CHIRINO SÁNCHEZ, "El retorno a los delitos de peligro ¿Un camino posible hacia el derecho penal del enemigo?", *cit.*, p. 148.

³⁵⁵ *Supra*, Cap. I, 5, a).

El Derecho penal del enemigo procura asegurar con el encierro la neutralización y control del enemigo. Por esta razón obstaculiza la flexibilidad de la pena privativa de libertad restringiendo cualquier posibilidad de un retorno anticipado a la sociedad (se presume a los enemigos como sujetos de alta peligrosidad a los que por sus características y carácter incorregible no debe ofrecerse opciones de reinserción social).

El rechazo de la finalidad de reinserción social de la pena y de la flexibilidad no tiene ninguna base empírica ni científica, porque no está demostrado que exista seres humanos que nunca puedan cambiar por lo que la presunción de incorregibles sobre la que se fundamenta la restricción y rechazo legal de beneficios legales, no tiene asidero suficiente. Por el contrario, creemos que todo ser humano –en condiciones plenas de autodeterminación- puede cambiar su comportamiento y desarrollar un proyecto de vida al margen de la violencia y el delito. El Derecho penal del enemigo no acredita que los enemigos realmente sean incorregibles y la realidad empírica nos permite refutar esa presunción.

Los estudios científicos acreditan incluso, que contrario a como se proclama desde el Derecho penal del enemigo, los niveles de reincidencia de los “enemigos” que aceptan someterse a un proceso de atención técnica –tratamiento penitenciario- son mucho más bajo que el promedio de reincidencia general. Así por ejemplo en materia de delitos sexuales, la población tratada reincide aproximadamente en un veinte por ciento, mientras que el promedio general de reincidencia –considerando todas las tipologías- se calcula que ronda el cincuenta por ciento.³⁵⁶ Y en materia de terrorismo no existe un patrón de

³⁵⁶ REDONDO ILLESCAS, Santiago, “Delincuencia sexual: mitos y realidades”, en REDONDO ILLESCAS, Santiago (coordinador), *Delincuencia sexual y sociedad*, Barcelona, Ariel, 2002, pp. 35-52.

reincidencia. Por el contrario, las investigaciones que se han realizado en la materia apuntan lo contrario, tal y como concluye LLOBET ANGLÍ al señalar la inexistencia de sentencias condenatorias con el agravante de reincidencia en materia de terrorismo.³⁵⁷ Donde sí es innegable la alta tasa de reincidencia es en materia de delitos contra la propiedad pero es ridículo pretender tildar a estos delincuentes como enemigos que atentan contra el Estado de Derecho y donde si se presenta este alto porcentaje de reincidencia es porque la cárcel no termina atendiendo realmente las causas de esa delincuencia y en consecuencia, donde lejos de medidas de inocuización se necesita fortalecer los programas integrales de atención de esa población.

f) Comprensión inadmisibles de la prevención especial de la pena.

Tampoco compartimos la visión que tiene el Derecho penal del enemigo de los fines de la prevención especial positiva de la pena porque cuando da cabida a la misma –pareciera más por necesidad estratégica que por principio-, lo hace bajo la concepción de alcanzar la transformación de la personalidad del individuo y el cambio de sus creencias y valores.

Para el enemigo los beneficios penitenciarios o su egreso de prisión se facilitan únicamente bajo su total rendición, exigiéndosele normalmente declaraciones de arrepentimiento absoluto y del repudio de sus actividades. A veces incluso el colaborar en la aprehensión de otros autores de delitos como el suyo, con lo que evidentemente se procura coaccionar y presionar al sujeto, en

³⁵⁷ LLOBET ANGLÍ, Mariona, “La ficticia realidad modificada por la ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas y sus perversas consecuencias”, en *InDret*, 1/2007, p.23, disponible en www.indret.com.

contra de la libertad ideológica y el derecho a la libre autodeterminación de cada uno.

Las condiciones bajo las que mínimamente se brinda un eventual espacio de libertad al enemigo nos permite confirmar que el Derecho penal del enemigo pretende no solo el encierro y aislamiento del sujeto sino también su inocuización ideológica. De ordinario se renuncia a la flexibilidad de la pena y se obstaculiza la procedencia de los beneficios penitenciarios, con lo que el Estado se muestra frente al enemigo con nada que ofrecer y sin otra salida más que el encierro por uno periodo de tiempo que muchas veces equivale a una pena perpetua. En definitiva un Derecho penitenciario que lejos de inspirarse en los valores del Estado de bienestar social, el carácter humanitario, la solidaridad, la transparencia, la inclusión y la confianza en el ser humano, busca la exclusión, el aislamiento, el estigma y la humillación de sus adversarios, situación que desnaturaliza al Estado democrático al lesionar la dignidad humana y las garantías penales.³⁵⁸

La sociedad contemporánea una vez capturado el enemigo quiere su encierro por el mayor tiempo posible porque desconfía de él. Por esa razón obstaculiza cualquier posibilidad de reinserción anticipada y si se deja abierto algún espacio exige un cambio en los valores y creencias del sujeto, en otras palabras la transformación del individuo –algo inadmisibles en un verdadero Estado de Derecho-.

Esta sociedad aterrorizada parece que sospecha de todo y todos, tanto que hasta opta por reducir las facultades del juez –restringiendo la procedencia

³⁵⁸ RAMOS VÁSQUEZ, José Antonio, "Símbolos y enemigos: algunas reflexiones acerca de la nueva lucha antiterrorista", en PEREZ ÁLVAREZ, Fernando (editor), *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, Universidad de Salamanca, 2004, pp. 1443-1445.

de determinados beneficios u obstaculizando su aplicación a través de la fijación de periodos de seguridad o el establecimiento de reglas o requisitos especiales³⁵⁹.

g) Retorno a un Derecho penal de la peligrosidad.

La doctrina apunta que el Derecho penal del enemigo es el producto de la fusión de políticas criminales actuales como el Neopunitivismo y el Derecho penal simbólico³⁶⁰. En esa observación coincidimos porque si analizamos las leyes de “lucha” o “combate” a través de las cuales se castiga a los enemigos se observa la “*mano dura*” en su máxima dimensión con la idea de dar respuesta inmediata a los sentimientos de ansiedad social³⁶¹ dando la imagen de que se combate la delincuencia al mismo tiempo que se identifica a determinados

³⁵⁹ La sociedad contemporánea del control parece efectivamente confiar y tolerar cada vez menos: “*Controles espaciales, situacionales, de gestión, de sistema, controles sociales, autocontroles: en un entorno social tras otro encontramos ahora la imposición de regímenes más intensivos de regulación, inspección y vigilancia, y de esta forma nuestra cultura cívica se hace cada vez menos tolerante y receptiva, cada vez menos dispuesta a confiar. Después de un largo proceso de expansión de la libertad individual y descenso de las limitaciones socioculturales, el control se reafirma en cualquier área de la vida social –con la excepción singular y espantosa de la economía, de cuyo entorno desregulado surge día a día la mayoría de los actuales riesgos*”, (GARLAND, David, “Lucha contra el crimen y modernidad tardía en Estados Unidos y Gran Bretaña”, en *Archipiélago*, 55 (2003), marzo-abril, p. 103).

³⁶⁰ *Supra.*, Cap. II, 3, a). Así por ejemplo BUENO ARÚS nos indica que el Derecho penal del enemigo es un Derecho “expansivo y simbólico, fundamentado en la idea de peligrosidad social y orientado hacia la defensa social frente a quien hay que impedir que mediante la coacción que destruya el ordenamiento jurídico”, BUENO ARÚS, Francisco, “Las reformas de las leyes penitenciarias en España a la luz de los fines del derecho”, en JORGE BARREIRO, Agustín (coordinador), *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra, Arazandi, 2005, p. 178.

³⁶¹ Para GARLAND la política criminal contemporánea se caracteriza fundamentalmente por procurar una justicia expresiva más que orientarse al mero punitivismo y en consecuencia para el autor la estrategia penal preferida continuará siendo la segregación punitiva mediante largas condenas en prisiones austeras y el etiquetamiento de los privados de libertad durante y con posterioridad al cumplimiento de la sanción a través de sistemas de monitoreo y control. (GARLAND, *Crimen y castigo en la modernidad tardía...*, cit., pp. 211-216).

sujetos como individuos ajenos, extraños y diferentes al resto, fortaleciendo de esta manera la marginación de un sector social minoritario y cohesión de una mayoría.

Efectivamente es fácil identificar en estas leyes la presencia de elementos característicos del Neopunitivismo y del Derecho penal simbólico³⁶² solo que aplicados en su máxima dimensión y en esa medida todas las críticas que se pueda realizar a esas políticas las arrastra también el Derecho penal del enemigo, con el agravante de que se aplican contra determinados sujetos calificados como peligrosos –o más bien sospechosos de peligro- generándose una evidente desigualdad y el resurgimiento de un claro *Derecho penal de autor* que persigue a los sujetos más por lo que parecen ser que por lo que hacen y en esa medida ajeno a la determinación de la responsabilidad penal en función de la culpabilidad y por lo tanto, un Derecho que se sale de las *reglas de juego* del Derecho penal en un Estado de Derecho³⁶³ porque bajo este modelo socio político el Derecho no puede prohibir ni exigir actitudes ni “ordenar que se piense o sea de una determinada manera, ni que se adopten o desechen determinadas actitudes internas”³⁶⁴.

Para POLAINO-ORTS la presencia de elementos de Derecho penal de autor en el Derecho penal del enemigo es irrefutable³⁶⁵ sin embargo no

³⁶² Sobre el Derecho penal simbólico, DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, en *Actualidad Penal*, N° 1 (2001), doctrina, pp. 1-22.

³⁶³ En el mismo sentido nos señala CANCIO MELIÁ que el unilateralismo preventivista del Derecho penal del enemigo rompe el esquema del Derecho penal y lo transforma en algo distinto, CANCIO MELIÁ, “‘Derecho penal’ del enemigo: contexto político-criminal y concepto teórico. Algunas tesis sobre la construcción de Günther Jakobs”, *cit.*, pp. 66-67.

³⁶⁴ DOPICO GÓMEZ ALLER, Jacobo, *Omisión e injerencia en derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 196.

³⁶⁵ POLAINO-ORTS, *Derecho penal del enemigo...*, *cit.*, p. 189.

considera esta situación como una crítica válida porque todo el Derecho penal presenta signos o rasgos de un Derecho penal de autor y eso no lo descalifica como un todo, y si bien en la historia se han dado abusos con la aplicación de los tipos de autor ahora de lo que se trata es de su uso en sociedades democráticas consolidadas y como un instrumento inevitable y necesario para adecuar las sanciones penales a la personalidad del sujeto³⁶⁶. Considera que en todo caso siempre la reacción penal termina valorando la personalidad del sujeto y que *“los criterios de Derecho penal de ‘autor’ pueden desempeñar un papel de moderación o ajuste en la Dogmática actual, como lo hace por ejemplo, en el sistema de medición de la pena o en de las medidas de seguridad, sin que por ello devengan ipso facto ilegítimos ni autoritarios”*³⁶⁷.

Sobre esta defensa del Derecho penal de autor debemos señalar que en efecto es innegable la presencia de rasgos de un Derecho penal de autor en el Derecho penal liberal, sin embargo, eso no justifica el desarrollo, desde el Derecho penal moderno, de una persecución punitiva basada de manera fundamental en la sospecha y factores de riesgo. Efectivamente se presentan en el Derecho penal elementos propios de un Derecho penal de autor pero eso no justifica su defensa para su uso más generalizado sino que por el contrario ese defecto debe ser reducido en su mayor grado. Compartimos la opinión de que efectivamente las medidas de seguridad son mero Derecho penal de autor y que aunque se les otorgue un contenido resocializador tienen una finalidad altamente neutralizadora pero precisamente por esa razón la situación de personas inimputables debería atenderse desde un contexto ajeno al jurídico penal.

³⁶⁶ Su defensa del Derecho penal de autor en POLAINO-ORTS, *Derecho penal del enemigo...*, cit., pp. 188-196.

³⁶⁷ POLAINO-ORTS, *Derecho penal del enemigo...*, cit., p. 186.

Con el Derecho penal del enemigo se produce el retorno de la inocuización y la reconstrucción de un Derecho de la peligrosidad hasta extremos que hace algunos años parecían impensables, todo en función de la absolutización de la seguridad como objetivo de la política criminal contemporánea³⁶⁸. Ahora no solo se pretende camuflar el Derecho penal de peligrosidad con la imposición de una pena, que en principio debería medirse por la culpabilidad y el hecho cometido sino que, como el disfraz –porque en muchas ocasiones son verdaderas medidas de seguridad impuestas a sujetos imputables- del Derecho penal liberal y la sanción penal no alcanza ni resulta suficiente para asegurar la absoluta neutralización del enemigo, entonces se propone su control post penitenciario, en algunos casos mediante una medida de seguridad que prolonga por un tiempo el encierro, en otros mediante un encierro indefinido³⁶⁹ o a través de la aplicación de sanciones accesorias producido el egreso. En todos los casos, como reacción a una supuesta *predisposición al crimen* –mero Derecho penal de autor- lo que le otorga esas medias una naturaleza pre delictual e implica un castigo adicional.³⁷⁰

³⁶⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Política criminal y persona, *cit.*, p.106; HERRERA MORENO, “El uso punitivo de la publicidad inocuizadora. Líneas comparadas de política criminal y naturaleza e implicaciones de derecho penal”, *cit.*, pp. 89-130.

³⁶⁹ El encierro bajo una función meramente custodial y sin límite de proporcionalidad, LÓPEZ PEREGRÍN, “Lucha contra la criminalidad mediante el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, en *Revista española de investigación criminológica, cit.*, p. 14.

³⁷⁰ HERRERA MORENO, *Publicidad y control penal...*, *cit.*, p. 134; VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada, “La reforma del régimen de la accesoriedad penal. Especial referencia al proyecto de ley orgánica de reforma del Código Penal de 2007”, en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (director), *La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 187-214. Sobre la aplicación de este tipo de medidas en el contexto internacional y la necesidad de ajustar las mismas a los límites y principios del Estado de Derecho, GARCÍA ALBERO, Ramón, “Ejecución de penas en el proyecto de reforma. Estudio de un problema concreto: ¿Qué hacer con los reos habituales o reincidentes en los que subsiste la peligrosidad criminal tras el licenciamiento definitivo?”, *cit.*, pp. 127-140.

Cuando la detención perpetua –ya sea como pena, como medida o custodia de seguridad- no es posible entonces se propone el seguimiento, control y monitoreo del sujeto egresado de prisión. Como opción se aplica medidas como la notificación del egreso y domicilio del individuo a ciertas autoridades administrativas o a la comunidad entera; o mediante los registros públicos y disponibles por internet, el uso de ropa que identifique al sujeto como peligroso o de pegatinas. Todo en busca de controlar hasta el más mínimo riesgo, asegurar la *“aniquilación social”*³⁷¹ del enemigo y buscando la absolutización de la seguridad:

*“El gráficamente denominado Derecho penal de enemigos encuentra, pues, en recursos como el aquí estudiado, el más servicial instrumento esgrimido sobre una sociedad de susurro y sospecha, de alerta roja e intolerancia activa, que se espía recíprocamente entre visillo, y, en suma, es invitada oficialmente a sacrificar sus libertades en aras de la máxima seguridad y tranquilidad ciudadana”*³⁷²

En definitiva, el Derecho penitenciario desde el ángulo del Derecho penal del enemigo, sufre un giro hacia a la inocuización, la revancha y la estigmatización³⁷³. Ya no se miran los hechos sino *caras* y no se invita a la resocialización sino que se recurre *a la humillación para la exclusión social*

³⁷¹ HERRERA MORENO, *Publicidad y control penal...*, cit., p. 73.

³⁷² HERRERA MORENO, “El uso punitivo de la publicidad inocuizadora. Líneas comparadas de política criminal y naturaleza e implicaciones de derecho penal”, cit., p. 129.

³⁷³ “En el complejo welfare-penal, el estigma era considerado un aspecto dañino e innecesario de la justicia penal. Estigmatizar a un delincuente podía resultar contraproducente ya que disminuía su autoestima y sus prospectivas de reintegración... Hoy el estigma ha vuelto a ser útil. Doblemente útil, en realidad, ya que el estigma público puede, simultáneamente, castigar al delincuente por su delito y alertar a la comunidad de su peligro... Ya sea porque se busca lograr un efectivo punitivo o la protección del público –o ambas cosas-, la estigmatización deliberada del delincuente es una vez más parte del repertorio penal oficial”, (GARLAND, *La cultura del control...*, cit., p. 296).

permanente de quien cumple o ya ha cumplido una condena, generando este tipo de medidas una *llamada al odio, a la segregación, a la venganza*³⁷⁴ y otras reacciones informales³⁷⁵. La mayoría de las medidas de seguridad accesorias son degradantes y fortalecen la exclusión del sujeto –identificándolo como parte de una subcultura criminal³⁷⁶- y su propia identidad como un criminal de alto riesgo, impulsivo e incontrolable, lo que podría tener un efecto contraproducente.³⁷⁷

Es muy cuestionable en todo caso la efectividad de este tipo de medidas porque difícilmente podrán contribuir a producir una sensación de mayor seguridad. Por el contrario, es más predecible que favorezcan una sobredimensión de la sensación de inseguridad y genere sentimientos de impotencia. Pensemos por un momento en el padre de familia que recibe una notificación informándole que su vecino es un ofensor sexual: difícilmente este ciudadano volverá a dormir tranquilo, entrará en pánico y enfermará de estrés,

³⁷⁴ Recordemos que con la génesis y el desarrollo del Derecho y las sanciones penales el Estado monopoliza el ejercicio del poder punitivo en sustitución de las manifestaciones de venganza, así en FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., pp. 333.

³⁷⁵ Sobre el carácter degradante y contrario a la dignidad humana de las típicas medidas de custodia o seguridad impuestas actualmente, PÉREZ TRIVIÑO, José Luis, “El renacimiento de los castigos avergonzantes”, en *Isonomía*, N° 15 (2001), pp. 193-210, disponible en www.cervantesvital.com. En el mismo sentido, EL MISMO, “Penas y vergüenza”, en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo III (2003), pp. 342-360.

³⁷⁶ HERRERA MORENO, “El uso punitivo de la publicidad inocuizadora. Líneas comparadas de política criminal y naturaleza e implicaciones de derecho penal”, cit., pp. 96-97, 110-111; EL MISMO, *Publicidad y control penal...*, cit., pp. 27-154.

³⁷⁷ “El individuo públicamente degradado no se encuentra en condiciones particularmente idóneas para estimar los valores de esa sociedad que le humilla y rechaza. Pero el efecto aislacionista no sólo termina traicionando los ideales preventivos-generales reinsertadores, si no, pone en peligro la eficacia del propio fin preventivo-especial negativo: ante la exposición pública de información estigmatizante, las expectativas sociales alcanzadas en torno al demonizado van a surtir los funestos efectos de un autocumplimiento de profesía. El fiesto, como observaremos, termina por catalizarse, precisamente, a través de técnicas diseñadas, en principio, para su neutralización” (HERRERA MORENO, *Publicidad y control penal...*, cit., p. 74).

sometiendo a sus hijos e hijas a un régimen de control tan estricto como uno carcelario, cuando la prevención de ciertas situaciones debería ser la misma siempre, independientemente de quien sea nuestro vecino. Se llega de esta manera a situaciones extremas en función de la mayor “*seguridad del colectivo*”, como prevención social frente a la peligrosidad y el control de todo riesgo, transgrediéndose los límites del Estado de Derecho con la reincorporación de tesis y técnicas que estaban ya descartadas.

Definitivamente con el Derecho penal del enemigo se produce un retorno a teorías defensistas³⁷⁸ y al positivismo criminológico de VON LISZT³⁷⁹ solo que esta vez, bajo una construcción jurídica sin ninguna pretensión científica, que apriorística define a los *enemigos por principio del orden social -delincuentes incorregibles-*, a los que no pretende resocializar sino neutralizar, controlar e incapacitar:

“... la inocuización tiene su origen vinculada al penalista alemán Franz von Liszt, que a los finales del siglo XIX, plantea una teoría asignando, con base en la clasificación de los autores por delitos, tres funciones para la pena de prisión. Así que presenta la siguiente propuesta: 1) Corrección del delincuente capaz de corregirse y necesitado de corrección; 2) Intimidación del delincuente que no requiere corrección; 3) Inocuización del delincuente

³⁷⁸ Para CANCIO MELIÁ y FEIJOO SÁNCHEZ no se trata de un retorno ni de una involución sino más bien de un desarrollo degenerativo en el plano simbólico-social del significado de la pena y del propio sistema penal. El abandono de la teoría de la pena por una teoría de la guerra. CANCIO MELIÁ y FEIJOO SÁNCHEZ, “¿Prevenir riesgos o confirmar normas? Teoría funcional de la pena de Günther Jakobs”, *cit.*, p. 72.

³⁷⁹ VON LISZT, Franz, *Tratado de derecho penal*, Madrid, 4ª edición, 1999; EL MISMO, *La idea del fin en el Derecho penal: programa de la universidad de Marburgo*, 1882, *cit.*, pp. 41-96. Sobre las conexiones y relaciones del discurso jurídico actual con el positivismo y la separación entre buenos y malos desde el discurso jurídico medieval, CRISAFULLI, Lucas, “Cuando el diablo mete la cola”, *cit.*

que carece de capacidad de corrección... El término inocuización o incapacitación fue empleado originariamente con la finalidad de enfrentar el problema de la delincuencia habitual o delincuentes incorregibles, partiendo de estadísticas criminales y de estudios de antropología criminal. Una de las misiones de la pena, según Liszt, 'suprimir, perpetua o temporalmente, al criminal que ha llegado a ser inútil a la comunidad, la posibilidad física de cometer nuevos crímenes, separándolo de la Sociedad (selección artificial)''.³⁸⁰

Un claro y evidente ejemplo del retorno de esta posición lo tenemos en Estados Unidos de Norteamérica con las conocidas leyes de "*Three strikes and you're out*"³⁸¹, solamente que ahora se ha extendido la lista de incorregibles – imputables peligrosos actualmente denominamos *enemigos*- de tal manera que ya no son solo los delincuentes habituales sino que el grupo se ha ampliado

³⁸⁰ MILANESE, Pablo, "La medida de seguridad y la 'vuelta' a la inocuización en la sociedad de la seguridad", en *Derecho penal online (revista electrónica de doctrina y jurisprudencia en línea)*, noviembre (2007), consultado el 2 de febrero del 2009, disponible en www.derechopenalonline.com.

³⁸¹ Así lo indica JAKOBS al señalar que pasados más de 110 años de las propuestas de LISZT en Estados Unidos de Norteamérica se promulgan actualmente leyes acorde a esa línea de pensamiento que abiertamente persiguen el control y aseguramiento de determinados sujetos como los reincidentes a los que al acumular varias infracciones se encierra incluso de por vida y sin posibilidades de un egreso. JAKOBS, *La pena estatal: significado y finalidad...*, cit., pp. 160-162. En el mismo sentido señala MILANESE: "*Liszt propone una alteración en el Código Penal de su época previniendo la tercera condenada por algunos delitos, que él consideraba como consecuencia de los "más intensos y primitivos instintitos del hombre", fuera impuesta una pena de reclusión por tiempo indeterminado. Ello revela una gran preocupación de Liszt con los delincuentes clasificados como incorregibles, que para él, eran los "mendigos y vagabundos, alcohólicos y personas de ambos sexos que ejercen la prostitución; timadores y personas del submundo en el más amplio sentido de la palabra; degenerados espirituales y corporales, Todos ellos forman el ejército de los enemigos por principio del orden social, en cuyo estado mayor figura el delincuente habitual"*, (MILANESE, "La medida de seguridad y la 'vuelta' a la inocuización en la sociedad de la seguridad"), cit. Como puede apreciarse, es el mismo razonamiento que utilizan leyes como la californiana para imponer cadena perpetua hasta por 25 años a las personas que hayan cometido tres delitos "serios" o "violentos" restringiendo además la posibilidad de disfrutar de beneficios, una ley que valga señalar fue aprobada en 1994, luego de un referéndum con un porcentaje a favor del 72%. Al respecto, SICHOR, David y SECHREST, Dale K. (editors), *Three strikes and you're out. Vengeance as public policy*, California, SAGE., 1996.

para reunir ahí a todos aquellos que nos resulten extraños, que incomoden en exceso o mucho estorben a la opinión pública (terroristas, delincuencia organizada, narcotráfico, ofensores sexuales, reincidentes habituales, migrantes etc.). A todos éstos se les trata de mantener neutralizados e incapacitados por el mayor tiempo posible para tranquilidad de “*todos*”³⁸², aunque no debemos olvidar que ese “*todos*” solo incluye a *los de un lado*, sea *los buenos e iguales*, que como tales nos diferenciamos fácilmente de “*los otros, los extraños, los malos, hediondos o perversos*”, sin que esa situación tenga por qué angustiar a nadie pues esos otros, racional, voluntaria y libremente optaron por ponerse en nuestra contra y saltar al otro lado, y en todo caso podrían retornar al *nuestro*.

Más adelante, como los monitores electrónicos fallan y no existe un mecanismo de seguridad infalible, es probable que aparezcan nuevas y más restrictivas propuestas de control y desde la legalidad y ya no solo por exclusión meramente social y económica, es posible que resurjan los ghettos: zonas reservadas para los indeseables o enemigos, especialmente para aquellos –y sus familias– que hayan descontado penas por determinados delitos, sin acceso a otras áreas de la comunidad, las que en todo caso seguirán aún así vigiladas por multi cámaras, sensores y alarmas y continuarán diseñándose para espantar a todo delincuente y sospechoso. Cada vez más parecidas a una cárcel del panóptico³⁸³.

³⁸² De hecho la doctrina señala que el origen conceptual de la custodia de seguridad se remonta a los tiempos de la Escuela de Derecho penal de Von Liszt, CANO PAÑOS, Miguel Ángel, “El marco jurídico de la custodia de seguridad (Sicherungsverwahrung) en el derecho penal alemán”, *cit.*, p.207.

³⁸³ Sobre la existencia de ghettos o depósitos de pobres controlados por una fuerte presencia policial mientras los ricos se resguardan en casas o barrios desolados que parecen bunkers, y los centros comerciales y ciudades que se diseñan haciendo uso de la tecnología para ahuyentar a todo sospechoso, CORIGLIANO, Mario, “Imágenes de (in)seguridad y control social. Visión desde la sociología jurídica”, *cit.*

h) Quebranto al principio de igualdad.

Desde el Derecho penitenciario del enemigo y atendiendo supuestamente a la gravedad, la emergencia y peligrosidad de determinados sujetos, se incorporan excepciones a los principios y garantías básicas en contra de determinadas personas a quienes se les impone la cárcel en su máxima dimensión aflictiva, inhumana e intimidatoria.³⁸⁴

Con el endurecimiento de los regímenes de cumplimiento para determinados individuos se produce la existencia de un régimen penitenciario singular, desigual e injustificado. La restricción de beneficios para unos, cuando para todos la sanción se ha establecido de conformidad al daño causado y la gravedad de los hechos, torna ilegítima y excesiva la ejecución de esas penas y significa un castigo más en esos casos -en función de la peligrosidad y riesgo previamente declarado del sujeto- situación que constitucionalmente está proscrita (recordemos el principio de que nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho). Un claro quebranto al principio de igualdad.³⁸⁵

El Derecho penitenciario más que vindicativo tiene una visión prospectiva- de tal manera que las salidas al exterior, el tercer grado o la libertad condicional u otros beneficios, deberían ser los mismos para todos

³⁸⁴ Sobre el régimen de excepciones y el endurecimiento de la pena impuesta a terroristas y otros grupos de individuos, GARCÍA ARÁN, "La ejecución penitenciaria en una sociedad cambiante: hacia un nuevo modelo", *cit.*, p. 8.

³⁸⁵ En el mismo sentido, CALLEGARI André y ARRUDA DUTRA, Francesca, "Derecho penal del enemigo y derechos fundamentales", en CANCIO MELIÁ, Manuel y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coordinadores), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid, Edisofer, 2006, Vº 1, pp. 331-337; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, "El coimputado que colabora con la justicia penal. Con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las Leyes Orgánicas 7/ y 15/2003", en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, Nº 7 (2005), pp. 25-26, disponible en <http://criminnet.ugr.es/recpc/>, consultado el 14 de febrero del 2009.

quienes cumplan las condiciones objetivas y subjetivas, correspondiendo en periodos diferentes pero siempre proporcionales al monto de la pena impuesta. Proceder de manera distinta al establecer diferencias más allá que las proporcionales al monto de la pena, en el plazo para disfrutar de algunos beneficios o imponer restricciones o requisitos adicionales, constituye sin duda alguna un castigo más que como tal excede los parámetros convencionales y constituye con claridad un trato más gravoso.

Esta desigualdad no tiene justificación alguna ni es razonable porque no hay motivo válido para hacer más gravosa la ejecución de la pena a un individuo que a otro. Solo un afán vindicativo explica un trato distinto entre personas castigadas con un mismo tipo de pena y la venganza no es una razón válida en el Estado de Derecho.

Si bien la ejecución de la pena, conforme a la individualización científica, podrá ser diferente según el caso, eso es así al amparo del desenvolvimiento particular del individuo y su reacción y comportamiento posterior al delito, mas nunca de forma abstracta y apriorísticamente establecida.

Las reglas de la ejecución en un Estado de Derecho deben ser iguales para todos los condenados, y no es correcto establecer reglas especiales por tipos de delitos o delincuentes³⁸⁶. A través del principio de legalidad se pretende asegurar una misma ley para todos, sin embargo, cuando la misma ley hace diferencias sin una razón, la desigualdad se institucionaliza. Podría considerarse que si existe algún tipo de delincuencia diseñada racionalmente y por principio para combatir el Estado –básicamente solo la violencia política-

³⁸⁶ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, "Los subsistemas penales en la política criminal de nuestro tiempo", *cit.*, pp. 204-205, 217.

merecería una pena más severa por esa finalidad adicional, pero eso no justifica sin embargo un régimen más gravoso de cumplimiento de la pena ni el descarte apriorístico de la posibilidad de disfrutar beneficios o un avance dentro del sistema progresivo, cuando la persona presente condiciones personales y sociales favorables en esa dirección.

i) Derecho a la seguridad y los derechos de las víctimas.

El Derecho penal del enemigo, como parte de la política criminal del control se justifica normalmente en garantizar el derecho a la seguridad –del colectivo social y del propio Estado- y en la necesidad de protección a las víctimas, brindando a éstas un mayor protagonismo, tanto en los procesos de elaboración de las normas como en la fase de la ejecución y el cumplimiento de las penas.

En relación con la seguridad debemos señalar que en la sociedad contemporánea se produce el tránsito de su concepción individual a una concepción colectiva o grupal. Y es que inicialmente el derecho a la seguridad se reconoce como un derecho fundamental e individual. Así se contempla en la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su artículo 3 dispone: *“Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”*. En los mismos términos se establece en el artículo 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: *“Todo individuo tiene derecho a la libertad y seguridad personales”*. En función de asegurar ese derecho se diseñan las garantías procesales y penales sin embargo, de forma repentina se redefine el derecho comprendiéndose ahora como una especie de *supra derecho estatal* y en función del mismo se restringe sin mayor inconveniente las

libertades individuales, las garantías penales y procesales, y hasta la libre autodeterminación de la persona:

“...estamos hablando de un ‘derecho fundamental’ de carácter colectivo, que refiere a la sociedad como un todo y que tiene al Estado como el adresante más directo, en tanto y en cuanto es quien debe reaccionar para proveerlo y garantizarlo... con ello resulta indispensable que configure una política de seguridad... gracias a este ‘invento ideológico’ es posible convertir al Estado en el ‘guardián de este derecho fundamental del ciudadano’ y se alcanza un cambio evidente de adresantes de los derechos fundamentales: el derecho a la seguridad ya no es un derecho de defensa del ciudadano frente al Estado, sino más bien un marco de demandas del Estado hacia el ciudadano. Para alcanzar una amplia ‘seguridad’, debe el Estado, entonces, eliminar muchas ‘inseguridades’ de manera preventiva.”³⁸⁷

La **seguridad estatal y de la sociedad**³⁸⁸ se invocan como el fundamento de estas leyes contra el enemigo, considerándose que el Estado no puede dar el trato de persona a quien no brinda un mínimo de seguridad cognitiva, *“ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas”*³⁸⁹ En consecuencia, *el Derecho penal del enemigo se reconoce como el derecho a la seguridad de los ciudadanos*, para lo que es necesario la exclusión y neutralización de los enemigos.³⁹⁰ Un trato diferenciado que se pretende

³⁸⁷ CHIRINO SÁNCHEZ, “El retorno a los delitos de peligro ¿Un camino posible hacia el derecho penal del enemigo?”, *cit.*, p. 157.

³⁸⁸ GONZÁLEZ CUSSAC, “El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del Estado de Derecho: la doctrina del derecho penal del enemigo”, *cit.*, p. 54.

³⁸⁹ JAKOBS, “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, en JAKOBS y POLAINO NAVARRETE, *cit.*, p. 40.

³⁹⁰ SCHEERER, Sebastián, BÖNM, María Laura, VÍQUEZ, Karolina, “Seis preguntas y cinco respuestas sobre el derecho penal del enemigo”, *cit.*, p. 930.

justificar en razones de una concepción del derecho a la seguridad que no corresponde a su desarrollo inicial.

Por otro lado, respecto a la invocación a los derechos de las víctimas consideramos que éste no es un motivo suficiente para justificar un derecho de excepción ni un trato desigual y que la externada preocupación no es real. Para comenzar debemos anotar que atender a las víctimas y escuchar su posición frente al delito, es válido e importante pero no tiene por qué significar la disminución de derechos y garantías del acusado o sentenciado. Hacerlo de esa manera es una visión contraproducente y sin fundamentación racional, pues la tutela de los intereses de ambos no es incompatible.

La víctima merece todo respeto y debe exigirse al Estado adecuadas medidas de asistencia, protección y atención integral (psicológica, económica, etc.) pero ese objetivo no se alcanza con una concepción retributiva y vindicativa de la sanción penal. Por el contrario, consideramos que asegurar la finalidad resocializadora de la pena brinda más seguridad a todos pues asegura la efectiva atención de la población penal.

La reinvidicación de las víctimas dentro del proceso penal y en la definición de la política criminal contemporánea es tal que la perspectiva social de los sucesos delictivos se ha ido reduciendo progresivamente a la perspectiva de la víctima.³⁹¹ *“Las víctimas hoy son creadoras de opinión y nuevos interlocutores en el gran debate de la Política Criminal... Y, así, se les imputa unilateralmente la impulsión de postulados retributivos, y de una prevención especial radicalmente*

³⁹¹ CANCIO MELIÁ, “‘Derecho Penal’ del enemigo: contexto político-criminal y concepto teórico. Algunas tesis sobre la construcción de Günther Jakobs”, *cit.*, pp. 67-68. En el mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Montevideo, B de F, 2006, 2ª edición, pp. 617-618.

*enfocada hacia la inocuización*³⁹², a través de campañas de sensibilización y la exigencia de demandas punitivas, de una justicia más severa y menos flexible y del control del riesgo mediante tipos penales de sospecha.

Este fenómeno consideramos que es nocivo porque la perspectiva social del delito tiene que ser más amplia y objetiva. Confeccionar las leyes al amparo exclusivo de las pretensiones de las víctimas reduce la base racional de las normas y su carácter objetivo:

*“Y todo ello, sin perjuicio de reconocer a las víctimas su derecho a expresar cualquier opinión sobre el sistema penal, porque lo que aquí se critica no es el discurso de la víctima –que puede ser comprendido en su especial situación–, sino que las instancias mediáticas y políticas lo consagren como el más atendible e ignoren que la posición de la víctima es, por definición, parcial, y que la del Estado en cambio, debe ser mediadora y racional.”*³⁹³

7.- Quebranto a los límites del Estado de Derecho.

Con vista en las observaciones formuladas, podemos señalar que, en definitiva, el Derecho penal del enemigo quebranta los límites del Estado de Derecho de una forma grosera y directa, desde el principio de igualdad, a la finalidad constitucionalmente reconocida –al menos donde la prevención especial positiva y la culpabilidad como límite de la responsabilidad penal sean

³⁹² HERRERA MORENO, *Publicidad y control...*, cit., p. 36.

³⁹³ GARCÍA ARÁN, Mercedes y PERES-NETO, Luiz, “Perspectivas de análisis y principios constitucionales”, en GARCÍA ARÁN, Mercedes y BOTELLA CORRAL, Joan (directores), *Malas noticias. Medios de comunicación y garantías penales en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 42.

recogidos en la norma suprema directa o indirectamente-, los principios de proporcionalidad y el “*non bis in idem*”, la no discriminación, la prohibición de penas perpetuas, de penas crueles o inhumanas, la libertad ideológica y la misma dignidad humana³⁹⁴.

El endurecimiento de la prisión y trato desigual no se produce solo por la vía legal, sino que el mismo fenómeno de inseguridad y la respuesta del Derecho penal del enemigo, generan un conjunto de medidas y malas prácticas penitenciarias en la misma dirección, como por ejemplo seguimientos especiales de control, cárceles de máxima seguridad cada vez más despersonalizadas o una mayor restricción y arbitrariedad al resolver sobre los permisos y beneficios de ciertos presos. Las normas y prácticas del Derecho penitenciario que se incorporan desde la ideología de la emergencia y del Derecho penal del enemigo “*tensionan abiertamente los principios constitucionales que modelan la ejecución*”.³⁹⁵

El irrespeto a postulados fundamentales no tiene justificación porque la búsqueda de la seguridad no puede garantizarse a costa de suprimir el respeto de los derechos fundamentales de algunos sujetos –ni siquiera de uno solo-, más allá de lo que autorice la norma constitucional, al menos no en un verdadero Estado de Derecho.

³⁹⁴ “Tratar al autor de ciertos delitos como enemigo es legitimar a la existencia de un Derecho penal de emergencia, con vigencia excepcional y aplicación diferenciada, tal práctica rompe con los fundamentos de un Derecho penal garantista vigente en el Estado Social y Democrático de Derecho”, (PACHECO DE CARVALHO, Themis María, “El ciudadano, el terrorista y el enemigo”, en Derecho penal online, (revista electrónica de doctrina y jurisprudencia en línea), 2007, p. 6, disponible en www.derechopenalonline.com, consultado el 14 de febrero del 2009).

³⁹⁵ CESANO, *Derecho penitenciario...*, cit., p. 42.

Desdibujar, ensombrecer o desfigurar el perfil o la esencia del Estado de Derecho para su protección, resulta una contradicción que no puede tolerarse y debe denunciarse. *“El Estado de Derecho no es un fin en sí mismo sino un medio y el mismo no puede defenderse mediante su negación”*³⁹⁶

Es cierto que hay sujetos que no están de acuerdo con el sistema y están dispuestos a luchar por su disolución, pero eso no autoriza a los partidarios del Estado de Derecho para pretender un procedimiento ordinario que les permita prescindir de los principios fundamentales de ese Estado para combatir al enemigo³⁹⁷.

Autorizar al Estado de Derecho a *salirse del Derecho* para combatir a sus enemigos equivale a penetrar a un *campo minado* o a un *callejón sin salida*. Como apunta ZAFFARONI eso sencillamente *“introduce el germen de la destrucción del Estado de Derecho, porque sus instituciones limitantes y controladoras pasan a ser un obstáculo para la eficacia eliminatoria”*³⁹⁸. Sin duda alguna significa *“desmantelar”* al Estado³⁹⁹ y regalar una batalla trascendental al enemigo,

³⁹⁶ CANO PAÑOS, Miguel Ángel, “Los inicios de la lucha antiterrorista en Alemania. Análisis de la legislación penal y procesal de la década de 1970-1980”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, N° 10 (2008), p. 31, disponible en, <http://criminnet.ugr.es/recpc/>, consultado el 14 de febrero del 2009.

³⁹⁷ Para LUISI esta normativa es propia de Estados autoritarios pero inadmisibles en un Estado de derecho porque negar la dignidad humana a un grupo de individuos equivale a invalidar al propio Estado. LUISI, Luiz, “Un derecho penal del enemigo: el derecho penal soviético”, en CANCIO MELIÁ, Manuel y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coordinadores), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid, Edisofer, 2006, Vº 1, pp. 255-255.

³⁹⁸ ZAFFARONI, “La legitimación del control penal de los extraños”, *cit.*, pp. 1121-1147.

³⁹⁹ “...derechos y garantías fundamentales propias del Estado de Derecho, sobre todo las de carácter penal material (principio de legalidad, intervención mínima y culpabilidad) y procesal penal (derecho a la presunción de inocencia, a la tutela judicial, a no declarar contra sí mismo, etc.), son presupuestos irrenunciables de la propia esencia del Estado de Derecho. Si se admite su derogación, aunque sea en casos puntuales y extremos y muy graves, se tiene que admitir también el desmantelamiento del Estado de Derecho...”, (MUÑOZ CONDE, Francisco, “El nuevo derecho penal autoritario”, en LOSANO,

negando el fundamento y los principios que le justifican y legitiman. Para algunos el Derecho penal del enemigo es “*rearmar*” al Estado contra el enemigo sin embargo en el fondo y por las secuelas que esa técnica extensiva produce más parece que nos desarma a todos:

“...una vez que la brecha ha sido abierta, una vez que se habilita el discurso de emergencia, el derecho penal liberal queda violado de forma irreversible... Con el Derecho penal del enemigo el Estado de Derecho sufre un debilitamiento imposible de evitar, que generalmente tiende a profundizarse... extender una carta blanca a la legislación del enemigo beneficia aparentemente a muchos, pero perjudica en definitiva a todos ya que causa dos problemas fundamentales a futuro: en primer término, los enemigos no pueden durar para siempre, es decir, los límites se pueden correr fácilmente para abarcar a los nuevos; en segundo lugar, esta respuesta al delito promueve la propagación de soluciones de corte autoritario para enfrentar los problemas de forma simbólica...El verdadero problema está en no reconocer cuándo surge este tipo de normativa especial, y más aún, en permitir su legitimación. Ya que el enemigo no es un grupo determinado de personas como cree Jakobs, sino la normativa que pretende encontrar excepciones a los derechos humanos y a las más básicas garantías procesales y constitucionales propias de los Estados liberales de Derecho”⁴⁰⁰

Mario y MUÑOZ CONDE, Francisco (coordinadores), *El Estado ante la globalización y el terrorismo. Actas del coloquio internacional de Humboldt-Montevideo, abril 2003*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 172. En el mismo sentido, MANNA, Adelmo, “Erosión de las garantías individuales en nombre de la eficacia de la acción de la lucha contra el terrorismo: la privacy”, *cit.*, pp. 228).

⁴⁰⁰ SCHEERER, Sebastián, BÖNM, María Laura, VÍQUEZ, Karolina, “Seis preguntas y cinco respuestas sobre el derecho penal del enemigo”, *cit.*, pp. 935-936. En el mismo sentido MUÑOZ CONDE señala que es fundamental investigar y cuestionar los procedimientos jurídicos y los dispositivos políticos que hicieron posible privar completamente a los judíos, sometiéndolos a toda clase de atrocidades sin mayor responsabilidad. MUÑOZ CONDE, Francisco, “De nuevo sobre el derecho penal del enemigo” en CANCIO MELIÁ, Manuel y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coordinadores), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid,

Debe tenerse que presente que la plena seguridad cognitiva no puede garantizarse por ningún mecanismo. Como señala MUÑOZ CONDE:

“Pero una seguridad cognitiva total nunca puede ser garantizada por ningún sistema sea del tipo de sea. Podrá haber unos niveles mayores o menores de seguridad, y de lo que se trata es de determinar cuándo esos niveles son compatibles con el ejercicio de los derechos fundamentales. El equilibrio entre los dos polos es difícil y siempre se encuentran en tensión. Pero si, como sucede en momentos de crisis, la balanza se inclina descaradamente y sin ningún tipo de límites a favor de la seguridad cognitiva, la consecuencia inmediata será la paz, pero la paz de los cementerios. Una sociedad en la que la seguridad se convierte en el valor fundamental, es una sociedad paralizada, incapaz de asumir la menor posibilidad de cambio y de progreso, el menor riesgo”⁴⁰¹

Normalmente las regulaciones del Derecho penal del enemigo han surgido en contra de movimientos terroristas –a partir de los años 70 y sobre todo en el continente europeo-. Con posterioridad a los atentados del 11-S, once de septiembre del 2001, se produce un acentuado incremento, pero más grave aún, peligrosamente cada vez abarcan a más grupos, muchas veces sin interesar

Edisofer, 2006, Vº 2, pp. 369-370. En palabras de GÓMEZ-JARA DÍEZ: “En definitiva la respuesta a la pregunta de si el Estado de Derecho puede sobrevivir al cuestionamiento que del mismo efectúan ciertos individuos con una actitud adversa, por principio, al sometimiento a unas reglas comunes, no puede ser garantizada por el propio Estado. Eso sí, de lo que existe una evidencia notable es de que el Estado se ‘aniquila’ a si mismo en la medida en la que ‘se traiciona’ al introducir una legislación que contradice los fundamentos de su propia existencia”, (GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, “Normatividad del ciudadano versus facticidad del enemigo: sobre la necesaria autoorientación de la normativización jurídico-penal, en CANCIO MELIÁ, Manuela y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coordinadores), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid, Edisofer, 2006, Vº 1, pp. 976).

⁴⁰¹ MUÑOZ CONDE, *De nuevo sobre el derecho penal del enemigo...*, cit., p. 72.

tanto la complejidad o gravedad del delito.⁴⁰² Sobre este fenómeno el mismo JAKOBS hace su predicción:

“... si las apariencias no engañan, el número de enemigos no va a descender tan pronto, sino que posiblemente aumentará todavía más... Así pues, la sociedad seguirá teniendo enemigos –visibles o con piel de cordero– deambulando por ella”⁴⁰³

Al menos hay que estar alerta porque como apunta MUÑOZ CONDE:

“Con penas draconianas, con el abuso del Derecho penal empleándolos más allá de lo que permite su carácter de ultima ratio, y con recortes de los derechos fundamentales del imputado en el proceso penal, quizás se puede luchar más o menos eficazmente contra el “enemigo”, pero lo que sí es seguro es que con ello se está abriendo una puerta por la que puede colarse sin darnos cuenta un Derecho penal de cuño autoritario, un Derecho penal del y para el enemigo, tan incompatible para el Estado de Derecho como lo son las legislaciones excepcionales de las más brutales dictaduras. Lo único que falta ya para parecerse a ellas son la pena de muerte, que en los Estados Unidos de Norteamérica se aplica y se ejecuta con profusión incluso en situaciones de normalidad, y los tribunales militares, que han vuelto a colarse como tribunales excepcionales para juzgar los llamados “crímenes

⁴⁰² BRANDARIZ GARCÍA, “Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas”, *cit.*, p. 58, nota 140. FARALDO CABANA, Patricia, “Medidas preliminares durante la ejecución de condenas por terrorismo y delincuencia organizada; consolidación de un subsistema penitenciario de excepción”, en CANCIO MELIA, Manuel y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coordinadores), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid, Edisofer, 2006, Vº 1, pp. 757-798.

⁴⁰³ JAKOBS, “La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente”, *cit.*, p. 121.

terroristas”, sin darse cuenta que la forma más grave de terrorismo es el terrorismo de Estado”⁴⁰⁴

Con el Derecho penal del enemigo se produce un viraje que desnaturaliza al Derecho penal liberal al pasar de la lógica de la culpabilidad a una lógica de la peligrosidad, del riesgo y la inseguridad. Parece que repentina e instintivamente se redefinen las relaciones del Estado con los ciudadanos, la concepción del delito,⁴⁰⁵ y de los derechos fundamentales así como la finalidad de la sanción penal. Ya no se comprende el proceso penal como un mecanismo para protegerse contra el ejercicio arbitrario del poder punitivo sino que se pretende el ejercicio de ese poder para nuestra protección. No se comprende el delito como el resultado de una serie de factores individuales, sociales, económicos y culturales sino como producto de una elección libre y voluntaria. Con el Derecho penal del enemigo el sistema jurídico penal no persigue hechos sino que evita sucesos. Ya no interesa el consejo del técnico o especialista, sólo la voz de la víctima. Los derechos fundamentales no se visualizan verticalmente con relación al Estado sino que ahora se les da una concepción horizontal⁴⁰⁶ donde compiten entre sí por su supremacía y sobrevivencia y ya no contra la autoridad estatal. La sanción penal ya no pretende incluir sino que busca excluir. Los individuos ya no todos son personas. Así parece que se produce el tránsito a lo que desde la sociología jurídica se denomina la *“modernidad tardía”* o una *“segunda modernidad”*, donde casi todo se reinterpreta y alcanza un significado diferente:

⁴⁰⁴ MUÑOZ CONDE, *De nuevo sobre el derecho penal del enemigo...*, cit., pp. 82-83.

⁴⁰⁵ Se impone ahora la elección voluntaria y racional del delito como explicación del mismo.

⁴⁰⁶ Al respecto, CHAN MORA, Gustavo, “El ‘escenario de la bomba de tiempo a punto de explotar’ (y otros artilugios para la suspensión de los derechos fundamentales)”, en *Revista de la asociación de ciencias penales de Costa Rica*, N° 25 (2008), pp. 109-113.

“Se trata de lo que el famoso sociólogo alemán Ulrich Beck ha llamado la transición hacia una “Segunda Modernidad”, donde las relaciones entre el Estado y los ciudadanos son nuevamente definidas. Esta “Segunda Modernidad” se construye no de manera lineal, sino como resultado de luchas políticas y de reinterpretaciones simbólicas y lingüísticas, donde las cosas no suelen significar lo que solían significar. Derechos de la víctima ya no son derechos de la víctima sino que son reducciones de derechos de los delincuentes, proceso penal ya no es proceso penal, sino combate de la criminalidad, la sanción ya no es reinserción, sino que es castigo y retribución pura y simple, la cual puede hoy hasta ser ejercida por los privados, nada obsta que la empresa privada que buen puede produce libertad también produzca prisionalización mediante la creación de cárceles privadas.”⁴⁰⁷

Muchos de los mecanismos que emplea el Derecho penal del enemigo, que son de verdadero combate al delincuente, en el sentido bélico, son los mismos que utilizaron los Estados totalitarios europeos y los que sirvieron a las dictaduras latinoamericanas el siglo pasado. Lo que resulta una novedad es su aplicación al Derecho penal dentro del Estado de Derecho, en contra de sus valores y principios básicos como el de culpabilidad, proporcionalidad, igualdad, pena por el hecho y la seguridad jurídica⁴⁰⁸:

“...resulta intolerable la categoría jurídica de enemigo o extraño en el derecho ordinario (penal o de cualquier otra rama) de un estado

⁴⁰⁷ CHIRINO SÁNCHEZ, Alfredo, “El retorno a los delitos de peligro ¿Un camino posible hacia el derecho penal del enemigo?”, *cit.*, 159-160.

⁴⁰⁸ LASCANO, Carlos Julio, “La ‘demonización’ del enemigo y la crítica al derecho penal del enemigo basada en su caracterización como derecho penal de autor”, en CANCIO MELIÁ, Manuel y GÓMEZ-JARA, Carlos (coordinadores), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid, Edisofer, 2006, Vº 2, pp. 231-232.

*constitucional de derecho, que sólo puede admitirlo en las previsiones de su derecho de guerra y con las limitaciones que éste le impone el derecho internacional de los derechos humanos en su rama de derecho humanitario (legislación de Ginebra), habita cuenta de que ni siquiera éste priva al enemigo bélico de la condición de persona*⁴⁰⁹

Y es que el Derecho penal constituye en el Estado democrático un límite al ejercicio del poder punitivo en función de asegurar el respeto de los derechos fundamentales de todos. Para proteger a la persona del Derecho penal –el instrumento más autoritario del Estado–, es que se establecen y maximizan una serie de garantías y límites, por lo que pretender desde el Derecho penal mismo el debilitamiento de esas garantías y la flexibilización de límites ya impuestos, resulta inadmisibile y completamente contradictorio.

El Derecho penal del enemigo no es Derecho penal válido en un Estado democrático⁴¹⁰ porque el Derecho Penal en el Estado de Derecho constituye un límite al poder en cambio el Derecho penal del enemigo es un instrumento del poder, un arma que se suministra a los diferentes operadores del sistema de justicia, contra postulados fundamentales del Derecho penal liberal y del Estado de Derecho, comprometiendo por ejemplo principios y garantías tan importantes como la misma imparcialidad del juez⁴¹¹ pues cuando se invita a

⁴⁰⁹ ZAFARRONI, *El enemigo en el...*, cit., p. 12.

⁴¹⁰ En el mismo sentido: CORNACCHIA, Luigi, “La moderna hostis iudicatio entre norma y estado de excepción”, cit., pp. 419-427; URQUIZO OLAECHE, José, “Derecho penal del enemigo”, en CANCIO MELIÁ, Manuel y GOMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coords.), *Derecho penal del enemigo... cit.*, Vol. 2, pp. 1047-1049.

⁴¹¹ Y es que tal y como señala GONZÁLEZ CUSSAC consideramos que la imparcialidad en los procedimientos legislativos y judiciales genera una racionalidad legitimadora del Estado de Derecho y constituye uno de los postulados fundamentales. GONZÁLEZ CUSSAC, “El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del estado de Derecho: la doctrina del derecho penal del enemigo”, cit., p. 62.

éste a unirse a la *“lucha”* contra el extraño o enemigo, en lugar de un garante se tiene a un cómplice o colaborador⁴¹².

Será necesario buscar y ofrecer otras opciones o defender al menos los principios básicos hasta ahora desarrollados como sustento del Estado de Derecho. Las soluciones para la defensa y no disolución del Estado de Derecho deben darse respetando sus reglas y principios:

“...lo derechos fundamentales son la esencia misma de la idea de la democracia, erigiéndose en los pilares desde los que se levanta el edificio del Estado de Derecho. Desde este entendimiento, la democracia aparece como un ingenioso sistema de asignación de poderes, con sus delicados equilibrios y sus medios de control. En su seno, el poder punitivo no escapa a este modelo y debe configurarse como orden externo necesario para garantizar la convivencia, desde la idea de libertad como valor supremo del ordenamiento jurídico. Y sin excepciones: ni siquiera la lucha contra el terrorismo puede escaparse fuera de los límites infranqueables de un Derecho penal de un Estado de Derecho democrático”⁴¹³

El rechazo al Derecho penal del enemigo desde la teoría de los derechos fundamentales y desde los presupuestos del Estado de Derecho no significa dejar al Estado sin instrumentos para combatir fenómenos tan graves como el terrorismo, sino únicamente exigir que se haga dentro de los límites consustanciales al concepto de Estado democrático, donde los **principios de**

⁴¹² Como indica DONINI, cuando se involucra a todos los actores del Sistema de justicia penal en la lógica del enemigo parece que se cancela hasta la imagen de la justicia vedada. DONINI, Massimo, “El derecho penal frente al enemigo”, *cit.*, pp. 40-41.

⁴¹³ GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, *El derecho penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas. Lección inaugural del curso 2005/2006*, Castellón de la Plana, Universitat Jaume, 2005, p. 39.

igualdad⁴¹⁴ y *dignidad humana* no pueden tener excepción por razones de ideología, nacionalidad, religión o peligrosidad y en donde cualquier régimen excepcional para la búsqueda de la normalidad democrática solo puede ser transitorio y regularse por normas extraordinarias.

El terrorismo y la delincuencia organizada efectivamente constituyen un desafío para los Estados, pero su combate radical y a ultranza, sin importar costo alguno ni respetar límites, puede significar una lesión al Estado de Derecho⁴¹⁵, tan o más grave que la que se pretende prevenir, porque esa lucha pone en peligro los valores y las bases fundamentales de la organización social democrática⁴¹⁶ sobre manera porque cuando se “*rebajan*” o “*flexibilizan*” las garantías para unos normalmente esa situación termina afectando a todos⁴¹⁷ por el efecto expansivo de las excepciones en esta materia, prueba de ello es que hoy los enemigos no son solo el terrorismo y la delincuencia organizada sino que esa “*justicia de excepción*” va absorbiendo y devorando a más y más grupos (ofensores sexuales, narcotráfico) llegando a ocuparse incluso de casos de simple bagatela cuando el autor sea multireincidente o un delincuente habitual, con lo que se va incrementado el poder punitivo y sus límites se expanden debilitándose las libertades de todos.

⁴¹⁴ Sobre la imperiosa necesidad de respeto al principio de igualdad dentro del Estado de Derecho, MIRO LLINARES, Fernando. “Democracias en crisis y derecho penal del enemigo. Política criminal frente al terrorismo en los estados democráticos antes y después del 11 de septiembre del 2001”, en *Cuadernos de política criminal*, N° 87(2005), pp. 185-227.

⁴¹⁵ “Tratar al autor de ciertos delitos como enemigo es legitimar a la existencia de un Derecho penal de emergencia, con vigencia excepcional y aplicación diferenciada, tal práctica rompe con los fundamentos de un Derecho penal garantista vigente en el Estado Social y Democrático de Derecho” (PACHECHO DE CARVALHO, “El ciudadano, el terrorista y el enemigo”, *cit.*).

⁴¹⁶ GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, “Nuevas amenazas a la seguridad nacional: los desafíos del nuevo terrorismo”, en *Revista gallega de seguridad pública, Segunda época*, N° 9 (2006), pp. 233-253.

⁴¹⁷ ALLER, “El derecho penal del enemigo y la sociedad del conflicto”, *cit.*, pp. 93-94, En el mismo sentido AMBOS, “Derecho penal del enemigo”, *cit.*, pp. 37-38.

Para algunos el tránsito de “*ciudadano*” a “*enemigo*” se va produciendo de la reincidencia, a la habitualidad, pasando a la profesionalidad delictiva y al final a las organizaciones delictivas –delincuencia organizada-.⁴¹⁸ A lo mejor en algunas ocasiones esa “*carrera delictiva*” efectivamente se cumple pero no siempre y en todo caso, lo curioso es que las legislaciones penales de excepción, típicas de Derecho penal del enemigo, inician justificando la excepción ante los casos graves pero siempre al final termina extendiéndose para asuntos cada vez menos trascendentes, respondiendo a la ansiedad social que normalmente demanda más control y más represión y que ante la falta de soluciones reales, no para en sus reclamos.

Recordemos que el Derecho penal, sea para los “*amigos*” o “*enemigos*” nunca combate las causas de la criminalidad sino solamente sus efectos.

Por demás valga señalar que, efectivamente para el sistema de justicia constituye un desafío enfrentarse a organizaciones criminales que a veces llegan a tener mejores medios y tecnología que la policial, más no creemos que eso justifique la flexibilización de garantías penales sino que la solución debe orientarse más bien por la vía de la profesionalización policial y en brindar a las autoridades judiciales y policiales recursos suficientes para cumplir su función.

Desde el Derecho penal democrático se debe combatir al Derecho penal del enemigo y exigir el respeto de la igualdad y la dignidad humana sin excepción alguna:

⁴¹⁸ GUILLAMONDEGUI, “Los discursos de emergencia y la tendencia hacia un derecho penal del enemigo”, *cit.*

“Al derecho penal del enemigo debe oponerse un derecho penal para todos los seres humanos, esto es, una concepción humanitaria del derecho penal que parte del individuo y su inalienable dignidad humana en el sentido de la relación de reconocimiento kantiana, que era libre, igualitaria, recíproca y se basaba en la dignidad humana –la autofinalidad del ser humano-. Un derecho penal adecuado al ser humano percibe al hombre real de ‘carne y hueso’ como un sujeto de imputación. Dispone de fundamentos jurídicos estatales y jurídicos-constitucionales; sobre todo, la dignidad humana y la libertad de la personalidad. Sólo el reconocimiento de la individualidad del miembro de la sociedad puede garantizar ‘una corrección de la comprobación de construcciones abstractas sociales’. Sólo la ‘parcial asociabilidad del individuo’ asegura la observancia de la dignidad humana y la humanidad garantizadas ambas en la Constitución-. La humanidad como divergencia y libertad frente a las obsesiones y alucinaciones colectivas, como protección de los individuos y las minorías, como posibilidad de autorresponsabilidad a través de la autodeterminación... La dignidad humana debe ser el punto fijo y al mismo tiempo de partida de todo sistema de derecho penal... los miembros de un sistema penal de derecho penal basado en la dignidad humana son siempre sistemas con el estatus de ciudadanos en virtud de su propia existencia humana. El derecho penal de ese sistema jurídico no conoce de enemigos y no tiene lugar alguno para la exclusión de algunos seres humanos. La ciencia-jurídico penal no tiene nada que ver con las ‘reglas del derecho penal del enemigo’, sino que ‘mediante la investigación dogmática y la coparticipación de la política criminal se puede realizar una prestación a la libertad en el seno de una seguridad humanitaria...’”⁴¹⁹

⁴¹⁹ AMBOS, “Derecho penal del enemigo”, *cit.*, pp. 52-53. En el mismo sentido, sobre la importancia de la prevención del delito y una justicia penal que garantice un trato igual a todos, la justicia social y el respeto a la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la seguridad, CORIGLIANO, Mario, “Imágenes de (in)seguridad y control social. Visión desde la sociología jurídica”, *cit.*

Denominar las medidas de excepción del Derecho penal del enemigo como Derecho penal constituye un fraude de etiquetas⁴²⁰ a través del cual se evita entrar a discutir sobre su legitimidad y autonomía. Así ésta propuesta ha logrado ir penetrando y aumentando el ámbito de su aplicación, asegurando sus contenidos desde el Derecho penal, procesal, penitenciario y administrativo⁴²¹.

El afianzamiento del Derecho penal del enemigo, con todos sus vicios y contradicciones, su imposición y propagación por el planeta entero contaminando el ordenamiento jurídico, abarcando o incluyendo cada vez a más y nuevos enemigos, marginando, neutralizando y maltratando a más personas o grupos normalmente minoritarios, es un claro reflejo de que algunas instituciones del Estado de Derecho no funcionan debidamente, sobre todo los conocidos mecanismos de control de constitucionalidad, pues solo eso explica que se mantengan vigentes leyes que de manera directa y frontal chocan con principios y valores fundamentales del Estado de Derecho. La situación es grave y lamentable porque en la práctica estamos frente a más riesgos que los que se pretenden evitar.

Hay que tener cuidado al elegir la mejor manera para combatir la inseguridad ciudadana y definitivamente coincidimos con lo que señala SOUSA SANTOS:

⁴²⁰ CANCIO MELIÁ y FEIJOO SÁNCHEZ, “¿Prevenir riesgos o confirmar normas? Teoría funcional de la pena de Günther Jakobs”, *cit.*, pp. 66-67.

⁴²¹ DIEZ RIPOLLÉS, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, en CANCIO MELIÁ y GÓMEZ-JARA DÍEZ, *cit.*, p. 589.

*“Sin duda, la mejor seguridad ciudadana es la que resulta del primado del derecho y de la profundización de la democracia. La justicia de excepción es a la justicia lo que la música militar —sin ánimo de ofender— es a la música clásica”.*⁴²²

⁴²² SOUSA SANTOS, Bounaventura De, “FSM: el año del futuro”, disponible en www.cartamaior.com, consultado el 14 de febrero del 2009

CAPÍTULO III: SOBRE EL DERECHO PENITENCIARIO MÍNIMO Y EL DERECHO PENITENCIARIO DEL ENEMIGO EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.

1.- Introducción.

Enunciados los modelos de ejecución penal que se formulan desde el Derecho penal mínimo en el pensamiento de FERRAJOLI y el Derecho penal del enemigo de JAKOBS, resulta interesante realizar un análisis general sobre las nuevas formulaciones legales que regulan la materia penitenciaria en España, con el fin de evaluar si es posible identificar rasgos o manifestaciones claras de las corrientes de política criminal descritas. Centraremos el estudio en las reformas acaecidas en el año 2003, toda vez que la Constitución Política y la Ley General Penitenciaria surgen en el proceso de transición a la democracia y cuando los planteamientos teóricos desarrollados en nuestra investigación aún no habían sido presentados por sus autores.

Debe tenerse presente que la sociedad española a través de su Constitución Política de 1978, optó por el modelo del Estado de Derecho, social y democrático –una democracia sustancial- como forma de organización sociopolítica. Como consecuencia lógica y necesaria de esta opción, el constituyente incorporó el respeto a la dignidad humana y a la igualdad, el respeto a la vida, la garantía de legalidad, libertad ideológica, el acceso a la justicia, la prohibición de los tratos crueles y la detención arbitraria, entre otros, como principios rectores del sistema e integra al bloque normativo las leyes internacionales más relevantes en materia de derechos humanos.

Así mismo, debe destacarse que la normativa constitucional reconoce la prevención especial positiva como orientación prioritaria de la sanción privativa de libertad y las medidas de seguridad al expresamente considerar la

reeducción y la reinserción social como su *objetivo esencial*. En su Título I: De los Derechos y Deberes Fundamentales, el numeral 25 párrafo 2:

“Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad, estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad”-la negrita no es del original-

Después del consenso logrado para la aprobación de la Constitución Política siguió la aprobación en 1979 de la Ley Orgánica General Penitenciaria⁴²³, que como tal requirió del acuerdo de una mayoría calificada y el consenso de las fuerzas políticas.

⁴²³ LO 1/1979, de 26 de setiembre. Una ley calificada como la primera que regula la materia penitenciaria porque anteriormente solo se reguló a base de disposiciones administrativas dispersas, ordenanzas y reglamentos: “Al mismo tiempo que la primera Ley Orgánica del régimen político actual, la Ley General Penitenciaria de 1979 ha sido la primera disposición con rango de Ley en toda la historia del ordenamiento penitenciario español reguladora del estatuto jurídico del recluso, ya que la única Ley formal anterior, la Ley de 26 de julio de 1849, carece de importancia en ese sentido, al limitarse a regular algunos aspectos de la clasificación de penados y establecimientos, y, antes y después de dicha norma, el Derecho penitenciario en España ha sido girado en torno a las Ordenanzas y los Reglamentos, es decir, a las normas de carácter administrativo”, (BUENO ARÚS, Francisco, en el prólogo a la Ley General Penitenciaria. Comentarios, jurisprudencia, concordancias, doctrina, España, Colex, 2005, pp. 9-24). En el mismo sentido, GRACIA MARTÍN, Luis y ALASTUEY DOBÓN, María del Carmen, “La ejecución de la pena privativa de libertad”, en GRACIA MARTÍN, Luis (coordinador), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 86.

El dictado de esta normativa significó un avance muy importante en la consolidación del Estado de Derecho en España y en el desarrollo y evolución del Derecho penitenciario. En términos generales podemos señalar que la ley es el resultado del desarrollo histórico y la organización del sistema penitenciario español, culminación del humanismo penitenciario español del siglo XIX (Coronel MONTESINOS, SALILLAS, CONCEPCIÓN ARENAL, a su vez influenciados por las propuestas progresistas de MACONOCHIE en Australia y CROFTON en Inglaterra⁴²⁴ y todo el pensamiento humanista de la **Ilustración**). La nueva normativa vino a regular con carácter general y para todos los sujetos que por las diferentes razones pueden ingresar al sistema, el régimen penitenciario, el régimen disciplinario y los derechos y deberes de los internos.

La ley opta por el **sistema individualizado de tratamiento científico** para la atención de todos y cada uno de los internos y las internas, a través de cuatro grados de atención: el régimen cerrado (el de mayor seguridad, para sujetos calificados de peligrosidad extrema o casos de inadaptados a los regímenes ordinario y abierto), el segundo grado o régimen ordinario (también aplicable a preventivos), el tercer grado o de semi-libertad (regulado bajo disposiciones del régimen abierto) y por último, la libertad condicional.

El texto legal reitera el reconocimiento a las personas privadas de libertad de los derechos fundamentales recogidos en la norma constitucional: la prevención especial positiva como finalidad de la sanción (art. 1), la legalidad (art. 2), el respeto a la dignidad humana, la igualdad, la no discriminación y la libertad ideológica (art. 3), entre otros, con la única limitación que expresamente

⁴²⁴ Sobre la historia del sistema penitenciario en España y su evolución, ROLDÁN BARBERO, Horacio, *Historia de la prisión en España*, Barcelona, PPU, 198, pp. 1-256; FIGUEROA NAVARRO, María del Carmen, *Los orígenes del penitenciarismo español*, Madrid, Edisofer, 2000, pp. 1-116; SANZ DELGADO, Enrique, *El humanitarismo español del siglo XIX*, Madrid, Edisofer, 2003, pp. 1-329.

señala el artículo 25. 2 de la Constitución Política: “*el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria*”.

Aprobadas la Constitución Política y la Ley Orgánica General Penitenciaria, el siguiente paso fue la promulgación de un Código Penal propio de la época, que desarrollara el ejercicio y límites del poder punitivo dentro de un Estado social y democrático. La senda a seguir estaba marcada por el conjunto de valores dictados desde el marco constitucional y recogidos en la Ley General Orgánica Penitenciaria, donde la justicia, la igualdad, la libertad y el respeto de la dignidad humana sobresalen como principios rectores ineludibles, bajo el objetivo primordial de las penas y medidas de seguridad declarado: la reeducación y reinserción social. El trayecto llevó casi veinte años de esfuerzos, periodo suficiente para que las ilusiones que motivaron sus *primeros pasos* fueran luego cuestionadas, producto de los desencantos que producía la crisis de las *ideologías “RE”* -ante las dificultades, pocos resultados y la desazón que tiene pretender *enseñar a vivir en libertad sin libertad*⁴²⁵, con más razón sino se aseguraba una inversión económica suficiente para solventar los programas de atención y cuando se asume que atender el fenómeno de la delincuencia, es solo responsabilidad de las instituciones penitenciarias y no de toda la sociedad-.

En fin, el Código Penal nace producto de buenas intenciones y una serie de lógicas contradicciones⁴²⁶ surgidas en el transcurso de su dilatada elaboración en un contexto de transformación social, económica y jurídica –el paso de un régimen dictatorial a una monarquía parlamentaria y la

⁴²⁵ Algo tan paradójico como puede ser aprender a manejar sin vehículo o dar lecciones de natación fuera del agua.

⁴²⁶ Al respecto, LÓPEZ PEREGRÍN, “¿Lucha contra la criminalidad mediante el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas?”, *cit.*, pp.2-20.

incorporación de la sociedad democrática española al espacio de la Unión Europea-. Con todo en 1995 se logra el consenso para la aprobación del texto jurídico al que debe reconocerse el mérito de procurar la finalidad resocializadora o al menos la no desocialización del individuo, para lo que impone un *límite mínimo a la pena de prisión* –recurriéndose a las penas alternativas como el *arresto de fin de semana, el trabajo en beneficio de la comunidad* o la *multa* para atender las infracciones que no requirieran una sanción superior a los seis meses, considerando el poco efecto reeducativo que puede lograrse en un plazo menor y las graves consecuencias desocializadoras que significaría al individuo, especialmente por la pérdida del trabajo y los efectos sobre el grupo familiar. Se mantiene el *monto máximo de la pena* en función de evitar sanciones perpetuas o de tal magnitud que obstaculicen la finalidad resocializadora de la sanción, con un límite general de *veinte años* de prisión que solo por excepción podría elevarse al máximo de treinta años. Con el mismo objetivo se establece límites a las sanciones tratándose de delitos cometidos en concurso real, procurando un equilibrio entre la finalidad retributiva de la pena y el objetivo resocializador, estableciéndose que el máximo de cumplimiento efectivo en esos casos no podría exceder el triple de la pena más grave impuesta ni el máximo legal de los veinte o treinta años de prisión –según el caso-⁴²⁷.

Este Código significó una renovación del Derecho penal sustantivo y también marca un proceso de transformación del Derecho penitenciario español.

⁴²⁷ Al respecto MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, 7ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 464, 538-539.

Entre sus más destacados efectos en materia penitenciaria, a partir de esta normativa el beneficio de libertad condicional se asigna como una competencia del juez de vigilancia penitenciaria -anteriormente era una decisión administrativa- y por otro lado, la derogatoria del beneficio de *redención de penas por trabajo*, lo que sí constituyó una pérdida significativa dentro del régimen penitenciario y genera un enorme incremento de la población penal⁴²⁸. Y es que si bien el Código Penal de 1995 mantuvo el límite de 30 años de prisión que tenía el Código “*franquista*” y formalmente no se da un aumento, desde la práctica sí se produce ese efecto pues al eliminarse la redención de penas por trabajo se suprimió la reducción de un tercio de las condenas. Esta situación supuso un grave endurecimiento de las sanciones previstas pues los nuevos montos establecidos no se rebajaron de manera proporcional a la supresión del beneficio.⁴²⁹

⁴²⁸ La información estadística señala que la población penitenciaria española aumentó de 1996 al 2006 de 112 a 141 reclusos por cien mil habitantes, que en números precisos significa un incremento de 44312 a 66248 personas, conforme a una investigación que en sus conclusiones señala: “*En síntesis, de acuerdo a los datos anteriores parece correcto el diagnóstico del GEPC [Grupo de Estudios de Política Criminal] en el sentido de que ha sido el endurecimiento de las penas producido por el CP 1995 –en el doble sentido de penas nominalmente más elevadas para determinados delitos y de la eliminación de la redención de penas por el trabajo –principal responsable de que se haya producido este importante incremento de la población reclusa entre 1996 y 2006*”, (CID MOLINÉ, José, “El incremento de la población reclusa en España entre 1996 -2006: diagnóstico y remedios”, en *Revista española de investigación criminológica*, N^o 6 (2008), p. 6, disponible en www.criminología.net). En el mismo sentido señala LÓPEZ PEREGRÍN que las estadísticas demuestran que a pesar de que en los últimos años han disminuido los ingresos a prisión ha aumentado el número de presos, lo que confirma que el Código Penal de 1995 resultó más duro que el anterior. LÓPEZ PEREGRÍN, “¿Lucha contra la criminalidad mediante el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas?, *cit.*, p. 6. En el 2009 la población privada de libertad es de 74465 personas, alcanzando España la tasa más alta de la Unión Europea con 161 personas por 100000 habitantes, conforme lo expone DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, “¿Necesitamos endurecer las penas?”, en *La Vanguardia*, 8 de mayo del 2009, disponible en www.lavanguardia.es Información estadística actualizada de la población penal en España en www.mir.es/instpen

⁴²⁹ LÓPEZ PEREGRÍN, “¿Lucha contra la criminalidad mediante el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas?”, *cit.*, p. 12.

La derogación de la redención de penas por el trabajo en gran parte respondió a que funcionaba de forma automática y sin constatar o verificar la prestación efectiva del trabajo lo que resultaba una práctica anómala que requería una solución. Sin embargo, su simple derogación sin substitución del beneficio no parece una intervención adecuada y como señalamos ha generado un aumento significativo del encierro.

Sobre ese marco normativo se produce en el año 2003 una serie de reformas que repentinamente modifican la dinámica y las reglas de la ejecución penal y que consideramos importante analizar y sistematizar a efecto de poder valorar el estado actual y el rumbo del Derecho penitenciario en España.

2.- Sobre el “torrente” de reformas legales del 2003.

La serie de reformas aludidas es de gran relevancia y se genera concretamente a través de las siguientes leyes:

- **Ley Orgánica 5/2003, de 27 de mayo, por la que se modifican la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, y la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y de Planta Judicial.**
- **La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio,** de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas.
- **La Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre,** de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

- **La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre**, reforma Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal.

El contenido de las distintas leyes permite identificar tres objetivos principales en el movimiento reformador: “**el incremento del encierro**” –con el aumento de las sanciones y del máximo legal, así como con la ampliación del abanico punitivo-; el “*endurecimiento del encierro*” –que se asegura a través de la restricción de los beneficios penitenciarios- y por último, la incorporación de “*un encierro de excepción*” para terroristas y miembros de organizaciones criminales. Encontramos también al menos, aunque como excepción, la incorporación de algunas medidas alternativas al encierro.

a) Sobre el incremento del encierro:

Como ejemplos de este objetivo podemos señalar las reformas al Código Penal de 1995, el que entre otros fue sometido a las siguientes modificaciones:

- Adición de toda una serie de nuevos delitos sobre todo en materia ambiental, de violencia doméstica y propiedad intelectual -en función supuestamente de atender necesidades actuales y brindar una respuesta más efectiva a la realidad delictiva-.

- Se agrava la sanción de los multireincidentes y los delincuentes habituales. Por un lado se incorpora con la reforma al artículo 66 del Código Penal una especie de “*modalidad cualificada de la agravante de reincidencia*”, estableciéndose la posibilidad de aplicar una pena superior en grado a la prevista en la ley, en los casos de condenatorias a sujetos con tres condenatorias

anteriores por delitos del mismo título y naturaleza.⁴³⁰ Y por otro, al estilo de las leyes norteamericanas de *Three strikes and you're out* o de la *Tolerancia cero* incorpora el legislador español una nueva figura jurídica a través de la cual, una cuarta falta de la misma naturaleza en un año se castiga como delito, en los casos de lesiones, hurto menor y hurto de uso de vehículo (reforma a los artículos 147, 234 y 244 del Código Penal con relación a los numerales 617, 623.1 y 623.3 del mismo cuerpo normativo). Una especie de responsabilidad penal híbrida entre falta y delito donde parece que la intención es convertir la cuarta falta en delito considerando incluso el monto de infracciones previas, porque sumadas junto a la cuarta infracción deben alcanzar el monto correspondiente para configurar un delito. Un evidente quebranto al principio de que nadie puede ser sancionado dos veces por un mismo hecho, pues nótese que como elemento de tipicidad del nuevo delito se establece que la suma del acumulado de las infracciones supere el monto mínimo de la figura delictiva.⁴³¹

- Reforma parcial al sistema de penas: se reduce el mínimo legal de la pena de seis meses a los tres meses –lo que significa un evidente esfuerzo de expansión de la pena de prisión que de esta forma termina atendiendo asuntos de menor gravedad y trascendencia-; se suprime la pena de arresto de fin de

⁴³⁰ Al respecto, MIR PUIG, Santiago y ALCÁCER GUIRAO, Rafael, "Cambio de orientación en la política criminal española: últimas reformas del Código Penal", en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu y MIR PUIG, Santiago (directores), *Política Criminal y reforma penal*, Madrid, Edisofer, 2007, p. 112. Sobre las críticas a la reincidencia como elemento a considerar al momento de determinación de la pena, CALLE RODRÍGUEZ, María Victoria, "Reincidencia. Problemática jurídico y criminológica, en *La ley. Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, N° 32 (2006), pp. 15-24; AGUADO LÓPEZ, Sara, *La multirreincidencia y la conversión de faltas en delito: problemas constitucionales y alternativas político-criminales*, Madrid, Iustel, 2008, pp. 33-104.

⁴³¹ Según la exposición de motivos de la Ley 11/2003 esta técnica es una muestra de la lucha por mejorar los mecanismos punitivos contra la "delincuencia profesionalizada". Consideramos que esta nebulosa figura jurídica lo único que evidencia es el desbordamiento desmedido de las garantías penales y una muestra de las leyes contemporáneas propias de un Derecho penal de autor que no reúne ni siquiera un mínimo de razonabilidad jurídica. Al respecto consultar a AGUADO LÓPEZ, *La multirreincidencia y la conversión de faltas en delito...*, cit., p. 142.

semana, sustituyéndola por penas de privativas de libertad de corta duración⁴³² y se incorpora una nueva modalidad de pena en materia de faltas: la localización permanente.

- Aumento del máximo legal de las penas a cuarenta años, conforme al artículo 76:

“No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de 20 años. Excepcionalmente, ese límite máximo será: a) De 25 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión de hasta 20 años. b) De 30 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena superior a 20 años. c) De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos graves y, al menos, dos de ellos estén castigados por la ley con pena de prisión superior a 20 años. d) De 40 años, 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 20 años. 2. La limitación se aplicará aunque las penas se hayan

⁴³² Nótese como esta reforma vivo a derogar el equilibrio entre retribución y resocialización que destacamos en el Código Penal de 1995, ignorando las consideraciones sobre lo nocivo de las penas menores a seis meses de prisión y extendiendo el monto máximo de la pena hasta cuarenta años de prisión sin considerar el efecto excluyente y totalmente desocializador de una pena de esa magnitud. Sin lugar a dudas un retroceso o involución en la materia penal en España.

impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión o el momento de su comisión, pudieran haberse enjuiciado en uno sólo”.

De esta manera se dictan nuevas reglas para la fijación de la pena, ya que conforme al artículo 76 del Código Penal tratándose de delitos en concurso real, cuando al menos dos de los delitos cometidos estén sancionados con pena superior a veinte años, el máximo legal será de cuarenta años de prisión. Sin lugar a dudas una clara forma de neutralización mediante *“la separación definitiva del individuo respecto a la sociedad”*⁴³³.

Resulta curioso que en la misma exposición de motivos que dio base a esta reforma, se señala que un monto de esta naturaleza pareciera producir un vacío de principios constitucionales, sin embargo, aún así pretenden justificar la medida. Como apunta RIOS MARTÍN refiriéndose a otra polémica en materia penitenciaria pero donde se aplica la misma técnica, *“la mera declaración formal de intenciones quiere suplantar la auténtica realidad”*⁴³⁴. Y es que la propia exposición de motivos de la LO 7/2003, de 30 de junio, dispone:

“La reforma supone ampliar el límite máximo de cumplimiento de penas a 40 años, desde el respeto escrupuloso al principio de que el cumplimiento de todas las penas correspondientes a todos los delitos cometidos por el mismo autor podría privar en algunos supuestos de efectos a los principios constitucionales de cumplimiento de penas. Sin embargo, también es cierto que existen determinados delitos por su especial gravedad, la naturaleza del bien

⁴³³ LÓPEZ PEREGRÍN, “¿Lucha contra la criminalidad mediante el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas?, *cit.*, p. 3.

⁴³⁴ RIOS MARTÍN, Julián y CABRERA CABRERA, Pedro José, *Mirando al abismo. El régimen cerrado*, Madrid, Universidad Pontificia Comillas-Fundación Santa María, 2002, p. 70.

jurídico lesionado, la reincidencia con que los cometen sus autores, así como por el hecho de que puedan llevarse a cabo por bandas organizadas con el único fin de subvertir el orden constitucional, alterar gravemente la paz pública o atemorizar con estos fines a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional, exigen una respuesta más contundente del ordenamiento jurídico penal. Más cuando, en la práctica, las reglas que el Código Penal estableció con el fin constitucional de dar cumplimiento a principios generales del ordenamiento penal, se están utilizando, precisamente, para vulnerar dichos principios, convirtiéndose en instrumentos que los terroristas utilizan en su beneficio en su constante vulneración de las reglas y principios del Estado de Derecho” -la negrita no es del original-.

Valga señalar que al informar el Consejo General del Poder Judicial sobre el anteproyecto de Ley que proponía esta modificación legal, esa autoridad dio un aval al incremento en esta magnitud del monto máximo de la sanción penal bajo una argumentación que no podemos compartir y que muestra que la demanda social de más represión es atendida en todas las instancias, o al menos, que no hay instancia formal que la cuestione firmemente y se le resista. Y es que, por ejemplo, se hace alusión a que es válido el aumento del límite de la sanción penal porque los ordenamientos del entorno europeo aplican la cadena perpetua, sin que haya incompatibilidad con sus Constituciones; y se trata de ordenamientos con valores y principios básicos en común con el español. Lástima que no hubiese entrado el Consejo a analizar los límites que la *cadena perpetua* tiene en los países del entorno y comparar si una pena de hasta cuarenta años y prácticamente sin beneficios es o no más gravosa que esa sanción que imponen los vecinos. Es curioso también que el Consejo General del Poder Judicial advierta de manera expresa en su informe de los efectos nocivos de las penas de larga duración –superiores a quince o veinte años- pero

termine calificando como políticamente correcto y ajustado al orden constitucional, establecer penas de hasta cuarenta años de prisión. Al menos sí señalaron que era necesario, tratándose de condenas de terrorismo o delincuencia organizada, regular y distinguir la situación de estos privados de libertad cuando alcanzan la rehabilitación social, aunque a los efectos la solución establecida por el legislador –incisos a y b del artículo 78- más parece procurar argumentos formales para evitar cuestionamientos de constitucionalidad que brindar efectivamente posibilidades reales y razonables de reinserción social.

La Fiscalía General del Estado también se pronunció sobre la propuesta legal, señalando que el nuevo tope de la pena es “*claramente compatible con que la forma de cumplimiento siga una orientación encaminada a la rehabilitación y a la reinserción social*”⁴³⁵, que además la solución es buena porque se requiere una respuesta más intensa del ordenamiento jurídico y con ese aumento no se rompe la filosofía del precepto anterior, porque de lo que se trata es de establecer un límite “*que evite que en casos de acumulación de condenadas la pena final se multiplique llegando a cifras de cumplimiento inadmisibles en atención a los principios de resocialización y reeducación*”⁴³⁶. Lástima que no se fundamentara el pronunciamiento, porque no logramos comprender de qué manera puede tildarse de compatible la imposición de penas prácticamente sin beneficios por un período de hasta 40 años, con la orientación prioritaria de reinserción de la sanción privativa de libertad.

⁴³⁵ Informe de la Fiscalía General del Estado al anteproyecto de Ley Orgánica de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, p. 224.

⁴³⁶ Informe de la Fiscalía General del Estado al anteproyecto de Ley Orgánica de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, p. 223. La argumentación no requiere más comentario, su simple lectura crítica desviste la pobre y absurda justificación.

- Otro esfuerzo por un “*incremento del encierro*” puede observarse tratándose de sentencias condenatorias donde se haya aplicado las reglas del concurso real de delitos –la pena no puede exceder del triple de la pena mayor impuesta–:

“Art. 78. 1. Si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el apartado 1 el artículo 76 la pena a cumplir resultare inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el juez o tribunal sentenciador podrá acordar que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo definitivo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias. 2. Dicho acuerdo será 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. 3. En estos casos, 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. Si se tratase 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, y atendiendo a la suma total de las penas impuestas, la anterior posibilidad 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.”

De esta manera, si el monto de la pena resulta inferior a la mitad de la totalidad de penas impuestas, el juez o tribunal sentenciador podrá acordar que los beneficios penitenciarios, permisos de salida, clasificación en tercer grado y el cómputo del tiempo para la libertad condicional, se referirán a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias. Ya esta regla se establecía en el Código Penal pero ahora incluye los permisos de salida y el tercer grado. Además, antes la restricción era en todos los casos potestativa en cambio ahora, conforme al párrafo segundo del mismo numeral, es preceptiva cuando el límite de la pena se haya establecido en veinticinco años o más y ese monto no alcance la mitad del total de las penas. Esta nueva fórmula legal sin lugar a dudas *rompe con el tradicional objetivo de la limitación de las penas* –evitar la existencia de penas inhumanas-. Una forma nada disimulada de procurar un encierro perpetuo y la renuncia a los procesos de semilibertad⁴³⁷ que exige la orientación prioritaria de la pena a la reinserción social y las normas internacionales de la materia.

De esta forma, en España se imponen penas que sobrepasan los montos máximos bajo los que se comprende figuras como la “*cadena perpetua*” en países vecinos como Italia, Austria, Alemania o Francia aunque formalmente en España no existe una pena de una *denominación* tan gravosa como esa⁴³⁸. La

⁴³⁷ “La regulación vigente y la reforma que ha traído, constituyen un triunfo de concesiones de los sentimientos retributivos y de venganza alimentados demagógicamente. La eliminación de facto de situaciones de semilibertad orientadas a la reinserción social supone, en la práctica, la introducción de la pena perpetua que, por definición, contradice dicha orientación constitucional de las penas. Cuarenta años de libertad condicional sin ni quiera permisos de salida es una pena superior a la cadena perpetua de otros Ordenamientos europeos (Alemania o Austria) en los que se puede obtener la libertad condicional tras cumplir quince años.”, (MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho penal...*, cit, p. 542).

⁴³⁸ A la misma conclusión llegaba la doctrina cuando el tope máximo aún ni siquiera había alcanzado los cuarenta años, señalando el contrasentido de que la pena perpetua de los vecinos europeos “es una pena más corta que nuestra ‘temporal’ pena de privación de libertad”, (ALVAREZ GARCÍA, *Consideraciones sobre los fines de la pena ...*, cit.,, pp.84-85).

restricción sin lugar a dudas significa la incorporación de facto, al ordenamiento jurídico español, de la cadena perpetua.

Esta limitación no resulta fácilmente sostenible desde la óptica constitucional española, porque imponer el cumplimiento íntegro, efectivo y sin beneficios hasta por un plazo de cuarenta años, sin lugar a dudas significa sepultar cualquier eventual finalidad resocializadora o de reinserción social de la pena⁴³⁹. Valga señalar que la norma establece la posibilidad de que, previo pronóstico favorable, se levante la restricción y se aplique el régimen general de cumplimiento, aunque a los efectos, tratándose de terrorismo u organizaciones criminales ha de haberse descontado cuatro quintas parte del límite máximo de cumplimiento –para la procedencia del tercer grado- o siete octavos –para la libertad condicional-.

Ahora bien, esta reforma legal resuelve la situación para la diversidad de sentencias condenatorias por hechos cometidos con posterioridad a la vigencia del Código Penal de 1995, sin embargo parece que desde la interpretación judicial se pretende imponer la misma solución tratándose de sentencias por hechos anteriores a esa reforma.

Y es que los Tribunales de Justicia, respondiendo a las demandas punitivistas, también comienzan a ceder y a complacer con sus interpretaciones

⁴³⁹ “¿A quién interesa resocializarse o no desocializarse tras una condena de 40 años?”, PACHECO DE CARVALHO, “El ciudadano, el terrorista y el enemigo”, *cit.* En el mismo sentido -aunque refiriéndose a la aplicación de medidas de seguridad a imputables- concluye HERRERA MORENO para quien la inocuización como fin exclusivo no es sostenible desde el ordenamiento jurídico constitucional: “...nunca la Constitución española admitiría el integral sacrificio de los fines rehabilitadores en aras de la exclusividad del objetivo inocuizador”, HERRERA MORENO, *Publicidad y control...*, *cit.*, p. 131.

a la opinión pública –u opinión publicada⁴⁴⁰-, de tal manera que la prolongación del encierro, la flexibilización de las garantías y la *perversión* de los principios se logra no sólo a través de nuevas leyes sino incluso mediante la práctica judicial⁴⁴¹. Una muestra evidente es el controvertido caso de la DOCTRINA PAROT, nombre con el que se ha denominado la solución brindada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, al caso del terrorista Henri Parot Navarro⁴⁴².

⁴⁴⁰ Las reformas penales se presentan en general desde su propia exposición de motivos –LO 7/2003 y LO 15/2003- como la respuesta a la acuciante preocupación social por una mayor protección a través de las penas sin embargo como apunta la doctrina, carecen en realidad de un estudio científico de la opinión pública y sus demandas. Por otro lado no debemos omitir referirnos a la existencia de estudios que reflejan que la sociedad también demanda medidas alternativas a la prisión y más que severidad lo que exige es mayor eficacia del sistema y el combate de las causas sociales generadoras del delito. Incluso una investigación concluye que realmente la sociedad en España no tiene la prisión como su opción preferida y a pesar de su alta tasa de encarcelamiento presenta actitudes punitivas de baja escala lo que desmiente la imagen de la sociedad española como punitiva. (VARONA GÓMEZ, Daniel, “¿Somos los españoles punitivos? Actitudes punitivas y reforma penal en España?”, en *InDret*, 1/2009, p. 23, disponible en <http://www.indret.com>, consultado el 2 de mayo del 2009). En el mismo sentido y sobre la formación de la opinión pública y la influencia de los medios de comunicación, FUENTES OSORIO, Juan, “Los medios de comunicación y derecho penal”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 07 (2005), disponible en <http://criminnet.ugr.es/recpc/>, consultado el 2 de mayo del 2009; SOTO NAVARRO, Susana, “La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, N° 97-09 (2005), disponible en <http://criminnet.ugr.es/recpc/>; LLOBET ANGUÍ, Mariona, “La ficticia realidad modificada por la Ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas y sus perversas consecuencias”, cit., pp. 1-36; GARCÍA ARÁN, Mercedes y BOTELLA CORRAL, Joan (directores), *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 15-237.

⁴⁴¹ La misma conclusión la comparte GONZÁLEZ CUSSAC quien señala que la idea de seguridad marca la política criminal moderna y que ese argumento tiene incidencia en las reformas legislativas y también en dóciles giros jurisprudenciales hacia interpretaciones más severas, GONZÁLEZ CUSSAC, “El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del estado de Derecho: la doctrina del derecho penal del enemigo”, cit., p. 54. Señala por su parte ALVAREZ GARCÍA que el “*desarme del Estado*” en materia penal se genera con modificaciones legales y peor aún, mediante interpretaciones judiciales de lo que denomina una “*justicia defensiva*”, (GARCÍA ALVAREZ, Francisco Javier, “El nuevo modelo de política criminal”, en *Jueces para la democracia*, N° 57 (2006), p. 22).

⁴⁴² STS 197/2006, de 28 de febrero. Esta sentencia marca un cambio jurisprudencial sobre la situación de las personas sentenciadas con la normativa penal de 1973, conforme a la cual se interpretaba que tratándose de delitos en concurso material, establecido el límite máximo de la pena resulta una unidad punitiva resultante o una especie de refundición o transformación en una única pena a descontar a partir de la cual se calculan los beneficios penitenciarios y la redención de penas. Ahora en sentido contrario se establece que esa unidad no se produce sino que las sentencias conservan su individualidad y procede su cumplimiento sucesivo por lo que

Del análisis de esa sentencia se evidencia en la integración del Tribunal la presencia de diferentes posiciones ideológicas y la penetración de la doctrina del Derecho penal del enemigo en el razonamiento del voto de mayoría⁴⁴³, porque a efecto de justificar el cambio jurisprudencial se flexibilizan las garantías y los límites de la actividad punitiva acudiendo a la reinterpretación de principios constitucionales e invocando principios no destacados anteriormente, como por ejemplo se señala que “*el principio de humanidad estará siempre del lado de las víctimas*” y se hace referencia al “*principio constitucional de cumplimiento de las penas*”, todo con el evidente fin de atender la ansiedad social generada por los medios de comunicación ante la aproximación del egreso de Parot Navarro al aplicársele las normas del concurso de delitos y la redención de penas por trabajo. Así lo señala el voto particular de tres de los magistrados del propio Tribunal, quienes discrepan señalando que el voto de mayoría produce una alteración drástica o una reescritura de la norma, para de manera forzada, aplicar al individuo el régimen vigente en la actualidad, con las nuevas disposiciones del artículo 78 del Código Penal de 1995, marcando sin una fundamentación suficiente un giro interpretativo desfavorable, restrictivo de derechos y violatorio del principio de igualdad y la irretroactividad de las leyes

los beneficios se computan sobre cada una de las penas. Un análisis pormenorizado de este asunto, sus antecedentes y algunas observaciones legales y constitucionales, en CUERDA RIEZU, Antonio, “El concurso real y la acumulación de penas en la sentencia del Tribunal Supremo 197/2006, de 28 de febrero, relativa al caso Henri Parot. Observaciones legales y constitucionales”, en *Nuevas posiciones de la dogmática jurídica-penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, N° VII, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2006, pp. 217-295. En el mismo sentido, MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, “Apuntes de urgencia sobre la sentencia del Tribunal Supremo en relación con el denominado ‘caso Parot’”, en *La ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y doctrina*, N° 2 (2006), pp. 1325-1327.

⁴⁴³ “A la vista de resoluciones como la citada, parece que la cruda realidad de Jakobs no se detiene en la mera legalidad, sino que se extiende a la interpretación que de ella hacen algunos tribunales, especialmente dispuestos a cambiar sus interpretaciones, sostenidas durante años, tan pronto como tienen ante ellos a quien la opinión pública considera un auténtico “enemigo”, (GONZÁLEZ FRANCO, José Ángel y RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, “La refundición de penas en el derecho penal vigente (A propósito del caso ‘Henri Parot’”, en *La Ley penal, Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, N° 39 (2007), pp. 88-92).

desfavorables⁴⁴⁴. Sin duda alguna como lo describe RIVERA BEIRAS, una forma encubierta, desde la interpretación judicial, de dar aplicación retroactiva a una ley penal desfavorable⁴⁴⁵. En palabras del voto de minoría:

*“Es claro que tal giro interpretativo tiene que ver con la llamativa singularidad del caso concreto, es decir, con el sanguinario historial del recurrente y su cruel autocomplacencia en lo realizado. Y que tampoco es ajeno al comprensible eco de ambos factores en los medios de comunicación y en la opinión. Pero ni siquiera tales circunstancias pueden justificar una quiebra de los parámetros de aplicación del derecho que constituyen la normalidad de la jurisprudencia. Por un imperativo de estricta legalidad, e incluso –si es que aquí pudiera contar– por las mejores razones de política criminal. Pues, como nadie ignora, una práctica común en la estrategia de las organizaciones terroristas consiste en inducir al Estado de derecho a entrar en esa destructiva forma de conflicto consigo mismo que representa el recurso a medidas excepcionales”.*⁴⁴⁶

b) Sobre el endurecimiento del encierro:

Del análisis del conjunto de las reformas legales, resulta evidente la intención legislativa de endurecer el régimen penitenciario y reducir las posibilidades de egreso de los presos.

⁴⁴⁴Coincidiendo con la posición del voto particular respecto a la aplicación retroactiva en perjuicio, REDONDO HERMIDA, Álvaro, “El cambio jurisprudencial en materia de redención de penas. Comentario a la STS de 28 de febrero de 2006 (Caso Parot)”, en La Ley penal. Revista de derecho penal, procesal y penitenciario, N° 27 (2006), pp. 121-126.

⁴⁴⁵ RIVERA BEIRAS, Iñaki, *La cuestión carcelaria. Historia, epistemología, derecho y política penitenciaria*, 2ª edición, Buenos Aires, Editorial del Puerto, 2008, Vº II, pp. 476-479.

⁴⁴⁶ Voto particular de los Magistrados José Antonio Martín Pallín, Joaquín Gimenez García y Perfecto Andrés Ibañez, STS 197/2006, 28 de febrero.

- La mejor muestra de este objetivo está en la incorporación del denominado *periodo de seguridad* en el artículo 36 del Código Penal –Ley 7/2003 de 30 de junio-.

Esta nueva figura exige la permanencia del privado de libertad por un determinado periodo bajo los regímenes ordinarios o más restrictivos de previo a disfrutar de un régimen abierto. Se trata entonces de una especie de mecanismo que “*congela*” o *paraliza* las posibilidades de progresión del sujeto dentro del régimen penitenciario asegurando su ubicación en los niveles de mayor contención, al margen de sus condiciones y circunstancias.⁴⁴⁷

Antes de la reforma legal, la valoración del sujeto, sus condiciones individuales y sociales, así como la evolución de su tratamiento era lo que determinaba la ubicación penitenciaria. Ahora tratándose de penas graves – mayores de cinco años- lo que impera y determina la ubicación penitenciaria durante la primera mitad de la sanción, es únicamente una razón imperativa y automática de seguridad –sin sustento fáctico y apriorísticamente establecida- conforme a la cual el sujeto no podrá ser ubicado en un régimen abierto.

“Art. 36:... 2. 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”

⁴⁴⁷ BAUTISTA SAMANIEGO, Carlos, “Periodo de seguridad y crimen organizado”, en CASTRO ANTONIO, José Luis (director), *Derecho penitenciario: incidencias de las nuevas modificaciones, Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2006, p.147.

La restricción se impone como un *evidente y confesado desprecio por los beneficios penitenciarios*, conforme lo declara el legislador en la exposición de motivos:

*“...el sistema de progresión de grados, permisos, régimen abierto y concesión de libertad condicional puede hacer que la pena prevista por el Código Penal y fijada en sentencia quede muy distante de la efectivamente cumplida. A fin de resolver esta situación, al menos en lo tocante a los delitos de mayor gravedad, se establece en el artículo 36 del Código Penal la precisión de que, cuando se imponga una pena de prisión superior a cinco años, el condenado no podrá ser clasificado en tercer grado hasta haber cumplido la mitad de la pena.”*⁴⁴⁸

Pareciera que existe la idea de que bajo modalidades abiertas –como el tercer grado o la libertad condicional- la pena privativa de libertad no se cumple⁴⁴⁹, cuando estos otros institutos son solo una modalidad diferente de descontar la sanción penal y donde, aunque en menor grado, el individuo sigue privado de su libertad, sujeto a determinadas condiciones, obligaciones y al control de las autoridades administrativas⁴⁵⁰.

⁴⁴⁸ Exposición de motivos, LO 7/2003, de 30 de junio.

⁴⁴⁹ Como comenta TELLEZ AGUILERA en relación con la Ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas: “Ya sólo la pretensión del nomen legis parece dar a entender que hasta ahora las penas no se cumplían ni íntegra ni efectivamente; que el disfrute en régimen abierto o la libertad condicional no es cumplir la pena”, (TELLEZ AGUILERA, Abel, “La ley de cumplimiento íntegro y efectos de las penas: una nota de urgencia”, en *La ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N° 4 (2003), p. 1641).

⁴⁵⁰ GARCÍA ALBERO señala que es insostenible la premisa de que el cumplimiento en tercer grado o bajo libertad condicional, no constituyen formas de cumplimiento de la sanción privativa de libertad. Así en GARCÍA ALBERO y TAMARIT SUMALLA, *La Reforma de la Ejecución...*, cit., p. 35. En el mismo sentido, GARCÍA ARÁN, “La ejecución penitenciaria en una sociedad cambiante: hacia un nuevo modelo”, cit., pp. 5-14. Es interesante como incluso en la rúbrica de los artículos 80 y siguientes del Código Penal inicialmente la libertad condicional

De ningún modo la progresividad –permisos, régimen abierto o libertad condicional- significa una diferencia entre la sanción penal impuesta y la sanción efectivamente cumplida, porque privar a un individuo de libertad no es sinónimo de aislar tras barrotes o encerrar entre grandes muros. La clasificación en grados y la posterior progresión o regresión en grado no significa nunca una modificación o disminución cuantitativa de la pena impuesta –efecto este último que sí podía objetarse a la redención por trabajo-, sino sólo una modalidad diferente de cumplimiento y por lo tanto la razón invocada por el legislador español para la imposición del periodo de seguridad, sólo se explicaría por un desconocimiento de cómo funciona el sistema penitenciario o porque únicamente interesa tener en cuenta la percepción de ciertos sectores sociales –generada por falta de información y conocimiento- de que la progresividad significa la sustitución de la sanción por una pena más favorable⁴⁵¹.

La incorporación del “*periodo de seguridad*” dentro del régimen penitenciario –que formalmente por su naturaleza tenía que haberse regulado en la Ley Orgánica General Penitenciaria y no en el Código Penal⁴⁵²- significa

quedaba comprendida como un supuesto de sustitución de la pena, yerro que curiosamente fue subsanado con la reforma legal.

⁴⁵¹ La misma conclusión comparten GARCÍA ARÁN y PERES NETO, cuando analizando la influencia de los medios de comunicación en la construcción y legitimación de las reformas penales de 2003 señalan por ejemplo que el nombre de la Ley 07/2003 significa una concesión al lenguaje mediático porque el lenguaje lego ignora que el tercer grado y la libertad condicional son regímenes de cumplimiento y que desde que se derogó la redención de pena por el trabajo, todas las penas se cumplen íntegramente. (GARCÍA ARÁN, Mercedes y PERES NETO, Luiz, “Discursos mediáticos y reformas penales de 2003”, en GARCÍA ARÁN, Mercedes y BOTELLA CORRAL, *Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 164-166).

⁴⁵² En el mismo sentido, LÓPEZ PEREGRÍN, “¿Lucha contra la criminalidad mediante el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas?”, cit., p. 11. Y es que el periodo de seguridad es una restricción al régimen de cumplimiento de la pena y éste no se regula en el Código Penal sino en la Ley General Penitenciaria por lo que su ubicación en una normativa que no le corresponde lógicamente genera contradicciones.

una involución o regresión en el desarrollo del sistema penitenciario español⁴⁵³. Así es porque *contraviene por completo el sistema de individualización científica*⁴⁵⁴ establecido como novedad con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica General Penitenciaria⁴⁵⁵.

Con la reforma legal, tratándose de penas mayores de cinco años *queda derogado parcial e implícitamente el art. 72.4 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, conforme al cual nunca se mantendrá a un sujeto en un grado*

⁴⁵³ En sentido contrario, MARTÍNEZ ZANDUNDO, Fernando Ignacio, "El periodo de seguridad: Génesis y evolución. ¿Una vuelta al sistema progresivo?", en *Derecho penal online (revista de doctrina y jurisprudencia en línea)*, agosto, 2006, disponible en www.derechopenalonline.com. El autor se manifiesta a favor de la incorporación de esta figura y de las modificaciones producidas con la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, señalando que no constituye una regresión al régimen progresivo porque la misma ley autoriza a que el Juez de ejecución pueda desaplicar ese periodo de seguridad salvo tratándose de delincuencia organizada o terrorismo, restricción que considera válida porque el terrorismo requiere una respuesta efectiva que solo se logra a través de una ley aunque produzca una cierta diferenciación respecto a otros fenómenos delincuenciales. Además como argumento a favor del periodo de seguridad señala que no es una figura ajena al entorno europeo pues existe en Italia y Francia y por lo tanto su introducción está plenamente justificada y es plausible. No son convincentes sus argumentos de defensa: que la figura exista en un país europeo no legitima su incorporación a otro y un juicio de legitimación requiere más un análisis específico de constitucionalidad, oportunidad y eficacia. Por otro lado, la especialidad que tiene un fenómeno como el terrorismo no justifica la desaplicación de derechos reconocidos por la norma constitucional sin distinción. Finalmente si bien es cierto que el juez puede desaplicar en algunos casos la aplicación del periodo de seguridad y con la reforma legal no se impone un régimen de progresividad absoluto, es innegable que las reformas del 2003 significan un menoscabo al sistema de *individualización científica* y un retorno al pasado.

⁴⁵⁴ Señala la doctrina que estas modificaciones vienen a orillar o disminuir el sistema de individualización científica a través del bloqueo sistemático de instituciones jurídico-penitenciarias que daban paso a regímenes semi abiertos (tercer grado) o abiertos (libertad condicional, al respecto, LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, "Delitos de terrorismo y reformas penitenciarias (1996-2004): un golpe de timón y correcciones de rumbo ¿hacia dónde?", en CANCIO MELIÁ, Manuel y GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (coordinadores), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid, Edisofer, 2006, Vº 2, pp. 165-202.

⁴⁵⁵ Casi por unanimidad la doctrina visualiza esta modificación como una ruptura con el sistema de individualización científica. (BAUTISTA SAMANIEGO, Carlos, "Período de seguridad y crimen organizado", en CASTRO ANTONIO, Antonio, *Derecho penitenciario: incidencias de las nuevas modificaciones*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2006, pp.146-147).

*inferior cuando por la evolución de su tratamiento corresponda un nivel de menor contención*⁴⁵⁶.

Cuando se pronunció sobre esta propuesta de reforma, el Consejo General del Poder Judicial avaló la incorporación del *período de seguridad* señalando que es válido matizar –entiéndase *menoscabar*- la flexibilidad de la individualización científica al amparo de tutelar otras finalidades de la pena y ante delitos “*especialmente graves*”⁴⁵⁷. Parece así que la autoridad rectora del Poder Judicial no observó que la restricción se proponía no para unos delitos especialmente graves sino para todos los delitos con pena superior a cinco años de prisión, que dicho sea de paso son una larga lista de delitos conforme a las penas que contiene el Código Penal. La Fiscalía General del Estado también se mostró complaciente con la incorporación de esta nueva figura señalando únicamente –en el mismo sentido que lo advirtió el Consejo General del Poder Judicial- que la regulación de estas nuevas condiciones para disfrutar el tercer grado, por constituir parámetros de individualización de la pena en su fase de ejecución, deberían regularse en la Ley Orgánica General Penitenciaria y no en el Código Penal⁴⁵⁸. En todo caso, el legislador ni limitó el periodo de seguridad

⁴⁵⁶ Para LEGANÉS GÓMEZ el periodo de seguridad es una figura ajena y extraña en la normativa penitenciaria y que resultaba innecesaria porque en la práctica no era habitual la clasificación directa en tercer grado tratándose de penas graves, por lo que considera que lo mejor es que fuera derogada. (LEGANÉS GÓMEZ, Santiago, *La clasificación penitenciaria: nuevo régimen jurídico*, 2ª edición, Madrid, Dykinson, 2008, p. 21).

⁴⁵⁷ Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, 26 de febrero del 2003, p.12, disponible en www.poderjudicial.es

⁴⁵⁸ Informe de la Fiscalía General del Estado al anteproyecto de Ley Orgánica de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, p. 220. Es interesante que en su definición se considere el periodo de seguridad como un parámetro de la individualización de la pena en la fase de ejecución porque por el contrario este instituto es un mecanismo para congelar las condiciones del encierro independientemente de las características personales y sociales del individuo y sus posibilidades de cumplir la sanción bajo un régimen más abierto, es decir un mecanismo para obstaculizar la flexibilidad de la individualización de la pena en la fase de ejecución.

a delitos especialmente graves ni reubicó la modificación legal, con lo que la restricción quedó establecida de forma genérica, afectando a un alto porcentaje de la población penal a pesar de que su propósito fundamental según la exposición de motivos era atacar el fenómeno terrorista, objetivo que en todo caso no ameritaba una modificación legal, porque desde la práctica se cumplía a cabalidad con una política penitenciaria especial contra la delincuencia del terrorismo, tanto que desde la promulgación de la Ley Orgánica General Penitenciaria a la fecha de la reforma ningún terrorista fue ubicado desde el inicio de la ejecución en régimen semi abierto⁴⁵⁹.

- Un *nuevo requisito* que endurece también el régimen de ejecución de las penas, se impone –también por Ley 7/2003- al exigir tanto para la ubicación en tercer grado como para disfrutar de la libertad condicional, la obligación de *satisfacer la responsabilidad civil* generada con el ilícito.

El artículo 72 inciso 5) de la Ley Orgánica General Penitenciaria establece con su reforma que para la progresión al tercer grado se requiere además de los requisitos establecidos en el Código Penal –vencido el periodo de seguridad tratándose de penas superiores a cinco años-, que se haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito conforme a los siguientes parámetros:

“[C]onsiderando 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

⁴⁵⁹LLOBET ANGUÍ, Mariona, “La ficticia realidad modificada por la Ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas y sus perversas consecuencias”, *cit.*, p. 8. Señala la autora que incluso, hasta el septiembre del 2003 la banda armada terrorista ETA no observaba los grados de clasificación penitenciaria y sus militantes no debían pedir el tercer grado ni la libertad condicional.

satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera; las garantías que le 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 algunos 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. 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.”

Bajo la misma dirección, los artículos 90, 91 y 93 del Código Penal que regulan la libertad condicional fueron objeto de reforma, manteniéndose como requisitos para la libertad condicional el estar ubicado en el tercer grado de tratamiento penitenciario y haber descontado al menos tres cuartas partes de la pena impuesta, pero se adicionó como requerimiento la satisfacción de la responsabilidad civil. Concretamente ordena el artículo 90:

“Se establece la libertad condicional en la pena privativa de libertad para aquellos sentenciados en quienes concurren las circunstancias siguientes: a) Que se encuentren en el tercer grado de tratamiento penitenciario. b) Que se haya extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta. c) Que hayan observado buena conducta y exista respecto de los sentenciados un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido en el informe final previsto en el artículo 67 de la Ley Orgánica General Penitenciaria. 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”

De esta forma, *por primera vez se introducen en las normas de Derecho penitenciario español disposiciones de orden patrimonial o pecuniario como requisitos determinantes de la progresividad* dentro del régimen de cumplimiento de la sanción privativa de libertad.

Esta nueva disposición resulta extraña en el espacio penitenciario porque hasta ahora, como señala CERVELLÓ DONDERIS, lo predominante venía siendo alcanzar la reinserción del individuo al margen del hecho cometido y la propia percepción de la víctima.⁴⁶⁰

Llama la atención que se imponga la satisfacción de la responsabilidad civil como un requisito general para la ubicación del privado de libertad en un régimen abierto, porque *se sujeta la potestad jurisdiccional a una situación pecuniaria y de interés privado*, lo que parece contravenir o *invertir la lógica del interés preponderante* y por lo tanto genera un inicial rechazo. Sin embargo, su incorporación en el ámbito penitenciario, podría considerarse pertinente tratándose de condenatorias por delitos de los llamados “de cuello blanco”⁴⁶¹, con un efectivo y relevante provecho económico, en la medida que se visualice como un mecanismo a través del cual el individuo asuma las consecuencias de

⁴⁶⁰ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, “Responsabilidad civil y tratamiento penitenciario”, en CASTRO ANTONIO, José Luis, *Derecho penitenciario: incidencias de las nuevas modificaciones*”, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2006, pp. 97-101.

⁴⁶¹ La conclusión es compartida por un amplio sector de la doctrina, señalándose por ejemplo que en delitos de terrorismo tendría sentido únicamente en el caso de delitos terroristas de daños o de extorsión. LLOBET ANGLÍ, Mariona, “La ficticia realidad modificada por la Ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas y sus perversas consecuencias”, *cit.*, p. 12.

sus actos, el perjuicio producido con sus acciones y la necesidad de resolver el conflicto social generado –al menos de forma simbólica⁴⁶². Sin embargo, su ámbito de aplicación es mucho más amplio.

La reforma refleja de manera expresa ese elemento característico de la política criminal contemporánea, cual es el protagonismo de la figura de la víctima⁴⁶³. Como anotamos, la reforma podría justificarse y tener sentido tratándose de determinados delitos, sin embargo de nuevo, cuando lo que debía atenderse una situación específica se termina imponiendo restricciones genéricas que como tales no tienen una explicación lógica ni se justifican.

Es curiosa la particular redacción del artículo 72.5 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, porque inicialmente establece la obligación de satisfacer la responsabilidad civil como un requisito general y luego se señala la aplicación singular de la norma tratándose de delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico de notoria gravedad con perjuicio a una generalidad de personas; delitos contra los derechos de los trabajadores; delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social y delitos contra la Administración Pública. Si el requisito es para todos, no se comprende que al mismo tiempo resulte especialmente aplicable en determinados casos,

⁴⁶² Interesante resulta la propuesta doctrinal para una comprensión de este requisito desde un enfoque resocializador, facilitando la participación del condenado en el tratamiento penitenciario procurando romper su desencuentro con la víctima y la sociedad, abriendo la prisión a espacios de mediación y conciliación entre las partes que podrían generar buenos resultados, CERVELLÓ DONDERIS, “Responsabilidad civil y tratamiento penitenciario”, *cit.*, pp.97-140. En el mismo sentido, LEGANÉS GÓMEZ, *La clasificación penitenciaria... cit.*, pp. 17-25.

⁴⁶³ CERVELLÓ DONDERIS, “Responsabilidad civil y tratamiento penitenciario”, *cit.*, pp. 99-101. La autora apunta a esta conclusión anotando además que es probable que la reforma obedezca al conocimiento de casos aislados de privados de libertad que han cometido delitos causando un grave perjuicio económico pero que al presentar un bajo nivel de peligrosidad social no han tenido dificultad para acceder al tercer grado del régimen penitenciarios; al avance del movimiento victimológico y a razones de prevención especial.

constituyendo la norma un claro ejemplo de leyes dictadas sin la atención y asesoría técnica necesaria, generando incertidumbre y contradicción en la práctica judicial y penitenciaria.⁴⁶⁴ Cabe destacar que, al menos, la normativa permite la posibilidad del pago futuro y la necesidad de valorar las condiciones personales y patrimoniales del responsable, porque lo contrario significaría acentuar la criminalización de la pobreza, al suprimir el acceso a niveles abiertos a sujetos sin capacidad económica⁴⁶⁵, lo que produciría una diferencia inadmisibles porque solo personas con determinada capacidad económica podrían disfrutar de los beneficios.

- Sobre la *libertad condicional y un informe favorable de Instituciones Penitenciarias*. Con la reforma al artículo 90 del Código Penal, se exige para otorgar la libertad condicional la existencia de un *pronóstico favorable de reinserción social emitido por la autoridad penitenciaria*. De esta manera, a diferencia de como antes estaba regulado, el informe debe ahora ser emitido necesariamente por el Sistema penitenciario (no admitiéndose, al menos *prima facie*, informes de instancias diferentes aportadas por el propio recluso). Y no sólo eso, sino que se exige un informe vinculante favorable, lo que parece una especie de prueba tasada. Resulta inadmisibles que en la apreciación *judicial* del pronóstico de vida en libertad se pretenda sujetar la autoridad del juez de vigilancia al criterio de la autoridad administrativa. Podemos justificar que el legislador requiera que el beneficio se resuelva con un informe de la autoridad penitenciaria, pues es ésta la que ha custodiado y acompañado al sujeto, sin embargo le corresponderá al juez valorar la prueba y deberá ser su decisión la

⁴⁶⁴ CERVELLÓ DONDERIS, "Responsabilidad civil y tratamiento penitenciario", *cit.*, p. 101-105. Se expone con detalle sobre las dificultades generadas con esta disposición y la serie de instrucciones emitidas desde la Administración Penitenciaria en relación con la misma.

⁴⁶⁵ CERVELLÓ DONDERIS, "Responsabilidad civil y tratamiento penitenciario", *cit.*, p. 103.

que determine la concesión o no del beneficio, sin resultar vinculante al efecto que la autoridad penitenciaria haya emitido un informe positivo o negativo.

- Otro ejemplo de las medidas que tienden a la restricción de beneficios penitenciarios está -bajo confesión expresa del legislador- en la *creación de los Juzgados Centrales de Vigilancia Penitenciaria*, con sede en la Comunidad Madrid y con competencia en todo el territorio nacional, para conocer de las causas que haya resuelto la Audiencia Nacional. Con ello se busca la unificación de criterios y salvar la disociación que supuestamente produciría el conocimiento de la causa por la Audiencia Nacional sin su seguimiento en la fase de ejecución, lo que podía disminuir una efectiva represión de la actividad delictiva:

“... la Ley Orgánica 6/1985... configura la Audiencia Nacional como un órgano con competencias específicas y cuya esencia es el establecimiento de un órgano que pueda instruir y enjuiciar determinados asuntos que, por sus especiales características de proyección territorial, complejidad en su realización, organización concertada para aquella o por su repercusión social, así lo justifiquen. Con la creación de este tribunal... se ha conseguido una situación de mayor eficacia y operatividad en la represión de los delitos cuya competencia les ha sido atribuida. No obstante lo anterior, la limitación de las competencias del citado órgano jurisdiccional a la instrucción y enjuiciamiento de los delitos, y en especial, la desconexión entre aquellas funciones judiciales y las de ejecución de las penas impuestas puede estar produciendo en la actualidad una disociación no deseada que menoscaba la eficacia general de la política criminal. Para abordar la situación descrita se hace preciso crear los Juzgados Centrales de Vigilancia Penitenciaria...”⁴⁶⁶

⁴⁶⁶ Exposición de motivos, LO 5/2003, de 27 de mayo.

El legislador pretende una mayor eficacia de la actividad represiva a través de esta reforma.⁴⁶⁷ Pareciera que en estos casos de gran trascendencia social o mucha gravedad, insiste el legislador en mantener más unida la fase de ejecución de la pena a la autoridad que conoció el asunto en la fase de juicio. Como apunta TERRADILLOS, sobre estos “*juzgados de vigilancia especiales*” pareciera que el paisaje se torna “*sombrío*”.⁴⁶⁸

La reforma refleja una desconfianza hacia los jueces de vigilancia penitenciaria y el deseo del legislador de mantener vinculada la ejecución de la pena al juez de sentencia, con lo que se procura un **enfoque más vindicativo** en la ejecución de la privación de libertad, donde las decisiones se mantengan ligadas a los hechos sancionados o a la sospecha de peligro, siempre mirando al pasado y tratándose de no desvincularse del mismo. Y es que el juez de vigilancia por su propia naturaleza orgánica y por el momento en que entra a participar en el proceso, se desprende en mayor grado de los hechos sancionados y su visión es más prospectiva, mira menos al pasado y observa más el presente (su desenvolvimiento en prisión, su reacción posterior al delito y el desarrollo de aptitudes para disfrutar de un régimen abierto y reincorporarse anticipadamente a la comunidad), así como las posibilidades del sujeto en el futuro, algo que parece desencanta al legislador.

⁴⁶⁷ Resulta interesante que en función de ese objetivo de mayor represión la medida sea concentrar el conocimiento de esos casos en un órgano adjunto a la Audiencia Nacional. Eso parece reflejar que el legislador tiene un concepto de ese órgano cual si fuera muy conservador y contrario al *régimen progresivo penitenciario*, sobre todo si consideramos que normalmente esta ideología del neopunitivismo y mayor control suele entrar en conflicto con el reconocimiento de garantías y derechos.

⁴⁶⁸ TERRADILLOS BASOCO, Juan M. “La constitución penal. Los derechos de la libertad”, en CAPELLA, Juan Ramón (editor), *Las sombras del sistema penal constitucional*, Madrid, Trotta, 2003, p. 374.

c) Sobre un encierro singular para terroristas, miembros de organizaciones criminales y otros enemigos:

En relación con las reformas legales y la constitución de un régimen *excepcional, desigual y paralelo* al régimen penitenciario ordinario, dirigido básicamente contra los terroristas y los miembros de organizaciones criminales, son varios y obvios los ejemplos que podemos exponer.

Para los enemigos se establecen condiciones de cumplimiento más gravosas en relación con el régimen ordinario de cumplimiento y cuando se establece a su favor un beneficio, normalmente éste lo que permite es alcanzar las condiciones del régimen ordinario o general.

Otras veces, frente a las restricciones genéricas para disfrutar determinados beneficios, en muchas ocasiones se autoriza al juez a no aplicar las mismas en los casos en que exista un pronóstico favorable pero de esa posibilidad por lo general se excluye a los “*enemigos*” independientemente de su pronóstico.

Y cuando de lo que se trata es de la posibilidad de disfrutar ventajas sobre las disposiciones generales del régimen ordinario –como disfrutar de un beneficio antes del plazo normalmente correspondiente- de rigor esa posibilidad se descarta tratándose de los “*enemigos*”.

- En materia de ubicación en tercer grado, con la reforma al artículo 36 del Código Penal y la incorporación del “*período de seguridad*” para los delitos mayores a cinco años se establece la obligación de permanecer en los niveles de mayor contención al menos hasta haber alcanzado la mitad de la pena. Esa

restricción sin embargo tiene su excepción pues el legislador establece que no regirá cuando se cuente con un pronóstico favorable de reinserción, *siempre que no se trate de delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales.*

- Otro ejemplo de este régimen desigual se encuentra en *las reglas de fijación o determinación de la pena*, donde como anotamos, se aumentó el máximo legal a cuarenta años de prisión. En el artículo 76 del Código Penal, observando los supuestos en que la sanción pueda alcanzar el máximo legal, se deduce el trato más gravoso para los terroristas, pues mientras se establece que a efecto de imponer cuarenta años de prisión se requerirá que el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y al menos dos sean sancionados con pena superior a los veinte años de prisión, *tratándose de terroristas se requiere la diversidad de delitos pero bastará con que uno de todos sea sancionado con pena superior a los veinte años.*

- Tratándose de la *libertad condicional* el régimen general de cumplimiento establece que el beneficio procederá una vez alcanzadas tres cuartas partes de la condena. Sin embargo como excepción se establece que podrá otorgarse el beneficio con las dos terceras partes de pena, cuando se tenga un diagnóstico favorable y de buena conducta. Pero de nuevo la excepción *no procede tratándose de delitos de terrorismo u organizaciones criminales*⁴⁶⁹.

⁴⁶⁹ Así lo establece el párrafo primero del artículo 91 del Código Penal: “1. Excepcionalmente, cumplidas las circunstancias de los párrafos a) y c) del apartado 1 del artículo anterior, y siempre que 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, el juez de vigilancia penitenciaria, previo informe del Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, podrá conceder la libertad condicional a los sentenciados a penas privativas de libertad que hayan extinguido las dos terceras partes de su condena, siempre que merezcan dicho beneficio por haber desarrollado continuamente actividades laborales, culturales u ocupacionales”.

- Un beneficio que también es denegado a terroristas y a miembros de organizaciones criminales es el *adelantamiento de la libertad condicional* de noventa días por cada año transcurrido –una vez alcanzada la mitad de la pena-⁴⁷⁰.

- En relación con el disfrute de la *libertad condicional* debemos señalar que, por ser una disposición general, tratándose de terroristas también se exige la satisfacción de la responsabilidad civil o daño causado. Resulta curioso que si lo que se pretendía con este requisito es asegurar a la víctima su resarcimiento, tratándose de terroristas se mantenga la necesidad cuando el mismo Estado ha asegurado la indemnización de estas víctimas por medio de la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo, modificada por Ley 2/2003, de 12 de marzo. Así la restricción no se ampara en una verdadera solidaridad y preocupación por la víctima sino que se impone como un mecanismo para obstaculizar la posibilidad de una liberación “*anticipada*”.

- Tratándose del beneficio del *tercer grado* y de la *libertad condicional* para terroristas o miembros de organizaciones criminales, la reforma legal establece que el pronóstico de reinserción será favorable cuando acredite la existencia de *signos inequívocos del abandono de los fines y medios de la actividad terrorista y haber colaborado activamente con las autoridades*, lo que podrá acreditarse con una declaración expresa de repudio de las actividades delictivas y una declaración expresa de perdón a las víctimas de su

⁴⁷⁰ El párrafo segundo del artículo 91 del Código Penal: “...2. 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 continuamente 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”.

delito⁴⁷¹. Parece que olvidó el legislador que estaba refiriéndose también a condenas por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales pues al definir el contenido del pronóstico de reinserción hace referencia únicamente a la actividad del terrorismo.

Al margen de esa omisión es importante analizar con detalle la forma como se comprende ese pronóstico. Veamos lo que dispone el último párrafo del artículo 90 del Código Penal:

“Así mismo, en el caso de personas condenadas por delitos de terrorismo en 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

⁴⁷¹ Este requisito se exige para ambos beneficios en los mismos términos, conforme a las reformas del artículo 90 del Código Penal y del artículo 72 inciso 5 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades...”

Como primer requisito el sujeto debe acreditar el abandono de los fines y medios de la actividad terrorista. En otras palabras ahora se requiere lo que podríamos denominar como un *diagnóstico de conciencia favorable* que acredite *“la promoción de la contrición moral del culpable o la retractación de sus posiciones ideológicas”*⁴⁷², que conforme el texto de la ley podrá demostrarse 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 o mediante los informes técnicos que acrediten su desvinculación de la organización terrorista y su colaboración con las autoridades.

Desde el Estado de Derecho y la finalidad preventivo especial positiva –resocialización- y negativa –prevención del delito- de la pena, podemos encontrar justificado y legítimo exigir al sujeto –para su reinserción anticipada a la comunidad- las condiciones personales que aseguren su desenvolvimiento en el exterior al margen de la actividad delictiva, pero así es tratándose de cualquier delincuencia y no únicamente respecto de terroristas y ese requerimiento no permite justificar la imposición de una ideología determinada ni el rechazo de una forma particular de pensamiento porque eso lesiona directamente la libertad ideológica, conforme la cual cada uno es libre de pensar como quiera. En forma expresa el numeral 16.2 de la Constitución Política dispone que *“nadie puede ser obligado a declarar sobre su ideología,*

⁴⁷² SÁNCHEZ GARCÍA DE LA PAZ, “El coimputado que colabora con la justicia penal. Con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las Leyes Orgánicas 7/ y 15/2003”, *cit.*, p. 27. Al respecto nos hace recordar la autora que las posiciones ideológicas de un individuo, sean las que sean, en el Estado de Derecho siempre serán legítimas porque existe la libertad de pensamiento y de expresión y lo ilegítimo podría estar en recurrir a medios ilícitos para alcanzar sus posiciones.

religión o creencias” y por su parte, la Ley Orgánica General Penitenciaria en su artículo 3 señala que deberá *respetarse la personalidad* humana del recluso y *no establecer diferencia alguna por razón de raza, opinión política, creencia religiosa, condición social o cualquier otra circunstancia de análoga naturaleza*, por lo que evidentemente el nuevo requisito que se impone contraviene la normativa de orden constitucional⁴⁷³ y legal, al requerir un cambio ideológico del individuo para disfrutar de beneficios.⁴⁷⁴

Desde esta perspectiva consideramos válido exigir que la prueba acredite el abandono de la violencia como mecanismo para exigir sus objetivos pero eso es independiente de su fuero interno y su ideología.

La declaratoria del abandono de los *finés* de la organización terrorista, para obtener el tercer grado o la libertad condicional, no es compatible con un Estado donde la persona tiene libertad de pensamiento y conforme a la cual válidamente podría compartirse las ideas de una organización terrorista como ETA –independencia del País Vasco, existencia de una identidad nacional particular, etc.–, donde lo ilegítimo sería únicamente recurrir a la violencia para procurar sus objetivos. Lo contrario significa la imposición de una opción política e ideológica para el disfrute del régimen penitenciario.⁴⁷⁵

⁴⁷³ “...la lucha contra el terrorismo parece justificarlo todo, incluso aunque, y no sólo, se haga a costa de aplastar hasta extremos intolerables el derecho fundamental a la libertad de expresión”, (GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, “La contrarreforma penal de 2003: nueva y vieja política criminal” en *Revista jurídica gallega*, N° 38, (2003), p. 17).

⁴⁷⁴ CERVELLÓ DONDERIS, “Responsabilidad civil y tratamiento penitenciario”, *cit.*, pp.114-115.

⁴⁷⁵ En el mismo sentido, FARALDO CABANA, “Medidas premiales durante la ejecución de condenas por terrorismo y delincuencia organizada: consolidación de un subsistema penitenciario de excepción”, *cit.*, p. 198; LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, “Delitos de terrorismo y reformas penitenciarias (1996-2004): un golpe de timón y correcciones de rumbo ¿hacia dónde?”, en CANCIO MELIÁ, Manuel y GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (coordinadores), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid, Edisofer, 2006, Vº 2, p. 198.

Conforme al texto legal además del abandono de los fines y los medios de la actividad terrorista se exige la colaboración con las autoridades para:

- impedir la producción de otros delitos por parte del grupo terrorista.
- identificar, capturar y procesar otros terroristas.
- obtener pruebas o impedir la actuación o el desarrollo del grupo terrorista.

Con estas medidas se coacciona al *enemigo* y a cambio de su *sometimiento* solo se le reintegra el derecho a la reinserción social que a todos reconoce la norma constitucional, generándose una desigualdad y un trato diferente injustificado porque para el resto de delincuencia no se exige esa obligación de colaboración.

El rechazo de un beneficio por no colaborar con las autoridades es sin duda alguna una forma disimulada e irregular de castigar el delito de omisa *delación* –el viejo *crimen retitentiae*⁴⁷⁶–; que no debe ser confundido con el delito de omisa *evitación* de delitos del vigente artículo 450 del Código Penal. Además, debe considerarse que en muchas ocasiones el brindar ese tipo de información a la autoridad administrativa o judicial podría significar un peligro la vida del delator lo que si excluye cualquier responsabilidad penal por atipicidad conforme los presupuestos del artículo 450 del Código Penal, debería igualmente determinar la *irrelevancia* de la omisa delación en este ámbito⁴⁷⁷.

LLOBET ANGLÍ, Mariona, “La ficticia realidad modificada por la Ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas y sus perversas consecuencias”, *cit.*, p. 13. AGUADO LÓPEZ, *La multirreincidencia y la conversión de faltas en delito...*, *cit.*, p. 142.

⁴⁷⁶ DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, “La sospechosa regulación del deber de impedir delitos” (inérito).

⁴⁷⁷ LLOBET ANGLÍ, Mariona, “La ficticia realidad modificada por la Ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas y sus perversas consecuencias”, *cit.*, p. 13.

Debe señalarse además que estas restricciones carecen de legitimación porque impiden un pronóstico favorable de reinserción social cuando esa colaboración puede no tener relación alguna con las condiciones personales y sociales del sujeto para reintegrarse a la comunidad.⁴⁷⁸ Como señalamos es válido exigir condiciones que garanticen que el sujeto realizará su vida al margen del delito pero de manera alguna es legítimo convertir al preso en un colaborador de la justicia, casi en un espía gratuito⁴⁷⁹.

Se incorpora así la figura del *arrepentido* en la fase de ejecución pero además de arrepentirse se le exige que sea *delator* como muestra de su conversión y no se trata ya de ese arrepentimiento espontáneo de la legislación penal ordinaria sino que ahora se premia el arrepentido calculador e interesado en disfrutar de determinados penitenciarios. Como señala RIVERA BEIRAS, “*el torcimiento del derecho*”⁴⁸⁰ para instrumentalizar al sujeto y utilizarle contra sus ex compañeros.

A través de estos nuevos requisitos para disfrutar de la libertad condicional o el tercer grado se incorporan en materia de ejecución penal,

⁴⁷⁸ Como señala LLOBET ANGLÍ: “no tiene nada que ver la reinserción social con la colaboración activa con las autoridades. Como indica GIMBERNAT ORGEIG, ‘es perfectamente compatible hallarse socialmente reinsertado, estar dispuesto a llevar una vida honesta alejado del crimen, querer incorporarse, como facultativo, en un lejano rincón de África, a, digamos ‘Médicos sin fronteras’, y, sin embargo, negarse a colaborar –por miedo, o por razones bien o mal entendidas de conciencia- para la detención de otros miembros de una organización que ahora tal vez detesta’ (LLOBET ANGLÍ, “La ficticia realidad modificada por la Ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas y sus perversas consecuencias”, *cit.*, p 16).

⁴⁷⁹ Y es que es suficiente exigir que “el condenado no vuelva a colaborar activamente con la organización, lo que no es lo mismo que exigirle que colabore activamente con la Administración de justicia”, (ACALE SÁNCHEZ, María, “Terrorismo, delincuencia organizada y sistema de penas”, *cit.*, pp. 366-367).

⁴⁸⁰ RIVERA BEIRAS, Iñaki, *Recorridos y posibles formas de la penalidad*, *cit.*, pp. 118.

disposiciones premiales típicas de las fases anteriores del proceso penal.⁴⁸¹ Pero ahora se presentan como beneficios a través de los cuales no se otorga a los “*enemigos colaboradores*” una ventaja sobre los demás– como sí funcionan en la fase de juicio– sino que únicamente autorizan al *colaborador* a obtener beneficios ordinarios del régimen penitenciario:

“No se está ofreciendo al condenado una oportunidad para recibir a cambio de su colaboración un beneficio penitenciario sino que la colaboración se instituye como el único medio que permite evitar la aplicación de un régimen penitenciario de excepcional rigor y divergente del indicado para el condenado de conformidad con los principios que rigen el régimen de cumplimiento penitenciario y en particular con el principio constitucional de orientación de la pena privativa de libertad a la reinserción social del condenado”⁴⁸²

- Otro ejemplo de trato desigual a los *enemigos* lo encontramos en las regulaciones de las consecuencias del eventual *incumplimiento de la libertad condicional*, esta vez la nueva normativa establece que, tratándose de terroristas, de revocarse el beneficio se produce la pérdida del tiempo pasado en libertad condicional, efecto que no tiene la revocatoria tratándose de condenatorias por cualquier otro tipo de delito. No encontramos justificación racional alguna para este trato diferente, menos aún cuando nótese que la revocatoria tiene como consecuencia el no reconocimiento del periodo de tiempo transcurrido bajo la libertad condicional sin apreciación alguna de las

⁴⁸¹ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, “El coimputado que colabora con la justicia penal. Con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las Leyes Orgánicas 7/ y 15/2003”, *cit.*, pp. 27-33.

⁴⁸² SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, “El coimputado que colabora con la justicia penal. Con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las Leyes Orgánicas 7/ y 15/2003”, *cit.*, pp. 27-28.

razones o motivos del incumplimiento, por lo que el efecto no se impone como consecuencia de una nueva participación del sujeto en la actividad terrorista, sino sencillamente, porque quien ha incumplido, aunque se haya sometido a los requerimientos de total sumisión del instituto de la libertad condicional, sigue y seguirá siendo un *enemigo* y como tal hasta podemos apoderarnos de su pasado y prescindir de sus efectos, aunque para el resto de condenados sí se reconozca el periodo disfrutado bajo libertad condicional, para el abono o cumplimiento de la sanción. De esta forma se produce sin lugar a dudas, una diferencia que no tiene ninguna explicación ni justificación y que podría significar la sujeción del condenado a un periodo de tiempo mayor que al impuesto como pena, sin haberse modificado nunca el monto de la sanción. Por ejemplo si un terrorista descuenta una pena de 40 años y a los 35 de reclusión se le otorga la libertad condicional, desenvolviéndose al exterior de forma tal que cumple con todas las condiciones establecidas, pero a los cuatro años cambia de domicilio sin reportarlo a la autoridad correspondiente, podría entonces declararse el incumplimiento del beneficio y esos cuatro años no le descontarían, por lo que volvería a la prisión por cinco años –los 4 años que disfrutó la libertad condicional mas el año que restaba para cumplir la pena- para finalmente entonces presentar una pena de prisión (un periodo de sujeción a la autoridad administrativa penitenciaria) de 44 años, que excede el límite impuesto por el juez que impuso la condena y sobrepasando incluso el tope máximo legal de la sanción privativa de libertad a pesar de que la libertad condicional de la pena se define como una modalidad de cumplimiento de esa sanción.

- A esta reforma al tercer grado y la libertad condicional, debemos señalar que el legislador le otorgó *carácter retroactivo* al establecer que la ley

rige a partir de su publicación con independencia de la fecha de los hechos o de la condenatoria impuesta⁴⁸³, conforme al transitorio único de la normativa:

“Lo dispuesto, conforme a esta ley, en los artículo 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”.

La medida refleja una tendencia *vindicativa*⁴⁸⁴ y el uso del derecho como un *arma* no solo contra los próximos enemigos que sean objeto de control penal sino contra los ya sancionados, en contraposición evidente con la limitación impuesta en el numeral 9 inciso 3 de la Carta Fundamental española, que establece la garantía de irretroactividad de las disposiciones sancionatorias no favorables⁴⁸⁵ y negando un contenido básico del principio de legalidad –la

⁴⁸³ Con la derogación del beneficio de descuento de la pena por trabajo –redención de pena- en el Código Penal de 1995 al menos se respetó la irretroactividad de la ley penal y se estableció en sus disposiciones transitorias –en la segunda- que se mantenía el beneficio para los sujetos condenados conforme a las disposiciones del Código derogado y que no gozan del beneficio aquellos a los que se les aplique la nueva normativa.

⁴⁸⁴ PÉREZ CEPEDA, “El paradigma de la seguridad en la globalización: guerra, enemigos y orden penal”, *cit.*, pp. 114-115.

⁴⁸⁵ “...la Disposición Transitoria Única, de la LO 7/2003, en cuanto supone retroactividad contra reo es directamente inconstitucional. De acuerdo con este precepto, las normas relativas a las circunstancias para acceder al tercer grado o la libertad condicional son de aplicación desde la entrada en vigor de la ley, con independencia del momento de comisión de los hechos. Esta prescripción infringe el principio de legalidad, en su aspecto de exigencia previa, puesto que supone la aplicación retroactivas de una ley penal desfavorable...La inconstitucionalidad se ha tratado de “salvar” interpretando que esta norma no afecta al sistema de penas sino a su régimen de cumplimiento, es decir, al Reglamento Penitenciario. El calificativo más benévolo de tal interpretación es considerarla un fraude de ley” (CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, “Sistema de penas y líneas político criminales de las últimas reformas del Código Penal”, en

legalidad o garantía ejecutiva- establecido en el numeral 25 de la Constitución. Al menos esta vez la situación ha sido subsanada vía jurisprudencial.⁴⁸⁶

Esta disposición debemos señalar que quedó redactada como una disposición general pero en realidad su específico objetivo era afectar la situación penitenciaria de los terroristas, conforme se señala en el apartado X de la exposición de motivos –LO 07/2003–.

*“Por último, mediante la disposición transitoria única, la Ley establece que los criterios objetivos de acceso a los beneficios penitenciarios se apliquen a quienes cumplen en el momento de su entrada en vigor penas de prisión por **delitos de terrorismo** sin que se modifiquen, en estos casos, los plazos y demás condiciones por las que hasta ese momento se regían las condiciones de dichos beneficios.”* –la negrita no es del original–

Afortunadamente la jurisprudencia reciente ha obstaculizado este propósito, pero la intención del legislador era la aplicación retroactiva y *contra reo* de las nuevas disposiciones. Valga señalar que recibió un *cálido espaldarazo* y la venia del Consejo General del Poder Judicial, el que para respaldar esta medida dedicó casi una cuarta parte de su informe argumentando a su favor, lo que nos parece no tiene justificación. Y es que al pronunciarse sobre la aplicación retroactiva de institutos como el *“periodo de seguridad”* y las nuevas

CANCIO MELIÁ, Manuel y GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (coordinadores), *Derecho penal del enemigo El discurso penal de la exclusión*, Madrid, Edisofer, 2006, Vº 1, pp. 384-388).

⁴⁸⁶ Al respecto consultar entre otros el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Madrid nº 3, de 14 de enero del 2004; Auto de la Audiencia Provincial de Madrid del 6 de mayo del 2004; Autos de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 y 19 de mayo del 2004; y Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza del 11 de junio del 2004. La Administración Penitenciaria inicialmente y al amparo del texto legal se había mostrado favorable a la aplicación retroactiva sin embargo vía Instrucción 2/2005 y al amparo de reiteradas resoluciones judiciales señala que el periodo de seguridad no será aplicado retroactivamente.

restricciones a la libertad condicional –al menos sí excluye de esa aplicación los nuevos topes y formas del cálculo de los montos máximos de cumplimiento y las situaciones consolidadas- el Consejo distingue entre retroactividad auténtica o propia y retroactividad impropia o retrospección. La primera referida a situaciones jurídicas consolidadas, “*relaciones consagradas*” o agotadas y la segunda a situaciones jurídicas no concluidas, operando la irretroactividad plenamente solo en el primer caso. Desde esa perspectiva concluyen que el principio de legalidad y la prohibición de retroactividad rige plenamente para “*cuando se trata del Derecho Penal material, en particular, respecto de todos los presupuestos de la punibilidad y la consecuencia jurídico-penal asociada a la comisión del delito o falta*”⁴⁸⁷, pero que el principio de legalidad establecido en el artículo 25 inciso 2 de la Constitución Política no alcanza al derecho de ejecución sino “*solo a la fase de declaración en sentencia de la culpabilidad y a la medida de la misma*”⁴⁸⁸. De esa forma avala el Consejo General del Poder Judicial la aplicación retroactiva de la reforma legal al considerar que lo que se está modificando es el régimen de cumplimiento de la pena y no su magnitud.

Disentimos de esta valoración jurídica porque consideramos que el artículo 25 de la Constitución Política sí alcanza la ejecución de la pena y el régimen penitenciario. Aun cuando se considere que la lectura de ese numeral no es tan específica, esa vinculación sí es necesaria desde una interpretación

⁴⁸⁷ Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, 26 de febrero del 2003, p. 21, disponible en www.poderjudicial.com

⁴⁸⁸ Algunos consideran el asunto de la retroactividad como el más controversial de la reforma y en la doctrina no se dio una oposición unánime contra la disposición transitoria, compartiendo el punto de vista expuesto por el Consejo General del Poder Judicial, así se expone en GUINOT MARTÍNEZ, Marta, “Problemas aplicativos del denominado periodo de seguridad”, en *Derecho penal online (revista electrónica de doctrina y jurisprudencia en línea)*, noviembre (2008), consultado el 14 de febrero del 2009, disponible en www.derechopenalonline.com. Valga señalar que la autora del ensayo en su propia conclusión señala que al amparo de seguridad jurídica se acoge a la teoría de la irretroactividad de la norma.

integral, considerando los principios generales del Derecho, el Título preliminar del Código Penal y al amparo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en la Cumbre de Niza en diciembre del 2000 que expresamente establece un numeral -48- para regular lo que titula como el *“principio de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y de las penas”*.

El principio de legalidad a veces parece ser comprendido como legalidad de los delitos y proporcionalidad de las penas, sin embargo nuestra lectura es de **legalidad y proporcionalidad de los delitos y en las penas** y desde esta postura la legalidad en las penas no se limita a la definición de su magnitud sino que implica el **reconocimiento de la garantía ejecutiva**⁴⁸⁹, por lo que comprende los derechos que estén establecidos en relación con el régimen penitenciario y la forma como se cumpla la sanción. En otras palabras, consideramos como señala ANDRÉS VACANI que el principio de legalidad:

*“implica que las penas deben ejecutarse del modo previsto en las normas vigentes antes de la comisión del hecho ilícito que justifica la condena. De esta forma el principio de legalidad no sólo exige una definición respecto de la duración de la pena sino también de una regulación legal de sus condiciones de cumplimiento (características cualitativas) por intermedio de normas de derecho penal material.”*⁴⁹⁰

Lo contrario sería una autorización ilimitada al Estado para **someter** al preso, modificando el contenido de la pena privativa de libertad a su antojo:

⁴⁸⁹ En ese sentido, GRACIA MARTÍN, Luis y ALASTUEY DOBÓN, M^a del Carmen, “La ejecución de las penas privativas de libertad”, *cit.*, pp. 85-86; RIVERA BEIRAS, *La cuestión carcelaria...*, *cit.*, pp. 187-188.

⁴⁹⁰ ANDRÉS VACANI, Pablo, “Resocialización: una mirada desde el ser”, en *Derecho penal online (revista de doctrina y jurisprudencia en línea)*, noviembre (2007), cita número 20, disponible en www.derechopenalonline.com, consultado el 14 de febrero del 2009.

una invitación abierta a la arbitrariedad y al *terror de Estado* contra un sector altamente vulnerable, que ya con el encierro se encuentra bajo dominio y prácticamente sin posibilidad alguna de defensa. Por estas razones consideramos que la disposición transitoria de aplicación retroactiva que establece la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, constituye un menoscabo al principio de legalidad en su manifestación de garantía de ejecución penal, porque reiteramos, ahora con palabras de VICENTE MARTÍNEZ:

“La garantía de ejecución está referida a la fase de ejecución que debe regirse imperativamente también por el principio de legalidad. Si el destino final de las normas es ser aplicadas, ejecutadas, la garantía de ejecución impone que solo del modo en que aparece regulado en la ley, se pueden cumplir las penas y medidas de seguridad. Esta garantía conlleva el que las leyes de ejecución han de recoger las garantías, derechos fundamentales y libertades públicas consignadas”⁴⁹¹

- Un ejemplo más de este *régimen abiertamente discriminatorio, desigual y más gravoso* está en las reglas de fijación de la pena en los casos de delitos en concurso real o material –ordinario o retrospectivo-, donde conforme al nuevo contenido del artículo 78 del Código Penal, cuando la pena a cumplir conforme las limitaciones legales alcance el máximo legal sin superar la mitad del total impuesto, los beneficios y permisos penitenciarios, incluso el cómputo definitivo de la sanción, se acordarán de conformidad con la totalidad de las penas impuestas –sea cual si no existiera el límite máximo legal-. La limitación sin embargo, de nuevo tiene una excepción, pues señala el legislador que podrá aplicarse el régimen general de cumplimiento cuando así lo disponga la

⁴⁹¹VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de, *El principio de legalidad penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 35.

autoridad judicial, previo informe favorable de reinserción social. Tratándose terroristas o de delitos cometidos bajo delincuencia organizada, la excepción solo procederá cuando reste por cumplir una quinta parte del máximo legal de la condena -tratándose del beneficio del tercer grado penitenciario- o una octava parte del máximo legal -cuando de lo que se trate del beneficio de libertad condicional-. Al respecto es oportuno cuestionarse si será que a alguien le importará resocializarse o no desocializarse después de estar “*enjaulado*” por treinta y dos o treinta y cinco años.

Evidentemente estas excepciones resultan artificiosas, porque hacer esperar a un individuo más de 30 años dentro de una cárcel resulta ilusorio – con más razón en las condiciones en que las personas con este tipo de penas, normalmente *internos de especial seguimiento*, cumplen la prisión en España, como más adelante referimos-. Probablemente antes de alcanzar ese tiempo el *enemigo* ha adquirido ya alguna “*esquizofrenia penitenciaria*”; ha sido derrotado por alguna de las típicas enfermedades que inundan las prisiones⁴⁹² o se ha autoeliminado⁴⁹³ –recordemos que en las cárceles los porcentajes de suicidio son altos-. En todo caso, si a esa altura aún se sobrevive, el deterioro físico y psicológico que pueda presentar un individuo después de una reclusión tan prolongada⁴⁹⁴, probablemente lo haya convertido en un sujeto incapaz de

⁴⁹² Como señala la doctrina, en la prisión aumentan las posibilidades de morir y se alteran absolutamente todos los sentidos del individuo. (SÁNCHEZ ROMERO, Cecilia, “El discurso jurídico y el proceso penal, un juego retórico sin contenido”, en LLOBET RODRÍGUEZ, Javier (compilador), *Justicia Penal y Estado de derecho. Homenaje a Francisco Castillo González*, San José, Jurídica Continental, 2007, p. 420).

⁴⁹³ Sobre las secuelas de la prisión y el deterioro físico y mental que produce, ver VALVERDE MOLINA, Jesús, *La cárcel y sus consecuencias. La intervención sobre la conducta desadaptada*, Madrid, Editorial Popular, 1977, pp. 57-59 y *passim*.

⁴⁹⁴ En ese sentido: “*Elevar la pena a 30 años era una excepción. Subirla a 40 es una desmedida y un despropósito exasperado además por el hecho de que, con las reformas del artículo 78 CP, los beneficios penitenciarios y el cómputo de la libertad condicional van referidos a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias... modificaciones que parecen ignorar los avances conseguidos por el Derecho penal en*

retornar a la comunidad, sea en un completo desadaptado, que como tal no reunirá los requisitos personales para disfrutar de beneficio alguno y no le quedará otra opción que *puerirse* en la prisión. Si a pesar de todo el individuo logra sobrevivir y cumple las condiciones y requisitos necesarios para egresar anticipadamente entonces *“no tendría ya “vida” para reintegrarse –más allá de unos minutos- en la sociedad libre”*⁴⁹⁵ Se trata sin duda de una verdadera cadena perpetua y muchas veces de una pena de muerte, solo que ejecutada bajo el estilo europeo: *“encubierta y lentamente”*. Un claro ejemplo de *“fraude de ley”*⁴⁹⁶:

“En realidad, el sistema producido por la Ley 7/2003 no es que ‘raye’ la introducción de la cadena perpetua, es que permite la imposición de penas en condiciones más severas que en aquellos países de nuestro entorno donde existe esta pena. En efecto, como pone de manifiesto Téllez Aguilera..., en países como Italia, Alemania o Francia, que prevén en sus normas penales la pena perpetua, ésta no se identifica con un internamiento en prisión de por vida sin posibilidad de recuperar la libertad, sino que se puede acceder a la libertad condicional una vez alcanzado un determinado tiempo de cumplimiento (por ejemplo 26 años en Italia o 15 en Alemania). De hecho,

un proceso de racionalización y humanización. Ha de tenerse presente que una privación continuada de libertad superior a los quince o veinte años supone ya una degradación y destrucción espiritual de la persona” (GALLEGO DÍAZ, Manuel, “El sistema general de reglas para la aplicación de las penas del Código Penal de 1995 y las últimas reformas”, en TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio de, GUARDIEL SIERRA, Manuel y CORTÉS BECHIARELLI, Emilio, *Estudios penales en homenaje del profesor Ruiz Antón*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 324-325).

⁴⁹⁵ ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, “Exasperación penal y límites constitucionales a la duración de las penas privativas de libertad”, en TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio de, GUARDIEL SIERRA, Manuel y CORTÉS BECHIARELLI, Emilio, *Estudios penales en homenaje del profesor Ruiz Antón*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 93.

⁴⁹⁶ Así lo califica CORCOY BIDASOLO al considerar que esas penas finalmente significan una cadena perpetua y obstaculizan la finalidad esencial de la ejecución de la pena (CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, “Sistema de penas y líneas políticocriminales de las últimas reformas del Código Penal”, *cit.*, pp. 384-388).

*los Tribunales Constitucionales de estos países y el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos han manifestado que la admisibilidad de penas de prisión perpetua o de larga duración depende de que exista la posibilidad de una libertad anticipada... En otras palabras, estamos de nuevo ante un fraude de etiquetas porque, sin mencionar el término 'cadena perpetua', se ha introducido la posibilidad de cumplir penas en condiciones más gravosas... que en aquellos países de nuestro entorno en que se admite... la pena de cadena perpetua.*⁴⁹⁷

Mucho se critica a los regímenes que aún a estas alturas mantienen vigente la pena perpetua y la pena de muerte, pero a veces pareciera que la diferencia con estos países no es tan tajante y solo se practica lo mismo bajo un método diferente, que resulta engañoso. Ambas formas son graves y reprochables pero al menos una no puede calificarse de hipocresía institucional.

El establecimiento de todas estas limitaciones y excepciones evidencia la presencia de elementos típicos de un **Derecho penal de la seguridad**⁴⁹⁸ o de la **peligrosidad** -sea figuras típicas de un Derecho penal de autor- incluso en la fase de ejecución de la pena, porque realmente las restricciones no se imponen como consecuencia del delito cometido sino por la calidad del sujeto o autor sin entrar a considerar la mayoría de las veces la gravedad y circunstancias del hecho ni el desenvolvimiento del individuo durante su encierro. De esta manera la regulación legal permite por ejemplo que mientras a un colaborador terrorista, a quien se le haya impuesto una pena de poco más de cinco años, se le deniegue toda una serie de beneficios, los mismos sí puedan ser disfrutados

⁴⁹⁷ LÓPEZ PEREGRÍN, "¿Lucha contra la criminalidad mediante el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas?", *cit.*, p. 16.

⁴⁹⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *La reforma penal española de 2003. Una valoración crítica*, Madrid, Tecnos, 2004, pp.28-30.

por sujetos condenados por penas mucho más altas como en el caso de una violación o un homicidio. Es claro que, con el sometimiento que se exige al terrorista a efecto de poder disfrutar de algún beneficio, se le da un trato propio de un “*enemigo*”. Se le humilla hasta exigirle colaborar con la administración y realizar públicas manifestaciones de repudio a sus actividades y de perdón a las víctimas, y todo no en función de lo que finalmente haya realizado sino de su calidad de terrorista, es decir: de enemigo o casi podría decirse, “*bestia inteligente*”.

Definitivamente con este régimen *de excepciones* el legislador español busca el *encierro total del enemigo*, su control, neutralización o inocuización.⁴⁹⁹ Los márgenes o las posibilidades que se dejan a una eventual reinserción anticipada parece que responden más a un cálculo de argumentaciones formales ante un eventual reclamo de inconstitucionalidad. En su intención, al representante político al menos hay que reconocerle que no disimula:

⁴⁹⁹ Interesante es la posición de LLOBET ANGLÍ, para quien las reformas del 2003 son mero retribucionismo y una respuesta a necesidades sociales de la pena, que responde más a sentimientos de venganza que al miedo, por lo que no constituye una legislación propia del Derecho penal del enemigo o de la peligrosidad. En su opinión, muestra de ello es que aunque se pruebe que un terrorista ha abandonado la organización terrorista y no es peligroso, si no pide perdón y se arrepiente de sus actuaciones difícilmente podrá disfrutar de un beneficio. Señala además que con la legislación anterior a la reforma ya era posible la neutralización de un terrorista pues al efecto 20 o 30 años de prisión son suficientemente efectivos a tal fin (LLOBET ANGLÍ, Mariola, “La ficticia realidad modificada por la Ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas y sus perversas consecuencias”, *cit.*, pp. 20-24, disponible en www.indret.com). No compartimos la opinión de la autora porque para comenzar debemos tomar en cuenta que el Derecho penal del enemigo tiene un alto contenido del Derecho penal simbólico y del Neopunitivismo, y por otro lado las fórmulas legales no se presentan como programas de política criminal puros sino que sus objetivos y técnicas se entremezclan con la normal preponderancia de uno u otro, pero comúnmente con la presencia de varios y a veces hasta contradictorios propósitos. Y es que el miedo, la venganza y la inseguridad son sentimientos que también se presentan en forma simultánea en la sociedad y a todos ellos responde el legislador desde la política criminal del control. En todo caso nótese que la posición doctrinal expuesta sí reconoce la presencia de un Derecho penal de la peligrosidad o del enemigo en la legislación española, sólo que lo identifica desde 1995 y no en las reformas del 2003.

“La ley reforma el artículo 78 del Código Penal para que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional en los supuestos de crímenes especialmente graves se refieran siempre a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias. Se trata de activar una respuesta penal más efectiva frente a los autores de crímenes muy graves que además han cometido una pluralidad de delitos, es decir frente a aquellos que se encuentran en los límites máximos señalados por el artículo 76 del Código Penal (25, 30 o 40 años de cumplimiento efectivo de condena a pena de prisión) y siempre que la pena a cumplir resulte inferior a la mitad de la suma total de las impuestas... Con esta regla, frente a supuestos de condenas de 100, 200 o 300 años, el delincuente cumplirá en la práctica de forma íntegra y efectiva el límite máximo de la condena.”⁵⁰⁰

No debemos dejar de mencionar que además este trato desigual también se impone desde la práctica penitenciaria y sin necesidad de ley alguna. La muestra más evidente de esta afirmación está en los **Ficheros de Internos de Especial Seguimiento**, denominados administrativamente como los **FIES** –un régimen vigente hasta hace pocas semanas porque la autoridad judicial lo declaró nulo, como más adelante expondremos-. A través de este mecanismo, ideado o diseñado al inicio al amparo de meras circulares, instrucciones y órdenes administrativas y a partir de 1996 vía reglamentaria⁵⁰¹ –nunca vía legal y menos como debería de ser ante las serias y graves limitaciones a los derechos fundamentales que produce, vía Ley Orgánica-, se establece un sistema de seguimiento, aislamiento y vigilancia de determinados sujetos. Un instrumento

⁵⁰⁰ Exposición de motivos, LO 7/2003, de 30 de junio.

⁵⁰¹ El mecanismo fue creado vía Circulares de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de 6 de marzo de 1991, 28 de mayo de 1991 y 28 de febrero de 1995, refundidas posteriormente en el Reglamento Penitenciario, RD 190/1996 de 9 de febrero.

que, a través del control impone una disminución de derechos y un “*nuevo grado y régimen penitenciario*” idóneo para el acoso y el maltrato ilegítimo contra determinado grupo de personas presas, entre ellos curiosamente: **narcotraficantes**, sujetos pertenecientes a **organizaciones criminales** nacionales o extranjeras, **bandas armadas** o **terroristas**, autores de delitos extraordinariamente violentos contra la **libertad sexual** o que hayan causado gran **alarma social** y contra aquellos especialmente **peligrosos y conflictivos**. En definitiva y sin duda, un mecanismo que desde la “*sociedad carcelaria*” permite la reproducción de las técnicas del Derecho penal del enemigo y procura el control total y la seguridad institucional pero esta vez ya no al amparo legal sino desde la “*ley de la cárcel*”, bajo la misma ideología de la prevención de peligros y atención de la ansiedad y los riesgos, al margen de las características personales y de una necesidad justificada y concreta sino aplicada la mayoría de las veces apriorísticamente y sin mayor fundamento. La *regeneración del Derecho penal del enemigo*, esta vez desde el espacio del “*planeta carcelario*”, para aplicar con más fuerza la neutralización, la inocuización y la exclusión. Una forma más de acentuar la arbitrariedad, la desigualdad, el maltrato y marginación propias de esta postura. Es cierto que el principio de normalidad es rector de las prisiones y que por lo tanto las cárceles deberían de diseñarse y funcionar igual que como funciona la vida en la comunidad, pero lo cierto es que, parece que el principio se aplica para llevar al otro lado de los muros todo lo malo que exista de este lado, cuando su finalidad es incorporar lo bueno.

Solo como ejemplos de las *normales u ordinarias* restricciones a las que puede someterse a los internos de especial seguimiento –según la categoría que se les otorgue-: ubicación unipersonal, control de todas las actividades que desarrollen, control de sus comunicaciones, control de movimientos de sus cuentas de pecunio, cambios constantes de celdas, cacheos –entiéndase muchas

veces desnudo integral incluido-, recuentos y requisas más constantes, inspecciones oculares periódicas, rondas nocturnas con una periodicidad no superior a una hora. A algunos incluso la negación absoluta de su intimidad, duchándose sin privacidad alguna y cronometrándoles sus necesidades fisiológicas.⁵⁰²

En resumen un modelo incompatible con los principios de respeto a la dignidad, igualdad, respeto a la integridad física y moral y la prohibición de tratos inhumanos o degradantes, propios de un verdadero Estado de Derecho⁵⁰³.

Un ejemplo de cómo algunas instituciones del Estado pueden convertirse en una máquina aniquiladora para la distribución de dosis de terror y dolor. Al menos esta vez la situación ha sido cesada por el Tribunal Supremo después de un reclamo que ha tardado en resolverse más de cinco años -luego de haberse rechazado en primera instancia- declarándose nulo de pleno derecho el apartado primero de la Instrucción 21/1996 de 16 de diciembre de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias. Se estimó que la restricción de derechos de esa naturaleza requiere del trámite y garantías de las normas jurídicas y por lo tanto **no pueden imponerse mediante meras circulares administrativas**.⁵⁰⁴

⁵⁰² Un análisis de las repercusiones generadas a través de este mecanismo de control, sus despropósitos y consideraciones de ilegalidad, en RIOS MARTÍN, Julián Carlos, *Manual de ejecución penitenciaria: defenderse de la cárcel*, 5ª edición, Madrid, Colex, 2009, pp. 231-247; del mismo autor, *Mirando al abismo. El régimen cerrado*, Universidad Pontificia Comillas-Fundación Santa María, Madrid, 2002, pp. 69-82.

⁵⁰³ En el mismo sentido, BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, "Notas sobre el régimen penitenciario para condenados extremadamente peligrosos: Departamentos especiales y F.I.E.S.-1 (CD)", en *Estudios penales y criminológicos*, N° 23 (2001), p. 54.

⁵⁰⁴ Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Quinta, Sentencia del 17 de marzo del 2009. En esta sentencia se acoge el recurso de casación interpuesto por la Asociación "Manos unidas contra la droga de Madrid" contra la resolución de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, del 1º de marzo

Un significativo freno, aunque sea por razones formales, aplicado desde las autoridades del mismo Estado contra una práctica abiertamente abusiva de casi veinte años.

Se pone fin de esta forma, al menos de forma provisional –mientras no se dicte la norma correspondiente- a este tipo de seguimientos aunque probablemente la autoridad penitenciaria encontrará alguna manera de perpetuar la mala práctica.

Desde la ley y la práctica judicial y penitenciaria se diseña así un régimen de excepción que va desarrollando un sistema punitivo dual o paralelo abiertamente violario del principio de igualdad y que entre más se extiende más debilita el Estado de Derecho.⁵⁰⁵

d) Medidas alternativas al encierro.

Con las reformas del 2003 se vino a modificar el sistema de penas del Código Penal (eliminación de algunas penas, incorporación de nuevas sanciones y la reformulación de algunas ya existentes).

del 2004. En primera instancia únicamente se había acogido un motivo del reclamo declarándose nulo la restricción del horario de visita que se aplicaba a los internos de especial seguimiento (FIES) por no encontrar razonabilidad alguna a esa limitación dando por válido el resto de restricciones al considerar que se trataba de meras reglas que regulan el control, la seguridad y la prevención de incidentes de un determinado tipo de interno muy conflictivos y/o inadaptados por lo que no se quebrantaba el principio de legalidad, avalando así lo que la misma autoridad judicial denomina como un control adecuado frente a fórmulas delictivas complejas y potencialmente desestabilizadoras del sistema penitenciario. Parece que esta autoridad judicial limita la garantía de legalidad a la legalidad penal cuando por el contrario es una garantía mucho más amplia que por disposición constitucional expresa que el ejercicio de los derechos fundamentales solo puede regularse por ley, concretamente mediante leyes orgánicas –artículos 53 y 81 de la Constitución Política-.

⁵⁰⁵ RIVERA BEIRAS, *Recorridos y posibles formas de la penalidad...*, cit., pp. 122-123.

-Entre las reformas al sistema de penas y medidas de seguridad se elimina la pena de arresto de fin de semana y se incorpora como un nuevo tipo de pena leve la localización permanente⁵⁰⁶ (artículos 33, 37, 72 del Código Penal), clasificada como una pena privativa de libertad, con una duración de hasta doce días –continuos o no- debiendo el sujeto permanecer en su casa de habitación o en el lugar determinado al efecto por la autoridad judicial. La pena se limita a faltas penales y es de aplicación ante el impago de multas correspondientes a faltas. Para un amplio sector de la doctrina no se trata de una figura novedosa y más bien es el retorno del arresto domiciliario pues aunque el nombre podría sugerir un libre desplazamiento controlado en realidad de las disposiciones normativas se desprende que significa la permanencia del individuo en un lugar determinado y aunque es factible su control a través de diferentes medios tecnológicos la sanción no es equiparable a un mero control continuado por esos medios.⁵⁰⁷

-Se modifica el artículo 87 del Código Penal, extendiéndose de 3 a 5 años el límite de la pena para la suspensión de la ejecución de la pena tratándose de sujetos drogodependientes deshabitados o sometidos a tratamiento, dejándose

⁵⁰⁶ De esta sanción, su naturaleza, ventajas y limitaciones, ABEL SOUTO, Miguel, *La pena de localización permanente*, Valencia, Comares, 2008, pp.1-147; MOTA BELLO, José Félix, “Las penas de localización permanente y de prohibición de residencia, de aproximación y de comunicación con la víctima y otras personas”, en VIEIRA MORANTE, Francisco, *Las penas y sus alternativas. Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, Consejo Superior del Poder Judicial, 2005, pp. 43-75; TÉLLEZ AGUILERA, Abel, *Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión*, Madrid, Edisofer, 2005, pp. 71-110.

⁵⁰⁷ Sobre los requisitos y medios para el control telemático de la localización permanente y otras sanciones, OTERO GONZÁLEZ, Pilar, *Control telemático de penados. Análisis jurídico, económico y social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 24-34; GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino, *Cárcel electrónica. Bases para la creación del sistema penitenciario del Siglo XXI*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 129-131. En el mismo sentido y cuestionando la falta de sustento normativo de ese tipo de control al tener actualmente una base meramente reglamentaria, concluyendo lo inevitable en todo caso de ese tipo de controles, TÉLLEZ AGUILERA, *Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión... cit.*, pp. 100-111.

de excluir de ese beneficio a los reos habituales.⁵⁰⁸ Como nuevo requerimiento probatorio se exige un informe médico forense sobre la deshabitación del sujeto o de que está siguiendo un tratamiento al efecto, así, como la necesidad de que los centros o servicios del tratamiento informen a la autoridad jurisdiccional periódicamente –en plazos no superiores al año- sobre la evolución del sujeto.

-Sustitución de penas de hasta un año, ahora por multa o trabajo en beneficio de la comunidad –antes arresto domiciliario- y se sigue contemplando la posibilidad de sustitución de las penas que no excedan los dos años (artículo 88 del Código Penal).⁵⁰⁹

_Actualización de las cuantías de la pena de multa y posibilidad de un pago en tramos o aplazado (artículos 50 y 52 del Código Penal).⁵¹⁰

-Fortalecimiento de la sanción de trabajo en beneficio de la comunidad, estableciéndose como una pena principal. Conforme a la exposición de motivos de la LO 15/2003 de 25 de noviembre se procura mejorar su eficacia con su

⁵⁰⁸ Sobre los requisitos y las novedades incorporadas con la reforma, COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel, “La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003”, en VIEIRA MORANTE, Francisco Javier, *Las penas y sus alternativas*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2005, pp. 175-212; MAGRO SERVET, Vicente y SOLAZ SOLAZ, Esteban, *Manual práctico sobre la ejecución penal. Las medidas alternativas a la prisión: suspensión, sustitución y expulsión*, Madrid, La ley, 2008, pp. 66-82; VIDAL CASTAÑÓN, Alberto, *Los institutos de la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad*, Barcelona, Bosch, 2006, pp. 54-56.

⁵⁰⁹ Al respecto, TÉLLEZ AGUILERA, *Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión... cit.*, pp. 155-188. MAGRO SERVET y SOLAZ SOLAZ, *Manual práctico sobre la ejecución penal... cit.*, pp. 116-139.

⁵¹⁰ BELTRÁN NÚÑEZ, Arturo, “La pena de multa tras la LO 25/2003, de 25 de noviembre”, en VIEIRA MORANTE, Francisco Javier, *Las penas y sus alternativas*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2005, pp. 103-126.

aplicación a un mayor número de delitos y faltas y con la incorporación de su régimen en caso de incumplimiento. Se mantiene como una sanción que requiere el consentimiento del penado y se establece su control por parte de los jueces de vigilancia penitenciaria⁵¹¹.

-Adelanto en los casos de condenados con pronóstico favorable para disfrutar de la libertad condicional, de 90 días por año a efecto alcanzar el plazo para disfrutar del beneficio, después de alcanzada la mitad de la pena.

Como puede observarse el legislador ha facilitado algunas vías que permiten utilizar penas alternativas a la privación de libertad o su cumplimiento bajo modalidades menos restrictivas, sin embargo en la práctica debemos anotar que aunque no hay informes estadísticos completos los estudios realizados concluyen en su uso limitado o restringido..⁵¹²

3.- Balance general de las reformas del 2003.

Las reformas en materia penal y penitenciaria del 2003 presentan una serie de elementos y características propias de diferentes programas de política criminal porque, como anotamos en los dos capítulos anteriores, las propuestas

⁵¹¹ Sobre el trabajo en beneficio de la comunidad, sus características y dificultades prácticas, MAGRO SERVET, Vicente, "La ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad (el art. 49 del Código Penal -Ley 15/2003, de 25 de noviembre-)", en VIEIRA MORANTE, Francisco Javier, *Las penas y sus alternativas. Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2005, pp. 12-42; TÉLLEZ AGUILERA, *Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión... cit.*, pp. 113-114.

⁵¹² DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, "La evolución del sistema de penas en España: 1975-2003", en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, Nº 8 (2006), p. 25, disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc>.

no se materializan como objetos puros sino que se entremezclan, a lo sumo con la preponderancia de una determinada tendencia.

Para comenzar debemos destacar que una primera orientación se deduce de las diferentes exposiciones de motivos de las reformas, donde como común denominador encontramos la referencia del legislador a procurar una mayor efectividad en la función represiva estatal y atender la demanda de seguridad ciudadana y los derechos de las víctimas.

En la exposición de motivos de la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, en menos de cinco páginas de motivos, se menciona en cinco oportunidades la palabra *seguridad jurídica*, tres veces el vocablo *certeza* y tres veces la expresión *eficacia*. En la exposición de motivos de la LO 15/2003 de reforma al Código Penal, en tres ocasiones se hace alusión a la necesidad de garantizar una persecución más *efectiva* y en dos oportunidades se menciona la necesidad de una mayor *eficacia*. En la LO 5/2003, de 27 de mayo, dos veces se menciona el término *eficacia* y en la LO 11/2003, de 29 de septiembre, en cuatro oportunidades se hace mención a las *víctimas*.

a) Las reformas legales del 2003: un retoño genuino de la cultura del control en la sociedad contemporánea española.

Del análisis de las reformas legales del 2003, puede concluirse que en su conjunto se caracterizan por un esfuerzo del legislador de responder a la supuesta demanda social de *más control* y *más represión*, *más encierro*, *más prisión*, como si el problema de la delincuencia y la inseguridad se mitigase de

algún modo con ese tipo de respuesta⁵¹³ y a pesar de que en España no se tiene acreditado un problema de aumento significativo de la delincuencia y sin embargo presenta, desde antes de las reformas, una de las tasas o porcentajes de encierro más altos del continente⁵¹⁴.

En la construcción de esta nueva política criminal hay una influencia directa de los medios de comunicación, su agenda mediática (*agenda setting*)⁵¹⁵ la opinión pública –al menos la formada y publicada por los medios de comunicación- y las demandas de un ejercicio del poder punitivo más contundente, menos blando y más eficaz⁵¹⁶.

Una serie de reformas regresivas “*formuladas como una auténtica política criminal de telediario*”.⁵¹⁷

⁵¹³ “Si bien las aspiraciones político-criminales del legislador del 2003 no pueden reducirse a una sola directriz, apenas puede dudarse de que su agenda viene presidida por la muy discutible premisa de que a mayor severidad represiva, mayor eficacia preventiva...un endurecimiento general del ejercicio del ius puniendi y un desbordamiento de la represión punitiva frente a las garantías emanadas del principio, constitucionalmente consagrado, de la resocialización...”, (MIR PUIG, Santiago y ALCÁCER GUIRAO, Rafael, “Cambio de orientación en la política criminal española: últimas reformas del Código Penal”, *cit.*, pp. 108-109).

⁵¹⁴ Al respecto puede consultarse a BRANDARIZ GARCÍA, José Luis, “Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas”, en FARALDO CABANA, Patricia (directora), *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 16-63. En el mismo sentido, GARCÍA ARÁN, “La ejecución penitenciaria en una sociedad cambiante: hacia un nuevo modelo”, *cit.*, p. 10.

⁵¹⁵ Sobre la teoría de la *agenda-setting* y los efectos sociales de los medios de comunicación, GARCÍA ARÁN, Mercedes y PERES NETO, Luiz, “Perspectivas de análisis y principios constitucionales”, *cit.*, pp. 23-42.

⁵¹⁶ En el mismo sentido concluye el proyecto de investigación sobre el tratamiento de los temas penales en los medios de comunicación, realizado por GARCÍA ARÁN y PERES NETO, “Discursos mediáticos y reformas penales de 2003”, *cit.*, p. 166.

⁵¹⁷ ARROYO ZAPATERO, Luis, “Urban security across the world: lesson learned”, en 11^o *United Nations Congress on Crime and Preventions and Criminal Justice*, disponible en www.defensesociales.org

“El relanzamiento de una línea dura (de mayor punitividad objetiva) en materia de control social formal constituye un mecanismo de gestión ciudadana e institucional de la emergencia de la sensación social de la inseguridad. En efecto, de este modo de gestión, sintetizado en retóricas discursivas como las de ‘law and Order’ o de la ‘Tolerancia cero’, presentando como el antídoto más fácil contra la emergencia de esa alarma social, supone una sumisión a los dictados de la gramática presente de los medios de comunicación, al tiempo que genera unos beneficios político-electorales inmediatos. En efecto, no resulta difícil constatar que las crecientes demandas públicas de seguridad se convierten en un valor público que puede ser fácilmente negociado mediante el siguiente intercambio: consenso electoral a cambio de simbólicas representaciones de seguridad”⁵¹⁸

Estamos ante un nuevo uso del Derecho. Un Derecho penal y penitenciario utilizado como *“arma política”*⁵¹⁹, como un instrumento político electoral de los principales partidos políticos –*populismo punitivo*-. En la materia parece que incluso desaparecen las diferencias ideológicas y surgen coincidencias entre esas organizaciones políticas con tal de poder aprovechar ese mecanismo generador de votos.

Sin duda alguna se trata de un Derecho penal definido en clave político-electoral⁵²⁰ que busca producir la **imagen** de una *“respuesta más contundente”*,

⁵¹⁸ BRANDARIZ GARCÍA, “Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas”, *cit.*, pp. 37-38.

⁵¹⁹ GARCÍA ARÁN y PERES NETO, “Discursos mediáticos y reformas penales en 2003”, *cit.*, p. 156.

⁵²⁰ Estas reformas y en general la rigurosidad y excepcionalidad con que se ha penalizado el fenómeno de la violencia política –terrorismo- permite identificar el uso político del Derecho penal. (ALBRECHT, Peter-Alexis, “El derecho penal en la intervención de la política populista”, en AA.VV., *La insostenible situación del derecho penal*, Granada, Editorial Comares, 2000, pp. 479-552).

lo que en términos de la fase de ejecución se comprende como asegurar, endurecer y prolongar el castigo, obstaculizando los procesos de liberación, egreso o libertad anticipada. Una legislación dictada en “*clave populista*”⁵²¹ :

*“La mayoría de las reformas penales habidas en el Parlamento español... durante el 2003... no son, en definitiva, más que la expresión de un Derecho penal pensado en clave populista, con el ojo puesto en los beneficios electorales inmediatos que en una mejor y más justa solución que los problemas que actualmente aquejan... Se ve que las ideas de la ‘tolerancia cero’ y del ‘Derecho penal del enemigo’ están en estos momentos y de un modo general bastante enraizadas en la mentalidad de los gobernantes, sean éstos de derechas o de izquierdas, y que nadie, de un lado o de otro, está dispuesto a dar marcha atrás o a corregir el rumbo decididamente emprendido hacia un Derecho penal autoritario y poco respetuoso de los principios democráticos y del Estado de Derecho”*⁵²²

⁵²¹ Un interesante análisis sobre la influencia de los medios de comunicación en la amplificación y fortalecimiento de la “*demanda punitivista*” y la forma como la agenda política del 2003 fue en gran medida determinada por la agenda de los medios de comunicación en España, en GARCÍA ARÁN, Mercedes y PERES NETO, Luiz, “Agenda de los medios y agenda política: un estudio del efecto de los medios en las reformas del Código Penal español entre los años 2000-2003”, en *Revista de derecho penal y criminología*, N^o 1, 3^a época (2009), pp. 261-290. En el mismo sentido, LOS MISMOS, “Discursos mediáticos y reformas penales en 2003”, *cit.*, pp. 153-189; GARCÍA ARÁN, Mercedes, “Delincuencia, inseguridad y pena en el discurso mediático”, en MUÑOZ CONDE, Francisco (director), *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología. Estudios penales en homenaje de la profesora doctora María del Mar Díaz Pita*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp.85-113.

⁵²² MUÑOZ CONDE, Francisco, “La generalización del derecho penal de excepción: tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerancia cero y el derecho penal del enemigo”, en CAMPOS MORENO, Juan Carlos y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (directores), *La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas*, Estudios de Derecho Judicial, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007, p. 50. La opinión la comparten también otros autores, por ejemplo, LASCANO, Carlos Julio, “La ‘demonización’ del enemigo y la crítica al derecho penal del enemigo basada en su caracterización como derecho penal de autor”, *cit.*, p. 226.

Sin duda alguna las reformas en general constituyen un *retoño genuino de la cultura del control de la sociedad contemporánea*.

b) Presencia exigua de un Derecho penal y penitenciario mínimo.

Dentro de la diversidad normativa de las reformas analizadas no podemos identificar pasos firmes y significativos hacia la propuesta o modelo de Derecho penal de FERRAJOLI, salvo la incorporación al menos de una nueva sanción alternativa como la localización permanente –muy reducida eso sí al limitarse como pena leve a las faltas-, la reformulación y mejora de las disposiciones de las penas de multa y trabajo en beneficio de la comunidad y sobremanera la ampliación del rango de penas que pueden ser objeto de suspensión –antes de 3 años y ahora hasta los 5 años- tratándose de sujetos drogodependientes a efecto de favorecer su rehabilitación con el sometimiento a un tratamiento bajo supervisión.

En las reformas es cierto que identificamos una tendencia *a disminuir la flexibilidad de la ejecución penal* -reduciendo beneficios penitenciarios- y los márgenes de discrecionalidad tanto de la autoridad administrativa como de la judicial, sobre todo, tratándose de delitos de terrorismo y delincuencia organizada, donde apriorística y automáticamente se bloquea cualquier posibilidad de modificación de la modalidad de custodia, asegurándose el encierro por plazos determinados. Desde ese punto de vista las reformas podrían identificarse con el postulado básico del garantismo del rechazo a la flexibilidad de la pena, sin embargo debemos considerar que el objetivo perseguido por FERRAJOLI con esa estrategia es distinto, es la certeza de las expectativas del condenado, el respeto a su dignidad y la libertad, y nunca como un mecanismo en favor de la seguridad, la reducción de libertades ni la

neutralización del individuo, propósito sobre el que ha basado el legislador español su rediseño del sistema penitenciario, por lo que encontramos una coincidencia en el medio utilizado pero no podemos identificar esa situación como una búsqueda de los objetivos del programa de política criminal que defiende el garantismo. Recordemos que FERRAJOLI se opone a la incerteza que genera en el condenado la dinámica discrecional de los beneficios y defiende su libre autodeterminación, ante lo que propone la derogación de los beneficios penitenciarios o caso contrario que se apliquen en forma automática o de pleno derecho, situación que en el caso de la reforma penal no se presenta pues lo que se pretende al menos para terroristas y miembros de bandas organizadas es la pena como mera coacción y sin beneficios -por razones de seguridad-.

El Derecho penal mínimo exige la contracción del Derecho penal y una demanda de mayores niveles de certeza y racionalidad jurídica, así como la reconstrucción racional del sistema penal, procesal y penitenciario al amparo de la defensa del pleno respeto de las garantías penales y procesales como condición irrenunciable del ejercicio de la actividad punitiva estatal; el fortalecimiento del principio de legalidad y una defensa por la igualdad, así como la aplicación de la pena mínima necesaria medida por la culpabilidad del hecho.

Considerando estos postulados de la propuesta y el análisis realizado en el apartado anterior sobre el torrente de reformas legales del 2003, resulta evidente la incompatibilidad de los marcos comparativos, pues con estas reformas por el contrario se fortalece el uso de la prisión –aumento de penas y del máximo legal-, se expande el control social formal a través del Derecho penal –mayor uso del Derecho penal-, se disminuyen las garantías y se invierte el contenido de principios como el de seguridad jurídica –comprendido ahora a

favor de la víctima-, legalidad –desconocimiento de la garantía ejecutiva- y la irretroactividad de la ley penal desfavorable –transitorio único de la LO 7/2003, de 30 de junio-. En fin, se toma un rumbo a favor de la desigualdad y la aplicación de un sistema penal y penitenciario de excepción contra determinados sujetos a los que se aplica una pena más gravosa –contrario al postulado de una pena abstracta e igual para todos del garantismo-, se obstaculiza la procedencia de sus beneficios y a quienes en lugar de procurar la aplicación de la pena mínima necesaria se les impone la máxima posible y hasta más allá –por ejemplo esa situación se produce como anotamos, con el no reconocimiento del periodo que bajo libertad condicional se haya descontado en el caso de terroristas a los que posteriormente se les revoque el beneficio-. Se produce así, contrario a la propuesta de FERRAJOLI, el quebranto a los derechos fundamentales a través del castigo, el delito y la pena.

En definitiva, con las reformas legales del 2003 se produce una completa *reconstrucción irracional* del sistema penal, procesal y penitenciario español donde lejos de encontrar elementos que identifiquen las modificaciones con la propuesta del Derecho penal y penitenciario mínimo confirmamos la presencia de manifestaciones claras y expresas del Derecho penal simbólico, del Neopunitivismo y del Derecho penal del enemigo, todos parte de la cultura del control de la sociedad contemporánea y “*una ideología profundamente represiva y reaccionaria*”⁵²³.

⁵²³ Así la califica ZUGALDÍA ESPINAR. Sin embargo para él muchos de los aspectos de las reformas no tienen que ver con el pensamiento de JAKOBS sino más bien con la transición de un Estado Social a uno Liberal. Indica así mismo que muchas de las críticas a ese autor son comprensibles desde el miedo que genera el cambio y por un resentimiento producido ante la forma directa como el profesor alemán evidencia la debilidad teórica, las mentiras, falacias y contradicciones de la ciencia penal moderna. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, “Seguridad ciudadana y Estado Social de Derecho (A propósito del ‘Código Penal de la Seguridad’ y el pensamiento funcionalista)”, en OCTAVIO DE TOLEDO, Emilio, GUARDIEL SIERRA, Manuel y CORTÉS BECHIANELL, Emilio (coordinadores), *Estudios penales en homenaje del profesor Ruiz Antón*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 814. Disentimos de la posición del autor cuando pretende desvincular las reformas penales en España con el pensamiento de JAKOBS porque el

c) Marcados rasgos de un Derecho penitenciario del enemigo.

Las reformas del 2003 sin duda alguna son una apuesta en favor de la cárcel y la expansión del Derecho penal⁵²⁴ así como el uso de éste como un arma afilada contra determinados sujetos que supuestamente atentan de manera continua contra la seguridad del Estado y el orden de la sociedad, a los que se hace necesario excluir, controlar o neutralizar a través del encierro. Un Derecho que se aleja cada vez más de los fundamentos liberales del Derecho Penal y la Ilustración.⁵²⁵

c.1) De la preponderancia de la seguridad sobre la libertad

En las reformas legales del 2003 la eterna lucha entre libertad y seguridad parece que la gana nuevamente la seguridad y se acerca la legislación cada vez más a un Derecho penal del enemigo⁵²⁶.

análisis de la nueva normativa permite identificar claramente la presencia de las características con que el propio JAKOBS identifica el Derecho penal del enemigo.

⁵²⁴ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, "Alternativas a la pena de prisión", en CASTRO ANTONIO, José Luis (director), *Derecho penitenciario: incidencias de las nuevas modificaciones*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2006, pp. 32-37.

⁵²⁵ RIVERA BEIRAS, *La cuestión carcelaria...*, cit., p. 504. Realiza el autor un interesante análisis sobre el Derecho penal del enemigo como resultado de la cultura de la emergencia desarrollada en los años 70 en Europa ante el surgimiento del fenómeno de la violencia política –terrorismo– y la importación del modelo penal de Estados Unidos de América y su política de tolerancia cero.

⁵²⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco, "El nuevo derecho penal autoritario", en OCTAVIO DE TOLEDO, Emilio, GUARDIEL SIERRA, Manuel y CORTÉS BECHIANELL, Emilio (coordinadores), *Estudios penales en homenaje al profesor Ruiz Antón*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 812.

La normativa atiende las demandas de mayor represión y control, así como la reducción de beneficios y garantías en función de alcanzar y garantizar la seguridad. Como lo explica la exposición de motivos de la LO 07/2003, de 30 de junio:

“La sociedad demanda una protección más eficaz frente a las formas de delincuencia más graves, en concreto, los delitos de terrorismo, los procedentes del crimen organizada y los que revisten una gran peligrosidad, protección que el Estado de Derecho no solo puede sino que tiene la obligación de proporcionar. La flexibilidad en el cumplimiento de las penas y los beneficios penitenciarios tienen su razón de ser en el fin de reinserción y reeducación del delincuente constitucionalmente consagrado, pero, precisamente por ello, la legislación debe evitar que se conviertan en meros instrumentos al servicio de los terroristas y los más graves delincuentes para lograr un fin bien distinto”.

Las modificaciones legales del 2003, sin duda alguna, son una respuesta inmediata al llamado urgente y al pánico social canalizados y reproducidos por los medios de comunicación social.

“...lo que resulta indudable es que las reformas de estas dos legislaturas bordan e ilustran la noción de Derecho Penal simbólico. Hasta el punto que resulta sencillo identificar llamativos supuestos de leyes reactivas, activistas, aparentes, gratuitas, autoritarias, apaciguadoras e identificativas. Es decir, aquellas leyes rápidamente aprobadas para calmar a la población, que mostrando la capacidad de reacción y coacción del Estado, persiguen esencialmente conformar la creencia social de que éste actúa y resuelve. Así mismo tratan de exhibir una total identificación del legislador (y del Gobierno que es quien lo explota) con problemas de los ciudadanos, aunque

muchas veces adolecen de graves defectos técnicos y son aprobadas sin recursos materiales. Muchos son los ejemplos de esta naturaleza...: delitos sexuales, terrorismo, seguridad ciudadana, extranjería, violencia doméstica y de género, responsabilidad penal de menores, habitualidad y reincidencia, sistema de penas y cumplimiento íntegro, etc."⁵²⁷

Una apuesta a favor de la cárcel y el encierro como mecanismo primordial para la solución de la ansiedad social. Como muestra el aumento del límite máximo de la sanción privativa de libertad hasta los cuarenta años, la reducción de beneficios para determinados grupos de individuos y la incorporación de institutos como el periodo de seguridad, visualizándose la prisión no como el medio para la reinserción y reeducación de los privados de libertad sino como un mecanismo de exclusión y neutralización.

Se produce así un Derecho penitenciario utilizado como un **arma**⁵²⁸ para vencer y humillar, para controlar y aislar. Un sistema penal y penitenciario que lanza *la seguridad* como un valor supremo en función del cual se justifica la ampliación de los mecanismos de control social formal y "*la subordinación de los derechos individuales a las exigencias de irracionalidad funcional del Estado*"⁵²⁹, porque todo se justifica en función de alcanzar mayores niveles de seguridad

⁵²⁷ GONZÁLEZ CUSSAC, "La contrarreforma penal de 2003: nueva y vieja política criminal", cit., p. 21.

⁵²⁸ RIVERA BEIRAS, *Recorridos y posibles formas de la penalidad...*, cit., p. 118.

⁵²⁹ PEREZ CÉPEDA, "El paradigma de la seguridad en la globalización: guerra, enemigos y orden penal", cit., pp. 112-113.

c.2) Finalidad de prevención especial negativa de la pena: de la neutralización e inocuización del enemigo.

Al *entierro* de la finalidad resocializadora de la pena le acompaña el renacimiento de la finalidad inocuizadora⁵³⁰ de la sanción⁵³¹ y de ideas propias del positivismo criminológico, sumando a la lista de incorregibles –enemigos– cada vez más grupos de sujetos: todos aquellos que causen molestia y generen inseguridad en el colectivo social:

“...puede advertirse un claro resurgimiento de la dimensión inocuizadora de la pena, que se hace especialmente patente en el ámbito de la delincuencia grave, especialmente en lo relativo a la criminalidad violenta, terrorista y organizada... En efecto, la segregación entre el tratamiento jurídico-penal de las organizaciones criminales y el derecho penal común es cada vez más acentuada... la criminalidad organizada está siendo en España un –silencioso- y compañero de viaje del terrorismo en las reformas destinadas a instaurar un subsistema de penas excepcional, en el que tienen cabida penas de duración extraordinaria y un régimen de ejecución muy estricto. En tales iniciativas, el principio de resocialización experimenta un serio revés, en beneficio de orientaciones cuanto menos, inocuizadoras...”⁵³²

⁵³⁰ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, “El derecho penal de la ‘seguridad’”, en BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel (editor), *Guerra global permanente. La nueva cultura de la inseguridad*, Madrid, Catarata, 2005, p. 58.

⁵³¹ Señala SANZ DELGADO que el antagonismo entre resocialización e inocuización que se presenta en las reformas regresivas del 2003, no es una polémica nueva en la historia del penitenciarismo español porque a finales del Siglo XIX y principio del XX se presentó un escenario parecido muy bien representado en las diferencias entre dos grandes penitenciaristas de la época: Rafael Salillas Panzano y Fernando Cadalso y Manzano. SANZ DELGADO, Enrique, “Dos modelos penitenciarios paralelos y divergentes: Caldaso y Salillas”, en *Revista de estudios penitenciarios*, Extra 2006, (Homenaje al profesor Francisco Bueno Arús), pp. 191-224.

⁵³² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, SABORIT FELIP I, David, ROBLES PLANAS, Ricardo, PASTOR MUÑOZ, Nuria, “La ideología de la seguridad en la legislación penal española

La incorporación del *periodo de seguridad* y la *ruptura de la individualización científica* de la ejecución penal; el *aumento del máximo legal* de la sanción privativa de libertad, *penas de hasta cuarenta años* de privación de libertad, la aplicación de los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y la libertad condicional en relación con el total de penas impuestas y no respecto al máximo legal, son todos ejemplos del uso del Derecho penal en función de alcanzar la inocuización y el control de determinados sujetos, a los que no interesa resocializar sino que más se pretende encerrar, inmovilizar y neutralizar.

c.3) Sobre un régimen penitenciario de excepción.

La invasión del Derecho penal del enemigo en la legislación penitenciaria española resulta una realidad irrefutable, porque el trato desigual y discriminatorio contra determinados grupos de sujetos –básicamente hasta ahora terroristas y sujetos pertenecientes a organizaciones criminales, por lo general asuntos de narcotráfico- tiene una base empírica⁵³³. La cárcel y la pena no son la misma si se trata de un delincuente cualquiera o si se tiene al frente a un terrorista o a un miembro de una organización criminal. Como señala LEGANES GÓMEZ:

“Estas reformas de la LO 7/2003 , de 30 de junio, se orientan a las finalidades de retribución, la prevención general negativa (intimidación) y

presente y futura”, *cit.*, p. 387. En el mismo sentido, LANDA GOROSTIZA, “Delitos de terrorismo y reformas penitenciarias (1996-2004): un golpe de timón y correcciones de rumbo: ¿hacia dónde?”, *cit.*, pp. 199-200.

⁵³³ Sobre la proliferación de ejemplos concretos de Derecho penal del enemigo en el ordenamiento jurídico español como una base empírica incuestionable, POLAINO-ORTS, *Derecho penal del enemigo...*, *cit.*, 47-66.

la inocuización del delincuente, antes que a la finalidad primordial de la prevención especial positiva (reeducción o reinserción social, del art. 25.2 de la Constitución), y son, por tanto, un componente extraño dentro de las leyes penales y penitenciarias, dando lugar a preceptos contradictorios entre sí que han producido confusión entre los operadores del Derecho y han contaminado el régimen penal y penitenciario ordinario con orientaciones y principios de Derecho penal y penitenciario excepcional, muy en la línea de la teoría de Jackobs del derecho penal del enemigo, dando lugar con ello a un derecho penitenciario de tres velocidades: dependiendo de la gravedad del delito se han establecido tres regímenes de cumplimiento, el general u ordinario, el excepcional o extraordinario para penados por delitos graves y el superagravado para los terroristas u otra delincuencia organizada”⁵³⁴

Concordamos con este autor cuando apunta la presencia del Derecho penal del enemigo en el ordenamiento jurídico español, sin embargo nos apartamos de su opinión cuando señala que la diferencia del régimen penitenciario se produce según la gravedad de los hechos, porque, insistimos no es el hecho ni su gravedad lo que se utiliza para dar un trato diferente, desigual, discriminatorio y desventajoso sino simple y llanamente, la calidad del autor, como los casos típicos del terrorista y del delincuente perteneciente a organizaciones criminales. Y podrán ser dos, tres o más las velocidades que se identifiquen en la ejecución de la pena, lo relevante es que no solo es una y por lo tanto, se impone la desigualdad y los subsistemas penitenciarios según quien sea el delincuente.

⁵³⁴ LEGANÉS GÓMEZ, *La clasificación penitenciaria...*, cit., pp. 19-20; EL MISMO, *La evolución de la clasificación penitenciaria*, Madrid, Ministerio del Interior, 2005, p. 270.

Como resultado se tiene una *normativa invadida de reglas especiales de imputación penal, en la punición y en la ejecución de las penas*⁵³⁵, que estrecha las garantías y derechos de *grupos de sujetos o “(no) personas”*, fortaleciéndose cada vez más los poderes policiales en disminución de garantías individuales y donde la venganza resurge de las cenizas, encerrando a los enemigos prácticamente de por vida o hasta alcanzar su *“muerte civil”*⁵³⁶, obstaculizándose cualquier posibilidad de reinserción social sin considerar su reacción ni comportamiento posterior al delito:

De esta manera, en España se ha construido un régimen penitenciario diseñado para controlar a los enemigos. Para empezar se les enfrenta o combate con la imposición de penas excesivamente altas (la pena de cuarenta años de prisión equivale prácticamente a una pena perpetua y excede en mucho incluso el límite que legislaciones como la italiana, la alemana o la francesa imponen a una sanción de ese tipo). Por otro lado, mediante la relativización de garantías o principios fundamentales como la finalidad de reeducación y reinserción social de las penas, que se ve *“asfixiada”* por el esfuerzo del legislador en obstaculizar las posibilidades de reincorporación del individuo a la comunidad (reglas en caso del concurso real, período de seguridad irrevocable, prohibición del adelantamiento de la libertad condicional, nuevos requisitos para el tercer grado, etc.).

⁵³⁵ PÉREZ CEPEDA, PEREZ CEPEDA, “El paradigma de la seguridad en la globalización: guerra, enemigos y orden penal”, *cit.*, pp. 98-115.

⁵³⁶ “Una renuncia a la resocialización y en pro de la inocuización y la exclusión. Un retroceso al sistema de penas del Siglo XIX, donde el monto de la pueda puede alcanzar la ‘muerte civil’, un giro involucionista que obedece más a ideas retributivas o de prevención general, a una tendencia a la prevención especial entendida como inocuización del delincuente a través del periodo de seguridad y el aumento de las penas y su duración”, (GONZÁLEZ CUSSAC, “La contrarreforma penal de 2003: nueva y vieja política criminal”, *cit.*, p. 24).

En definitiva, se tiene un régimen desigual y más gravoso con un conjunto de normas que *“responden claramente a un ‘Derecho penal de la seguridad’... encuadrables en los supuestos que Jakobs denomina Derecho penal del ‘enemigo’.”*⁵³⁷ *“Un magnífico modelo de Derecho penitenciario del enemigo”*⁵³⁸ que vacía cualquier finalidad de prevención especial positiva⁵³⁹ y convierte las prisiones en meras *“bóvedas”* para los enemigos.

Coincidimos con FARALDO CABANA cuando califica este régimen penitenciario especial, como *“irracional e injustificado”*⁵⁴⁰. Las reformas sin lugar a dudas desfiguran el carácter humanitario del sistema penitenciario y marcan un cambio de rumbo:

“... la normativa española ha pasado de ser una de las más progresistas y humanitaria de nuestra órbita cultural, casi revolucionaria desde una perspectiva histórica, a convertirse, en algunas materias, en una de las más

⁵³⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel y POLAINO ORTS, Miguel, “Derecho penal del enemigo: algunos falsos mitos”, en CANCIO MELIÁ, Manuela y GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (coordinadores), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid, Edisofer, 2006, Vº 2, pp. 605-608.

⁵³⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “El derecho penal del enemigo y el Estado democrático de derecho”, *cit.*, pp. 831-832. En el mismo sentido, señalando que no es un hecho aislado la invasión del Derecho penal del enemigo en la legislación española y que incluso parece que se está convirtiendo en la pauta general de actuación, NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, “Las transformaciones sociales y el derecho penal: del estado liberal al derecho penal del enemigo”, en MUÑOZ CONDE, Francisco (director), *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología. Estudios penales en memoria de la profesora doctora María del Mar Díaz Pita*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 115-161.

⁵³⁹ “En España...el auge de la inocuización está llegando y ha quedado plasmado ya en la reforma en tanto se le resta operatividad al sistema de individualización científica (cuando no se elimina) limitando el acceso al tercer grado y la libertad condicional y convirtiendo en muchos casos la pena de prisión en un tiempo vacío de contenido rehabilitador”, (LÓPEZ PEREGRÍN, “¿Lucha contra la criminalidad mediante el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas?”, *cit.*, p. 15).

⁵⁴⁰ FARALDO CABANA, “Medidas preliminares durante la ejecución de condenas por terrorismo y delincuencia organizada: consolidación de un subsistema penitenciario de excepción”, *cit.*, pp. 794-796.

*represivas, desoyendo las últimas recomendaciones adoptadas por el Comité de ministros que informan al Consejo de Europa en materia penitenciaria y concretamente la recomendación de 30 de septiembre de 1999 que propugnaba un impuso de la semilibertad, del régimen abierto y de la libertad condicional. La consecuencia no puede ser otra que un aumento alarmante del número de personas privadas de libertad que no puede si no dificultar cualquier labor penitenciaria y la consecución de los fines constitucionales previstos para la pena privativa de libertad.*⁵⁴¹

Un *Derecho penal y penitenciario de excepción* que cada vez es menos excepcional y probablemente terminará convirtiéndose en la regla, porque en la actualidad se comprende que atender un conflicto social y darle relevancia exige su tratamiento drástico desde el Derecho penal.

Una construcción jurídica que inicialmente se presentó contra fenómenos de especial trascendencia como el terrorismo o la delincuencia organizada y que va extendiéndose como la *panacea* para la solución de todos los problemas sociales.

“Los nuevos enemigos de nuestra sociedad no son sólo terroristas, sino también inmigrantes, reincidentes, delincuentes sexuales violentos irrecuperables, y delincuentes organizados. Tras la seguridad se oculta su notorio carácter ilegítimo al suprimir las garantías reconocidas en la

⁵⁴¹ SANZ DELGADO, Enrique, “La reforma introducida por la regresiva Ley Orgánica 7/2003. ¿Una vuelta al Siglo XIX?”, en *Revista de derecho penal y criminología*, 2ª época, N° extraordinario 2 (2004), p. 209.

*constitución y que constituyen las bases del Derecho penal del Estado de Derecho...*⁵⁴².

De hecho, la sociedad va demandando el trato más gravoso contra determinado grupo de sujetos y exige que a ciertos fenómenos sociales, como la violencia de género, se le aplique el mismo trato que se da a los terroristas, como un reconocimiento a la dignidad de la mujer y una muestra de la relevancia que se le otorga al asunto:

*“La presidente de la Federación de Mujeres Progresistas... reprochó ayer al Gobierno y a los partidos políticos su falta de ‘reproche social’ contra la violencia doméstica y les emplazó a que se pronuncien con la ‘misma contundencia, fuerte y compromiso político’, contra los malos tratos que la mostrada ‘contra el terrorismo’*⁵⁴³

4.- Sobre los límites del Estado de Derecho y una España al revés.

Desde el texto constitucional español no puede justificarse la diferencia entre ciudadanos y enemigos –postulado básico del Derecho penal del enemigo—. El modelo de democracia sustancial seleccionado por el constituyente no admite esa diferencia.

⁵⁴² PEREZ CÉPEDA, Ana Isabel, “El paradigma de la seguridad en la globalización: guerra, enemigos y orden penal”, *cit.*, p. 112.

⁵⁴³ La Vanguardia, 2 de junio del 2003, citado por GARCÍA ARÁN y PERES NETO, “Agenda de los medios y agenda política: un estudio de los medios en las reformas del Código Penal español entre los años 2000-2003”, *cit.*, p. 275.

El Derecho penal democrático no autoriza a “*desvestir*” a un ser humano de su calidad de persona ni aunque sea en beneficio de la mayoría. Al menos desde el punto de vista teórico y formal el Derecho penal en un Estado de Derecho no puede legítimamente atender intereses de un grupo mayoritario o de la clase dominante, más bien es un instrumento para garantizar el respeto de la dignidad y los derechos primarios o fundamentales de todos. En la democracia sustancial el Derecho penal nunca podría “*servir de coartada a un sistema social basado en la exclusión de la parte más débil frente al poderoso*”⁵⁴⁴.

La imposición de un régimen penitenciario específico y más gravoso contra determinados sujetos, típico de lo que hemos denominado *Derecho penitenciario del enemigo*, no es legítimo en España porque contraviene la Constitución Política que reconoce la *libertad y la igualdad* como valores superiores del ordenamiento jurídico y establece la *dignidad humana* como fundamento del orden político y la paz social -un valor indisponible, artículo 10-, prohibiendo cualquier discriminación por razones de “*nacimiento, raza, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*” –el destacado es nuestro, artículo 14-. Como indica MUÑOZ CONDE:

“... de lo que se trata en última instancia, es de comprobar si ese ‘Derecho penal del enemigo’ está o no en consonancia con el modelo jurídico constitucional del Estado de Derecho que constituye la señal de identidad de las sociedades democráticas actuales. Porque si bien es cierto que éstas, por ejemplo, no pueden bajar la guardia ante el terrorismo, en cualquiera de sus versiones de utilización de la violencia con finalidad política, o ante cualquiera de los otros graves problemas que constituyen una grave

⁵⁴⁴ RODRÍGUEZ MESA, “Las razones del derecho penal, modelos de fundamentación y legitimación”, *cit.*, p. 5.

amenaza para su existencia, tampoco pueden, si quieren, seguir manteniendo con dignidad tal nombre, renunciar a los principios y garantías que les son consustanciales y que constituyen la esencia de su propia forma de ser. Como tampoco se puede cerrar definitivamente las puertas a la reinserción social (entendida como no desocialización o como humanización del sistema punitivo), objetivo primordial, según el art. 25.2 de la Constitución española, de ‘las penas y medidas privativas de libertad’, a ningún delincuente (incluido el terrorista), imponiendo penas de prisión perpetua o desproporcionadas en su duración e incompatibles con ese principio, o todavía peor: imponiendo la pena de muerte. Igual que no se puede criminalizar ninguna ideología o discrepancia puramente política, por más que esté muy alejada de los patrones políticos o culturales dominantes en nuestras áreas de cultura jurídica y política, cuando están dentro del amplio espectro de la “freedom of speech” o de la libertad de creencias y de expresión, reconocida en la Constitución española y en las declaraciones internacionales de derechos humanos, siempre que se manifiesten pacíficamente y sin poner en riesgo ningún bien jurídico de carácter fundamental”⁵⁴⁵

Con mucho más razón sustentamos esta posición cuando el párrafo segundo del numeral 10 establece que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que reconoce el texto constitucional, se interpretarán conforme a la Declaración Universal de Derecho Humanos y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, y desde el derecho internacional humanitario todo ser humano nace libre e igual en dignidad y derechos⁵⁴⁶, por lo que la diferencia básica de JAKOBS no sería de recibo.

⁵⁴⁵ MUÑOZ CONDE, *De nuevo sobre el ‘Derecho penal del enemigo’...*, cit., pp. 85 – 87.

⁵⁴⁶ En el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos expresamente se establece que la libertad, la justicia y la paz tienen por base el reconocimiento de la dignidad

Como justificación de estas reformas se invocan normalmente razones de mayor eficacia y la necesidad de garantizar seguridad y un mayor control.

El objetivo de “*mayor seguridad y represión*” parece que se impone a ultranza y sin respetar límites. Consigue incluso *convertir o invertir principios clásicos* establecidos tradicionalmente en favor del sujeto que sufre la persecución penal, en principios en favor de la víctima: así por ejemplo la *seguridad jurídica* se invoca no como un principio que le asegure a la persona que de imponérsele una sanción penal, la misma se cumplirá con objetividad y conforme a lo previamente establecido por la ley, sino que ahora se comprende como el derecho del ciudadano a conocer con certeza el efectivo cumplimiento de esa sanción contra el delincuente –para la tranquilidad y seguridad de “*todos*”-. No nos parece incorrecto que la ciudadanía tenga conocimiento de la forma como se cumplirán las penas pero lo que no es adecuado es que la comprensión de este derecho sea en detrimento de los derechos y posibilidades de reinserción anticipada del ciudadano privado de libertad.

Como apuntan GARCÍA ALBERO y TAMARIT SUMALLA refiriéndose a la Ley de cumplimiento efectivo e íntegro de las penas, se produce una suerte de “*perversión de los principios*”:

“...la Exposición de motivos incurre en el despropósito de vincular los objetivos punitivistas de la reforma con la idea de seguridad jurídica y con

intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de toda la “*familia humana*”, por lo que distinguir a seres humanos entre personas y no personas no resultaría admisible, con mucho menos razón cuando el artículo 1 dispone que: “*Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...*”. Por su parte cabe mencionar que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –suscrito por España en 1977- establece en su numeral 10 que la finalidad esencial de la sanción penal es la readaptación social.

los principios informadores del Derecho penal, concebidos como límites al poder punitivo del Estado y que son aquí invocados en sentido inverso. Así, se extiende el principio de seguridad jurídica hasta el 'derecho del ciudadano a conocer con certeza cuál es la forma en la que se van a aplicar las penas, a saber, en definitiva, en qué se va a traducir en la práctica la pena o sanción impuesta'. No sólo sorprende tan insólita proyección del principio hasta la forma de ejecución de las penas previstas en el Código, aspecto en que el legislador entra a hacer doctrina sobre el art 9-3 de la Constitución de espaldas a la labor hermenéutica desarrollada por el Tribunal Constitucional como supere intérprete de la norma fundamental. Lo más inquietante, por lo que de perversión del principio supone, es la idea implícita de que el citado derecho del ciudadano no va referido al potencial infractor sino a un todavía más indefinido ciudadano, trasunto conceptual de la sociedad como entelequia, de cuya necesidad de seguridad y protección de bienes jurídico surge precisamente la potestad punitiva del Estado...'⁵⁴⁷

En las reformas del 2003 resulta incuestionable que además del incremento de penas y delitos, el sistema penal se aleja cada vez más de la finalidad de reeducación y reinserción social.

Es cierto que el artículo 25 de la Constitución Política no es excluyente de otras finalidades de la pena, como lo ha señalado de forma reiterada el Tribunal Constitucional⁵⁴⁸, pero resulta inadmisibles que la preponderancia de otras

⁵⁴⁷ GARCÍA ALBERO y TAMARIT SUMALLA, *La Reforma de la ejecución penal...*, cit., pp. 21-22. Al respecto señalan MIR PUIG y ALCÁCER GUIRAO que esa invocación a los principios de legalidad y seguridad jurídica es torpe y burda y solo pretende enmascarar el resurgimiento de un nuevo retribucionismo sin reparos garantistas en detrimento de la doctrina de la reinserción social. MIR PUIG, Santiago y ALCÁCER GUIRAO, Rafael, "Cambio de orientación en la política criminal española: últimas reformas del Código Penal", cit., pp. 108-109.

⁵⁴⁸ STC 15/1984, de 11 de enero. Sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al respecto y el significado y consecuencias de la reeducación y la reinserción social no como un derecho

finalidades venga a obstaculizar o vedar la declarada –por disposición expresa constitucional- principal orientación de las penas.⁵⁴⁹

La Constitución Política en España reconoce la *reeducción* y la *reinserción social* como *objetivo esencial* de las penas privativas de libertad y por esta razón, al asignarse a la pena una finalidad primordial de prevención especial positiva, se produce una total confrontación con los postulados básicos de las *propuestas penitenciarias* objeto de nuestro estudio:

Desde el “*Derecho penitenciario mínimo*” porque expresamente como postulado básico se renuncia a las finalidades de prevención especial positiva y se asigna a la sanción dos finalidades específicas: la prevención de delitos y la prevención de penas arbitrarias o desproporcionadas. En España como anotamos no se establece una única finalidad a la pena y por lo tanto, por supuesto que la propuesta de FERRAJOLI puede tener acogida desde el marco Constitucional pues la prevención de delitos y de penas arbitrarias y desproporcionadas son objetivos también de las sanciones penales pero no con exclusión de la finalidad de prevención especial positiva, sino por el contrario como complemento de ésta pues la reeducación y reinserción social destacan en el texto constitucional como una orientación necesaria.

fundamental sino como un mandato orientador al legislador y las autoridades penitenciarias, ALVAREZ GARCÍA, *Consideraciones sobre los fines de la pena ...*, cit., pp. 1-49.

⁵⁴⁹ En el mismo sentido, BUENO ARÚS, Francisco, “Las reformas de las leyes penitenciarias en España a la luz de los fines del derecho”, cit., p. 179; SÁNCHEZ GARCÍA DE LA PAZ, “Alternativas al Derecho penal del enemigo desde el Derecho penal del ciudadano”, cit., pp. 878-879; CUERDA RIEZU, “El concurso real y la acumulación de penas en la sentencia del Tribunal Supremo 197/2006, de 28 de febrero, relativa al caso Henri Parot. Observaciones legales y constitucionales”, cit., p. 225. ALVAREZ GARCÍA, *Consideraciones sobre los fines de la pena...*, cit., p. 40.

Desde el “*Derecho penitenciario del enemigo*” porque poco le importa resocializar y más le interesa neutralizar y controlar al sujeto para prevenir el peligro que representa y desde esa perspectiva otorga a la sanción penal una finalidad meramente neutralizadora que no puede sostenerse de forma legítima pues la sanción privativa de libertad debe orientarse primordialmente a procurar la reeducación y reinserción del condenado por mandato constitucional.

Actualmente junto al régimen general penitenciario coexiste un régimen de excepción contra los *enemigos* que procura su *marginación y exclusión perpetua* al considerarlos, de forma anticipada, como sujetos o enemigos irre recuperables sin ni siquiera observar o preguntarles.⁵⁵⁰ Un régimen que lesiona abiertamente el principio de igualdad y la dignidad humana y que ignora la orientación que tiene la pena privativa de libertad por disposición constitucional.

“El abandono del ideal de la resocialización para terroristas y delincuentes organizados no es más que uno de los muchos matices del subsistema penal y penitenciario de enemigos. Frente al terrorista, frente al delincuente organizado, en suma, frente al enemigo, la única reacción posible es la inocuización o neutralización, medidas con las que se pretende procurar una especial seguridad cognitiva. Y es que el principal efecto producido por la introducción de este nuevo derecho penitenciario es el regreso a nociones que, aunque ni mucho menos desconocidas, sí habían quedado abandonadas en el discurso penal continental, como la de inocuización. Las modificaciones que se introducen en la ejecución penal suponen el

⁵⁵⁰ Sobre un régimen preceptivo contra los enemigos prácticamente sin posibilidad de modificación discrecional alguna, GONZÁLEZ CUSSAC, “La contrarreforma penal de 2003: nuevo y vieja política criminal”, *cit.*, p. 25.

establecimiento de un trato desfavorable distinto respecto de penados por otros delitos que resulta inexplicable, y por tanto discriminatorio. Inexplicable porque no hay razón alguna que justifique la creación de un subsistema penitenciario de excepción para estos delincuentes, salvo una presunta mayor peligrosidad que ha ya sido valorada a la hora de prever penas extraordinariamente altas para los delitos que cometen... Y es un trato discriminatorio porque se rompe el principio de igualdad de todos los condenados en la fase de ejecución, creando modalidades de ejecución diferentes...”⁵⁵¹

Este régimen penitenciario paralelo al ordinario, sólo para determinados grupos de sujetos y con una finalidad de la pena distinta, abiertamente contraviene la igualdad tutelada por el orden constitucional y significa una remoción de derechos que no es sostenible legítimamente en un Estado de Derecho:

“Pero una distinción similar es más difícilmente asumible en el Estado de Derecho, que, por definición, no admite que se pueda distinguir entre ‘ciudadanos’ y ‘enemigos’ (o ‘amigos’ y ‘enemigos’, es la clásica distinción del famoso politólogo nazi Carl Schmitt), como sujetos con distintos niveles de protección jurídica. Los derechos y garantías fundamentales propias del Estado de Derecho, sobre todo las de carácter penal material (principio de legalidad, intervención mínima y culpabilidad) y procesal penal (derecho a

⁵⁵¹ FARALDO CABANA, “Medidas premiales durante la ejecución de condenas por terrorismo y delincuencia organizada: consolidación de un subsistema penitenciario de excepción”, *cit.*, p. 794-796. En el mismo sentido, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Los subsistemas penales en la política criminal de nuestro tiempo”, *cit.*, p. 60: “En la ejecución de la pena, siempre en teoría, también será preciso una adaptación del programa de ejecución a las características del condenado, pero no será admisible una diferencia de ejecución que suponga transformar la sentencia de modo que sea posible castigar más duramente a unos delincuentes que a otros... Las reglas de ejecución penitenciaria. Esas se suponen también iguales para todos los condenados”.

la presunción de inocencia, a la tutela judicial, a no declarar contra sí mismo, etcétera), son presupuestos irrenunciables de la propia esencia del Estado de Derecho. Si se admite su derogación, aunque sea en casos puntualmente extremos y muy graves, se tiene que admitir también el desmantelamiento del Estado de Derecho, cuyo orden jurídico se convierte en un ordenamiento puramente tecnocrático o funcional, sin ninguna referencia a un sistema de valores, o, lo que es peor, referido a cualquier sistema, aunque sea injusto, siempre que sus valedores tengan el poder o la fuerza suficiente para imponerlo. El Derecho así entendido se convierte en un puro Derecho de Estado, en el que el derecho se somete a los intereses que en cada momento determine el Estado o las fuerzas que controlen o monopolicen su poder. El Estado es entonces simplemente lo que en cada momento conviene al Estado, que es, al mismo tiempo, lo que perjudica y hace mayor daño posible a sus enemigos. Los más importantes juristas del régimen nacionalsocialista, como Roland Freisle o Hans Franck, afirmaban ya esta idea con toda claridad...'⁵⁵²

Se impone así en España un Derecho penal del enemigo o un no derecho-penal⁵⁵³ y el desarrollo de una política criminal concentrada fundamentalmente en la satisfacción de la ansiedad social y la demanda de mayor represión.

Debe tenerse presente que este tipo de normas de excepción podrían tener un efecto contraproducente, porque a una persona de edad media a quien se le impone una pena de cuarenta años sin beneficios, poco le importará insubordinarse por completo ante las autoridades penitenciarias o judiciales

⁵⁵² MUÑOZ CONDE, *De nuevo sobre el "derecho penal del enemigo"...*, cit., pp. 63-64.

⁵⁵³ Así le denomina PEREZ CEPEDA, "El paradigma de la seguridad en la globalización: guerra, enemigos y orden penal", cit., pp. 114-115.

pues la imposibilidad de egreso y el monto de la pena impuesta constituyen una especie de “licencia de inmunidad”⁵⁵⁴ o a una “licencia para matar,” y en esas condiciones –cuando ya no se tiene nada que perder y se sufre la violencia legal en su máxima dimensión– resulta prácticamente imposible tratar con esa persona. .

Por todas las razones que hemos expuesto podemos describir el régimen penitenciario diseñado contra los enemigos como un modelo desigual, desproporcionado e injusto. En el caso de los terroristas un mecanismo de dominación y humillación irrespetuoso de la dignidad humana y la libertad interior. Una respuesta que al igual que el fenómeno que se combate desprecia e irrespeta la dignidad humana y las reglas del Estado de Derecho (terrorismo *vs.* terror de Estado). Eso sí –deducimos que porque se tiene consciencia de que lo que impone no es válido en un Estado de Derecho– el legislador a toda costa procura “*camuflar*” esa construcción jurídica bajo el disfraz de la resocialización y la reinserción social:

“No por casualidad las reformas señaladas, aunque afectan el núcleo central de la individualización científica y mudan definitivamente sus contenidos, guardan las formas y la terminología... es como si las nuevas reformas y su contenido quisieran ser travestidos como meras modificaciones y ajustes de la lógica resocializadora y rehabilitadora cuando, en realidad, el nuevo modelo en delitos de terrorismo sólo atiende aquélla en la versión preventivo-especial preñada de intrusismo trasgresor de los derechos

⁵⁵⁴ Sobre los efectos criminógenos de este tipo de penas, RIOS MARTÍN, Julián, “Reflexiones sobre la ley 7/2003: el incremento de la violencia punitiva”, en Revista de derecho penal y criminología, N^o Extra 2 (2004), p. 154.

*fundamentales del penado y que la doctrina ya hace tiempo rechazó y advirtió de los riesgos que entrañaba.*⁵⁵⁵

Como efecto de las reformas penales hasta ahora lejos de acabar los ataques terroristas⁵⁵⁶ y disminuir la delincuencia organizada debemos recordar que rota la *tregua* de nuevo aparecieron los “*coches bomba*” –sino recordemos los sucesos en la nueva terminal del aeropuerto de Barajas con la muerte de Carlos Alonso Palate y Julián Embid Luna, en Santoña, en Legutiano, en el Campo de las Naciones de Madrid o en Arrigorriaga, con la muerte de Eduardo Puelles García-; los asesinatos *selectivos* reaparecieron rápidamente –para no olvidar, los guardias civiles Raúl Centeno Pallón y Fernando Trapero Blázquez, el ex-concejal Isaiás Carrasco e Ignacio Uria Mendizabal-. Al mismo tiempo aumenta el porcentaje de personas bajo arresto y los niveles de sobrepoblación carcelaria se multiplican.

Por otro lado, la ansiedad social no se reduce y el tratamiento mediático de cosas excepcionales –sobre todo en delitos contra la vida o agresiones sexuales- genera todo un movimiento social en demanda de más penas y más castigo (continúan las demandas al amparo de casos como los de Mari Luz o Marta, por las mujeres asesinadas, por las mujeres agredidas). Más castigo, más “*mano dura*”, hasta la castración, la pena perpetua⁵⁵⁷ y la pena de muerte

⁵⁵⁵ LANDA GOROSTIZA, “Delitos de terrorismo y reformas penitenciarias (1996-2004): un golpe de timón y correcciones de rumbo, hacia dónde”, *cit.*, pp. 199-200.

⁵⁵⁶ Como claro ejemplo de la ineficacia de esa política y legislación se tiene que el principal atentado terrorista en el continente europeo de los últimos años, acontece en la capital de España pocos meses después de las reformas legales del 2003. Definitivamente todo ese proceso de modificación legal y mano dura “no impidió que se produjera el atentado de 11 de marzo de 2004. Ni parece que sea la perspectiva que desaliente a los terroristas...”, (MUÑOZ CONDE, Francisco, “La generalización del derecho penal de excepción: tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerancia cero y el derecho penal del enemigo...”, *cit.*, pp. 27-31).

⁵⁵⁷ El llamado a un debate sobre la pena perpetua no solo se produce desde las demandas sociales sino que incluso algún sector de la doctrina también lo considera prudente y necesario.

reaparecen como propuestas de solución. En medio de todo, a las familias de las víctimas las recibe el presidente del gobierno o les visita en su propia casa el líder de la oposición, como si en este país las audiencias con los líderes políticos se facilitaran a cualquiera que lo requiera. Se procura de esta forma brindar una imagen determinada y satisfacer la presión mediática.

En definitiva en España la política criminal toma un nuevo rumbo o más bien, con fuerza acelera en reversa y sin freno. Una simple muestra puede observarse en materia de ofensas sexuales y el anteproyecto de reforma al Código Penal de 1995 formulada por el gobierno en el 2008, que propone el endurecimiento de penas en materia de delitos sexuales, especialmente tratándose de delitos contra menores de edad y que ante la gran presión social y de los medios de comunicación⁵⁵⁸, se propone la aplicación de una sanción accesoria a los terroristas y delincuentes sexuales que al egresar de prisión no se encuentren resocializados. Concretamente se adiciona el Código Penal con una sanción más, por definición accesoria y restrictiva de derechos: la **libertad vigilada**. La misma se impone cumplida la pena privativa de libertad y por espacio de **uno a veinte años**:

“La pena de libertad vigilada tendrá siempre carácter de pena accesoria. Esta pena consistirá en el sometimiento del condenado a control judicial durante el tiempo que se señale en la sentencia a través del cumplimiento por su parte de alguna o algunas de las obligaciones señaladas en el apartado

Por ejemplo a favor de esa sanción se muestra MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, “El cumplimiento íntegro de las penas”, en *Actualidad penal*, N° 1 (2003), pp. 208-211.

⁵⁵⁸ En España sobre todo a través de la agitación de casos excepcionales, como la muerte y aparente abuso sexual de la niña Mari Luz y en el entorno europeo con los casos sucedidos en Austria, con el “*monstruo de Amstetten*” –Josef Fritzl, acusado por violaciones reiteradas y el secuestro durante 24 años de su propia hija- y el caso de la menor Natascha Kampusch –menor secuestrada y supuestamente abusada por su captor Wolfgang Priklopil durante más de ocho años.

*siguiente, que el juez de vigilancia determinará en la fase de ejecución. El cómputo de esta pena comenzará a partir del cumplimiento de la pena privativa de libertad”.*⁵⁵⁹

Como parte de la sanción el juez puede someter al individuo a determinadas condiciones como estar siempre localizable, su presentación periódica en el lugar que se establezca; comunicar el cambio del lugar de residencia o de de trabajo; no aproximarse ni comunicarse con la víctima o sus familiares; no acudir a determinados lugares o establecimientos; no residir en determinados lugares ni desempeñar determinadas actividades; someterse a tratamiento médico y participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares.

Se establece además la posibilidad del juez de acordar la utilización de medios electrónicos para la localización y seguimiento permanente del individuo⁵⁶⁰.

Una sanción seriamente restrictiva de derechos individuales y de la libertad personal, cuestionable sobre todo cuando obliga al individuo a

⁵⁵⁹ Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, artículo 49 bis, Ministerio de Justicia, 2008.

⁵⁶⁰ Esta vez y así hay que decirlo, en el Informe del Consejo General del Poder Judicial sí se analiza y con profundidad la propuesta de la libertad vigilada, realizándose un análisis de la figura en derecho comparado y señalando una serie de inconsistencia, lagunas, incoherencias y eventuales incompatibilidades que presenta la actual propuesta legal, al mezclar sanciones que actualmente ya existen dentro de las condiciones de cumplimiento de la libertad, lo que podría significar un doble castigo por un mismo hecho y al contravenir la progresividad del régimen penitenciario actual. Ver Informe del Consejo General del Poder Judicial, al anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, 26 de febrero del 2009, disponible en www.poderjudicial.es.

someterse a un tratamiento médico y participar en determinados programas de formación⁵⁶¹.

Definitivamente solo una lógica no jurídica puede justificar un subsistema penitenciario de este tipo y con este tipo de medidas: la *“lógica contra el enemigo”*. El interrogante está en si realmente este mecanismo de combate tiene sustento constitucional o realmente constituye una ruptura insalvable con los principios fundamentales del Estado de Derecho:

“El paso del Código penal de la Democracia hacia el Código Penal de la Seguridad –que constituye la crónica de un fracaso anunciado en la lucha contra el delito, y la plasmación del giro antidemocrático que preside la política no solo la política criminal de los últimos años- se está produciendo sin duda alguna a costa de sacrificar lo insacrificable, esto es, el modelo político-criminal subyacente a la Constitución de 1978 basado en el principio de la resocialización (con la incorporación de un concepto completamente trasnochado), legalidad (consagrando la aplicación retroactiva de disposiciones desfavorables al reo, así como estableciendo mecanismos que suponen violación del principio non bis indem) y

⁵⁶¹ Sobre la necesidad, las virtudes y sobre todo las objeciones a una sanción de este tipo, ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, “Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena”, en *Revista de derecho penal y criminología*, 3ª época, N° 1 (2009), pp. 199-212. El autor realiza un interesante análisis sobre la constitucionalidad y licitud de este tipo de medidas, concluyendo que la imposición de medidas de seguridad a sujetos imputables podría ser válido siempre que se cumpla con determinados requisitos que permitan salvar las críticas de un defensismo excesivo e intolerable y de castigos drásticos. Por ello, únicamente deben aplicarse ante situaciones de extrema necesidad –casos límite de posible reiteración de hechos delictivos muy graves y previa constatación de un perito-. Además la medida debe quedar prevista con anterioridad al cumplimiento de la sanción privativa de libertad y debe establecerse por un tiempo limitado y permitiendo al individuo cesarla incluso con antelación –cuando acredite su rehabilitación-. Discrepamos de la posición del autor porque el Derecho penal no puede utilizarse para prevenir y asegurar situaciones de peligro sino que la responsabilidad penal se determina por la culpabilidad y por hechos cometidos y no sobre hechos futuros. En todo caso no hay mecanismo totalmente infalible que garantice la seguridad absoluta.

humanidad de las penas (estableciendo penas que por su duración y por las condiciones de su cumplimiento, impiden el fin de la reinserción social) y humanidad de las penas (estableciendo penas que por su duración y por las condiciones de su cumplimiento, impiden el fin de la reinserción social). A ello hay que añadirse que si el objetivo que se pretende con la reforma práctica es la lucha más efectiva con la criminalidad, no por el mero hecho de aumentar aritméticamente las penas se reduce el índice de delincuencia. En definitiva, no es más que una respuesta uniformada al problema de la reinserción social, conceptos ambos –por definición- incompatibles, desconociendo ‘la dignidad personal del condenado, cuyo iter se condiciona a objetivos que le son ajenos –se le toma como instrumento-’⁵⁶²

En conclusión la *“involucionista normativa del 2003”*⁵⁶³ representa la desfiguración del Derecho penal y penitenciario democrático en España y el desmantelamiento, en este punto tan capital, del Estado de Derecho.

⁵⁶² ACALE SÁNCHEZ, “Terrorismo, delincuencia organizada y sistema de penas”, *cit.*, p. 379.

⁵⁶³ SANZ DELGADO, Enrique, “La reforma introducida por la regresiva Ley Orgánica 7/2003. ¿Una vuelta al Siglo XIX”, *cit.*, p. 210. Nos parece muy adecuada la caracterización utilizada por el autor porque por ejemplo con estas reformas como máximo legal de la pena –cuarenta años- se vuelve al límite establecido en la Ley de 18 de junio de 1870.

CONCLUSIONES:

El Derecho penal mínimo y el Derecho penal del enemigo, ofrecen propuestas distintas de Derecho penal y cómo enfrentar el fenómeno social de la delincuencia.

Desde ambas posiciones, de una u otra forma, se construyen modelos distintos de la ejecución penal de tal manera que podemos hacer referencia por un lado a la existencia de un "*Derecho penitenciario mínimo*" y a un "*Derecho penitenciario del enemigo*".

I

El profesor **Luigi Ferrajoli** desde su modelo de Derecho penal mínimo plantea la necesidad de la contracción del Derecho penal, buscando un Derecho más eficiente, respetuoso de las garantías penales y procesales, y utilizado como último recurso para la solución de los conflictos sociales.

Para el autor, la actividad punitiva se justifica únicamente en la medida que minimice la violencia arbitraria de la sociedad, asegurando la mayor libertad y el efectivo respeto de los derechos fundamentales de todos. La pena, como concepto moderno surge en sustitución de la venganza y la finalidad del Derecho penal es la prevención general de los delitos, así como la prevención de las penas arbitrarias y desproporcionadas.

El profesor Ferrajoli considera que el estado actual de la ejecución penal y la dinámica del Derecho penitenciario tradicional –con su característica

flexibilidad o posibilidad de modificación a través de los beneficios penitenciarios- convierten a la pena en un instituto jurídico desigual, atípico e incierto y producen la sujeción del individuo a una serie de decisiones en torno a su personalidad e interioridad -como tales inverificables- con la consecuente disolución de las garantías de legalidad y jurisdiccionalidad en menoscabo de su dignidad humana y libertad –sobre todo porque considera que la libertad es la certeza de expectativas y la libre autodeterminación de la persona-.

Para mitigar los efectos nocivos del sistema actual el autor renuncia a la finalidad preventivo especial positiva de la pena y al principio de flexibilidad, incorporando en su lugar la garantía de certeza en la duración de la privación de libertad, destacando sin embargo la necesaria supresión de esa sanción a largo plazo. Mientras se logra ese cometido propone que su máxima duración sea de diez años. En definitiva opta por una pena determinada e inflexible para asegurar la legalidad, la certeza y la libertad.

II

El profesor **Günther Jakobs** por su parte avala el uso de la pena y del Derecho penitenciario para garantizar el valor seguridad –comprendido como un derecho de las víctimas, de la sociedad y del mismo Estado- a través de la imposición a los enemigos –aquellos que considera como no personas por atentar contra la permanencia del Estado: terroristas, criminalidad organizada, ofensores sexuales, delincuentes habituales, entre otros-, de penas más gravosas y su inocuización o exclusión, mediante su detención por el mayor tiempo posible, propósito que se logra con la reducción de beneficios penitenciarios, el endurecimiento del régimen de ejecución y la aplicación de la custodia de seguridad u otras medidas de control.

Un Derecho -penal y penitenciario- diferenciado que renuncia a la finalidad preventivo especial positiva de la pena y a través del cual se impone un régimen de exclusión e incapacitación de todo aquel que sea una fuente de peligro.

Al efecto, e invocando al derecho a la seguridad de las víctimas, de la sociedad y del propio Estado, se recurre al adelantamiento de la punibilidad, a la imposición de penas desproporcionadas, la disminución de garantías y la restricción de derechos y beneficios penitenciarios o hasta el aislamiento absoluto e indefinido del enemigo.

La propuesta no es solo neutralizar al sujeto con la pena sino que vencido el periodo de la misma se propone la prolongación del encierro mediante la aplicación de la custodia de seguridad o su control al exterior a través de leyes de notificación del egreso, por monitoreo electrónico, registro de pedófilos, ficheros de huellas genéticas u otras medidas similares.

III

Resulta curioso que entre dos programas de política criminal tan dispares, uno que busca alcanzar el mayor grado posible de libertad y el otro que se esmera en garantizar la seguridad absoluta, encontramos algunas semejanzas que inicialmente no imaginábamos. Y es que ambas propuestas coinciden en demandar un *Derecho penal más eficaz* y en su *renuncia a la resocialización* como finalidad de la pena y a la flexibilidad *de la sanción privativa de libertad*.

La búsqueda de un Derecho penal más eficaz parece acertada pero no así la renuncia a la finalidad preventivo especial positiva de la pena ni a la

flexibilidad de la sanción penal. Por una parte, porque expresamente establece el artículo 25 de la Constitución Política que las penas y medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y la reinserción social.

Por otra, aunque la norma constitucional no señalara la especial orientación de la sanción privativa de libertad, lejos de apostar por el rechazo de la finalidad de reinserción y reeducación de la pena –y de los beneficios penitenciarios –para todos o solo para los enemigos–, consideramos que es importante destacar la finalidad preventivo especial positiva de la sanción penal, para todos los privados de libertad, como un derecho fundamental, de tal forma que durante el encierro se estimule y brinde insumos al privado o privada de libertad que le permitan si así lo desea, la construcción de un proyecto de vida al margen del delito. No se debe renunciar a esta posibilidad, alguien la aprovechará y eso es suficiente para mantenerla.

El principio de *pro libertad* no permite renunciar a la esperanza ni a la posibilidad de reducir la prisión a lo meramente necesario, y eso consideramos que es así aún bajo el supuesto de que se renuncie a las finalidades de prevención especial positiva de la sanción.

La pena se produce como consecuencia de un hecho previamente calificado como un delito: se impone como castigo por una conducta determinada y en definitiva significa un reproche. Con la pena de prisión se asegura a la sociedad que ese individuo, al menos por el plazo en que esté privado de su libertad, no volverá a cometer nuevos actos delictivos (al menos, no fuera de prisión). Desde esa perspectiva consideremos que no se justifica obstaculizar los procesos de reinserción anticipada a la sociedad si se acredita que el individuo tiene capacidad para desenvolverse en libertad sin riesgo de reincidir, con la ventaja de que facilitar ese proceso permite el soporte y

seguimiento del individuo dentro de la misma comunidad y en su propio entorno.

Es conocida la selectividad operativa del sistema de justicia, que por lo general absorbe a los más desposeídos dentro de la sociedad (a los sin techo, sin educación, sin trabajo, sin familia, etc.) por lo que consideramos que debería al menos intentarse que desde la prisión se brinde a esa población el acceso a los recursos que probablemente en otro momento no se facilitaron: educación, enseñanza de un oficio o profesión, tratamientos de desintoxicación, en general brindar recursos que faciliten el egreso de prisión al margen del delito.

La alegada incertidumbre que para FERRAJOLI se genera en el privado y la privada de libertad, en torno al disfrute o no de beneficios penitenciarios, es causada no por los beneficios en sí sino sobre todo por la arbitrariedad con que se resuelven y la solución más apropiada para combatirla no es suprimir los mismos sino limitar el poder discrecional que tienen las autoridades penitenciarias y sujetar sus decisiones al control judicial. En todo caso, si al sujeto le genera más seguridad y tranquilidad no optar por los beneficios, podría permitírsele renunciar a los mismos.

Es cierto que en la dinámica de la prisión es común que las autoridades pretendan a través del tratamiento, los beneficios penitenciarios y la disciplina, el sometimiento absoluto del privado o privada de libertad y que personal de las prisiones por lo general ejerce un poder discrecional muy amplio. Eso exige garantizar la efectiva vigencia del principio de legalidad en la cárcel, de tal manera que una ley regule con precisión el régimen y los derechos penitenciarios. Además se requiere que la población privada de libertad tenga información suficiente sobre sus derechos y obligaciones, de tal manera que conozca con precisión su situación jurídica y las posibilidades y los elementos a

considerar para la modificación de las condiciones de cumplimiento de la sanción. Indispensable resulta también garantizar su asesoría legal o técnica – incluso gratuita cuando no tenga recursos económicos- y el acceso a la justicia para plantear el reclamo de sus derechos. Al mismo tiempo es importante la capacitación periódica del personal administrativo y de los jueces de vigilancia penitenciaria.

La diferencia entre enemigos y personas que expone JAKOBS para justificar un trato diferente, resulta insostenible en un Estado de Derecho que como postulado irrenunciable tiene la igualdad y el respeto a la dignidad de todo ser humano. No existe razón alguna que justifique un trato diferente y más gravoso a determinados individuos durante la ejecución penal.

IV

En España, durante los últimos años la normativa penal y penitenciaria ha sido objeto de múltiples reformas. Después del significativo avance de la Ley Orgánica General Penitenciaria, solo encontramos pequeños pasos hacia un sistema más garantista: suspensión de penas no graves tratándose de sujetos drogodependientes y la incorporación de algunas sanciones alternativas. En contraposición, se han dado "*pasos de gigante*" hacia un Derecho penitenciario de excepción, que lesiona abiertamente el principio de igualdad y la finalidad primordial constitucionalmente establecida de reinserción y reeducación de la sanción penal: aumento del máximo legal a los cuarenta años de reclusión y disminución de la pena mínima de seis a tres meses de prisión, un trato más gravoso para delincuentes habituales y reincidentes, y el establecimiento de un régimen penitenciario especial más gravoso para casos de delitos de terrorismo y delincuencia organizada –no solo formalmente desde la ley sino también mediante prácticas penitenciarias o interpretaciones judiciales que lesionan el

ejercicio de los derechos fundamentales de los “*enemigos*”: como por ejemplo con los *Ficheros de Internos de Especial Seguimiento* y el conocido caso de la *doctrina Parot*.

Con las últimas reformas, especialmente el conjunto de modificaciones del 2003, el principio de resocialización se ha visto directamente desplazado para dar paso al culto a la represión en su máxima expresión, donde incluso parece que finalmente se castiga más por lo que se “*es*” (terrorista, narcotraficante, enemigo) que por lo que se hace; un claro ejemplo del Derecho penal y penitenciario del enemigo.

Las restricciones se imponen como un *evidente y confesado desprecio por los beneficios penitenciarios*, desnaturalizándose incluso el sistema de individualización científica que establecía la Ley Orgánica General Penitenciaria, al incorporarse el instituto del periodo de seguridad y obstaculizarse así -para penas mayores de cinco años- los avances dentro del régimen penitenciario durante la primera mitad de la sanción. Una clara involución.

Hoy en día en España el Derecho penal y penitenciario ya no son lo que eran: en el nuevo panorama la seguridad tiene otra dimensión. La retroactividad de la ley tiene otro contenido. La igualdad se ha debilitado por completo. Las reglas de fijación y ejecución de la pena no son las mismas para todos. Los beneficios penitenciarios no rigen para todos ni tienen los mismos requisitos para unos que para otros. A los jueces no se les pide neutralidad sino más bien que tomen partido en la lucha contra la criminalidad. La libertad interior y la libertad de expresión tienen otros límites. Se aplica la pena perpetua aunque se le denomina de otra manera. La pena de muerte se lleva en la mochila. La orientación primordial de las penas ya no siempre es la

reeducación y reinserción. La peligrosidad pasa en muchas ocasiones a ocupar el lugar de la culpabilidad como parámetro de la responsabilidad. La sanción penal en determinados casos se parece más a una medida de seguridad pero se sigue denominando pena. Se cumplen las “*sanciones*” pero se proyecta ahora prorrogar sus efectos. Se retorna a la inocuización y al positivismo criminológico.

En definitiva, se ha desvanecido la tradicional *sensibilidad humanista* que caracterizó históricamente al Derecho penitenciario español. El Derecho penal no es ya un límite al poder punitivo sino un instrumento para combatir al enemigo y proteger al ciudadano. La Constitución Política no se quiere para todos sino solo para los ciudadanos. Y supuestamente todo esto se hace en beneficio de “*todos*” y para la sobrevivencia del Estado de “*todos*”. Una defensa en favor de las víctimas y “*toda*” la sociedad, aunque al efecto, en el intento desesperado de encontrar una solución rápida y fácil sin remover las estructuras económicas y sociales- es decir, sin afectar los intereses económicos- se utilicen técnicas y mecanismos que ya estaban descartados, con el consecuente debilitamiento del Estado de Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, “El llamado Derecho penal del enemigo. Especial referencia al Derecho penal económico”, en CANCIO MELIÁ, Manuel y GOMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coordinadores), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid, Edisofer, 2006, Vº 1.

ABEL SOUTO, Miguel, *La pena de localización permanente*, Valencia, Comares, 2008.

ACALE SÁNCHEZ, María, “Terrorismo, delincuencia organizada y sistema de penas”, en FARALDO CABANA, Patricia (directora), *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

AGUADO LÓPEZ, Sara, *La multirreincidencia y la conversión de faltas en delito: problemas constitucionales y alternativos político-criminales*, Madrid, Iustel, 2009.

AGUIRRE, Luis Eduardo, “Acerca de la inseguridad y el miedo al delito”, en *Derecho Penal Online (revista de doctrina y jurisprudencia en línea)*, diciembre, 2007, consultado el 13 de febrero del 2009, disponible en www.derechopenalonline.com

ALBRECHT, Peter-Alexis, “El derecho penal en la intervención de la política populista”, en AA.VV., *La insostenible situación del derecho penal*, Granada, Comares, 1999.

ALDERETE LOBO, Rubén, “La judicialización y el principio de legalidad en la ejecución penal”, en *Revista de derecho penal y proceso penal*, Nº 2 (2004).

ALLER, Germán, *Co-responsabilidad social, sociedad del riesgo y derecho penal del enemigo. El derecho penal en peligro*, Montevideo, Carlos Álvarez editor, 2006.

—: “El derecho penal del enemigo y la sociedad del conflicto”, en CANCIO MELIÁ, Manuel y GOMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coordinadores), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid, Edisofer, 2006, Vº 1.

ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, “El nuevo modelo de política criminal”, en *Jueces para la democracia*, Nº 57 (2006).

—: “Exasperación penal y límites constitucionales a la duración de las penas privativas de libertad”, en TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio de, GUARDIEL

SIERRA, Manuel y CORTÉS BECHIARELLI, Emilio, *Estudios penales en homenaje del profesor Ruiz Antón*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

—: *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, Granada, Comares, 2001.

AMBOS, Kai, “Derecho penal del enemigo”, en CANCIO MELIÁ, Manuel y GOMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coordinadores), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid, Edisofer, 2006, Vº 1.

ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto, “Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción”, en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro, *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005, pp. 59-76.

ANDRÉS VACANI, Pablo, “Resocialización: una mirada desde el ser”, en *Derecho penal online (revista de doctrina y jurisprudencia en línea)*, noviembre (2007), cita número 20, consultado el 14 de febrero de 2009, disponible en www.derechopenalonline.com

ANSUÁTEGUI ROIG, Javier, *De los derechos y el Estado de Derecho. Aportaciones a una teoría jurídica de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

APONTE, Alejandro, “De la guerra y la política: dinámica cotidiana del derecho penal del enemigo”, en BÖHM, María Laura y GUTIÉRREZ, Mariano (compiladores), *Políticas de seguridad. Peligros y desafíos para la criminología del nuevo siglo*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2007.

—: “Derecho penal del enemigo vrs. Derecho penal del ciudadano”, en CANCIO MELIÁ, Manuel y GOMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coordinadores), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid, Edisofer, 2006, Vº 1.

—: *¿Derecho penal del enemigo o derecho penal del ciudadano?*, Bogotá, Temis, 2005.

ARROYO GUTIÉRREZ, José Manuel y CHAN MORA, Gustavo, “Derecho penal y sociedades disciplinarias: el debilitamiento del principio de lesividad como tendencia del Derecho penal moderno”, en LLOBET RODRÍGUEZ, Javier y RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marco (compiladores), *Democracia, justicia y dignidad humana. Libro homenaje al profesor Walter Antillón Montealegre*, San José, Editorial Jurídica Continental, 2004.

ARROYO ZAPATERO, Luis, "Urban security across the world: lesson learned", en *11º United Nations Congress on Crime and Preventions and Criminal Justice*, disponible en www.defensesociales.org

ASÍS ROIG, Rafael de, *Sobre el concepto y el fundamento de los Derechos. Una aproximación dualista*, Madrid, Dykinson, 2001.

—: *Escritos sobre derechos humanos*, Lima, ARA editores, 2005.

ASÍS ROIG, Rafael de; BONDÍA, David y MAZA, Elena (coordinadores), *Los desafíos de los derechos humanos hoy*, Madrid, Dykinson, 2007.

ASUA BATARRITA, Adela., "Política Criminal y Prisión. Discursos de justificación y tendencias actuales", en *Revista de ciencias penales*, Vº 1, Nº 2 (1998).

BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, *El discurso de los derechos. Del problema terminológico al problema conceptual*, Madrid, Dykinson, 1996.

BAUTISTA SAMANIEGO, Carlos, "Período de seguridad y crimen organizado", en CASTRO ANTONIO, José Luis (director), *Derecho penitenciario: incidencias de las nuevas modificaciones. Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2006.

BELTRÁN NÚÑEZ, Arturo, "La pena de multa tras la LO 25/2003, de 25 de noviembre", en VIEIRA MORANTE, Francisco Javier, *Las penas y sus alternativas. Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2005.

BENTHAM, Benjamín, *Tratado de legislación civil y penal*, edición de Madgalena Rodríguez, Editora Nacional, 1981.

BERGALLI, Roberto, "Pánico Social y Fragilidad del Estado de Derecho. Conflictos instrumentales entre Administración y Jurisdicción Penitenciaria (o para dejar de hablar del sexo de los ángeles en la cuestión penitenciaria)", en RIVERA BEIRAS, Iñaki (coordinador), *Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales*, Barcelona, Bosch, 1994.

BOMPADRE, Francisco María, "Enemigos íntimos (o sobre como leyó el derecho penal a Carl Smith)", en *Derecho penal online (revista de doctrina y jurisprudencia en línea)*, octubre (2004), consultado el 13 de febrero del 2009, disponible en www.derechopenalonline.com

BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, *Política criminal de la exclusión*, Granada, Comares, 2007.

—: “Seguridad ciudadana, sociedad del riesgo y retos inabordables de la política criminal”, en *Revista gallega de seguridad pública, Segunda época*, Nº 9 (2006).

—: “Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas”, en FARALDO CABANA, Patricia (directora), *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

—: “Notas sobre el régimen penitenciario para condenados extremadamente peligrosos: Departamentos especiales y F.I.E.S.-1 (CD)”, en *Estudios penales y criminológicos*, Nº 23 (2001).

BUENO ARÚS, Francisco, *Ley general penitenciaria. Comentarios, jurisprudencia, concordancias, doctrina*, Madrid, Colex, 2005.

—: “Las reformas de las leyes penitenciarias en España a la luz de los fines del derecho”, en JORGE BARREIRO (coordinador), *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra, Arazandi, 2005.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan (director), *Prevención y teoría de la pena*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica Conosur Ltda., 1995.

CABADERA, María-Ángeles, “La reacción procesal penal en USA tras el 11 de septiembre”, en *Tribunales de justicia. Revista de derecho*, Nº 11 (2002).

CALLE RODRÍGUEZ, María Victoria, “Reincidencia. Problemática jurídico y criminológica”, en *La ley. Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, Nº 32 (2006).

CALLEGARI, André y ARRUDA DUTRA, Francesca, “Derecho penal del enemigo y derechos fundamentales”, en CANCIO MELIÁ, Manuel y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid, Edisofer, 2006, Vº 1.

CALLEGARI, André y REINDOLFF DA MOTTA, Cristina, “Estado y política criminal: la contaminación del derecho penal ordinario por el derecho penal del enemigo o la tercera velocidad del derecho penal”, en MONTEALEGRE

LYNETT, Eduardo y CARO JOHN, José Antonio (editores), *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008

CAMPOS MORENO, Juan Carlos y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (directores), *La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas, Estudios de Derecho Judicial*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007.

CANCIO MELIÁ, Manuel, "Derecho Penal del enemigo: contexto político-criminal y concepto teórico. Algunas tesis sobre la construcción de Günther Jakobs", en CANCIO MELIÁ, Manuel y FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad. Seminario con Günther Jakobs en la UAM*, Madrid, Arazandi, 2008.

—: "De nuevo: ¿'Derecho penal' del enemigo?", en JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Navarra, Civitas, 2ª edición, 2006.

—: "Seguridad ciudadana y derecho penal del enemigo", en *Revista Gallega de Seguridad Pública, Segunda Época*, Nº 9 (2006).

CANCIO MELIÁ, Manuel y FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, "¿Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs", -estudio preliminar-, en JAKOBS, Günther, *La pena estatal: significado y finalidad*, Madrid, Arazandi, 2006.

—: *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad. Seminario con Günther Jakobs en la UAM*, Madrid, Arazandi, 2008.

CANO PAÑOS, MiguelÁngel, "Los inicios de la lucha antiterrorista en Alemania. Análisis de la legislación penal y procesal de la década de 1970-1980", en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, Nº 10 (2008), disponible en <http://criminet.urg.es/recpc>.

—: "El marco jurídico y criminológico de la custodia de seguridad (Sicherungsverwahrung) en el derecho penal alemán", en *Cuadernos de política criminal*, Nº 81 (2007).

CASTRO MORENO, Abraham, *El por qué y para qué de las penas (Análisis crítico sobre los fines de la pena)*, Madrid, Dykinson, 2008.

CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, "Responsabilidad civil y tratamiento penitenciario", en CASTRO ANTONIO, José Luis (director), *Derecho penitenciario: incidencias de las nuevas modificaciones*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2006.

—: "Los nuevos criterios de clasificación penitenciaria", en *La ley penal. Revista de derecho penal y procesal y penitenciario*, Nº 8 (2004).

—: *Derecho penitenciario*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.

CESANO, José Daniel, "Legalidad y control judicial. Construcción de garantías para lograr un 'trato humano' en prisión. Reflexiones a partir de la realidad argentina", en *Boletín mexicano de derecho comparado*, Nº 118 (2007).

—: "Derecho fundamentales de los condenados a penas privativas de libertad y restricciones legales y reglamentarias: en búsqueda de los límites del legislador y de la administración", disponible en <http://www.eldial.com.ar>.

—: *Derecho penitenciario: aproximación a sus fundamentos. Principios generales, axiología y fuentes*, Córdoba, Alveroni ediciones, 2007.

CID MOLINÉ, José, "El incremento de la población reclusa en España entre 1996 -2006: diagnóstico y remedios", en *Revista española de investigación criminológica*, Nº 6 (2008), disponible en www.criminologia.net

COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel, "La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003", en VIEIRA MORANTE, Francisco Javier, *Las penas y sus alternativas. Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2005.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Informe al anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, 26 de febrero del 2009, disponible en www.poderjudicial.es

—: Informe al anteproyecto de Ley Orgánica de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, 26 de febrero del 2003, disponible en www.poderjudicial.es

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, "Sistema de penas y líneas políticocriminales de las últimas reformas del Código Penal", en CANCIO MELIÁ, Manuel y GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (coordinadores), *Derecho penal del enemigo El discurso penal de la exclusión*, Madrid, Edisofer, 2006, Vº 1.

CORIGLIANO, Mario, "Imágenes de (in)seguridad y control social. Visión desde la sociología jurídica" en *Derecho penal online (revista de doctrina y jurisprudencia en línea)*, julio (2008), consultado el 13 de febrero del 2009, disponible en www.derechopenalonline.com

CORNACCIA, Luigi, "La moderna hostis iudicatio entre norma y estado de excepción" en *Cuadernos de política criminal. Segunda época*, N° 94 (2008).

CUERDA RIEZU, Antonio, "El concurso real y la acumulación de penas en la sentencia del Tribunal Supremo 197/2006, de 28 de febrero, relativa al caso Henri Parot. Observaciones legales y constitucionales", en *Nuevas posiciones de la dogmática jurídica-penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, N° VII, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2006.

CRISAFULLI, Lucas, "Cuando el diablo mete cola", en *Derecho penal online (revista electrónica de doctrina y jurisprudencia en línea)*, noviembre (2007), consultado el 13 de febrero del 2009, disponible en www.derechopenalonline.com

CHAN MORA, Gustavo, "El 'escenario de la bomba de tiempo a punto de explotar' (y otros artilugios para la suspensión de los derechos fundamentales)", en *Revista de la asociación de ciencias penales de Costa Rica*, N° 25 (2008).

CHIRINO SÁNCHEZ, Alfredo, "La seguridad como un topos discurso en la política criminal centroamericana. Perspectivas de una desesperanza", en REYNA ALFARO, Luis y CUARESMA TERÁN, Sergio (directores), *Derecho penal y Estado de derecho. Reflexiones sobre la tensión entre riesgos y seguridad*, Buenos Aires, Euros editores, 2008.

—: "El retorno a los delitos de peligro ¿Un camino posible hacia el derecho penal del enemigo?", en LLOBET RODRÍGUEZ, Javier (compilador), *Justicia penal y Estado de derecho. Homenaje a Francisco Castillo González*, Costa Rica, Jurídica Continental, 2007.

CHRISTIE, Nils, "Los maxienkarceladores", en *Archipiélago*, N° 55 (2003).

DAMIÁN MORENO, Juan, "¿Un derecho procesal de enemigos?", en CANCIO MELIÁ, Manuel y GOMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coordinadores), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid, Edisofer, 2006, V° 1.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo, “Del derecho penal liberal al derecho penal del enemigo”, en *Revista de derecho penal y criminología*, 2ª época, Nº 14 (2004).

DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, “La evolución del sistema de penas en España: 1975-2003”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, Nº 8 (2006) disponible en <http://criminet.urg.es/recpc>.

“De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado, en BACIGALUPO, Silvina y CANCIO MELIÁ, Manuel (coordinadores), *Derecho penal y política transnacional*, Barcelona, Atelier, 2005.

—: “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, en BACIGALUPO, Silvina y CANCIO MELIÁ, Manuel (coordinadores), *Derecho penal y política transnacional*, Barcelona, Atelier, 2005.

—: “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 06 (2004), disponible en <http://criminet.urg.es/recpc>.

—: *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y Teoría*, Madrid, Trotta, 2003.

—: “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, en *Actualidad Penal*, Nº 1 (2001).

DONINI, Massimo, “El derecho penal frente al enemigo”, en FARALDO CABANA, Patricia, PUENTE ABA, Luz María y SOUTO GARCÍA, Eva María (coordinadoras), *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, “¿Necesitamos endurecer las penas?”, en *La Vanguardia*, 8 de mayo del 2009.

—: *Omisión e injerencia en derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 196.

—: “La sospechosa regulación del deber de impedir delitos”, (inédito).

EL PAÍS, España, 21 de febrero del 2009, disponible en www.elpais.com.

FAKHOURI GÓMEZ, Yamila, “Primera sesión: ¿Derecho penal del enemigo? Informe de la discusión”, en CANCIO MELIÁ, Manuel y FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad. Seminario con Günther Jakobs en la UAM*, Madrid, Arazandi, 2008.

FALCÓN Y TELLA, María José y FALCÓN Y TELLA, Fernando, *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?*, Barcelona, Marcial Pons, 2005.

FARALDO CABANA, Patricia, “Medidas preliminares durante la ejecución de condenas por terrorismo y delincuencia organizada: consolidación de un subsistema penitenciario de excepción”, en CANCIO MELIA, Manuel y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coordinadores), *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid, Edisofer, 2006, Vº 1.

—: “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”, en FARALDO CABANA, Patricia (directora), *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

FARALDO CABANA, Patricia, PUENTE ABA, Luz María y SOUTO GARCÍA, Eva María (coordinadoras), *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “El Derecho penal del enemigo y el Estado democrático de derecho”, en CANCIO MELIÁ, Manuel y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coordinadores), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión* Madrid, Edisofer, 2006, Vº 1.

FERNÁNDEZ, María y MANGIAFICO, David, “Qué hay detrás de la sentencia condenatoria? Algunas notas sobre ejecución penal”, disponible en www.carlosparma.com.ar

FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris: teoría del diritto e della democrazia*, Roma, Laterza, 2007, Vº 2.

—: “El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho”, en *Jueces para la democracia*, Nº 57, noviembre (2006).

—: *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Madrid, Trotta, 2006, traducción de Andrea Greppi.

—: *Los fundamentos de los derechos fundamentales: debate con Luca Baccelli, Michelangelo Bovero, Riccardo Guastini Mario Jori, Anna Pintore, Ermanno Vitale y Danilo Zolo*, 2ª edición, Madrid, Trotta, 2005.

—: “Criminalidad y globalización”, en *Claves de razón práctica*, Nº 152 (2005).

- : *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal*, Madrid, 7ª edición, Trotta, 2005.
- : “Guerra, terrorismo y derecho”, en FERRAJOLI, Luigi, en *Razones jurídicas del pacifismo*, Madrid, Trotta, 2004.
- : “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en CARBONELL, Miguel (editor), *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- : *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.
- : *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi.
- : “Ergastolo y derechos fundamentales”, en *Anuario de Derecho Penal: el sistema de penas del nuevo Código Penal*, Lima, 1999.
- : “Jueces y política”, en *Derechos y libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Nº 7 (1999).
- : “La pena en una sociedad democrática”, en MARTÍNEZ, Mauricio (compilador), *La pena: garantismo y democracia*, Bogotá, Gustavo Ibañez Editor, 1999.
- : “Jurisdicción y democracia”, en *Jueces para la democracia*, Nº 29 (1997).
- : “El Estado constitucional de Derecho hoy: el modelo y su divergencia con la realidad”, en ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (director), *Corrupción y Estado de derecho: el papel de la jurisdicción*, Madrid, Trotta, 1996.
- : “El derecho penal mínimo”, en BUSTOS RAMÍREZ, Juan (director), *Prevención y teoría de la pena*, Chile, Editorial Jurídica Conosur Ltda., 1995.
- FERREIRA DE ABREU, Francisco, “Resocialización o inocuización? Acerca del derecho penal del enemigo en el contexto de la reforma penal venezolana” en CANCIO MELIÁ Manuel y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coordinadores), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid, Edisofer, 2006, Vº 1.
- FIGUEROA NAVARRO, María del Carmen, *Los orígenes del penitenciarismo español*, Madrid, Edisofer, 2000.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Informe al anteproyecto de Ley Orgánica de medidas para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas.

FLAVIO GÓMES, Luis y BIANCHINI, Alice, “Derecho Penal del enemigo y los enemigos del Derecho penal, en CANCIO MELIÁ Manuel y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coordinadores), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid, Edisofer, 2006, Vº 1.

FUENTES OSORIO, Juan, “Los medios de comunicación y derecho penal”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 07 (2005), disponible en <http://criminet.urg.es/recpc>.

GALLEGRO DÍAZ, Manuel, “El sistema general de reglas para la aplicación de las penas del Código Penal de 1995 y las últimas reformas”, en TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio de, GUARDIEL SIERRA, Manuel y CORTÉS BECHIARELLI, Emilio (coordinadores), *Estudios penales en homenaje del profesor Ruiz Antón*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

GARCÍA ALBERO, Ramón y TARAMIT SUMALLA, Josep María, *La reforma de la ejecución penal*, Madrid, Tirant lo Blanch, 2004.

GARCÍA ARÁN, Mercedes, “Delincuencia, inseguridad y pena en el discurso mediático”, en MUÑOZ CONDE, Francisco (director), *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología. Estudios penales en homenaje de la profesora doctora María del Mar Díaz Pita*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

—: “La ejecución penitenciaria en una sociedad cambiante: hacia un nuevo modelo”, en *La ley penal. Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, Nº 30, (2006).

GARCÍA ARÁN, Mercedes y BOTELLA CORRAL, Joan (directores), *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

GARCÍA ARÁN, Mercedes y PERES NETO, Luiz, “Agenda de los medios y agenda política: un estudio del efecto de los medios en las reformas del Código Penal español entre los años 2000-2003”, en *Revista de derecho penal y criminología*, Nº 1, 3ª época (2009).

—: “Discursos mediáticos y reformas penales de 2003”, en GARCÍA ARÁN, Mercedes y BOTELLA CORRAL, Joan (directores), *Malas noticias. Medios de*

comunicación, política criminal y garantías penales en España, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

GARCÍA CAVERO, Percy, “¿Existe y debe existir un Derecho penal del enemigo?”, en CANCIO MELIÁ, Manuel y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coordinadores), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid, Edisofer, 2006, Vº 1.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, 6ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

Antonio, “Funciones y fines de las instituciones penitenciarias”, en COBO DEL ROSAL, Manuel (director), *Comentarios a la legislación penal*, Madrid, Edersa, 1986, tomo VI, Vº 1.

GARCÍA VALDÉS, Carlos, “Introducción al derecho penitenciario español: notas sistemáticas”, en COBO DEL ROSAL, Manuel (director), *Comentarios a la legislación penal*, Madrid, Edersa, 1986, tomo VI, Vº 1.

GARLAND, David, *Crimen y castigo en la modernidad tardía*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2007.

—: *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Barcelona, Gedisa, 2005, traducción de Máximo Sozzo.

—: “Lucha contra el crimen y modernidad tardía en Estados Unidos y Gran Bretaña”, en *Archipiélago*, 55 (2003).

GISBERT GISBERT, Antonio, “La normativa procesal española en la ejecución de las penas privativas de libertad”, en RIVERA BEIRAS, Iñaki (coordinador), *Cárcel y derechos humanos: Un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos*, Barcelona, Bosch, 1992.

GOFFMAN, Irving, *Internados: ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*, Buenos Aires, Amorrortu, 1994.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, “Normatividad del ciudadano versus facticidad del enemigo: sobre la necesaria autoorientación de la normativización jurídico-penal”, en CANCIO MELIÁ, Manuel y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coordinadores), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid, Edisofer, 2006, Vº 1.

GÓMEZ MARTÍN, Víctor, "Libertad, seguridad y sociedad de riesgo", en MIR PUIG, Santiago, GÓMEZ MARTÍN, Víctor y CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (directores), *La política criminal en Europa*, Barcelona, Atelier, 2004.

GONZÁLEZ CANO, María, "Perspectivas de futuro sobre el juez de vigilancia penitenciaria y la ejecución de la pena privativa de libertad: aproximación al proyecto de ley orgánica reguladora del procedimiento ante los juzgados de vigilancia penitenciaria", en *Revista del poder judicial*, Nº 49 (1998).

—: *La ejecución de la pena privativa de libertad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994.

—: GONZÁLEZ CUSSAC, José, "El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del estado de Derecho: la doctrina del derecho penal del enemigo", en *Revista penal*, Nº 19 (2007).

—: "Nuevas amenazas a la seguridad nacional: los desafíos del nuevo terrorismo", en *Revista gallega de seguridad pública, Segunda época*, Nº 9 (2006).

—: "La contrarreforma penal de 2003: nueva y vieja política criminal" en *Revista xurídica gallega*, Nº 38 (2003).

GONZÁLEZ FRANCO, José Ángel y RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, "La refundición de penas en el derecho penal vigente (A propósito del caso 'Henri Parot'", en *La ley penal, Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, Nº 39 (2007).

GRACIA MARTÍN, Luis, "Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del "derecho penal del enemigo", en CANCIO MELIÁ, Manuel y GOMEZ-JARA, Carlos (coordinadores), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid, Edisofer, 2006, Vº 1.

—: *El horizonte del finalismo y el 'derecho penal del enemigo'*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.

—: "Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado 'Derecho penal del enemigo'", en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, Nº 07 (2005), consultado el 4 de septiembre del 2007, accesible en <http://criminet.ugr.es/recpc/>

—: *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

GRACIA MARTÍN, Luis y ALASTUEY DOBÓN, Mª del Carmen, "La ejecución de las penas privativas de libertad", en GRACÍA MARTÍN, Luis (coordinador),

Lecciones de consecuencias jurídicas del delito, 3ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador, “¿Qué es y qué puede ser el ‘Derecho penal del enemigo’? Una aproximación crítica al concepto”, en CANCIO MELIÁ, Manuel y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coordinadores), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid, Edisofer, 2006, Vº 2.

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino, *Cárcel electrónica. Bases para la creación del sistema penitenciario del Siglo XXI*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

GUILLAMONDEGUI, “Los discursos de emergencia y la tendencia hacia un derecho penal del enemigo”, disponible en www.carlosparma.com.ar

GUINOT MARTÍNEZ, Marta, “Problemas aplicativos del denominado periodo de seguridad”, en *Derecho penal online (revista electrónica de doctrina y jurisprudencia en línea)*, noviembre (2008), consultado el 14 de febrero del 2009, disponible en www.derechopenalonline.com.

GÜNTHER, Klaus, “El desafío naturalista para el derecho penal de la culpabilidad”, en *Revista de la asociación de ciencias penales de Costa Rica*, Nº 25 (2008).

HALLSWORTH, Simon, “Rethinking the punitive turn. Economies of excess and the criminology of the other”, en *Punishment and Society*, Vol. 2, Nº 2 (2000).

HARCOUR, Bernard, “Desorden público y observancia de la ley. Delincuencia y punición en Estados Unidos”, en *Archipiélago*, Nº 55 (2003).

HASSEMER, Winfried, *Crítica al derecho penal de hoy*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1ª reimpresión, 2001.

—: “El derecho penal del Estado de derecho en los tiempos del terrorismo”, en REYNA ALFARO, Luis y CUARESMA TERÁN, Sergio (directores), *Derecho penal y Estado de derecho. Reflexiones sobre la tensión entre riesgos y seguridad*, Buenos Aires, Euros editores, 2008.

HEINZ GÜSSEL, Karl, “Réplica del derecho penal del enemigo. Sobre seres humanos, individuos y personas del derecho”, en *Revista penal*, Nº 20 (2007).

HERRERA MORENO, Myriam, "El uso punitivo de la publicidad inocuidadora. Líneas comparadas de política criminal y naturaleza e implicaciones de derecho penal", en *Cuadernos de política criminal*, Nº 82 (2004).

—: *Publicidad y control penal. Nuevas estrategias inocuidadoras en la post-modernidad penal*, Lima, Grijley, 2002.

ITURRALDE, Manuel, "La sociología del castigo de David Garland: el control del crimen en las sociedades modernas tardías" –estudio preliminar-, en GARLAND, David, *Crimen y castigo en la modernidad tardía*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Unaveriana, 2007.

JAKOBS, Günther, "Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo", en JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas, 2ª edición., 2006.

—: "Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo", en JAKOBS, Günther y POLAINO NAVARRETE, Miguel, Manuel, *El derecho penal ante las sociedades modernas. Dos discursos de dogmática penal y política criminal. Discursos de investidura como profesores honoris causa por la Universidad Autónoma de Tlaxcala (México)*, Lima, 2006.

—: "La pena estatal: significado y finalidad", en JAKOBS, Günther, POLAINO NAVARRETE, Miguel y LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, *Función de la pena estatal y evolución de la dogmática post-finalista (estudios de derecho penal funcionalista)*, México, Porrúa, 2006.

—: "¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad", en CANCIO MELIÁ, Manuel y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coordinadores), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid, Edisofer, 2006, Vº 2.

—: "¿Terroristas como personas en Derecho?", en CANCIO MELIÁ, Manuel Y GÓMEZ JARA-DÍEZ, Carlos (coordinadores), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid, Edisofer, 2006, Vº 2.

—: *La pena estatal: significado y finalidad*, Navarra, Civitas, 2006.

—: "¿Terroristas como personas en derecho?", en JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, 2ª edición, Navarra, Civitas, 2006.

—: “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”, en MUÑOZ CONDE, Francisco (coordinador de la versión española), *La ciencia del derecho penal ante el cambio de milenio*, Valencia, Tirant lo Blach, 2004.

—: *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Madrid, Civitas, 2004

—: “Personalidad y exclusión en Derecho penal”, en MONTEALEGRE, Eduardo (Coord.), *Libro homenaje al profesor Günter Jakobs. El funcionalismo en Derecho Penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

—: “La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente”, en *Escuela de Verano del Poder Judicial, Xunta de Galicia*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2000.

—: “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico” en, *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, Civitas, 1997.

—: *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, 2ª edición, Marcial Pons, 1997

JUANATEY DORADO, Carmen, “La ley de Medidas de Reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, y los principios constitucionales del Estado de Derecho”, en *La ley penal. Revista de derecho penal y procesal y penitenciario*, N° 9 (2004).

LA NACION, “Un factor de inseguridad”, periódico La Nación, Costa Rica, 1 de diciembre del 2008, disponible en www.nación.com.

—: “La gran preocupación”, período La Nación, Costa Rica, 13 de febrero del 2009, disponible en www.nacion.com.

LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, “Delitos de terrorismo y reformas penitenciarias (1996-2004): un golpe de timón y correcciones de rumbo, hacia dónde?”, en CANCIO MELIÁ, Manuel y GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (coordinadores), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid, Edisofer, 2006, Vº 2.

LARRAURI, Elena, “Control del delito y castigo en Estados Unidos: una introducción para el lector español”, en VON HIRSCH, Andrew, *Censurar y Castigar*, Madrid, Trotta, 1998.

—: *La herencia de la criminología crítica*, México, Siglo XXI editora, 1992.

LASCANO, Carlos Julio, “La ‘demonización’ del enemigo y la crítica al derecho penal del enemigo basada en su caracterización como derecho penal de autor”, en CANCIO MELIÁ, Manuel y GÓMEZ-JARA, Carlos (coordinadores), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid, Edisofer, 2006, Vº 2.

LAURENZO COPELLO, Patricia, *Inmigración y derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

LEGANÉS GÓMEZ, Santiago, *La clasificación penitenciaria: nuevo régimen jurídico*, 2ª edición, Madrid, Dykinson, 2008.

—: *La evolución de la clasificación penitenciaria*, Madrid, Ministerio del Interior, 2005.

LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen, “¿Lucha contra la criminalidad mediante el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas?”, en *Revista española de investigación criminológica*, Nº 2 (2003), pp. 2-20, disponible en www.criminología.net

LOSANO, Mario y MUÑOZ CONDE, Francisco, *El derecho ante la globalización y el terrorismo: cedant arma togae*, Actas del coloquio internacional de Montevideo-2003, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

LUIZI, Luiz, “Un derecho penal del enemigo: el derecho penal soviético”, en CANCIO MELIÁ, Manuel y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coordinadores), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid, Edisofer, 2006, Vº 1.

LLOBET ANGUÍ, Mariona, “La ficticia realidad modificada por la Ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas y sus perversas consecuencias”, en *InDret* 1/2007, disponible en www.indret.com.

MAGRO SERVET, Vicente, “La ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad (el art. 49 del Código Penal -Ley 15/2003, de 25 de noviembre-)”, en VIEIRA MORANTE, Francisco Javier, *Las penas y sus alternativas. Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2005.

MAGRO SERVET, Vicente y SOLAZ SOLAZ, Esteban, *Manual práctico sobre la ejecución penal. Las medidas alternativas a la prisión: suspensión, sustitución y expulsión*, Madrid, La Ley, 2008.

MANNA, Adelmo, "Erosión de las garantías individuales en nombre de la eficacia de la acción de lucha contra el terrorismo: la privacy", CANCIO MELIÁ, Manuel y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coordinadores), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid, Edisofer, 2006, Vº 2.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, "Apuntes de urgencia sobre la sentencia del tribunal supremo en relación con el denominado 'caso Parot'", en *La ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y doctrina*, Nº 2 (2006).

—: "El cumplimiento íntegro de las penas", en *Actualidad penal*, Nº 1 (2003).

MAPELLI CAFFARENA, Borja, "Ejecución y proceso penal", en *Jornadas sobre Sistema Penitenciario y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997.

—: "Las relaciones especiales de sujeción y el sistema penitenciario", en *Estudios Penales y Criminológicos*, XVI (1993).

—: *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Barcelona, Bosch, 1983.

—: "El principio de legalidad y la ejecución de la pena privativa de libertad", en *Jornadas en homenaje al XXV aniversario de la ley orgánica penitenciaria*, Ministerio del Interior, España, 2005.

MARTÍN BISCAY, Pedro y ANDRÉS VACANI, Pablo, "Racionalidades punitivas y emergencia penitenciaria", en *Derecho penal online (revista de doctrina y jurisprudencia en línea)*, julio (2008), consultado el 13 de febrero del 2009, disponible en www.derechopenalonline.com

MARTÍNEZ ZANDUNDO, Fernando Ignacio, "El periodo de seguridad: Génesis y evolución. ¿Una vuelta al sistema progresivo?", en *Derecho penal online (revista de doctrina y jurisprudencia en línea)*, agosto (2006), consultado el 13 de febrero del 2009, disponible en www.derechopenalonline.com

MILANESE, Pablo, "La medida de seguridad y la "vuelta" a la inocuización en la sociedad de la seguridad", en *Derecho penal online (revista electrónica de doctrina y jurisprudencia en línea)*, noviembre (2007), consultado el 2 de febrero del 2009, disponible en www.derechopenalonline.com

MINISTERIO DE JUSTICIA, *Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, Madrid, 2008.

MIR PUIG, Santiago y ALCÁCER GUIRAO, Rafael, "Cambio de orientación en la política criminal española: últimas reformas del Código Penal", en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu y MIR PUIG, Santiago (directores), *Política Criminal y reforma penal*, Madrid, Edisofer, 2007.

MIRO LLINARES, Fernando. "Democracias en crisis y derecho penal del enemigo. Política criminal frente al terrorismo en los estados democráticos antes y después del 11 de septiembre del 2001", en *Cuadernos de política criminal*, N° 87 (2005).

MODELELL GONZÁLEZ, Juan Luis, "El derecho penal del enemigo: evolución (¿o ambigüedades?) del concepto y su justificación", en CANCIO MELIÁ, Manuel y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coordinadores), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid, Edisofer, 2006, Vº 2.

MORA MOLINA, Juan Jesús, *El garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli. Un estudio de filosofía del derecho sobre la frágil relación entre la democracia, la constitución y el estudio del derecho*, Huelva, Universidad de Huelva, 2004.

MOTA BELLO, José Félix, "Las penas de localización permanente y de prohibición de residencia, de aproximación y de comunicación con la víctima y otras personas", en VIEIRA MORANTE, Francisco, *Las penas y sus alternativas. Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, Consejo Superior del Poder Judicial, 2005.

MUÑAGORRI LAGUIA, Ignacio, RIVERA BEIRAS, Iñaki y PINTO DE MIRANDA RODRÍGUEZ, Anabela María, *Legalidad constitucional y relaciones penitenciarias de especial sujeción*, Barcelona, Bosch, 2000.

MUÑOZ CONDE, Francisco, "La generalización del derecho penal de excepción: tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerancia cero y el derecho penal del enemigo", en CAMPOS MORENO, Juan Carlos y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (directores), *La generalización del derecho penal de excepción: tendencias legislativas. Estudios de Derecho Judicial*, N° 128, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial, 2007.

—: "De nuevo sobre el derecho penal del enemigo" en CANCIO MELIÁ, Manuel y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coordinadores), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid, Edisofer, 2006, Vº 2.

—: *De nuevo sobre el 'Derecho Penal del Enemigo'*, Hammurabi, Argentina, 2005.

—: “Las reformas de la parte especial del Derecho penal español en el 2003: de la “tolerancia cero” al “derecho penal del enemigo”, en *Revista general de derecho penal*, Nº 3 (2005).

—: “El nuevo derecho penal autoritario”, en OCTAVIO DE TOLEDO, Emilio, GUARDIEL SIERRA, Manuel y CORTÉS BECHIANELL, Emilio (coordinadores), *Estudios penales en homenaje al profesor Ruiz Antón*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.

—: “El nuevo derecho penal autoritario”, en LOSANO y MUÑOZ CONDE, Francisco (coordinadores), *El Estado ante la globalización y el terrorismo. Actas del coloquio internacional de Humboldt-Montevideo, abril 2003*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, 7ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

NEUMAN, Ulfried, “Derecho penal del enemigo”, en CANCIO MELIÁ, Manuel y GOMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coordinadores), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid, Edisofer, 2006, Vº 2.

NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, “Las transformaciones sociales y el derecho penal: del estado liberal al derecho penal del enemigo”, en MUÑOZ CONDE, Francisco (director), *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología. Estudios penales en memoria de la profesora doctora María del Mar Díaz Pita*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

OTERO GONZÁLEZ, Pilar, *Control telemático de penados. Análisis jurídico, económico y social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

PACHECO, Máximo, *Los derechos fundamentales de la persona humana*, Chile, Universidad Andrés Bello, 1999.

PACHECO DE CARVALHO, Themis María, “El ciudadano, el terrorista y el enemigo”, en *Derecho penal online (revista de doctrina y jurisprudencia en línea)*, octubre (2007), consultado el 13 de febrero del 2009, disponible en www.derechopenalonline.com

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Lecciones de derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2004.

—: *La dignidad de la persona humana desde la filosofía del derecho*, Madrid, Dykinson, 2002.

—: *Curso de teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 1999.

—: *Curso de derechos fundamentales. Teoría general.*, Madrid, Universidad Carlos III, BOE, 1999.

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, *La garantía en el Estado constitucional de Derecho*, Madrid, Trotta, 1997.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, “El paradigma de la seguridad en la globalización: guerra, enemigos y orden penal”, en FARALDO CABANA, Patricia, PUENTE ABA, Luz María y SOUTO GARCÍA, Eva María (coordinadoras), *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

PÉREZ LUÑO, Antonio, “Las generaciones de derechos humanos”, en *Revista del centro de estudios constitucionales*, Nº 10 (1991).

PÉREZ TRIVIÑO, José Luis, “Penas y vergüenza”, en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo III (2003), pp. 342-360.

—: “El renacimiento de los castigos avergonzantes”, en *Isonomía* Nº 15 (2001), disponible en www.cervantesvirtual.com

PISARELLO, Gerardo, “Ferrajoli y los derechos fundamentales: qué garantías?”, en *Jueces para la democracia*, Nº 47 (2007).

POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos científicos del derecho penal*, 6ª edición, Barcelona, Bosch, 2008.

—: “La controvertida legitimación del derecho penal en las sociedades modernas: ¿más derecho penal?”, en JAKOBS, Günther y POLAINO NAVARRETE, Miguel, Manuel, *El derecho penal ante las sociedades modernas. Dos discursos de dogmática penal y política criminal. Discursos de investidura como profesores honoris causa por la Universidad Autónoma de Tlaxcala (México)*, Lima, Grijley, 2006.

—: *La reforma penal española de 2003. Una valoración crítica*, Madrid, Tecnos, 2004.

POLAINO NAVARRETE, Miguel y POLAINO ORTS, Miguel, “Derecho penal del enemigo: algunos falsos mitos”, en CANCIO MELIÁ, Manuel y GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (coordinadores), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid, Edisofer, 2006, Vº 2.

POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo. Desmitificación de un concepto*, Córdoba, Mediterránea, 2006.

—: “Un paseo de varios siglos por el devenir histórico-filosófico del derecho penal del enemigo”, en MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo y CARO JOHN, José Antonio (editores), *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, “El derecho penal de la ‘seguridad’”, en BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel (editor), *Guerra global permanente. La nueva cultura de la inseguridad*, Madrid, Catarata, 2005.

POSADA, Juan David, “La ejecución de la pena privativa de la libertad como parte inseparable del proceso penal”, en *Nuevo foro penal. Tercera época*, N° 64 (2003).

POZZOLO, Susana, “Breves reflexiones al margen del constitucionalismo democrático de Luigi Ferrajoli”, en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (editores), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005.

PRITTWITZ, Cornelius, “¿Los enemigos nos rodean? Acerca de la limitada compatibilidad entre seguridad y libertad”, en LLOBET RODRÍGUEZ, Javier (compilador), *Justicia penal y Estado de derecho. Homenaje a Francisco Castillo González*, San José de Costa Rica, Jurídica Continental, 2007.

—: “Derecho penal del enemigo: ¿análisis crítico o programa del derecho penal?”, en MIR PUIG, Santiago y GÓMEZ MARÍN, Víctor (coordinadores), *La política criminal en Europa*, Barcelona, Atelier, 2004.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Los subsistemas penales en la política criminal de nuestro tiempo”, en CAMPOS MORENO Juan Carlos y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (directores), *La generalización del derecho penal de excepción: tendencia legislativa. Estudios de Derecho Judicial*, N° 128, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2004.

RAMOS VÁSQUEZ, José Antonio, “Símbolos y enemigos: algunas reflexiones acerca de la nueva lucha antiterrorista”, en PEREZ ÁLVAREZ, Fernando (editor), *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, Universidad de Salamanca, 2004.

REDONDO HERMIDA, Álvaro, "El cambio jurisprudencial en materia de redención de penas. Comentario a la STS de 28 de febrero de 2006 (Caso Parot)", en *La ley penal. Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, Nº 27 (2006).

REDONDO ILLESCAS, Santiago, "Delincuencia sexual: mitos y realidades", en REDONDO ILLESCAS, Santiago (coordinador), *Delincuencia sexual y sociedad*, Barcelona, Ariel, 2002.

REDONDO ILLESCAS, Santiago, FUNES, Jaume y LUQUE, Eulalia, *Justicia penal y reincidencia*, Barcelona, Fundación Jaime Callís, 1994.

RESTA, Federica, "Enemigos y Criminales. Las lógicas del control", en CANCIO MELIÁ, Manuel y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coordinadores), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid, Edisofer, 2006, Vº 2.

REYNA ALFARO, Luis, "Estado de derecho y orden jurídico-penal (A su vez, un estudio crítico sobre el Derecho penal de enemigos, de Günther Jakobs)", en REYNA ALFARO, Luis y CUARESMA TERÁN, Sergio (directores), *Derecho penal y Estado de derecho. Reflexiones sobre la tensión entre riesgos y seguridad*, Buenos Aires, Euros editores, 2008.

REYNA ALFARO, Luis y CUARESMA TERÁN, Sergio (directores), *Derecho penal y Estado de derecho. Reflexiones sobre la tensión entre riesgos y seguridad*, Buenos Aires, Euros editores, 2008.

RIOS MARTÍN, Julián, *Manual de ejecución penitenciaria: defenderse de la cárcel*, 5ª edición, Madrid, Colex, 2009.

—: "Reflexiones sobre la ley 7/2003: el incremento de la violencia punitiva", en *Revista de derecho penal y criminología*, Nº Extra 2 (2004).

RÍOS MARTÍN, Julián y CABRERA CABRERA, Pedro José, *Mirando al abismo. El régimen cerrado*, Madrid, Universidad Pontificia Comillas-Fundación Santa María, 2000.

RIVERA BEIRAS, Iñaki, *La cuestión carcelaria. Historia, epistemología, derecho y política penitenciaria*, 2ª edición, Ciudad autónoma de Buenos Aires, Editorial del Puerto, 2008, Vº II.

—: *Recorridos y posibles formas de la penalidad*, Barcelona, Anthropos, 2005.

—: *La devaluación de los derechos de los reclusos. La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría*, Barcelona, Bosch, 1997.

—: “La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos”, en RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.), *Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales*, Barcelona, Bosch, 1994.

ROBLES PLANAS, Ricardo, ““Sexual predators”: estrategias y límites del derecho penal de la peligrosidad”, en *InDret*, 4/2007, disponible en www.indret.com

RODRIGUEZ MAGARIÑOS, Faustino, “El Derecho penal del enemigo y la military commissions act de 2006”, en *Revista de derecho y proceso penal*, Nº 17 (2007).

RODRÍGUEZ MESA, María José, “Las razones del derecho penal, modelos de fundamentación y legitimación”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, Nº 9 (2007), disponible en <http://criminet.urg.es/recpc>

RODRÍGUEZ SÁEZ, José Antonio, “El derecho de defensa y de asistencia letrada en la fase de ejecución de las penas privativas de libertad: un análisis del deber ser”, en RIVERA BEIRAS, Iñaki (coordinador), *Cárcel y derechos humanos: un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos*, Barcelona, Bosch, 1992.

ROIG TORRES, Margarita, “Algunas reflexiones sobre la llamada expansión del Derecho punitivo. Una alusión a las últimas reformas del Código Penal”, en *Revista de derecho y proceso penal*, Nº 11 (2004).

ROLDÁN BARBERO, Horacio, *Historia de la prisión en España*, Barcelona, PPU, 1988.

SÁENZ VALCÁRCEL, Ramón, “Juicio penal y excepción. ¿Una involución en el proceso de civilización?”, en CAMPOS MORENO, Juan Carlos y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (directores), *La generalización del derecho penal de excepción: tendencias legislativas*, Estudios de Derecho Judicial, Nº 128, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial, 2007.

SÁNCHEZ GARCIA DE PAZ, Isabel, “Alternativas al derecho penal del enemigo desde el derecho penal del ciudadano”, en CANCIO MELIÁ, Manuel y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coordinadores), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid, Edisofer, 2006, Vº 2.

—: “El coimputado que colabora con la justicia penal. Con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las Leyes Orgánicas 7/ y 15/2003”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, Nº 7 (2005), disponible en www.criminet.ugr.es/recpc.

SÁNCHEZ ROMERO, Cecilia, “El discurso jurídico y el proceso penal un juego retórico sin contenido”, LLOBET RODRÍGUEZ, Javier (compilador), *Justicia Penal y Estado de derecho. Homenaje a Francisco Castillo González*, San José, Jurídica Continental, 2007.

SANZ DELGADO, Enrique, *Regresar antes: los beneficios penitenciarios*, Madrid, Ministerio del Interior, 2007.

—: “Dos modelos penitenciarios paralelos y divergentes: Caldaso y Salillas”, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Extra 2006, (Homenaje al profesor Francisco Bueno Arús).

—: *El humanitarismo penitenciario español del siglo XIX*, Madrid, Edisofer, 2003.

—: “La reforma introducida por la regresiva Ley Orgánica 7/2003. ¿Una vuelta al Siglo XIX?”, en *Revista de derecho penal y criminología*, 2ª época, Nº extraordinario 2 (2004).

SANZ MORÁN, Ángel José, *Las medidas de corrección y de seguridad en el derecho penal*, Valladolid, Lex Nova, 2003.

SCHEERER, Sebastián, BÖNM, María Laura, VÍQUEZ, Karolina, “Seis preguntas y cinco respuestas sobre el derecho penal del enemigo”, en CANCIO MELIÁ, Manuel y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coordinadores), *Derecho penal del enemigo El discurso penal de la exclusión*, Madrid, Edisofer, 2006, Vº 2.

SHICHOR, David y SECHREST, Dale K. (editors), *Three strikes and you're out. Vengeance as public policy*, California, SAGE Publications Inc., 1996.

SCHÜNEMANN, Bernard, “¿Derecho penal del enemigo? Crítica a las insoportables tendencias erosivas en la realidad de la Administración de Justicia y de su insoportable desatención teórica”, en CANCIO MELIÁ, Manuel y GOMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coordinadores), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid, Edisofer, 2006, Vº 2.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Montevideo, B de F, 2º ed., 2006. (reimpr. Montevideo: B de F, 2006).

—: “El retorno de la inocuización: el caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos en derecho comparado”, en REDONDO, Santiago (coordinador), *Delincuencia sexual y sociedad*, Barcelona, Ariel, 2002.

—: “El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos”, en *Estudios de Derecho Penal*, Lima, Grijley, 2000.

—: *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Civitas, 2º ed., 2001.

—: *Política criminal y persona*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000,

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, FELIP i. SABORIT, David, ROBLES PLANAS, Ricardo y PASTOR NÚÑEZ, Nuria, “La ideología de la seguridad en la legislación penal española presente y futura”, en DA AGRA, Cándido, DOMÍNGUEZ, José Luis, GARCÍA AMADO, Juan Antonio, HEBBERECHT, Patrick y RECASENS, Amadeu (editores), *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Barcelona, Atelier, 2003.

SOTO NAVARRO, Susana, “La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, Nº 97-09 (2005), disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc>.

SOUSA SANTOS, Bounaventura De, “FSM: el año del futuro”, disponible en www.cartamaior.com, consultado el 14 de febrero del 2009.

STEIN, H., “The indispensable metaphor of war. On populist politics and the contradictions of the state’s monopoly of force”, en *Theoretical Criminology*, Vol. 7, Nº 3 (2003), pp. 265-291.

TAMARIT SUMALLA, Josep; GARCÍA ALBERO, Ramón; RODRÍGUEZ PUERTA, María y SAPENA GRAU, Francisco, *Curso de derecho penitenciario*, 2ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

TAPIA GÓMEZ, Ariel Alejandro, "Después del 11-M: la gobernanza de las víctimas. ¿Modelo europeo de política victimal?", en BÖHN, María Laura y GUTIÉRREZ, Mariano, *Políticos de seguridad. Peligros y desafíos para la criminología del nuevo siglo*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, editores del Puerto, 2007.

TÉLLEZ AGUILERA, Abel, *Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión*, Madrid, Edisofer, 2005.

—: "La ley de cumplimiento íntegro y efectos de las penas: una nota de urgencia", en *La ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N° 4 (2003).

TERRADILLOS BASOCO, Juan, "La Constitución Penal. Los derechos de la libertad", en CAPELLA, Juan-Ramón (editor), *Las sombras del sistema constitucional español*, Madrid, Trotta, 2003.

TOSELLI, Nicolás, "Pautas para la supervivencia de un régimen progresivo de ejecución de la pena en la República de Argentina", en FELLINI, Zulita (directora), *Derecho penal de ejecución penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2006.

URQUIZO OLAECHE, José, "Derecho penal del enemigo", en CANCIO MELIÁ, Manuel y GOMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coordinadores), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid, Edisofer, 2006, Vº 2.

VALVERDE MOLINA, Jesús, *La cárcel y sus consecuencias. La intervención sobre la conducta desadaptada*, Madrid, Editorial Popular, 1977.

VARONA GÓMEZ, Daniel, "¿Somos los españoles punitivos? Actitudes punitivas y reforma penal en España?", en *InDret* 1/2009, p. 23, disponible en www.indret.com.

VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de, *El principio de legalidad penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

VIDAL CASTAÑÓN, Alberto, *Los institutos de la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad*, Barcelona, Bosch, 2006.

VON LISZT, Franz, *Tratado de derecho penal*, 4ª edición, Madrid, 1999, traducción de Jiménez de Asúa.

—: *La idea del fin en el Derecho penal: programa de la universidad de Marburgo*, 1882, Granada, Comares, 1995, traducción de Carlos Pérez del Valle.

ZAFFARONI, Raúl, "La legitimación del Control Penal de los 'extraños'", en CANCIO MELIÁ, Manuel y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coordinadores), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid, Edisofer, 2006, Vº 2.

—: *El enemigo en el Derecho Penal*, Buenos Aires, Ediar, 2006.

—: *Derecho Penal, Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2002.

—: "Los objetivos del sistema penitenciario y las normas constitucionales", en BINDER, Alberto y MAIER, Julio (compiladores), *El Derecho Penal hoy. Homenaje al Prof. David Baigún*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1995.

ZAIBERT, Leo, "Política, ciudadanía y liberalismo: el derecho penal sin penas", en CANCIO MELIÁ Manuel y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coordinadores), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid, Edisofer, 2006, Vº 2.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, "Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena", en *Revista de derecho penal y criminología*, 3ª época, Nº 1 (2009).

—: "Seguridad ciudadana y Estado Social de Derecho (a propósito del 'Código Penal de la Seguridad' y el pensamiento funcionalista)", en OCTAVIO DE TOLEDO, Emilio, GUARDIEL SIERRA, Manuel y CORTÉS BECHIANELL, Emilio (coordinadores), *Estudios penales en homenaje del profesor Ruiz Antón*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.