

LA PENA DE LIBERTAD VIGILADA EN DELITOS DE TERRORISMO

Dulce M^a Santana Vega

Profesora Titular Derecho Penal

Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

Resumen: En el presente trabajo se aborda, desde una perspectiva crítica, el intento de reintroducción de la libertad vigilada en el Derecho penal español con el ANCP de 2008, cuya propuesta de regulación es objeto de análisis, circunscribiéndolo a los casos de terrorismo. Esta institución con antecedentes en el Derecho comparado, sobre todo anglosajón, es recogida ya en el Código penal español de 1822, si bien bajo la denominación de sujeción a vigilancia de autoridad. Así mismo, con diferentes objetivos y fisonomía, pero idéntica nomenclatura, se introduce la libertad vigilada en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor del 2000. Concluye este trabajo con la valoración de la utilidad de esta institución en el caso de los delitos de terrorismo.

Palabras clave: Terrorismo, sistema de penas, libertad vigilada, Derecho penal de menores, populismo punitivo, Anteproyecto de Código penal de 2008.

Abstract: In this research is broached, from a critical perspective, the attempt of reintroduction of the lifetime supervision in the Spanish Criminal law by the Draft Criminal Code 2008 in relation to the cases of crimes of terrorism. This institution, which has precedents in the

Recibido: agosto 2009. Aceptado: octubre 2009

comparative law –especially Anglo-Saxon-, is already provided in the Spanish Criminal Code of 1822, with the name of subjection of vigilance of authority. Likewise, the lifetime supervision was introduced in the Organic Law of Penal Responsibility of the Minor of 2000 with the same nomenclature, but different aims and physiognomy. This research finishes with the assessment of the usefulness of this institution in relation to the crimes of terrorism.

Keywords: terrorism, sentencing system, lifetime supervision, punitive populism, Juvenile Criminal Law.

1. Antecedentes de la libertad vigilada

La libertad vigilada carece de antecedentes recientes en el Derecho penal español de adultos para casos de terrorismo¹, siendo, sin embargo, una institución que, como medida principal o como complementaria de las medidas privativas de libertad, ha estado siempre presente en la legislación penal de menores².

-
- 1 LAMARCA PÉREZ, “Análisis crítico y propuestas de la legislación penal antiterrorista”, en *La Ley Penal* (41), 2007, p. 7, define el terrorismo como “uso de la violencia para hacer efectivo un programa político, es decir, la no utilización de los cauces democráticos como forma de lucha política”; la misma, “Sobre el concepto de terrorismo (A propósito del caso Amedo)”, en *ADPCP* (46), 1993, p. 535 y ss. La Decisión Marco de 13.6.2002 (artículo primero, siguiendo al art. 2.1.b) del Convenio de Naciones Unidas para la Represión de la Financiación del Terrorismo, Nueva York, 9 de diciembre de 1999 y en la Posición Común 2001/931 del Consejo de Europa sobre aplicación de medidas específicas en materia de lucha contra el terrorismo, concibe el delito de terrorismo como aquél que “ha de ser cometido con uno de estos fines: intimidar gravemente a una población; obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo, o bien desestabilizar gravemente o destruir las estructuras fundamentales políticas, constitucionales, económicas o sociales de un país u organización internacional”. Cfr. también, sobre conceptos del terrorismo, CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo. Un visión jurisprudencial*, Editorial General de Derecho, 197, p. 21 y ss.; GARCÍA RIVAS, “Propuesta de definición del delito terrorista. El <<nuevo>> terrorismo y la globalización”, en *RGDPI* (4), www.iustel.com; GONZÁLEZ CUSSAC, *El Derecho penal frente al terrorismo. Cuestiones y Perspectivas*, Servicio de Publicaciones de la Universitat Jaume I, 2005, p. 19.
 - 2 DEL POZO SARDINERO, “La medida de libertad vigilada” en *Pedagogía Social: Revista Interuniversitaria* (2), 1986, p. 189 y ss.

En el Derecho comparado esta institución ha gozado de más predicamento, sobre todo, en algunos Estados de los Estados Unidos de Norteamérica (v.gr. Nueva Jersey) y, más recientemente, en algunos estados europeos (casos de Alemania, Francia o Reino Unido).

1.1. El Derecho Penal español

El **Código penal de 1822** recoge en el artículo 28.6º del Capítulo III “*De las penas y sus efectos, y del modo de ejecutarlas*”, dentro del apartado relativo a *las penas no corporales*, la de “*sujeción a vigilancia especial de las autoridades*”.

Según establece el artículo 78 del citado Código de 1822:

“El reo á quien se imponga la sujeción a vigilancia especial de las autoridades, tendrá obligación de dar cuenta de su habitación y modo de vivir á la autoridad local, y de presentársele personalmente en los períodos que esta le prevenga; la cual podrá exigirle fianza de buena conducta cuando ésta se hiciera sospechosa; y si no la diere confinarle en un pueblo ó parte de él donde pueda trabajar, y aun arrestarle por el tiempo que crea conveniente, si quebrantare este confinamiento; pero sin excederse (sic) nunca del tiempo señalado a la sujeción del reo bajo la vigilancia de la misma autoridad”.

Esta pena se reserva para supuestos como (art. 9):

a) “*El pensamiento y resolución de delinquir cuando todavía no se ha cometido ningún acto para preparar ó empezar la ejecución de un delito...*”

b) Dentro de los delitos contra la Religión de Estado (art. 229) para:

“El que de palabra ó por escrito enseñare ó propagare públicamente doctrinas ó máximas contrarias á algunos de los dogmas de la religión católica, apostólica romana, y persistiere en ellas después de declaradas tales con arreglo a la ley por la autoridad eclesiástica competente, sufrirá la pena de uno á tres años de reclusión, quedando sujeto por otro más á la vigilancia

especial de las autoridades. Si fuera extranjero no católico el que cometiere este delito, se le impondrá una reclusión ó prisión de cuatro á diez y ochos meses, y después será espedido para siempre de España.”

c) La proposición hecha y no aceptada de delitos contra la libertad de la Nación y de delitos contra el Rey, la Reina y el Príncipe heredero (art. 248).

d) En los casos de rebelión y sedición (art. 292) como *pena única* para los meros partícipes en el alzamiento o que hubieren auxiliado a los alzados, en los casos en los que se hubieran sometido absolutamente al primer requerimiento de la autoridad pública; o como *pena conjunta y sucesiva* a otras en los demás casos (promotores, jefes directores, patrocinadores, autoridades, funcionarios...).

e) Por último, se impone también como pena sucesiva a la de reclusión a “*los cabeza de motin ó tumulto*” (art. 303).

El **Código penal de 1848** la vuelve a recoger en su articulado dentro del grupo de penas correccionales, bajo la denominación de *sujeción á la vigilancia de autoridad* (art. 24). Esta pena se prevé con una duración de siete meses a tres años (art. 28).

De forma similar a la regulación de la legislación proyectada en 2008 se establece expresamente en el art. 42 que la sujeción a vigilancia de la autoridad produce en el penado una serie de obligaciones:

“1ª. Fijar su domicilio y dar cuenta de él á la Autoridad inmediatamente encargada de su vigilancia, no pudiendo cambiarlo sin conocimiento y permiso de la misma Autoridad dado por escrito.

2ª. Observar las reglas de inspección que aquélla le prefije.

3ª. Adoptar oficio, arte, industria ó profesión, si no tuviere medios propios y conocidos de subsistencia.

Siempre que un penado quede bajo vigilancia de la Autoridad, se dará conocimiento de ello al Gobierno”.

El Código penal de 1848 prevé la posibilidad de imponer la sujeción a vigilancia de autoridad con *carácter accesorio* de las penas de cadena, reclusión, relegación y extrañamiento perpetuas

durante la vida del penado en el caso de haber obtenido éste el indulto de la pena principal (artículos 52.5ª, 53, 54.2ª del citado Cuerpo legal).

Así mismo, la pena de vigilancia de autoridad es accesoria:

a) a la de la condena temporal “*durante aquel mismo tiempo y otro tanto mas que empezará á computarse desde el cumplimiento de la condena*” (art. 55.2ª);

b) del presidio mayor “*por igual tiempo al de la condena principal, que empezará á contarse desde el cumplimiento de la misma*” (art. 56.2ª);

c) de las penas de reclusión, relegación y extrañamiento temporales, presidio menor y correccional y confinamiento mayor “*durante el tiempo de su condena y otro tanto más, que empezará á contarse desde el cumplimiento de aquella*” (art. 57).

Como se puede observar en el Código penal de 1848 el protagonismo de esta pena se centra en su accesoriadad, viniendo a ser prevista con carácter principal en escasas ocasiones como en el supuesto de la autodelación (actual arrepentimiento) para los delitos de falsificación en el que se confiere a los Tribunales la facultad de imponerla (art. 233).

El **Código penal en su versión de 1850** recoge nuevamente como pena correccional la vigilancia de autoridad y con igual contenido que le otorgaba el Código penal de 1848, estableciéndose un régimen análogo de accesoriadad al del citado texto legal. No obstante, también resulta aplicable como pena principal en algunos supuestos de la parte especial, siguiendo al Código penal de 1848 (v.gr. art. 239).

El **Código penal de 1870** no recoge la pena de vigilancia de autoridad ni entre las penas correccionales, ni como pena accesoria.

El **Código penal de 1928** tampoco contempla la vigilancia de la autoridad entre las penas, pero sí entre las medidas de seguridad (art. 90.13), las cuales se imponen “*como consecuencia*

de los delitos o faltas, o como complemento de la pena”³. A este último respecto, dispone el artículo 107 del citado Código de 1928 que:

“Los Tribunales, en los casos en que por la gravedad del delito o condición del delincuente lo consideren oportuno, podrán acordar en las sentencias que por los encargados de su ejecución, cuando aquél haya cumplido la pena, se advierta a las Autoridades gubernativas el peligro social que represente, por si éstas entendieren que, dentro de sus facultades, deben adoptar medidas de vigilancia especial”

En el **Código penal de 1932** desaparece definitivamente la pena de vigilancia de autoridad del Derecho penal codificado, ya que no la recoge el citado Código, ni como pena, ni como medida de seguridad, puesto que éstas pasan a ser reguladas por una ley especial: *la Ley de Vagos y Maleantes* de 4-8-1933⁴. La citada Ley no castiga delitos concretos, sino estados peligrosos pre y postdelictivos (art. 2) y regula como medida de seguridad la sumisión a vigilancia de autoridad (art. 4.7^a).

La Ley de Vagos y Maleantes será objeto de sucesivas reformas. De entre ellas habría que destacar la llevada a cabo por Ley de 23-11-1935, por la que se modifican los artículos 2 y 6 para incluir como estado peligroso el de aquellos que con sus actividades y propagandas reiteradamente inciten a la ejecución de delitos de terrorismo o atraco y los que públicamente hagan la apología de dichos delitos.

En la misma línea del anterior, el **Código penal de 1944** tampoco recoge como pena la vigilancia de autoridad y deja fuera la regulación del Código los estados peligrosos y las medidas de seguridad que siguen siendo recogidos por la Ley de Vagos y Maleantes, la cual será objeto de sucesivas reformas⁵.

3 Cfr. JORGE BARREIRO, *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, Civitas, 1976, p. 49 y ss.

4 Vid. más sobre este particular en JORGE BARREIRO, *Las medidas...*, 1986, p. 50 y ss.

5 Así, por Ley de 4-5-1948 se vuelven a modificar los artículos 2 y 6, incluyendo como estados peligrosos a: los homosexuales, rufianes y proxenetas y ampliando el n° 11 del citado art. 6 a los comportamientos inciviles.

El Código penal de 1973 perpetúa esta situación, si bien ya la Ley 16/1970, de 4 de agosto, de *Peligrosidad y Rehabilitación Social* acomete una reforma importante sobre la materia, recogiendo en el artículo quinto como decimocuarta medida: la de sumisión a vigilancia de autoridad.

“Esta vigilancia será ejercida por delegados especiales y tendrá carácter tutelar y de protección. Los delegados cuidarán de proporcionar trabajo según su aptitud y conducta, a los sujetos a su vigilancia. La duración de esta medida será de uno a cinco años y podrá ser reemplazada por caución de conducta”.

Se trata de una medida jurisdiccional, de naturaleza penal y que se establece en función de la peligrosidad postdelictual, esto es, será impuesta con carácter sucesivo a la pena (art. sexto, apartado cuarto de la Ley).

La Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social será objeto de sucesivas reformas (1979, 1983, 1989), siendo completamente derogada por el **Código penal de 1995**, el cual no contiene referencia alguna a la libertad vigilada ni como pena, ni como medida de seguridad.

El **Proyecto de Ley Orgánica 2007** de modificación del Código penal de 1995, regulaba de forma concisa, sin limitarlo a delitos determinados y con una duración breve, la posibilidad de aplicar la libertad vigilada. Ésta se preveía como una pena restrictiva de derechos que obligaba al penado a comunicar su localización, pudiéndose acordar por el Juez su control por un mecanismo electrónico (art. 48). Por su parte, el art. 94.3, regla 4ª, recogía también la posibilidad de aplicarla como medida de seguridad, una vez cumplida la condena, a los reos reincidentes y habituales⁶.

6 BOCG DE 15.1.2007. Cfr. también Informe del CGPJ al Anteproyecto de 3-11-2006. Vid. al respecto, MAPELLI CAFFARENA, “El sistema de penas en el proyecto de ley orgánica de modificación del código penal de 2007”, en VVAA, *La reforma de la justicia penal: aspectos materiales y procesales*, 2008, p. 110 y ss.

1.2. La libertad vigilada en el Derecho Penal de Menores

Esta medida, procedente del Derecho anglosajón, es recogida en el Derecho penal de menores español⁷, aunque con regulación más parca, habiéndose generalizado también en gran parte de los Derechos penales de menores europeos⁸.

La Ley Orgánica 5/2000, de 12-1, reguladora de la Responsabilidad penal de los menores, (en adelante, LORPM)⁹ incluye la libertad vigilada dentro del elenco de medidas que el Juez de Menores puede imponer, pero sin circunscribirla a los casos de delitos terroristas cometidos por menores, sino previéndola con carácter general para cualquier delito o falta.

En concreto, la citada medida puede desempeñar las siguientes funciones:

- a) **Como segunda etapa de las medidas privativas de libertad.** La LORPM establece que las medidas de internamiento constarán de dos partes: la primera consistirá en el internamiento en el centro correspondiente y la segunda en régimen de libertad vigilada. En la fijación de las medidas de internamiento el Juez deberá expresar la duración de cada parte en la sentencia. La duración de las

7 Esta medida se introdujo por primera vez en el Derecho penal de menores español por la Ley de 25 de noviembre de 1918, reguladora de la organización y atribuciones de los Tribunales para niños. Sobre el particular, CANTARERO BANDRÉS, *Delincuencia Juvenil y Sociedad en transformación: Derecho penal y procesal de menores*, Montecorvo, 1988, p. 179; AGUIRRE ZAMORANO, “Medidas aplicables a los menores”, en J.M. Martínez-Pereda Rodríguez, “Menores Privados de Libertad”, CDJ (15), 1996, p. 211.

8 Sobre el caso alemán, vid. MANZANARES SAMANIEGO, “Legislación penal juvenil en Alemania”, en Martínez-Pereda Rodríguez (Dir.), “Menores privados de libertad”, CDJ, 1996, pp. 92 y 95; CANO PAÑO, *El futuro del Derecho penal juvenil europeo: Un estudio comparado del Derecho penal juvenil en Alemania y España*, Atelier, 2006, p. 85.

9 En la presente regulación se abandona la división entre: libertad vigilada simple y libertad vigilada con supervisión intensiva existente en la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948.

- dos partes no podrá exceder de los máximos legales.
- b) La libertad vigilada puede ser también impuesta como **medida cautelar** a imponer mientras se tramita el expediente (artículo 28.1 LORPM).
 - c) Se prevé también que pueda operar como **mecanismo de control de la suspensión** de la medida impuesta [artículo 40.2 c)].
 - d) Otra de las opciones contempladas por la LORPM es la de aplicar la libertad vigilada como **medida complementaria** a la impuesta con carácter principal¹⁰.
 - e) Por último, la libertad vigilada puede ser impuesta como **medida principal**, sola o en compañía de otras [artículo 7.1. h)].

Si se atiende a las estadísticas de la jurisdicción de menores, la medida de la libertad vigilada, a la vista del índice de su aplicación¹¹, se ha convertido en la “medida reina” y omnipresente en la nueva regulación que introduce la LORPM.

Esto es así porque en la mayor parte de los casos, las infracciones delictivas cometidas por menores son de mediana o escasa entidad para lo cual resulta especialmente adecuada la citada medida, debido a su alto contenido educativo, sin necesidad de extraer al menor de su entorno educativo, laboral o familiar. La libertad vigilada pretende obtener, corrigiendo o estableciendo refuerzos dentro del citado entorno, pero bajo la vigilancia y supervisión de personal especializado, el que el menor adquiera las habilidades,

10 Cfr. CEZÓN GONZÁLEZ, *La nueva Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores: con las reformas introducidas en el articulado de las Leyes Orgánicas 7/2000 y 9/ 2000*, Bosch, 2001, pp. 52 y 56. Críticamente con esta conjunción de medidas, ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores: comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, Bosch, 2007, p. 176; por el contrario no ve inconvenientes, ABEL SOUTO, “Las medidas del nuevo Derecho penal juvenil (Consideraciones en torno al artículo 7 de la Ley penal del Menor)”, *Actualidad Penal* (6), 2002, p. 120.

11 Cfr. Defensor del Pueblo, Informe sobre el primer año de vigencia de la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, www.defensordelpueblo.es/index.asp?destino=informes2.asp

capacidades y actitudes necesarias para un correcto desarrollo personal y social.

En el cumplimiento de esta libertad vigilada el profesional encargado de la misma habrá de hacer un seguimiento de la asistencia a la escuela, centro de formación profesional o lugar de trabajo, según el caso, ayudándole a superar los factores que determinaron la infracción cometida.

Durante el tiempo que dure la libertad vigilada el menor deberá cumplir las obligaciones y prohibiciones establecidas en la ley, como pautas socio-educativas, y que el Juez facultativamente puede fijar en la sentencia —aspecto dinámico de la libertad vigilada—. En la elección del número y clase de las mismas no tiene el Juez que circunscribirse al elenco de las mencionadas en la LORPM, ya que la regla 7ª deja el catálogo de las mismas abierto a otras posibles no citadas en el mismo¹².

Así mismo, habrá de seguir las pautas socio-educativas que señale la entidad pública o profesional que le atienda y mantener las entrevistas establecidas en el programa de intervención aprobado por el Juez de Menores¹³.

La eficacia de la libertad vigilada va a estar altamente condicionada por los medios, fundamentalmente, personales, ya que para que la misma sea operativa habrá de haber un significativo grupo de profesionales con una ratio de menores a su cargo que sea racional, de tal manera que la vigilancia y el control de sus actividades sea precisa y continuada¹⁴.

12 Cfr. CEZÓN GONZÁLEZ, *La nueva Ley Orgánica...*, 2001, p. 57.

13 Su diferenciación con la de asistencia a un centro de día radica en la existencia del “encargado de su seguimiento” que en el caso de aquella y de la realización de tareas socio-educativas parecen señalar a una persona física y no a un centro. Si bien, el mantenimiento de las pautas socio-educativas las puede marcar tanto el centro como el encargado del menor.

14 Ante la insuficiencia de medios, se ha propuesto en Alemania atribuir a parientes de los menores sometidos a libertad vigilada las tareas propias de la libertad vigilada, lo cual resulta altamente cuestionable debido a que

Otro de los escollos que presentará esta medida, y que está en sintonía con el trasfondo general de la problemática de los menores, es la necesidad de coordinación entre el delegado especialista para el menor, los centros implicados en sus tareas educativas, laborales y de ocio, los Juzgados de Menores, y los equipos técnicos adscritos a los mismos.

Esta medida podría ser aplicada en los casos de delitos de terrorismo cometido por menores, los cuales se materializan fundamentalmente en el denominado terrorismo callejero o kale borroka. Sin embargo, en muchos casos, los parámetros que proporciona la libertad vigilada resultarían inviables o insuficientes, ya que el entorno familiar y social actúan como factores criminógenos¹⁵.

Además, a diferencia de lo que sucedería con la libertad vigilada prevista para los adultos, la de la LORPM tiene, sobre todo, un carácter educativo y no meramente de control¹⁶, como se pone de manifiesto en el hecho de que no se halle prevista la utilización de medios electrónicos de localización y seguimiento permanente del menor en la libertad vigilada.

Por todo ello, no es de extrañar que ni la LO 7/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en relación con los delitos de terrorismo, ni la posterior y vigente LO 8/2006, hayan apoyado sus reformas sobre terrorismo juvenil en la libertad

las mismas requieren de una cualificación pedagógica, psicológica o de educador que la mayoría de las veces no concurre en los parientes o que, de concurrir, estaría mediatizada por la relación de afectividad existente. Esta podría interferir, en ocasiones, en la adopción de ciertas actuaciones y en los informes que se remitan al Juez de Menores. Además, la complejidad de la tarea a realizar, de la red de recursos o del propio contexto del menor hace insuficiente la atribución de las funciones derivadas de la libertad vigilada a parientes del menor. Cfr. SCHAFFSTEIN/BEULKE, *Jugendstrafrecht. Eine systematische Darstellung*, 13, W. Kohlhammer, 1998, p. 123; ALBRECHT, *El derecho penal de menores*, PPU, 1990, p. 196.

- 15 Vid. LAMARCA PÉREZ, “Análisis del proyecto de reforma en materia de terrorismo” en AAVV, *Derecho penal, sociedad y nuevas tecnologías*, Colex, 2001, p. 101 y ss.
- 16 CERVELLÓ DONDERIS/COLÁS TURÉGANO, *La responsabilidad penal del menor de edad*, Tecnos, 2002, p. 156.

vigilada, sino en el incremento de la duración de las medidas de internamiento y en la introducción de la inhabilitación absoluta, teniendo aquélla un papel secundario¹⁷.

1.3. Breve referencial al Derecho Comparado

En el **Derecho norteamericano** de tradición menos garantista y más represiva en materia de terrorismo, sobre todo tras el 11-S, en el que se instaura un sistema de respuesta cuasi-militar¹⁸, se recoge la institución de la libertad vigilada (*lifetime supervision*). Ésta puede llegar a ser perpetua en el Derecho penal de adultos en diversos Estados.

Denominador común en casi todos ellos es la existencia de un control posterior a la privación de libertad por parte de la prisión de la cual sale el interno en libertad vigilada, debiendo visitar a un agente (*parole officer*)¹⁹.

En Europa, esta institución no ha tenido tanto predicamento, ni ha gozado de tanta antigüedad²⁰.

17 GÓMEZ RIVERO “La nueva responsabilidad penal del menor: las Leyes Orgánicas 5/2000 y 7/200”, en Revista penal (9), 2002, p. 3 y ss.; VALEIJE ÁLVAREZ, “Las medidas de internamiento en régimen cerrado impuestas a los menores infractores”, en www.infoprisión.com, p. 188 y ss.

18 A este respecto, SALAS, “Terrorismo e giustizia penale negli statu Uniti d’America”, en A. Gamberini/R. Orlando, *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Monduzzi, 2007, p. 305 y ss.

19 DIEZ RIPOLLÉS, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado”, en RECPCr (7), 2005, p. 29; “El acreditado fracaso del modelo estadounidense en su ámbito nacional original fue coetáneo a su exportación al resto del mundo. Algo semejante pudiera estar sucediendo con el tratamiento de la delincuencia organizada, la delincuencia callejera y el terrorismo”; LARRAURI PIJOAN, “Control del delito y castigo en Estados Unidos”, en Jueces para la Democracia (32), 1998, p. 85. Cfr. también VERVAELE, “La legislación antiterrorista en Estados Unidos: ¿un Derecho penal del enemigo?”, en *El Derecho penal frente a la inseguridad global*, 2007, p. 171 y ss; el mismo, “La legislación antiterrorista en Estados Unidos: inter arma silent leges”, en RDPP 814), 2005, p. 111 y ss.; cfr. también Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica el Código Penal aprobado por el Pleno el 26-2-2009, p. 31 y ss.

20 Para una perspectiva histórica reciente, LÓPEZ GARRIDO, *Terrorismo, política y derecho: la legislación antiterrorista en España, Reino Unido*,

a) En **Francia** existe lo que se llama “control socio-judicial” posterior al cumplimiento de la pena, cuya duración es variable, previsto para los agresores sexuales, consistente en un tratamiento terapéutico acompañado de medidas de alejamiento o la prohibición de ejercer determinadas profesiones (arts. 131-136 del Código penal francés)²¹.

b) En **Italia** la habitualidad, la profesionalidad y el delincuente por tendencia pueden ser objeto de aplicación de medidas de seguridad postdelictuales (arts. 102-109 del Código penal italiano).

c) En **Alemania** está prevista la denominada “custodia de seguridad” (parágrafos 66 y ss. del StGB), la cual es una medida de seguridad privativa de libertad, que se cumple después de la pena y no antes de ella.

A través de la misma se priva de libertad al sometido a ella, indicando el artículo 129 de la Ley Penitenciaria alemana que el sujeto debe ser custodiado para proteger a la colectividad, si bien añade que durante ella se le debe ayudar a incorporarse a la vida en libertad.

Su duración es, en principio, de 10 años. Si bien no es un plazo máximo o definitivo, ya que cabe suspender la medida, antes de que transcurran 10 años, cuando es de esperar que el interno no cometa más hechos antijurídicos fuera de la ejecución de la medida; mantenerla por el plazo de 10 años; o, incluso, acordarla por un plazo superior a 10 años, cuando se comprueba que el pronóstico de comportamiento en libertad es desfavorable.

El Tribunal Constitucional alemán ha legitimado la «indeterminación» del plazo máximo de duración de la custodia, pero

República Federal de Alemania, Italia y Francia, Alianza Editorial, 1987, p. 55 y ss.

21 ENCINAR DEL POZO, “Discusión sobre las medidas a adoptar en función de la peligrosidad del autor”, *Circunstancia* (16), 2008, Fundación Ortega y Gasset, www.ortegaygasset.edu/contenidos.asp?id_d=785.

bajo la exigencia expresa de que se revise la situación periódicamente (Sentencia del BVerfG, de 5 de febrero de 2004)²².

b) En el **Reino Unido** las órdenes de libertad vigilada se conocen desde 1908. Pueden desempeñar dos funciones: como alternativa al encarcelamiento, con una fisonomía más parecida a la que recoge la LORPM, la cual ha sido escasamente utilizada; o bien como una consecuencia de la revisión de la cadena perpetua, en los casos en que se aprecie que ha desaparecido la peligrosidad del condenado²³.

En consecuencia, en el sistema punitivo británico la libertad vigilada no es un *plus* con relación al tiempo de cumplimiento de la pena privativa de libertad, sino una especie de alternativa a la pena privativa de libertad perpetua o una “libertad condicional vigilada”.

2. La regulación de la libertad vigilada en el Anteproyecto de 2008 de Reforma del Código Penal de 1995: bases para un análisis

La Exposición de Motivos de Ley Orgánica de noviembre de 2008 de reforma del Código penal de 1995 (en adelante, ALOCP) fundamentaba la introducción de la libertad vigilada en un triple orden de razones:

- a) la insuficiencia de la finalidad de prevención especial que ha de cumplir las penas privativas de libertad;
- b) la especial peligrosidad que concurre en los autores de delitos terroristas;
- c) la dificultad de su tratamiento.

22 Cfr. CANO PAÑOS, «El marco jurídico y criminológico de la custodia de seguridad (Sicherungsverwahrung) en el Derecho Penal alemán», en CPC (91), 2007, p. 205 y ss. Otra institución similar es la denominada vigilancia orientadora para el caso de penas privativas de libertad de al menos seis meses, si existe el peligro de que se coma posteriores delitos (§ 68).

23 CROSS/NELLIS, “Privación de libertad judicial y administrativa en Inglaterra y Gales”, en *Estudio Comparado sobre la Privación de Libertad en Europa*, Generalitat Valenciana, 1991, pp. 129 y 133.

Como finalidad principal de esta institución se fija la de lograr la reinserción social del condenado por delitos de terrorismo. No obstante, parece contradictorio e irónico sostener tal finalidad si se tiene en cuenta que la imposición de la pena de libertad vigilada parte de que el cumplimiento de la pena privativa de libertad no ha servido de nada o de muy poco para tal finalidad. Resulta ilógico pensar que lo que no se ha conseguido con la respuesta penal más severa y más dilatada en el tiempo, esto es, la pena privativa de libertad, se vaya a conseguir con la de menor entidad y duración: la libertad vigilada.

Es de observar que el ALOCP no adopta la nomenclatura de los precedentes Código penales que aludieron a “vigilancia de autoridad”, sino que recoge la denominación de la legislación de menores “libertad vigilada”, lo cual no ayuda a la diferenciación entre ambas instituciones ciertamente distintas en contenido y fines.

En cuanto a su **naturaleza**, según establecía el art. 49 bis ALOCP la pena de libertad vigilada tendrá siempre carácter de *pena accesoria* de las penas privativas de libertad.

Los supuestos en los que se activa la accesoriedad, según el art. 57 bis b) del citado ALOCP, serán los casos en los que el autor haya sido condenado:

- a) por un delito de terrorismo de la sección segunda del Capítulo V del Título XXII del Código penal y por una pena privativa de libertad *igual o superior a diez años*, o
- b) por *dos o más delitos de terrorismo* de la citada sección, *habiéndose apreciado la agravante de reincidencia* en cualquiera de ellos.

Sin perjuicio de lo que se dirá más abajo, resulta cuestionable también, dados los fines que se predica de esta pena accesoria, que se establezca a partir de penas privativas de libertad iguales o superiores a los diez años o próximas a ellas, en el segundo supuesto, ya que las necesidades de vigilancia o de tratamientos complementarios puede resultar más necesarios en terrorista incipientes.

2.1. Duración e individualización de la pena de libertad vigilada

La pena de libertad vigilada tendría una duración de uno a veinte años, según el art. 40.5 del ALOCP y habría de ser establecida en la sentencia condenatoria, fijándose en ella su concreta duración. Sin embargo, su alcance y contenido (inclusión o no de obligaciones determinadas previstas taxativamente) serán determinados por el Juez de Vigilancia Penitenciaria.

En atención a la misma, la libertad vigilada podrá ser pena grave cuando su duración exceda de cinco años y será pena menos grave cuando se imponga con una duración entre uno y cinco años [artículo 33.2 j) y 3. 1) ALOCP].

Por lo que respecta a la concreta duración de la pena de libertad vigilada se establecen reglas especiales en atención al delito cometido (art. 57 bis.2):

- a) en el caso de que el delito fuera grave, la libertad vigilada tendrá una duración de entre diez y veinte años;
- b) si el delito fuera menos grave, la libertad vigilada tendrá una duración de entre uno y diez años;
- c) si concurriera en cualquiera de los supuestos anteriores: reincidencia, habitualidad, pluralidad de delitos o extrema gravedad, la libertad vigilada se impondrá, en sus respectivos casos, en su mitad superior;
- d) de no concurrir las circunstancias establecidas en el apartado c), el Juez o Tribunal la impondrán, dentro de los márgenes señalados por la gravedad del delito cometido, en la extensión que estime conveniente en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la naturaleza del hecho delictivo.

Como se puede apreciar, la pena accesoria de libertad vigilada ha introducido sus propias reglas de individualización, paralelas a las establecidas para las penas privativas de libertad en casos de delitos dolosos (art. 66 del Código penal).

2.2. Ejecución de la pena de libertad vigilada

El cumplimiento de la pena de libertad vigilada será siempre sucesivo al cumplimiento de la pena privativa libertad. Esto es, “*el cómputo de esta pena comenzará a partir del cumplimiento de la pena privativa de libertad*” (art. 49 bis.1, *in fine*).

Esto tiene como consecuencia que no podrá ser aplicada ni durante los permisos de salida que pudiera disfrutar el interno, ni durante el tiempo de libertad condicional, si la hubiera, ya que durante aquéllos y ésta está vigente el cumplimiento de la pena privativa de libertad.

En estos períodos de libertad la finalidad de aseguramiento de las víctimas y sus familiares debería estar atendida, en su caso, por las prohibiciones contenidas en las penas accesorias de los artículos 48 y 57.

Sin embargo, la obligatoriedad en la imposición de tales penas accesorias ha quedado circunscrito por el legislador a los casos de violencia de género y doméstica y no se ha hecho extensiva a los delitos de terrorismo en donde esta pena accesoria, sobre todo si se tiene en cuenta la prescripción del artículo 57.1-II, podría hacer innecesaria la libertad vigilada²⁴. De nuevo el legislador hace gala de un reiterado despilfarro normativo: sin agotar las posibilidades de una institución, acude a crear otras nuevas.

Como se puede observar se vuelve a quebrar la coherencia del sistema penal y a ponerse en evidencia la falta de reflexión en el acometimiento de las reformas penales: preocupa qué hará un recluso de 70 años cuando salga, pero no tanto que pueda acercarse, comunicarse o vivir cerca de una víctima o de sus familiares

24 Dispone el citado artículo que, “si el condenado lo fuera a pena de prisión y el juez o tribunal acordara la imposición de una o varias de dichas prohibiciones, lo hará por un tiempo superior entre uno y 10 años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave. En este supuesto, la pena de prisión y las prohibiciones antes citadas se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea”.

antes de la extinción de la pena privativa de libertad, bien en un permiso de salida o durante la libertad condicional.

A diferencia de lo que sucede en el Derecho penal de menores en el que la medida de libertad vigilada es impuesta y controlada en su ejecución por el Juez sentenciador —el Juez de Menores—, el ALOCP atribuye la imposición de la pena de libertad vigilada y la individualización de su duración el Juez o Tribunal sentenciador, mientras que será el Juez de Vigilancia, oído el Ministerio Fiscal, al que corresponderá concretar las obligaciones del condenado. En consecuencia, el prelegislador introduce una bicefalia competencial en la función de individualización de la pena que no sigue el régimen general de las demás penas, introduciendo además problemas de coordinación institucional.

Para garantizar el cumplimiento efectivo de esta pena, establece el art. 49 bis. 5 que: *“el Juez o Tribunal podrá acordar la utilización de medios electrónicos que permitan la localización y seguimiento permanente del reo”*.

La primera cuestión que suscita tal declaración es la de si, acordando el Juez o Tribunal sentenciador la utilización de los citados métodos de control, podrá luego el Juez de Vigilancia Penitenciaria acordar su supresión, en el ejercicio de su facultad de modificación de las obligaciones, o acordar la reducción de la duración de la pena de libertad vigilada.

En este caso, habría que entender que tales medios de control podrían ser modificados o suprimidos como una consecuencia de las facultades que tiene el Juez de Vigilancia penitenciaria de modificar las obligaciones, de reducir o dejar sin efecto las mismas.

2.3. Contenido de la pena de libertad vigilada

El contenido de la pena accesoria de libertad vigilada, según establece el art. 49 bis del ALOCP, *“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 siguiente, que el juez de vigilancia determinará en la fase de ejecución”.

Como se puede observar la libertad vigilada se va a traducir en el cumplimiento de una serie de obligaciones de hacer y no hacer que, a diferencia de lo que sucede con el carácter facultativo de la homónima medida del Derecho penal de menores, aquí se establece con carácter obligatorio. Lo único que podrá elegir el Juez de Vigilancia Penitenciaria es el número de las obligaciones establecidas taxativamente en el mencionado art. 49 bis, pudiendo imponer una, varias o todas.

Las citadas obligaciones constituyen una lista cerrada, pero de contenido amplio y flexible:

- a) la de estar siempre localizable;*
- b) la presentación periódica en el lugar que se establezca;*
- c) la de comunicar inmediatamente cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo;*
- d) la prohibición de ausentarse sin autorización del juez o tribunal del lugar donde resida;*
- e) la de no aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal;*
- f) la de no comunicarse con las personas previstas en la letra anterior;*
- g) la de no acudir a determinados lugares o establecimientos;*
- h) la de no residir en determinados lugares;*
- i) la de no desempeñar determinadas actividades que pueda aprovechar para cometer hechos punibles de similar naturaleza;*
- j) la de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares;*
- k) la de seguir tratamiento médico externo.*

Es de observar en el elenco de obligaciones transcrito el solapamiento que se produce entre algunas de estas obligaciones, pues la obligación de estar localizado siempre conllevaría las obligaciones de comunicar inmediatamente cada cambio de lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo.

Las obligaciones establecidas son, por lo demás, copia o reproducción de las previstas en otras penas accesorias (cfr. art. 48 del Código Penal) o de las dispuestas en casos de suspensión de la ejecución de las penas cortas privativas de libertad (art. 83 del Código penal). En comparación con éstas últimas, el elenco de las que ahora se proponen resulta más limitado, lo que es otra manifestación de la finalidad preferentemente asegurativa de esta pena en la que, pese a lo declarado en la Exposición de Motivos del ALOCP, la prevención especial tiene un carácter absolutamente secundario.

La única excepción a esta afirmación la representa la obligación establecida en la letra j) —*participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares*—, la cual viene a representar una especie de tratamiento extrapenitenciario de carácter obligatorio, pues es éste el carácter de todas las obligaciones.

Resulta cuando menos extemporáneo que se quiera conseguir tras el cumplimiento de la pena, lo que no se pudo lograr después de años de prisión, con un tratamiento penitenciario voluntario que es rechazado por los condenados por delitos de terrorismo, en su mayoría, y en el que no se han articulado fórmulas para lograr su aceptación.

Por otro lado, se podría dudar de la constitucionalidad de la obligación de participar en programas laborales, eufemismo que esconde una obligación de trabajar, de forma retribuida o no, la cual no puede establecerse con carácter coercitivo, como no lo es la pena de trabajos en beneficio de la comunidad (cfr. artículo 49 del Código penal). Sobre todo si se tiene en cuenta que aquí ni siquiera es una opción alternativa a una pena privativa de libertad, la cual ya se ha cumplido. En consecuencia, la única forma de

salvar la constitucionalidad de esta medida sería condicionándola al consentimiento del condenado a libertad vigilada²⁵.

Corresponderá al Juez de Vigilancia penitenciaria, oído el Ministerio Fiscal, la función de concretar las obligaciones a imponer al condenado, además de controlar, como se hace con el resto de la penas, el cumplimiento de la libertad vigilada, requiriendo periódicamente de las Administraciones públicas correspondientes los informes que considere necesarios.

Sin embargo, a diferencia de las demás penas accesorias previstas en el Código penal, el Juez de Vigilancia podrá:

- a) modificar la o las obligaciones que haya establecido conforme a la evolución del reo;
- b) reducir la duración de la libertad vigilada;
- c) dejar sin efecto la libertad vigilada.

Obsérvese que este régimen de flexibilidad es el propio de las medidas de seguridad. Sin embargo, el prelegislador incluye a la libertad vigilada entre las penas accesorias, debido a razones estructurales: las medidas de seguridad están previstas sólo para inimputables o seiminimputables, condiciones que no concurren, en la inmensa mayoría de casos, en los condenados por delitos de terrorismo.

Por otro lado, no queda claro quién ha de emitir los informes y con qué periodicidad. Tampoco se establece previsión alguna sobre el personal especializado que se encargaría de controlar las obligaciones que se derivan de la imposición de la libertad vigilada y de asesorar al Juez sobre su evolución y, en su caso, modificación²⁶.

Para la citada modificación de las obligaciones que hubiera impuesto el Juez de Vigilancia Penitenciaria no se exigen,

25 Estas mismas consideraciones habría que darlas por reproducidas con relación a la obligación de tratamiento médico, pensada sobre todo para el otro grupo de delitos –los sexuales–, ya que aquél sin el consentimiento del condenado sería un atentado a su dignidad.

26 En este sentido, Informe del CGPJ de 26-2-2009, pp. 41 y 42.

expresamente, la audiencia preceptiva, aunque no vinculante, del Ministerio Fiscal, ni del condenado. Ante esta omisión cabría dar dos soluciones:

- a) Considerar que tal modificación es una mera consecuencia del proceso dinámico de individualización de la pena, así como del control y seguimiento de la misma llevada a cabo por el Juez de Vigilancia. Todo ello sin perjuicio de que, facultativamente, el Juez de Vigilancia pueda oír al Ministerio Fiscal y/o a quien crea conveniente.
- b) Estimar que, desde un punto de vista de interpretación contextual, habiendo establecido el prelegislador tal requisito de la audiencia preceptiva, pero no vinculante, del Ministerio Fiscal para la imposición de las obligaciones, resultaría lógico considerar que tal requisito será también necesario, en todo caso, para acordar su modificación.

En los supuestos en los que se trate de reducción de la duración de la libertad vigilada o cuando se trate de dejar sin efecto la misma se exige un triple orden de requisitos:

- a) audiencia preceptiva, pero no vinculante, del Ministerio Fiscal;
- b) oír al condenado;
- c) pronóstico positivo de reinserción social que acredite que es innecesaria la continuidad de las obligaciones impuestas, dado que ellas son consustanciales a la existencia y duración de la libertad vigilada.

Nada se dice sobre si debe haber un tiempo mínimo de cumplimiento de libertad vigilada para que el Juez de Vigilancia Penitenciaria pueda acordar la reducción de la duración señalada en la sentencia condenatoria o para dejarla sin efecto. En principio no parecería lógico que ambas resoluciones fueran inmediatas, pues sería tanto como dejar sin sentido la citada pena y la realización de un pronóstico positivo de reinserción parece requerir también un tiempo mínimo de ejecución de la libertad vigilada.

No obstante, habría que tener en cuenta que en los casos en los que la libertad vigilada hubiera estado precedida de libertad condicional, la restrictiva regulación de la misma en casos de terrorismo ya exige que exista un pronóstico favorable de reinserción social²⁷. Éste ha de conllevar, según el art. 90-III,:

“...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

27 Así, se exigen requisitos extras al de extinción de las tres cuartas partes de la condena para acceder a la misma: **a)** colaboración activa con las autoridades en los términos establecidos en el art. 90; **b)** declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas o abandono de la violencia y petición expresa de perdón; **c)** imposibilidad de acceder a la libertad condicional por extinción de dos terceras partes de la condena (art. 91.1); **d)** imposibilidad de acceder a la libertad condicional por extinción de la mitad de la condena más los requisitos establecidos en el art. 91.2; **e)** pérdida del tiempo pasado en libertad condicional en los casos de quebrantamiento de la libertad condicional o de las reglas de conducta que se hubieran establecido; **f)** posibilidad de exceptuar el tercer grado penitenciario una vez cumplida la mitad de la condena en penas superiores a cinco años en los casos de delitos terroristas (art. 36.2); **g)** la posibilidad de expulsar al extranjero terrorista no residente legalmente condenado a pena igual o superior a seis años en sustitución de la libertad condicional (art. 89.1-II).

En definitiva, los condenados por delitos terroristas sólo se equiparan en materia de libertad condicional a los del régimen general en los casos especiales de los que cumplan, estando en prisión, setenta años y en los supuestos de excarcelación por enfermedad grave. Críticamente con este régimen: FARALDO CABANA, “Medidas premiales durante la ejecución de condenas por terrorismo y delincuencia organizada: consolidación del subsistema penitenciario de excepción”, en Cancio Meliá/Gómez-Jara Díez, *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, V. I, Buenos Aires, 2006, p. 757, TELLEZ AGUILERA, “La Ley de Cumplimiento Íntegro y Efectivo de las Penas: una nota de urgencia”, en La Ley (5837), 2003, p. 3; GÓMEZ BERMUDEZ, “Las víctimas en el proceso penal”, en C. Cuesta/R. Alonso, *Las víctimas del terrorismo en el discurso político*, Dilex, 2007, p. 145, resalta el aspecto restrictivo en el acceso al tercer grado y libertad condicional en caso de terrorismo con la única excepción de lo previsto en el art. 100 del Reglamento Penitenciario

desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades”²⁸.

En consecuencia, en estos casos no sólo no habría que exigir plazo mínimo alguno para dejar sin efecto la libertad vigilada, sino que habría que cuestionar la necesidad y legitimidad de la misma, ya que su imposición iría en contra del sistema progresivo que establece el artículo 25.1 de la Constitución²⁹.

Por ello, en una futura regulación de la libertad vigilada en casos de terrorismo en los que se hubiera disfrutado de libertad condicional y el reo no hubiera vuelto a delinquir, ni hubiera infringido las obligaciones establecidas en el art. 90.2³⁰, que se le hubieran impuesto, no habría inconveniente en aplicar la supresión *ab initio* de la libertad vigilada.

28 Críticamente con este tipo de libertad condicional, ACALE SÁNCHEZ, “Del Código penal de la democracia al Código penal de la seguridad”, en F. Pérez Álvarez, *Serta In memoriam Alexandra Baratta*, Universidad de Salamanca, 2004, p. 1202, la cual denuncia la falta de sentido de dar participación en este momento a las víctimas, ya que las perpetúa como tales, perpetuando sus necesidades de venganza, y de justificación, ya que la víctima sólo puede reclamar castigo, lo que acaba con la imposición de la pena, y no con su ejecución, momento en el que se inicia el fin de reinserción.

29 En esta línea se orienta el Informe del CGPJ de 26-2-2009, cit., pp. 37 y 38, el cual recalca que, en todo caso, las obligaciones que se le impongan al condenado tras salir de prisión no supongan un régimen de vida más restrictivo que el tercer grado penitenciario.

30 Establece el art. 90.2 del Código penal que “*El juez de vigilancia, al decretar la libertad condicional de los penados, podrá imponerles motivadamente la observancia de una o varias de las reglas de conducta o medidas previstas en los artículos 83 y 96.3 del presente Código*”. Estas medidas son las previstas para el caso de suspensión de la ejecución de la pena y medidas de seguridad no privativas de libertad, respectivamente.

Otro problema a tener en cuenta y no resuelto en el anteproyecto, en los casos de terrorismo internacional, sería la colisión entre la libertad vigilada y la expulsión regulada en el artículo 89.1-II para presos extranjeros no residentes legales en España y condenados a penas privativas de libertad superiores a seis años.

En este supuesto los tribunales *acordarán* sustituir la libertad condicional por expulsión “*salvo que, excepcionalmente y de forma motivada, aprecien que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España*”. Este caso excepcional podría ser una condena por delitos de terrorismo. Pero, una vez cumplida la pena, ¿podría ser sustituida la libertad vigilada por expulsión? O si hubiera un pronóstico favorable que permitiera acceder a la libertad condicional ¿se podría dejar sin efecto la libertad vigilada impuesta por la previa expulsión sustitutiva de la libertad condicional? Nada se dice al respecto.

Tampoco se establece ninguna prescripción en el Anteproyecto sobre la posibilidad del Juez de Vigilancia Penitenciaria de *suspender condicionalmente* la libertad vigilada, estableciendo un plazo de garantía, a la manera de la condena condicional, posibilidad que podría contemplarse junto con la extinción definitiva de la pena de libertad vigilada, tal como propone el Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto³¹.

2.4. Incumplimiento de la libertad vigilada

Establece el art. 49 bis.6 del ALOCP que:

“En caso de incumplimiento de una o varias obligaciones el Juez de Vigilancia Penitenciaria, a la vista de las circunstancias concurrentes y oído el Ministerio Fiscal, podrá modificar las obligaciones, o bien deducir testimonio para proceder de conformidad con lo establecido en el artículo 468”.

La primera duda que hace surgir tal redacción es la de qué sucede en los casos en los que se imponga por el Juez de

31 Informe del CGPJ de 26-2-2009, cit., p. 46.

Vigilancia todas las obligaciones previstas en el citado artículo, ya que en la redacción del citado apartado únicamente se prevén dos supuestos: o el incumplimiento de una o el de varias. Por lo que habría que incluir el supuesto de incumplimiento de todas las medidas en el supuesto de incumplimiento de varias, o aludir expresamente a esta tercera posibilidad.

Por otra parte, se deja al arbitrio del Juez de Vigilancia Penitenciaria la facultad de elegir, ante un incumplimiento, entre: modificar las obligaciones o deducir testimonio por el delito de quebrantamiento de condena³². Como se puede observar estamos ante una regulación muy flexible, próxima a la de las medidas de seguridad.

Así mismo, habría que reseñar que no se establece criterio alguno que pueda orientar al Juez de Vigilancia para optar por una u otra consecuencia en caso de incumplimiento de esta pena. Será aquél el que, fundadamente, en atención generalmente a la primariedad o contumacia en el incumplimiento o en atención al número de obligaciones incumplidas (una, varias, todas) decidirá entre la sustitución de una obligación por otra o deducirá testimonio por quebrantamiento de la libertad vigilada. En ningún caso, podrá acumular ambas consecuencias.

Por otra parte, no se establece límite alguno en la facultad de sustitución de obligaciones por parte del Juez de Vigilancia penitenciaria en caso de incumplimiento de la o las obligaciones impuestas, por lo que, en principio, no habría inconveniente en aceptar que la sustitución pueda afectar al número de las impuestas en más o en menos. Esto es, si originariamente se establecieron

32 A este respecto se modifica el art. 4682. "Se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuestas en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, así como a aquellos que quebrantaren la pena de libertad vigilada."

tres obligaciones y se incumple una, o varias, o todas ellas: podrían ser sustituidas en su totalidad por otra única, por otras tres, o mantener las existentes y añadir otra u otras más³³.

2.5. Prescripción de la pena de libertad vigilada

Nada dice el prelegislador de la prescripción de la libertad vigilada. Ante este silencio, habría que acudir a la regla general prevista en el artículo 133 que establece el plazo de diez años para las *restantes penas graves* y el de cinco años para *las penas menos graves*.

La libertad vigilada en casos de terrorismo se establece para penas, como regla general, superiores a diez años. Según establece el artículo 134 del Código penal:

“El tiempo de la prescripción de la pena se computará desde la fecha de la sentencia firme, o desde el quebrantamiento de la condena, si ésta hubiese comenzado a cumplirse”.

En consecuencia, en muchas ocasiones, se producirá la prescripción de la pena de libertad vigilada antes de poder comenzar con su ejecución. Por ello, sería deseable un régimen especial de prescripción para la pena de libertad vigilada que no siguiera la máxima de que el cómputo de la pena accesoria corre en paralelo a la pena principal, dada la singularidad de la libertad vigilada.

Una posible solución sería, tal como propone el Informe del CGPJ, acudir al artículo 135.3, al estar la libertad vigilada basada en la peligrosidad del condenado. Según este artículo:

“Sí el cumplimiento de una medida de seguridad fuere posterior al de una pena, el plazo -de prescripción- se computará desde la extinción de ésta.”

33 El Informe del CGPJ de 26-22009, cit., propone establecer un régimen de incumplimiento en el que haya más seguridad jurídica y menos arbitrio judicial, sugiriendo como modelo el del régimen de la suspensión de la ejecución de la pena, establecido en el vigente Código penal.

En consecuencia, el cómputo del plazo de prescripción de la libertad vigilada comenzaría una vez se hubiera cumplido el de la pena privativa de libertad impuesta³⁴ o una vez se hubiese cumplido ésta

3. Lo útil e inútil de esta institución: valoración crítica

La indignación que ha producido en la sociedad española el hecho de que condenados por delitos de terrorismo no cumplieran íntegramente sus penas, pudieran instalar sus negocios o fijar sus domicilios a pocos metros de víctimas o familiares de las víctimas se ha querido canalizar con reformas del Código penal como la que es analizada en este trabajo.

La primera *sensación* que transmite esta institución, con independencia de las mejoras técnicas a las que se han hecho referencia, es que habría una mayor control sobre los terroristas que perseveren en la lucha armada una vez excarcelados, sobre todo si se tiene en cuenta la nueva dimensión que supone el terrorismo islámico y la permeabilidad de fronteras en la Unión Europea³⁵.

Pero ¿va a contribuir realmente la libertad vigilada a una lucha eficaz contra el terrorismo? ¿Supera esta pena el doble control de calidad representado por el binomio eficiencia-respeto de garantías?³⁶

3.1. Libertad vigilada y populismo punitivo

En el Derecho penal en general, y en determinadas formas de criminalidad, en especial, como sucede con relación al

34 Informe del CGPJ de 26-2-2009 cit., p. 40.

35 ENCINAR DEL POZO, www.ortegaygasset.edu/contenidos.asp?id_d=785, justifica la introducción de esta medida “para dar una respuesta proporcional a la actuación de sujetos que cometen, con cierta habitualidad, delitos de gravedad y que carecen de cualquier atisbo de arrepentimiento e intención de reinserción y rehabilitación social”.

36 SILVA SÁNCHEZ, “Eficiencia y Derecho penal”, en ADPCP (49), 1996, p. 106 y ss.

terrorismo, se ha venido instaurando un fenómeno denominando “populismo punitivo”³⁷, el cual tiene muchos puntos de contacto con la función simbólica del Derecho penal³⁸. Ésta es entendida como la respuesta legal sin reflexión, improvisada y dirigida más que a resolver un concreto fenómeno criminal, a calmar las ansias de venganza o, simplemente, a tranquilizar a la opinión pública³⁹. Esto se consigue con una suerte de mensajes placebos que se dirigen a la colectividad y que se podrían resumir con la siguiente máxima: “con penas más elevadas y rigurosas solucionaremos el problema en cuestión”.

Condición previa para lograr el éxito del populismo punitivo es una opinión pública desinformada, lo que se consigue, en muchas ocasiones, a través del “amarillismo informativo”⁴⁰. Éste es orquestado por medios de comunicación poco rigurosos

-
- 37 ALBRECHT, “Derecho penal en la intervención de la política populista”, en *La insostenible situación del Derecho penal*, Comares, 2000, p. 478 y ss.; DÍEZ RIPOLLÉS, “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, en *Jueces para la Democracia* (49), 2004, p. 30 y ss., se refiere al paralelo fenómeno de descrédito de los expertos y a la ausencia de recelo por parte del ciudadano al poder sancionador estatal, fruto de la tradición penal garantista; LARRAURI PIJOAN, “Populismo punitivo... y cómo resistirlo”, en *Jueces para la Democracia* (55), 2006, pp. 15 y 16, alude también como fenómeno similar el de la denominada “cultura del control”. Para otros autores, se está superando con creces el populismo tradicional, CANCIO MELIÁ, “Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000”, en *RJD* (44), 2002, p. 20.
- 38 Cfr. DIEZ RIPOLLÉS, “El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena” en *Política criminal y Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, 2003, p. 80; SANTANA VEGA, “Funciones del Derecho penal y bienes jurídico-penales colectivos”, en *AP* (9), 2001, pp. 143 y ss.
- 39 LLOBET ANGLÍ, “La ficticia realidad modificada por la Ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas y sus perversas consecuencias”, en *Indret* (1), 2007, p. 24, pone de manifiesto como en España existe más sentimiento de venganza que de miedo frente al terrorismo. Se busca saciar “necesidades emotivas de pena” que emergen como consecuencia de la ejecución de un delito. EUSEBI, “La nuova retribuzione”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* (3), 1983, p. 920 y ss.
- 40 Cfr. GUILLAMET LLOVERAS, “Defendiendo la verdad y la razón”, en *El País*, 23-2-2009, p. 29, “El periodismo ha sido absorbido por una industria

que transmiten informaciones sesgadas y sensacionalistas de lo qué es y en qué consiste el sistema penal, ya que están más preocupados por las cuotas de pantalla que por el rigor informativo⁴¹. Las palabras claves son: alarma social, las cuales crean una sensación generalizada acerca de la gravedad e inminencia de inseguridad ciudadana⁴².

Consecuencia de todo ello será:

- a) La percepción de riesgos procedentes del terrorismo desproporcionados con relación a la amenaza real del mismo en un momento y contexto dado. Si se comparan las estadísticas criminales sobre comisiones y condenas de delitos contra la vida y la integridad física, la libertad, o la propiedad, ajenas al fenómeno terrorista, se observa que éstas son más amenazantes para la convivencia social que las que suponen el terrorismo —con la excepción del islámico—. Sin embargo, sólo a los delitos de terrorismo se les confiere esta nota de excepcionalidad.
- b) Esta excepcionalidad o diferencia entre los delitos comunes y los terroristas radica en que en estos últimos se pone en juego el sistema democrático. De ahí que la

de la comunicación en la que el espectáculo y la sensación son el mayor reclamo para asegurar los niveles de difusión y audiencia exigidos por la publicidad, fuente de financiación común a todos”.

- 41 Ejemplo de la persistencia en el tiempo de este fenómeno en la historia legislativa penal en materia de terrorismo en España, TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y Derecho. Comentario a las Leyes Orgánicas 3 y 4/1988 de Reforma del Código penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Tecnos, 1988, p. 22; cfr. también, BRANDARIZ GARCÍA, “Nuevos riesgos, nuevas ansiedades y expectativas sociales en materia de seguridad ante el delito”, en P. Faraldo Cabana (dir.), *Derecho penal de Excepción. Terrorismo e Inmigración*, Tirant lo Blanca, 2007, p. 149 y ss.; MAQUEDA ABREU, “Políticas de Seguridad y Estado de Derecho” en F. Pérez Álvarez, *Serta In Memoriam Alessandri Baratta*, Universidad de Salamanca, 2004, p. 1288; ZUÑIGA RODRÍGUEZ, “Sobre la resocialización de los presos terroristas”, en *Jueces para la Democracia* (35), 1999, p. 28.
- 42 MAQUEDA ABREU, “Crítica a la Reforma penal anunciada”, en *Jueces para la Democracia* (47), 2003, p. 8 y ss.

necesidad de una mayor y más contundente respuesta penal a estos ataques será inversamente proporcional a la fortaleza y convicciones democráticas de la sociedad a la que van dirigidos.

No habría que desconocer, además, que en el contexto del discurso político de la seguridad, cada vez más similar entre las principales fuerzas políticas, el incremento de la represión penal es muy rentable electoralmente. Máxime si se tiene en cuenta que las sociedades occidentales desarrolladas están aquejadas de lo que se ha venido en llamar “inseguridad ontológica”, la cual es fruto de los vertiginosos y mal asimilados cambios sociales (de la estructura familiar, económicos, tecnológicos, de multiculturalidad, de género).

Todo esto se traduce en un sentimiento de ansiedad social que crea un caldo de cultivo propicio al discurso de “más control penal”⁴³. A ello también han contribuido los acontecimientos terroristas del 11-S y el 11-M a los cuales, en este discurso, se los desconecta de cualquier vinculación a la política exterior desarrollada por el Estado, de las deficiencias en el control de fronteras, etc.

En este discurso de la seguridad no se persigue lograr la confianza de los ciudadanos en el sistema democrático, sino conseguir adhesiones al poder mediante la producción del miedo y el desarrollo de mecanismos cada vez más prolongados y diversos de represión⁴⁴.

43 DÍEZ RIPOLLÉS, *Jueces para la Democracia* (49), 2004, p. 28 y ss.; LARRAURI PIJOÁN, *Jueces para la Democracia* (55), 2006, p. 16.

44 PÉREZ CEPEDA, *La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho penal postmoderno*, Iustel, 2007; RECASENS i BRUNET, “Globalización, riesgo y seguridad: el continuose de lo que alguien empezase”, en AAVV, *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Atelier, 2003, p. 375; ZUGALDÍA ESPINAR, “Seguridad ciudadana y Estado social de Derecho (A propósito del <<Código penal de la Seguridad>> y el pensamiento funcionalista)”, en *Estudios Penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, 2003, p. 1121 y ss.

Con ello se produce un “expansionismo del Derecho penal”⁴⁵, el cual si bien se centra en la tipificación de nuevas conductas o en la ampliación de las existentes, también afecta al sistema de penas: prolongando la duración de las existentes o creando otras nuevas que extienden la intervención punitiva del Estado, como sucede con la pena de libertad vigilada.

Una cosa es cierta: las reformas penales no se pueden dejar ni a la iniciativa ni en manos de las víctimas, de la misma manera que tampoco podrían integrar un jurado la víctima, los padres o familiares directos de una de ellas al estar como el que ha cometido el delito o sus familiares, inhabilitados⁴⁶. Por ello, de la misma manera, ni las víctimas, ni los que han cometido delitos pueden tener parte activa o condicionar la Política criminal de un Estado, sin perjuicio de que deban ser oídos⁴⁷.

La realidad criminal es compleja y, en todo caso, supera el binomio delincuente-víctima. La fuente productora de los fenómenos criminales nunca es única y, generalmente, la solución no suele pasar por “el más de lo mismo”. Sobre todo si lo mismo son: establecimientos penitenciarios colapsados, la nula o escasa intervención en el origen de los fenómenos delictivos, el distanciamiento de los principios que han de regir el sistema penal en un Estado social y democrático de Derecho, el no tratamiento de gran parte de los internos durante el cumplimiento de sus penas privativas de libertad, o la búsqueda de fórmulas especiales de tratamiento penitenciario para casos particulares como los son los de los delincuentes por convicción que cometen delitos de terrorismo.

45 SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, 2001, p. 72 y ss.

46 De otra opinión, GÓMEZ BERMUDEZ, *Las víctimas...*, 2007, p. 146.

47 Así, refiriéndose expresamente a los casos de delitos de terrorismo, ENCINAR DEL POZO, www.ortegaygasset.edu/contenidos.asp?id_d=785, considera que: “A nuestro parecer, la instauración de medidas de seguridad postpenales es una posibilidad cuya incorporación a nuestro ordenamiento debería debatirse seriamente. Si bien el debate que debe, necesariamente, preceder a su instauración ha de realizarse lejos de supuestos delictivos puntuales y concretos”.

3.2. Irretroactividad de la ley penal de libertad vigilada

A las acabadas de referir objeciones político criminales a la libertad vigilada, habría que añadir las que se extraen del principio constitucional de la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales (artículo 9.3 de la Constitución española).

La demanda de libertad vigilada, como ha sucedido con otras concretas reformas penales españolas, a las que se les puede poner nombre y apellido, surge por la convulsión social provocada por casos concretos que adquirieron gran trascendencia social, tales fueron los supuestos de: De Juana Chaos, Garikoitz Aspiazu, alias Txeroki, jefe de los comandos de ETA, y el resto de los condenados del 11-M. Sin embargo, paradójicamente, a ninguno de ellos le sería de aplicación la libertad vigilada.

Pero es que, además, a los que fueran condenados por delitos terroristas, una vez hubiera entrado en vigor esta Reforma que introduce la libertad vigilada, la aplicación de ésta tendría, en los casos más graves, una dudosa efectividad, sobre todo si se tiene en cuenta las modificaciones que introdujo la LO 7/2003 relativas al cumplimiento íntegro —efectivo— de las penas.

3.3. Libertad vigilada y fines de la pena en el estado social y democrático de derecho

Si se tratara de uno o más delitos de asesinato por motivos terroristas la pena que le correspondería cumplir al condenado estaría en torno a los cuarenta años, con una edad media de 30 años en el momento de cometer estos delitos, resultaría, tras la citada reforma, que esta persona saldría de la cárcel alrededor de los setenta años. Momento a partir del cual se activaría la pena de libertad vigilada.

Las críticas que en su momento se efectuaron a la LO 7/2003 del cumplimiento íntegro de las penas en el sentido de representar, en muchos casos, una práctica instauración, aunque de forma indirecta, de la cadena perpetua se hacen ahora más

evidentes⁴⁸. Los trabajos de algunos autores⁴⁹, las exigencias de la opinión pública a la que los últimos gobiernos se han plegado y algunas propuestas emitidas desde el Tribunal Supremo así parecen vaticinarlo⁵⁰.

Llama la atención, como se puso de manifiesto más arriba, que el propio prelegislador, fruto de la precipitación, no acierte con la naturaleza y fines de esta nueva institución que introduce.

Se afirma en la Exposición de Motivos que la libertad vigilada viene a suplir el déficit en prevención especial que presentan las penas largas privativas de libertad a las que son condenados los terroristas. Sin embargo, resulta sorprendente que el trabajo de prevención especial que no se ha podido hacer en cautividad se pretenda hacer en libertad y, en muchas ocasiones, después de largas condenas de prisión, como el propio Anteproyecto reconoce.

Además, desde el punto de vista de la prevención especial, ¿cómo va a saber el Tribunal que tiene que imponer la libertad vigilada en las sentencias condenatorias por terrorismo que el condenado a penas superiores a diez años de prisión, va a estar necesitado de esta prevención una vez extinguida la condena a la pena privativa de libertad de diez, veinte o cuarenta años?⁵¹

48 LOPEZ PERGRIN, “¿Lucha contra la criminalidad mediante el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas?”, en *Revista española de investigación criminológica* (1), 2003, p. 9.

49 En palabras de MANZANARES SAMANIEGO, “Reformas penales en materia de terrorismo”, en *Actualidad Penal* (48), 2000, p. 1010 y ss.; el mismo, “El cumplimiento íntegro de las penas”, en *Actualidad Penal* (7), 2003, p. 208 y ss., esta pena es “...tan común como el euro en el seno de la Unión Europea”, considerando que “...su implantación hubiera evitado la reincidencia de delincuentes sexuales y asesinos terroristas, al seguir estos últimos tan identificados con la banda como cuando fueron detenidos...”.

50 GARCÍA-CALVO MONTIEL, “Terrorismo y tipificación penal”, en *Actualidad Penal* (48), 2000, p. 1025.

51 GIMBERNAT ORDEIG, “La insoportable gravedad del Derecho penal (II)”, en *El Mundo* 23-1-2009, p. 19, “¿dónde está la bola de cristal que

Con esta institución se acude a un nuevo ejemplo de estafa de etiquetas por cuanto que la nueva pena de libertad vigilada no se propone, en realidad, cumplir la finalidad de subsanación del déficit de prevención especial, sino la de prevención general positiva o de aseguramiento, lo que se pone de manifiesto por la naturaleza de las obligaciones que incorpora.

Además, si el fin auténtico de esta pena fuera la prevención especial no se hubiera limitado la misma a determinadas clases de delitos o gravedad de penas, sino que se hubiera generalizado al conjunto de todos ellos en función de la reincidencia, habitualidad o las características concretas de un determinado sujeto, aprovechándose, además, para ser especialmente utilizada como sustitutivo penal en casos de condenados jóvenes, menores de veintisiete años, como se hace en el Derecho comparado.

Así mismo, se declara como otra finalidad de su introducción la gran dificultad que presenta la aplicación del tratamiento penitenciario a condenados por delitos terroristas. Sin embargo, el Anteproyecto no introduce modificación alguna en la Ley Orgánica General Penitenciaria tendente a la consecución de mejores resultados en la aceptación de tratamiento penitenciario para este tipo de presos mediante la introducción de reformas especiales.

Sólo por último se reconoce en la Exposición de Motivos del ALOCP el auténtico fin que se quiere alcanzar con la libertad vigilada: ser un instrumento inocuizador de la peligrosidad de los condenados por delitos de terrorismo, otorgándole la naturaleza de una pena restrictiva de la libertad.

Sin embargo, con esta forma de proceder se altera el esquema básico del Código penal en el que las penas se orientan a la culpabilidad, mientras que las medidas de seguridad se establecen en atención a la peligrosidad del sujeto. En el fondo el prelegislador configura una institución híbrida, a la manera de una pena-medida, ya que el régimen flexible de su ejecución es el de las medidas de seguridad.

ha permitido al legislador adivinar que un delincuente va a seguir siendo peligroso 40 años después de haber sido condenado?"

La libertad vigilada se convierte así en el último recurso en el *iter* de la ejecución de las penas privativas de libertad, convirtiendo en un *via crucis* la individualización científica: cumplimiento efectivo de las penas que pueden llegar hasta los cuarenta años con presos de 70 años, establecimiento de períodos de seguridad, fijación de restricciones a la libertad condicional mediante la imposición de condiciones propias de la inocuización ideológica (v. gr. art. 90 del Código penal), contrarias a los fines del tratamiento penitenciario y del espíritu de la Constitución⁵².

Si los recursos en Justicia son siempre escasos debido a la necesaria distribución a usos alternativos y todos ellos necesarios, imperiosos y perentorios (violencia doméstica, delitos sexuales, delitos medioambientales, corrupción urbanística y política, delincuencia juvenil), la cuestión que habría que plantearse, además, a la vista del ilustrativo ejemplo anterior, es la de si se va a valer la pena asignar recursos (pulseras, vigilancia policial) para tener bajo control a personas de avanzada edad.

En los últimos años estamos asistiendo a la transición de un sistema penal garantista en el que el núcleo central era el sujeto activo del delito a otro en el que “el retorno de la víctima”, necesitada ciertamente de un mayor reconocimiento y derechos, se ha traducido en una limitación de los derechos y recursos destinados al delincuente y a su reinserción.

El desideratum expresado en la escuálida Exposición de Motivos del Código penal de 1995 tras las reformas parciales del 2003, sobre todo la llevada a cabo por la LO 7/2003 y el PLOCP, queda reducida a maculatura⁵³.

52 PÉREZ CEPEDA, *La seguridad*, p. 402 y ss.; RAMOS VÁZQUEZ, “Símbolos y enemigos: algunas reflexiones acerca de la nueva lucha antiterrorista” en F. Pérez Álvarez, *Serta In Memoriam Alessandri Baratta*, Universidad de Salamanca, 2004, p. 1444.

53 GARCÍA DEL BLANCO, “Delitos de terrorismo, cumplimiento de pena y separación de poderes: el caso de <<De Juana Chaos>>”, en *La Ley Penal* (41), 2007, pp. 22-23.; LANDROVE DÍAZ, “El Derecho penal <<de la seguridad>>”, en *La Ley* (5668), 2003, p. 3

Existe práctica unanimidad doctrinal en que el fin de reinserción social del artículo 25.2 de la Constitución tiene una clara orientación penitenciaria (prohibición de trabajos forzados, derecho a un trabajo y a los beneficios de la seguridad social)⁵⁴.

Sin embargo, la idea de resocialización está entrando en crisis en el ámbito legislativo como lo ponen de manifiesto la reforma del cumplimiento íntegro de las penas⁵⁵. Esto se traduce en la fórmula: penas más largas, menos inversión y prácticamente nula búsqueda de métodos alternativos en el tratamiento penitenciario de los internos terroristas⁵⁶.

Solo parece interesar el componente aflictivo de la pena⁵⁷. El fin de inocuización, que parecía abandonado, resurge con renovados bríos en el contexto de la delincuencia terrorista⁵⁸.

3.4. El Derecho Penal del Enemigo como reedición del Derecho Penal de Autor en la libertad vigilada

El Derecho penal del enemigo se ha ido abriendo camino al socaire del discurso de la seguridad⁵⁹. Formulación básica en

54 Por todos, MAPELLI CAFFARENA, *Principios fundamentales del Sistema Penitenciario Español*, Bosch, 1983, p. 133 y ss.

55 STC 65/1986, de 22 de mayo, descarta que el art. 25.2 contenga un derecho fundamental susceptible de amparo, considerando la reinserción social como una mera orientación dirigida al poder legislativo que no es incompatible con otros fines de la pena. En la misma línea: SSTC 19/1988; 75/1998.

56 Como ya ponía de manifiesto PÉREZ CEPEDA, “Cuestiones sobre la reinserción en materia de terrorismo”, en Fabián Caparrós/Diego Díaz-Santos, *Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito*, 1995, p. 245, se ha desarrollado con relación a los internos terroristas “una específica y restrictiva interpretación de la legislación penitenciaria”, existiendo “de facto una política penitenciaria especial en materia terrorista”.

57 ÁLVAREZ GARCÍA, “El nuevo modelo de Política criminal”, en Jueces para la Democracia (57), 2006, p. 25.

58 SILVA SÁNCHEZ, “El retorno a la inocuización”, en L. Arroyo Zapatero/I. Berdugo Gómez de la Torre, *Homenaje al Dr. D. Marino Barbero Santos: in Memoriam*, 2001, p. 699.

59 JAKOBS, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo” (trad. M. Cancio Meliá), en Jakobs/Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, 2ª ed, 2006, p. 66 y ss.

su construcción es la diferenciación en el tratamiento penal entre: autores de delitos comunes y los de terrorismo, considerando a éstos no como personas, sino como fuentes de peligro, como sujetos que, al no respetar las reglas mínimas de convivencia, que representan las normas penales, han de ser neutralizados⁶⁰.

En la regulación de la libertad vigilada se aprecia una muestra más de la tendencia a configurar los delitos de terrorismo como una manifestación del Derecho penal de autor. En la orientación selectiva del miedo a la criminalidad, resulta muy rentable crear estereotipos de criminales a los que se les convierte en portadores simbólicos de una amenaza sentida para la paz individual⁶¹: más que cometerse delitos terroristas, se es terrorista⁶².

Esta perspectiva afecta de lleno al tratamiento penitenciario de los condenados por estos delitos, pues se parte de una generalización restrictiva del tratamiento penitenciario que no atiende ni a las diferentes modalidades de terrorismo (islamista, etarra, de estado, ecológico, etc), ni a la posibilidad de un tratamiento indi-

60 Críticamente, entre otros, CAVALIERE, “Diritto penale <<del nemico>> e <<di lotta>>”, en A. Gamberini/R. Orlando, *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Monduzzi, 2007, p. 286, quien advierte que en esta construcción del Derecho penal de autor y de neutralización deberá fundarse, desde un punto de vista metodológico y de contenido, recurriendo al concepto de diferenciación y de subsistema; GRACIA MARTÍN, “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado <<Derecho penal del enemigo>>”, en RCPCr (7), 2005, p. 2 y 42, desde una perspectiva histórica; MUÑOZ CONDE, “Delito político y Derecho penal del enemigo”, en PORTILLA CONTRERAS, “Fundamentos teóricos del Derecho penal y procesal del enemigo”, en *Derecho y Justicia Penal en el Siglo XXI. Liber Amicorum en Homenje al Profesor Antonio González-Cuéllar García*, Colex, 2006, p. 408 y ss.; Jueces para la Democracia (49), 2004, p. 44 y ss.; PRITTWITZ, “Derecho penal del enemigo: ¿análisis crítico o programa del Derecho penal?”, en Mir Puig/Corcoy Bidasolo, *La Política Criminal en Europa*, Atelier, 2004, pp. 113 y ss., 115 y ss.

61 MAQUEDA ABREU, “Políticas...”, 2004, p. 1290.

62 Así, CANCIO MELIÁ, en Jakobs/Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, 2006, p. 137 y ss.

vidualizado de reinserción social, sino que se opta por anteponer la tipología de sujeto que comete un clase de delitos⁶³.

Descendiendo al terreno de la regulación concreta de esta institución, solo mediante esta obligación de dejar sin efecto la ejecución de la pena de libertad vigilada, incluso *ab initio*, se evita, como pone de manifiesto el Informe del CGPJ, “la posible inconstitucionalidad de un juicio de peligrosidad futura que, a modo de derecho penal de autor, acompañaría a la persona condenada a penas de prisión por determinados delitos, con independencia de su resocialización⁶⁴”.

3.5. Libertad vigilada y delincuencia por convicción

Los condenados por delitos terroristas forman parte de los llamados “delincuentes por convicción”⁶⁵. Éstos se encuentran, tras su ingreso en prisión, con la circunstancia de que el tratamiento penitenciario es voluntario, pudiendo ser rechazado, lo que hacen los citados condenados de forma mayoritaria⁶⁶.

63 Así, MANZANARES SAMANIEGO, Actualidad Penal (3), 2000, p. 1016. En contra, GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una alternativa a la actual Política criminal sobre terrorismo*, 2008, p. 41.

64 Informe del CGPJ de 26-2-2009, p. 46.

65 BAUCCELLS i LLADÓS, *La delincuencia por convicción*, Tirant lo Blanch, 2000, p. 409, define al delincuente por convicción desde un punto de vista criminológico como “un tipo de autor genérico cuya motivación es impulsada por la convicción de que debe cometer el hecho de acuerdo con un orden normativo que valora más altamente que el Derecho estatal vigente... político, religioso o ético”.

66 SANZ MORÁN, “Consideraciones al proyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal”, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología (15), 2001, p. 212. sostiene que la respuesta penal frente a la criminalidad de esta clase de delincuentes es deficitaria, siendo la pena impuesta un mecanismo insuficiente, pues la reinserción del «delincuente por convicción» no es frecuente y, sin embargo, persiste en ellos una alta peligrosidad que hace deseable la complementación de la respuesta penal con el recurso a medidas de seguridad.

Sin embargo, cuando el tratamiento penitenciario impuesto es aceptado y cumplido por los internos de él se desprenden consecuencias positivas (progresión de grado, permisos), que a los condenados por delitos de terrorismo, debido al rechazo que realizan por sus convicciones políticas, no les va a afectar, tomando este dato como una muestra más de la postergación e injusticia de la que son objeto por el sistema político que combaten⁶⁷.

Resulta un contrasentido que se considere a los condenados por delitos de terrorismo delincuentes comunes, pero, al mismo tiempo, se les aplica un régimen penal excepcional sobre todo en materia de imposición y ejecución de penas.

Frente a la consideración tradicional que sostiene que en los delincuentes imputables la respuesta penal se ha medir estrictamente por su culpabilidad por el hecho, se abre paso, en el Derecho penal del riesgo, la consideración de que hay que atender también a su peligrosidad, pues se estima que la sociedad no tiene porqué asumir todo el riesgo que genera la peligrosidad del condenado imputable cuando ya ha cumplido la pena que le ha sido impuesta⁶⁸.

En un ordenamiento jurídico como el español en donde se reconoce el pluralismo político como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 de la Constitución Española) y las libertades de convicción y conciencia, se ha de esperar de antemano, como sucede con la no aceptación del tratamiento penitenciario, que haya situaciones de conflicto. Por tanto, la solución no puede ser simplemente represiva, sino que hay que articular y priorizar la búsqueda de continuas soluciones al conflicto⁶⁹.

67 MANZANARES SAMANIEGO, “La reinserción social de los terroristas”, en F. Gutiérrez-Alviz Conradi, *La Criminalidad organizada ante la Justicia*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1996, pp. 13-22.

68 SILVA SÁNCHEZ, “El retorno...”, p. 709, “...la sociedad no comparte la tesis de que la culpabilidad por el hecho ha de definir la frontera absoluta de distribución de riesgos entre individuo y sociedad...”.

69 BAUCCELLS i LLADÓS, *La delincuencia...*, 2000, pp. 219 y ss. y 411.

Por ello, el legislador, también en el ámbito penal y penitenciario, ha de buscar fórmulas neutrales y alternativas de respeto a la disparidad de convicciones, evitando la criminalización de la ideología, aunque se realice de forma secundaria, como sucede con la libertad condicional, o con pluses penales como la libertad vigilada.

En los años setenta del siglo XX, en países como Alemania o Italia, la creación y aplicación de infracciones específicas para casos de terrorismo, lejos de resolver el problema, contribuía a atraer nuevos militantes, exacerbando el fenómeno que se quería evitar y retrasando el proceso natural y gradual de su disolución, mediante la aplicación garantista del Derecho penal y la actuación o negociación política⁷⁰.

Por otro lado, no habría que desconocer como la necesaria persecución y castigo de delitos terroristas, a la que se reviste con la nota de “excepcional” se convierte, en muchas ocasiones, en una coartada para generalizar en el ordenamiento jurídico-penal las normas excepcionales “innecesarias para la actuación del aparato coactivo, pero perfectamente útiles para introducir un hábito de flexibilidad —tradúzcase, en muchos casos, vulneración— en las garantías del Estado de Derecho”⁷¹.

En conclusión, al igual que ha pasado en otros momentos históricos o sucede en otros Derechos Comparados vigentes, el principal problema que le puede causar el terrorismo a los Estados de Derecho, después de la privación de la vida o el menoscabo de la integridad física y libertad de sus ciudadanos, es, sin duda,

70 CANCIO MELIÁ, “Algunas reflexiones preliminares sobre los delitos de terrorismo: eficacia y contaminación”, en P. Faraldo Cabana (dir.), *Derecho penal de Excepción. Terrorismo e Inmigración*, Tirant lo Blanch, 2007, p. 164. De otra opinión, ALONSO, “Políticas antiterroristas y <<Procesos de Paz>>: ¿Qué papel y qué consecuencias para las víctimas del terrorismo?”, en *Las víctimas del terrorismo en el discurso político*, Dilex, 2007, p. 156 y ss.

71 GÓMEZ BENITEZ, “Crítica de la Política penal de orden público”, en CPC (16), 1982, p. 81.

hacerle incurrir en contradicciones en lo que constituye su principal fuerza: su acervo garantista⁷².

El Estado de Derecho no puede caer en la provocación, característica del terrorismo, de que el fin justifica los medios⁷³, haciéndose cómplice de su propia dinámica⁷⁴. Cuando un Estado recrudece su Derecho penal sólo pone de manifiesto una cosa: la propia debilidad de su Democracia y la ineficacia de su sistema político y social.

72 En este sentido se orienta el fundamento jurídico noveno del Voto particular a la Sentencia 197/2006, de 20.2. del Tribunal Supremo, resolutoria del Recurso de Casación núm. 598/05-p, que formulan los Magistrados José Antonio Martín Pallín, Joaquín Giménez García y Perfecto Andrés Ibáñez, al afirmar que: *“Es claro que tal giro interpretativo tiene que ver con la llamativa singularidad del caso concreto, es decir, 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 pudieran 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”*. Cfr. también, HOFFMAN/MORRISON-TAW, “A strategic Framework for Countering Terrorism”, en F. Reinares, *European Democracies against Terrorism. Governmental policies and intergovernmental cooperation*, Dartmouth, 2000, pp. 12 y ss; 20 y ss; .SERRANO-PIEDECASA, “Tratamiento jurídico-penal del terrorismo en un estado de derecho”, en L. Zúñiga Rodríguez (Coord.), *El derecho penal ante la globalización*, Colex, 2002, p. 77.

73 TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo...*, 1988, p. 36.

74 ASÚA BATARRITA, “Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad. Fines políticos últimos y fines de terror instrumental”, en J.I. Echano Basaldúa, *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón*, 2002, p. 47; CANO PAÑOS, “¿Clemencia o justicia?”, en *InDret*, 2007, p. 21.