

253
2007

Revista de Estudios Penitenciarios

Revista de Estudios Penitenciarios

N.º 253 - 2007

Estudios e Intervenciones:

Informe sociológico: Efectos aparejados
por el hecho de compartir celda

FRANCISCO BENITO RANGEL, MANUEL GIL
PARRA Y MIGUEL ÁNGEL VICENTE CUENCA

Aproximación a un "Derecho
Penitenciario del Enemigo"

EUGENIO ARRIBAS LÓPEZ

El empleo de medios coercitivos en prisión:
Indicaciones regimentales y psiquiátricas

LUIS FERNANDO BARRIOS FLORES



MINISTERIO
DEL INTERIOR

[http://www.mir.es/INSTPEN/INSTPENI/Publicaciones/General/Revistas Penitenciarias/Revista_253-2007.pdf](http://www.mir.es/INSTPEN/INSTPENI/Publicaciones/General/Revistas%20Penitenciarias/Revista_253-2007.pdf)

Eugenio Arribas López

Jurista del Cuerpo Superior de Técnicos de Instituciones Penitenciarias

Aproximación a un
"derecho penitenciario del enemigo"

ÍNDICE

1.- INTRODUCCIÓN

2.- CONTEXTO

2.1. Síntesis sobre las teorías penales.

2.2. La finalidad primordial de la pena de prisión en el ordenamiento jurídico español.

2.3. Algunas ideas básicas relativas al sistema de cumplimiento de la pena privativa de libertad en el Derecho español

3.- NOTAS SOBRE EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

3.1. Aproximación.

3.2. Perspectiva crítica.

3.3. El Derecho Penal del enemigo en el Derecho positivo.

4.- LAS NORMAS REPRESENTATIVAS DE UN "DERECHO PENAL DEL ENEMIGO".

4.1. Los regímenes de cumplimiento de la pena de prisión.

4.2. El régimen específico para condenados por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales.

5.- SOBRE LA SUPRESIÓN DEL RÉGIMEN ESPECÍFICO DE CUMPLIMIENTO COMO CONCRECIÓN POSITIVA DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN EL DERECHO PENITENCIARIO.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ABREVIATURAS UTILIZADAS

- CE: Constitución Española de 1.978
- CP: Ley Orgánica 10/1.995, de 23 de noviembre, de Código Penal.
- CP de 1.973: Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1.971, de 15 de noviembre.
- LL: Diario La Ley
- LO 7/2003: Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas
- LOGP: Ley Orgánica 1/1.979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.
- LP: La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario.
- RECPC: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
- REIC: Revista Española de Investigación Criminológica.
- RGDP: Revista General de Derecho Penal, iustel.com.
- RP: Reglamento Penitenciario, aprobado por Real Decreto 190/1.996, de 9 de febrero.
- RPJ: Revista del Poder Judicial.
- S: Sentencia.
- TC: Tribunal Constitucional

1. INTRODUCCIÓN

Por la enorme sensibilidad social y jurídica que generan, creo que no cabe duda alguna sobre la circunstancia de que los hechos delictivos que están vinculados de alguna manera a lo que conocemos como "terrorismo", centran en alguna medida el debate político y en grado no desdeñable el académico en el ámbito del Derecho Penal, ya que esta disciplina ha sido situada políticamente, de forma real o simbólica y en solitario, como vanguardia de la lucha frente a fenómenos generadores de inseguridad para la población, uno de los cuales, qué duda cabe, lo constituye la violencia terrorista. En palabras de GONZÁLEZ CUSSAC, hoy, "ante las nuevas amenazas, en particular el terrorismo, se espera mucho del Derecho Penal"¹. Y el problema no es que se espere mucho, sino que se espera *sólo* del Derecho Penal, toda vez que únicamente en él se "invierte", dejando de lado políticas educativas y sociales orientadas a combatir el analfabetismo, la miseria, la desigualdad que podrían contribuir decididamente a enfrentar muchas de las causas de esas amenazas².

La tipología delictiva que conocemos como terrorismo es una de las manifestaciones de lo que podemos considerar como criminalidad violenta porque, justamente, mediante el uso de la violencia, a través de una serie de actos violentos, se persigue la finalidad de alterar gravemente la paz pública, subvertir el orden constitucional y alterar los mecanismos democráticos. Es esencial, pues, en la definición de los delitos de terrorismo la comisión de actos de violencia, que por sí mismos constituyen delitos comunes, para alcanzar esos objetivos³. Los delitos de terrorismo se encuentran tipificados en la Sección 2ª ("Delitos de terrorismo") del Capítulo 5º ("De la tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos y de los delitos de terrorismo") del Título XXII ("Delitos contra el orden público") del Libro II del CP. En nuestra jurisprudencia, desde la STC 199/1987, tales manifestaciones delictivas se vienen definiendo como "alteración grave de la paz pública", mediante el empleo de medios destructivos idóneos para atemorizar a la población "con tal intensidad, que pueda considerarse que se impide el normal ejercicio de los derechos fundamentales propios y la ordinaria y habitual convivencia ciudadana, lo que constituye uno de los presupuestos del orden político y de la paz social"⁴.

Desde el punto de vista del Derecho, las formas de lucha contra la delincuencia en general vienen implicando modificaciones del derecho positivo en diferentes órdenes jurídicos que buscan *seguridad* frente a distintas manifestaciones delictivas; entre ellas y en destacadísimo lugar está, como digo, el fenómeno terrorista. Así, las reformas se han venido y se vienen produciendo en tres ámbitos normativos distintos, a saber: en el del derecho penal material, en el derecho procesal-penal y en el denominado derecho penal de ejecución. En el ordenamiento jurídico español, algunas de

¹ Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., "El Derecho Penal frente al terrorismo", *RGDP*, nº 4, noviembre de 2.005, pág. 31.

² *Ibid.*, pág. 6.

³ *Ibid.*, págs. 11 y ss.

⁴ *Ibid.*, pág. 11.

estas modificaciones, quizá las más trascendentes, se han materializado en tiempos recientes precisamente en el derecho penal de ejecución, intitulado, por lo que atañe a las penas privativas de libertad, como Derecho Penitenciario.

A pesar de la reconocida autonomía del Penitenciario como disciplina jurídica y por su histórica vinculación al Derecho Penal, su independencia de éste en algunos e importantes aspectos relativos a la ejecución de las penas privativas de libertad, al menos a nivel de derecho positivo, ha sido más aparente que real. Este déficit autonómico, a mi modo de ver, se exacerbó con la entrada en vigor de la LO 7/2.003 porque, aún habiendo reformado ésta también la LOGP, *los cambios más esenciales relativos a la ejecución de las penas privativas de libertad han sido operados por las modificaciones llevadas a cabo en el CP.*

Decía que el enfrentamiento del fenómeno terrorista ha implicado modificaciones normativas; bien, pues sucede que, además de haber hecho más cuestionable la independencia normativa del Derecho Penitenciario, a la LO 7/2.003 se le puede atribuir el dudoso honor de haber incorporado al Derecho Penal de ejecución unas modificaciones en el sistema de cumplimiento de las penas privativas de libertad en las que como veremos, no sin razón, parte de la doctrina ha vislumbrado concreciones normativas, precursoras si se quiere, pero demostrativas de una primera recepción de lo que se vienen denominando en la discusión doctrinal como "Derecho Penal del enemigo"⁵.

Conforme a lo acabado de decir, en un escenario de completa y perfecta autonomía a nivel de derecho positivo del Derecho Penitenciario y habida cuenta que me estoy refiriendo sólo a las reformas que afectan a la ejecución de la pena privativa de libertad, deberíamos estar hablando de la aproximación positiva, material, a un Derecho Penitenciario del enemigo y no a la de un Derecho Penal así calificado.

Sintetizando lo dicho hasta ahora, el legislador viene enfrentado esa manifestación de la criminalidad violenta que es el fenómeno terrorista con un conjunto de cambios en el derecho positivo "adscrito" a distintas ramas jurídicas. Algunos de los materializados han provocado que la legislación penal y penitenciaria, según el sentir de parte de la doctrina, haya sido infiltrada por determinados postulados teóricos del denominado Derecho Penal del enemigo. Si el Derecho Penitenciario fuese normativamente autónomo a nivel del derecho positivo, estos cambios se deberían haber producido en los textos normativos que específicamente disciplinan la ejecución de la pena de prisión; no ha sido así, ya que se han modificado éstos, si, pero los cambios más fundamentales han tenido lugar en el CP.

Bien estemos hablando, a nivel de concreción práctica, de *Derecho Penal del enemigo en la fase de ejecución de la pena privativa de libertad* o, más propiamente, de

⁵ Vid., entre otros, GRACIA MARTÍN, L., "Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "Derecho Penal del enemigo", RECPC, 07-02, 2.005, <http://criminet.ugr.es/recpc>, págs. 1-43; FARALDO CABANA, P., "Un Derecho Penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2.003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas" en Faraldo (Dir.) y Brandariz/Puente (Coords.), *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*, Valencia, 2004, págs. 310 y ss.; CANCIO MELIÁ, M., "De nuevo: ¿Derecho Penal del enemigo?" en Jakobs/Cancio Meliá, *Derecho Penal del enemigo*, Madrid, 2006, págs. 85-152; TÉLLEZ AGUILERA, A., "La Ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas: una nota de urgencia" en *La Ley*, nº 5837, 2.003, págs. 1 y ss.

Derecho Penitenciario del enemigo si fuese tan positivamente independiente del Penal como debiera, de lo que va a tratar este trabajo es de comprobar si, realmente, con las últimas reformas legislativas -o con una parte de éstas- llevadas a cabo en el sistema de ejecución de la pena de prisión puede hablarse realmente de la recepción práctica de alguno de los basamentos teóricos del planteamiento doctrinal conocido en el debate académico como "Derecho Penal del enemigo", intentando, a la vez, acotar el perímetro normativo en el que esa incrustación se pueda localizar para proponer, a la postre, su extirpación. Antes de llegar a estos puntos y para centrarnos, considero imprescindibles dos cosas. *Primera*, examinar someramente el sistema de cumplimiento de la pena privativa de libertad en el ordenamiento jurídico español señalando en qué lugar está situado dentro del conjunto de las teorías sobre la finalidad de la pena, para lo cual, de manera obvia, es previamente necesario esquematizarlas; sólo con esta exploración preliminar estaremos luego en condiciones de observar si es posible localizar una incipiente manifestación normativa que se pueda adscribir al "Derecho Penal del enemigo". *Segunda*, intentar definir o, siquiera, ubicar lo que se viene conociendo como tal en la discusión doctrinal para saber más o menos donde nos estamos moviendo, esto es, para conocer cuales son las notas características del posicionamiento conceptual cuya "marca de fábrica", descriptiva o justificadora, se pueda llegar a advertir en las normas jurídicas que regulan la ejecución de la pena de prisión.

2. CONTEXTO

2.1. Síntesis sobre las teorías penales

En cualquier epítome sobre la finalidad de las penas, centrado fundamentalmente en lo que respecta a la privativa de libertad, se debe hacer una referencia a la clásica (y básica) distinción entre Teorías absolutas, relativas y mixtas.

Las Teorías absolutas hunden sus raíces en la filosofía del idealismo alemán. Para este posicionamiento teórico la pena no debe surtir ningún efecto ni alcanzar objetivo alguno; antes al contrario, debe ser considerada como una finalidad en si misma. Con su ejecución se trata de operar una mera *retribución* del delito cometido; su imposición se *justifica* válidamente por la infracción en que se ha incurrido, compensa el mal causado por ésta y reestablece así el equilibrio roto con su perpetración. En definitiva, en la formulación clásica, se castiga *porque* se ha cometido un delito (*quia peccatum est*).

Si las Teorías absolutas miraban al pasado, las relativas lo hacen al futuro en tanto que lo que se sostiene es que la pena debe servir para que no se cometan más delitos; *su justificación*, pues, es la prevención de nuevas infracciones. En definitiva, se castiga para que no se cometan delitos (*sed ne peccetur*). Dependiendo de si esa orientación preventiva va dirigida a toda la comunidad o al individuo que ha cometido el delito, se distingue entre *prevención general* y *prevención especial*. Dentro de la primera, se habla de prevención general *negativa* porque las normas jurídico-penales anuncian la imposición de una pena, de un mal, al que cometa un delito, buscando de esta manera un efecto intimidante para que todos los miembros de la colectividad inhiban una eventual propensión criminal y se habla de prevención general *positiva* en tanto con la previsión, imposición y ejecución de la pena se reafirma, desde la perspectiva comunitaria, la vigencia del ordenamiento jurídico, de tal forma que se

produce una suerte de revalidación de la esencialidad de los bienes jurídicos que el Derecho Penal trata de preservar. En este ámbito de la prevención general positiva es conveniente ahora tener en cuenta, porque después será importante a la hora de dibujar las líneas maestras en las que se mueve el Derecho penal del enemigo en el campo de la finalidad penal, que lo que se produce es un proceso de comunicación, una relación dialéctica: el hecho delictivo y la coacción penal son medios de interacción simbólica, en tanto, con respecto a sus significados, el primero *significa una desautorización de la norma*, un ataque a su vigencia, mientras que la pena *significa que la afirmación del autor es irrelevante*, que la norma sigue vigente y que la configuración social actual permanece⁶.

En el ámbito de la prevención especial de lo que se trata, en cambio, es de actuar individual y específicamente sobre el culpable para que no cometa más delitos en el futuro y este propósito se puede tratar de alcanzar mediante tres mecanismos diferentes, a saber: intimidación, aseguramiento y corrección. Con respecto a la primera, en efecto, puede pretenderse que la imposición y ejecución de la pena, su actualización sobre el culpable, ejerza la influencia intimidante que su mero anuncio, por vía de la prevención general negativa, no ha conseguido. Por lo que se refiere al aseguramiento o inocuización del infractor y tratándose de la pena privativa de libertad, a través de su confinamiento en un Establecimiento Penitenciario se pretende que no tenga posibilidades de volver a cometer otro delito y, finalmente, mediante su corrección se trataría de conseguir que, en el futuro, no hiciese falta intimidarle y/o encerrarle para evitar la comisión de nuevas infracciones penales, sino que fuese capaz de respetar, por propio convencimiento, los bienes jurídicos fundamentales que las normas penales tienen como misión proteger.

Las teorías mixtas o de la unión arrancan de las críticas realizadas a las absolutas y mixtas, tratando de buscar un eclecticismo integrador. Dentro de aquéllas es particularmente interesante la denominada Teoría unificadora dialéctica que parte de asignar diferentes finalidades a la pena en función del estadio del ciclo penal en que nos encontremos⁷. Así, en lo que podemos considerar como su primera fase -el anuncio, a través de las normas jurídico-penales, de imposición de una pena al que cometa un delito, en una secuencia de acción/reacción- es predominante lo que hemos denominado como *prevención general*; después, al final del proceso penal, llegada la hora de imposición de la pena, son preponderantes los *módulos retributivos* -siempre que se descargue tal expresión de adherencias vindicativas- si lo que al fin y a la postre se pretende es buscar una imprescindible proporcionalidad entre la infracción y la reacción penal, entre el delito y la pena impuesta. De esta forma, la pena *debe ser retribución* del delito cometido en tanto *tiene que ser proporcional* a éste y guardar un necesario equilibrio con la medida de la culpabilidad del infractor. Consecuentemente, el planteamiento retributivo, así considerado, se aleja de su prístino significado (responder a un mal con otro mal) y debe reinterpretarse como un elemento limitador y modulador de la reacción penal.

⁶ Vid. JAKOBS, G., "Derecho Penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo" en Jakobs/Cancio Meliá, *op.cit.*, pág. 25.

⁷ Vid. ROXIN, C., *Derecho Penal, Parte General, Tomo I*. Traducción de la 2ª edición alemana por LUZÓN PEÑA, D.M., DÍAZ Y GARCÍA CONLLEVO, M. y DE VICENTE REMESAL, J., Madrid, 1997, págs. 78 y ss.; BOTERO BERNAL, A., "La Teoría unificadora dialéctica de Roxin a la luz de Beccaría", puede consultarse en <http://filosofia-y-derecho.com/rtfd/numero5/unificadora.htm>.

Aproximación a un "derecho penitenciario del enemigo"

Más tarde, durante la ejecución de la pena, de lo que se trata prioritariamente es de actuar sobre el culpable para que no vuelva a cometer infracciones en el futuro, luego lo imperante serán exigencias vinculadas a la prevención especial. Ahora bien, en ese postrer estadio del ciclo, ¿qué objetivo debe ser prevalente?. Partiendo de que ni la intimidación ni el aseguramiento o inocuización deben ser descartados de plano a favor del objetivo reinsertador, si debe apostarse, en el plano teórico, por la preponderancia de la reeducación y reinserción social del penado como finalidad de la pena privativa de libertad y como razón legitimante de ésta^{8 9}.

No es del todo inoportuno en este apartado sobre las teorías penales hacer un comentario que, no obstante pueda ser calificado de digresión, creo que tendrá algún efecto clarificador con respecto a la evidente contradicción que puede observarse entre lo que social, política y legislativamente se busca al lanzar determinadas conductas a la órbita del Derecho Penal y el objetivo último que, conforme a lo que acabo de exponer, debe alcanzar la ejecución de la pena privativa de libertad. Cuando justificada o injustificadamente y, en todo caso, bien de modo espontáneo (en muy escasas ocasiones) o inducido de forma ideológica, política o mediática (en las más frecuentes)¹⁰, un determinado bien jurídico se estima digno de protección o de "más" protección penal, siempre o casi siempre se recurre al expediente de criminalizar las conductas que lo han ofendido o que lo pueden volver a ofender, o de aumentar las penas a imponer si éstas están ya criminalizadas, con la pretensión de que tales comportamientos se hagan tributarios de una sanción penal o de "más" sanción penal y cuando esto se hace creo que ni el ciudadano ni político ni el legislador tienen en mente la reeducación y la reinserción social de los que los protagonicen, por mucho que sea la finalidad primordial de la pena privativa de libertad, sino que en lo se piensa, a bote pronto, es en la *intimidación general* dirigida a la comunidad buscando que todos sus miembros se abstengan de incurrir en aquéllos y en la *intimidación y la inocuización específica* que puede ejercerse sobre el culpable. Luego creo que existe un

⁸ En individuos socialmente bien insertados (por ejemplo, los que se pueden categorizar en la criminalidad de cuello blanco o los denominados delincuentes "por conflicto" u "ocasionales", en los que la comisión de un hecho delictivo ha sido meramente episódica u ocasional) y que, casi por definición, no tienen necesidad de ser corregidos es inevitable contar con el efecto intimidante de la pena. También, en el caso de individuos de alta peligrosidad criminal (la delincuencia asociada a las actividades terroristas puede servir ahora de ejemplo), el despliegue de una actividad asegurativa o inocuizadora durante el cumplimiento de la pena privativa de libertad deviene imprescindible tanto para tratar de evitar la perpetración de delitos en prisión como la preparación de otros en el exterior. Por lo tanto, siendo realistas, es imposible obviar a nivel teórico los aspectos de intimidación e inocuización desechándolos como el "lado oscuro" de la prevención especial.

⁹ Aunque en un análisis conceptual estricto puede tratarse de cosas diferentes, empleo ahora éstos términos y no otras expresiones similares al uso (rehabilitación, corrección, etc.) que se pueden considerar equivalentes por ser las acuñadas en nuestro derecho positivo (artículo 25.2 de la CE y 1 de la LOGP), tal y como se podrá comprobar a continuación.

¹⁰ Sobre este último aspecto puede consultarse el artículo de SOTO NAVARRO, S., "La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia", *RECPC*, 07-09, 2.005, <http://criminet.ugr.es/recpc>, págs. 1-46. Tiene una relación estrecha esta alusión sobre inducción mediática con la siguiente aseveración de la autora: "El debate social que suscitan las oleadas informativas, ya sea sobre el problema de la delincuencia en general, ya sea sobre concretos fenómenos delictivos, conduce por regla a demandas de mayor intervención represiva, que acaban siendo asumidas por las instancias oficiales con competencia en materia de política criminal"; vid. SOTO NAVARRO, *op. cit.*, pág. 09:29. Por otra parte, resulta muy reveladora -y traer ahora esto a colación si es ya una clara digresión- la valoración que realiza sobre la tríada tasa de criminalidad, atención mediática y percepción social en el periodo 2.001-2.003, a partir de los datos analizados y que es la siguiente: "Estabilidad en la tasa de criminalidad, desproporción de la atención mediática y aumento considerable de la preocupación general por la delincuencia (...); *ibid.*, pág. 09:39.

divorcio evidente entre *lo que se pretende* criminalizando conductas o aumentando las penas y lo que, después, impuestas estas, *debe alcanzarse* con su ejecución^{11 12}.

2.2. La finalidad primordial de la pena de prisión en el ordenamiento jurídico español

Pasando ahora al examen nuestro derecho positivo es incuestionable que el ecléctico e integrador, que otorga una preponderancia terminal al objetivo rehabilitador, es el modelo teórico de finalidad penal (en lo que atañe a la pena privativa de libertad) asumido en nuestro ordenamiento o, por mejor decir, que asumía hasta la entrada en vigor de la LO 7/2.003. En efecto, haciendo abstracción de momento de los cambios producidos en el modelo desde su promulgación, el planteamiento teórico ecléctico indicado que, en la fase ejecutiva del ciclo penal, prima el aspecto rehabilitador de la prevención especial tiene una traducción normativa palmaria tanto a nivel de legalidad constitucional como a nivel de legalidad ordinaria (entendida la expresión en sentido amplio como legalidad de rango no-constitucional, ya que, como sabemos, la Ley Penitenciaria española tiene el rango de orgánica y no de ordinaria), si bien es imprescindible remarcar la advertencia de que el hecho de que la pena privativa de libertad deba estar *orientada* a la reeducación y reinserción de los penados (artículo 25.2 de la CE) y que este objetivo, consiguientemente, deba ser *primordial* (artículo 1 de la LOGP) no significa, naturalmente, que las otras finalidades de la pena (prevención general positiva y negativa y prevención especial en sus vertientes intimidante y asegurativa) deban o puedan ser arrumbadas, ya que, si lo fueran o pudieran ser, no se hubiera postulado que el esquema teórico subyacente fuera el ecléctico o integrador, sino otro excluyente de cualquier otra finalidad que no fuera la corrección del culpable¹³.

¹¹ Es importante aludir ahora lo que se viene denominando como "Derecho Penal simbólico" y que hace referencia, además de a otras cuestiones, a lo que de emblemático tiene para comunidad la criminalización de conductas, esto es, que el Derecho Penal "se haga cargo" de su represión y, consiguientemente, de la *supuesta* protección de los bienes jurídicos a los que éstas atacan. Y digo *supuesta* porque se han identificado normas penales de aplicación nula, mínima y desigual y de 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"; vid. GÓNZALEZ CUSSAC, J.L., *op. cit.*, pág. 7. DEMETRIO CRESPO recoge el *uso simbólico* del Derecho Penal, entendiendo por tal, con carácter general, aquél que persigue fines distintos a la protección de bienes jurídicos en el marco constitucional; vid. DEMETRIO CRESPO, E., "El "Derecho Penal del enemigo" Darf Nicho neinj. Sobre la ilegitimidad del llamado "derecho penal del enemigo" y la idea de seguridad", *RGDP*, nº 4, noviembre 2.005, pág. 22. Por su parte, CANCIO MELIÁ reconoce mucha trascendencia al Derecho penal simbólico, tanta que sostiene la tesis de que la conjunción de esta *línea de evolución simbólica* junto con la que denomina como "resurgir del punitivismo" constituyen el linaje del Derecho penal del enemigo; vid. CANCIO MELIÁ, *op. cit.*, pág. 93.

¹² Por poner un ejemplo, no creo que la introducción en el Código Penal de los artículos 506 bis, 521 bis y 576 bis (penalización de la convocatoria ilegal de elecciones o consultas populares por vía de referéndum y de la financiación de asociaciones ilegales o partidos políticos disueltos o suspendidos), suprimidos por la Ley Orgánica 2/2.005, de 22 de junio, obedeciese a la sana intención de operar la reeducación y reinserción social de los que incurriesen en tales conductas por entender que, de hacerlo, revelarían un déficit de adaptación social, sino, más bien, tratar, por un lado, de actuar la intimidación necesaria para que se obviasen y, por otro, *simbolizar* la negatividad de la percepción de ciertos comportamientos mediante su conversión en conductas típicas, en injustos penales.

Por otra parte, el verbo utilizado por el CP, tanto en el Título Preliminar, como sus Libros I, II y III para vincular un comportamiento dado a una determinada consecuencia jurídica es el de *castigar*; palabra que, desde luego, al menos en principio, no evoca precisamente ideales de reeducación o reinserción social.

¹³ El artículo 25.2 de la CE dice: "Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas a la reeducación y a la 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,.....(CONTINÚA)

Aproximación a un "derecho penitenciario del enemigo"

Que el modelo de finalidad penal y su traslación normativa es ecléctico e integrador y no excluyente, se comprueba en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la cuestión pues éste tiene declarado reiteradamente que el artículo 25.2 de la CE *no debe ser interpretado como constitutivo de un derecho fundamental*, que la orientación proclamada *no significa la atribución de una única finalidad a la pena y que, por consiguiente, la norma contenida en aquél no se opone a que la consecución de otros objetivos se erijan en finalidad legítima de la pena*¹⁴.

No obstante, ya he advertido que la entrada en vigor de la LO 7/2.003 ha alterado este panorama y ello a pesar de que los artículos 25.2 de la CE y 1 de la LOGP permanecen inalterados. Así, ya no puede defenderse sin ningún tipo de matización que para todas las categorías delincuenciales la reeducación y reinserción social siga siendo los objetivos prioritariamente finalistas durante todo el cumplimiento de la condena; al contrario, para los condenados por delitos de terrorismo de la Sección Segunda del Capítulo V del Título XXII del Libro II del CP o cometidos en el seno de organizaciones criminales (párrafo 2º del artículo 36.2 y 78.3 de éste) la consecución de tales metas -hasta que se haya cumplido la mitad de la condena en unos casos o hasta que falte por cumplir una quinta o una octava parte en otros, como después analizaré más de detalle- *no es prioritaria* puesto que la eventual concurrencia de un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y la valoración positiva del tratamiento reeducador *es irrelevante en unos casos o tiene muy escasa significación en otros*. Aunque, como digo, profundizaré después en el régimen de cumplimiento de la pena de prisión para los condenados por las infracciones penales indicadas, si conviene adelantar que en éste la finalidad reinsertadora ha pasado a estar tan eclipsada, a jugar un papel tan secundario, que existen dudas más que razonables sobre la adecuación constitucional del mismo.

Consecuentemente, si, por lo que al derecho positivo respecta, la finalidad de la pena es mudable en función del tipo de delito cometido puede perfectamente inducirse que, después de la incorporación a la legislación penal y penitenciaria de alguna de las reformas operadas por la LO 7/2.003, el modelo teórico relativo a los fines asignados a la pena privativa de libertad en nuestro ordenamiento jurídico se ha alterado, ya que *de uno invariable* -donde esta tenía los mismos fines, independientemente de los años de condena impuestos y del delito cometido- *se ha pasado a otro versátil* -donde los fines que preponderantemente le van a ser atribuidos van a estar en función de diferentes factores, tales como los años de condena impuesta, el tipo de delito cometido y la evolución del interno-.

(CONTINUACIÓN)

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 el acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad". Por su parte, el artículo 1 de la LOGP dice: "Las Instituciones Penitenciarias reguladas en la presente Ley tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados.

Igualmente tienen a su cargo una labor asistencial y de ayuda para internos y liberados"

¹⁴ Vid. el Auto 780/1.986 y, entre otras, las SSTC 19/1.988, 28/1.988, 150/1.991 y 120/2.000; en esta última, se afirma que "... no cabe negar toda posibilidad de que la efectiva imposición de una pena privativa de libertad de tan corta duración pueda cumplir la finalidad de resocialización y reinserción social, dado que la intimidación específica e individual que se opera con el sometimiento efectivo del sujeto al proceso penal y con la declaración de culpabilidad y correlativa imposición de la pena, puede ser, por sí misma, idónea para alcanzar un efecto resocializador".

2.3. Algunas ideas básicas relativas al sistema de cumplimiento de las penas privativas de libertad en el Derecho español

En este breve resumen se plasmarán algunas de los puntos que considero esenciales del sistema penitenciario español, haciendo nuevamente abstracción, de momento en este apartado, de las importantes modificaciones que introdujo la LO 7/2.003.

Bien, para completar esquemáticamente lo expuesto hasta ahora, puede decirse que son "cuatro los principios cardinales de la ejecución penal pergeñados en la Constitución Española de 1.978:

- la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos de las personas.
- el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales del condenado a una sanción penal que conlleve privación de libertad.
- la finalidad resocializadora de las sanciones penales privativas de libertad.
- el monopolio jurisdiccional en el control de la ejecución de las sanciones penales"¹⁵.

Con la advertencia previa de que el sistema de cumplimiento de las penas de prisión constituye un bloque integrado en el que "interactúan" los principios indicados, pero ciñéndonos al constituido por la finalidad resocializadora, ya sabemos que, en consonancia con la declaración constitucional contenida en el artículo 25.2, la LOGP, en el que podemos considerar su papel de segundo escalón de la pirámide normativa, hace expresa mención a la reeducación y a la reinserción social como fin primordial de las Instituciones Penitenciarias (artículo 1) y, para alcanzar ese objetivo, construye todo un sistema de cumplimiento de las penas de prisión que denomina, en el artículo 72.1, "sistema de individualización científica" erigiendo en su piedra angular un instrumento que llama "tratamiento" y que, precisamente, consiste "en el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los internos" (artículo 59.1)¹⁶. Alcanzar esa meta comporta para la Ley "hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir *respetando la Ley penal*, así como de subvenir a sus necesidades." (primer inciso del artículo 59.2)¹⁷. Esta "limitada" pretensión ha servido para defender y legitimar al tratamiento y, por ende, a la finalidad rehabilitadora de la pena privativa de libertad por cuanto de lo que se trata no es de que el infractor de las normas penales asuma o interiorice como propio todo el bagaje axiológico de la comunidad a la que pertenece, sino algo más elemental, la observancia de las normas jurídico-penales y, con ella, el respeto a los bienes jurídicos fundamentales que éstas tratan de preservar como pilar básico de la convivencia social.

Como lo que la Ley penitenciaria persigue no es meramente hacer una declaración bienintencionada o rimbombante de cara a la galería, sino intentar verdaderamente un

¹⁵ Vid. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J., "El juez en la ejecución de las penas privativas de libertad", *RECPC*, 07-11, 2.005, <http://criminet.ugr.es/recpc>, págs. 11:6/7.

¹⁶ El artículo 72.1 de la LOGP dice que "Las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados, el último de los cuales será el de libertad condicional, conforme determina el Código Penal".

¹⁷ Lo señalado en cursiva corresponde a este texto y no al que se transcribe.

cambio en los penados, para hacerlo posible considera imprescindible, con toda razón y fundamento, superar el contrasentido evidente que sin duda se puede localizar en la pretensión de *enseñar* a alguien a vivir en libertad y en sociedad manteniéndolo permanentemente privado de aquélla y apartado de ésta, ensamblando, en el sistema de ejecución de la sanción penal privativa de libertad, mecanismos que, si la evolución del interno lo permite, van a posibilitar la salida gradual de éste del Establecimiento Penitenciario donde esté cumplimiento condena con objeto de propiciar su paulatina incorporación o, mejor dicho, reincorporación a la comunidad. Estos mecanismos son los permisos de salida, la clasificación en tercer grado de tratamiento penitenciario y las diversas modalidades de libertad condicional y, en efecto, su activación entraña la reincorporación del penado, temporal, intermitente o permanente al medio libre, siempre que, insisto, la evolución del interno lo admita.

Puede concluirse, consiguientemente, que la regulación jurídica de tales mecanismos (sus requisitos, formas de aplicación, las consecuencias de su mala utilización, etc., etc.) *está revestida de una importancia trascendental para que la pena de prisión alcance los objetivos prioritarios que tiene asignados* puesto que, por lo que acabo de exponer, la Ley Penitenciaria partió de la premisa de que no hay reinserción posible manteniendo a los internos apartados de la comunidad de forma absoluta durante todo el cumplimiento de la pena; de esta forma, con una segregación radical de los condenados, se podrán alcanzar otras finalidades de la pena pero, desde luego, no la rehabilitadora.

3. NOTAS SOBRE EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

En la Atenas clásica de los Siglos V y VI a.n.e, las mujeres, los metecos y los esclavos "estaban excluidos *absolutamente* de la superficie del espacio cívico, de la condición de ciudadanía"; hasta tal punto esto era así que, incluso, "la ley civil y penal discriminaba entre ciudadanos y no ciudadanos"¹⁸. Resulta que, ahora, en los albores del S XXI, en el seno del Derecho Penal, encontramos un desarrollo doctrinal que parte de algo parecido; esto es, *de la negación, a efectos penales, del atributo de ciudadanos a determinados individuos o, mejor dicho, del despojamiento de su condición de personas, en el sentido normativo, jurídico, del termino.*

El jurista que por primera vez se aproxime al discurso del denominado Derecho Penal del enemigo puede sentir un cierto estremecimiento al leer cosas como éstas pero es que, en efecto, la "privación y la negación de la condición de *persona* a determinados individuos, y con ello la atribución a ellos de la condición de enemigos, constituye, pues, el paradigma y el centro de gravedad del Derecho Penal del enemigo como un ordenamiento punitivo diferente, excepcional y autónomo con respecto al Derecho Penal ordinario, de la normalidad o del ciudadano."¹⁹.

Parece que esta construcción, en cuanto concepto doctrinal y político criminal, fue introducido por GÜNTER JAKOBS, si bien ha ido desarrollándose y tomando cuerpo con posterioridad por él mismo y "por un sector de la doctrina alemana que le

¹⁸ Vid. DE FRANCISCO, A., "Las fronteras de la ciudadanía", *CLAVES de Razón Práctica*, nº 147, noviembre de 2.004, pág. 39. La cursiva en la última frase corresponde a este texto y no al que se transcribe.

¹⁹ Vid. GRACIA MARTÍN, *op.cit.*, pág. 02:23.

sigue o que parte de presupuestos y planteamientos próximos a los del gran penalista alemán²⁰.

Ahora bien, el propio JAKOBS advierte que hablar de *Derecho Penal del ciudadano* y de *Derecho Penal del enemigo* es hacerlo de "dos tipos ideales" que en la práctica difícilmente pueden identificarse de modo puro; según su punto de vista, no se trata de contraponer dos esferas distintas del Derecho Penal, "sino de describir dos polos de *un solo* mundo o de mostrar dos tendencias opuestas de *un solo* contexto jurídico-penal"²¹. Ambos, a tenor siempre de su planteamiento, *son Derecho*; el del ciudadano lo es en lo que se refiere también al criminal porque sigue siendo persona y el del enemigo, asimismo, es Derecho pero en otro sentido: el Estado *tiene Derecho a procurarse seguridad* frente a los sujetos que reinciden persistentemente en el delito y el resto de ciudadanos pueden exigir al Estado que frente a éstos tome medidas adecuadas, *tienen derecho a la seguridad*²².

3.1. Aproximación

Muy telegráficamente, ese, para JAKOBS²³, polo o tendencia que se ha intitulado como Derecho Penal del enemigo se apoya en las siguientes bases:

1.- El tipo de criminalidad frente al que reacciona pasa por ser especialmente nociva y peligrosa; de hecho, se dice, hace tambalear los cimientos mismos del sistema social buscando de alguna manera su destrucción. Se incluyen fenómenos tales como la delincuencia terrorista, el narcotráfico, el tráfico de personas y, en general, expresiones del crimen organizado, del que forman parte auténticas "corporaciones delictivas", con estructuras y cadenas jerárquicas bien definidas. A este elenco se añade, en algunas exposiciones, a los delincuentes sexuales violentos irrecuperables.

2.- La lucha contra este tipo de criminalidad desde los parámetros del Derecho Penal clásico *ha devenido ineficaz* y, por lo tanto, el respeto a la "ortodoxia" jurídico-penal *no sirve* en la imprescindible *reacción de combate* frente a estas manifestaciones delincuenciales.

3.- Los responsables de esas formas delictivas "son individuos que en su actitud, en su vida económica o mediante su incorporación a una organización, se han apartado del Derecho presumiblemente de un modo duradero y no sólo de manera incidental, y por ello, no garantizan la mínima seguridad cognitiva de un comportamiento personal y demuestran ese déficit por medio de su comportamiento"²⁴.

4.- Tales individuos no pueden pretender ser tratados como "personas", en la acepción normativa del término, sino que lo deben ser como meras "fuentes de peligro", a las que hay que neutralizar a cualquier precio, como si fueran animales salvajes²⁵. Al no sentirse vinculados por el Derecho, al "apostatar" de este como sistema normativo regulador de las relaciones humanas, su conducta ha dejado de tener como

²⁰ *Ibid.*, pág. 02.02.

²¹ Vid. JAKOBS, *op. cit.*, pág. 24.

²² *Ibid.*, pág. 33.

²³ *Ibid.*, pág. 24.

²⁴ Vid. GRACIA MARTÍN, *op.cit.*, pág. 02.06.

²⁵ Vid. DEMETRIO CRESPO, *op. cit.*, pág. 13.

Aproximación a un "derecho penitenciario del enemigo"

guía el respeto de los derechos ajenos y el cumplimiento de sus deberes y obligaciones y, por lo tanto, no puede existir el más mínimo atisbo de confianza, la más elemental expectativa, en su comportamiento futuro. Este, en fin, ha dejado de ser predecible dentro de los parámetros normativos básicos que regulan la convivencia en sociedad, siendo su consecuencia lógica la imposibilidad de que sean tratados como si su conducta lo fuese. "Los datos concretos que sirven de base a las regulaciones específicas del Derecho penal del enemigo son la habitualidad y la profesionalidad de sus actividades, pero sobre todo su pertenencia a organizaciones enfrentadas al Derecho y el ejercicio de su actividad al servicio de tales organizaciones"²⁶.

5.- En un plano distinto a los enemigos están las personas, los ciudadanos; las eventuales infracciones de éstos no están dirigidas contra la permanencia del Estado y sus instituciones²⁷. Así, los encontronazos del "ciudadano" con las normas penales han sido acciones puntuales y tratándose así de *deslices reparables*, "el autor, a pesar de su hecho, ofrece garantías de que se conducirá a grandes rasgos como ciudadano, es decir, "como persona que actúa en fidelidad al ordenamiento jurídico"²⁸; su conducta es predecible, calculable conforme a las reglas que lo integran.

6.- El Derecho Penal normal o "del ciudadano" se aplicará a éstos sujetos que, no obstante ser infractores de sus normas, no se han autoexcluido, por su actitud militante en contra, del universo regulado por derechos y obligaciones, mientras que el *corpus* que estamos describiendo encontraría su ámbito de aplicación en los "enemigos", en las "no personas". En el *trato con el ciudadano*, el Derecho Penal reacciona para confirmar la estructura normativa de la sociedad, en el *trato con el enemigo* lo que se busca es interceptarlo muy pronto en el estadio previo y combatirlo por su peligrosidad²⁹. El Derecho Penal del enemigo se equipararía así a un "derecho de guerra", imprescindible para la defensa de un sistema social que aquéllos cuestionan y cuya destrucción buscan.

7.- Se exponen las siguientes como características del Derecho Penal del enemigo³⁰: *adelantamiento de los límites de la punibilidad* para la captura de determinados actos preparatorios; la adopción de una *perspectiva fundamentalmente prospectiva*³¹; *desproporcionalidad de las penas*, que no es ya que no se vean atemperadas por el adelantamiento de la punición, sino, incluso, agravadas merced a la concurrencia de determinadas circunstancias; *reducción y/o supresión de determinadas garantías procesales*.

8.- En el Derecho Penal del enemigo el modelo de finalidad penal queda seriamente trastocado³². Como de lo que se trata con los individuos a los que resulta aplicable es de garantizar una especial seguridad cognitiva, el centro de gravedad se traslada a la neutralización del culpable; dentro de su lógica interna, el acento debe ponerse, entonces, en su aseguramiento o inocuización, en definitiva, en su

²⁶ Vid. GRACIA MARTÍN, *op. cit.*, pág. 02:06 y 07.

²⁷ Vid. JAKOBS, *op. cit.*, pág. 36.

²⁸ Vid. GRACIA MARTÍN citando a JAKOBS, *op. cit.*, pág. 02:06.

²⁹ Vid. DEMETRIO CRESPO, *op. cit.*, pág. 15.

³⁰ Vid. CANCIO MELIÁ, *op.cit.* págs. 111 y 112.; GRACIA MARTÍN, *op. cit.*, pág. 02:09.

³¹ Esta nota característica es citada en concreto por DEMETRIO CRESPO, *op. cit.*, pág. 13.

³² Vid. *supra*.

disgregación de la comunidad de la forma más completa y durante el mayor tiempo posible³³. La reacción del ordenamiento jurídico, la coacción penal, deja de ser prioritariamente un proceso de interacción simbólica, una secuencia comunicativa de compensación de un daño a la vigencia de la norma, para convertirse en la eliminación de un peligro³⁴.

9.- A pesar de la palmaria excepcionalidad de las regulaciones del Derecho Penal del enemigo, sus defensores no le niegan la cualidad de que se trata de un sistema *reglado* en el que de ningún modo se puede traspasar los límites de lo necesario en la lucha contra los enemigos para la eficaz defensa de la sociedad; por lo tanto, el Derecho Penal del enemigo es un comportamiento desarrollado de conformidad con reglas, *en lugar de una conducta espontánea e impulsiva*³⁵. Y, así, el derecho penal del enemigo sería legítimo *en la medida de lo necesario* porque se trata de casos excepcionales en los que debe cumplir su función de protección³⁶; y "lo necesario implica que debe privarse a los terroristas aquéllos derechos de los que abusa para acometer sus planes, y en particular, su libertad de obrar, como sucede en el ámbito de las medidas de seguridad"³⁷.

10.- Constatando JAKOBS que hay ya introducidos en el Derecho Penal general un cúmulo inabarcable de líneas y fragmentos del dirigido contra el enemigo, considera que es menos peligroso para el Estado de Derecho la existencia de un Derecho penal del enemigo bien delimitado que no entremezclar el general con regulaciones propias del primero³⁸.

Constituyendo el núcleo de la concepción de JAKOBS la "despersonalización" de los considerados como enemigos, merece la pena detenernos, para acabar estas notas de aproximación, en lo que considera como una nueva regulación legal de "fuerza explosiva sistemática" muy importante y característica de lo que denomina "clima" intelectual de las reflexiones en el ámbito del Derecho Penal del enemigo^{39 40}. Se trata del contenido del §14, párrafo 3º de la Ley de Seguridad Aérea alemana, de conformidad con el cual se considera lícito el derribo de una aeronave "que pretenda ser usada para atentar contra vidas humanas"; bien, pues para JAKOBS lo que ocurre, en definitiva, es que, con una norma de tales características, se "despersonaliza" a los pasajeros de la aeronave, se priva a estas víctimas civiles de su derecho a la vida a favor de otros⁴¹. "Un Estado en tal sociedad [que concibe al primero como instru-

³³ Afirma JAKOBS en este sentido que, desde un 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*"; vid., JAKOBS, G., "¿Terroristas como personas en Derecho?" en Jakobs/Cancio, *op. cit.*, pág. 71, la cursiva es mía.

³⁴ Vid. JAKOBS, "Derecho penal del ciudadano y ...", pág. 41.

³⁵ Vid. JAKOBS, *op. cit.*, pág. 24.

³⁶ Vid. DEMETRIO CRESPO, *op. cit.*, pág. 16.

³⁷ *Loc. cit.*

³⁸ Vid. JAKOBS, *op. cit.*, págs. 48 y 55.

³⁹ Vid. JAKOBS, "¿Terroristas como personas ...", pág. 77.

⁴⁰ Lo que nuestro autor denomina como "clima" no lo considera modificado en razón de que el 15-02-2006 el Tribunal Constitucional federal declarase inconstitucional la regulación del § 14.3 que se va a mencionar a continuación; *ibid.*, pág. 83.

⁴¹ *Ibid.*, págs. 77 y 78.

mento de la administración de felicidad de los ciudadanos individuales] *despersonaliza* cuando exige ese sacrificio de sujetos no responsables"⁴².

Si, según siempre el razonamiento del penalista alemán, el Estado, en caso de extrema necesidad, *hace lo que es necesario* frente a ciudadanos que *no son responsables de nada*, mucho menos podrá tener limitaciones en el ámbito de las medidas para evitar situaciones de extrema necesidad dirigidas contra terroristas, esto es, *contra quienes generan tales situaciones*, al menos dentro de los límites de lo necesario: "*ésta es la fuerza sistemática explosiva del precepto*"⁴³.

3.2. Perspectiva crítica

Como bien puede imaginarse, el discurso del Derecho Penal del enemigo está siendo blanco de crítica por parte de un sector importante de la doctrina. Antes de dejar muy breve constancia de las principales líneas de contestación, es interesante traer a colación tres órdenes de cuestiones puestas de manifiesto por GRACIA MARTÍN y que, a mi juicio, no pueden perderse de vista a la hora de elaborar cualquier posicionamiento crítico. La primera hace referencia a que tratándose el planteamiento del Derecho Penal del enemigo de un desarrollo teórico bastante estructurado y bien argumentado, las meras reacciones emocionales, fácilmente ligadas al estremecimiento al que aludí al principio, pueden no ser suficientes para contrarrestar sus postulados; esta es la idea de GRACIA MARTÍN que tiene a la construcción de JAKOBS por una posición de cuidada y meticulosa coherencia de la que puede predicarse una gran potencia teórica y política, que, como tal, debe ser contestada, des- embarazándose de la carga emocional que provoca⁴⁴. En segundo lugar, la exclusión del espacio cívico de ciertas personas en la Atenas clásica con el que di comienzo este apartado, puede servir bien de exponente a la afirmación que realiza el mismo penalista de que el tratamiento penal distinto para los considerados enemigos es una constante histórica⁴⁵. Finalmente y en tercer lugar, comparto plenamente su apreciación de que el debate sobre un Derecho Penal del enemigo "sólo puede plantearse y tiene sentido en relación con el Derecho de sociedades democráticas que reconocen y garantizan derechos y libertades fundamentales y que depositan el poder en auténticos Estados de Derecho"; por el contrario, en los regímenes totalitarios "toda la legislación está prendida por una antorcha de guerra contra los enemigos"^{46 47}.

CANCIO MELIÁ a la hora de contestar negativamente a la cuestión de si la existencia de un Derecho Penal del enemigo es inevitable como derivación instrumental

⁴² *Loc. cit.*; la cursiva es mía.

⁴³ *Loc. cit.*

⁴⁴ *Ibid.*, pág. 02:28.

⁴⁵ Tan imbricada en la historia que JAKOBS presenta algunos esbozos iusfilosóficos a los que, de alguna forma, anclar su posición, exponiendo que para ROUSSEAU y FICHTE "todo delincuente *es de por sí* un enemigo", mientras que HOBBS y KANT, aún conociendo un Derecho penal del ciudadano, que se aplicaría a las personas que no delinquen de modo persistente por principio, postulan la existencia de un Derecho penal del enemigo, precisamente, "contra quien se desvía por principio"; el del enemigo actúa *excluyendo* al que se tiene por tal, mientras que el del ciudadano *deja incólume el status de* persona; vid. JAKOBS, "Derecho Penal del ciudadano y ...", págs. 31 y 33.

⁴⁶ Vid. GRACIA MARTÍN, *op. cit.*, pág. 02:04.

⁴⁷ En contra de esta idea, DEMETRIO CRESPO, ya que, en su opinión, no cabe plantear en absoluto condiciones de legitimidad al Derecho Penal del enemigo en un auténtico Estado de Derecho; vid. DEMETRIO CRESPO, *op. cit.*, pag. 21.

del Derecho Penal moderno, pone de relieve que, *en primer lugar*, puede recurrirse a cuestiones de legitimidad que, trascendiendo a la lógica interna del sistema penal, harían entrar al Derecho Penal del enemigo dentro de las fronteras de lo constitucionalmente indefendible y/o de lo políticamente inadecuado; *en segundo lugar*, manifiesta también que puede ser rebatible porque "no contribuye a la prevención policia-fáctica de delitos"⁴⁸. *En tercer lugar*, defiende que se puede enfocar la contestación acudiendo a un análisis interno del sistema jurídico-penal que es en el que, en definitiva, centra su crítica para, finalmente, negar que el del enemigo forme parte conceptualmente del Derecho Penal porque, primero, no estabiliza normas (prevención general positiva), sino que demoniza a un determinado grupo de infractores y, segundo, porque, en consecuencia, no es un Derecho Penal "de hecho", sino de "autor"⁴⁹. Tan alejadas del Derecho Penal "verdadero" percibe CANCIO las concreciones positivas del Derecho Penal del enemigo que afirma que éste "sólo forma parte nominalmente del sistema jurídico-penal real: "Derecho Penal del ciudadano" es un pleonasmo, "Derecho Penal del enemigo" una contradicción en los términos"⁵⁰.

Contrariamente a lo acabado de exponer, postular la compatibilidad de dos Derechos Penales (uno para los ciudadanos y otro para los enemigos), como pone de relieve GONZÁLEZ CUSSAC, es defender una fórmula que ya sostenía MEZGER en la etapa nacional socialista, sólo que en lugar de la denominación de "enemigos" se usaba la de "extraños a la comunidad", justificando por lo demás la aplicación de "dos Derechos Penales"; sin embargo, no puede olvidarse que esas teorías de los "extraños a la comunidad", de los "asociales" o de los "seres carentes de interés vital" nacieron en el seno de un Estado totalitario⁵¹. A mi juicio, este dato histórico es lo suficientemente elocuente por sí mismo como para tener que realizar algún comentario más a este respecto.

Constituyendo la negación de la condición de persona (o el despojamiento de tal atributo normativo) a determinados individuos la columna vertebral de la teoría del Derecho Penal del enemigo, los convincentes argumentos que efectúa GRACIA MARTÍN⁵² contra tal posibilidad son un disparo en su misma línea de flotación. De esta manera, defiende que en Derecho Penal el sujeto tanto de la imputación como del castigo no puede estar constituido por una persona normativa o jurídica, esto es, entendida como una construcción social o normativa, *sino que aquél no puede estar representado por nada más que por el hombre, por el individuo humano; en este sentido, la dignidad humana no es producto ni resulta de ninguna concepción normativa, sino que se entiende como algo de lo que es portador en sí mismo todo hombre por el hecho de su existencia*. "Así parece estimarlo PUFENDORF, al decir que aunque no se pueda esperar de otro hombre nada bueno ni malo, la naturaleza quiere que se le trate como afín y semejante, ya que esta razón por sí sola, aunque no hubiera ninguna otra, es suficiente para que el género humano forme una comunidad pacífica"⁵³.

⁴⁸ Vid., CANCIO MELIÁ, *op. cit.*, pág. 124.

⁴⁹ *Ibid.*, pág. 128.

⁵⁰ *Ibid.*, pág. 89.

⁵¹ Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, *op. cit.*, pág. 26.

⁵² Vid. GRACIA MARTÍN, *op. cit.*, págs. 02:28 y ss.

⁵³ *Ibid.*, pág. 02:40.

Por otra parte, continuando con la atribución de la cualidad de "persona" pero conectando con lo expuesto al final del apartado anterior sobre la "fuerza explosiva sistemática" predicada por JAKOBS del § 14.3 de la Ley alemana de Seguridad Aérea en lo que significa de "despersonalización" de los pasajeros, a los que la norma jurídica contenida en ese precepto "autoriza" a matar como daño colateral, es muy interesante lo argumentado por CANCIO MELIÁ en el sentido de que no hay término posible de comparación entre quienes, *sin ninguna responsabilidad*, pueden verse privados de sus vidas y los *precisamente responsables* de esa situación, "ya que los títulos de los que deriva la intervención en los bienes de los ciudadanos afectados son completamente divergentes en ambos casos (...)"⁵⁴; en el primero, los sujetos se ven envueltos en un *estado de necesidad* muy especial porque, ante un riesgo que amenaza, se les impone una intervención gravísima (su muerte), mientras que en el segundo -los responsables- el título de intervención es la *pena* por haber cometido una infracción en el pasado o, únicamente, la adopción de *medidas cautelares* en el caso de presunción de responsabilidad⁵⁵.

Independientemente de todo lo anterior, a mi juicio, puede vislumbrarse otra grieta en la construcción aneja del Derecho Penal del enemigo que puede acabar afectando a todo el edificio del Derecho Penal, tal y como hoy (todavía) está cimentado. Si nos fijamos en la caracterización que aquél realiza de sus destinatarios como individuos en los que se aprecia habitualidad y profesionalidad en un comportamiento contrario a las normas, hay que decir que estos rasgos pueden ser observables *en una parte muy significativa de la población penitenciaria* en la que los índices de reincidencia son elevados. A estos infractores, ¿cómo se los considera desde los planteamientos del Derecho Penal del enemigo?, ¿"ciudadanos" para los que la comisión de delitos es casi rutinaria, "ciudadanos" que están en una situación de deslíz casi permanente?, ¿existe con respecto a ellos una especial seguridad cognitiva que permita calcular y esperar un comportamiento futuro adaptado al Derecho? Puede responderse que estos individuos, a pesar de su permanente instalación en la infracción de la norma, de su profesionalización, de su reincidencia en el delito, no pretenden la destrucción del orden social, ni forman parte de organizaciones o de estructuras criminales capaces de hacerlo en las que se aprecia una posición permanentemente enfrentada con el Derecho y que, por lo tanto, no serían merecedores de la aplicación del Derecho Penal excepcional que forma el del enemigo. De acuerdo, pero ¿qué pasa con la falta de expectativas razonables en que mantendrán un comportamiento futuro conforme a las normas? Sencillamente, ante su ausencia y siguiendo la mecánica interna del Derecho Penal del enemigo, al no resultar razonable esperar un ajuste futuro a las normas, por mera coherencia, tampoco podría resultar de aplicación el Derecho Penal del ciudadano, con lo que, a bote pronto, podría lanzarse la idea de *una nueva velocidad* del Derecho Penal a añadir a las expuestas por SILVA SÁNCHEZ⁵⁶

⁵⁴ Vid., CANCIO MELIÁ, *op. cit.*, págs. 150 y 151 (nota 113).

⁵⁵ *Ibid.*, pág. 151 (nota 113).

⁵⁶ Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho Penal*, Madrid, 2001, pág. 163, *apud*, entre otros, DEMETRIO CRESPO, *op.cit.*, pág. 17 y CANCIO MELIÁ, *op. cit.* pág. 115. Resumiendo, se puede decir que, para Silva, la *primera velocidad* estaría constituida por la parte en la que, por imponerse penas privativas de libertad, se conservarían todos los principios y garantías del Derecho Penal "clásico" y del proceso penal; estarían integradas en la *segunda velocidad* las nuevas infracciones que no llevarían aparejadas pena privativa de libertad y para las que, por tal motivo, podrían flexibilizarse aquéllos principios y garantías de forma proporcional a la menor gravedad de las sanciones; la *tercera velocidad* se podría equiparar al Derecho Penal del enemigo; vid. CANCIO MELIÁ, *op. cit.*, págs. 112 y ss.

y que atraería a su órbita a los individuos sobre los que *no existe ninguna seguridad en su comportamiento futuro* pero que, sin embargo, no resultan tan peligrosos para la sociedad como los identificados como "enemigos"⁵⁷. De esta suerte, el Derecho Penal podría acabar desguazándose, perdiendo su carácter unitario, para convertirse, si se permite el símil, en una especie de caja de cambios en la que cada una de sus posiciones conllevará una velocidad distinta, un tratamiento penal diferente, a utilizar, en algunos casos, en atención a la "tipificación" o al etiquetamiento que se realice del sujeto activo.

Finalmente, examinando orientaciones como la representada por el Derecho Penal del enemigo y a pesar del prestigio de sus defensores y la coherencia interna de sus razonamientos, no cabe por menos que realizar una mínima reflexión acerca de lo peligrosísimo que puede resultar *ad futurum* la legitimación de ciertas alternativas. Argumentos, solventes o rabulescos, se pueden buscar para todo, incluso, como afirma MUÑOZ CONDE, para instaurar la prisión perpetua o reinstaurar la pena de muerte⁵⁸ pero dado lo lejos que se puede llegar y los umbrales que se pueden traspasar en el aval, que se pretende jurídico, de prácticas completamente inadmisibles en sociedades democráticas⁵⁹ no está de más recordar que, como en otros órdenes, también en el mundo del Derecho, en los debates relativos a la justificación o cobertura de determinadas propuestas o ya realidades, no hay que enfrascarse sin más en el *si se puede* sin preguntarse antes por el *si se debe*.

Finalmente, enlazando de alguna manera con lo acabado de exponer, es oportuno recoger alguna de las conclusiones de DEMETRIO CRESPO cuando afirma que, desde una perspectiva metodológica, la teoría del Derecho Penal del enemigo deduce consecuencias normativas de supuestas consideraciones descriptivas sin justificar el salto del "ser" al "deber ser"; o mejor, "justificándolo de forma errónea, en al medida en que la validez no puede hacerse derivar de la eficacia"⁶⁰. Eficacia que, como hemos visto un poco más arriba, también se ha puesto en entredicho.

3.3. El Derecho Penal del enemigo en el Derecho positivo

Como adelanté en la Introducción, buena parte de la doctrina ha detectado la existencia material de ese Derecho Penal del enemigo en el ordenamiento positivo. "En todo caso, lo que parece claro es que en el ordenamiento español, el centro de gravedad del Derecho Penal del enemigo está en los delitos relacionados con las drogas, en la reacción del Derecho penal frente al fenómeno de la inmigración, en general, en el Derecho penal de la "criminalidad organizada", y, sobre todo, en el nuevo Derecho antiterrorista, primero en la redacción dada a algunos de los preceptos correspondientes en el Código Penal de 1.995, después en la reforma introducida mediante la LO 7/2.000, y finalmente mediante las reformas entradas en vigor en el año 2.004 en este campo"⁶¹. A los efectos de este trabajo, merece lugar destacado la ya muy citada LO 7/2.003, que contiene regulaciones del "Derecho *penitenciario* que, sin duda,

⁵⁷ La configuración y contenido de esta nueva desviación penal "de autor" estaría por ver.

⁵⁸ Vid. MUÑOZ CONDE, F., "¿Hacia un derecho penal del enemigo?", *Diario EL PAIS*, 15 de enero de 2.003.

⁵⁹ Vid. LEWIS, A., "La legalización de la tortura tras el 11-S", *CLAVES de Razón Práctica*, nº 147, noviembre de 2.004, págs. 20 y ss.

⁶⁰ Vid. DEMETRIO CRESPO, *op. cit.*, pág. 32.

⁶¹ Vid. CANCIO MELIÁ, *op.cit.*, págs. 117 y 118.

constituyen exponentes típicos del Derecho Penal del enemigo. Entre ellas, cabe mencionar las que endurecen las condiciones de clasificación de los internos, las que limitan los llamados beneficios penitenciarios, o las que amplían los requisitos de la libertad condicional⁶² y frente a las que se ha mostrado muy crítica una parte de la doctrina⁶³. Iniciar su comentario nos conduce de lleno al contenido del epígrafe siguiente.

4. LAS NORMAS REPRESENTATIVAS DE UN "DERECHO PENAL DEL ENEMIGO"

4.1. Los regímenes de cumplimiento de la pena de prisión

Ahora bien, desde mi punto de vista, la LO 7/2.003 no debe ser objeto de una "demonización" completa por cuanto la contestación a las modificaciones practicadas que acabo de mencionar son sobradamente justificadas en algunos casos -precisamente *pero sólo* en los que pueden localizarse incrustaciones normativas del Derecho Penal del enemigo- pero, a mi modo de ver, no tanto en otros.

Resumidamente, lo que la entrada en vigor de la LO 7/2.003 ha significado es un cambio parcial en el modelo, a la sazón imperante en nuestro ordenamiento en la fase de ejecución, *relativo a los fines atribuidos de la sanción penal*, ya que, a mi juicio, *de uno invariable* -donde ésta tenía los mismos fines, independientemente de los años de condena impuesta y del delito cometido- *se ha pasado a otro versátil* -donde los fines que preponderantemente le van a ser atribuidos van a estar en función de diferentes factores, tales como los años de condena impuesta, el tipo de delito cometido y la evolución del interno-. Este cambio ha cristalizado en la institucionalización, por lo que a la pena privativa de libertad atañe, de *diferentes regímenes de cumplimiento de la pena de prisión*.

En efecto, el análisis sistemático de los artículos 33.2 y 3, 36, 76, 78, 90, 91 y 93.3 del CP permite singularizar los siguientes, a saber: *régimen general de cumplimiento*, *régimen especial de cumplimiento*, *régimen especial de cumplimiento de penas de prisión acumuladas* y, *finalmente, régimen específico de cumplimiento para los condenados por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales*⁶⁴. Dado que un estudio detenido de éstos, de su ámbito de aplicación, características, implicaciones y del posible tránsito de uno a otros no es ahora objeto de disertación, me voy a limitar ahora a señalar lo verdaderamente crucial de cada uno para lo que importa a este trabajo.

⁶² Vid. GRACIA MARTÍN, *op. cit.*, pág. 02:11.

⁶³ Sirvan como ejemplo las exposiciones realizadas por LÓPEZ PEREGRÍN, C., "¿Lucha contra la criminalidad mediante al cumplimiento íntegro y efectivo de las penas?", *REIC*, AC-02-03, 2.003, <http://www.criminología.net>, págs. 1-20; JUANATEY DORADO, C., "La Ley de Medidas de Reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, y los principios constitucionales del Derecho Penal", *LP*, Número 09, AÑO 1, Octubre 2004, págs. 3-30, y FARALDO CABANA, *op.cit.*, págs. 310 y ss.

⁶⁴ Estas categorías regimentales son algo distinto a los regímenes de vida penitenciarios (cerrado, ordinario y abierto) correspondientes a cada uno de los grados de clasificación (primero, segundo y tercero), contemplados en el artículo 72.2 de la LOGP.

En el *régimen general* el interno puede ser clasificado en tercer grado de tratamiento en cualquier momento de ejecución de la pena, sin esperar la extinción de un determinado periodo y, en el caso de cumplimiento de penas acumuladas (artículo 76 del CP), los cálculos relativos a la extinción de una parte se realizan sobre la pena limitada y no sobre el total de las impuestas⁶⁵. En el *régimen especial* al interno, según el artículo 36.2 del CP no se le puede clasificar en tercer grado hasta que haya cumplido la mitad de la condena (lapso temporal que se ha dado en llamar "periodo de seguridad"); en este régimen, para el supuesto de extinción de penas acumuladas, la base de cálculo continúa siendo la misma (la limitada y no el total de las impuestas). Por el contrario, la característica fundamental del *régimen especial de cumplimiento de penas acumuladas* es que cambia la base de cálculo puesto que para considerar extinguida tal o cual parte de la pena, es la suma total de las impuestas y no la pena limitada el montante que lo constituye⁶⁶.

Por lo que respecta a la exigencia del transcurso del periodo de seguridad para operar la clasificación en tercer grado, hay que hacer patente la posibilidad de que tal requisito puede ser exonerado por acuerdo del Juez de Vigilancia, en lo que debemos considerar como posibilidad de tránsito de un régimen especial de cumplimiento a uno general; bien, con el especial de penas acumuladas ocurre lo mismo, ya que, a tenor de lo dispuesto en el primer inciso del artículo 78.3 del CP, también en este caso, 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.". O sea, que se realicen los cálculos para considerar extinguida una u otra parte de la condena sobre la pena limitada y no sobre el total de las impuestas.

Como ha podido concluirse, los regímenes especiales no son departamentos estancos, hay posibilidad de salida; ésta va a propiciar que, en general, los que hemos considerado como mecanismos facilitadores de la reeducación y reinserción social (permisos, tercer grado y libertad condicional) se puedan aplicar, y que se pueda hacer, precisamente, porque existe un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y una buena evolución en el tratamiento reeducador.

⁶⁵ Este cálculo, por ejemplo, es necesario para valorar la posibilidad de disfrute de permisos de salida ordinarios por constituir el cumplimiento de una cuarta parte de la condena (artículo 47.2 de la LOGP), entre otros, uno de sus requisitos; también, ya sabemos que para poder clasificar en tercer grado al interno, es necesario que haya cumplido la mitad de la condena (artículo 36.2 del CP); de la misma forma, resulta imprescindible para valorar la posibilidad de cumplimiento en libertad condicional, que tiene como requisito, también entre otros, la extinción previa de tres cuartas partes o de dos tercios de la pena o penas en ejecución (artículos 90.1 y 91.1 y 2 del CP) Así, en el caso de varias condenas que suman, por ejemplo, 100 años, pero cuyo máximo de cumplimiento se ha limitado a 30, el cálculo de cumplimiento de la cuarta parte, de la mitad, de las tres cuartas partes o dos tercios de la condena se hace sobre éstos y no sobre los 100, dando como resultado, respectivamente, 7,5, 15, 22,5 y 20 años.

⁶⁶ En el ejemplo propuesto en la nota anterior, el cálculo se realizaría sobre los 100 años y no sobre los 30. Como puede fácilmente colegirse la diferencia es abismal; de operar sobre 30 a operar sobre 100 para calcular la 1/4, 1/2, 3/4 o 2/3 partes, el resultado es, respectivamente, de 25, 50, 75 y 66 años. Es decir, excepción hecha de los permisos de salida -que podría empezar a disfrutar el interno tras 25 años ininterrumpidos de cumplimiento-, el resto de instrumentos facilitadores de la reinserción (tercer grado y libertad condicional) no podrían utilizarse por la sencilla razón que se produciría antes la extinción de la condena (obviamente la limitada, 30 años) que el cumplimiento de los condicionantes temporales necesarios para contar con aquéllos (calculados sobre los 100).

Lo que, como vamos a ver enseguida, si constituye un departamento estanco es el *régimen específico* de cumplimiento de la pena de prisión para condenados por los tipos delictivos indicados un poco más arriba; de éste no hay posibilidad legal de salida al régimen general aún contando con un pronóstico individualizado favorable de reinserción social y una buena evolución en el tratamiento reeducador. Sólo hay una pequeña válvula de escape, en parte ya reflejada con anterioridad, y que consiste en que sólo es posible la clasificación en tercer grado cuando falte por cumplir una quinta parte de la condena o acordar la libertad condicional cuando reste una octava parte (segundo inciso del artículo 78.3 del CP).

Expuestos muy brevemente los contornos generales de la reforma, enlazando con lo expuesto al comienzo del apartado y por mencionar alguno de los cambios que considero positivos, no es reprochable, por ejemplo, la exigencia del pago de la responsabilidad civil derivada del delito (artículos 72.5 de la LOGP y párrafo segundo del artículo 90.1 del CP) para que el interno pueda ser clasificado en tercer grado o disfrutar de libertad condicional, sobre todo teniendo presente, primero, que tal requerimiento *es especialmente intenso* en el ámbito de la denominada "criminalidad de cuello blanco", de la delincuencia que produce especiales perjuicios en el ámbito laboral o socioeconómico (párrafo segundo del artículo 72.5 acabado de consignar) o en los supuestos de terrorismo (artículo 72.6) y, segundo, que se pueden arbitrar fórmulas para evitar que, a la postre, se produzca lo que se ha dado en llamar una "criminalización de la pobreza"⁶⁷. En principio, tampoco merece especiales reconveniones la implantación del periodo de seguridad, llamando la atención especialmente que éste puede ser levantado por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, en aras de no entorpecer el proceso de reeducación y reinserción social del interno afectado y merced precisamente a la existencia de un pronóstico individualizado y favorable de reinserción y a la evolución favorable del tratamiento reeducador, tal y como se ha expuesto más arriba⁶⁸.

4.2. El régimen específico para condenados por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales

Tema diametralmente distinto es la implantación de un *régimen específico* de cumplimiento de las penas de prisión para los condenados por los delitos de terrorismo de la Sección segunda del Capítulo V del Título XX del Libro II del CP o cometidos en el seno de organizaciones terroristas; éste si adolece de unos síntomas tales que, con todo fundamento, puede adscribirse sin ninguna dificultad a los postulados del Derecho Penal del enemigo, tal y como ha quedado descrito más arriba. Veamos.

Examinando el contenido de los artículos 36.2, 78.3, 91 y 93.3 del CP, no hay más remedio que concluir que los condenados por las tipologías delictivas indicadas son

⁶⁷ Estas fórmulas, de hecho, ya se han arbitrado. Téngase en cuenta, por ejemplo, que la Instrucción 2/2.005, de 15 de marzo, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, establece determinados criterios valorativos para considerar concurrente el requisito.

⁶⁸ En esta línea me parecen criticables, por ser en última instancia contradictorios, los posicionamientos que, abogando por un mayor control jurisdiccional de la ejecución de la pena que evite campos de discrecionalidad administrativa, se muestran a la vez especialmente combativos con la introducción del periodo de seguridad. Vid, por ejemplo, FERNÁNDEZ DÍAZ, J., "Hacia la nueva reforma del Derecho Penitenciario" en Berdugo/Sanz (Coords.), *Derecho Penal de la Democracia versus Seguridad Pública*, Granada, 2.005, págs. 186-190 y 195.

objeto de un tratamiento diferencial, extraño al del resto de sancionados por otras manifestaciones del espectro criminal. De esta forma, son considerados penados distintos -"enemigos" en la terminología del discurso del Derecho Penal que tiene a éstos por destinatarios- a causa de la falta de seguridad cognitiva en su comportamiento futuro, esto es, ante la ausencia de expectativas razonables de que en el futuro ajusten su comportamiento a lo demandando por las normas jurídico-penales; para éstos, dada la versatilidad del nuevo modelo teórico de finalidad penal, el centro de gravedad se desplaza a la prevención general negativa y, en la prevención especial, desde el perfil resocializador a los de intimidación e inocuización. Que de lo que se trata con los penados tenidos por "enemigos", que se han situado fuera del Derecho y que son considerados no personas en la acepción normativa del término, es de prolongar al máximo su encierro, su apartamiento de la comunidad, lo va a demostrar el enunciado de las notas que definen su régimen específico de cumplimiento y que en seguida voy a exponer. Al hilo de lo que acabo de decir, es interesante llamar la atención sobre el hecho de que ya GUSTAV RADBRUCH, en un ensayo sobre el delincuente por convicción (categoría en la que, en principio, creo que pueden incluirse sin dificultad a los penados por delitos de terrorismo), defendió, creo que sin gran consistencia, que ciertos fines de la pena, como la "retribución que doblega la voluntad", la mejora o la corrección, deben ser descartados en el tratamiento de tal tipología delictiva en favor de finalidades vinculadas al mero aseguramiento del recluso y a la prevención general⁶⁹.

Las notas características del régimen específico son las siguientes:

- *No hay posibilidad legal alguna de levantamiento del periodo de seguridad; por lo tanto, la clasificación en tercer grado tiene como requisito imprescindible el cumplimiento de la mitad de la condena. La eventual concurrencia de un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social es intrascendente (párrafo segundo del artículo 36.2).*
- *En el supuesto de condenas acumuladas donde la limitada es inferior a la mitad de la suma total de las impuestas (frecuentísimas en estos supuestos), los cálculos sobre el cumplimiento de una determinada parte de la condena se realizan siempre sobre el total. Ahora, la concurrencia de un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social pasa de la intrascendencia a tener muy escasa significación: sólo pueden modificarse los parámetros de cálculo cuando reste por cumplir una quinta parte de la condena para la aplicación del tercer grado o una octava para la de la libertad condicional (artículo 78.3).*
- *Están expresamente excluidos del ámbito de aplicación de la libertad condicional al cumplimiento de las dos terceras partes de la condena y de su posible adelantamiento (artículo 91).*
- *En el caso de revocación de la libertad condicional, el penado por delitos de terrorismo (no así, curiosamente, el que lo esté por infracciones cometidas en el seno de organizaciones criminales) continuará el cumplimiento con pérdida del tiempo pasado en libertad condicional (artículo 93.2).*

⁶⁹ Vid. RADBRUCH G., "El delincuente por convicción, Traducción y notas de José Luis Guzmán Dalbora", *RECPC*, 07-r4, 2.005, <http://criminnet.ugr.es/recpc>, págs. 3 y 4.

5. SOBRE LA SUPRESIÓN DEL RÉGIMEN ESPECÍFICO DE CUMPLIMIENTO COMO CONCRECIÓN POSITIVA DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN EL DERECHO PENITENCIARIO

Queda recogido que las normas configuradoras del régimen específico de cumplimiento pueden asignarse sin ningún tipo de dificultad a los postulados doctrinales del "Derecho Penal del enemigo" y, como tal, *deben ser erradicadas* del derecho positivo penal y/o penitenciario, constituyendo el fundamento de tal pretensión todos y cada uno de los argumentos esgrimidos por la doctrina contra esa derivación del Derecho Penal. Además, en un plano esencialmente penitenciario, la aparición de concreciones normativas derivadas de tal desarrollo teórico (o que éste justifica) presentan los siguientes flancos de crítica:

- Dada la consolidación de un régimen específico de cumplimiento, pocos obstáculos habría para que en un horizonte próximo se extienda su ámbito de aplicación a otras categorías delincuenciales en un proceso ampliatorio de consecuencias impredecibles.

- A pesar de que la resocialización del interno no es la única finalidad de la pena, casa mal con que sea su objetivo orientador o prioritario la existencia de un régimen de cumplimiento en el que el pronóstico favorable de reinserción y la evolución positiva en el tratamiento reeducador sea absolutamente irrelevante o tenga muy escasa significación. No sería de extrañar, consecuentemente, que se cuestionase su constitucionalidad.

No puede argüirse frente a lo acabado de decir que, en casos muy claros de evolución favorable del interno, siempre queda el recurso al indulto para salvaguardar la finalidad primordial de la pena de prisión porque, *servata distantia*, es imposible olvidar algunas advertencias que ya CESARE BECCARIA dejó apuntadas en su inmortal obra y de las que me permito destacar dos: "(...) los perdones y las gracias son necesarias a proporción de lo absurdo de las leyes y de la atrocidad de las sentencias."; "(...) considérese que la clemencia es virtud del legislador, no del ejecutor de las leyes"⁷⁰.

- No pasa de ser una apreciación meramente intuitiva pero creo que puede resultar más eficaz en la lucha contra la delincuencia terrorista que sus protagonistas perciban "igualdad de trato penitenciario" con el resto de internos pues, en su particular imaginario, paralelamente a *excepcionalidad en la represión* pueden llegar a esperar, en los avatares de "su lucha" (insisto en que se debe tener presente que, en la mayoría de los casos, se trata de delincuentes por convicción), *relajamiento en la aplicación de las normas no excepcionales*, lo cual puede ser seriamente contraproducente desde un punto de vista de política criminal^{71 72}.

⁷⁰ Vid. BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, Madrid, 1.986, pág. 111.

⁷¹ Es particularmente revelador en este sentido que se pueda rechazar la normalidad que significa la utilización, *imprescindiblemente progresiva*, de algunos instrumentos de reinserción (permisos ordinarios de salida de corta duración que después pueden ir aumentando) por lo que implica de paulatina adaptación a un sistema que "ideológicamente" se repulsa, demandando, en cambio, la *excepcionalidad* del acceso directo al tercer grado o a la libertad condicional.

⁷² Con relación a las conductas frente a las que existe o se reclama un Derecho penal del enemigo, CANCIO MELIÁ defiende que la respuesta idónea, en el plano simbólico, al cuestionamiento de una norma esencial "debe estar en la manifestación de normalidad" y "en la negación de la excepcionalidad"; vid. CANCIO MELIÁ, *op. cit.*, pág. 132.

Centrándonos en el terrorismo como una de las manifestaciones delictivas de efectos más devastadores, interesa sobremanera resaltar que defender la derogación del régimen específico de cumplimiento no debe ser tomado, ni mucho menos, como síntoma de insensibilidad para con las víctimas, de exceso de proteccionismo para con los victimarios o de ingenuidad general para el abordaje del fenómeno. No, no significa nada de eso; antes al contrario, significa dejar que el sistema reaccione *desde la normalidad* no desde la excepcionalidad, por la sencilla razón de que hay (había) mecanismos suficientes para hacerle frente. En este sentido, suprimida ya la redención de penas por el trabajo en 1.995⁷³, no hacía falta promulgar la LO 7/2.003 para que los internos -terroristas o no terroristas- cumplieren en su totalidad la condena impuesta sin que disfrutasen de permisos, tercer grado o libertad condicional *si es que no presentaban un pronóstico favorable de reinserción y una buena evolución en el tratamiento reeducador*. Y esto era y es posible porque el sistema de cumplimiento de las penas de prisión se llama de individualización científica porque está justamente diseñado para -y debe ser capaz de- aislar, singularizar cada caso (cada persona es un mundo) con el propósito de abordarlo de la manera que resulte más adecuada para que la pena privativa de libertad alcance sus finalidades (y ya sabemos que no tiene una sola). Así, supuestos pueden darse en los que, no existiendo garantías razonables de uso adecuado de salidas por parte del interno, no tenga permisos *durante todo la condena* (mucho menos tercer grado-régimen abierto o libertad condicional), que la cumpla, si así se quiere decir, *en su integridad*. ¿Arbitrariedad en la toma de decisiones?, ¿desigualdad, en términos de comparación con los que si los disfruten?; no, sólo estamos hablando de individualización.

Ahora bien, como pronosticar el comportamiento humano no es tarea sencilla las decisiones que van a implicar, de una forma u otra, la excarcelación del interno deben ser rodeadas de las máximas garantías, buscando, si se quiere emplear la expresión, el máximo de seguridad cognitiva y este principio debe aplicarse *con toda la intensidad y rigor que determinadas manifestaciones delictivas demandan* (el terrorismo y el crimen organizado, por ejemplo) y esto es lo que hace ni más ni menos nuestra actual legislación pero, y aquí está el problema, sin que la sublimación de las garantías y la seguridad responda al *maximun* de aplicación de los mecanismos posibilitadores de la rehabilitación de los internos.

En este sentido, creo que tiene un alto grado de elocuencia dejar patente que un interno sentenciado por un delito de terrorismo, que ha extinguido una parte significativa de la condena, con relación al que se ha realizado un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social demostrativo de una evolución favorable en el tratamiento rehabilitador, que ha satisfecho, o está en condiciones de hacerlo, la responsabilidad civil impuesta (artículos 72.6 en relación con el 5 de la LOGP y párrafo segundo del 90.1 del CP) y que, además, finalmente, ha manifestado un arrepentimiento o una colaboración activa con las autoridades en términos contundentes y concluyentes (*ex* artículos 72.6 de la LOGP y párrafo tercero del 90.1 del Código⁷⁴) *no*

⁷³ La redención de penas por el trabajo como beneficio penitenciario fue suprimida por el Código Penal de 1.995, si bien es aplicable todavía a algunos penados merced a las disposiciones de derecho transitorio.

⁷⁴ En términos casi idénticos, el primero exige como requisito para operar la clasificación en tercer grado y el segundo para apreciar la presencia de un pronóstico de reinserción social de cara a la concesión de la libertad condicional que muestren "signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas, (CONTINÚA)

tiene ninguna posibilidad legal de que la autoridad judicial de vigilancia penitenciaria que corresponda (no ya la Administración Penitenciaria) acuerde la aplicación del régimen general de cumplimiento⁷⁵. Esto significa, ni más ni menos, un tratamiento netamente diferencial a ellos aplicable (que son tachados de "enemigos", "no personas" en su sentido normativo) y no al resto (que son "ciudadanos") que no resulta admisible. Si de lo que se trata es de sublimar las garantías y/o precauciones sobre un comportamiento futuro adaptado y si parece que no sean suficientes las indicadas todavía podrían intensificarse más, haciendo un seguimiento del interno todo lo estrecho que se quiera⁷⁶, pero si la seguridad que se busca queda de alguna manera optimizada (en los límites en los que se puede hacer cuando de lo que se trata es de prevenir el comportamiento futuro de personas, no de máquinas), no se alcanzan a ver las razones de su mantenimiento en un régimen específico⁷⁷.

Las "medidas penitenciarias", expresión de una de las estrategias definidas que, en ámbito del Derecho Penal, se pueden adoptar para hacer frente a la compleja trama del terrorismo deben tender conjuntamente a asegurar, debilitar e incluso reinsertar a los terroristas⁷⁸; bien, pues, precisamente, además de por otras razones, para posibilitar la consecución de ese objetivo es necesario situarlos en pie de igualdad en lo que se refiere al régimen de cumplimiento con el resto de categorías delincuenciales, ya que, de lo contrario, por enfrentarnos con una imposibilidad material de emplear con ellos todo el arsenal de medidas rehabilitadoras que se pueden utilizar con cualquier otro delincuente -y esto por muy abyectos que hayan sido sus crímenes, siempre que no hayan entrado en la órbita de los relacionados con el terrorismo-, el camino de la reinserción, siempre muy difícil de transitar, se verá todavía más dificultado.

Por consiguiente, el perímetro normativo dibujado en los artículos 36.2, 78.3, 91 y 93.3 del CP, que acota un régimen específico de cumplimiento de las penas de prisión sólo aplicable a determinadas categorías delincuenciales debe, a mi entender, ser derogado por las razones que he ido exponiendo, pero es que, además, a añadir como colofón una vez examinados los contornos y el contenido del régimen específico,

(CONTINUACIÓN) y además hayan colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades".

⁷⁵ Salvo, como ya queda consignado, para el tercer grado cuando quede una quinta parte de la condena por cumplir o para la libertad condicional cuando reste una octava parte (último inciso del artículo 78.3 CP).

⁷⁶ Por ejemplo, efectuando la pertinente adaptación material y sistemática para extender al régimen abierto la posibilidad que se confiere al Juez de Vigilancia en el primer inciso artículo 93.2 del Código Penal con relación a la libertad condicional: "En el caso de condenados por delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XX del Libro II de este Código, el juez de vigilancia penitenciaria podrá solicitar los informes que permitan acreditar que subsisten las condiciones que permitieron obtener la libertad condicional".

⁷⁷ Que, además, vaciado el sentido de la pena de cualquier condicionamiento preventivo especial (la rehabilitación está camino de alcanzarse, el aseguramiento no parece necesario en quien se ha pronosticado un comportamiento futuro respetuoso con las normas penales, la intimidación ejercida parece que sido suficiente), sólo quedaría la mera retribución (en su sentido genuino) como razón de ser de la pena impuesta pero no se puede olvidar que, en el actual estado de la cuestión, sólo una pena socialmente útil puede llegar a estar justificada.

⁷⁸ Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, *op. cit.*, pág. 31.

dentro de la lógica conceptual del Derecho Penal del enemigo tampoco se sostiene su existencia.

En efecto, el "enemigo", sujeto activo de delitos integrados en unas formas de criminalidad especialmente nocivas y peligrosas para la continuidad del sistema social tal y como lo conocemos, con sus actividades, se ha situado fuera, se ha "autoexcluido" de la esfera de los tenidos como personas porque no existe ninguna expectativa seria y razonable, ninguna seguridad en que se comporte como tal, esto es, el que sea guía de su actuación el respeto de los derechos ajenos y el cumplimiento de las obligaciones que le incumben, entre ellas, la consideración de los bienes jurídicos fundamentales que las normas penales protegen. Pero, qué sucede si quiere "volver" a estar incluido dentro de la órbita de la condición de persona; si, incluso, se ha arrepentido de las infracciones cometidas; si, como ya he consignado, puede esperarse, seria y razonablemente, un comportamiento adaptado en base a los estudios y pronósticos que se han podido realizar. Pues, sucede que, de mantener las cosas como están, tampoco entonces le sería aplicable el que podemos considerar "Derecho Penitenciario del ciudadano" (régimen general), sino un mismo régimen específico, eso si, de algún modo privilegiado, tal y como se ha descrito.

Consecuentemente, dos de los pilares del planteamiento teórico que sujetan la necesidad o la justificación de un Derecho Penitenciario del enemigo pueden no sostenerlo en determinados casos. De una parte, no es ya que el "enemigo" se haya autoexcluido para siempre de la condición de persona, sino que ha sido a la postre el legislador el que lo ha hecho en un acto inmutable y permanente utilizando "*la tipificación penal como mecanismo de creación de identidad social*"⁷⁹ que no tiene retorno, haga lo que haga el sujeto; de otra, si en base a su evolución y pronóstico hay expectativas serias y razonables de que en el presente y en el futuro tenga un comportamiento adaptado, no es que ya que lo que se está buscando es una especial seguridad cognitiva, sino que lo que se pretende es su exclusión social durante el mayor tiempo posible, pase lo que pase. Ahora bien, si, digamos, el individuo sigue "autoexcluido" del Derecho o si no hay expectativas razonables de comportamiento adaptado, de seguridad para la comunidad, el interno cumplirá la condena completa, sin posibilidad de salida, esté o no sometido a un régimen específico. Nuestro sistema de cumplimiento tienen una innegable ventaja: emplea las ciencias de la conducta, actúa con pronósticos, tiene en cuenta la evolución, responde a ella mediante la clasificación penitenciaria, la valida con salidas progresivas y éstas las valora con un adecuado seguimiento. Si hay expectativas racionales, *se abre*, pero si no las hay o aquéllas se han revelado infundadas, *se cierra*.⁸⁰

⁷⁹ Vid. CANCIO MELIÁ, *op.cit.*, pág. 123.

⁸⁰ Podrá contra argumentarse con razón sobre el peligro de un mal pronóstico de comportamiento futuro o de un diagnóstico equivocado, sobre todo con respecto a las salidas de los internos al exterior (siempre es posible el no regreso o la comisión de un nuevo delito), cierto; pero una cosa es la *optimización general del sistema* (por ejemplo, ya he dicho que la instauración del periodo de seguridad y la circunstancia de que sea la autoridad judicial de vigilancia penitenciaria y no la Administración la que puede levantarlo o el pago de la responsabilidad civil como forma de reconocimiento del mal causado a las víctimas me parecen reformas positivas) y otra su renuncia en determinados casos. Es decir, es realista y positivo que se haya *desmitificado* el tratamiento penitenciario y que se hayan abandonado perspectivas como la del delincuente "enfermo" al que era posible "curar" pero una cosa es deshacerse de los mitos y otra muy distinta caer en el *descreimiento*; antes al contrario, no sólo *hay que creer* en el sistema, sino que *hay que hacerlo creíble* y para eso hay que mejorarlo pero siempre sobre la base de perfectibilidad del ser humano, de la posibilidad, aunque se tenga por remota, de cambio y mejora.

Aproximación a un "derecho penitenciario del enemigo"

En este contexto, en el que propongo una modificación legislativa para suprimir el régimen específico de cumplimiento de la pena de prisión para condenados por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales, por constituir un corpus normativo que se erige en un Derecho Penitenciario del enemigo que bebe de las fuentes del modelo teórico de Derecho Penal así calificado, vuelvo a citar, salvando nuevamente todas las distancias del mundo, al autor de "De los delitos y de las penas" con la esperanza de no hacernos merecedores de su admonición: "Un espíritu inquieto y empleado en pequeñeces, *la medrosa prudencia del momento presente*, la desconfianza y la aversión a toda novedad aunque útil, ocupan el alma de aquellos que podrían arreglar y combinar las acciones de los hombres".⁸¹

⁸¹ Vid. BECCARIA, *op. cit.*, pág. 96. La cursiva es de este texto y no del transcrito. Esta amonestación de BECCARIA va destinada al legislador en el Capítulo 34: "De los deudores", pero creo que no se violenta en modo alguno, más bien al contrario, lo que quiso transmitirnos si la consideramos dirigida, en general y no sólo para un caso concreto, a todos los que, de una forma u otra, tienen la responsabilidad de legislar.

BIBLIOGRAFÍA

- ARRIBAS LÓPEZ, E., "Reflexiones en torno a los fines de la pena y a los regímenes de cumplimiento de la pena de prisión", RPJ, nº 77, Primer Trimestre, 2005, págs. 41-93.
- BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, Alianza Editorial, Madrid, 1.986.
- BOTERO BERNAL, A., "La Teoría unificadora dialéctica de Roxín a la luz de Beccaria", <http://filosofíayderecho.com/rtfd/numero5/unificadora.htm>
- CANCIO MELIÁ, M., "De nuevo: ¿Derecho Penal del enemigo?", en Jakobs/Cancio Meliá, *Derecho Penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2006.
- DEMETRIO CRESPO, E., "El "Derecho Penal del enemigo" Darf Nicho nein¿. Sobre la ilegitimidad del llamado "derecho penal del enemigo" y la idea de seguridad", RGDP, iustel.com, nº 4, noviembre de 2.005, págs. 1-35.
- FARALDO CABANA, P., "Un Derecho Penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2.003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas" en Faraldo (Dir.) y Brandariz/Puente (Coords.), *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- FERNÁNDEZ DÍAZ, J., "Hacia la nueva reforma del Derecho Penitenciario", Berdugo/Sanz (Coords.) en *Derecho Penal de la Democracia versus Seguridad Pública*, Editorial Comares, Granada, 2.005.
- DE FRANCISCO, A., "Las fronteras de la ciudadanía", *CLAVES de Razón Práctica* nº 147, noviembre de 2.004, págs. 38-42.
- GRACIA MARTÍN, L., "Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "Derecho Penal del enemigo", RECPC, 2.005, <http://criminet.ugr.es/recpc>, págs. 1-43.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., "El Derecho Penal frente al terrorismo", RGDP, iustel.com., nº 4, noviembre de 2005, págs. 1-39.
- JAKOBS, G., "Derecho Penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo" en Jakobs./Cancio Meliá, *Derecho Penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2.006.
- "¿Terroristas como personas en Derecho?" en Jakobs/Cancio Meliá, *Derecho Penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2.006.
- JUANATEY DORADO, C., "La Ley de Medidas de Reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, y los principios constitucionales del Derecho Penal", LP, Número 09, AÑO 1, Octubre 2004, págs. 3-30.
- LEWIS, A., "La legalización de la tortura tras el 11-S", *CLAVES de Razón Práctica* nº 147, noviembre de 2.004, págs. 20-26.
- LÓPEZ PEREGRÍN, C., "¿Lucha contra la criminalidad mediante al cumplimiento íntegro y efectivo de las penas?", REIC AC-02-03, 2.003, <http://www.criminología.net>, págs. 1-20.
- MUÑOZ CONDE, F., "¿Hacia un derecho penal del enemigo?", *Diario EL PAIS* de 15 de enero de 2.003.

Aproximación a un "derecho penitenciario del enemigo"

- RADBRUCH G., "El delincuente por convicción", Traducción y notas de José Luis Guzmán Dalbora, RECPC, 07-r4, 2.005, <http://criminet.ugr.es/recpc>, págs. 1-5.
- ROXÍN, C., *Derecho Penal, Parte General, Tomo I*, Traducción de la 2ª edición alemana por Luzón Peña, D. M., Díaz y García Conllevo, M. y De Vicente Remesal, J., Civitas, Madrid, 1997.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho Penal*, Civitas, Madrid, 2001.
- SOTO NAVARRO, S., "La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia", RECPC, 07-09, 2.005, <http://criminet.ugr.es/recpc>, págs. 1-46.
- SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J., "El juez en la ejecución de las penas privativas de libertad" RECPC, 07-11, 2.005, <http://criminet.ugr.es/recpc>, págs. 1-20.
- TÉLLEZ AGUILERA, A., "La Ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas: una nota de urgencia" en *La Ley*, nº 5837, 14 de agosto de 2.003, págs. 1 y ss.