

LA REGULACIÓN DE LOS DELITOS DE TERRORISMO EN LA L.O. 5/2010. ¿SON LOS TERRORISTAS NUESTROS “ENEMIGOS”? ESPECIAL REFERENCIA A LA LIBERTAD VIGILADA*

*Patricia Puente Guerrero***

Resumen: del análisis de las más recientes reformas penales, como las operadas por la L.O. 7/2003 o la L.O. 5/2010, se desprende un afán por endurecer las penas y las condiciones de su ejecución, obstaculizar en la medida de lo posible el acceso a la libertad de ciertos individuos, ampliar los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, y extender las intervenciones a periodos posteriores a la excarcelación. Las voces expertas —acalladas por medio de discursos populares y políticos alarmistas que no hacen sino magnificar el problema generando una sensación de inseguridad que no tiene por qué corresponderse con la realidad y puede derivar en una peligrosa pretensión de “riesgo cero” al más puro estilo del “Big Brother” orwelliano—, conceptualizan este

* El presente trabajo ha sido galardonado con el primer premio en el xviii Certamen de Estudios Penales Pedro Dorado Montero, convocado en el marco del xxiii Congreso Universitario de Alumnos de Derecho Penal celebrado en Salamanca (España) en marzo de 2011. catedrática de Derecho Penal de la Universidad de A Coruña.

** Diplomada en Criminología por la Universidad de Salamanca y cursando estudios de Licenciatura en Criminología por la Universidad de Alicante. Correo electrónico: [Akroma__@hotmail.com]. Fecha de recepción: 19 de diciembre de 2011. Fecha de modificación: 21 de diciembre de 2011. Fecha de aceptación: 23 de diciembre de 2011.

fenómeno como una “expansión” del Derecho Penal, un “retorno a Von Liszt” y a su constructo de “inocuidación” de los delincuentes “incorregibles”, cuyo máximo exponente es el denominado “Derecho Penal del enemigo”, y que amenaza con poner fin a los principios y las garantías que tanto han costado estructurar en el Estado de derecho.

Palabras clave: terrorismo, Derecho Penal del enemigo, expansión del Derecho Penal, populismo punitivo, libertad vigilada.

THE TERRORISM CRIMES REGULATION IN ORGANIC LAW 5/2010. ARE TERRORISTS OUR ENEMIES? SPECIAL REFERENCE TO THE PAROLE SYSTEM

Abstract: From the analysis of the latest criminal law amendments, reflected on 7/2003 or 5/2010 Organic Laws, we can conclude an eagerness in tightening penalties and their execution conditions, hindering as far as possible the liberty of certain criminals, expanding the situations that involve the criminal law and extending the intervention beyond the prison release.

Expert voices—which have been silenced by means of popular and political alarmist speeches that blow the problem up out of all proportion and can generate a dangerous aspiration of “no risk” in the Orwellian Big Brother style, based on a perception of insecurity that doesn’t need to be connected with reality—define this phenomenon as a criminal law “expansion”, a return to Von Liszt and his “neutralization” of “incorrigible” criminals construct, whose major archetype is “enemy criminal law”, that impend with the end of the constitutional rights and due process of law that have taken so much effort to reach in the rule of law.

Key words: Terrorism, enemy criminal law, criminal law expansion, punitive populism, parole.

Existe una criminología del sí mismo que caracteriza a los delincuentes como consumidores racionales y normales, tal como nosotros; y existe una criminología del otro, del desafiado atemorizante, el extraño amenazante, el resentido y excluido [...] utilizada para demonizar al delincuente, expresar los miedos e indignaciones populares y promover el apoyo al castigo estatal.

David Garland, *La cultura del control*¹.

I. PUNTO DE PARTIDA

La reciente reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, cuya entrada en vigor se produjo el 23 de diciembre de 2010, ha introducido

1 David Garland. *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Máximo Sozzo (trad.), Barcelona, Gedisa, 2005, pp. 231-232.

cambios significativos en diversos ámbitos, como la previsión de responsabilidad penal de las personas jurídicas, poniendo fin al previo “*Societas Delinquere non potest*”, a la incorporación de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, al mayor protagonismo otorgado a la pena de localización permanente, la mayor protección a los menores mediante la tipificación de nuevas conductas que atentan contra su libertad o indemnidad sexual, o las modificaciones en el campo de los delitos de terrorismo, a las que dedicaré este trabajo². Estas últimas abarcan, a grandes rasgos, lo siguiente:

- **Modificación del periodo de seguridad.** Se modifica el artículo 36.2 del Código Penal, *restringiendo el periodo de seguridad obligatorio*, previamente aplicable a cualquier delito cuya pena de prisión se fijase en más de cinco años, a determinados delitos, entre los que se encuentran los *referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo*. Su imposición es potestativa en el resto de delitos. El motivo: introducir “un mecanismo más flexible que permita a los jueces y tribunales adecuar la responsabilidad criminal a la gravedad del hecho y a la personalidad del delincuente”, así como garantizar “la primordial finalidad constitucional de la pena, la resocialización, sin que por otra parte ello comporte detrimento alguno en la persecución por el Estado de otros fines legítimos de la misma”, ya que la modificación, “que se estima conveniente para estos grupos de delitos de extrema gravedad, se considera por el contrario innecesaria como régimen general respecto de todos los delitos sancionados con penas de prisión superiores a cinco años”³.
- **Implementación de la medida de seguridad de libertad vigilada**, novedosamente aplicable a sujetos imputables. Se incluye en el título IV del Libro Primero del Código Penal, en su sección segunda, “De las medidas no privativas de libertad”, integrando y refundiendo algunas de las medidas de seguridad anteriormente previstas. Se trata de una nueva figura que analizaré en profundidad más adelante, de imposición obligatoria en delitos de terrorismo, de ejecución posterior a la excarcelación con base en un pronóstico de peligrosidad del individuo e implementada como alternativa a la popularmente demandada “cadena perpetua revisable”. En cuanto a la motivación aportada para su inclusión, esta apela a la existencia de supuestos de especial gravedad en los que la pena no resulta suficiente o adecuada para la rehabilitación de los delincuentes, en los que persiste un elevado riesgo de reincidencia tras la extinción de aquella. Descartando la opción de una “prolongación ilimitada y/o indiscriminada de la privación de libertad”, contraria a los principios constitucionales, se hace necesario contemplar otras soluciones conciliables con

2 Se dedican al análisis en profundidad de la reforma las siguientes obras: Francisco Javier Álvarez García y José Luis González Cussac (dirs.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2010; Gonzalo Quintero Olivares (dir.), *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*. Colección Monografías Aranzadi, Madrid, Thomson Reuters, 2010; Íñigo Ortiz De Urbina Gimeno (coord.), *Memento experto. Reforma penal L.O. 5/2010*. Madrid, Francis Lefebvre, 2010.

3 Disposición 9953 del Boletín Oficial del Estado, n.º 152, publicado el 23 de junio de 2010, pp. 54811-54812. Disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/2010/06/23/pdfs/BOE-A-2010-9953.pdf>.

estos últimos, sin eludir la protección de valores no menos dignos de tutela como son la seguridad y la libertad del resto de los ciudadanos, “potenciales víctimas del delincuente no rehabilitado que el sistema penitenciario devuelve a la sociedad”. De esta forma se recoge que, agotada la dimensión retributiva de la pena, la respuesta idónea ante la subsistencia de la peligrosidad del sujeto se halla en una medida de seguridad⁴.

- Se encomienda a los jueces y tribunales acordar el *comiso de aquellos efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes*, entre otros, *de delitos de terrorismo*, independientemente de si estos se cometen en el seno de una organización o grupo terrorista, de acuerdo con lo establecido en la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo, sobre la lucha contra el terrorismo⁵. Se presume una procedencia de actividades delictivas cuando el valor del patrimonio sea desproporcionado con respecto a los ingresos legales de todas y cada una de las personas condenadas por los delitos mencionados, y se faculta a los jueces y tribunales para acordar el comiso cuando se trate de un delito imprudente para el que la ley prevea la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año. Como justificación de la modificación se alude a la importancia de la transposición de la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito⁶, indicando que “como se recoge en el instrumento internacional, el principal objetivo de la delincuencia organizada es el beneficio económico y, en consecuencia, el establecimiento de normas comunes relativas al seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los productos del delito es objetivo prioritario para conseguir una eficaz lucha contra aquella”⁷.
- Se declara la *imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo que hubieren causado la muerte de una persona*. El argumento esgrimido para tal modificación apela a que “el fundamento de la institución de la prescripción se halla vinculado en gran medida a la falta de necesidad de aplicación de la pena tras el transcurso de cierto tiempo. La reforma se fundamenta en este punto en que tal premisa no puede cumplirse frente a conductas delictivas que presentan las características del tipo mencionado”⁸.

4 Ibid. p. 54812.

5 Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:164:0003:0007:ES:PDF>.

6 Disponible en: <http://www.boe.es/doue/2005/068/L00049-00051.pdf>.

7 Disposición 9953 del *Boletín Oficial del Estado*, cit., pp. 54814-54815.

8 Ibid. p. 54815. En este sentido, Ramón Ragués I Vallès defiende la imprescriptibilidad de determinados delitos aseverando que “la imprescriptibilidad puede explicarse perfectamente desde una concepción del Derecho Penal como instrumento necesario para preservar un determinado orden social. La extrema gravedad de ciertos delitos que cuestionan las bases más esenciales de determinados modelos de sociedad, tiene como consecuencia que sea imprescindible el transcurso de un lapso temporal muy prolongado para su superación, hasta el punto de que su persecución y castigo siguen siendo necesarios mientras vivan los (presuntos) responsables”. Ramón Ragués I Vallès. *La prescripción penal*:

- *Se unifica en un mismo capítulo del Código Penal (Capítulo VII, Título, Libro II) la reacción penal contra todas las manifestaciones del terrorismo.* Esta modificación cubre dos facetas. Por una parte, *se ha eliminado el delito de asociación ilícita*⁹, reubicando estos tipos penales dentro del Título XXII del Libro II (Delitos contra el orden público), sustituyendo el concepto de “asociación” por los de “organizaciones” y “grupos”, *y dedicando un apartado independiente a las organizaciones y los grupos terroristas* (en la sección primera del Capítulo VII, que se completa con la sección segunda dedicada a los delitos de terrorismo). En lo que a esto último se refiere, se alude a los problemas que había generado en el campo de la cooperación internacional la inclusión de las organizaciones terroristas en el artículo 515 del Código Penal, por los obstáculos que suponía su calificación como asociaciones ilícitas para el cumplimiento del requisito de doble incriminación¹⁰. Asimismo, se justifica la plena equiparación en el tratamiento punitivo de las organizaciones y los grupos terroristas “en atención a la gravedad intrínseca de la actividad terrorista, considerada como la mayor amenaza para el Estado de derecho, así como a la peculiar forma de operar de determinados grupos o células terroristas de relativamente reciente desarrollo en el plano internacional, cuyo grado de autonomía constituye precisamente un factor añadido de dificultad para su identificación y desarticulación”. Se mantiene de

fundamento y aplicación, Barcelona, Atelier, 2004. p. 92. Citado en Juan Manuel Fernández Martínez. “La prescripción en la reforma del Código penal operada por la L.O. 5/2010, de 22 de junio”. *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 7, Pamplona, Aranzadi, 2010. p. 3.

- 9 De esta forma se indica, en un sentido general, que “las organizaciones y grupos criminales en general no son realmente ‘asociaciones’ que delinquen, sino agrupaciones de naturaleza originaria e intrínsecamente delictiva, carentes en muchos casos de forma o apariencia jurídica alguna, o dotadas de tal apariencia con el exclusivo propósito de ocultar su actividad y buscar su impunidad”. En cuanto a la inclusión de estas figuras en el ámbito de los delitos contra el orden público, se aduce que la criminalidad organizada atenta directamente contra la base de la democracia, al multiplicar cuantitativamente la potencialidad lesiva de las conductas delictivas perpetradas en el seno de dichas organizaciones o a través de ellas y, al mismo tiempo, generar cualitativamente complejos procedimientos e instrumentos específicamente dirigidos a asegurar la impunidad de sus actividades y de sus miembros, así como a ocultar sus recursos y rendimientos bajo una falsa apariencia de conformidad con la ley, “alterando a tal fin el funcionamiento de los mercados y de las instituciones, corrompiendo la naturaleza de los negocios jurídicos, e incluso afectando a la gestión y a la capacidad de acción de los órganos del Estado”. Así, se afirma que estas organizaciones se dirigen hacia la vulneración de la seguridad jurídica, del principio de legalidad, de los derechos y las libertades de los ciudadanos y, por ende, de la calidad de la democracia, por lo que “la reacción penal frente a su existencia se sitúa [...] en el núcleo mismo del concepto de orden público, entendido este en la acepción que corresponde a un Estado de derecho, es decir, como núcleo esencial de preservación de los referidos principios, derechos y libertades constitucionales”. Finalmente, se indica que tanto la jurisprudencia relativa al delito de asociación ilícita como la que ha analizado las menciones que el Código Penal refería a las organizaciones criminales requiere de la constatación de una estructura con vocación de permanencia, excluyendo otros fenómenos que no reúnen esos requisitos estructurales y, sin embargo, se encuentran muy extendidos en la sociedad y en ocasiones son extremadamente peligrosos o violentos. Estos últimos son contemplados en la Ley Orgánica 5/2010 bajo la denominación de grupos criminales, “formas de concertación criminal que no encajan en el arquetipo de las citadas organizaciones, pero sí aportan un plus de peligrosidad criminal a las acciones de sus componentes”. *Ibid.*, pp. 54821-54822.

- 10 *Ídem*.

esta forma la misma respuesta penal que la jurisprudencia había venido dando hasta ahora a estos supuestos¹¹. En cuanto al concepto de organización o grupo terrorista, en el artículo 571.3 del Código Penal se indica que “se considerarán organizaciones o grupos terroristas aquellas agrupaciones que, reuniendo las características respectivamente establecidas en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 bis y en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 ter, tengan por finalidad o por objeto subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública mediante la perpetración de cualquiera de los delitos previstos en la Sección siguiente”¹².

En segundo lugar, y como indicó, el capítulo VII del Título XXII del Libro II del Código Penal se completa con una segunda sección, “*De los delitos de terrorismo*”, que siguiendo las directrices marcadas por la Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo¹³, refleja las siguientes modificaciones¹⁴:

- Se añade un número 3 al artículo 576, ampliando de esta forma el concepto de colaboración con organización o grupo terrorista. Se incide en que “así se ofrece la oportuna respuesta punitiva a la actuación de los grupos o células —e incluso de las conductas individuales— que tienen por objeto la captación, el adoctrinamiento, el adiestramiento o la formación de terroristas”.
- Se recogen en el apartado primero del artículo 579 “las conductas de distribución o difusión pública, por cualquier medio, de mensajes o consignas que, sin llegar necesariamente a constituir resoluciones manifestadas de delito (esto es, provocación, conspiración o proposición para la realización de una concreta acción criminal) se han acreditado como medios innegablemente aptos para ir generando el caldo de cultivo en el que, en un instante concreto, llegue a madurar la decisión ejecutiva de delinquir”. No obstante, siguiendo las directrices de la Decisión Marco y el Convenio del Consejo de Europa sobre terrorismo, se requiere que las conductas anteriores generen o incrementen un cierto riesgo de comisión de un delito de terrorismo.

11 *Ibid.*, p. 54823.

12 El párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 bis del Código Penal señala que “a los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se reparten diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas”, y el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 ter indica que “a los efectos de este código se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas”.

13 Decisión Marco 2008/919/Jai del Consejo de 28 de noviembre de 2008, por la que se modifica la Decisión Marco 2002/475/JAI sobre la lucha contra el terrorismo. Disponible en: <http://www.boe.es/doue/2008/330/L00021-00023.pdf>.

14 Disposición 9953 del *Boletín Oficial del Estado*, cit., p. 54823.

- Se recoge expresamente en el artículo 576 bis el delito de financiación del terrorismo, que se completa, en la línea normativa marcada en materia de blanqueo de capitales, con la incorporación de la conducta imprudente de los sujetos especialmente obligados a colaborar con la Administración en la prevención de la referida financiación.
- Se incluye, como se indicó, la nueva medida pospenitenciaria de libertad vigilada por un tiempo de cinco a diez años, pudiendo quedar excluida si se trata de un solo delito, no grave, cometido por un delincuente primario y cuya falta de peligrosidad quede, a juicio del Tribunal, acreditada.

En este estado de cosas, comenzaré realizando un análisis crítico de las modificaciones más significativas con base en constructos como los de “Derecho Penal del enemigo”, “populismo punitivo”, “expansión del Derecho Penal”, etc., con especial referencia a la implementación de la medida de libertad vigilada y su régimen de aplicación, debido a su notable relación con los conceptos anteriores; continuaré examinando los aspectos que inciden en la etiología de la delincuencia terrorista para concluir ofreciendo unas pinceladas de corte criminológico acerca de hacia dónde considero que deberían dirigirse las actuaciones en materia de terrorismo en el futuro.

II. ¿QUÉ SE OCULTA REALMENTE TRAS EL TELÓN?

En este acápite trataré de analizar las consideraciones de diversos autores acerca de la política criminal que se maneja por nuestros legisladores en materia de terrorismo. Abordaré mi exposición dividiéndola en dos apartados: el primero, relacionado con la noción de “Derecho penal del enemigo”, y en segundo lugar me dedicaré en profundidad a la medida de libertad vigilada, evaluando su nivel de correspondencia con el concepto anterior.

A. Reflexiones en torno a la legitimidad del Derecho Penal del enemigo

Ya en 1999 Silva Sánchez empleaba la expresión “expansión del Derecho Penal” en referencia a determinados rasgos que consideraba definitorios del Derecho Penal del momento. De esta forma, indicaba que:

no es nada difícil constatar la existencia de una tendencia claramente dominante en la legislación de todos los países hacia la introducción de nuevos tipos penales así como a una agravación de los ya existentes, que cabe enclavar en el marco general de la restricción o la “reinterpretación” de las garantías clásicas del Derecho penal sustantivo y del Derecho procesal penal. Creación de nuevos “bienes jurídico-penales”, ampliación de los espacios de riesgos¹⁵

15 El cálculo de los niveles de riesgo se realiza con base en estrategias actuariales, de acuerdo con tablas estadísticas de definición de factores generadores de riesgo en un perfil determinado. Bernardo Del Rosal Blasco indica que estas técnicas son estigmatizantes y excluyentes, ya que asumen que hay que excluir las posibilidades de acción del potencial delincuente, eliminando por ende la posibilidad de que este

jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía no serían sino aspectos de esta tendencia general¹⁶.

Pues bien, Felip I Saborit¹⁷ indica que el paisaje dibujado por Silva perdura en la actualidad, evidenciando una “huida” al Derecho Penal en orden a gestionar los grandes problemas sociales. Asimismo, divide la expansión del Derecho Penal en dos vertientes, la extensiva y la intensiva. La primera se caracterizaría por aplicarlo a entornos hasta el momento ajenos a su intervención, mientras que la segunda, más acorde con la tónica de este trabajo, consistiría en la profundización del Derecho Penal en ámbitos en los que su penetración era ya incipiente, como es el caso del terrorismo.

Esta última se singulariza, de acuerdo con el mismo autor, por “realzar el perfil del autor frente a la gravedad del hecho concreto, un severo incremento de penas, endurecimiento de la ejecución penitenciaria, ampliación de la supervisión no carcelaria, reformas procesales buscando rapidez y eficacia, etc. Sus manifestaciones más agudas se corresponderían con el Derecho penal del enemigo”; ante esta situación, continúa, “los principios limitadores del *ius puniendi* no se muestran capaces de contener la avalancha sino que, por el contrario, garantías como la proporcionalidad, taxatividad, lesividad o intervención mínima se convierten para jueces y legisladores en simples tigres de papel”¹⁸.

Así las cosas, la descripción del autor encaja perfectamente con las últimas reformas en materia de terrorismo. Desde la reforma de 2003 para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas¹⁹ y de motivación más que dudosa²⁰, hasta la reforma que motiva

demuestre que se ha unido al consenso social absteniéndose de delinquir. Bernardo Del Rosal Blasco. “¿Hacia el Derecho penal de la posmodernidad?”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, n.º 11, 2009, pp. 62-63. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/11/recpc11-08.pdf>.

16 Jesús-María Silva Sánchez. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2 ed. revisada y ampliada, Madrid, Civitas, 2001, p. 20.

17 David Felip I Saborit. “*Observaciones a La Expansión diez años después*”. En R. Robles Planas y P. Sánchez-Ostiz (coords.), *La crisis del Derecho Penal contemporáneo*. Justicia penal, vol. 21, Barcelona, Atelier, 2010, p. 64.

18 *Ibid.*, p. 65.

19 Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas. Disponible en: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo7-2003.html.

20 En su exposición de motivos indica que “la sociedad demanda una protección más eficaz frente a las formas de delincuencia más graves, en concreto, los delitos de terrorismo, los procedentes del crimen organizado y los que revisten una gran peligrosidad, protección que el Estado de derecho no solo puede sino que tiene la obligación de proporcionar. La flexibilidad en el cumplimiento de las penas y los beneficios penitenciarios tienen su razón de ser en el fin de reinserción y reeducación del delincuente constitucionalmente consagrado, pero, precisamente por ello, la legislación debe evitar que se conviertan en meros instrumentos al servicio de los terroristas y los más graves delincuentes para lograr un fin bien distinto”.

este trabajo, la tónica general ha consistido en apelar a la alarma social que generan determinados delitos para endurecer las penas y las condiciones para acceder a la libertad, abogando por la responsabilidad individual de sus autores y obviando de esta forma cualquier posibilidad de prevención de tintes sociales o basada en datos empíricos y en la opinión de expertos. López Peregrín²¹ describe los cambios introducidos por la L.O. 7/2003 en los siguientes términos:

- Se elevó el límite máximo de cumplimiento efectivo de la pena de prisión de 30 a 40 años (art. 76), aplicable, entre otros casos, cuando el individuo haya sido condenado por dos o más delitos de terrorismo y al menos uno de ellos se castigue con pena de prisión superior a 20 años. La condena se aproxima, en la práctica, a una cadena perpetua. Este precepto continúa vigente.
- Se introdujo un “periodo de seguridad” (art. 36.2) según el cual cuando se imponía una pena de prisión superior a cinco años no se permitía la concesión del tercer grado de tratamiento penitenciario hasta no haber cumplido la mitad de la pena impuesta. Se exceptuaba el caso en que, valorando las circunstancias del reo y la evolución del tratamiento, se facultaba al juez de vigilancia penitenciaria para aplicar el régimen normal de cumplimiento, pudiendo acceder el individuo en cualquier momento al tercer grado. Sin embargo, como excepción de la excepción, se excluían de esta posibilidad los delitos de terrorismo y los cometidos en el seno de organizaciones criminales²², en delitos cuya pena de prisión supere los cinco años, la aplicación del periodo de seguridad es facultativa.
- Se prescribió la satisfacción de la responsabilidad civil como requisito previo a la obtención del tercer grado de tratamiento penitenciario y de la libertad condicional, añadiendo la colaboración con las autoridades y la muestra de “signos inequívocos” de haber abandonado los fines y medios de la actividad terrorista, acreditable por medio de una “declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas” y una “petición expresa de perdón a las víctimas” (art. 72, apartados 5 y 6), en los delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales. Actualmente vigente.
- Se estableció que, en los casos de acumulación de penas por varios delitos, cuando como consecuencia de los límites de cumplimiento efectivo de la prisión la pena por cumplir fuese inferior a la mitad de la suma de las penas impuestas, el juez o

21 Carmen López Peregrín. “¿Lucha contra la criminalidad mediante el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas?”, *Revista Española de Investigación Criminológica*, n.º 1, 2003, pp. 7-11. Disponible en: <http://www.criminologia.net/pdf/reic/ano1-2003/a12003art2.pdf>.

22 Como se ha mencionado, con la L.O. 5/2010, el periodo de seguridad de imposición obligatoria y sin excepción se circunscribe, entre otros, a los delitos de terrorismo y referentes a organizaciones y grupos terroristas, eliminando así su aplicabilidad general. Para el resto de delitos cuya pena de prisión supere los cinco años, la aplicación del periodo de seguridad es facultativa.

tribunal podía acordar que el cómputo de los plazos para la obtención del tercer grado o la libertad condicional se refiriera a la totalidad de las penas impuestas en la sentencia, en lugar de al tope máximo que el individuo podía cumplir efectivamente (art. 78). Este régimen facultativo se convertía en obligatorio, en el caso que nos ocupa, en el supuesto previsto en el párrafo d) (sujeto condenado por dos o más delitos de terrorismo, alguno de los cuales es castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años) del artículo 76.1.

En estos casos se permitía excepcionalmente que, en atención a la evolución del condenado, el juez de vigilancia penitenciaria aplicase el régimen normal (cómputo respecto al máximo legal de cumplimiento efectivo), pero si se trataba de delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales, se limitaba la concesión del tercer grado penitenciario a los casos en los que restase por cumplir una quinta parte del límite máximo de cumplimiento de la condena, y la de la libertad condicional a los casos en los que restase por cumplir una octava parte de dicho límite.

Finalmente, en caso de revocación de la libertad condicional, al condenado no se le descontaba el tiempo que estuvo en libertad condicional del resto de la pena que tenía que cumplir en prisión, siempre en los supuestos de condenados por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales. Todas estas condiciones continúan vigentes.

Para concluir, en la Disposición transitoria única de la ley se establecía que lo dispuesto en ella respecto a las circunstancias para acceder al tercer grado y a la libertad condicional sería aplicable a todas las decisiones que se adoptasen después de la fecha de entrada en vigor (el 2 de julio, al día siguiente al de su publicación en el *Boletín Oficial* del Estado, contando así con una *vacatio legis* más que discutible), con independencia del momento de comisión de los hechos delictivos o de la fecha de la resolución en virtud de la cual se esté cumpliendo la pena. Coincido con la autora en considerar que ello plantea dudas de constitucionalidad por contradicción con el principio de irretroactividad de las leyes penales desfavorables al reo, a pesar de que, según indica, el Informe del Consejo General del Poder Judicial se mostraba a favor de su constitucionalidad²³.

Un extracto del artículo de la autora describe a la perfección la situación a la que se enfrentaría un sujeto condenado por delitos de terrorismo:

Para que un sujeto de 30 años de edad condenado a 40 años de prisión por dos delitos de terrorismo pueda acceder al tercer grado deberá haber cumplido 20 años de prisión (la mitad de la pena impuesta, ya hemos visto que el periodo de seguridad no admite excepciones en supuestos de terrorismo) y, además, haber pagado la responsabilidad civil (que en delitos de terrorismo puede ser muy

23 El informe puede consultarse en <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetDoc?DBName=dPortal&UniqueKeyValue=1871&Download=false&ShowPath=false>.

elevada) o garantizar su pago con sus bienes presentes (¿tras 20 años de cárcel?) o futuros (¿podrá a sus 50 años ya obtener bienes suficientes para ello?) y haber colaborado con las autoridades en la persecución de los delitos cometidos en el seno de la organización a la que pertenecía (¿qué información podrá dar tras 15 ò 20 años de reclusión?)²⁴.

A lo anterior hay que añadir el resto de obstáculos expuestos en los casos en los que la pena máxima por cumplir es inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, así como la medida de seguridad pospenitenciaria de libertad vigilada si existe pronóstico de peligrosidad, etc. En suma, los delitos de terrorismo reciben un tratamiento ampliamente diferenciado del resto de delitos. Pero, ¿es esto injusto o es fruto de una razonada ponderación de los intereses en juego? Una multiplicidad de autores ha tratado de dar respuesta a este interrogante; me aproximaré a continuación a las reflexiones de algunos de ellos.

López Peregrín constata cómo el aumento de la gravedad de las penas no ha venido de la mano de una disminución del nivel de criminalidad, a pesar de que la idea que subyace a estas reformas incide en que cuantos más años de pena de prisión se cumplan y con más dureza, mejor se combatirá la criminalidad. La autora se muestra especialmente escéptica respecto de la utilidad del endurecimiento de las penas en los delitos de terrorismo, subsumibles en la categoría de delincuencia por convicción. Incluso menciona que la deriva punitiva puede ser contraproducente, ya que los propios terroristas podrían considerar el trato diferenciado que recibe este tipo de delincuencia con respecto al resto como un argumento más que justifique la necesidad de la “lucha armada”. Asimismo, subraya que esta diferenciación entre dos clases de delincuentes, evidenciada en las ingentes excepciones al régimen general reflejadas en el Código Penal para delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales, supone una vulneración del principio de igualdad, reflejando así un “Derecho Penal del enemigo”, que trata a los delincuentes no como ciudadanos, sino, en palabras de Cancio Meliá, “como enemigos, como meras fuentes de peligro que deben ser neutralizadas del modo que sea, cueste lo que cueste”, imponiéndoles penas muy severas y recortándoles las garantías otorgadas por el Estado de derecho²⁵.

Martínez Perza²⁶ critica la tendencia punitivista indicando que únicamente supone un alejamiento de la finalidad resocializadora al impedir incentivar a las personas penadas para que persigan su incorporación exitosa y pacífica a la sociedad, implica una ingente masificación de las prisiones, y destaca la trascendencia de incidir sobre las causas

24 Carmen López Peregrín. “¿Lucha contra la criminalidad...”, cit., p. 8.

25 Ibid. p. 12-13.

26 Carmen Martínez Perza. “La reforma del Código Penal de 2010”. Artículo de opinión redactado por la abogada penalista y responsable del servicio jurídico y de mediación penal de la Federación Andaluza Enlace, pp. 18 y 26. Disponible en: <http://www.unad.org/actualidad/opinion/57187.html>.

de la delincuencia. Al mismo tiempo, reprueba el populismo punitivo²⁷, así como los discursos alarmistas alimentados por los medios de comunicación y aprovechados por los políticos²⁸ que magnifican la importancia del principio de intervención mínima, del principio de resocialización del delincuente como fin de la pena, y de la intervención de expertos en el análisis e interpretación objetivos de las necesidades sociales como base de la política criminal, evitando la influencia de una opinión pública manipulada. Diez Ripollés²⁹ se suma a la crítica al populismo punitivo profundizando en el concepto de “miedo al delito”, estado de opinión que, a su juicio, impregna los discursos en torno al fenómeno criminal, propiciando una respuesta punitiva exagerada e incoherente con las encuestas internacionales de victimización³⁰ (indican que en España se estima una

27 Definido por Del Rosal Blasco como la transformación de la víctima en icono y la implicación comunitaria en el diseño y ejecución de las políticas penales. Bernardo Del Rosal Blasco. “¿Hacia el Derecho”, cit., p. 48.

28 En este sentido, Elena Larrauri Pijoan difiere expresando que “no es la opinión pública la que marca la dirección de las preocupaciones o respuestas, sino más bien los políticos quienes focalizan la agenda política en el tema de la delincuencia, y a partir de este momento se produce un aumento de la preocupación de la gente”. Como soporte de esta reflexión, indica que de acuerdo con Lappi-Seppälä en las sociedades menos legítimas el gobierno parece tener una mayor necesidad de recurrir a actos propagandísticos de combate del delito para ganar legitimidad entre la población. Asimismo, supone que al mismo tiempo una menor confianza genera un mayor miedo, que desemboca en una mayor demanda de castigo. Por otra parte, la falta de legitimidad del gobierno contribuye a facilitar la realización de delitos, al suministrar mayores justificaciones y menor control informal. Elena Larrauri Pijoan. “La economía política del castigo. A Juan Bustos, in memoriam”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 11, 2009, pp. 8 y 12. Disponible en: <http://criminol.ugr.es/recpc/11/recpc11-06.pdf>. Coincide en este punto con la autora Del Rosal Blasco, y añade que el populismo penal, al tratarse de un fenómeno fomentado por los políticos, es susceptible de ser corregido en cuanto esa fuera la voluntad de estos últimos. Bernardo Del Rosal Blasco. “¿Hacia el Derecho”, cit., p. 45).

Como construcción teórica intermedia con respecto a las anteriores, Daniel Varona Gómez emplea el término *agenda-setting* para referirse al proceso por el que los medios, debido a la selección, presentación e incidencia de sus noticias, determinan los temas acerca de los cuales el público va a hablar, teniendo en su poder la posibilidad de destacar o relegar al olvido determinados sucesos, y constata además la existencia de una correlación entre la atención mediática otorgada a la delincuencia y la preocupación de los ciudadanos por la inseguridad ciudadana, que no se corresponde con la delincuencia grave registrada. Sin embargo, indica que no es posible atribuir la decisión de situar un determinado acontecimiento en primer plano público en cierto momento a un concreto autor o protagonista, sino que en función del caso particular es posible señalar a uno o varios de ellos como actores principales. Asimismo, subraya que lo más probable es que sean las estructuras con más poder (los sectores mediático, económico y político) las que tengan acceso privilegiado a los medios y, por ende, mayor poder para marcar la agenda pública, siendo más difícil que los movimientos sociales o determinados grupos consigan tematizar la agenda, excepto en el caso de que sus intereses coincidan con los de los más poderosos. Daniel Varona Gómez. *Medios de comunicación y punitivismo. InDret Penal, Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 1, 2011, pp. 4, 5, 7, 10 y 13. El autor realiza asimismo un interesante análisis acerca del trasfondo de las reformas penales operadas en 2003. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/791_1.pdf.

29 Andrea Giménez-Salinas y César San Juan. “In-tolerancia cero: un mundo con menos normas, controles y sanciones también sería posible. (Y quizá nos gustaría más)”. Recensión del libro de Santiago Redondo. *Revista Española de Investigación Criminológica. Recensión*, n.º 7, 2009, pp. 1 y 2. Disponible en: <http://www.criminologia.net/pdf/reic/ano7-2009/a72009resena2.pdf>.

30 En este sentido, indica que existen numerosos indicios de que las altas tasas del miedo al delito se encuentran motivadas por los medios de comunicación que reflejan los intereses políticos. José Luis

tasa de victimización del 19% y, sin embargo, el índice de inseguridad percibida es del 38%). Alude a la expresión *fast law* en referencia a la respuesta punitiva destinada a aplacar “la alarma social inflacionistamente generada”. Aboga por un sistema socializador basado en la integración, la educación, la reducción del riesgo, favorecedor de la autoestima y la colaboración, frente a un sistema punitivo basado en la tolerancia cero, la estigmatización, la disuasión, el castigo y el temor a la amenaza, indicando que el primero es más eficaz a mediano y largo plazo.

En este punto es ineludible mencionar, como contrapunto al populismo punitivo en su más arcaico sentido, la propuesta de Larrauri Pijoan³¹, que sugiere el recurso a encuestas deliberativas, con grupos de discusión debidamente informados, cuya participación desemboque en la consecución de una “opinión pública meditada” que permita implementar una política penal racional. Ello permitiría compaginar de forma satisfactoria la participación social en las decisiones político-criminales con la racionalidad, sin circunscribir esta última a las opiniones de expertos, y evitando la tradicional dicotomía entre la consideración de los expertos como “liberales ilustrados” y la del pueblo como “emotivo y punitivo”. Finaliza expresando que, en su opinión, “la tensión [...] está entre respuestas razonadas e irrazonables, emotivas o meditadas, pero no creo que nadie tenga el monopolio de una u otras”.

Particularmente interesante es el enfoque de Díez Ripollés³² quien afirma que actualmente experimentamos un auge de los mecanismos de inocuización³³ selectiva dirigidos a excluir de la vida social y recluir durante largos periodos de tiempo a los delincuentes clásicos, como expresión de la expansión intensiva del Derecho Penal. Indica que se trata de una variante más de la gestión administrativa de riesgos³⁴, “inevitable en las

Díez Ripolles. “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 7, 2005, p. 14. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>. A este respecto, Elena Larrauri Pijoan indica también que el incremento de personas encarceladas no se corresponde con una subida de las tasas de delitos, y añade que España aparece de forma recurrente, en relación con el resto de países europeos, con el menor índice de victimización (excepto en el delito de robo). Incluso afirma que “si en vez de medir el número de personas encarceladas por habitantes, ponemos en relación la tasa de personas en prisión con el índice de delitos, España aparecería aún más punitiva”. Elena Larrauri Pijoan. “*La economía política...*”, cit., pp. 5-6.

31 Elena Larrauri Pijoán. “*La economía política...*”, cit., pp. 17-18.

32 *Ibid.*, pp. 10, 11 y 13.

33 De acuerdo con Del Rosal Blasco, estos mecanismos consisten en eliminar las oportunidades de acción del sujeto, y parten de la premisa de la ineficacia de la pena de prisión para intimidar o reformar a los delincuentes. Bernardo Del Rosal Blasco. “¿Hacia el Derecho...”, cit., p. 30. El término “inocuización” fue empleado por primera vez por Von Liszt, quien lo consideraba un fin de la pena, en términos preventivo-especiales, para los delincuentes incorregibles. Citado en Jesús-María Silva Sánchez. “El retorno de la inocuización: el caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos”, en Luis Alberto Arroyo Zapatero e Ignacio Berdugo Gómez De La Torre (coords.). *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam*. Cuenca, Ed. Universidad de Salamanca y Universidad de Castilla la Mancha, vol. 1., 2001, p. 699.

34 A este respecto, Bernardo Del Rosal Blasco indica que el paradigma del riesgo ha sustituido a la noción

sociedades actuales dada su alta sensibilidad al riesgo, y que se sirve de técnicas probabilísticas similares a las de los seguros, en este caso para concentrar la persecución penal sobre ciertos tipos de delincuentes”.

El autor expone que el vehículo transmisor de la expansión descrita es la *ideología de la distribución o reparto de riesgos* entre individuo y sociedad³⁵ que, según indica, parte del presupuesto de que individuo y sociedad deben compartir de manera razonable los riesgos del delito, sin que sea la comunidad la que deba realizar todo el esfuerzo en la prevención de la delincuencia. De esta forma, la sociedad rechaza hacerse cargo de los costes que se derivan de la reincidencia delictiva, que debe asumir íntegramente el propio delincuente. En consecuencia, y en primer lugar, la comunidad no se encargará de promover la resocialización de los delincuentes, pues considera que esta tarea no le corresponde; en segundo lugar, validará la inocuización selectiva, caracterizada por un aumento de los periodos de encarcelamiento y del control ejercidos sobre los delincuentes habituales y reincidentes, como medio efectivo de reducción estadística de las tasas de criminalidad; finalmente, se sustituirá el principio de culpabilidad por el hecho por un Derecho Penal de autor, basado en el cálculo de los riesgos de reincidencia, que extenderá las intervenciones sobre el reincidente tras el cumplimiento de la condena, e incluso las anticipará a periodos previos a ella. El autor concluye que la naturaleza de esta ideología radica en la inadmisión de responsabilidad por parte de la sociedad en la génesis y el abordaje de la delincuencia, adoptando de manera simplista los enfoques volitivos en el análisis de la misma, lo que permite justificar una distinción clasista entre “ciudadanos” e “individuos”. Estos últimos, cuando son etiquetados como peligrosos, son degradados a la categoría de “enemigos”³⁶, lo que sirve como alegato del rigor y la anticipación de las intervenciones penales.

de daño causado por el delito como criterio determinante de la intervención del Derecho Penal. Ello deriva en que el principal objetivo de la política criminal sea la búsqueda de la máxima seguridad y la minimización de los factores y contextos que provocan riesgos. Sin embargo, el concepto de riesgo es cultural, sin conexión con cálculos probabilísticos que constituyan una base para la planificación de actuaciones, sino con connotaciones negativas que lo convierten en algo que hay que prevenir y neutralizar. El autor afirma que el concepto del riesgo se ha convertido en el nuevo estigma, y de esta forma quien satisface el perfil considerado como “de riesgo”, en este caso, el de terrorista, se tornará automáticamente en probable o cierto, en función del nivel de riesgo, objeto de la intervención penal. Esta lógica basada en estrategias actuariales se resume a la perfección en la aseveración del autor: “la frecuencia de lo que han hecho otros debe de incidir en la pena que se me impone a mí, simplemente porque tengo el mismo perfil que esos otros”. Bernardo Del Rosal Blasco, “¿Hacia el Derecho...”, cit., pp. 28, 29 y 43.

35 José Luis Díez Ripollés. “De la sociedad del riesgo...”, cit., pp. 17-20.

36 De acuerdo con Jakobs, los enemigos son individuos que, debido a su actitud personal, medios de vida, incorporación a organizaciones delictivas u otros factores, muestran de manera reiterada y duradera su disposición a delinquir. El autor entiende que no satisfacen las garantías mínimas de comportamiento de acuerdo con las exigencias del contrato social, por lo que no se les puede considerar personas ni ciudadanos, sino enemigos de la sociedad que deben ser excluidos de ella mediante la aplicación de un Derecho Penal diferente del vigente para los ciudadanos, encaminado a neutralizar su peligrosidad y en el que las garantías sean reducidas y la pena tenga como finalidad asegurar su mantenimiento ex-

El autor desarrolla el constructo de Derecho Penal del enemigo³⁷ enmarcándolo dentro de la “expansión securitaria”³⁸ caracterizada por la anticipación de la punición a fases alejadas de la comisión del delito, como la conspiración o la pertenencia a organizaciones criminales, equiparando las intervenciones a otras más próximas a la conducta lesiva o peligrosa. Asimismo, lleva aparejados un incremento de las penas de prisión, una amplia restricción de la obtención de beneficios penitenciarios, y el recurso a medidas de seguridad, tanto de aplicación previa a la condena como tras la excarcelación, así como la acumulación de penas y medidas de seguridad. Esta descripción recuerda en grado sumo a las reformas legales expuestas en este trabajo. El autor concluye que las reformas político-criminales que siguen el modelo de la seguridad ciudadana descrito buscan la efectividad a corto plazo (“barrer la delincuencia de las calles”), y vulneran la racionalidad del Derecho Penal; asevera que la búsqueda de efectividad a mediano y largo plazo pasa por abordar las causas sociales y políticas que generan las manifestaciones delictivas.

Ragués I Vallès ha desarrollado, asimismo, las implicaciones del Derecho Penal del enemigo, coincidiendo con el autor anterior en los rasgos principales del fenómeno³⁹. A este respecto, indica que:

tanto en España como en otros países próximos, [...] la mera invocación a la grave amenaza terrorista ha bastado para legitimar las reformas punitivistas y reductoras de garantías de los últimos años. En este tiempo, los “enemigos” que ya existían en 2001 han visto cómo se endurecía la respuesta punitiva a sus conductas⁴⁰.

tramuros de la sociedad. Incluye entre los enemigos a los delincuentes terroristas. Citado por José Luis Díez Ripollés, “De la sociedad del...”, cit., p. 20.

37 Ibid., pp. 23-24.

38 En este sentido, Bernardo Del Rosal Blasco, citando a Thomé, indica que la noción de seguridad ciudadana comprende tres dimensiones: la objetiva, conectada a la probabilidad estadística de ser víctima de un delito; la subjetiva, vinculada al miedo al delito, es decir, a la percepción del riesgo de sufrir un delito por parte de los individuos; en tercer y último lugar, se encuentra la dimensión de seguridad ciudadana tolerable, cuestión de índole cultural, ideológica o incluso política, conectada con el umbral más alto o más bajo de aceptación de los riesgos. El autor asevera que es la dimensión subjetiva la que determina la tolerancia e influye así en las demandas de seguridad y en las actitudes frente al delito y las instituciones. Por ello, apunta que la seguridad ciudadana no se asocia con la delincuencia, sino con la cohesión, solidaridad y certidumbre, de modo que se genera por el debilitamiento de las relaciones y los compromisos entre las personas. Afirmo que el mayor reto que tiene la seguridad es el fortalecimiento de los vínculos de la comunidad en una sociedad con tendencia a su aplanamiento, concluyendo que no es el delincuente quien crea problemas sociales, sino que los problemas sociales son los que crean delincuentes. Bernardo Del Rosal Blasco. “¿Hacia el Derecho”, cit., p. 21.

39 Ramón Ragués I Vallès. “El Derecho penal del enemigo”, en *La expansión del Derecho Penal*, en AA. VV *La crisis ...*, cit., pp. 3-5.

40 Ibid., p. 6.

Pero el autor avanza un paso más y analiza si este constructo es legítimo, citando los dos grupos de respuestas principales ofrecidas en el ámbito académico: por un lado, existe una mayoría que opina que bajo ningún concepto puede ser aceptada la renuncia a los principios y las garantías que supone esta tendencia⁴¹; un segundo grupo considera, sin embargo, que en situaciones extremas puede ser legítimo que un sistema democrático y que respeta los derechos humanos adopte estas medidas en orden a garantizar su propia supervivencia⁴².

Silva Sánchez⁴³ pertenece a este último grupo. El autor explica las tendencias político-criminales con base en las expresiones “primera velocidad”, “segunda velocidad” y “tercera velocidad”. La primera se caracterizaría por el rígido mantenimiento de los principios político-criminales clásicos, las reglas de imputación y los principios procesales, así como el recurso a la pena de prisión, y sería aplicable a aquellos delitos que lesionen o pongan en peligro concreto bienes jurídicos tanto individuales como supraindividuales. La segunda recurriría a penas privativas de derechos o pecuniarias, flexibilizando de forma proporcional a la menor intensidad de las sanciones los principios y las reglas mencionados anteriormente, y sería aplicable a los delitos de peligro abstracto. En cuanto a la tercera, se definiría por hacer coincidir el recurso a la pena de prisión con una amplia relativización de garantías político-criminales, reglas de imputación y criterios procesales, y en el caso que nos ocupa sería la que correspondería a los delitos de terrorismo y a lo que Jakobs denominó “Derecho Penal del enemigo”. Sin embargo, el autor matiza esta idea indicando que no se trataría de un Derecho Penal del enemigo en sentido estricto, pues el objetivo es combatir la peligrosidad de determinados sujetos con medidas de seguridad aplicables a imputables peligrosos, aunque en ocasiones aparenten ser formalmente penas. Pues bien, admite la legitimidad de este tipo de medidas con sujeción a ciertos límites, subrayando que únicamente pueden manifestarse como el instrumento de abordaje de hechos “de emergencia”, en los que la sociedad excepcionalmente renuncia a soportar los costes de la libertad de acción.

41 Aunque destaca que “las contundentes críticas académicas a la idea del ‘Derecho penal del enemigo’ no siempre se han traducido [...] en un rechazo igualmente contundente a las reformas concretas que configuran esta tendencia”. *Ibid.*, p. 10. Entre los detractores del Derecho Penal del enemigo se encuentra Alfonso Zambrano Pasquel, quien afirma que “hay que deslegitimar cualquier propuesta a favor del Derecho Penal del enemigo porque el mismo constituye la más perversa negación del Estado de derecho y permite consolidar un Estado Gendarme o Policial inadmisibles, ni aún con el pretexto de que el enemigo se ha autoexcluido voluntariamente y que en consecuencia ha renunciado a cualquier derecho. Esta exclusión es un acto de barbarie y totalitarismo, y hay que impedir que tome carta de ciudadanía una propuesta que termina convirtiéndose en auténtico Terrorismo de Estado”, y añade que “el respeto al Estado de Derecho debe ser total y sin limitación alguna. No es posible concebir un Estado de Derecho a medias, o es Estado de Derecho o no es Estado de Derecho”. Alfonso Zambrano Pasquel. “Derecho penal del enemigo y la impronta del terrorismo”. *Revista Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología*, edición digital, pp. 18, 19 y 21. Disponible en: <http://www.iuspenalismo.com.ar/doctrina/zambranoenemigo.pdf>

42 *Ibid.*, pp. 8-9.

43 Jesús-María Silva Sánchez. *La expansión...*, cit., pp. 162-167.

En este marco, el Derecho Penal de la tercera velocidad debería someterse rígidamente a consideraciones de absoluta necesidad, subsidiariedad y eficacia, y siempre bajo una revisión permanente de la concurrencia de los presupuestos que permiten su aplicación⁴⁴. Sin embargo, reconoce que actualmente no se cumplen estas restricciones, lo que lo lleva a pronosticar que “el círculo del Derecho Penal de los ‘enemigos’ tenderá, ilegítimamente, a estabilizarse y a crecer”.

Coincido con el planteamiento de Silva, al que añado la necesidad de incidir sobre las causas que generan la delincuencia ya que, siguiendo a Díez Ripollés, no basta con “barrer la delincuencia de las calles”. Asimismo, el cumplimiento de los principios de absoluta necesidad, subsidiariedad y eficacia, que según entiendo excluyen la consideración automática de determinadas tipologías de delincuentes como “enemigos”, convierte el recurso al Derecho Penal del enemigo en algo coyuntural, que solo tiene sentido mientras se mantengan las circunstancias que lo motivaron. Si ni siquiera las instancias de control social defienden la capacidad de resocialización de ciertos delincuentes, ¿cómo podrán concebirla los propios delincuentes? Combatir el terror con el terror evidencia una absurda pugna por determinar quién es el más poderoso, que únicamente puede conducir al desastre.

B. La nueva medida de libertad vigilada, ¿truco o trato?

Una de las notas características de la noción de Derecho Penal del enemigo analizada en el apartado previo es precisamente la extensión de la intervención penal al periodo posterior al cumplimiento de la condena, lo que se erige como la principal característica de la libertad vigilada. Recogeré en este apartado las reflexiones de diversos autores acerca de la congruencia o no de esta medida. Ahora bien, como no podría ser de otra manera, comenzaré por caracterizar el objeto de estudio.

Pues bien, la libertad vigilada, incorporada a nuestro ordenamiento jurídico, posee naturaleza de medida de seguridad no privativa de libertad (art. 96.3 del Código Penal), con una importante novedad, y es que puede ser impuesta a sujetos imputables con base en un pronóstico de peligrosidad que perdura una vez finalizado el cumplimiento de su condena. Se trata, por tanto, de una medida pospenitenciaria, de imposición preceptiva en delitos de terrorismo y contra la libertad e indemnidad sexual, que se materializa en una serie de limitaciones, prohibiciones o reglas de conducta⁴⁵, aplicables de manera

44 Ramón Ragués I Vallès se muestra partidario de esta “tercera velocidad” en las condiciones expuestas por Silva, considerando que esta logra “un adecuado equilibrio entre la necesidad de prestar atención a las demandas de seguridad de las sociedades modernas sin que ello suponga una renuncia a las garantías básicas del Derecho Penal y en particular a aquellos derechos que configuran el núcleo duro de la protección constitucional de la personalidad”. En Ramón Ragués I Vallès. “El Derecho Penal del enemigo”, cit., p. 15.

45 Ramón García Albero las divide entre aquellas que se dirigen hacia un control genérico [art. 106.1 apartados a), b), c) y d)] o específico [tratando de incidir en los factores de riesgo de reincidencia, bien

separada o conjunta, en orden a garantizar tanto la protección de las víctimas como la rehabilitación y reinserción social de los delincuentes, según se indica en el texto de la reforma. Asimismo, la medida puede modificarse durante su ejecución. De esta forma, el juez de vigilancia penitenciaria, con cadencia como mínimo anual, deberá formular una propuesta de mantenimiento, sustitución, modificación, suspensión o cese (para lo que deberá valorar los informes emitidos por los facultativos y profesionales que asistan al sometido a la medida o por las Administraciones públicas competentes y, en su caso, el resultado de las demás actuaciones que a este fin ordene) que el juez o Tribunal Sentenciador resolverá motivadamente a la vista de estos informes y oídos la persona sometida a la medida de libertad vigilada, el Ministerio Fiscal y las demás partes, así como las víctimas del delito que no estuvieran personadas cuando así lo hubieran solicitado (art. 98).

Luego tanto en la concreción del contenido de la medida como en su eventual modificación intervienen tanto el juez de vigilancia penitenciaria como el juez o Tribunal sentenciador. La participación de este último se justifica en el texto de reforma aludiendo a su detallado conocimiento del caso, de utilidad en la elección de la medida o las medidas que se deben imponer⁴⁶.

neutralizándolos o bien evitando el contacto con ambientes precipitantes. Se trata de los apartados i) y j) del artículo 106.1 del Código Penal] del individuo, y aquellas orientadas hacia la protección de las víctimas [art. 106.1 apartados e), f), g) y h)]. En cuanto al apartado k) del artículo 106.1, el autor indica que debería recabarse para su imposición el consentimiento del individuo, pues no tiene sentido que durante la condena pueda negarse a recibir tratamiento y, sin embargo, tras su cumplimiento no, lo que conlleva la aplicación de un régimen más restrictivo tras la condena que durante la misma. Ramón García Albero. “La nueva medida de seguridad de libertad vigilada”. *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 6/2010, Pamplona, Aranzadi, 2010, pp. 2-3. Las medidas citadas se recogen en el artículo 106.1 del Código Penal:

“1. La libertad vigilada consistirá en el sometimiento del condenado a control judicial a través del cumplimiento por su parte de alguna o algunas de las siguientes medidas:

- a) La obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente.
- b) La obligación de presentarse periódicamente en el lugar que el Juez o Tribunal establezca.
- c) La de comunicar inmediatamente, en el plazo máximo y por el medio que el juez o tribunal señale a tal efecto, cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo.
- d) La prohibición de ausentarse del lugar donde resida o de un determinado territorio sin autorización del juez o tribunal.
- e) La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal.
- f) La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal.
- g) La prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos.
- h) La prohibición de residir en determinados lugares.
- i) La prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza.
- j) La obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares.
- k) La obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico”.

46 Disposición 9953 del *Boletín Oficial del Estado*, cit., p. 54813.

Su duración se mantiene en general en un máximo de cinco años, la que establecía el Código Penal para las medidas de seguridad no privativas de libertad refundidas bajo el concepto de libertad vigilada, aunque se dispone que para determinados delitos se extienda hasta los diez años (art. 105). Así, en el artículo 579.3 se recoge que el juez o Tribunal impondrá de manera preceptiva la medida de libertad vigilada de cinco a diez años a los condenados a pena grave de prisión por uno o más delitos de terrorismo o referentes a organizaciones y grupos terroristas, y de uno a cinco años si la pena privativa de libertad fuera menos grave. No obstante, la imposición de la medida será facultativa si se trata de un solo delito no grave, cometido por un delincuente primario y en atención a la menor peligrosidad del autor.

Por otra parte, a pesar de que la medida es ejecutada tras el cumplimiento de la pena de prisión que corresponda, es impuesta en la sentencia junto a la anterior, y en función de la concurrencia o no del pronóstico de peligrosidad, formulado cuando se aproxima el momento de extinción de la condena, se hará o no efectiva. A este respecto, el juez de vigilancia penitenciaria, al menos dos meses antes de la extinción de la pena privativa de libertad, elevará la oportuna propuesta al juez o Tribunal Sentenciador por el procedimiento previsto en el artículo 98, y este último concretará el contenido de la medida (pudiendo dejarla sin efecto cuando concurra, en el momento de concreción de la medida, un pronóstico positivo de reinserción que convierta su aplicación en innecesaria o contraproducente) (art. 106.3). En caso de que el individuo hubiese sido condenado a varias penas privativas de libertad de cumplimiento sucesivo, lo anterior se entenderá referido al momento en que concluya el cumplimiento de todas ellas, y si se hubiesen impuesto varias medidas de libertad vigilada que no pudieran ser ejecutadas simultáneamente, las cumplirá de forma sucesiva (art. 106.2).

En caso de incumplimiento de una o varias de las obligaciones impuestas, el juez o Tribunal, considerando las circunstancias concurrentes, y por medio del procedimiento indicado, podrá modificar las obligaciones o prohibiciones impuestas. Si el incumplimiento es reiterado o grave, el juez deducirá además testimonio por un presunto delito de quebrantamiento de condena del artículo 468 (art. 106.4).

En este estado de cosas existe gran disparidad de opiniones en torno a la pertinencia o no de la incorporación de esta medida. Así, Ortiz de Urbina Gimeno indica que la libertad vigilada cubre supuestos que deben prevenirse y respecto de los cuales el Código Penal no disponía de instrumentos jurídicos adecuados con carácter previo a la reforma de 2010. En este sentido, divide las circunstancias que se pretenden cubrir con esta medida en dos grupos. Por una parte se encuentran aquellas situaciones en las que la libertad vigilada se dirige a la protección de una víctima o víctimas definidas, en orden a evitar que el autor del delito lleve a cabo conductas ofensivas para las mismas. En segundo lugar se sitúan las situaciones en las que lo que preocupa son las consecuencias que pueda tener la reincidencia del sujeto para la sociedad en general. A este respecto aduce que lo alarmante no es el pronóstico de reincidencia en sentido

estadístico⁴⁷, sino la seriedad de las derivaciones que llevan aparejadas determinados delitos para las víctimas⁴⁸. El autor se muestra de esta forma a favor de la incorporación de la medida, reprobando las consideraciones de quienes apelan al argumento de la pendiente resbaladiza como fundamento de sus críticas a la medida aludiendo a que es necesario juzgarla por lo que supone en el presente, en el que su ámbito de aplicación es muy restrictivo⁴⁹. De esta forma, opina que la nueva medida es adecuada siempre que se respete en la práctica el régimen de aplicación establecido en la teoría, resaltando su estricta vinculación a un pronóstico de peligrosidad⁵⁰.

En cuanto a la posible inconstitucionalidad de la medida de libertad vigilada, el autor afirma que no puede aducirse como soporte de la misma la vulneración del principio de resocialización si la ejecución de esta se restringe a los casos en los que persista la peligrosidad del sujeto una vez extinguida su condena, como así se prevé. Asimismo, indica que se dirige a proteger a eventuales víctimas de la acción de un delincuente que se presume —al perdurar su peligrosidad— no resocializado, a la vez que permite verificar si efectivamente se ha producido o no la resocialización. Por otra parte, en lo

47 El autor recoge en su trabajo que en nuestro país tenemos 750 personas condenadas por delitos de terrorismo, constituyendo un 1% de la población penitenciaria. En cuanto a la reincidencia, esta varía en función del grupo terrorista que consideremos. Así, tradicionalmente, el índice de reincidencia de los Grapo era muy elevado, pero sus miembros suponen un número muy reducido de la totalidad de terroristas que han actuado en España y actualmente su índice de reincidencia es muy bajo. En el caso de los miembros de ETA, su índice de reincidencia es muy bajo y, si se da el caso, los delitos que cometen no suelen ser de la misma naturaleza que los que cometieron en el pasado. Incluso el autor pronostica que el índice de reincidencia será aún más bajo teniendo en cuenta la duración de las penas impuestas: “hay, por tanto, poca reincidencia en delitos de terrorismo, y seguramente habrá menos en el futuro por una razón que podemos denominar ‘biológica’: antes los condenados por terrorismo pasaban en prisión un máximo de 20 o 25 años, pero ahora van a pasar 40. Y si sabemos de una circunstancia que disminuye la reincidencia es precisamente envejecer”. Íñigo Ortiz De Urbina Gimeno. *La introducción de la libertad vigilada en el Derecho penal español: ¿hay motivos para el escándalo?* pp. 11-12. Disponible en: http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292342418143?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DPonencia_de_%C3%8D%C3%B1igo_Ortiz_de_Urbina_Gimeno.PDF, y se trata de una transcripción de la ponencia del autor presentada en las “XXXII Jornadas de la Abogacía General del Estado. El nuevo Código Penal”, durante los días 17 y 18 de noviembre en Madrid, organizadas por el Ministerio de Justicia y la Abogacía General del Estado, y cuyo programa puede consultarse en http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292342418565?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DPrograma_de_las_XXXII_Jornadas_de_la_Abogacia_General_del_Estado.PDF.

48 *Ibid.*, pp. 2-3.

49 *Ibid.*, pp. 5.

50 *Ibid.*, p. 10. En este sentido, Díez Ripollés se muestra en desacuerdo con la aplicación del criterio estricto de la peligrosidad en la determinación del contenido y duración de la medida, así como el de concretarlos en función de la pena por imponer, como actualmente recoge el Código Penal. Por el contrario, fundamenta el criterio de proporcionalidad correcto en el ya mencionado concepto de distribución de riesgos entre individuo y sociedad, de modo que a partir del momento en que el riesgo de reiteración en el delito debe ser asumido por la sociedad no procederá la medida. José Luis Díez Ripollés. “De la sociedad”, *cit.*, p. 28.

que se refiere al cuestionamiento de la proporcionalidad de la medida, al sumarse a la aflicción de la pena de prisión la de la libertad vigilada, el autor concluye que, con base en la ponderación de los costes y beneficios en juego, se trata de una medida ajustada, al permitir adecuar la intervención a cada caso concreto⁵¹. Finalmente, expresa que para evitar que se considere una medida de seguridad predelictual, se impone junto con la condena, en orden a que el sujeto pueda adaptar su conducta a su voluntad o no de resocialización, ofreciendo con ello motivaciones para el cambio⁵².

Partiendo de una óptica diferente, Robles Planas afirma que desde la década de los noventa se han producido una serie de transformaciones que han desembocado en un cambio de paradigma: la irrupción de la seguridad en el discurso político-criminal y su correspondiente manifestación en la legislación penal. De esta forma, indica que

la pena y la medida de seguridad dejan de dirigir su atención al delincuente en tanto persona resocializable para pasar a satisfacer la exigencia ilimitada de seguridad en las víctimas potenciales. [...] el delincuente debe tolerar una intromisión en su libertad hasta el punto necesario para garantizar la seguridad de la sociedad frente a él. [...] la tendencia parece ser la de que solo la garantía de no peligrosidad impide la intervención coactiva⁵³.

Sin embargo, manifiesta que los métodos para predecir la peligrosidad criminal presentan importantes limitaciones, dejando considerables márgenes de incertidumbre frente a los que se responde con el “principio de precaución”, de acuerdo con la lógica de la seguridad⁵⁴. Ante este panorama, el autor defiende la primacía de la libertad, indicando que no se trata de renunciar totalmente a la seguridad, sino de renunciar a la seguridad total, lo que implica aceptar la presencia en la sociedad de lo que denomina “riesgos residuales” de peligrosidad⁵⁵. Lo anterior podría servir a modo de crítica de la imposición automática de la libertad vigilada a ciertos grupos de delincuentes considerados como “de riesgo”, al plantear que la sociedad debe admitir un cierto nivel de riesgo⁵⁶.

51 *Ibid.*, pp. 10-11.

52 *Ibid.*, pp. 16.

53 Ricardo Robles Planas. “‘Sexual predators’. Estrategias y límites del Derecho penal de la seguridad”. *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, 2007, p. 15. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/478_es.pdf. En este sentido, Carmen Martínez Perza indica que la libertad vigilada constituye el arquetipo de la estandarización del riesgo, al aplicarse a determinadas categorías de delincuentes por el mero hecho de reunir las características prefijadas con base en las técnicas actuariales. Ello supone, en su opinión, el sometimiento al Derecho Penal durante mucho más tiempo por parte de los individuos, además del establecimiento de medidas penales predelictuales, lo que deriva en un exponencial alejamiento del principio de culpabilidad y en un correlativo acercamiento al derecho penal de autor, muy utilizado por regímenes totalitarios poco respetuosos con los derechos humanos. Carmen Martínez Perza. “La reforma...”, cit., p. 15.

54 *Ibid.*, p. 16.

55 *Ibid.*, p. 18.

56 En este sentido, el autor propone restringir la imposición de medidas de seguridad a las situaciones en

Entiendo que el problema radica en determinar cuál es ese nivel. Finalmente, el autor critica la deriva punitiva expresando que resulta preocupante que “la reacción de un Estado frente a la cuestión de la peligrosidad criminal de un sujeto consista en limitarse a facilitar las condiciones para un largo internamiento, a introducir todos los obstáculos para que alcance la libertad condicional⁵⁷ o a simplemente facilitar mecanismos de control”. De esta forma, aboga por una intervención en las raíces del problema, por medio de la puesta en práctica de medidas que combinen la terapia con la vigilancia y el seguimiento por parte de instancias especializadas, a lo que, según señala, “insuficientemente parece apuntar la noción de ‘libertad vigilada’”⁵⁸.

Por su parte, Cid y Tebar consideran que el instrumento más adecuado para manejar el regreso de los delincuentes de alto riesgo a la comunidad es la libertad condicional, en lugar de la libertad vigilada, proponiendo un modelo híbrido entre el automático y el discrecional⁵⁹. Motivan este planteamiento aludiendo, en primer lugar, a la mayor adecuación de la primera a los valores constitucionales de reeducación y reinserción social, al desarrollarlos en el marco de la condena en lugar de posponerlos al momento de su extinción. En segundo lugar, afirman que la reforma parte de ideas sobre la imposibilidad de rehabilitación de las delincuencias sexual y terrorista insuficientemente fundamentadas. Por otra parte, critican que las medidas previstas en la libertad vigilada se limiten al control de la persona liberada, no siendo este el instrumento más efectivo para evitar la reincidencia⁶⁰. En cuarto lugar, mencionan que el sistema de libertad

las que se precisa dar respuesta a una amenaza inminente, grave y suficientemente concreta y probable (sin que resulte suficiente la mera posibilidad), cuya concurrencia deberían determinar instancias especializadas sin perder de vista el respeto por las garantías y los derechos individuales. En estos casos, la intervención es equiparable a un estado de necesidad, pues la privación de libertad se convierte en un mal necesario para eludir el peligro. *Ibid.*, p. 20.

57 A este respecto, Cid y Tebar aluden a una investigación sobre reincidencia comparativa realizada por Luque *et al.* en 2004 que revela que la tasa de reincidencia (medida por un nuevo encarcelamiento como condenado o preventivo) de los liberados condicionales es mucho menor que la de las personas que finalizaron sin libertad condicional. Sin embargo, la libertad condicional en la práctica se concede únicamente a personas que muestran un bajo riesgo de reincidencia, para las que en principio tendría menor utilidad. José Cid y Beatriz Tebar. “Libertad condicional y delincuentes de alto riesgo”. *Revista Española de Investigación Criminológica*, artículo 3, n.º 8, 2010, pp. 9-10. Disponible en: <http://www.criminologia.net/pdf/reic/ano8-2010/a82010art3.pdf>.

58 Ricardo Robles Planas. “Sexual predators, cit., p. 20.

59 De esta forma, las notas características de su propuesta en materia de libertad condicional serían las siguientes: liberación obligatoria en una fecha determinada, permitiendo cumplir una parte de la condena en la comunidad; evaluación del individuo con carácter previo a su liberación, sobre cuya base se determinen las condiciones de seguimiento; y, por último, posibilidad de que la fecha de libertad condicional pueda anticiparse para motivar a las personas hacia la participación en actividades orientadas a la rehabilitación. *Ibid.*, pp. 15-16.

60 A este respecto, indican que en el caso de delincuentes de alto riesgo de reincidencia, las investigaciones muestran que la libertad condicional combinada con un nivel elevado de intervención rehabilitadora (las intervenciones más efectivas se logran por medio de programas en los que se trabaja con las necesidades criminógenas de la persona —habilidades personales, educación y formación profesional, adicciones— y el vínculo social —trabajo y relación con organizaciones comunitarias—) sí es efectiva

vigilada instaurado parece dirigido a excluir de los mecanismos de libertad anticipada previstos legalmente a las personas a las que se les aplique, lo que supone renunciar a uno de los instrumentos más efectivos en la rehabilitación. Finalmente, refieren que la libertad vigilada es menos efectiva a la hora de hacer cumplir las obligaciones impuestas, pues en el caso de la libertad condicional, el incumplimiento de estas puede llevar a la revocación de la medida y, por ende, al regreso del individuo a prisión. Por el contrario, la institución de la libertad vigilada únicamente amenaza con la imputación de un delito de quebrantamiento de condena⁶¹. Coincido con la pertinencia de permitir el acceso de cualquier delincuente a la libertad condicional en los términos que los autores prevén en su modelo. Sin embargo, su proposición de la libertad condicional como excluyente de la libertad vigilada deja sin cobertura legal las situaciones en las que el peligro del sujeto persiste una vez extinguida la condena.

Desde otro punto de vista, y de acuerdo con lo establecido por Del Rosal Blasco en referencia a las estrategias que definen Clear y Cadora para hacer frente a los riesgos, considero que la medida de seguridad de libertad vigilada podría enmarcarse dentro de las estrategias denominadas “de control del riesgo” (*risk control*). Estas, según explica el autor, se materializan en el ejercicio de controles externos sobre los riesgos en orden a prevenir la comisión de nuevos delitos por medio de la utilización de los recursos penales para eliminar las oportunidades de actuación del individuo. Persiguen una finalidad incapacitante y suelen consistir bien en la restricción de movimientos (como en el caso que nos ocupa, mediante la vigilancia electrónica) o bien en el empleo de mecanismos psicotrópicos, como las drogas de control del comportamiento. Pues bien, se trata de estrategias que garantizan la eliminación completa del riesgo, al excluir las oportunidades de acción, y que según el autor plantean numerosos problemas éticos y prácticos⁶².

Ahora bien, considero que la única medida, dentro del catálogo que ofrece la libertad vigilada, que puede aspirar a certificar íntegramente la ausencia de riesgo es la obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan un

en la disminución de la tasa de reincidencia. José Cid y Beatriz Tebar. “Libertad condicional...”, cit., p. 13. En este sentido, Redondo Illescas analiza en su trabajo diversos estudios acerca de la relación entre los programas de rehabilitación y las tasas de reincidencia, constatando una efectividad de los primeros sobre las segundas que oscila entre el 10 y el 15%, que incluye un menor pronóstico de reincidencia. Los programas más efectivos son los de corte conductual, cognitivo-conductual o de competencia social, mientras que los de menor efectividad son los que se apoyan en la teoría de la disuasión penal, endureciendo las condiciones de vida de los encarcelados. No obstante lo anterior, el autor indica que la proporción de sujetos que recibe un programa de rehabilitación es mínima. Santiago Redondo Illescas. “Psicología penitenciaria aplicada: los programas de rehabilitación en Europa”. Ponencia en las Primeras Jornadas de Tratamiento Penitenciario, Peñíscola, octubre de 2000, pp. 7-9.

Disponible en: [http://www.ub.edu/geav/contenidos/vinculos/publicaciones/public1_6/publicac_pdf/3_5%20Redondo%20Illescas,%20S%20\(2000\).pdf](http://www.ub.edu/geav/contenidos/vinculos/publicaciones/public1_6/publicac_pdf/3_5%20Redondo%20Illescas,%20S%20(2000).pdf)

61 Ibid., pp. 17-20.

62 Bernardo del Rosal Blasco. “¿Hacia el Derecho”, cit., p. 31.

seguimiento permanente (art. 106.1, apartado a). El resto de medidas pueden llegar a controlar ciertos aspectos de la vida del individuo, pero nunca la totalidad de los mismos. Así, Nistal Burón⁶³ revela las ventajas de la vigilancia electrónica: un bajo coste, una disminución de la sobrecarga de los centros penitenciarios, la evitación de la entrada en prisión de individuos poco peligrosos, la evitación de la pérdida de trabajo por parte del sujeto, lo que permite la satisfacción de las necesidades económicas de su víctima, una disminución de los efectos desocializadores permitiendo al mismo tiempo el control del sujeto y, finalmente, la eliminación del peligro de contagio criminal. A propósito de los medios electrónicos de vigilancia, Gudín Rodríguez-Magariños afirma que “la tecnología ha proporcionado al ser humano un instrumento adecuado para erradicar los muros prisionales pues vallas y paredes han dejado de ser estrictamente necesarios (aunque no la existencia de centros de reclusión)”⁶⁴. El autor establece las similitudes y diferencias que existen entre ambos sistemas. Así, aclara que la cárcel electrónica no es, a priori, más humana y benigna que la física, pues la precisión y el detalle del ordenador pueden tornarse en un agobiante, implacable e inhumano rigor, aunque puede convertirse en una medida más humana por medio de la adopción de las debidas cautelas y garantías⁶⁵. Por otra parte, ambos sistemas se fundamentan en el control de un sujeto en orden a evitar que cometa nuevos delitos, e incluso el control electrónico tiende a ser más efectivo y de más calidad que el de los muros carcelarios, al permitir conocer de un modo más concreto, rápido y perfecto dónde está y qué está haciendo el vigilado⁶⁶. De esta forma, la cárcel tradicional constituye un medio de coacción física que el Estado impone a un sentenciado y, de modo paralelo, la cárcel electrónica constituye un medio de coacción mental⁶⁷. En este sentido, el autor indica que el sometimiento de un individuo a la cárcel electrónica puede derivar en su sometimiento, alienación y paranoia, efectos similares a los de la prisión tradicional de duración superior a veinte años. En todo caso, recomienda la sujeción al principio de proporcionalidad modulando la intervención en función del tiempo de control y de la intensidad del peligro que revela la gravedad del delito cometido, levantando el control durante ciertos periodos temporales para evitar que las sensaciones de agobio y alienación conviertan la vigilancia en inhumana⁶⁸.

El autor expresa que la vigilancia electrónica se erige como un *tertius genus*, un híbrido entre la prisión y la libertad, a fin de compatibilizar la reinserción de los delincuentes, que

63 Citado en Faustino Gudín Rodríguez-Magariños. “Cárcel electrónica y sistema penitenciario del siglo XXI”, en Miguel Rodríguez Blanco (dir.), *Anuario Facultad de Derecho Universidad Alcalá de Henares*. Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá, 2005, p. 2. Disponible en: http://www.uah.es/derecho/facultad/docs/Anuario_2005/06carcel_electronica.pdf.

64 *Ibid.*, p. 8.

65 *Ibid.*, p. 5.

66 *Ibid.*, p. 10.

67 *Ibid.*, p. 12.

68 *Ibid.*, pp. 13-14.

para tener sentido debe realizarse forzosamente extramuros de la prisión, con la garantía de la seguridad del resto de los ciudadanos⁶⁹. Sin embargo, matiza que el fin último de estas tecnologías no es la vigilancia, sino la reinserción, por lo que la cárcel electrónica debe combinarse con programas formativos, de desintoxicación, laborales, etc. Asimismo, aconseja acompañar la vigilancia electrónica de soporte humano, que permite un mayor contacto entre vigilante y vigilado, y produce así un efecto tranquilizador en este último⁷⁰.

Finalmente, el autor concluye que en un Estado social y democrático de derecho la vigilancia electrónica solo tiene sentido sobre la base de la certeza del abandono del delito y de una mayor humanidad en la ejecución de la condena. De esta forma propone un cambio de perspectiva en el que la cárcel física constituya la excepción —reservada para los internos más peligrosos e irreductibles, y para los periodos iniciales de condena de aquellos delincuentes que hubiesen cometido delitos violentos— a la regla general de imposición de la vigilancia electrónica fuera de los casos mencionado, ya que considera absurdo encerrar y desocializar a un individuo para convertirlo en apto para la vida en sociedad⁷¹.

Quizá el autor tenga razón y la cárcel física esté agotando su vida útil excepto para determinados supuestos, aunque se trata de un cambio muy drástico que precisará de una exhaustiva evaluación. Por el momento, coincido con Ortiz de Urbina Gimeno en la adecuación del régimen de aplicación previsto para la medida de libertad vigilada, así como con sus “críticas a las críticas” vertidas en esta materia, pues considero que no constituye Derecho Penal del enemigo, sino que se trata de prever mecanismos legales de protección excepcionales que se adapten a cualquier situación posible, como efectivamente lo es el mantenimiento de la peligrosidad de los individuos tras el cumplimiento de su condena. El debate debería centrarse más bien en determinar cuál es el nivel de riesgo que la sociedad está dispuesta a asumir.

III. ALGUNAS NOTAS CARACTERÍSTICAS DEL TERRORISMO

En este apartado me centraré en las características definitorias de la actividad terrorista, con base en las publicaciones de diversos autores. De esta forma, Miguel Ángel Caño Paños⁷² realiza un análisis comparativo entre lo que denomina el “viejo” y el “nuevo” terrorismo. El primero se subdivide en dos dimensiones. Por un lado, el terrorismo nacional o interno, como es el caso de eta o del ira, singularizado por circunscribir su actividad y objetivos políticos dentro del espacio geográfico comprendido por un

69 *Ibid.*, p. 30.

70 *Ibid.*, pp. 32-33.

71 *Ibid.*, p. 33.

72 Miguel Ángel Caño Paños. “Reflexiones en torno al ‘viejo’ y al ‘nuevo’ terrorismo”. *Revista Española de Investigación Criminológica*, artículo 7, n.º 7, 2009, pp. 3-11, 17-18 y 21-26. Disponible en: <http://www.criminologia.net/pdf/reic/ano7-2009/a72009art7.pdf>.

determinado Estado soberano. Generalmente, este tipo de organizaciones terroristas mantiene su estructura organizativa dentro de las fronteras del país en el que operan, aunque en algunas ocasiones dispone de zonas extraterritoriales de repliegue o huida. En cuanto a la finalidad de tales organizaciones, estas aspiran a provocar un cambio político o socioeconómico en el país en el que operan o a conseguir la segregación de un territorio de la soberanía ejercida por el Estado por medio de la comisión de atentados terroristas que pretenden provocar en el “enemigo” una reacción desmesurada e indiscriminada que socave su legitimidad entre la población. Por otro parte, el terrorismo internacional se caracteriza por no limitar su campo de actuación al territorio de un determinado Estado. Así, los objetivos de las acciones terroristas no son únicamente individuos de la misma nacionalidad que los miembros de la organización, sino que más a menudo los atentados se dirigen contra sujetos o instituciones pertenecientes a otro país. El fin que persiguen estas organizaciones es, en palabras del autor, el de

atraer la atención de la opinión pública mundial —y, en especial, la occidental— hacia un conflicto de carácter interno y lograr llegado el caso no solo una ola de solidaridad en relación con los intereses defendidos por el grupo terrorista en cuestión, sino al mismo tiempo una eventual presión internacional sobre el Estado destinatario principal de la actividad terrorista. De este modo, las acciones cometidas en el extranjero permiten a una determinada organización trasladar a un escenario internacional las pretensiones y objetivos nacionales que motivan su actividad terrorista.

Es el caso de las organizaciones Septiembre Negro o Hamas.

En cuanto al “nuevo” terrorismo, representado por el terrorismo transnacional y auxiliado por la globalización y la consiguiente revolución de las comunicaciones⁷³, este se extiende por todo el planeta, sin poseer ningún punto de referencia de carácter local. Actúa de manera descentralizada desde diversas localizaciones, dirigiendo sus acciones terroristas contra objetivos heterogéneos situados en varios países. Los miembros de las diversas organizaciones proceden de distintos países y carecen de una concreta base nacional de carácter operativo o de una agenda política exclusivamente interna. Su objetivo fundamental es la transformación del orden internacional declarando al mundo occidental como enemigo al que hay que combatir. El ejemplo arquetípico de estas organizaciones es Al-Qaeda⁷⁴, responsable, entre otros, de los atentados en Estados Unidos el 11 de septiembre de 2001 o en Madrid el 11 de marzo de 2004. Sus acciones terroristas se dirigen a combatir la influencia de Occidente en el mundo árabe

73 El autor indica a este respecto que, en el caso del terrorismo islamista, este se ha servido de conflictos como el de Chechenia, Irak o Cachemira, en los que están implicados “hermanos musulmanes”, como reclamo propagandístico en orden a la captación de adeptos en Londres, Madrid o Berlín. *Ibid.*, pp. 4-5.

74 En 1998, Osama Bin Laden, líder de Al-Qaeda, hizo pública la creación de un “Frente Islámico Mundial para la Yihad contra Judíos y Cruzados”. *Ibid.*, p. 5.

y musulmán en general, y abarcan una multiplicidad de organizaciones terroristas islamistas unidas por una ideología antioccidental. Al-Qaeda ha efectuado una división de alcance global entre “infeles”, representados por Estados Unidos, Israel, los países europeos y la mayoría de los regímenes establecidos en el mundo árabe, y “creyentes musulmanes”, grupo constituido por el conjunto de movimientos islamistas activos en todo el mundo y dirigidos por la red global de Al-Qaeda. El terrorismo islamista se caracteriza, por tanto, por su carácter marcadamente bélico, su alcance global, su ideología religiosa de carácter panislámico, y su drástica oposición a todo aquello que representa la civilización occidental, suponiendo una amenaza para el orden mundial en su conjunto. Su expansión se ve facilitada extraordinariamente por las nuevas tecnologías, que permiten tanto la divulgación de su ideología y sus objetivos como la perpetración de acciones terroristas (ciberterrorismo). Se trata, pues, de una amenaza difusa, no localizable, individualizable o predecible, al contrario del “viejo” terrorismo.

A la hora de diseñar estrategias para la lucha antiterrorista es necesario tener en cuenta los rasgos distintivos entre uno y otro terrorismo. Además de los ya mencionados, el autor describe algunos más. En primer lugar, en lo que se refiere a los perfiles de los autores, el terrorismo tradicional suele contar con miembros identificados o identificables, y con antecedentes penales, mientras que los miembros del terrorismo transnacional islamista son anónimos, en muchas ocasiones sin antecedentes penales, procedentes de distintas etnias, culturas y sociedades, únicamente unidos por la ideología representada por Al-Qaeda e intercambiables, como lo refleja la estructura en red de estas organizaciones, abierta a cualquiera que haya asumido la ideología radical islamista. Por otra parte, y como he mencionado, estos últimos no representan un perfil social específico, contando entre sus filas con estudiantes universitarios, jóvenes inmigrantes de religión musulmana pertenecientes a la segunda o tercera generación asentada en Europa, médicos, ingenieros, pequeños delincuentes, occidentales convertidos al islam, etc., mientras que los miembros de esta, por ejemplo, suelen ser jóvenes de unos veinte años, procedentes en su mayoría de hogares de clase media y tradición nacionalista, y que han mostrado con carácter previo a su ingreso en la organización terrorista una implicación activa en movilizaciones radicales desarrolladas en el entorno de esta última. En otro orden de ideas, el repertorio de violencia empleado por el terrorismo tradicional es amplio en sus acciones y restringido en sus consecuencias, dirigido hacia “enemigos” concretos, en su mayoría dirigentes o representantes de un determinado orden político, económico, social o militar, al que acusan de llevar a cabo una represión de carácter político o una explotación económica, y que ya se encuentran sobre aviso de la amenaza que se cierne contra ellos. Precisamente por ello, el número de víctimas civiles suele ser escaso. Además, estas organizaciones se sujetan a una serie de límites en el alcance de sus atentados, derivados de un compromiso terrenal en favor de un grupo poblacional determinado⁷⁵ que legitima sus actuaciones. El terrorismo de base

75 Se trata de la figura del “tercero interesado”, concepto introducido por Münkler, que apunta a un “grupo social o étnico más o menos definido, en cuyo (supuesto) interés se llevan a cabo las acciones terroristas

yihadista, por su parte, opera con un concepto amplio de “enemigo”, en los términos ya descritos, dirigiendo sus actuaciones a ocasionar los mayores daños personales posibles, así como en el orden político, económico, social y psicológico global. No buscan que un determinado sector poblacional apruebe sus actividades, sino que consideran su legitimación como de carácter divino, lo que los lleva a atentar contra víctimas indiscriminadas, sin contar con freno alguno para su violencia “sagrada” más que el que les marque su “misión”, que juzgan como una “guerra santa”. Por otra parte, no se trata de una organización jerárquica, sino de una “organización-cúpula” con estructura en red, por lo que si se elimina a sus dirigentes no se ocasionará de manera correlativa una merma considerable de su capacidad operativa, al contrario de lo que ocurre por ejemplo con eta. Finalmente, el autor distingue las fuentes de financiación del “viejo” y “nuevo” terrorismo. En cuanto al primero, menciona que a menudo debe recurrir a la comisión de delitos comunes o a la delincuencia organizada, como el tráfico de armas o drogas, pues las fuentes legales de financiación de estas organizaciones son prácticamente inexistentes. Por el contrario, al “nuevo” terrorismo le sobran las fuentes, tanto legales como ilegales, de financiación, lo que le concede un amplio margen de independencia.

El mismo autor, en otro de sus trabajos⁷⁶, se centra en los perfiles de los terroristas islamistas identificando cuatro categorías principales que podrían ayudar en el establecimiento de estrategias de actuación especializadas, sin olvidar las limitaciones derivadas de que, como se ha indicado, se trata de personas que pertenecen a diversas clases sociales, nacionalidades, culturas, etc., por lo que no existe un perfil terrorista prototípico.

De esta forma, identifica en primer lugar a los “equipos de ataque” compuestos por los “soldados universales de Allah”, grupos yihadistas que llegan desde el extranjero para llevar a cabo una acción terrorista, poniendo como ejemplo de ello la célula de ciudadanos pakistaníes e indios desarticulada en Barcelona el 19 de enero de 2008.

A continuación menciona a los terroristas extranjeros radicalizados en occidente, subdividiéndose a la vez este grupo entre aquellos que se radicalizan en Europa y aquellos que simplemente completan su proceso de radicalización en este continente. En

por parte de determinados grupos, teniendo al mismo tiempo dichas acciones como objetivo despertar a ese grupo de referencia de un estado de indolencia y atraerlo hacia la lucha armada en pos de los objetivos perseguidos por la organización en cuestión”. En el caso del terrorismo tradicional, este constructo hace referencia a grupos sociales como el proletariado, los marginados, los oprimidos del Tercer Mundo o a determinados grupos étnicos de una región o territorio concreto. Constituye la principal fuente de legitimación de la violencia terrorista, con base en la cual limitan su actuación a representantes y miembros del “enemigo”, sin dirigirse bajo ningún concepto a los “terceros interesados” o a la sociedad en general, para evitar perder su beneplácito. *Ibid.*, pp. 21-22.

76 Miguel Ángel Caño Paños. “Perfiles de autor del terrorismo islamista en Europa”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, artículo 7, n.º 11, 2009. p. 7-11, 15-20, 31-32 y 36-38. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/11/recpc11-07.pdf>.

cuanto a los primeros, la religión no constituye desde un principio una parte esencial de su vida. En su mayoría han sido introducidos paulatinamente en la ideología del islamismo radical por reclutadores yihadistas una vez asentados en territorio europeo. Suele tratarse de estudiantes árabes procedentes de familias acomodadas que se trasladan a Occidente para cursar estudios universitarios, como es el caso de Mohammed Atta, estudiante de urbanismo líder de la célula de Hamburgo que llevó a cabo los atentados terroristas del 11-S en Estados Unidos, o de individuos de primera generación procedentes de países árabes que se trasladan a Europa con el fin de mejorar su estatus socioeconómico, como los terroristas implicados en los atentados del 11-M en Madrid. En cuanto a los factores identificados como “incubadores de la radicalización yihadista” el autor indica que estos individuos recién llegados a Europa experimentan un estado de confusión motivado por su separación de la comunidad de origen y su incapacidad para entender ingentes aspectos inherentes a su nuevo hábitat, lo que puede desembocar en el aislamiento social y en crisis de identidad, con la concomitante búsqueda de una fuente de compañerismo y amistad con otros sujetos inmersos en la misma problemática, recurriendo a las mezquitas y otras redes sociales musulmanas que ofrecen un espacio de sociabilidad, solidaridad e identidad, y que muchos reclutadores aprovechan para infundir en estos individuos una hábil y efectiva propaganda antioccidental. Por otro lado están los individuos de procedencia extranjera pertenecientes a la primera generación, y que llegan con una ideología radical islamista ya consolidada, completando su radicalización en Europa. No suele tratarse de sujetos desarraigados en los márgenes de la sociedad, incluso algunos son individuos de movilidad social ascendente, evidenciando la propagación del islamismo radical entre todos los sectores de la sociedad musulmana.

El tercer perfil que analiza el autor corresponde a los inmigrantes musulmanes de segunda y tercera generación asentados en Europa, hijos o nietos de inmigrantes musulmanes llegados a Europa en las últimas décadas del siglo XX, nacidos, criados o educados en Occidente, es decir, presumiblemente adaptados, pero que terminan por adoptar una ideología islamista radical. Se trata del *homegrown-terrorism*, concepto acuñado por las fuerzas de seguridad europeas. El autor identifica determinados patrones que pueden favorecer este fenómeno, aludiendo a una combinación de problemas personales (muerte de un familiar, pérdida de empleo o divorcio de los padres), frustraciones sociales, percepciones de agravio y discriminación, sentimientos de injusticia de carácter político, así como un ansia de búsqueda de una identidad. A este respecto se sienten ultrajados por el constante derramamiento de sangre en Irak, Afganistán o en el conflicto árabe-israelí, y las percibidas como medidas injustificadas e invasivas de sus derechos y libertades políticas antiterroristas aprobadas tras los atentados del 11-S. Equiparan así la “guerra contra el terrorismo” como una “guerra contra el islam” y, por ende, contra el pueblo musulmán, lo que los lleva al fundamentalismo religioso y a la consiguiente radicalización al ser captados por redes yihadistas, como modo de “restaurar” su dignidad. Es el caso de Khaled Kelkal, joven argelino que participó en los atentados terroristas cometidos por el GIA en París en julio de 1995. El autor recomienda prestar especial atención a

este perfil, ya que en España la segunda generación de inmigrantes se encuentra actualmente en plena formación escolar, y es preciso fomentar su integración sociolaboral.

Finalmente, el autor recoge el perfil de los sujetos conversos, individuos autóctonos de países occidentales que adoptan el credo mahometano y se radicalizan. Entre las causas de este fenómeno se encuentran sentimientos de exclusión o alienación de la sociedad occidental que los llevan a buscar consuelo en la religión musulmana y en un entorno marcado por ideales de fraternidad y solidaridad. Una vez integrados, son sometidos a un proceso de radicalización selectiva por parte de islamistas radicales.

El autor destaca la ineficacia de implementar políticas represivas para frenar el terrorismo yihadista, pues se trata de individuos dispuestos a sacrificar su propia vida por la causa. Así, aboga por el fomento de medidas estructurales que se dirijan a las causas y los entornos favorables a la radicalización yihadista (integración socioeconómica de los inmigrantes, polarización y radicalización de los jóvenes musulmanes que habitan en España, regulación de cultos religiosos y organizaciones islámicas, socialización escolar del colectivo de inmigrante, etc.), desarrollando estrategias concretas en la prevención de la radicalización violenta y el reclutamiento con estos fines que se combinen con las medidas de corte represivo⁷⁷.

77 Coincide con el autor en este punto Pedro Carrasco Jiménez, que respalda las intervenciones basadas en la prevención de las causas y no tanto en su prevención, ya que esta última no soluciona el problema, limitándose a la simple contención mediante la disuasión, que conlleva “un escalamiento de la violencia y un juego de suma negativa”. De esta forma identifica, siguiendo a Eckstein, dos niveles causales complementarios en la etiología del terrorismo: los precipitantes (eventos o sucesos concretos que inmediatamente preceden o disparan el comienzo del terrorismo, como provocaciones, masacres, aumento de la violencia interna, de las capacidades militares, de la actividad en los santuarios de la organización, entrenamiento y reclutamiento especial, desaparición de personas clave, etc.), y las precondiciones (base para el surgimiento del terrorismo a medio y largo plazo, que pueden ser estructurales —como ausencia de democracia, libertades civiles, justicia social, experiencias históricas de violencia política, etc.—, y situacionales —como el apoyo popular, expectativas de apoyo por la diáspora, éxito de grupos rivales, cobertura mediática, etc.—). Estos niveles causales son específicos de los ámbitos en que se generan (mundial/internacional, regional/nacional, grupal e individual). Pedro Carrasco Jiménez. “Los condicionantes económicos en la etiología del terrorismo”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, artículo 3, n.º 12, 2010, pp. 1-2, 4-5. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/12/recpc12-03.pdf>. De particular interés en el análisis en profundidad del terrorismo internacional resulta la obra *La inteligencia, factor clave frente al terrorismo internacional*. Cuadernos de Estrategia, 141. Instituto Español de Estudios Estratégicos, Centro Nacional de Inteligencia. Ed. Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, 2009. Disponible en: http://www.portalcultura.mde.es/Galerias/publicaciones/fichero/CE_141.pdf.

IV. CONCLUSIÓN: DERECHO PENAL DEL ENEMIGO SÍ, PERO...

“Non ex regula ius summat, sed ex iure quod est regula fiat”⁷⁸.

Ante el marco de referencia descrito me gustaría apuntar las siguientes conclusiones. En primer lugar, coincido con López Peregrín y Caño Paños cuando afirman su escepticismo acerca de la utilidad del endurecimiento de las penas para los delitos terroristas. Como he analizado en este estudio, los terroristas pertenecen a la categoría de “delincuentes por convicción”, lo que significa que sus acciones se encuentran altamente motivadas por su ideología, ya sea esta política o religiosa, lo que puede derivar en que a la hora de ponderar los costes y beneficios de sus delitos, los primeros pesen menos de lo que lo harían para cualquier otro ciudadano. Asimismo, al describir los perfiles de los terroristas, el último autor ha constatado cómo sus actos se orientan a provocar una reacción desmesurada en sus “enemigos”, de modo que estos últimos pierdan su legitimidad entre la población. Por otra parte, ambos autores afirman también que la “guerra contra el terrorismo”, en tanto que otorga un trato diferenciado a los delincuentes terroristas frente al resto de delincuentes, es empleada precisamente como justificación de los atentados terroristas. Con base en todo ello, considero necesario prever la duración de las penas en función de su eficacia disuasoria, con fundamento en datos realistas. De este modo, si la expectativa de permanecer 40 años en prisión no disuade a los terroristas más que la de permanecer 30, ¿por qué continuar endureciendo las penas? Si la prisión por sí sola no funciona, habrá que combinarla con adecuados programas de rehabilitación de corte cognitivo-conductual que, como hemos visto, parecen ser los más eficaces, adaptados al tipo de delincuencia, y a cada subtipo dentro de esta, de que se trate.

Obviamente, no es suficiente actuar una vez se ha cometido el delito, sino que es preciso incidir en la medida de lo posible sobre sus causas, para evitar que se llegue a cometer. En este trabajo he analizado sucintamente los aspectos más relevantes que influyen en la etiología del terrorismo, y que deben ser utilizados para adelantar estrategias preventivas. Por ejemplo, en el abordaje de la lucha contra el terrorismo yihadista, favorecer la integración sociolaboral de los colectivos extranjeros, ejercer un mayor control sobre sus lugares de reunión, favorecer en la opinión pública una visión más positiva de la inmigración evitando su asociación automática con la delincuencia, etc., son puntos de partida útiles, como afirma Caño Paños.

Ahora bien, no es posible eludir la peligrosidad intrínseca que lleva aparejada la delincuencia terrorista, pues su capacidad para producir daños, ya sean estos personales, económicos, políticos o sociales, se ve magnificada por la participación en la misma

78 “No se deduzca el derecho de las leyes, sino que estas se creen desde lo que es justo”. En Antonio Beristain Ipiña. *Victimas del terrorismo: nueva justicia, sanción y ética*, Tirant Monografías, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 51.

de un gran número de individuos, lo que precisa de una mayor dureza punitiva por el mayor reproche que merecen sus acciones. Por ello estoy de acuerdo con Silva Sánchez en que en algunos casos es preciso tratar como “enemigos” a quienes a la vez nos consideran como tales, con penas más largas que para el resto de delitos, o condiciones más rígidas de cumplimiento, pero teniendo siempre como fundamento de las intervenciones criterios de absoluta necesidad, subsidiariedad y eficacia⁷⁹, y respetando en la medida de lo posible los principios y las garantías que reconoce la Constitución a todos los ciudadanos, incluidos los terroristas.

Para cumplir con estos criterios se hace necesario, en primer lugar, eliminar las distinciones automáticas permitiendo *a priori* el acceso de cualquier delincuente a la libertad condicional, así como a otros beneficios penitenciarios, de acuerdo con el régimen normal. El momento de imponer las restricciones (revisables, por supuesto, a lo largo del cumplimiento de la condena) es, a mi juicio, el de individualización de la pena, con base en el pronóstico de expertos que utilicen medios adecuadamente contrastados para evaluar al individuo de que se trate, y para lo que se haría necesario permitir una mayor discrecionalidad judicial, siempre que esta vaya de la mano de las debidas garantías.

En este sentido, apoyo el modelo de aplicación de la libertad condicional propuesto por Cid y Tebar, que como ya he indicado debería poder imponerse a todos los delincuentes, evaluando de manera individual cada caso para valorar la pertinencia o no de su sometimiento a dicho régimen. Sin embargo, los autores proponen el modelo como alternativa a la libertad vigilada, sin previsión alguna para los casos en los que la peligrosidad persista una vez extinguida la condena. En estos casos, en que la libertad condicional no funcione en la resocialización del delincuente, se hará preciso aplicar la medida de seguridad de libertad vigilada una vez finalizada la condena. Asimismo, considero que dicha medida debería poder imponerse a cualquier delincuente cuya peligrosidad persista una vez ha abandonado de manera definitiva la prisión, en el sentido de verificar si efectivamente se ha producido la reinserción y no comete nuevos delitos contra su/s víctima/s o contra otras, adaptando por supuesto las intervenciones en función de las características de la persona, el riesgo de reincidencia y de perjuicio a las víctimas, desde el menor al mayor control, que en mi opinión otorgan los dispositivos telemáticos. De esta forma podría protegerse, por ejemplo, a aquellas mujeres víctimas de violencia de género cuyos maltratadores abandonan la prisión sin haber sido rehabilitados, con el consecuente riesgo que ello genera para las víctimas.

Por otra parte, recomiendo promover la intervención de expertos en las decisiones político-criminales. El recurso a personas versadas en la materia de la que se trate fomentaría el avance hacia una política criminal más racional y realista, basada en datos empíricos. En este sentido, considero que la figura del criminólogo, que precisamente

79 Que como ya he apuntado implican que el recurso a medidas de esta índole sea coyuntural y se excluya su imposición automática a determinados individuos.

ha recibido formación específica y diversa en materia de estrategias de prevención y represión de la criminalidad, debería implementarse definitivamente y con carácter inmediato en todas aquellas instituciones que cuenten con la potestad para tomar decisiones de este tipo.

De la misma manera, en pos de la garantía de la racionalidad en la toma de decisiones, no considero adecuado basar resoluciones que afectan aspectos tan importantes de la vida de una persona como lo es la privación de su libertad durante 20, 30 o 40 años en las ansias de venganza de una opinión pública cuya información se encuentra restringida a aquella que recopilan los medios de comunicación, cuyo criterio a menudo se basa en consideraciones de eficacia en la captación de audiencia o lectores. Tampoco me parece adecuada la utilización de la delincuencia con fines políticos. A este respecto, no hay que olvidar que las acciones terroristas se orientan hacia la consecución de publicidad⁸⁰, por lo que su tratamiento político y mediático debería realizarse de la forma más aséptica posible, y centrado en la tragedia de las víctimas en lugar de en los victimarios. De otro modo, como afirma Juan José Baños Loinaz⁸¹, estaríamos promoviendo la despersonalización de las víctimas, lo que redundaría en una mayor facilidad de los terroristas para justificar sus atentados. En orden a evitar esto último, debería plantearse también la incorporación de procesos de mediación penal, bajo la estricta voluntad de los participantes, que promuevan la visión de las víctimas por parte de los terroristas como personas, seres “de carne y hueso”, dificultando de esta forma la justificación de sus actos⁸².

80 A este respecto, González Ferrari indica que “el profesional tiene que buscar un equilibrio [...] entre la necesidad de contar lo ocurrido a los ciudadanos y la intención clara y manifiesta de los terroristas de conseguir la mayor resonancia y alarma social”. Javier González Ferrari. “Responsabilidad y beligerancia frente al terrorismo”. Recogido en AA. VV. *Terrorismo, víctimas y medios de comunicación*. Ed. Fundación Víctimas del Terrorismo en colaboración con la Federación de Asociaciones de la Prensa de España, 2003, p. 103.

81 Juan José Baños Loinaz. “Condena del terrorismo”, cit., p. 31.

82 Las técnicas de neutralización estudiadas por Sykes y Matza cobran particular interés en este sentido en lo que se refiere a los delitos de terrorismo. Los autores las conceptualizan como racionalizaciones que realiza un individuo de su comportamiento en orden a “esquivar” los valores dominantes en la sociedad que ha interiorizado, de “acallar” a su conciencia. Las principales técnicas de neutralización que podrían utilizar los delincuentes terroristas para justificar sus crímenes son la negación de la responsabilidad, del daño o de la víctima, la condena de quienes condenan y la apelación a lealtades de orden superior. Raúl Zaffaroni. *El crimen de Estado como objeto de la criminología*. Versión en castellano de la exposición presentada en “The Stockholm Criminology Symposium”, Estocolmo, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pp. 28-30. Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2506/4.pdf>. De este modo, los terroristas imputarán la responsabilidad de sus actos a sus “enemigos”, que los provocan, apelando así a la “legítima defensa”, declarando que sus atentados son “inevitables” y que “en toda guerra hay víctimas inocentes”; emplearán eufemismos en alusión a sus actividades que permitan minimizar sus connotaciones negativas; aseverarán que “el fin justifica los medios”, que lo que hacen es “por el pueblo”, o que se trata de una “misión divina”; afirmarán que las víctimas “se lo merecían” o que “ya habían sido avisadas”. Ante este panorama, considero que las intervenciones, tanto preventivas como represivas, deberán ir dirigidas a “neutralizar” estos mecanismos de neutralización por medio de todas las estrategias reflejadas en este trabajo.

No obstante lo anterior, tampoco es lo más correcto excluir a la opinión pública de la participación en la toma de decisiones político-criminales. La solución más adecuada, según mi criterio, para compaginar la necesidad de rigor en las políticas penales con la participación de los ciudadanos en la determinación de las mismas es la implementación de encuestas deliberativas, en los términos establecidos por Larrauri Pijoan, permitiendo la consecución de una “opinión pública meditada” que se combine con la intervención de expertos mencionada.

Finalmente, como afirma Gabriel, al tratar el fenómeno terrorista se hace necesario eliminar del lenguaje los eufemismos como “cárcel del pueblo” en referencia al lugar en el que eta mantiene secuestradas a sus víctimas, “Movimiento Nacional de Liberación Vasco” en referencia a la organización terrorista, “acción armada” en sustitución de “atentado” o “asesinato”, etc. Estas expresiones promueven la justificación de los actos terroristas: “las palabras también matan, forman parte de la subcultura del terror. [...] Todos [los medios de comunicación españoles] coinciden en que al terrorismo hay que llamarlo por su nombre”. Es preciso evitar el lenguaje que los terroristas utilizan para dar a su actividad un carácter militar, liberador, progresista o de fortaleza organizativa⁸³.

En suma, el fomento del principio de igualdad en las previsiones penales, intervenciones preventivas y represivas adaptadas a los diferentes tipos de terrorismo y a cada individuo concreto, el fomento de un lenguaje mediático y político más realista y menos alarmista, y la intervención de expertos en las decisiones político-criminales podría encaminarnos hacia la consecución de un Derecho Penal más humanitario y racional. De cualquier modo, no hay que olvidar que la supresión absoluta del riesgo no es compatible con el reconocimiento del derecho a la libertad, por lo que es necesario que la sociedad asuma “riesgos residuales”, como indica Robles Planas, ya que no se trata de renunciar totalmente a la seguridad, sino de renunciar a la seguridad total.

BIBLIOGRAFÍA

Beristain Ipiña, Antonio. *Víctimas del terrorismo: nueva justicia, sanción y ética*, Tirant Monografías, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

Caño Paños, Miguel Ángel. “Perfiles de autor del terrorismo islamista en Europa”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, artículo 7, n.º 11, 2009. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/11/recpc11-07.pdf>.

83 El autor añade asimismo que “cuando se produce una detención se debe evitar presentar al terrorista como una especie de héroe mitológico mediante la narración de sus acciones revestidas de profesionalidad asesina, hablando de cómo logró burlar durante años a las Fuerzas de Seguridad, los disfraces que empleaba y su inteligencia criminal. Se transmite una suerte de fascinación por los criminales, dañina para los intereses democráticos. Hay que presentar a estos sujetos como despreciables terroristas”. José Manuel Gabriel. “El papel de la Prensa en el combate al terrorismo”, en AA. VV. *Terrorismo, víctimas ...*, cit., pp. 127-128. Otros autores redundan en la misma idea en la citada obra, como José Antonio Sánchez (“Por una autorregulación responsable”, pp. 133-134), o Javier González Ferrari (“Responsabilidad y beligerancia frente al terrorismo”, pp. 104-105).

Caño Paños, Miguel Ángel. “Reflexiones en torno al ‘viejo’ y al ‘nuevo’ terrorismo”, *Revista Española de Investigación Criminológica*, artículo 7, n.º 7, 2009. Disponible en: <http://www.criminologia.net/pdf/reic/ano7-2009/a72009art7.pdf>.

Carrasco Jiménez, Pedro. “Los condicionantes económicos en la etiología del terrorismo”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, artículo 3, n.º 12, 2010. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/12/recpc12-03.pdf>].

Cid, José y Beatriz Tebar. “Libertad condicional y delincuentes de alto riesgo”, *Revista Española de Investigación Criminológica*, artículo 3, n.º 8, 2010. Disponible en: <http://www.criminologia.net/pdf/reic/ano8-2010/a82010art3.pdf>.

Del Rosal Blasco, Bernardo. “¿Hacia el Derecho penal de la posmodernidad?”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 11, 2009. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/11/recpc11-08.pdf>).

Díez Ripollés, José Luis. “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 7, 2005. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>.

Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DPonencia de %C3%8D%C3%B1igo Ortiz de Urbina Gimeno.PDF

Felip I Saborit, David. “Observaciones a La Expansión diez años después”, en AA. VV. *La crisis del Derecho Penal contemporáneo*. R. Robles Planas y P. Sánchez-Ostiz (coords.). Justicia penal, vol. 21, primera edición. Barcelona, ed. Atelier, 2010.

Fernández Martínez Juan Manuel, “La prescripción en la reforma del Código penal operada por la L.O. 5/2010, de 22 de junio”. *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 7, Pamplona, Aranzadi, 2010.

García Alberó, Ramón. “La nueva medida de seguridad de libertad vigilada”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 6/2010, Pamplona, Aranzadi, 2010.

Garland, David. *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Máximo Sozzo (trad.), Barcelona, Gedisa, 2005.

Giménez-Salinas, Andrea y César San Juan. “In-tolerancia cero: un mundo con menos normas, controles y sanciones también sería posible. (Y quizá nos gustaría más)”, Recensión del libro de Santiago Redondo. *Revista Española de Investigación Criminológica*, recensión, n.º 7, (+2009). Disponible en: <http://www.criminologia.net/pdf/reic/ano7-2009/a72009resena2.pdf>.

González Ferrari, Javier. “Responsabilidad y beligerancia frente al terrorismo”, en AA. VV. *Terrorismo, víctimas y medios de comunicación*. Ed. Fundación Víctimas del Terrorismo en colaboración con la Federación de Asociaciones de la Prensa de España, 2003.

Gudín Rodríguez-Magariños, Faustino. “Cárcel electrónica y sistema penitenciario del siglo XXI”, en Miguel Rodríguez Blanco (dir.), *Anuario Facultad de Derecho Universidad Alcalá de Henares*, Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá, 2005. Disponible en: [http://www.uah.es/derecho/facultad/docs/Anuario 2005/06carcel electronica.pdf](http://www.uah.es/derecho/facultad/docs/Anuario%202005/06carcel%20electronica.pdf). // [http://www.ub.edu/geav/contenidos/vinculos/publicaciones/public16/publicac_pdf/35%20Redondo%20Illescas,%20S%20\(2000\).pdf](http://www.ub.edu/geav/contenidos/vinculos/publicaciones/public16/publicac_pdf/35%20Redondo%20Illescas,%20S%20(2000).pdf).

Larrauri Pijoán, Elena. “La economía política del castigo. A Juan Bustos, in memoriam”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 11, 2009. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/11/recpc11-06.pdf>

López Peregrín, Carmen. “¿Lucha contra la criminalidad mediante el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas?” *Revista Española de Investigación Criminológica*, n.º 1 (2003). Disponible en: <http://www.criminologia.net/pdf/reic/ano1-2003/a12003art2.pdf>.

Martínez Perza, Carmen. “La reforma del Código Penal de 2010”. Artículo de opinión redactado por la abogada penalista y responsable del servicio jurídico y de mediación penal de la Federación Andaluza Enlace. Disponible en: <http://www.unad.org/actualidad/opinion/57187.html>.

Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo. *La introducción de la libertad vigilada en el Derecho penal español: ¿hay motivos para el escándalo?* Disponible en: <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292342418143?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content->

Ragués I Vallès, Ramón. *La prescripción penal: fundamento y aplicación*. Barcelona, Atelier, 2004.

Redondo Illescas, Santiago. “Psicología penitenciaria aplicada: los programas de rehabilitación en Europa”. Ponencia en las Primeras Jornadas de Tratamiento Penitenciario, Peñíscola, octubre de 2000. Disponible en: [http://www.ub.edu/geav/contenidos/vinculos/publicaciones/public16/publicac_pdf/35%20Redondo%20Illescas,%20S%20\(2000\).pdf](http://www.ub.edu/geav/contenidos/vinculos/publicaciones/public16/publicac_pdf/35%20Redondo%20Illescas,%20S%20(2000).pdf)

Robles Planas, Ricardo. “‘Sexual predators’. Estrategias y límites del Derecho penal de la seguridad”. *Inüret, Revista para el análisis del Derecho*, 2007. Disponible en: [http://www.indret.com/pdf/478 es.pdf](http://www.indret.com/pdf/478_es.pdf).

Silva Sánchez, Jesús-María. “El retorno de la inocuización: el caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos”, en Luis Alberto Arroyo Zapatero e Ignacio Berdugo Gómez De La Torre (coords.). *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam*. Cuenca, Ed. Universidad de Salamanca y Universidad de Castilla la Mancha, vol. 1, 2001.

Silva Sánchez, Jesús-María. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2 ed., revisada y ampliada, Madrid, Civitas, 2001.

Varona Gómez, Daniel. *Medios de comunicación y punitivismo. InDret Penal, Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 1, 2011. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/791_1.pdf

Zaffaroni, Raúl. *El crimen de Estado como objeto de la criminología*. Versión en castellano de la exposición presentada en “The Stockholm Criminology Symposium”, Estocolmo, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2506/4.pdf>

Zambrano Pasquel, Alfonso. “Derecho penal del enemigo y la impronta del terrorismo”. *Revista Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología*, edición digital. Disponible en: <http://www.iuspenalismo.com.ar/doctrina/zambranoenemigo.pdf>.