

ANÁLISIS DE LA LIBERTAD VIGILADA COMO MEDIDA DE SEGURIDAD EN EL CÓDIGO PENAL



AUTOR: ANTONIO MANUEL GARCÍA RUEDA

AÑO 2021



AUTOR Y EDICIÓN:

ANTONIO MANUEL GARCÍA RUEDA 2021 ©

Policía Local de Jaén

Núm. Asiento Registral: 04 / 2021 / 4205



Unión Sindical de Policía Local y Bomberos de España

EJEMPLAR DE DISTRIBUCIÓN GRATUITA

Esta publicación gratuita se divulga y distribuye con la colaboración de la U.S.P.L.B.E, Unión Sindical de Policías Locales y Bomberos de España, con la intención de reciclar y perfeccionar en esta materia a los diferentes Policías Locales de España. Se publica como publicación electrónica en la web www.usplbe.es, en la sección de publicaciones de interés policial, estando disponible para su visualización e impresión de cuantos usuarios en sus contenidos

INTRODUCCIÓN.....	1
1. LA SUPUESTA FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL.....	2
2. LA LIBERTAD VIGILADA.....	4
2.1 ANTECEDENTES DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD EN ESPAÑA.....	4
2.3 LA LIBERTAD VIGILADA Y EL DERECHO COMPARADO.....	5
2.3.1 ANTECEDENTES DE LA LIBERTAD VIGILADA EN LA CODIFICACIÓN ESPAÑOLA.....	8
2.3.2 FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA LIBERTAD VIGILADA.....	11
2.3.3 CONCEPTO, CONTENIDO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA LIBERTAD VIGILADA.....	12
2.3.4 CRÍTICAS A LA LIBERTAD VIGILADA.....	14
3. LA INFLUENCIA DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN.....	16
4. LA POLÍTICA CRIMINAL ACTUAL.....	18
5. UNA APROXIMACIÓN AL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.....	22
6. CRÍTICAS AL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.....	23
CONCLUSIONES.....	26

SIGLAS Y ABREVIATURAS EMPLEADAS

Art.	Artículo
CE	Constitución Española
Cfr.	Confróntese
Coords.	Coordinadores
CP	Código Penal
Dir.	Director
L.O	Ley Orgánica
LOGP	Ley Orgánica General Penitenciaria
Núm.	Numero
Ob. Cit.	Obra citada
Rgto.	Reglamento
Pág.	Página
SS	Siguientes
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
Vid.	Véase
Vol.	Volumen

INTRODUCCIÓN

Ante la incapacidad del legislador de tratar a los delincuentes sexuales y terroristas imputables mediante la prevención especial, ya que tras cumplir la condena correspondiente vuelven a delinquir, surge la necesidad de introducir una medida que permita a la sociedad protegerse de tales peligros sociales. La población española que está escandalizada por los sucesos violentos de índole sexual que se comenten sobre menores de edad, así como por los hechos delictivos cometidos por terroristas sobre una población inocente, tiene la firme convicción de que la cárcel y el aislamiento de tal fuente de peligro es la única solución a este problema social que conmueve y atormenta a la opinión pública. Ante esta situación el legislador introduce la medida de la libertad vigilada, con la cual pretende solucionar los miedos y calmar las ansias de justicia de la ciudadanía, al poder introducir tal medida en sujetos imputables. A continuación, se abordará esta medida de seguridad, acometiendo una aproximación al Derecho comparado y a los antecedentes existentes en el ordenamiento jurídico español de medidas similares encaminadas a neutralizar el peligro de determinados delincuentes para posteriormente analizar los inconvenientes y las escasas ventajas que ofrece tal medida; se procederá a examinar la medida de seguridad atendiendo a la doctrina y a los textos legislativos anteriores a la promulgación de la LO 5/2010, de 22 de junio con la que se modifica el Código Penal y comprobaremos la situación actual de la Política Criminal, la cual se encuentra contaminada por los medios de comunicación.

1. LA SUPUESTA FUNCION DEL DERECHO PENAL

El Derecho Penal es una rama de las Ciencias Penales que se ocupa fundamentalmente de proteger a la sociedad de la criminalidad y de ordenar la convivencia social. El hecho de que esta rama del Derecho participe en la protección social, nos advierte sobre la estructura ético-social sobre la que se asienta la sociedad en cuestión, así como de los valores e intereses generales e individuales más importantes de la misma. Así las leyes penales tutelarán aquellos intereses generalmente aceptados por la sociedad, exigiendo a sus miembros unos comportamientos mínimos que garanticen la libertad y el respeto en las relaciones sociales, es decir, intervendrá cuando se vulnere esa frontera ética-social mínima y necesaria para garantizar la convivencia social. Por tanto una función será establecer, mediante la protección de bienes jurídicos, el mínimo social-ético necesario para la convivencia, atendiendo para ello a la opinión de la mayoría¹.

En la evolución del Derecho Penal, la misión de éste ha ido modificándose y configurándose atendiendo a la realidad política, social, cultural y económica de la época, de modo que en ocasiones su misión se ha orientado hacia el individuo como sujeto infractor de la norma o hacia una dimensión social pujante en ese momento, otorgando corresponsabilidad a la comunidad en la aparición del delito y efectuando un reparto de cargas entre el individuo y la sociedad. Actualmente nadie pone en duda la influencia pluridimensional que el sistema capitalista ha provocado tanto en los derechos humanos, en la calidad de la democracia, en el respeto de las garantías individuales y en el derecho penal y procesal penal. Paradójicamente ante un marco capitalista, el cual agita vehementemente la bandera de los derechos, las libertades y

¹ Vid. QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRAT, F. (Colaborador). *Parte General del Derecho Penal*, 3ª edición, Aranzadi, Navarra, 2009, pág. 65 y ss.

las garantías individuales, la sociedad ha experimentado una pérdida constante de garantías, ante lo que algunos precocinaban como la cúspide de la civilización². En la misión del Derecho Penal, será necesario buscar un equilibrio entre la protección de la sociedad y la protección de los derechos fundamentales del individuo, ya que se deben conciliar ambas tutelas jurídicas, puesto que no se debe solucionar un problema social renunciando a los derechos individuales, ya que como manifiesta QUINTERO OLIVARES «no cumple una «función social», ni la pena de desmesurada duración, que nada sirve a la sociedad y que tampoco van a reeducar al condenado, o la Ley que preste igual o superior protección a la propiedad privada que a la integridad física, etcétera»³.

Por tanto, el Derecho penal no se reduce a un sistema de previsión de reacciones jurídicas llamadas penas ante la comisión de un hecho tipificado como delito, sino también, un poderosos elemento que coadyuva a la estructuración de la sociedad y que expresa relaciones de poder y sometimiento en el seno de la misma⁴. Por tanto la misión del Derecho Penal se centra en la protección de bienes jurídicos.

Tanto el legislador, como el administrador del Derecho Penal, no deben de olvidar los fines del tratamiento penitenciario y el espíritu de la Constitución, puesto que existe una excesiva tendencia en desvirtuar los principios penales y constitucionales en favor de unas políticas defensistas plagadas de garantías disminuidas, y nos encontramos como indica QUINTERO OLIVARES ante una disfuncionalidad entre el Derecho positivo y las bases teóricas del sistema⁵. Ante tales disfuncionalidades, se puede apreciar como en determinados supuestos el sistema penal no respeta el principio de intervención mínima, como *última ratio* y junto a estos excesos del Derecho penal, la política criminal se deja en manos de las víctimas de delitos, sus familiares y asociaciones de víctimas que ejercen la presión social y

² Con el sistema capitalista, nos encontramos ante el endurecimiento de unas políticas criminales sin parangón y un *Derecho Penal de la injusticia social*, que es instrumentalizado por el sistema para criminalizar determinados grupos, ya de por sí, marginados en un contexto social en el que la desigualdad y la injusticia están convirtiéndose en los auténticos principios de un sistema capitalista que favorece a las clases sociales dominantes. En este sentido se muestra RIQUERT, que habla de una “criminalidad funcional al sistema”, en RIQUERT, F.L/PALACIOS, L.P. «El Derecho Penal del Enemigo o las excepciones permanentes», en *La Ley, Revista Universitaria*, año V, núm. 3, junio de 2003, pág. 1.

³ Idem, pág. 71.

⁴ Idem, pág. 38.

⁵ Idem, pág. 198.

mediática suficiente para “legislar”⁶ y el resultado es la ausencia de una política-criminal coherente que responda a decisiones meditadas, claras, realistas y eficaces en la lucha contra el delito.

2. LA LIBERTAD VIGILADA

2.1 ANTECEDENTES DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD EN ESPAÑA

Las medidas de seguridad surgen para hacer frente a las disfunciones e incompetencia de la pena como consecuencia jurídica y concretamente surgen como respuesta a la manifiesta peligrosidad del autor de un delito, encaminando las mismas a la reeducación del delincuente y en su caso, a la inocuización del mismo.

Las medidas de seguridad fueron recogidas por primera vez en España en el CP de 1928 y surgen como complemento de la pena y se caracterizaba por tener un carácter jurisdiccional, se aplicaba cuando la Ley Penal castigaba un hecho como delito o falta y se acompañe de un presupuesto de peligrosidad criminal, tenía carácter de pena accesoria y definía el peligro social criminal como «el estado especial de predisposición de una persona, de la cual resulta la posibilidad de delinquir»⁷.

El 4 de julio de 1933, se aprueba la Ley de Vagos y Maleantes, que supone un sistema preventivo de lucha contra el delito, que se desarrolla a través de medidas de seguridad establecidas en base a la peligrosidad pre y postdelictual del sujeto. Con esta Ley se pretende defender a la colectividad social de los sujetos peligrosos antes de que delincan. Con posterioridad, la Ley de Vagos y Maleantes fue derogada por la Ley 16/1970 de 4 de agosto de Peligrosidad y Rehabilitación social, siendo esta última derogada después de sucesivas reformas con la entrada en vigor del CP de 1995⁸.

Como se ha indicado anteriormente, las medidas de seguridad surgen para completar la pena, ya que en determinados sujetos especialmente peligrosos, la pena

⁶ Es inadmisibles que las víctimas sean Juez y parte del conflicto. La Política Criminal debe permanecer aséptica a todo tipo de influencias y para ello debería orientarse por la opinión científica de expertos en el origen del delito y las posibles soluciones, a favor de una mayor transparencia político-legal.

⁷ Vid. Art. 71-2 CP de 1928.

⁸ Reguladas en el Título IV del Libro I, de la LO 10/1995 de 23 de noviembre.

privativa de libertad resulta insuficiente, al tiempo que no surte efecto la prevención especial solidificada en el tratamiento penitenciario, puesto que cuando salen en libertad vuelven a delinquir, dejando en evidencia el postulado resocializador promovido por el art. 25.2 CE. Con la aparición de las medidas de seguridad, fundamentadas en el potencial peligro del sujeto, en los sistemas penales surgen tendencias a aplicar sólo penas o medidas (monismo), aquellos sistemas que aplican penas y medidas (dualismo). Por otra lado, comienzan a desdibujarse los límites existentes entre pena y medida de seguridad, es decir, entre el binomio culpabilidad y peligrosidad y emergen sistemas penales que aplican las penas conjuntamente con las medidas de seguridad, que es el sistema utilizado en sistema penal español, en el cual es posible aplicar una pena de prisión y una medida de seguridad por un mismo hecho. No cabe duda que esta situación genera inseguridad jurídica y en consecuencia estas fórmulas jurídicas alimentan el conocido «fraude de etiquetas»⁹.

2.2 LA LIBERTAD VIGILADA Y EL DERECHO COMPARADO¹⁰

Resulta ineludible recurrir al Derecho comparado a la hora de acometer reformas legislativas y especialmente en lo que respecta al ámbito penal, por afectar a derechos y libertades fundamentales. El Derecho comparado nos aporta una perspectiva que nos permite introducir o eliminar contenidos que por la experiencia de otros ordenamientos jurídicos resulta necesaria al objeto de conseguir una mayor eficacia y eficiencia de la norma. A continuación se efectuará una breve referencia al

⁹ QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRAT, F. (Colaborador) *Derecho Penal. Parte General...ob. cit.*, pág. 114-116.

¹⁰ Vid. MANZANARES SAMANIEGO, J.L. «La libertad vigilada», en *La Ley*, núm. 7386, de 22 de abril de 2010, pág. 4-5; SANTANA VEGA, D.M. «La pena de libertad vigilada en los delitos de terrorismo», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXIX, Universidad de Santiago de Compostela, 2009, pág. 458-460; ROBLES PLANA, R. «'Sexual Predators'. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad», en *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, de 22 de octubre de 2007, pág. 5-8. [www.indret.com]; CGPJ: Comisión de Estudios e Informes (Ponente, URÍA EXEBARRÍA, M), *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal*, aprobado el 18 de febrero de 2009, pág. 31-33.

Derecho comparado de países influyentes en la evolución de las políticas criminales occidentales.

En el Derecho norteamericano, de tradición más defensista y menos garantista, se recoge la institución de la libertad vigilada o *lifettime supervisión* que se cumple generalmente tras la pena de prisión y se impone por la comisión de determinados delitos. El control posterior a la extinción de la pena privativa de libertad se efectúa por un agente o *parole officer*. El reo deberá comunicar los cambios de domicilio y profesión para facilitar el control y éste podrá completarse mediante una serie de prohibiciones u obligaciones similares a las contempladas en el contenido del art. 106 Código Penal español referentes a la libertad vigilada. Respecto a la duración de esta medida ésta puede llegar a ser perpetua. Junto a la medida de libertad vigilada existe el llamado *civil commitment* o *involuntary commitment*, que consiste en un internamiento indeterminado por la persistencia de la peligrosidad del sujeto una vez que se ha extinguido la pena privativa de libertad. Su frecuente aplicación a los delincuentes sexuales se refleja en las llamadas *Sexual Violent Predators-Laws*, que son fruto de la desconfianza en la eficacia y eficiencia de las terapias y por una apuesta por la tolerancia cero y el apartamiento del delincuente.

En el Derecho Alemán, se prevé la «vigilancia de conducta» o *Führungsaufsicht*, que se trata de una medida de seguridad no privativa de libertad, consistente en el lugar de residencia, a la prohibición de permanecer en algunos lugares, a la prohibición de contactar con determinadas personas, a la prohibición de ciertas actividades, a la prohibición de poseer determinados objetos, a la prohibición de tener o conducir vehículos a motor y a las obligaciones de presentación o comunicación de los cambios de domicilio o lugar de trabajo y estará prevista para delitos contra la libertad sexual, lesiones, delitos contra las personas, robo, extorsión, receptación y delitos contra la seguridad general. El control se ejercerá por el Tribunal Provincial que será asistido por un ayudante de prueba. La figura del ayudante supone la diferencia esencial con respecto a la regulación de la libertad vigilada en la legislación española. La duración máxima será de cinco años y una mínima de dos años. Además de la vigilancia de conducta, el ordenamiento alemán dispone del «internamiento por razones de seguridad o custodia de seguridad» o *Sicherungsverwahrung*, que será una medida de

seguridad privativa de libertad, que se cumplirá después de la pena, prevista para combatir la reincidencia en delincuentes violentos peligrosos que resultan una amenaza para la sociedad. En este caso el sujeto es custodiado para proteger a la seguridad, si bien no se cierra la puerta a la resocialización del mismo, ya que se prevé la revisión periódica del custodiado. En cuanto a la duración, *prima facie* será de diez años, aunque podría perdurar indeterminadamente cuando se comprueba que el pronóstico de comportamiento en libertad es desfavorable.

En Italia la habitualidad, la profesionalidad y el delincuente por tendencia pueden ser objeto de aplicación de medidas de seguridad postdelictuales previstas en el ordenamiento jurídico italiano.

En Francia existe lo que se llama “control socio-judicial” posterior al cumplimiento de la pena, de duración variable y carácter terapéutico que será acompañado de medidas de alejamiento o prohibición de ejercer determinadas profesiones.

En el Reino Unido, procede citar la *Criminal Justice Act 2003*, que prevé la *extended sentence*, consistente en un periodo de seguridad tras el cumplimiento de la pena y la *indeterminate sentence*, reservada a los supuestos más graves, que no podrá ser inferior a los diez años, lo que comportaría una *public protection* puede desembocar en la *live sentence* o prisión perpetua.

Mientras las legislaciones internacionales ya habían diseñado medidas de seguridad postdelictuales para hacer frente a las amenazas de delincuentes peligrosos y reincidentes, el CP español únicamente había previsto sólo las medidas de seguridad para sujetos inimputables y con la imputabilidad disminuida, dejando aquellos sujetos imputables fuera de la órbita jurídica una vez que habían finalizado la pena de prisión impuesta en función del principio de culpabilidad. En tal caso, la peligrosidad manifestada y latente en el sujeto, sigue amenazando a la colectividad motivo por el cual legislador impone un control judicial posterior al cumplimiento de la pena, al igual que en las legislaciones expuestas en el Derecho comparado.

2.3 LA LIBERTAD VIGILADA EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

La libertad vigilada surge como respuesta penal de aquellos autores de delitos graves con un pronóstico de reincidencia alto. Ante esta situación, la sociedad se muestra intolerante, puesto que no está dispuesta a correr el riesgo de convertirse en víctima de un sujeto incapaz de ser resocializado mediante la prevención especial. La sociedad demanda al legislador medidas más drásticas y eficaces para prevenir delitos, a priori evitables mediante medidas asegurativas, con el fin de salvaguardar los derechos de las víctimas y garantizar la seguridad colectiva.

Actualmente la libertad vigilada responde, como indica la explosión de motivos del Anteproyecto de reforma de 2008, a «la existencia de una realidad social comprometida con las víctimas, y la presión ejercida por un sector de la población que ha sufrido en sus propias carnes los comportamientos perversos de este tipo de individuos, auspiciado por el debate jurídico que este tipo de hechos ha provocado en los medios de comunicación social y en la opinión pública española, la que ha hecho al legislador mover ficha». En tal Proyecto de Ley Orgánica, esta medida adopta el carácter de medida de seguridad¹¹.

2.3.1 ANTECEDENTES DE LA LIBERTAD VIGILADA EN LA CODIFICACIÓN ESPAÑOLA¹²

El CP de 1822 recoge en el art. 28.6º del Capítulo III “De las penas y sus efectos, y el modo de ejecutarlas”, dentro del apartado de las penas no corporales, la de “sujeción a vigilancia especial de las autoridades”. Luego el art. 78 detalla su contenido: El reo á quién se imponga la sujeción a la vigilancia especial de las autoridades, tendrá obligación de dar cuenta a su habitación y modo de vivir a la autoridad local, y de presentársele en los períodos que esta le prevenga; la cual podrá exigirle fianza de buena conducta cuando esta se hiciere sospechosa; y si no la diere, confinarle en un pueblo ó apartarle en parte de él donde pueda trabajar, y aun

¹¹Por coherencia jurídica se modifica la naturaleza jurídica de pena accesoria prevista en el Anteproyecto de 2008 por la de medida de seguridad, más acorde con la peligrosidad del delincuente.

¹² Vid. MANZANARES SAMANIEGO, J.L. «La Libertad Vigilada, en La Ley 1859/2010, núm. 7386, 22 de abril de 2010, pág. 2-4. SANTANA VEGA, D.M. La pena de libertad vigilada en los delitos de terrorismo, en Estudios penales y criminológicos, nº29, 2009, pág. 449-458.

arrestarle por el tiempo que crea conveniente, si quebrantare este confinamiento; pero sin excederse nunca del término señalado a la sujeción del reo bajo vigilancia de la misma autoridad».

Esta pena se reserva para supuestos de delitos contra la religión del Estado, los delitos contra la Nación y contra la Corona y centrados en el pensamiento y resolución de delinquir a pesar de que aún no se ha realizado ningún acto.

El CP de 1848 sitúa la libertad vigilada dentro de las penas correccionales en el art. 24, bajo la denominación de sujeción á la vigilancia de autoridad, la cual comprende una serie de obligaciones al penado como la obligación de fijar el domicilio y dar cuenta de él a la autoridad que competente, observar las reglas de inspección que aquélla le prefije o adoptar trabajo, oficio, arte o industria si no tuviera medios de subsistencia. Esta pena tenía carácter accesorio y podía ejecutarse durante el cumplimiento de la pena principal o con posterioridad al cumplimiento de ésta, aunque excepcionalmente también podía imponerse como pena principal. La asunción de una serie de obligaciones por parte del penado, refleja un cierto paralelismo con las obligaciones que establece la actual medida de seguridad de la libertad vigilada como control judicial del individuo peligroso. En el CP de 1850 continua recogiendo la pena de vigilancia de autoridad, hasta que el CP de 1870 elimina dicha pena de su catalogo de consecuencias jurídicas.

Con la llegada del CP de 1928, la pena de vigilancia de autoridad es sustituida por las medidas de seguridad que emergen como complemento de la pena, las cuales van orientadas a adoptar medidas de vigilancia especial para aquellos sujetos que manifiestan riesgo y peligro para la sociedad.

Con el CP de 1932, desaparecen las medidas de seguridad, pasando a ser reguladas por la Ley de Vagos y Maleantes del 4 de agosto de 1933. Esta Ley se ocupará de los estados peligrosos pre y postdelictivos y regula la vigilancia de seguridad la vigilancia de autoridad.

Con el CP de 1973, las medidas de seguridad y la regulación de los estados de peligrosidad pasan a ser regulados por la Ley 16/1970, de Peligrosidad y Rehabilitación

Social, la cual recoge en su art. 5 la sumisión a vigilancia de autoridad, que se establecerá en función de la peligrosidad postdelictual:

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

Con la llegada del CP de 1995, queda derogada la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social y con ella cualquier referencia a la libertad vigilada, ni como pena, ni como medida de seguridad. Ya no es hasta el Proyecto de Ley Orgánica de 2007 de modificación del CP de 1995, donde se incluye la posibilidad de aplicar la libertad vigilada como medida restrictiva de derechos que podía aplicarse durante la ejecución de la condena impuesta o una vez cumplida ésta. Aunque la referencia más cercana a la libertad vigilada la encontramos en la LO 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante LORPM), la cual incluye esta medida para varias funciones:

- a) Como segunda etapa de las medidas privativas de libertad (internamiento y libertad vigilada).
- b) Como medida cautelar durante la tramitación del expediente.
- c) Como mecanismo de control de la suspensión de la medida impuesta.
- d) Como medida complementaria de la medida principal.
- e) Como medida principal.

La LORPM tiene en todas sus medidas, incluida la libertad vigilada, un carácter educativo y supervisor por encima de la función de control que pudiera adoptar en el ámbito de los adultos, proyectado sobre la determinación de determinadas obligaciones.

2.3.2 FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA LIBERTAD VIGILADA

Como señala la exposición de motivos del Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre del CP, la realidad social determina que el ordenamiento esté sometido a un proceso constante de revisión, así la evolución social determina que el ordenamiento jurídico esté sometido a un proceso constante de revisión. En la misma línea se pronuncia la LO /2010, de 22 de junio, que modifica el CP de 1995, indicando que la progresiva conquista de niveles de bienestar más elevados no es concebible, en un marco jurídico de respecto a los derechos fundamentales, sin un paralelo avance en materia de libertad y seguridad, pilares indisolublemente unidos del concepto mismo de Estado de Derecho.

Ante la falta de una respuesta adecuada por parte de nuestro ordenamiento jurídico con el que neutralizar las conductas criminales graves, surge la necesidad de cubrir esos vacíos normativos, ya que la sociedad se encuentra ante una situación de inseguridad colectiva, desprotección y vulnerabilidad. Para delincuentes peligrosos, como es el caso de los delincuentes sexuales y terroristas, está demostrado que el tratamiento dispensado en el centro penitenciario no es suficiente o es inadecuado para resocializar al sujeto reincidente e incorregible y ante tal situación la sociedad demanda de los poderes públicos una respuesta penal más contundente que garantice su seguridad y en definitiva sugiere que tales sujetos se mantengan controlados y aislados del resto y solo así la sociedad disminuirá su temor a convertirse en víctima¹³.

Por lo tanto, ante la falta de eficacia preventiva de la pena privativa de libertad, el pronóstico peligroso del delincuente, el elevado índice de reincidencia, la especial gravedad de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y de terrorismo, todo ello sumado a la ausencia normativa de mecanismos legislativos que se ocupen de tal vacío legal han propiciado la creación de la libertad vigilada, la cual estará llamada a tranquilizar a una opinión pública escandalizada por el número de delincuentes que continúan siendo muy peligrosos cuando son puestos en libertad. En este sentido, con esta medida jurisdiccional se pretenderá controlar al delincuente peligroso, imputable y con antecedentes penales graves al ofrecer extender dicha medida de control una

¹³ Ante las disfunciones sociales, el Estado pretende, sin conseguirlo, aplicar soluciones punitivas con la finalidad teórica de solucionar los conflictos sociales y en la praxis satisfacer los deseos de venganza de los colectivos de víctimas, así como minimizar los miedos e inseguridades inherentes a la sociedad actual.

vez que le pena privativa de libertad haya finalizado. Así se efectúa un doble control judicial, ya que por un lado se aplica la pena de prisión en función de la culpabilidad del sujeto y posteriormente se aplica la medida de seguridad de libertad vigilada, con la cual se procurará mantener al delincuente *a raya*¹⁴. Como señala LEAL MEDINA, la libertad vigilada, tanto por sus características concretas, como por la forma de aplicación y ejecución, constituye sui generis una nueva reacción criminal que es elaborada ad hoc por el legislador para satisfacer de manera urgente la necesidad de protección social, (...) que sirve de instrumento para inocular y contener el delito – ordenamiento represivo versus preventivo—¹⁵.

2.3.3 CONCEPTO, CONTENIDO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA LIBERTAD VIGILADA

Como se ha indicado anteriormente¹⁶, la libertad vigilada mantiene una raigambre basada en el control judicial de aquellos sujetos que han extinguido su pena de prisión y con posterioridad a la misma presenta un pronóstico alto de volver a delinquir y en consecuencia continúan configurándose como un peligro para la sociedad. En los últimos años la delincuencia grave se ha polarizado punitivamente en los delincuentes sexuales y en los responsables de delitos de terrorismo y organizaciones criminales.

En un primer momento el ALOCP de 2008, concibe a la libertad vigilada como una pena accesoria que tendría como fin principal la reinserción social del sujeto¹⁷. No obstante, las penas se fundamentan en el grado de culpabilidad del sujeto y por ello, una vez el delincuente ha purgado su culpa por el delito cometido, no puede sostenerse a la libertad vigilada en función de la culpabilidad, si lo que se pretende es

¹⁴ Aplicar por un mismo hecho una pena privativa de libertad y con posterioridad al cumplimiento de la condena, imponer la medida de libertad vigilada podría incurrir en la vulneración del principio non bis in idem, así como en el principio procesal de cosa juzgada, por lo que la aplicación de esta medida con más que guste a la opinión pública y con más que se felicite la clase política, nos debe llevar a penar en la más que dudosa competencia legal.

¹⁵ LEAL MEDINA, J. «La pena accesoria de libertad vigilada en el anteproyecto de reforma de Código Penal; una respuesta de carácter preventivo frente a los delitos sexuales graves», en *La Ley*, núm. 7318, de 12 de enero de 2010, pág. 2.

¹⁶ Vid. *Supra* (2.3.1) Los antecedentes de la libertad vigilada en la codificación española

¹⁷ Parece incoherente que un sujeto se intente reinsertar mediante este mecanismo de control, cuando la filosofía y el espíritu precursor del mismo se asienta sobre la ineficacia de la pena privativa de libertad.

aplicar la misma atendiendo al grado de peligrosidad del sujeto, ya que de lo contrario cabría preguntarse algunas cuestiones:

¿cómo sería posible deducir la peligrosidad de su aplicación si no es a través de un pronóstico que revele la probabilidad de comisión delictiva futura?, ¿no resulta contradictorio realizar dicho pronóstico desde el parámetro de la culpabilidad que es el presupuesto que gobierna la aplicación de las penas?, o ¿cómo se podrá deducir la relación de causalidad entre el sustrato jurídico que proporciona un hecho pasado como el delito, por el cual ha sido condenado el individuo, con la comisión de un hecho futuro, que es en lo que consiste la peligrosidad del sujeto y que debiera dar cobertura a la imposición de la pena de libertad vigilada?¹⁸.

Tales desajustes jurídicos han sido abordados y resueltos en el Proyecto de reforma de 2009, en el cual recibe el tratamiento jurídico de medida de seguridad, en la modalidad privativa de derechos.

En el preámbulo de la LO 5/2010, de 22 de junio que reforma el CP de 1995, se incluye la libertad vigilada como una medida de seguridad que el Tribunal impone, de manera facultativa o preceptiva, según la propia norma señala en cada caso, y cuyo contenido se concreta en una serie de limitaciones, obligaciones, prohibiciones o reglas de conducta, aplicables separada o conjuntamente, dentro de los márgenes de duración específicos que en su caso resulten de la parte especial del Código, tendentes no solo a la protección a las víctimas, sino también a la rehabilitación y la reinserción social del delincuente¹⁹.

Con la última reforma del CP de 1995, se modifica el art. 106 que quedará redactado como sigue:

¹⁸ LEAL MEDINA, J. «La pena accesoria de libertad vigilada...», *ob. cit.*, pág. 2.

¹⁹ Preámbulo IV de la LO /2010, de 22 de junio.

1. La libertad vigilada consistirá en el sometimiento del condenado a control judicial a través del cumplimiento por 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 de 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 aquellos que 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

h) la prohibición de residir en lugares o establecimientos.

i) La prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer actos delictivos de similar naturaleza.

j) La obligación de 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.

2.3.4 CRITICAS A LA LIBERTAD VIGILADA

La aplicación de la libertad vigilada presenta obstáculos procesales y constitucionales difícilmente compatibles con un Estado de Derecho. Por una lado aplicar por un mismo hecho una pena privativa de libertad y con posterioridad al cumplimiento de la condena, imponer la medida de libertad vigilada podría incurrir en la vulneración del principio *non bis in idem* por la imposición de dos sanciones distintas por un mismo hecho, así como en el principio procesal de cosa juzgada, por lo que la aplicación de esta medida con más que guste a la opinión pública y con más que se felicite la clase política, nos debe llevar a penar en la más que dudosa competencia legal. Otra cuestión a abordar sería la innecesaridad de la medida, ante las reformas penales referentes al cumplimiento integro y efectivo de las penas, que por un lado sobrecargan las consecuencias jurídicas del hecho delictivo, ya que nos podemos encontrar con delincuentes que con treinta años se le aplica la pena máxima de prisión de cuarenta años y una vez cumplida la pena se imponga la medida de libertad vigilada por otros diez años más, ¿qué sentido tendría?, y por otro el establecimiento de esta medida asegurativa revierte negativamente en la búsqueda de soluciones para delincuentes peligrosos, reincidentes y con tipología delictiva grave. Además, desde el punto de vista de la prevención especial, ¿cómo va a saber el Tribunal que tiene que imponer la libertad vigilada en las sentencias condenatorias por terrorismo o por delitos sexuales que el condenado a penas de prisión superiores a diez años, va a estar necesitado de esta prevención una vez extinguida la condena a la pena privativa de libertad de diez, veinte o cuarenta años?²⁰ En este sentido se pronuncia GIMBERNAT: ¿Dónde está la bola de cristal que ha permitido al legislador adivinar que un delincuente va a seguir siendo peligroso 40 años después de haber sido condenado?²¹ A mi juicio, la falta de reglamentación en torno a la ejecución y control de la medida supone una de las deficiencias más significativas del texto normativo, ya que es frecuente la facilidad con que el legislador promueve y modifica reformas penales y la dificultad que tiene en realizar una proyección real de tales reformas; bien por resultar

²⁰ SANTANA VEGA, D.M. «la pena de libertad vigilada en los delitos de terrorismo»...ob. cit., pág. 480.

²¹ GIMBERNAT ORDEIG, «La insostenible gravedad del Derecho penal (II)», en El Mundo, 23 de enero de 2009, pág. 9.

innecesarias, bien por precisar un desembolso económico elevado que provoca que una aplicación de la media sui generis, por la falta de medios técnicos y personales. La ambigüedad de la naturaleza jurídica de la libertad vigilada supone otra incompetencia del legislador, puesto que la utilización eufemística del control judicial a través de la medida de seguridad sugiere una pena encubierta más que una mera medida de seguridad no privativa de libertad. Y por último, el pronóstico que revela un índice alto de comisión futura de comisión delictiva, supone una violación del principio de seguridad jurídica, por cuanto la medición cualitativa y cuantitativa de tal magnitud no deja de ser meramente valorativa.

3. LA INFLUENCIA DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

Además de servir como conducto transmisor de información, los medios de comunicación se han convertido en pieza clave para la gestión de la política criminal actual.

La sociedad se caracteriza por tener una sensibilidad selectiva de las víctimas , así, se observa que ante delitos contra la libertad sexual y la indemnidad sexual y los delitos perpetrados por terroristas y organizaciones criminales, la sociedad se muestra especialmente sensible e implacable. Casos como el de los menores *Sandra Palo* o *Mariluz* despiertan en la sociedad sentimientos de venganza, repudio, rechazo y una demanda de mano dura y rigor punitivo contra los autores de tales delitos, ya que se piensa que las penas para tales infracciones penales son escasas o insuficientes, así como, se mantiene la creencia de que los jueces aplican benevolentemente la Ley en favor de los autores, dejando prácticamente indefensas a las víctimas de tales delitos²². Esta situación es canalizada por los medios de comunicación, que modulan la

²² Cfr. AAVV. “Mitos del Derecho Penal”, núm. 11, en Plataforma «Otro Derecho Penal es posible», 2010. [www.otroderechopenal.com]. Desde aquí se muestran contrarios a las recetas penales del rigorismo punitivo –más delito, más penas y de mayor duración – que pareciera convertirse en una suerte de

percepción de inseguridad colectiva de inseguridad ante el delito, convirtiéndose así en la caja de resonancia de las preocupaciones sociales, con el matiz multiplicador que los medios ofrecen de la realidad.

No hay prensa escrita, radiofónica, digital o televisiva que no emitan sucesos sensacionalistas y escabrosos relacionados con los comportamientos criminales, a sabiendas que tales informaciones preocupan al televidente, lector o radioyente, mostrando una tendencia a dramatizar y ahondar en sucesos, historias e imágenes relacionadas con el fenómeno delictivo, con el afán de concentrar la atención del ciudadano, redundando toda esta sistemática en beneficio de los medios emisores, que en definitiva pretenden alcanzar la mayor cuota de pantalla posible²³. Una condición previa para lograr el éxito del populismo punitivo es una opinión pública desinformada, lo que se consigue en muchas ocasiones a través del “amarillismo informativo”²⁴, llevado a cabo mediante informaciones sesgadas y sensacionalistas, en el contexto de una alarma social necesitada de una mejor y mayor seguridad ciudadana.

La representación mediática de los fenómenos criminales adoptan todas las exigencias propias de para que la representación de los mismos lleguen directamente al espectador y éste ubique en su subconsciente la problemática criminal, el incremento de la misma, la sensación de inseguridad y la necesidad de que los poderes públicos adopten medidas duras, estrictas y eficaces contra la delincuencia. Como indica BRANDARIZ, la consecuencia general de toda esta forma de representación es la producción de un efecto de amplificación de la alarma social en relación con

talismán capaz de dar respuesta a toda suerte de variados problemas como el machismo y las relaciones de dominación en la violencia de género, la desigualdad social y de oportunidades, la drogodependencia y la precariedad que laten detrás de la criminalidad urbana, entre otros.

²³ Los medios de comunicación han llegado a poner en práctica sistemas de información de dudosa ética con el fin de llamar la atención del público. Los medios de comunicación se gestionan como una empresa que mercantiliza la información y los sucesos, al objeto de aumentar su público y por ende los beneficios económicos. El rigor informativo se relativiza y en su detrimento se sitúan valores propios de una sociedad de consumo, en la que *prima sólo lo que vende*.

²⁴ Así, GUILALMERT LLOVERAS: “El periodismo ha sido absorbido por una industria de la comunicación en la que el espectáculo y la sensación son el mayor reclamo para asegurar los niveles de difusión y audiencia exigidos por la publicidad, fuente de financiación común a todos”, en «Defendiendo la verdad y la razón» El País, 23 de febrero de 2009, pág. 29.

determinada criminalidad, incrementando el temor al ciudadano a ser víctima de los delitos hipersensibilizados²⁵.

Otra cuestión a tener en cuenta es la politización de los medios, que enfocan la noticia desde perspectivas subjetivas y partidistas, efectuando un ejercicio de minimización y maximización de la noticia según sus intereses.

La repercusión de las noticias macabras acogidas por los medios es mayúscula, hasta el punto de que la clase política incluye en sus agendas políticas, reformas penales con las que remediar los males de la sociedad. Desde este punto de vista las estadísticas se manipulan y las respuestas al delito son impulsivas, irreflexivas y orientadas a incrementar las consecuencias jurídicas de la infracción penal. El poder de los medios en la configuración de las políticas públicas se aleja de los presupuestos necesarios para legislar en un Estado social, democrático de Derecho, ya que se proyecta una influencia alejada de la situación real de la sociedad.

4. LA POLÍTICA CRIMINAL ACTUAL

Las llamadas Ciencias Criminales, configuradas por los saberes de la Criminología, la Política Criminal y el Derecho Penal han de coordinarse para servir óptimamente a la sociedad. Por un lado la Criminología se ocupará de obtener el sustrato empírico para conocer las causas del delito, el delincuente, la víctima y el control social del comportamiento desviado. A la Política Criminal, le corresponde transformar la experiencia criminológica en «opciones» y «estrategias penales» concretas asumibles por el legislador y los poderes públicos y finalmente al Derecho Penal, le concierne concretar las opciones previamente adoptadas (la oferta político criminal de base criminológica), con el lenguaje del Derecho, dándoles forma de normas, de proposiciones jurídicas, generales y obligatorias, con respeto a las

²⁵ BRANDARIZ GARCÍA, J.A. *Política criminal de la exclusión*, Comares, Granada, 2007, pág. 73.

garantías individuales y de los principios y valores de un Estado social y democrático de Derecho²⁶.

Todo este ensamblaje jurídico debe primar en la elaboración de cualquier legislación penal, ya que de este modo se atenderían los conflictos sociales e individuales con el rigor científico que merece cualquier intervención restrictiva de derechos en el individuo. No obstante, la realidad político-criminal dista de las expectativas de rigor científico y racionalidad punitiva necesarias para tales menesteres, ya que la legislación penal es instrumentalizada por la clase política en post de marcados intereses electoralistas.

Las estrategias político-criminales se encuentran en el presente frente a un elevado grado de inseguridad, debido a múltiples factores, pero en gran medida interpretado y vivido como temor a la criminalidad, en sociedades convulsionadas por profundos procesos de mutación, en que las tasas de delincuencia han alcanzado, al igual que el temor social, cotas notables²⁷. Ante esta *inseguridad ontológica*, fruto de los vertiginosos y mal asimilados cambios sociales, los sentimientos colectivos de inseguridad, el miedo a ser objeto de actos delictivos, propician que la orientación político-criminal se centre fundamentalmente en el fortalecimiento de los medios de control formal, en contraste con la pérdida de influencia tradicional de los medios de control informal²⁸.

Otra característica de la política penal actual la encontramos en la influencia exponencial que tiene la representación en los medios de hechos delictivos graves, al actuar como difusores de una alarma social irreflexiva, emocional y desproporcionada sobre la ciudadanía, provocando en la misma una sensación de inseguridad y riesgo potencial irreal. En el discurso político al tiempo que se generan sentimientos de inseguridad, se desarrollan mecanismos para la represión, asistiendo a una *retroalimentación* por parte de los poderes públicos.

²⁶ Cfr. GARCIA-PABLOS, A. *Tratado de Criminología*, 4ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 224-225.

²⁷ BRANDARIZ GARCIA, J.A. *Política Criminal de la exclusión...ob. cit.*, pag. 82.

²⁸ En este sentido, la acción político-criminal se central en el fortalecimiento de los mecanismos jurídico-policiales y penitenciarios, en detrimento de los tradicionales grupos de referencia como la familia, la escuela, el grupo de pares, la identidad local, etc., cuyo vacío no puede sino generar sino sensaciones de baja cohesión social. Vid. BRANDARIZ, J.A. *Política Criminal de la exclusión...ob. cit.*, pág. 60.

Por otro lado, nos encontramos con la desmitificación de la resocialización mediante la pena privativa de libertad y el discurso resocializador²⁹. La opinión pública se muestra reticente e incrédula en que tratamiento penitenciario devuelva a la sociedad a sujetos reeducados y listos para ser reinsertados tras un supuesto proceso de resocialización, sino que tiene la convicción de que el sujeto desviado y especialmente el delincuente por convicción no tiene remedio y ante éste, sólo cabe el aislamiento y la neutralización para que no haga más daño, ya que la sociedad se siente más segura si el individuo altamente peligroso está inocuizado.

Resulta descorazonador que el Código Penal, reformado por enésima vez, haya sufrido en tan solo quince años veinticinco modificaciones. Obviamente la realidad jurídica ha de ser el reflejo de la realidad social y por ende se deben actualizar las normas penales, teniendo en cuenta que la sociedad en que vivimos está sujeta a multitud de mutaciones, aunque tales ajustes jurídicos-sociales han de efectuarse respetando los principios que inspiran el Derecho penal, presidido por el principio de legalidad, intervención mínima, necesidad, proporcionalidad, humanidad, eficacia preventiva y resocialización que un Estado social y democrático de Derecho, tiene incorporado en su Constitución de 1978³⁰.

En la conocida como la *sociedad del riesgo*, la teoría jurídica del delito queda desdibujada, debido a la presión social y mediática que otorgan especial atención a la peligrosidad y al riesgo de convertirse en víctima, en detrimento del principio de culpabilidad, es decir, se imponen penas privativas de libertad en función de la peligrosidad del sujeto³¹, convirtiendo la excepcionalidad en normalidad. El legislador está obligado a buscar las causas del fenómeno criminal para disponer las medidas penales y procesales más idóneas y con ello abandonar la dinámica desoladora de establecimientos penitenciarios colapsados, escasa intervención en el origen de los

²⁹ Vid. GARCIA-PABLOS, A. *Tratado de Criminología...ob. cit.*, pág. 1112.

³⁰ En la misma línea, BRANDARIZ «Las leyes penales en cuanto dispositivos formales que fijan reglas de garantía de convivencia ciudadana, suelen tender a mostrar ciertos déficit de dinamicidad en relación con la realidad social». Vid. *Política Criminal de la exclusión...ob. cit.*, pág. 3.

³¹ Los delitos graves, como son los delitos contra la libertad sexual y los delitos de terrorismo, acarrear consecuencias jurídicas desproporcionadas en cuanto a la duración de las penas, así como la obstaculización que supone para el acceso a la libertad condicional o sustitución de la pena prevista.

fenómenos delictivos, el distanciamiento de los principios que han de regir el sistema penal en un Estado social, democrático de Derecho, le no tratamiento de gran parte de los internos durante el cumplimiento de sus penas privativas de libertad, o la búsqueda de fórmulas especiales de tratamiento penitenciario para casos como los delincuentes por convicción que comenten delitos de terrorismo o delitos contra la libertad sexual e indemnidad sexual³². No podemos mirar hacia otro lado cuando cada revisión legislativa es utilizada para incrementar todavía más las penas en una espiral sin sentido que presenta incluso constatables efectos criminógenos³³, ya que no debemos dejarnos llevar por el «populismo punitivo» que mantiene una estrecha relación con la función simbólica del Derecho penal con la que se pretende reforzar la prevención general y doblegarse a las demandas de la opinión pública, que reclama incesantemente más rigor punitivo y menos condescendencia con el delincuente que supone un peligro social.

GARCÍA-PABLOS, dispone que para la prevención del delito es necesaria una política-criminal que descansa en las siguientes bases³⁴:

1. La eficacia de la política-criminal, ha de centrarse en el *control razonable* del crimen, ya que las cruzadas contra el fenómeno criminal son objetivos utópicos y poco realistas.
2. Control en las intervenciones de los medios y los costes empleados en las mismas, ya que todos los programas empleados deben de ser compatibles con el *Estado social y democrático de Derecho*.
3. *Prevenir es más que disuadir*. En este sentido se hace hincapié en ahondar en las causas del problema criminal, en vez de neutralizar el conflicto a corto plazo.
4. Proyectar programas de prevención del delito a *medio y largo plazo*, al objeto de poder encontrar la etiología del fenómeno criminal.

³² SANTANA VEGA, D.M. «La pena de libertad vigilada en los delitos de terrorismo»...*ob. cit.*, pág. 478;

³³ SUÁREZ-MIRA, C. «Cadena perpetua y fraude de etiquetas», en Faro de Vigo, 27 de enero de 2010, pág. 26.

³⁴ Vid. GARCÍA-PABLOS, A. *Tratado de Criminología*...*ob. cit.*, pág. 981-982.

5. La prevención ha de plantearse como una *prevención social*, en vista de que el delito es corresponsabilidad del sujeto y de la sociedad³⁵.

6. La intervención debe de implicar áreas sociales que *mitiguen causas de exclusión* social que favorezcan el comportamiento desviado.

7. La intervención ha de ser *pluridireccional*, en el sentido de que tiene que orientarse hacia todos y cada uno de los intervinientes en el fenómeno criminal (espacio físico, hábitat urbano, colectivos victimarios, clima social, etc.).

8. Prevención de la reincidencia, ya que mejor que prevenir mas delito, será producir o general menos criminalidad. Para ello será necesario comenzar con un sincero esfuerzo de autocrítica, revisando los valores que la sociedad oficialmente proclama y practica. En todo caso se apunta que la Política Social es un excelente y eficaz instrumento preventivo.

5. UNA APROXIMACION AL EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Según JAKOBS, el sistema jurídico se ha ocupado de fragmentar el Derecho penal en *Derecho penal del ciudadano*, para aquellos cuya conducta es susceptible de ser reconducida mediante la aplicación del Derecho y en *Derecho penal del enemigo*, destinado a aquellos que no son considerados ciudadanos, ya que su comportamiento desviado no es susceptible de ser modelado por el Derecho; se trata de sujetos que carecen de cualquier compromiso social, son incorregibles y perversos para la

³⁵ GARCÍA-PABLOS, señala que el delito es un problema “de” la comunidad que surge “en” la comunidad y debe resolverse “por” la comunidad, (...) ya que los problemas sociales y comunitarios no se erradicán sino que se que controlan razonablemente y por ello es necesario ponderar el coste que la sociedad paga para intervenir legítima y eficazmente, evaluando dicho precio y apostando por los programas menos gravosos. Vid. *Tratado de Criminología...ob. cit.*, pág. 100-101.

convivencia social, a los cuales no se le someten a tratamiento alguno, sino mas bien, el sistema jurídico opta por aislarlos y neutralizar su comportamiento mediante medidas inocuizadoras propias de un Estado de excepción que adopta una actitud defensiva frente a riesgos futuros, aunque legitimadas por el Derecho penal e impulsadas por interpretaciones constitucionales ventajistas y contrarias a cualquier Estado social, democrático de Derecho. Esta corriente penal tiene su origen en la EE.UU y goza de seguidores en todo el mundo, quienes justifican tales “desmedidas” en post de la seguridad ciudadana, encontrando su génesis en la incapacidad del Estado para hacer frente a determinados tipologías delictivas o por la debilidad democrática de algunos Estados³⁶.

En España la aplicación del Derecho penal del enemigo viola los principios de legalidad, proporcionalidad, igualdad y humanidad y demás garantías individuales propugnadas por la CE de 1978. Con las últimas reformas del CP del 95, se advierte la influencia de este movimiento penal defensivo, característico de sociedades con elevados sentimientos de inseguridad y riesgo potencial³⁷.

6. CRITICAS AL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Como señala un importante sector doctrinal, el concepto del Derecho penal del enemigo, es ambiguo con pluralidad de contenidos y contrario a las bases de nuestro Estado democrático de Derecho.

³⁶ Vid. JAKOBS, G. y MELIÁ, C. *Derecho penal del enemigo*, 1ª edición, Civitas, Madrid, 2003, pág. 19-55; FEIJOO SÁNCHEZ, B. El Derecho penal del enemigo y el Estado democrático de Derecho, en MELIÁ, C/ GÓMEZ-JARA, C. (coords.) *Derecho Penal del Enemigo: El discurso penal de la exclusión*, Edisofer, 1º vol., Madrid, 2006, 800 y ss.

³⁷ Buena prueba de ello, la tenemos con la reforma de LO 7/2003 de 30 de junio para el cumplimiento íntegro de las penas, LO 11/2003 de 29 de octubre de las medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros y LO 5/2010 de 22 de junio, en la que se incluye entre otras reformas la Libertad Vigilada como medida de seguridad para los delitos contra la libertad y la indemnidad sexual y los delitos cometidos por terroristas u organizaciones criminales.

En un sistema de libertades, la fidelidad o infidelidad a la norma, desde una dimensión Jakobsiana, no puede determinar la aplicación de un *Derecho penal ad hoc*, sino que debe imperar un único Derecho penal material y procesal para todos, sin etiquetas y sectarismos, ya que este tipo de ordenamientos jurídicos son contrarios a un Estado democrático, social y de Derecho.

Por su parte, FEIJOO defiende que las personas tienen siempre los mismos derechos y deberes y por eso se les puede castigar una y otra vez. Mientras la cuestión de la exclusión social fáctica por parte del orden social (pobreza extrema, marginalidad, etc.) puede llegar a producirse y, por tanto, puede ser un dato relevante para el discurso jurídico, la exclusión normativa no es posible en nuestro sistema jurídico-constitucional ya que iría contra las bases del propio sistema. La Constitución reconoce a todos un estatus mínimo de persona (con sus derechos y libertades fundamentales) sin que nadie se los tenga que ganar, y les reconoce una dignidad (con los derechos inviolables que le son inherentes) que obliga a tratar a todos como sujetos de Derecho e impide tratarlos preventivamente como meros objetos (peligros, riesgos, etc.)³⁸.

Con el Derecho penal del enemigo, surge el derecho penal de autor, en el que se instrumentaliza el uso de la cárcel para neutralizar o inocuizar a sujetos peligrosos, cuya necesidad de mantenerlos en prisión, además de dirigirse a garantizar la seguridad ciudadana –o dar la sensación de ello –, no es otra cosa que la de poner a la sociedad fuera del alcance de tales sujetos³⁹. Con la pujanza de este modelo penal, asistimos a una desestructuración de los principios de la teoría del delito, como es el caso del principio de culpabilidad, el cual debiera situarse como rector de la política criminal, ya que conviene no olvidar que la culpabilidad es el reproche penal por el hecho y no por el autor.

Los Derechos Humanos se encuentran en la actualidad en franco retroceso debido al expansionismo del Derecho penal, tanto en las legislaciones internacionales,

³⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, B. «El Derecho Penal del Enemigo y el Estado Democrático de Derecho», en CANCIO MELIÁ, M/GÓMEZ-JARA DÍEZ. C. *Derecho Penal del Enemigo. El discurso penal de la exclusión...ob. cit.*, pág. 816.

³⁹ FERREIRA DE ABREU, F. ¿Resocialización o inocuización? Acerca del Derecho Penal del Enemigo en el contexto de la reforma penal Venezolana, en CANCIO MELIÁ, M/GÓMEZ-JARA DÍEZ. C. *Derecho Penal del Enemigo. El discurso penal de la exclusión...ob. cit.*, pág. 885.

como nacionales se intenta justificar y legitimar la estructura de un Derecho penal y procesal sin garantías. En este sentido, se abandera la expresión “el fin justifica los medios”, ya que el valor de la seguridad colectiva prevalece sobre los derechos y garantías individuales. La lesión de derechos individuales se calificaría como un mal menor asumible por la sociedad, un coste inferior al beneficio obtenido mediante la neutralización y aseguramiento de peligros y riesgos para la sociedad. Según K. AMBOS las libertades de los ciudadanos –que el derecho penal del enemigo pretende garantizar –también se ven afectados por ello; de esta manera éstas en vez de resultar sólo protegidas, se ven debilitadas⁴⁰, con lo cual este tipo de derecho empobrece los derechos y libertades de toda la sociedad, sin perjuicio, del efecto marginal de determinados grupos sociales.

La razón debe superar y marginar al derecho penal del enemigo y a éste debe oponerse un derecho penal para todos los seres humanos, esto es una concepción humanista del derecho penal y su inalienable dignidad humana⁴¹. CANCIO MELIÁ, mantiene que una respuesta idónea en el plano simbólico al cuestionamiento de una norma esencial debe estar en la manifestación de normalidad, en la negación de la excepcionalidad, es decir, en la reacción conforme a los criterios de proporcionalidad y de imputación que están en la base del sistema jurídico-penal «normal»⁴².

Algunos autores sostienen que la aparición del derecho penal del enemigo encuentra reflejo en las necesidades del sistema capitalista de crear “excepciones” a la aplicación masiva de la normativa positiva en derechos humanos, toda vez que si tales derechos se cumplieran efectivamente serían inviables las condiciones en que se pueden desarrollar dicho sistema⁴³, por lo tanto, la limitación de los derechos individuales se antoja necesario para que el sistema capitalista cumpla sus objetivos y no perturbe la situación de las esferas de poder. Ningún Estado de Derecho ha de depender del modelo económico vigente, ni de los medios de producción, ya que las garantías individuales y colectivas han de situarse por encima de cualquier modelo

⁴⁰ AMBOS, K. *El Derecho Penal frente a amenazas extremas*, Dykinson, Madrid, 2007, pág. 110.

⁴¹ Idem, pág. 124 (cita 209).

⁴² CANCIO MELIÁ, M. «¿Derecho Penal del Enemigo?», en JAKOBS, G/CANCIO MELIÁ, M. *Derecho Penal del Enemigo...ob. cit.*, pág. 97-98.

⁴³ RIQUERT, F.L/PALACIOS, L.P. «El Derecho Penal del Enemigo o las excepciones permanentes»...*ob. cit.*, pág. 8.

económico, puesto que los derechos y deberes le son consustanciales al individuo desde su nacimiento.

CONCLUSIONES

La existencia de una realidad social comprometida con las víctimas, y la presión ejercida por un sector de la población que ha sufrido en sus propias carnes los comportamientos perversos de este tipo de individuos, auspiciado por el debate por el debate jurídico que este tipo de hechos ha provocado en los medios de comunicación social y en la opinión pública española ha hecho al legislador mover ficha⁴⁴.

La libertad vigilada parece que solo está encaminada a tranquilizar a una opinión pública convulsionada por hechos concretos, los cuales han alcanzado una repercusión superlativa debido al efecto multiplicador de los medios de comunicación. A primera vista pudiera parecer legítima la introducción de dicha medida en el ordenamiento jurídico-penal, al objeto de proteger a la sociedad en general y a las víctimas en particular de la tendencia y proclividad delictiva del individuo, aunque la introducción de tal medida tropieza con los principios que han de imperar en un Estado social, democrático de Derecho. No es admisible, estrangular el fundamento de la pena basado en la culpabilidad del autor del delito a favor de un fundamento forjado en la peligrosidad del delito, porque de esta forma el Derecho Penal se encamina hacia un Derecho Penal de Autor y abandona un Derecho Penal del Hecho.

Respecto al estado de la Política Criminal, ésta debe ser llevada a cabo por técnicos y expertos que obliguen al legislador a contar con los aportes científicos obtenidos desde el ámbito de la Criminología, con la finalidad de afrontar el fenómeno criminal con mayores cotas de realismo, eficacia y eficiencia y con los derechos humanos como principio rector de aquélla. No es de recibo en un Estado de Derecho

⁴⁴ LEAL MEDINA, J. La pena accesoria de libertad vigilada...», *ob. cit.*, pág. 1.

que se legisle a dictado de la opinión pública. Las políticas-criminales nadan a contracorriente de los principios y valores constitucionales y prueba de ello son las presentes tendencias punitivas, así como el hecho de que la resocialización del penado pierde apoyos sociales en detrimento de la prevención general, la inocuización del delincuente y el fulgurante protagonismo de la víctima. Con ello, se retrocede a tiempos pretéritos, donde la finalidad de las penas no era otra que provocar aflicción en el infractor y por otro lado, asistimos a un endurecimiento punitivo jamás conocido en la legislación penal española.

La sociedad española está obligada a buscar el equilibrio entre la protección de los intereses del individuo y los intereses de la colectividad, aunque la realidad sitúa la balanza a favor de la colectividad.

A pesar de que la sociedad tiene derecho a defenderse de los ataques de los criminales más despiadados e inhumanos, es necesario precisar que una disminución de las garantías individuales contradice el espíritu de la Constitución Española, ya que como señala SANTANA VEGA, cuando un Estado recrudescer su Derecho penal sólo pone de manifiesto una cosa: la propia debilidad su Democracia y la ineficacia de su sistema político y social⁴⁵.

No cabe duda que la evolución del Derecho Penal español, camina hacia un derecho penal del enemigo, en función del endurecimiento de las penas, la aparición de nuevas conductas criminalizadas, el aumento de los delitos de peligro, la desorientación de las políticas criminales que se encuentran condicionadas por los medios de comunicación, víctimas y demás sectores implicados e interesados en el rigorismo punitivo, propio de Estados autoritarios y sociedades atávicas. El tiempo de condena no debe caer en saco roto, tiene que ser útil y fructífero tanto para el infractor como para la sociedad, así, la potestad punitiva debe de ajustarse simultáneamente al humanitarismo, que no ha de entenderse como simple caridad o

⁴⁵ «La pena de libertad vigilada en los delitos de terrorismo»...*ob. cit.*, pág. 488.

benevolencia, sino como manifestación del respeto a la persona humana, y a la necesidad social del castigo, por encima de toda consideración científica y teórica⁴⁶.

La evolución de la sociedad implica una adaptación del ordenamiento jurídico proporcional, ponderado, nulo en excesos y con la dignidad humana como principio rector de toda reforma penal pero no conviene olvidar que dicha evolución social, exige medias de corte social, es decir, las mutaciones sociales exigen políticas sociales que minimicen las diferencias sociales, así como políticas de inclusión que garanticen una convivencia social más justa y por ende abandonar cualquier política que genere exclusión social, sin perjuicio de que en el sistema capitalista la diferencia de clases es una realidad insuperable.

⁴⁶ QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRAT, F. (Colaborador). *Parte General del Derecho Penal...ob. cit.*, pág. 78.

BIBLIOGRAFIA

- AMBOS, K. *El Derecho Penal frente a amenazas extremas*, Dykinson, Madrid, 2007
- BRANDARIZ GARCÍA, J.A. *Política criminal de la exclusión*, Comares, Granada, 2007.
- CANCIO MELIÁ, C/ GÓMEZ-JARA, C. (coords.) *Derecho Penal del Enemigo: El discurso penal de la exclusión*, Edisofer, 1º vol., Madrid, 2006.
- GARCIA-PABLOS, A. *Tratado de Criminología*, 4ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.
- JAKOBS, G. y MELIÁ, C. *Derecho penal del enemigo*, 1ª edición, Civitas, Madrid, 2003.
- LEAL MEDINA, J. «La pena accesoria de libertad vigilada en el anteproyecto de reforma de Código Penal; una respuesta de carácter preventivo frente a los delitos sexuales graves», en *La Ley*, núm. 7318, de 12 de enero de 2010.
- MANZANARES SAMANIEGO, J.L. «La libertad vigilada», en *La Ley*, núm. 7386, de 22 de abril de 2010.
- RIQUERT, F.L/PALACIOS, L.P. «El Derecho Penal del Enemigo o las excepciones permanentes», en *La Ley, Revista Universitaria*, año V, núm. 3, junio de 2003
- QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRAT, F. (Colaborador). *Parte General del Derecho Penal*, 3ª edición, Aranzadi, Navarra, 2009
- SANTANA VEGA, D.M. «la pena de libertad vigilada en los delitos de terrorismo», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXIX, Universidad de Santiago de Compostela, 2009

LEGISLACIÓN CONSULTADA

- Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal
- Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, de Responsabilidad Penal de los Menores

- Anteproyecto de 14 de noviembre de 2008 de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal
- Proyecto de ley Orgánica de 2009 de reforma del Código Penal
- Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre
- Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal