

S'PRAXI IDE ET PRO

Revista

Julio 2014

34

Revista Penal

Penal



Julio 2014



Revista Penal

Número 34

Sumario

Doctrina:

- La Corte Penal Internacional y el propósito común: ¿Qué tipo de contribución es requerida por el artículo 25(3)d del Estatuto de Roma?, *por Kai Ambos* 5
- El proyecto de reforma del código penal de 2013. Algunas reflexiones político criminales, *por Ignacio Berdugo Gómez de la Torre y Ana E. Liberatore S. Bechara* 19
- ¿Reglamentar o prohibir? Cuestiones abiertas ante la regulación jurídica del cannabis en Uruguay *por Pablo Galán Palermo* 34
- Presente y futuro de las insolvencias punibles, *por Alfonso Galán Muñoz* 54
- Las mujeres como víctimas de la denominada “violencia de género” y el Proyecto de Ley Orgánica de 20 de septiembre de 2013, por el que se modificaría la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, *por Pastora García Álvarez*..... 83
- La (supuesta) supresión de las faltas en el proyecto de reforma del Código penal de 2013, *por Carmen López Peregrín* 102
- El ocaso de la pena de muerte en la Jurisdicción penal internacional. Un ejemplo para la abolición universal, *por Antonio Muñoz Aunión* 123
- La mujer en el umbral del delito, *por Miguel Ángel Núñez Paz* 131
- Algunas cuestiones en relación con la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad en los delincuentes peligrosos, habituales y reincidentes en el Proyecto de Modificación del Código Penal 2013, *por M.ª del Valle Sierra López* 149
- Control de riesgos en la empresa y responsabilidad penal: la responsabilidad de la persona física (directivo, representante legal o administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica) por infringir los deberes de vigilancia o control, *por Javier de Vicente Remesal*..... 170
- El modelo chino para el tratamiento de los delitos de bagatela, *por Yu Wang* 204
- Autoría y participación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, *por Gerhard Werle y Boris Burghardt*..... 212

Jurisprudencia:

- La sentencia del caso *Prestige* (Sobre la responsabilidad de las autoridades españolas), *por Carlos Martínez-Buján Pérez* 224

Sistemas penales comparados: Delitos de bagatela (The *de minimis* doctrine in criminal cases) 242

In Memoriam:

- Winfried Hassemer y la ciencia del Derecho Penal, *por Francisco Muñoz Conde* 293

Bibliografía, *por Francisco Muñoz Conde y Manuel Jesús Dolz Lago*..... 299

Noticias: Declaración de Göttingen sobre policía e investigación en Brasil 307



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferrreolive@gmail.com

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
David Baigún. Univ. Buenos Aires	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Enzo Musco. Univ. Roma
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecosas. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	John Vervaele. Univ. Utrecht
José Luis González Cussac. Univ. Valencia	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Víctor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda y Nieves Sanz Mulas (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Carmen Gómez Rivero y Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Elisa Hoven (Alemania)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Marco Aurélio Florêncio Filho (Brasil)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Yu Wang (China)	Victor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Álvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)	Barbara Kunicka-Michalska (Polonia)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Francesco Diamanti (Italia)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
http://www.tirant.com
Librería virtual: http://www.tirant.es
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.



El Proyecto de reforma del Código Penal de 2013. Algunas reflexiones político criminales

Ignacio Berdugo

Revista Penal, n.º 34. - Julio 2014

Ana E. Liberatore S. Bechara

Ficha Técnica

Autor: Ignacio Berdugo Gómez de la Torre

Adscripción institucional: Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca

Autora: Ana Elisa Liberatore S. Bechara

Adscripción institucional: Profesora Asociada de Derecho Penal. Universidad de Sao Paulo.

Sumario I. Consideraciones previas. II. La prisión permanente revisable. III. Las medidas de seguridad. IV. A modo de conclusión.

Abstract: The authors of this article is presented as object analyzing some key issues of the reform of the criminal code undertaken in Spain. From an examination of the fundamental principles of criminal law and criminal policy in the social and democratic State of law, the authors argue their point of view about the limits to the legitimacy of a criminal law that must be at the service of specific interests of the people, and not only symbolic objectives or meet demands of a sector of the public opinion.

Key Words: Criminal reform; legitimacy of criminal law; criminal policy; revisable life imprisonment; security measures.

Resumen: Los autores del presente artículo se plantean como objeto analizar algunas cuestiones fundamentales de la reforma del código penal emprendida en España. A partir del examen de los principios penales fundamentales y de la política criminal en el Estado social y democrático de Derecho, los autores argumentan su punto de vista sobre los límites a la legitimidad de un Derecho penal que debe estar al servicio de intereses concretos de las personas, y no sólo perseguir objetivos simbólicos o atender a demandas de un sector de la opinión pública.

Palabras clave: Reforma penal; legitimidad del Derecho penal; política criminal; prisión permanente revisable; medidas de seguridad.

Observaciones: Las páginas que siguen tienen como punto de partida el contenido de la conferencia pronunciada por Ignacio Berdugo en el XXV Congreso de Alumnos de Derecho penal y Criminología celebrado en Salamanca los días 13 y 14 de marzo de 2014. Este texto toma como referencia el Proyecto presentado por el Gobierno para su debate en las Cortes y publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 4 de octubre de 2013.

Rec. 01-04-2014 **Fav.** 28-04-2014.

Las legislaciones penales de Brasil y de España están siendo sometidas a paralelos procesos de reforma. El pasado año, tuvimos oportunidad de abordar algunos puntos de la reforma iniciada en Brasil¹, que lamentablemente continúa su tramitación en sede parlamentaria. Hoy pretendemos analizar algunos puntos que juzgamos fundamentales para valorar la reforma emprendida en España. El objetivo es el mismo que en el caso brasileño, intentar contribuir a un debate que, aunque no se haya producido, no deja de ser necesario para lograr una legislación que se acomode plenamente a las exigencias de un Estado que se dice social y democrático de Derecho y que adopta como punto de partida el hombre y sus derechos.

I. Consideraciones previas

1. Los años de vigencia del Código Penal de 1995 han venido caracterizados por las múltiples reformas de que ha sido objeto el texto original, hasta ahora un total de 27, ciertamente de muy distinta entidad, aunque la que está en curso, alguno de cuyos aspectos son el objeto de las páginas que siguen, sea la que tiene una mayor importancia.

Esta abundancia de reformas es susceptible de múltiples análisis, si se busca abordar sus causas y pronunciar sobre los efectos que generan. El más evidente, denunciado por el Consejo Fiscal², es la pérdida de la estabilidad, que está en el origen histórico de la codificación y que es exigible a cualquier legislación, máxime a una legislación como la penal que tiene que hacer de la seguridad jurídica uno de sus rasgos irrenunciables.

Las reformas se han pretendido justificar en unos casos en los cambios de la realidad social, en especial en los debidos a los avances vinculados al desarrollo de las nuevas tecnologías. Estos cambios son ciertos pero no se producen a la velocidad anual que parece apreciar el legislador. Para la explicación de otras modificaciones se alegan obligaciones derivadas de los Convenios Internacionales suscritos por España, en especial los vinculados a la pertenencia a la Unión Europea. Estas obligaciones existen, pero no son tantas, y cuando existen han sido cumplidas con desigual diligencia.

En cualquier caso, los cambios experimentados por la realidad social y el contenido de los tratados internacionales han servido al legislador penal de coartada para llevar a cabo reformas que nada tienen que ver ni con lo uno ni con lo otro.

En realidad, el análisis conjunto de todas estas reformas pone de relieve a veces cambios legislativos que sólo se explican desde el peso que se concede a la opinión pública, que pasa a ser una errónea fuente de legitimación, y que exterioriza siempre la tensión, inherente al ordenamiento penal, entre eficacia y garantía, entre seguridad y libertad, y entre las exigencias que plantea el ciudadano como potencial delincuente y las que aduce el ciudadano como potencial víctima del delito.

2. Una aproximación racional a cualquier reforma hace que sea ineludible la valoración de su necesidad. Ya desde las páginas de “De los delitos y de las penas” el marqués de Beccaria no dudaba en calificar como injusto el recurso no necesario a la sanción penal³. Luego la valoración de la necesidad es el ineludible punto de partida, aunque esta valoración sin duda exterioriza muchas veces una visión de la realidad social o un modelo de sociedad políticamente condicionado y sobre la que se proyectan todos los prejuicios del legislador⁴.

El legislador tiene la legitimación que la elección democrática otorga a sus decisiones y por tanto, a su valoración de la realidad. Pero, concurriendo esta legitimación, cabe preguntarse si alcanza a cualquier decisión

1 Véase, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/LIBERATORE S. BECHARA: *El Proyecto de Código penal Brasileño. Algunas observaciones críticas a la Parte General*, en Revista General de Derecho, Iustel, (19), 2013, passim.

2 El 8 de enero de 2013, se hace público el “Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 24 de noviembre del Código penal”, que en su página 4, afirma textualmente: “La consecuencia indeseable de las modificaciones continuas en los textos legislativos básicos es la inestabilidad, la falta de certeza en el orden jurídico, la ausencia de previsibilidad de las consecuencias del comportamiento humano, y la correlativa disminución de las garantías y de la seguridad jurídica. La provisionalidad de la legislación penal y su cambio casi permanente alteran un sector del ordenamiento (el penal) donde el sosiego jurídico y la sedimentación de los principios es conditio sine qua non para una mínima seguridad”.

3 BECCARIA: *De los delitos y de las penas*, edición al cuidado de Tomás y Valiente, 4ª reimpresión, Madrid, 1969, ver el Capítulo II, “las penas que sobrepasan la necesidad de conservar el depósito de la salud pública, son injustas por su propia naturaleza”.

4 FERRÉ OLIVÉ: *Reformas penales en Brasil y España*, en Revista Brasileira de Ciências Criminas, (105), 2013, p. 211, afirma con contundencia: “La importante reforma ahora en marcha no se realiza por necesidad, sino por pura ideología”.

sea cual fuere su contenido. La respuesta unánime a esta interrogante en un régimen democrático es negativa, pues entran en juego el conjunto de principios constitucionales que condicionan la legitimación del contenido de la decisión, los mecanismos y fundamentos que el propio Estado posee para hacer valer la vigencia del texto constitucional⁵.

Siguiendo esta línea de razonamiento no está de más recordar que el contenido del Derecho penal exterioriza el poder de castigar del Estado, de recurrir al empleo de la violencia, pero que no posee un derecho genérico a castigar. La justificación constitucional del uso de este poder y los límites que la Constitución impone al mismo caso a caso constituye el fundamento de su legitimación⁶.

Del mismo modo, no es posible desconocer que la intervención penal del Estado implica siempre el uso de la violencia y, siendo la finalidad de un sistema democrático solucionar los conflictos sociales a través de la no violencia, existe sin duda una ilegitimidad de origen en el control penal, que necesariamente tiene que estar fundado en argumentos tan fuertes que justifiquen tal actuación, que por eso mismo está sujeta a una revisión y crítica constante⁷.

Este razonamiento, el único aceptable en un Estado social y democrático de Derecho, poco, nada, tiene que ver con la legitimación en la opinión pública, versión

posmoderna de la histórica vieja “huida al Derecho Penal”⁸.

3. Si tomando como referencia obligada estas consideraciones generales nos centramos en la gran reforma, al menos por el número de artículos a los que afecta, que el Gobierno ha enviado a las Cortes⁹, lo primero que sorprende es la práctica ausencia de un debate previo. La razón parece indicar que las grandes reformas deben venir precedidas de grandes debates. En este caso, esto no ha tenido lugar, tan sólo los preceptivos informes del Consejo General del Poder Judicial¹⁰ y del Consejo Fiscal¹¹, sobre el entonces Anteproyecto, ambos por otra parte muy críticos con el contenido de la propuesta gubernamental, y el Dictamen del Consejo Estado, en este caso sobre un texto que recogía algunas de las observaciones que contenían los dos informes mencionados¹². A estos informes deben añadirse los estudios que en relación al Anteproyecto se presentaron al Congreso de profesores de Derecho penal celebrado en 2013 en la Universidad Carlos III¹³.

Con esto no se pretende afirmar la falta de legitimación en quien lleva a cabo la propuesta de reforma, sino sostener que un procedimiento de reforma, para que sea materialmente correcto y se aborden con el distanciamiento y rigor técnico deseable todos los problemas político criminales y técnicos que implica el Derecho penal, requiere tiempo, estudios previos criminológicos

5 Este es entre otros el sentido que tiene el Tribunal Constitucional y su función de legislador negativo. En nuestro país es abundante la bibliografía sobre Constitución y Derecho penal, por todos puede consultarse ARROYO ZAPATERO: *Control constitucional del Derecho y de la justicia penal*, en Cuadernos de Política Criminal, 17, 1982, passim, y MIR PUIG: *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, 2ª edic., Barcelona 1982, en especial, p. 29 y ss.

6 A partir de las ideas de John Leslie Mackie, Juárez Tavares observa que la garantía y ejercicio de la libertad individual no necesita de legitimación, en razón de su evidencia. Por tanto, no hay necesidad de establecer una relación jurídica de derecho privado entre el Estado y el ciudadano, a fin de conferir a este el derecho a la libertad. Concluye el autor que: “Lo que necesita de legitimación es el poder de castigar del Estado, y tal legitimación no puede resultar de que al Estado se le reconozca un derecho de intervenir.” TAVARES: *Teoría del injusto penal*. 2ª. ed., 2002, p. 162. Sobre el tema, v. también ZAFFARONI: *En busca de las penas perdidas*. Bogotá, 1990, p. 7 y ss.

7 En igual sentido, v. BUSTOS RAMÍREZ: *Política criminal y Estado*. Revista Ciencias Penales, año 9, n. 12, 1996, passim.

8 En este tema, v. ROXIN: *Franz von Liszt y la concepción político criminal del Proyecto Alternativo*, en Problemas básicos del derecho penal. Trad. y notas de Luzón Peña. Madrid, 1976, p. 45.

9 Globalmente sobre el Proyecto pueden consultarse los estudios previos al mencionado XXV Congreso de Alumnos, publicados bajo la dirección de PÉREZ CEPEDA y coordinados por GORJÓN BARRANCO: *El Proyecto de Reforma del Código penal de 2013, a debate*, Salamanca 2014. No se puede dejar de resaltar como de forma paralela a la reforma que analizamos el Gobierno ha puesto en marcha una reforma de la regulación del aborto que nos puede llevar a una situación de hace más de treinta años, sobre ella puede consultarse la información que proporciona PALOMERO ROJO: *La nueva reforma del aborto: una vuelta al pasado*, en PÉREZ CEPEDA/GORJÓN BARRANCO, ob. cit., p. 89 y ss.

10 El Consejo General del Poder Judicial, emitió su amplio y crítico informe el 16 de enero de 2013.

11 El Consejo Fiscal, emitió su Informe, al que ya nos hemos referido, el 8 de enero de 2013, y es bastante crítico con muchos aspectos de su contenido y con el procedimiento seguido para su elaboración.

12 El Consejo de Estado emitió su preceptivo Dictamen, el 27 de junio de 2013 y, entre otras cuestiones, subraya también las deficiencias del procedimiento seguido para la elaboración del texto de la propuesta de reforma.

13 Han sido publicados en volumen dirigido por ÁLVAREZ GARCÍA y coordinado por DOPICO GÓMEZ-ALLER: *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia, 2013.

y debates político criminales y dogmáticos¹⁴. Estudios y debates que no nos consta que se hayan producido. En esta misma línea es significativo que no se conoce quien o quienes hayan sido los redactores de este Proyecto de reforma, pareciera que en último término se está ante una acumulación de peticiones de distintos Ministerios, alguno de los cuales cree ver en el recurso al Derecho penal el camino para garantizar su política.

Las vías seguidas en la elaboración del amplio texto de reforma invitan a pensar que las urgencias del legislador se fundan en la búsqueda de la satisfacción de las peticiones cortoplacistas de un sector muy determinado de la opinión pública, en las que, no siempre de modo fundado, el legislador entiende que exteriorizan las demandas de sus posibles futuros votantes.

4. Una vez que un Código está vigente sus reformas, en particular las de mayor importancia, normalmente tienen como objeto el sistema de sanciones o el listado de delitos, es decir, se dirigen a aquellos aspectos de la legislación penal que de forma más directa exteriorizan la orientación político criminal seguida por el legislador.

Por el contrario, los cambios en los contenidos más estrictamente dogmáticos de un Código parecen reservarse para los momentos en que se aborda la redacción de uno nuevo o el cambio de toda su Parte General. Hay que pensar que por ejemplo, los eventuales cambios que se introduzcan en los efectos del error, o en la regulación de la participación o de la tentativa, tienen pocas consecuencias, más bien ninguna, sobre la posición de la opinión pública acerca de lo que tiene que ser castigado, el listado de delitos, o acerca del contenido de dicho castigo, el sistema de sanciones¹⁵.

Según la Exposición de Motivos del Proyecto de reforma, sus tres objetivos claves son: la introducción de la prisión permanente revisable, la modificación del sistema de medidas de seguridad y la revisión del delito continuado. Junto a ellos, lleva a cabo abundantes y de alguna forma dispersas reformas de distintas regulaciones del Código. Por mencionar dos particularmente relevantes, el completar la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas¹⁶, introducida en la reforma de 2010, y la supresión de las faltas, transformando muchas de ellas en la nueva categoría de delitos leves¹⁷.

Del amplio listado de reformas centraremos el análisis en las dos primeras apuntadas, la introducción de la prisión permanente revisable y la revisión del sistema de medidas de seguridad, por entender que son las dos reformas que en mayor medida exteriorizan la orientación político-criminal seguida por la reforma iniciada.

5. La primera interrogante para con carácter general intentar establecer la orientación político criminal de una reforma es plantearse cuáles son las razones que han llevado al prelegislador a intentar llevarla a cabo.

La Exposición de Motivos es clara: *“la necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia hace preciso poner a su disposición un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas en la sociedad como justas”*.

Con razón, el Consejo General del Poder Judicial en su Informe¹⁸ rechaza frontalmente esta fundamentación, en cuanto las consecuencias que de ella se derivan implican que en la sociedad española existe una desconfianza generalizada en la Administración de Justicia y

14 Tal vez sea adecuado recordar aquí todos los debates, estudios, congresos, Proyectos y Anteproyectos que, durante más de quince años, precedieron a la elaboración del vigente Código penal.

15 La excepción a estas afirmaciones es la reforma de 1983 que afectó tanto a cuestiones técnicas como político criminales del anterior Código penal. Pero no se olvide que cualquier reforma, tanto aquella como la que hoy nos ocupa, hay que situarla en el contexto histórico y político en el que tiene lugar.

16 Sobre esta parte de la Reforma propuesta tiene interés el contenido del apartado quinto del ya citado Dictamen del Consejo de Estado. Véase también sobre el texto del Anteproyecto, TERRADILLOS BASOCO: *Responsabilidad penal de las personas jurídicas* en ÁLVAREZ GARCÍA/DOPICO GÓMEZ-ALLER: Estudio crítico sobre el Anteproyecto, cit., p. 171 y ss. Sobre el Proyecto CARRILLO DEL TESO: *Responsabilidad penal de la persona jurídica: pasado, presente y futuro*, en PÉREZ CEPEDA/GORJÓN BARRANCO: El Proyecto de Reforma del Código penal, cit., p. 109 y ss.

17 Tanto el Informe del Consejo Fiscal como el Dictamen del Consejo de Estado, son críticos con la supresión de las faltas, por no apreciar ventajas en la conversión de muchas de ellas en “delitos leves” y por las implicaciones procesales que deben acompañar a una reforma de esta naturaleza. El Consejo de Estado entre otras objeciones no ve sentido a esta propuesta: *“la supresión de las faltas, con la derogación del Libro III del vigente Código Penal que ello implica, supone una ruptura con una larga tradición histórica de nuestro Derecho Penal, plasmada en sucesivos códigos, al menos desde 1848 hasta el ahora vigente de 1995. No se ven las ventajas de la innovación terminológica que la introducción de los “delitos leves” supone —antes al contrario—; innovación que ni nos acerca a los sistemas europeos más próximos al nuestro, ni viene exigida por los propósitos del Anteproyecto”*.

18 El Informe de Consejo General del Poder Judicial es particularmente duro en este punto al afirmar, p. 9 y ss.: *“Este aserto no sólo no se comparte, sino que se refuta categóricamente”*.

que esta desconfianza reposa en que las resoluciones de nuestros jueces son imprevisibles y que, además, con carácter general son percibidas por los ciudadanos como injustas. Si esto fuera así, que no lo es, lo que es más sorprendente es que, como más adelante se expondrá, el alcanzar la previsibilidad de las resoluciones judiciales se haga depender, si se sigue el razonamiento del autor del Proyecto, de la mayor gravedad de las penas, de la prisión permanente, o de la introducción de un mayor grado de indeterminación en las medidas de seguridad.

Las afirmaciones de la Exposición de Motivos conducen directamente a la prevención general positiva, y su plasmación en muchas de las reformas propuestas exterioriza los riesgos que supone seguir esta finalidad para un Derecho penal que debe seguir siendo un Derecho penal que plasme garantías. Pues, difícilmente otro contenido es compatible con las exigencias de un Estado social y democrático de Derecho.

La prevención general positiva, en su pretendida búsqueda de generar en la sociedad una confianza en la norma¹⁹, conduce en la práctica con mucha frecuencia a una búsqueda de la legitimación en la opinión pública²⁰. Lo que lleva a aparcarse garantías y a priorizar una pretendida y falsa sensación de seguridad²¹. Además, obsérvese que la búsqueda de este objetivo prescinde de la función básica del Derecho penal, que no es otra que la protección de bienes jurídicos. Pues, para poder aspirar a lograr esta meta parece claro que la sanción penal debe dirigirse hacia los potenciales delincuentes para evitar los comportamientos tipificados como delitos, pues sólo por este camino se podrá alcanzar la seguridad efectiva, no aparente, de las potenciales víctimas. Orientar el contenido del Derecho penal únicamente hacia las potenciales víctimas difícilmente supondrá una protección real de los bienes jurídicos, como máximo logrará generar en algunos sectores la sensación de que esa protección se está produciendo.

6. Una última consideración de carácter general sobre la legitimación de las decisiones del legislador. Concurriendo la señalada legitimación electoral en el legislador, cualquier proceso de elaboración de una ley penal o de su reforma debe tomar como punto de partida su necesidad. Es decir, tiene que identificarse la existencia de un conflicto para que sea necesario por su gravedad, tomando como referencia siempre la importancia del bien jurídico protegido, recurrir al Derecho penal, o, habiendo recurrido al Derecho penal, se constate que este no logra los fines pretendidos. En síntesis, que exista un problema no resuelto de forma adecuada.

Este razonable punto de partida pasa a ser una exigencia obvia que con frecuencia la práctica demuestra que el legislador olvida. Esta existencia de un problema no afrontado o mal resuelto a su vez requiere estudios de la realidad social que lo pongan de relieve. Si no existe el problema o existiendo está razonablemente resuelto, es obvio que no hay base racional para acudir a las consecuencias negativas que se derivan del recurso al Derecho penal. En síntesis, si no hay necesidad que la justifique, no debe haber reforma.

Afirmada la necesidad de recurrir al Derecho penal entran en juego todos los restantes principios constitucionales, legalidad, humanidad, culpabilidad y reinserción social²². Es decir, la legitimación no se reduce a la legitimación del legislador, sino que, además, necesariamente debe concurrir en el contenido de sus concretas decisiones.

II. La prisión permanente revisable

1. El Proyecto de reforma pretende incorporar como reforma más mediática la nueva pena de la prisión perpetua revisable²³. Un examen de los Códigos españoles pone de relieve como la prisión perpetua, sea revisable

19 Una manifestación expresa de como el Proyecto se vincula a la prevención general positiva la encontramos en el art. 80. 4 propuesto que, al referirse a la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad establece: "No se suspenderá la ejecución de las penas privativas de libertad superiores a un año cuando aquélla resulte necesaria para asegurar la confianza general en la vigencia de la norma infringida por el delito".

20 LIBERATORE S. BECHARA: *Bem jurídico penal*, Sao Paulo, 2014, pp. 213 y ss.

21 PÉREZ CEPEDA: *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal posmoderno*. Madrid, 2007, p. 333 y ss., dedica unas muy interesantes páginas a esta utilización simbólica del Derecho penal. La misma autora en su amplio *Prólogo* a PÉREZ CEPEDA/GORJÓN BARRANCO: *El Proyecto de Reforma del código penal de 2013*, cit., pp. 19-20 concluye, "El hecho de priorizar objetivos retributivos, incapacitantes y disuasivos, unidos a una focalización obsesiva en la seguridad, ha llevado a que se desarrollen estrategias político criminales concretas, de rasgos populistas-autoritarios y segregadores que elevan el nivel de "punitividad", esto es de severidad del sistema penal, criminalizando al pobre, justo en el momento en el que ha habido una eliminación de programas sociales y le mercado laboral se vuelve más permisivo".

22 Sobre estos principios y en general sobre Derecho penal y Constitución pueden consultarse por todos, BERDUGO/ARROYO y otros: *Curso de Derecho penal. Parte General*, 2ª edición, Barcelona 2010, p. 43 y ss.

o no, es una pena excluida hace mucho tiempo de su arsenal punitivo.

Efectivamente la vulgarmente conocida como “cadena perpetua”, aparecía en los códigos decimonónicos. Popularmente se daba este nombre a la pena de trabajos perpetuos, recogida en el art. 47 del Código penal de 1822, que establecía que los condenados a esta pena “constantemente llevarán una cadena”. Aunque, como recuerda Cuerda Riezu²⁴, en realidad era una pena de trabajos forzados que se prolongaba durante toda la vida del condenado. El trabajo y la cadena desaparecían por la edad del condenado o cuando se tratara de mujeres, donde pasaba a ser “reclusión por el resto de la vida”.

El carácter exclusivo de pena privativa de libertad con el contenido de privación de libertad durante toda la vida del recluso se mantiene en todos los códigos del XIX, aunque refiriéndose a ella ya como “cadena perpetua”, pues los condenados a esta pena llevarían una cadena “al pie y pendiente de la cintura”²⁵. Realmente la regulación del Código de 1870 que contemplaba el indulto a los 30 años salvo excepciones y la escasez de establecimiento en Ultramar, que era donde se debían cumplir estas penas, hace dudar de su vigencia real durante el tiempo en el que se aplicó este Código²⁶.

Las cadenas en las prisiones desaparecen con la Segunda República²⁷. Aunque en este momento, las ca-

denas y los grilletes ya no aparecen vinculados a la privación de libertad de por vida, sino al régimen disciplinario de las prisiones. Los Códigos del siglo XX, 1928, 1932, 1944, 1995, consecuencia de regímenes políticos bien diferentes²⁸ prescindieron todo ellos de esta pena. Todos estos legisladores de ideologías a veces opuestas no consideraron necesario recurrir a una pena de estas características.

El panorama legislativo, en el que hemos de situar la valoración de la pretensión de incluir esta nueva pena, se completa con la constatación de la particular severidad del vigente Código respecto a duración de la privación de libertad, si se pone en comparación con el contenido de los Códigos que le precedieron. Aunque el art. 36 establece una duración máxima de 20 años para la pena de prisión, deja abierta la puerta para las excepciones, que pueden llevar hasta los 40 años en los supuestos del art. 76 1.c) y d). Situación a la que hay que añadir la desaparición de la redención de penas por el trabajo que contemplaba el Código anterior²⁹.

2. Con estos antecedentes el Proyecto propone la incorporación de la nueva pena de prisión permanente revisable³⁰. Prisión que puede llegar a ser perpetua si las revisiones previstas no condujeran a la puesta en libertad del reo. La revisión, según el art. 91.1, puede solicitarse cuando se hayan cumplido 25 años de privación de libertad, el condenado esté clasificado

23 En la primera redacción de la propuesta gubernamental, la que fue objeto del Informe del Consejo del Poder Judicial, aunque se recogía ya esta nueva pena, no se incorporaba a la relación de penas del art. 33, lo que fue objeto de crítica por el Consejo, p. 38 y ss., pues se incurría en un quebrantamiento de las exigencias del principio de legalidad.

24 CUERDA RIEZU: *La cadena perpetua y las penas muy largas de prisión: por qué son inconstitucionales en España*, Barcelona 2011, p. 19. La cadena no les debía impedir trabajar y de acuerdo con el Código irían “bien unidos de dos en dos, bien arrastrando cada uno la suya”.

25 En los Códigos de 1848 y 1850, se seguía contemplando la posibilidad de que la cadena estuviera “asida a la de otro condenado”. En el Código de 1870 la cadena pasa a ser individual. Sobre la evolución de esta pena puede consultarse, CUERDA RIEZU: *La cadena perpetua*, cit., p. 20

26 CUELLO CALÓN: *La moderna penología*, Barcelona, 1973, p. 368 y ss. analiza la evolución de la pena privativa de libertad en los Códigos penales españoles del siglo XIX y dentro de ella de la cadena perpetua. En p. 371, recuerda que esta pena se cumplía en África, Canarias y Ultramar, aunque en la práctica sólo se cumpliera en los presidios africanos hasta su desaparición en 1905. La prisión perpetua o la de muy larga duración desaparecen por R.D. de 22 de octubre de 1906, que establecía su indulto sin demora a los treinta años del cumplimiento de la condena.

27 Es oportuno recordar que la estatua de Concepción Arenal situada en el madrileño Paseo de Rosales junto al Parque del Oeste simbólicamente está hecha con las cadenas de la Cárcel Modelo de Madrid, tal como estableció en 1931, Victoria Kent, responsable de prisiones en la España de la II República, sobre su vida y significado, véase, VILLENA: *Victoria Kent. Una pasión republicana*, Madrid 2007.

28 Continúa siendo obligada la referencia en este punto a la clásica monografía de BARBERO SANTOS: *Política y Derecho Penal en España*, Madrid 1977, passim.

29 La redención de penas por el trabajo fue creada en plena guerra civil por Decreto de 28 de mayo de 1937. Sobre esta institución, “una de las más características del nuevo régimen”, y la situación carcelaria de la posguerra que está tras su incorporación al Código de 1944, véase, BARBERO SANTOS: *Política y Derecho Penal en España*, cit., p. 76.

30 En el texto del Anteproyecto se contemplaba esta pena pero no se incorporaba a la relación de penas del art. 33, pues pareciera que sólo se pretendía considerarla como una forma de cumplimiento de la pena de prisión. Defecto que, como ya vimos, fue denunciado en el Informe del Consejo y que ha llevado a su corrección en el texto del Proyecto finalmente presentado a las Cortes.

en tercer grado, al que de acuerdo con el art. 36.1 en estos casos se puede acceder transcurridos 15 años o 20 en los supuestos de condenados por terrorismo. Concurriendo estos requisitos objetivos el Tribunal valorará para tomar su decisión las características que concurren en el interno y en el hecho por el que fue condenado, en la conducta que haya seguido en prisión y en su posible reincidencia³¹. Estos requisitos, en los casos de terrorismo, son complementados con otros vinculados a la política antiterrorista seguida en la actualidad³². La suspensión de la ejecución en caso de serle concedida lo será de acuerdo con el art. 92.3 por un periodo de cinco a diez años, con control judicial de su comportamiento y posible modificación o anulación de la misma.

El autor o autores del Proyecto sorprendentemente precinden de justificar la necesidad de la incorporación de esta nueva pena³³ y se centran a lo largo de la Exposición de Motivos en pretender subrayar su conformidad con la Constitución. Eso sí, sin entrar a explicar la necesidad de su incorporación, que racionalmente es el primer paso para poder afirmar la constitucionalidad de una pena en un momento histórico concreto en una sociedad concreta.

Pero, si se intenta reconstruir el camino que racionalmente debería haber seguido el legislador para afirmar la necesidad de esta nueva pena, la cuestión

clave es si los delitos para los que se contempla su introducción han aumentado en su número, de tal manera que requiera plantearse una alternativa, no necesariamente la prisión permanente, a la respuesta hasta ahora dada. Estos delitos son, asesinatos particularmente graves, homicidio del Rey o del Príncipe heredero, homicidio de Jefe de Estado extranjero, atentados terroristas con resultado de muerte, formas graves de genocidio y formas graves de delitos de lesa humanidad.

La respuesta a la interrogante planteada es justamente la contraria, los informes y estadísticas oficiales ponen de relieve la disminución de estos delitos de gran gravedad y como la tasa de la criminalidad de los mismos en España es menor que la de la mayor parte de los países europeos³⁴.

Luego, volvamos al comienzo y busquemos la explicación en los Motivos aducidos para llevar a cabo la Reforma, que no son otros, como adelantábamos, que la búsqueda de esa falsa legitimación que proporciona la satisfacción de demandas de un sector de la opinión pública.

Siempre se afirmaba que no era aconsejable legislar a golpe de telediario, menos aún lo es hacerlo a golpe de *realities shows*. Parece claro por tanto que estamos ante una clara manifestación de Derecho penal simbólico asentado en la consideración de una finalidad de pre-

31 Textualmente el art. 92. 1. c) establece "Que el Tribunal, a la vista de la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas, pueda fundar, previa valoración de los informes de evolución remitidos por el Centro Penitenciario y por aquellos especialistas que el propio Tribunal determine, la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social".

32 El art. 92. 2 establece: "Si se tratase de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, será además necesario que el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades".

33 El *Dictamen del Consejo de Estado*, aunque sostenga la constitucionalidad de esta pena, afirma en su apartado 7: "*Este Consejo de Estado no puede, por tanto, sino discrepar de la forma en que se ha presentado esta importante decisión de política penal y penitenciaria, e insistir en la necesidad de que una reforma de tal envergadura vaya acompañada de una justificación profunda, detallada y respaldada por datos precisos de las razones que la motivan. En último término, corresponderá en todo caso al legislador valorar la oportunidad de la medida, pero el proyecto de Ley Orgánica que el Gobierno remita a las Cortes Generales debería contener, en su exposición de motivos, una clara referencia a los referidos motivos o circunstancias, y habría de acompañarse de una Memoria justificativa que lo sea verdaderamente en lo que afecta, cuando menos, a este punto*". Como vemos el Proyecto no satisface estas recomendaciones del Consejo de Estado.

34 Puede consultarse además de las estadísticas del Ministerio del Interior, las páginas que dedica al tema el Consejo General del Poder Judicial en su ya citado *Informe al Anteproyecto de reforma*, cit., p. 43 y ss.

vención general positiva, al pretender con esta nueva pena³⁵ una afirmación de la confianza de la comunidad en el Derecho penal³⁶.

Es decir, el legislador al incorporar una medida de esta naturaleza no busca incidir sobre el número de delitos, dotar al Derecho penal de una mayor eficacia, sino satisfacer las demandas que le plantean determinados sectores de la sociedad. Finalidad que encaja con dificultad dentro de la política criminal de un Estado social y democrático de Derecho.

3. La Exposición de Motivos acude en primer lugar al argumento de Derecho comparado. El autor subraya como Alemania, Francia, Italia o Suiza contemplan esta pena. El argumento es pobre, pues en primer lugar, el derecho es consecuencia de la evolución histórica de cada país. Normalmente en estas legislaciones la prisión permanente aparece vinculada a la abolición de la pena capital y de alguna manera, en muchos casos, puede ser considerada un resto histórico³⁷.

Además el comienzo de las revisiones de la permanencia en prisión en estas legislaciones, con la salvedad del caso italiano³⁸, se lleva a cabo antes de lo que pretende el legislador español. Es particularmente significativo, por el debate que acompañó a esta pena, el caso de Alemania donde la posibilidad de revisión se sitúa en los 15 años³⁹.

Pero para utilizar racionalmente este argumento y siempre que se considere, que el Derecho penal busca evitar que se realicen comportamientos que lesionen o

pongan en peligro bienes jurídicos, se requeriría que apareciera como necesaria una modificación de la respuesta que se da en la actualidad a los delitos para los que el Proyecto pretende introducirla y que en los países en que se contempla se demostrara su eficacia. Ni una cosa ni otra se dan.

4. El prelegislador insiste en la conformidad a la Constitución de esta pena, lo que en cualquier caso requiere haber superado el filtro de la necesidad de esta reforma, filtro que hay que vincular al modelo de Estado. La falta de necesidad de una reforma penal es una razón de peso para cuestionar su legitimidad.

En este sentido, la insistencia de la Exposición de Motivos en la constitucionalidad de la prisión permanente revisable revela en buena lógica el temor del autor del Proyecto a que no lo sea y sus fundadas cautelas, adelantadas por un sector de la doctrina⁴⁰, a tener que afrontar un debate de esta naturaleza.

Aceptemos, a efectos puramente dialécticos, la necesidad de una pena de estas características⁴¹. Pese a ello no basta pues cualquier medida que se demuestre empíricamente efectiva tiene que pasar por el tamiz de la política criminal aceptable en un Estado social y democrático de Derecho, la que aparece delimitada por los principios constitucionales.

Una pena de estas características entraría en contradicción con lo dispuesto en el art. 25.2 de la Constitución, que, como es sabido, establece que “las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán

35 Técnicamente la prisión permanente revisable se trata de una nueva pena que se incorpora a la relación contenida en el art. 35 del Código penal y no una duración más prolongada de la pena de prisión. Con ello el desconocido autor del Proyecto incorpora la crítica que en este punto formulaba el Informe del Consejo General del Poder Judicial.

36 El debate en el Congreso de la Reforma de 2010, en la que el Grupo Popular ya pretendió incorporar la prisión permanente revisable, ver las referencias que de la misma lleve a cabo CUERDA RIEZU: *La cadena perpetua*, cit., p. 27 y ss., pone de relieve la relación existente entre prevención general positiva y retribución, pues aquella pretende lograr sus fines dando satisfacción a las demandas de retribución que incorporan nuestras sociedades, como irracional demanda. En este sentido es significativa la intervención final del Sr. Trillo, que recoge CUERDA RIEZU, cit., p. 31, en la que literalmente manifiesta: “*El grupo Parlamentario Popular quiere un sistema de penas, que podemos seguir trabajando juntos, en donde la retribución —que es su finalidad principal, para nosotros, en efecto— signifique ni más ni menos que aquello que recogía Cela en Pascual Duarte, que el que la hace la pague*”

37 En este sentido, véase CUELLO CALÓN: *La moderna penología*, cit., p. 164 y ss.

38 De acuerdo con el art. 176 del Código penal para obtener la libertad condicional se requiere que se haya cumplido al menos 26 años de privación de libertad.

39 Ver la información que con abundante bibliografía proporciona CUERDA RIEZU: *La cadena perpetua*, cit., p. 47 y ss. y 52 y ss. o las páginas que el *Informe del Consejo General del Poder Judicial*, cit., p. 30 y ss. dedica a la situación de esta pena en el ordenamiento alemán.

40 Junto a la monografía de CUERDA RIEZU: *La cadena perpetua*, cit., que reiteradamente hemos citado en este estudio, puede también consultarse toda la amplia bibliografía que cita en el capítulo V, titulado “La infracción de la prohibición de penas y tratos inhumanos y degradantes”, p. 89 y ss.

41 Puede afirmarse que es necesaria una pena de estas características, como por otro lado parece sostener el autor del Proyecto, para reforzar la confianza de la comunidad en la norma, pero esa afirmación como sostenemos en texto es falsa pues esa una finalidad de esa naturaleza no está encaminada a la protección de los bienes jurídicos o si se prefiere a lograr la no realización de los comportamientos considerados como delictivos.

orientadas hacia la reeducación y reinserción social...”. Pues, aunque como han sostenido, tanto la doctrina⁴² como el Tribunal Constitucional⁴³, esta afirmación no implica que esta sea la única finalidad de la pena, ni supone un derecho subjetivo del interno, lo que es indiscutible es que impone al legislador la obligación de dictar leyes que no impidan que se lleve a cabo la reinserción social del reo y una privación potencialmente perpetua y con las limitaciones en su cumplimiento que contempla la pretendida reforma es claro que, pese a las reiteradas afirmaciones contenidas en la Exposición de Motivos, obedece exclusivamente a una finalidad inocuidadora.

No creemos por tanto, que la referencia al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, vinculando la constitucionalidad a la existencia de una revisión de la pena, sea argumento suficiente para afirmar su constitucionalidad en nuestro Derecho⁴⁴. La razón clave está en el mencionado artículo 25 y se refuerza por como aparece propuesta esta pena en el Proyecto de reforma tanto en la periodicidad de la revisión, como en el régimen de cumplimiento de la misma. Si ya con carácter general se duda sobre la posibilidad de reinserción social a través de la prisión⁴⁵ es ilusorio creer que se pueda obtener transcurridos 25 años y habiendo podido acceder al tercer grado transcurridos en el mejor de los casos 15. No deja de sorprender la referencia a estos plazos en la Exposición de Motivos se explicita con “una vez cumplida una parte mínima de la condena”, aunque la referencia sea el carácter perpetuo.

A esta objeción de constitucionalidad hay que añadir que una pena con este contenido puede chocar con la

prohibición del art. 15 de las “penas o tratos inhumanos o degradantes”. La consideración de la historia del Derecho penal de forma paralela a la del Estado de Derecho, pone de relieve como en los últimos doscientos años se ha producido una humanización de la sanción penal. En este sentido, el endurecimiento que supondría la incorporación de la prisión perpetua a nuestro catálogo de penas supondría un paso atrás de casi noventa años.

El endurecimiento de las penas no implica sin más que estas merezcan ser calificadas como inhumanas o degradantes. Pero el contenido de la agravación, la posible prisión de por vida, si permite en el momento actual que se haga merecedora de estos calificativos y por tanto de una posible inconstitucionalidad.

Los dos términos empleados por la Constitución tienen carácter normativo, están vinculados a la dignidad humana y su contenido debe ser dado en un momento histórico concreto y en una sociedad determinada, y en ningún caso parecen aceptables retrocesos en el contenido de la dignidad de la persona en un modelo de sociedad que dice tomarla como base.

Con la inmensa mayoría de la doctrina española⁴⁶ pensamos que el internamiento de muy larga duración y desde luego la prisión de por vida, aunque sea revisable, hace de la privación de libertad una pena que hoy debe ser considerada como inhumana y con efectos de degradación en la persona a ella sometido.

No creemos, en contra de lo que establece un dividido Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que el carácter de inhumano o degradante quede paliado por la revisión de la condena y menos aún cuando esta revisión se vincula al ejercicio del discrecional derecho de gracia⁴⁷.

42 Ver la información que se proporciona en, BERDUGO/ARROYO y otros: *Curso de Derecho penal*, cit., p. 80 y ss.

43 Ver la importante sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de febrero de 1988, seguida por muchas otras, que contempla este precepto como un mandato al legislador que no excluye otras finalidades en la pena pero que excluye aquellas que por su duración o contenido impidan la resocialización.

44 Aunque la afirmación de la constitucionalidad vinculada a la existencia de la revisión sea también la postura del Consejo de Estado en el apartado 7 de su *Dictamen*: “A la vista de todo lo anterior, parece evidente que la pena de prisión permanente revisable prevista en el Anteproyecto sometido a dictamen no sería contraria a las exigencias del artículo 3 del Convenio de Roma, en la medida en que, como se vio, articula un completo mecanismo de revisión de la pena que ofrece al condenado a la misma un horizonte de liberación, sin que el hecho de que el elevado periodo de cumplimiento mínimo de la pena que se establece sea suficiente para enervar dicha conclusión” y más adelante, “A la vista de todo cuanto precede, el Consejo de Estado entiende que la compatibilidad de una pena de prisión permanente con los artículos 15 y 25.2 CE depende, en primer término, de que se articulen posibilidades para su revisión”.

45 Por todos véase, MUÑOZ CONDE: *La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito*, Cuadernos de Política criminal, 1979, *passim*.

46 Ver con amplia referencia doctrinal CUERDA RIEZU: *La cadena perpetua*, cit., p. 95 y ss. FERNÁNDEZ GARCÍA: *Las penas privativas de libertad en la Reforma Gallardón: especial referencia a la prisión permanente revisable*, en PÉREZ CEPEDA/GORJÓN BARRANCO: *El Proyecto de reforma del Código penal de 2013*, cit., p. 69 y ss., analiza la regulación del Proyecto pronunciándose por su inconstitucionalidad.

47 CUERDA RIEZU: *La cadena perpetua*, cit., p. 89 y ss., analiza la posición del Tribunal de Estrasburgo y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán.

La Exposición de Motivos una vez más insiste en el valor del carácter revisable, pues sostiene que “lo que determina la inhumanidad de una pena es la falta de un horizonte de libertad”. Esta afirmación es cierta pero puede aplicarse también a aquellos supuestos en que el horizonte es tan lejano que por la edad del condenado o por la incertidumbre del mismo parece imposible o poco probable el llegar a alcanzarlo.

5. En síntesis, al proponer la introducción de la prisión perpetua estamos ante una reforma no necesaria, no fundamentada y de muy dudosa constitucionalidad.

Tal vez esta sea una propuesta de reforma que abre un debate de gran repercusión en la opinión pública y sirve de excusa para no abordar la discusión de otros puntos de la reforma propuesta.

Una última reflexión, hace 40 años la prevención especial llevaba a demandar disminuir la duración de la prisión, hoy la prevención especial lleva a la prisión perpetua, eso sí, revisable. Parece que, dentro de los contenidos que apuntaba Von Liszt en su Programa de Marburgo⁴⁸, hemos pasado de la optimista resocialización a la inocularización, con los riesgos que esta vía implica, tal como la historia dramáticamente nos ha puesto de relieve⁴⁹.

III. Las medidas de seguridad

1. La reforma que se pretende introducir en el sistema de medidas de seguridad es una de las de mayor calado. Para entender mejor su trascendencia es conveniente recordar, aunque sea con brevedad, la historia de las medidas de seguridad.

El positivismo criminológico en la segunda mitad del siglo XIX pretende un análisis científico del fenómeno delictivo, lo que le lleva, desde un primer momento, a la negación del libre albedrío como base de la responsabilidad penal⁵⁰ y a vincular la misma al hecho de vivir en sociedad, construyéndola sobre la peligrosidad⁵¹. Este nuevo punto de partida conduce a la prevención especial y lo científico es determinar las causas que han llevado a una persona concreta a delinquir y actuar sobre ellas y hacerlo sin las rigidices de una concepción de la pena como respuesta al hecho realizado. A partir de ese momento se abre el debate entre un Derecho penal del hecho y un Derecho penal de autor. A título de ejemplo, se puede entender al Derecho penal como la respuesta frente al hecho de robar o como la reacción que se tiene frente al ladrón. Es decir, la opción se establece entre castigar al autor por lo que ha hecho, robar, o por lo que es, ladrón.

La peligrosidad del delincuente para la sociedad, como fundamento de su responsabilidad, conduce a la incorporación de las medidas de seguridad como nueva respuesta de contenido penal⁵², con carácter general, a hacer depender la duración de la misma de su permanencia y no de la entidad del delito cometido⁵³. Teóricamente no es preciso que se realice un hecho delictivo para que se aprecie la peligrosidad⁵⁴ y se ponga en marcha toda la maquinaria del Derecho penal, la clave es el pronóstico de futuros comportamientos en los que se plasme la peligrosidad.

La mejor prueba de a dónde puede llegar el contenido de un Derecho penal que se construya sobre estas bases

48 VON LISZT: *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, en Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 1883, pp. 1-47, hay traducción al español, *La idea de fin en Derecho penal*, traducción de Pérez del Valle, Granada, 1995.

49 Entre las distintas investigaciones que ha llevado a cabo sobre esta materia puede consultarse, MUÑOZ CONDE: *Los orígenes ideológicos del Derecho penal del enemigo*, en Revista Penal, 26, 2010, en especial p. 143 y ss.

50 Es significativo que la tesis doctoral de FERRI, autor de la *Sociología criminal*, 2 volúmenes, Madrid, s/f, y uno de los padres del positivismo criminológico llevara por título justamente “Teoría de la imputabilidad y negación del libre albedrío”, lo que unido a las posiciones defendidas por Lombroso llevaba a rechazar a la libertad como base de la responsabilidad criminal. Sobre el positivismo criminológico ver las páginas que dedico en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: *Viejo y nuevo Derecho Penal*, Madrid 2012, p. 56 y ss.

51 El concepto de peligrosidad es originalmente denominado como “temibilidad” y es elaborado por GARÓFALO: *La criminología*, traducción de Dorado Montero, Madrid, s/f. p. 405 a la que definía como “la perversidad constante y activa del delincuente y la cantidad de mal previsto que hay que temer por parte del mismo delincuente”.

52 Las medidas de seguridad fueron creación de STOSS, autor del Proyecto de Código penal suizo en 1893, vid. *Schweizerisches Vorentwurf mit Motiven*, Basilea 1894. En derecho positivo, el primer código europeo que las incorpora es el Código penal noruego obra de GESTZ y HAGERUP, el texto traducido al francés puede consultarse en *Nouveau Code Pénal Norvegie*, París 1903. En España aparecen por vez primera en el Proyecto Montilla de 1902, obra de Bernaldo de Quirós, un extracto del mismo puede verse en BERNALDO DE QUIRÓS: *Las nuevas teorías de la criminalidad*, 2ª edición, Madrid 1908, p. 230 a 236.

53 La indeterminación de la duración es la respuesta científica y pasa a ser tema clave de debate. Baste recordar el contenido de la tesis doctoral de JIMÉNEZ DE ASÚA: *La sentencia indeterminada. El sistema de penas determinado a posteriori*, Madrid 1913.

54 Sobre este punto véase, MIR PUIG: *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona, 1976, p. 23 y ss.

la tenemos en su empleo por Estados totalitarios⁵⁵ o en el Derecho penal de medidas de nuestro país, asentado sobre la Ley de Vagos y Maleantes de 1933, sustituida en 1970 por la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social⁵⁶, en ambas se contemplan medidas de seguridad predelictuales, con lo que se pasa de la peligrosidad criminal a la más amplia e inconcreta peligrosidad social⁵⁷. Este olvido de las garantías lleva a la utilización del Derecho para imponer una ideología política, una determinada ética, o ambas cosas.

En vigor la Constitución de 1978, el Tribunal Constitucional estableció la incompatibilidad de estas medidas predelictuales con las garantías inherentes al Estado de Derecho⁵⁸.

2. La realidad nos evidencia que el punto crítico del Derecho penal de medidas está en las garantías. Lo que afecta tanto a la constatación de la peligrosidad, que debe exteriorizarse en la realización de un hecho delictivo, como al contenido de la medida impuesta o a su duración, en especial cuando esta deja de vincularse al delito cometido y pasa a depender sólo de las condiciones que concurren en aquel al que se impone una medida y en pronósticos sobre su futuro comportamiento.

La problemática de las medidas se torna más compleja cuando la peligrosidad se aprecia en quien concurre todos los requisitos para hacerse acreedor de la imposición de una pena, máxime cuando, como es el caso de nuestro ordenamiento, el art. 25 de la Constitución establece que ambas, pena y medida, cuando supongan privación de libertad estarán orientadas hacia la misma finalidad, la reinserción social. Es decir, los casos de un imputable o de un semimputable a los que se puede llegar a imponer pena y medida.

Hasta ahora el Código español vincula la duración máxima de la medida a la de “la pena abstractamente aplicable al hecho cometido”, art. 6.2, y sigue el sistema vicarial o de sustitución para los casos en que se han impuesto conjuntamente pena y medida al establecer, art. 99 del Código penal, que, “en el caso de concurrencia de penas y medidas privativas de libertad, el juez o tribunal ordenará el cumplimiento de la medida, que se abonará para el de la pena”⁵⁹. Esta regulación no supone que el fundamento de la medida deje de ser la peligrosidad, que, por otro lado, expresamente recoge el vigente art. 6.1⁶⁰, sino que se establece una garantía respecto a su duración que cobra pleno sentido si se tiene en cuenta que se trata de peligrosidad criminal y que esta tiene que haberse exteriorizado a través de la comisión de un hecho delictivo, justamente el que se utiliza como delimitador del marco máximo de duración de la medida. Prescindir de esta garantía es emprender un camino de difícil retorno y de riesgos para las garantías individuales de las que, por cierto, también es titular el ciudadano que ha delinquido aunque se estime que es peligroso.

En síntesis, la regulación del Código de 1995, al establecer estas limitaciones cumplimenta claramente las exigencias propias de un Derecho penal del hecho, aunque ciertamente la reforma de 2010 ha abierto una grieta en esta estructura al incorporar la medida de libertad vigilada⁶¹, ampliamente regulada en el art. 106 y de aplicación, en su caso, y por una duración que puede llegar hasta los diez años, una vez cumplida la pena privativa de libertad. Con esta medida se da un primer paso por el camino de la inocuización y de satisfacer, también aquí, demandas de sectores de la opinión pública respecto a los responsables de determinados delitos.

55 Recuérdese como ejemplo suficientemente significativo la base y contenido del Derecho penal nacional socialista. Sobre este punto, por todos, puede consultarse la muy ilustrativa investigación llevada a cabo por MUÑOZ CONDE: *Edmundo Mezger y el Derecho penal de su tiempo: estudios sobre el Derecho penal en el nacionalsocialismo*, 4ª edic., Valencia 2003.

56 Por todos véase los artículos que a esta legislación dedica BARBERO SANTOS: *Los marginados ante la ley penal*, y *La Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social: su reforma*, en *Marginación social y Derecho represivo*, Barcelona 1980, pp. 129 y ss. y la monografía de TERRADILLOS BASOCO: *Regulación española de las medidas de seguridad y garantías individuales*, Madrid, 1980

57 Sobre la peligrosidad social vid. BARBERO SANTOS: *Los marginados ante la ley penal (la ley de peligrosidad y rehabilitación social de lege ferenda)*, en *Estudios Penales*, Libro homenaje al Pro. J. Antón Oneca, Salamanca, 1982, p. 39 y ss.

58 Ver las sentencias del Tribunal Constitucional de 27 de noviembre de 1985 y de 14 de febrero de 1986.

59 El art. 99 concluye: “Una vez alzada la medida de seguridad, el juez o tribunal podrá, si con la ejecución de la pena se pusieran en peligro los efectos perseguidos a través de aquella, suspender el cumplimiento del resto de la pena por un plazo no superior a la duración de la misma o aplicar alguna de las medidas previstas en el art. 96.3”.

60 El art. 6.1 establece: “Las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito”.

61 Con carácter general sobre esta medida puede consultarse críticamente GARCÍA RIVAS: *La libertad vigilada y el Derecho penal de la peligrosidad*, en *Revista General de Derecho penal*, Iustel, (16), 2011, passim. También véase, ALCALÉ SÁNCHEZ: *Nuevos presupuestos para la imposición de penas y medidas de seguridad*, en PÉREZ CEPEDA/GORJÓN BARRANCO: *El Proyecto de reforma del Código penal de 2013 a debate*, cit., p. 25 y ss.

3. La Exposición de Motivos del Proyecto de Reforma inicia la explicación de su propuesta sobre las medidas afirmando: "En la parte general se lleva a cabo una profunda reforma de las medidas de seguridad en un doble sentido: Desarrolla de modo coherente el principio conforme al cual el fundamento de las medidas de seguridad reside en la peligrosidad del autor, y se culmina la evolución hacia un sistema dualista de consecuencias penales"⁶².

Como con razón recuerda el Consejo General del Poder Judicial, con estos cambios se va a dar entrada en nuestro Derecho a los axiomas de un Derecho penal de la peligrosidad, en el que "la seguridad se convierte en una categoría prioritaria en la política criminal, trasladando al ámbito del derecho penal la inquietud social ante determinados tipos de delincuentes"⁶³.

La lectura tanto de la Exposición de Motivos como de las concretas modificaciones propuestas corroboran esta apreciación, pues el prelegislador lleva casi hasta sus últimas consecuencias, la coexistencia de un doble fundamento para la aplicación de consecuencias penales, por un lado, la responsabilidad por el hecho, que fundamenta la pena, y por otro, la peligrosidad del autor, que sirve de base a la medida de seguridad. Al menos en este último caso, por ello arriba decíamos "casi", exige la realización de un hecho delictivo que exteriorice la peligrosidad⁶⁴.

La adopción de este punto de partida trae como primera consecuencia que las medidas dejen de estar limitadas, como hasta ahora, a los inimputables o a los semimputables, sino que también sea posible su aplicación a los imputables, abriendo un portón en la brecha que en el sistema había introducido la reforma de 2010.

Desde nuestro punto de vista, afortunadamente, en el paso de Anteproyecto a Proyecto se ha eliminado

la muy cuestionada "custodia de seguridad"⁶⁵. Esta medida, concebida como una autentica prolongación indeterminada de la pena privativa de libertad, era la pieza clave para la inicial pretensión, exteriorizada en el contenido del Anteproyecto, de construir un Derecho penal de la peligrosidad. Su posible incorporación al catálogo de medidas fue objeto de una muy justificada y documentada crítica en el citado Informe del Consejo General del Poder Judicial⁶⁶. Igualmente fue objetada por el Consejo Fiscal⁶⁷, que en su Informe puso de relieve todos los problemas técnicos que suponía su incorporación y totalmente rechazada por la doctrina que analizó el Anteproyecto⁶⁸.

La eliminación de esta medida, en realidad una simple prolongación de la pena privativa de libertad, reduce, aunque no hace desaparecer, las consecuencias negativas de esta parte de la Reforma.

4. La reforma pretende suprimir la garantía derivada de un Derecho penal del hecho recogida en el art. 6.2 del Código penal, al sustituir la ya mencionada referencia a la duración en abstracto de la pena prevista para el delito cometido por una nada garantista referencia a que: "Las medidas de seguridad no podrán exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor". Esta redacción abre la puerta a una duración indefinida de la medida, que pierde la referencia cierta del delito cometido y la sustituye por un juicio de pronóstico, de probabilidad de delinquir, que siempre conlleva la afirmación de la peligrosidad, completada por la no menos inquietante referencia a "lo necesario".

Independientemente de otras reflexiones, la primera interrogante es plantearse hasta qué punto un Derecho penal de autor, como al que lleva la nueva redacción propuesta del art. 6.2 es compatible con las exigencias de un Estado social y democrático de Derecho⁶⁹.

62 En este mismo sentido FERRÉ OLIVÉ: *Reformas penales en Brasil y España*, cit., p. 213, califica los cambios propuestos en este campo como "el punto central de la reforma que se pretende realizar en España y en lo que la opinión pública no ha reparado".

63 *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal*, cit., p. 109.

64 El art. 95.1, propuesto exige como primer requisito para que el Juez o Tribunal pueda aplicar una medida, "Que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito".

65 De hecho esta medida ya no se contempla en el texto que es objeto del Dictamen del Consejo de Estado.

66 *Informe*, cit., p. 111 y ss., además de una amplia referencia al Derecho comparado y en particular a la regulación y debate habidos en Alemania.

En cualquier caso hay que resaltar que la regulación que contemplaba el Anteproyecto incurría en un auténtico "fraude de etiquetas", al recoger la posibilidad de que la custodia de seguridad se cumpliera en los establecimientos destinados a las penas de prisión, art. 101.4.

67 *Informe del Consejo Fiscal*, cit., p. 93 y ss.

68 Ver la acertada referencia de ALCALÉ SÁNCHEZ: *Nuevos presupuestos para la imposición de penas y medidas de seguridad*, cit., p. 22 y ss.

69 Dogmática y político criminalmente el abandono de la referencia al hecho abre no pocas interrogantes una no menor es el posible quebrantamiento del "non bis in idem". La realización del tipo del injusto exterioriza la realización de una conducta que con carácter general,

El proyectar la proporcionalidad sobre la peligrosidad, como establece el art. 95.2 del Proyecto⁷⁰, no basta, pues la duración de la medida continua reposando en un pronóstico y las garantías deben estar explicitadas en datos objetivos contenidos en la leyes, en el Derecho penal del hecho, como establece el art. 6.2 del Código y no en el juicio de pronóstico basado en informes o en valoraciones sobre la posibilidad de hechos futuros, que no han tenido lugar, y que pueden llevar a la prolongación sin límites temporales de la respuesta penal⁷¹.

La relación entre la duración de la medida y la peligrosidad también está presente en el código actual pero con el límite máximo de la duración de la pena abstractamente establecida para el delito.

Pero, no se pueden dejar de plantear las dudas que existen respecto a la necesidad de medidas de seguridad de contenido penal respecto a los considerados inimputables. La interrogante es si parece necesaria una respuesta penal, pura y duramente incoizadora, que el Proyecto agrava hasta poder prolongar su aplicación durante toda la vida del interno. Es evidente que la no identificación social con el enfermo mental cometa o no delitos, hace que estos sean siempre los olvidados, máxime cuando se recurre frente a ellos a la sanción penal, aunque se denomine medida de seguridad. No se tiene que dejar de constatar, que, cumplimentado el tipo del injusto se debe acreditar la necesidad en el caso concreto del recurso al Derecho penal. También

respecto a los inimputables rigen las garantías constitucionales.

7. En relación con las medidas concretas que contempla la reforma dentro de las que implican privación de libertad son, según el art. 96.2, el internamiento en centro psiquiátrico, el internamiento en centro de educación especial y el internamiento en centro de deshabitación. Las dos primeras, como en la vigente redacción, son aplicables únicamente a inimputables o semimputables. La consecuencia del nuevo fundamento, ya sin el límite del delito cometido, es la posibilidad de sucesivas prorrogas por periodos de cinco años, con lo que podemos estar en un internamiento de por vida, en razón de que se estime que subsiste la peligrosidad. Como subraya Alcalá Sánchez⁷², la actual regulación no requiere esta modificación pues la disposición Adicional primera del vigente Código penal remite estos supuestos a la jurisdicción civil.

La tercera medida, el internamiento en centro de deshabitación, puede también aplicarse a imputables, pero, en este caso, se requiere el consentimiento del condenado⁷³. Esta medida, según al art. 100. 3 del Proyecto de Reforma “no podrá, por regla general, tener una duración superior a dos años”, y en ella para los imputables y semimputables, la vigente garantía del delito cometido continua estando presente, al establecer que la medida “podrá prorrogarse hasta el límite constituido por la duración de la pena de prisión que hubiera sido impuesta”. En cambio, elude la refe-

es decir independientemente de los rasgos que concurren en quien la lleve a cabo, quiere ser evitada por el legislador. La realización de un tipo del injusto por aquel en quien concurre peligrosidad es contemplada también como obligado punto de partida para la propuesta contenida en la Reforma. El punto de partida es común tanto para la pena como para la medida de seguridad. El siguiente escalón, la culpabilidad, nos señala una disyuntiva o apreciar la culpabilidad y aplicar una pena o apreciar la peligrosidad y recurrir a una medida. Pero este elemento del delito no añade desvalor, lo puede mantener o hacer disminuir o determinar el contenido de la respuesta. Tanto la pena como la medida implican una limitación o una privación de derechos que con las distintas explicaciones que proporcionan los diversos fines de la pena está condicionada por el desvalor exteriorizado en el tipo del injusto. La medida y la pena se diferencian en su contenido pero el hecho al que se refieren tiene un mismo desvalor. Pero no dejan de existir dudas, como se apuntará en el texto, en relación con la necesidad de recurrir a la sanción penal, aunque se denomine medida, frente al declarado inimputable. Junto a este primer problema aparece el no menor de los casos en que se aprecia culpabilidad y peligrosidad. En estos casos la respuesta más correcta para resolver su relación es la que proporciona el régimen vicarial, acumularlos como se hace en la vía dualista como hace la libertad vigilada o la en un momento inicial pretendida custodia de seguridad, supone castigar dos veces un mismo comportamiento y el código, al menos hasta ahora, contiene tipos penales referidos a hechos y no tipos de autor. Sobre nuestra posición en teoría del delito, ver BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: *Viejo y nuevo Derecho Penal*, cit., en especial p. 109 y ss.

70 El art. 95.2 del Proyecto establece: “La medida de seguridad que se imponga deberá ser proporcionada a la gravedad del delito cometido y de aquellos que se prevea que pudiera llegar a cometer, así como a la peligrosidad del sujeto”.

71 ALCALÁ SÁNCHEZ: *Nuevos presupuestos para la imposición de la pena y la medida de seguridad*, cit., p. 29, en su crítica valoración de este traspaso de la proporcionalidad del legislador al juez, ve un “mecanismo cuya finalidad es prevenir futuras declaraciones de inconstitucionalidad”.

72 En igual sentido, vid. ALCALÁ SÁNCHEZ: *Nuevos presupuestos para la imposición de penas y medidas*, cit., p. 35.

73 La necesidad del consentimiento se incorpora tras la crítica del Informe del Consejo general del Poder Judicial, p. 126, que la fundamenta en el contenido de la ley 41/2002, que contempla el derecho del paciente a ser informado y la posibilidad de rechazar el tratamiento.

rencia a ella cuando no se ha impuesto pena, es decir los casos de inimputables, para los que, sin mayores explicaciones, se propone una duración máxima de cinco años.

En los supuestos en que el juez o tribunal ha impuesto pena y medida, en contra de sus propósito inicial, el autor del Proyecto abandona sólo parcialmente el vigente sistema vicarial, pues en el art. 101 propuesto, se establece que se cumplirá primero la medida y que “el tiempo de cumplimiento de aquella se abonará como tiempo de cumplimiento de la pena hasta el límite de las tres cuartas partes de la duración de la misma”. Es decir, concluida la medida restará por cumplir al menos una cuarta parte de la pena, que, de acuerdo con el mismo artículo, el Juez o Tribunal podrá suspender su cumplimiento “si con ella se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de la ejecución de la medida”.

8. Como ya adelantábamos la Reforma de 2010 incorporó al Código penal la medida de libertad vigilada. El actual Proyecto de reforma la mantiene y la desarrolla. Hay que valorar de forma positiva que frente a la actual obligación de ser impuesta pase a constituir una posibilidad que tiene el juez o Tribunal, cuando además de estar prevista por la ley para el delito concreto concurren los dos restantes requisitos del art. 95 referidos a la peligrosidad.

Pero la lectura del contenido del propuesto art. 104⁷⁴ pone de relieve la amplia utilización que puede llegar a hacerse de esta medida. La duración prevista es, de acuerdo con el 104 ter, de un mínimo de tres años y un máximo de cinco, reduce por tanto el máximo de diez del vigente Código. Pero, con la posibilidad, contemplada en el mismo precepto, de sucesivas prorrogas por periodos de cinco años, que al igual que en supuestos anteriores, pueden hacer que su duración se prolongue durante toda la vida del condenado⁷⁵. Durante toda la duración de la medida el peligroso objeto de la misma debe acomodar su conducta, de acuerdo con el contenido de la sentencia, a alguna de las diez y siete medidas enumeradas en el 104 bis del Proyecto, que además, podrán ser completadas por el Juez con otras medidas que el artículo no explicita, lo que contraviene el principio de legalidad.

Estamos por tanto ante limitaciones de derechos de carácter permanente difícilmente compatibles con las exigencias de un Estado de Derecho

9. La Reforma del sistema de medidas no ha llegado, afortunadamente, a los objetivos que inicialmente pretendía el prelegislador y que aún aparecen en algunos puntos de la Exposición de Motivos. El texto presentado a debate parlamentario, con las modificaciones dadas en buena medida a las críticas del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo Fiscal, no merece

74 El art. 104 establece: “1. El Juez o Tribunal podrá imponer una medida de libertad vigilada cuando se cumplan los siguientes requisitos:

a) La imposición de la medida de libertad vigilada esté prevista en la Ley penal para el delito cometido.

b) Se haya impuesto al sujeto una pena de más de un año de prisión.

c) Se cumplan los requisitos de los números 2 y 3 del artículo 95.1 del Código Penal.

2. Asimismo, podrá imponer una medida de libertad vigilada en los siguientes casos:

1.º Cuando el sujeto haya sido absuelto por haber sido apreciada la concurrencia de alguna de las eximentes de los números 1.º, 2.º ó 3.º del artículo 20, o haya sido apreciada la atenuante 1.ª del artículo 21 con relación a alguna de las anteriores, y se cumplan los demás requisitos del artículo 95.1 del mismo.

2.º Cuando se haya acordado el cese de una medida de seguridad privativa de libertad.

3. El Juez de Vigilancia Penitenciaria impondrá el cumplimiento de una medida de libertad vigilada en los siguientes casos:

a) Cuando haya acordado suspender la ejecución de una medida de seguridad privativa de libertad.

b) Cuando se cumpla el plazo máximo de duración de la medida de seguridad privativa de libertad que se hubiera impuesto o se decrete su cese, y resulte necesario para compensar el riesgo de comisión de nuevos delitos.

El Juez de Vigilancia Penitenciaria resolverá previos los informes y comprobaciones que estime necesarios y después de haber oído al penado y al Ministerio Fiscal.”

75 El art. 104 ter establece: “1. La libertad vigilada tendrá una duración mínima de tres años y una duración máxima de cinco.

2. El plazo máximo de duración podrá ser prorrogado por plazos sucesivos de una duración máxima de cinco años cada uno de ellos, cuando se hubieran producido anteriormente incumplimientos relevantes de las obligaciones y condiciones impuestas conforme al artículo 104 bis de los que puedan derivarse indicios que evidencien un riesgo relevante de comisión futura de nuevos delitos, y además:

a) La medida de libertad vigilada hubiera sido impuesta en los supuestos del artículo 192.1, o,

b) de conformidad con lo dispuesto en la letra c) del artículo 102.1.

3. La libertad vigilada comienza en la fecha en que se extinga la pena impuesta o cuando se acuerde su suspensión, en el caso del artículo 104.1; con la firmeza de la sentencia, en el caso de la letra a) del artículo 104.2; o con la resolución en que se acuerda la suspensión de otra medida de seguridad privativa de libertad, en los demás casos. No se computará como plazo de cumplimiento aquél en el que el sujeto a la medida se hubiera mantenido en situación de rebeldía”.

una valoración positiva y obedece al igual que la analizada prisión permanente revisable a una política criminal asentada sobre la búsqueda de una legitimación en la opinión pública en este caso frente a determinados delincuentes.

En ningún caso se debe acudir a un Derecho penal de autor en este caso asentado sobre la peligrosidad y reflejado en la posibilidad de una prolongación ilimitada de medidas con el internamiento en centro psiquiátrico, en centro de educación especial o la libertad vigilada.

Hace cuarenta años la demanda frente al derecho de las medidas de seguridad era la de sus garantías, la no indeterminación. Hoy volvemos al final del siglo XIX, a la indeterminación, a la búsqueda de la eficacia a cualquier precio, a la sentencia indeterminada. La historia dramáticamente nos ha mostrado los riesgos de ese camino.

IV. A modo de conclusión

Desde una consideración político criminal, el Proyecto de Reforma apuesta, lo que no es una excepción, por un falso entendimiento de la seguridad. Los dos puntos que hemos analizado son una buena prueba de ello.

Una política criminal en relación a la seguridad ciudadana, como condición básica de la libertad, no puede servir justamente para afectar tal libertad. La seguridad

no se puede convertir, utilizando el pretexto de situaciones sociales puntuales, en la base de una política criminal que suponga una violación constante de los derechos fundamentales. La seguridad o el orden son sólo presupuestos para una mayor amplitud de la libertad y, justo por eso, no pueden ser configuradas de tal modo que la restrinjan. Por esta misma razón, la violencia penal del Estado ha de ser en sí misma, y no en relación a otra, la mínima necesaria, lo que excluye el recurso a violencias severas que contradicen en forma sustancial la finalidad perseguida y lleva a privilegiar formas alternativas al control penal.

El contenido de estos artículos es prueba evidente de esa búsqueda de aprobación de una opinión pública a la que es más fácil identificarse con la víctima que con el autor de un delito muy grave, en el caso de la prisión perpetua, o que con el peligroso sea o no imputable. La utilización simbólica del Derecho penal, en su versión más rechazable, vuelve a aparecer como objetivo del autor del Proyecto.

En estas circunstancias, frente a un Derecho penal que dice buscar la seguridad no podemos dejar de recordar las palabras de Norberto Bobbio: “Mejor una libertad siempre en peligro pero expansiva que una libertad protegida pero incapaz de desarrollarse. Sólo una libertad en peligro es capaz de renovarse. Una libertad incapaz de renovarse se transforma tarde o temprano en una dictadura”⁷⁶.

76 BOBBIO: *Las razones de la tolerancia, en El tiempo de los derechos*, Madrid 1991, p. 253.