

LA ACTUAL ORIENTACIÓN POLÍTICO-CRIMINAL DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

José CEREZO MIR

En 2003 se llevó a cabo una importante reforma al Código Penal Español mediante tres leyes orgánicas: la Ley Orgánica 7/2003, del 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas; la Ley Orgánica 11/2003, del 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, y la Ley Orgánica 15/2003, del 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, del 23 de noviembre, del Código Penal. Estas leyes respetaron la estructura y los principios fundamentales del Código, pero introdujeron en el mismo numerosas reformas y modificaron profundamente su orientación político-criminal.

La mayor parte de las reformas introducidas en la Parte General tratan de incrementar la eficacia de la pena desde el punto de vista de la prevención general y de la reafirmación del ordenamiento jurídico (retribución). Afectan fundamentalmente a las consecuencias del delito —penas y medidas de seguridad— a las reglas de medición de la pena y al tratamiento de los delincuentes habituales peligrosos. Se ha llegado a decir, si bien con notoria exageración, que con las mencionadas reformas el Código penal de la democracia, como se denominó al nuevo Código Penal Español de 1995, había sido sustituido por el Código Penal de la Seguridad.¹

El límite máximo de cumplimiento de la pena de prisión en el concurso real de delitos se mantiene normalmente en los veinte años, pero se incluyen dos nuevos supuestos excepcionales en los que el límite máximo de la pena se eleva a cuarenta años (artículo 76, 1, *c* y *d*).²

¹ Véase un análisis profundo de las actitudes sociales que subyacen al modelo de la seguridad ciudadana, en Díez Ripollés, José Luis, “La nueva política criminal española”, *Eguzkilore*, núm. 17, diciembre de 2003, pp. 65 y ss.

² Artículo 76, 1, *c*): “de 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, dos de ellos estén castigados por la ley con pena de prisión su-

El artículo 78 del Código penal había sido objeto ya de numerosas críticas. De acuerdo con dicho precepto:

Si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el artículo 76 (referente al concurso de delitos) la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el juez o tribunal, atendida la peligrosidad criminal del penado, podrá acordar motivadamente que los beneficios penitenciarios y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias, sin perjuicio de lo que, a la vista del tratamiento, pueda resultar procedente.

El reo podía quedar excluido en estos casos de la libertad condicional y cumplir íntegramente la pena de veinticinco o treinta años. Pero ahora, como consecuencia de las reformas introducidas en el artículo 78 por la Ley Orgánica 7/2003, del 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, será posible el cumplimiento efectivo de una pena de prisión de cuarenta años de duración cuando se trate de responsables de delitos de terrorismo o de delitos cometidos por delinquentes pertenecientes a organizaciones criminales (delincuencia organizada). En estos casos solo se podrá conceder el tercer grado³ cuando se hayan cumplido treinta y dos años y la libertad condicional cuando se hayan cumplido treinta y cinco años de prisión.⁴ Aunque se trate de delitos muy

perior a 20 años”. Artículo 76, 1, d): “de 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años”.

³ Que se cumple en establecimientos de régimen abierto, según el artículo 72,2 de la Ley General Penitenciaria del 26 de septiembre de 1979; véase, a este respecto, Gracia Martín, Luis *et al.*, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 3a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 95, 96 y 98.

⁴ Según el artículo 78, en su nueva redacción: “1. Si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el apartado 1 del artículo 76 la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el juez o tribunal sentenciador podrá acordar que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias. 2. Dicho acuerdo será preceptivo en los supuestos previstos en los párrafos a), b), c) y d) del apartado 1 del artículo 76 de este Código, siempre que la pena a cumplir resulte inferior a la mitad de la suma total de las impuestas. 3. En estos casos, el juez de vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Institu-

graves estas penas privativas de libertad son de una duración excesiva. En la moderna ciencia del derecho penal se considera que el cumplimiento de una pena privativa de libertad de duración real superior a quince años puede producir un grave deterioro de la personalidad del recluso.⁵ Una pena de prisión de treinta y dos o treinta y cinco años es contraria, por ello, a mi juicio, al precepto constitucional que prohíbe las penas inhumanas (artículo 15 de la Constitución Española).⁶

Se establece el llamado periodo de seguridad en el cumplimiento de las penas de prisión, de modo que, con carácter general, cuando aquéllas tengan una duración superior a cinco años el delincuente sólo podrá acceder al tercer grado cuando haya cumplido la mitad de la pena.⁷ Aunque se prevé la posibilidad de aplicar el régimen general de cumplimiento, en caso de pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, están exceptuados en todo caso de esta posibilidad los responsables de delitos de terrorismo y la delincuencia organizada (artículo 36,2).⁸

ciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento. Si se tratase de delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, y atendiendo a la suma total de las penas impuestas, la anterior posibilidad sólo será aplicable: a) Al tercer grado penitenciario, cuando quede por cumplir una quinta parte del límite máximo de cumplimiento de la condena. b) A la libertad condicional, cuando quede por cumplir una octava parte del límite máximo de cumplimiento de la condena". El texto del apartado tercero es el resultante de la enmienda núm. 53, presentada conjuntamente por los grupos parlamentarios Popular y Socialista en el Congreso, al Proyecto de Ley Orgánica de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas; véase, a este respecto, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 25 de marzo de 2003, núm. 129-7, p. 43.

⁵ Véase Barbero Santos, Marino, "La pena de muerte, problema actual", *Estudios de criminología y derecho penal*, España, Universidad de Valladolid, 1972, p. 169, y Rodríguez Devesa y Serrano, Gómez, *Derecho penal español, parte general*, 18a. ed., España, Dykinson, 1995, p. 905.

⁶ Véase, Escrivá, Gregori, "Algunas consideraciones sobre derecho penal y Constitución", *Papers, Revista de Sociología*, núm.13, 1980, p.160.

⁷ Este periodo de seguridad se introdujo ya en nuestro país en la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores de 12 años de enero de 2000, reformada por la Ley Orgánica del 22 de diciembre de 2000 (artículo 9o., regla 5a. y Disposición adicional cuarta, 2, c). Véase, a este respecto, Cerezo Mir, José, *Curso de derecho penal español, parte general, III Teoría jurídica del delito /2*, España, Tecnos, 2001, p. 97.

⁸ Según el apartado 2o. del artículo 36: "cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la pe-

Se produce un considerable endurecimiento de las condiciones necesarias para acceder al tercer grado (artículo 72 de la Ley General Penitenciaria) y para obtener la libertad condicional (artículos 90 y 91 del Código Penal). Para acceder al tercer grado en el cumplimiento de la pena de prisión será necesario que concurren, además de los restantes requisitos exigidos por el Código, que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito y cuando se trate de delincuentes condenados por delitos de terrorismo será preciso, además, que muestren “signos inequívocos de haber abandonado la actividad terrorista, colaborando activamente con las autoridades en la lucha contra el terrorismo”. Lo mismo se exige cuando se trate de otros supuestos de delincuencia organizada.⁹

na impuesta. El juez de vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, cuando no se trate de delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento”.

⁹ Véase, el apartado VIII de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 7/2003, del 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas. Este endurecimiento de las condiciones necesarias para acceder al tercer grado se refleja en los dos nuevos apartados que se introducen en el artículo 72 de la Ley Orgánica General Penitenciaria: “5. La clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal, que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales; las condiciones personales y patrimoniales del culpable, a efectos de valorar su capacidad real presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera; las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura; la estimación del enriquecimiento que el culpable hubiera obtenido por la comisión del delito y, en su caso, el daño o entorpecimiento producido al servicio público, así como la naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicados y su condición. Singularmente se aplicará esta norma cuando el interno hubiera sido condenado por la comisión de alguno de los siguientes delitos: a) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico que hubieran revestido notoria gravedad y hubieran perjudicado a una generalidad de personas. b) Delitos contra los derechos de los trabajadores. c) Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social. d) Delitos contra la Administración pública comprendidos en los capítulos V al IX del título XIX del libro II del Código Penal”. “6 Del mismo modo, la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario de personas condenadas por delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II del Código Penal o cometidos en el seno de organizaciones criminales, requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal y la satisfacción de la responsabilidad civil con sus rentas

Para la concesión de la libertad condicional, una vez cumplidas las tres cuartas partes de la pena, será preciso ahora, junto a otros requisitos, que el reo haya satisfecho las responsabilidades civiles derivadas del delito, de acuerdo con lo establecido en los apartados 5o. y 6o. del artículo 72 de la Ley General Penitenciaria. Cuando se trate de delincuentes que hayan sido condenados por delitos de terrorismo o por delitos realizados en el seno de organizaciones criminales será preciso, además, que muestren signos inequívocos de haber abandonado la mencionada actividad delictiva y hayan colaborado activamente con las autoridades (artículo 90.1 del Código Penal).¹⁰ En la nueva redacción del artículo 91 del Código Penal se añade en-

y patrimonio presentes y futuros en los términos del apartado anterior, que muestren signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas, y además hayan colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades". El texto del nuevo apartado 6o. del artículo 72 es el resultante de la enmienda núm. 57, presentada conjuntamente por los grupos parlamentarios Popular y Socialista en el Congreso, al Proyecto de Ley Orgánica de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas; véase, a este respecto, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 25 de marzo de 2003, núm. 129-7, pp. 44 y 45.

¹⁰ Según la nueva redacción del apartado 1o. del artículo 90 del Código Penal, consensuada entre los grupos parlamentarios popular y socialista del Congreso: "1. Se establece la libertad condicional en la pena privativa de libertad para aquellos sentenciados en quienes concurren las circunstancias siguientes: a) Que se encuentren en el tercer grado de tratamiento penitenciario. b) Que se hayan extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta. c) Que hayan observado buena conducta y exista respecto de los sentenciados un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido en el informe final previsto en el artículo 67 de la Ley Orgánica General Penitenciaria. No se entenderá cumplida la circunstancia anterior si el penado no hubiese satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y conforme a los criterios establecidos por el artículo 72.5 y 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria. Asimismo, en el caso de personas condenadas por delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código, o por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, se entenderá que hay pronóstico de reinserción social cuando el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la acti-

tre los requisitos para la concesión anticipada de la libertad condicional, cuando se hayan cumplido las dos terceras partes de la pena, que el penado haya satisfecho las responsabilidades civiles y se excluye en todo caso de esta posibilidad a los condenados por delitos de terrorismo o por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales.¹¹

Por otro lado, se rebaja el límite mínimo de duración de la pena de prisión a tres meses (artículo 36.1), con lo que pasan a castigarse con penas de prisión de tres a seis meses conductas que antes eran sancionadas con penas de arresto de fin de semana, o de arresto de fin de semana o multa, como sucede, por ejemplo, con las lesiones dolosas del artículo 147,2, lesiones por imprudencia grave (artículo 152,1,1o.), el acoso sexual (artículo 184), el abandono de familia (artículos 226.1 y 227.1) y en los desórdenes públicos (artículo 558). En la Exposición de Motivos se declara, al respec-

tividad terrorista y además haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el 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”. Véase la enmienda núm. 54 presentada conjuntamente por los grupos parlamentarios Popular y Socialista en el Congreso al Proyecto de Ley Orgánica de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 25 de marzo de 2003, núm. 129-7, p. 43.

¹¹ Según la nueva redacción del artículo 91 del Código Penal, consensuada entre los grupos parlamentarios popular y socialista del Congreso: “Excepcionalmente, cumplidas las circunstancias de los párrafos a) y c) del apartado 1 del artículo anterior, y siempre que no se trate de delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, el juez de vigilancia penitenciaria, previo informe del Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, podrá conceder la libertad condicional a los sentenciados a penas privativas de libertad que hayan extinguido las dos terceras partes de su condena, siempre que merezcan dicho beneficio por haber desarrollado continuadamente actividades laborales, culturales u ocupacionales”. Véase la enmienda núm. 55 al Proyecto de Ley Orgánica de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, presentada conjuntamente por los grupos parlamentarios Popular y Socialista en el Congreso, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 25 de marzo de 2003, núm. 129-7, p. 44.

to, que: “la duración mínima de la pena de prisión pasa de seis a tres meses, con el fin de que la pena de privación de libertad de corta duración pueda cumplir su función de prevención general adecuada respecto de los delitos de escasa importancia”. Se produce con ello un considerable retroceso en la tendencia a la supresión de las penas cortas de privación de libertad de cumplimiento continuo o ininterrumpido.

Las penas cortas de privación de libertad han sido objeto de numerosas críticas desde mediados del siglo XIX, críticas que adquirieron gran resonancia por la influencia de v. Liszt y su Programa de Marburgo (1882)¹² y que, en su mayor parte están justificadas. Las penas privativas de libertad de corta duración desarraigan al delincuente, separándole de su familia, haciéndole perder su trabajo —si lo tenía— y no permiten realizar una labor eficaz tendente a su reeducación y reinserción social. Si es un delincuente primario y ocasional queda expuesto, además, a la influencia corruptora de los delincuentes habituales y profesionales.

La misma significación de poner más el énfasis en la prevención general y en la reafirmación del ordenamiento jurídico tiene también la supresión de la sección especial, separada y reservada del Registro Central de Penados y Rebeldes para inscribir las sentencias condenatorias a una pena privativa de libertad en caso de suspensión de ejecución de la misma. Cuando el delincuente no vuelva a delinquir en el plazo de prueba, el juez o tribunal no puede ordenar ya de modo inmediato la cancelación de la inscripción en el mencionado Registro, sino que deben transcurrir antes

¹² Véase, por ejemplo, Oneca, Antón, *Derecho penal, parte general*, pp. 521 y 522, Luzón Peña, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, pp. 69 y ss., Higuera Guimerá, J. F., *La pena de arresto de fin de semana*, España, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1982, pp. 17 y ss., y Morillas Cueva, L., *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, España, Tecnos, 1991, pp. 56 y ss. Una postura más matizada mantenía, en cambio, Cuello Calón, que se mostraba partidario de sustituirlas en gran medida y reformar su forma de ejecución, pero se manifestaba contrario a su completa abolición; véase Cuello Calón, *La moderna penología*, España, Bosch, 1958, pp. 585 y ss., especialmente pp. 592 y 593. En este sentido también modernamente, en Alemania, *Jescheck-Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5a. ed., Alemania, Duncker-Humblot, 1996, pp. 745 y 759 y ss. (*Tratado de derecho penal, parte general*, 5a. ed., trad. de Miguel Olmedo Cardenete, España, Comares, 2002, pp. 802 y 803 y 817 y ss.). En el artículo 47.1 del Código Penal Alemán se dispone que las penas privativas de libertad de duración inferior a seis meses se impongan únicamente cuando, por las circunstancias del hecho o de la personalidad del delincuente, resulten imprescindibles para influir en este último o para la defensa del ordenamiento jurídico.

los plazos establecidos con carácter general para la cancelación de antecedentes penales.¹³

En la misma línea de incrementar la eficacia de la pena desde el punto de vista de la prevención general, concebida como mera intimidación, hay que mencionar la previsión de que pasen a considerarse como delito cuatro faltas de lesiones, de hurto o sustracción de vehículos a motor o ciclomotores (artículos 147, 234 y 244), no juzgadas, cometidas durante un año.¹⁴ Este precepto supone una grave infracción del principio de culpabilidad. El incremento de la pena no supone una mayor gravedad de las conductas delictivas realizadas, aunque se exija, en los artículos 234 y 244 que la suma de las cantidades sustraídas o del valor de los vehículos sustraídos rebase el límite de separación entre las faltas y los correspondientes delitos.¹⁵ El fundamento de la agravación de la pena no se halla en la mayor gravedad de la culpabilidad, sino en la habitualidad, en la peligrosidad del delincuente.

La preocupación por incrementar la eficacia de las penas desde el punto de vista de la reafirmación del ordenamiento jurídico (retribución) y de la prevención general se refleja también en la reforma de las reglas de medición de la pena (artículo 66). En la regla 4a. se prevé la posibilidad de aplicar la pena superior en grado, en su mitad inferior, cuando concurren más de dos agravantes y ninguna atenuante. Según la nueva redacción de la regla 1a, del artículo 70, apartado 1, introducida por la Ley Orgánica 15/2003, del 25 de noviembre:

La pena superior en grado se formará partiendo de la cifra máxima señalada por la ley para el delito de que se trate y aumentando a ésta la mitad de su cuantía, constituyendo la suma resultante su límite máximo. El límite

¹³ Véase la nueva redacción de los artículos 82 y 85 del Código Penal introducida por la Ley Orgánica 15/2003, del 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal.

¹⁴ No es fácil que se dé el supuesto de hecho de aplicación de estos preceptos al ser enjuiciadas las faltas en juicios rápidos (regulados por la Ley 38/2002, del 24 de octubre).

¹⁵ Según el nuevo párrafo segundo del artículo 234: “con la misma pena se castigará al que en el plazo de un año realice cuatro veces la acción descrita en el artículo 623.1 de este Código, siempre que el montante acumulado de las infracciones sea superior al mínimo de la referida figura del delito”, y según el nuevo párrafo segundo del apartado 1 del artículo 244: “con la misma pena se castigará al que en el plazo de un año realice cuatro veces la acción descrita en el artículo 623.3 de este Código, siempre que el montante acumulado de las infracciones sea superior al mínimo de la referida figura del delito”.

mínimo de la pena superior en grado será el máximo de la pena señalada por la ley para el delito de que se trate, incrementado en un día o en un día multa según la naturaleza de la pena a imponer. La pena superior en grado a la de diez a quince años de prisión, que es, en nuestro Código, la del homicidio doloso (artículo 138), sería la de prisión de quince años y un día a veintidós años. Su mitad inferior sería de quince años y un día a dieciocho años y seis meses.

La nueva regla 5a. de medición de la pena supone la introducción de una nueva circunstancia agravante de multireincidencia. De acuerdo con dicho precepto:

Cuando concurra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, podrán aplicar la pena superior en grado a la prevista por la ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido.

El legislador español ha acudido una vez más a una agravante de multireincidencia para hacer frente a la delincuencia habitual. En el Código Penal de 1932, se quiso responder a este problema con una mayor agravación de la pena para los reincidentes; en la regla 6a. del artículo 61 se establecía que a partir de la segunda reincidencia se podía elevar la pena en un grado. En el régimen franquista se elevaron aún en mayor medida las penas para los delincuentes reincidentes. Según lo dispuesto en la regla 6a. del artículo 61, en su nueva redacción, introducida en 1944, a partir de la segunda reincidencia se impondría la pena superior en un grado de forma obligatoria y podía aplicarse la pena superior en dos grados. Con el restablecimiento de la democracia en España se suprime la agravación extraordinaria de las penas para los delincuentes reincidentes. Por Ley del 28 de diciembre de 1978 se paliaron los efectos agravatorios de la multireincidencia al modificarse la regla 6a. del artículo 61, volviéndose a la redacción originaria de 1932: posible elevación de la pena en un grado, y por la Ley Orgánica 8/83, del 25 de junio se suprimen totalmente los efectos de la multireincidencia y se deja sin contenido el artículo 61, 6a., convirtiéndose la reincidencia en una agravante como todas las demás en cuanto a su influencia en la medida de la pena, situación que se mantuvo en el nuevo Código Penal

de 1995. Según la redacción originaria de la regla 3a. del artículo 66: “cuando concurren una o varias circunstancias agravantes, los jueces o tribunales impondrán la pena en la mitad superior de la establecida por la Ley”. Es decir, no se podía rebasar nunca el marco penal ordinario.

La circunstancia agravante de reincidencia ha entrado en crisis sin embargo en la moderna ciencia del derecho penal. Se discute cual sea su fundamento e incluso se pone en tela de juicio su legitimidad. En Alemania fue suprimida por la Ley del 13 de abril de 1986, que derogó el artículo 48 del Código penal de aquel país y en España en el nuevo Código Penal se mantiene únicamente la reincidencia específica. El carácter específico de la reincidencia se cifra en primer lugar en un criterio formal, para atender a las exigencias de la seguridad jurídica: que el nuevo delito y aquel por el que el sujeto fue con anterioridad ejecutoriamente condenado estén comprendidos en el mismo título del Código. Este criterio formal se complementa con la exigencia, de carácter material, de que los dos delitos sean de la misma naturaleza. Estos requisitos plantean algunos problemas, que no podemos analizar ahora aquí.

Se discute cuál sea el fundamento de la circunstancia agravante de reincidencia. Son numerosas las teorías formuladas a este respecto. Voy a analizar aquí únicamente las que han tenido una mayor repercusión en la ciencia del derecho penal española.

Se ha señalado que el fundamento de la agravante de reincidencia se hallaría en la insuficiencia de la pena impuesta por el anterior delito, desde el punto de vista de la prevención especial y la prevención general.¹⁶ Esta teoría es rechazable porque la pena no puede superar nunca en nombre de la prevención la medida de la culpabilidad.¹⁷

Según un sector de la moderna ciencia del derecho penal española la agravante de reincidencia se fundamenta en una mayor gravedad de la culpabilidad. Esta es la opinión, por ejemplo, de Rodríguez Devesa, que considera que es mayor la exigibilidad de otra conducta frente al que ha sido anteriormente condenado.¹⁸ Según Mercedes Alonso Alamo en la rein-

¹⁶ Véase, a este respecto, Antón Oneca, *op. cit.*, nota 12, p. 382, y Rodríguez Mourullo, en Córdoba Roda y Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código Penal*, España, Ariel, 1972, p. 744.

¹⁷ Véase ya, en este sentido, Asúa Batarrita, Adela, *La reincidencia*, España, Universidad de Deusto, 1982, p. 460.

¹⁸ Véase Rodríguez, Devesa y Serrano, Gómez, *Derecho penal español, parte general*, 18a. ed., España, Dykinson, 1995, pp. 746 y 747.

cidencia hay una mayor gravedad de la culpabilidad por la disposición de ánimo, “por el mayor desprecio hacia los bienes jurídicos manifestado en la realización de un nuevo delito después de haber sufrido una condena”.¹⁹

Según otros penalistas, la agravante de reincidencia se basa en la mayor peligrosidad del delincuente.²⁰ Cobo del Rosal y Vives Antón²¹ consideran que el fundamento de la agravante de reincidencia no puede ser otro que una (presunta)²² mayor peligrosidad del delincuente y, en consecuencia, piden su supresión, pues no puede admitirse que la peligrosidad del delincuente fundamente una agravación de la pena.²³ La pena tiene su fundamento en la gravedad del delito, mientras que la peligrosidad únicamente puede fundamentar la imposición de una medida de seguridad.

Para Mir Puig²⁴ el fundamento de la reincidencia se encuentra en “la insuficiente toma de consideración y, en este sentido, mayor *desprecio*, cualificado como *rebeldía* frente a los bienes jurídicos”, y puede suponer únicamente una mayor gravedad de lo injusto, pues el delincuente al delinquir por segunda vez está infringiendo dos normas: la implícita en el delito que comete y la que prohíbe especialmente la repetición delictiva tras la condena. Este aumento de injusto es insuficiente, sin embargo, según él, para justificar la existencia de la agravante, pues por un lado estaría demasiado alejado de la idea de lesión o peligro de bienes jurídicos y por otro, en el reincidente se aprecia, o cabe presumir, en general, una disminución de la

¹⁹ Véase Alonso Alamo, Mercedes, *El sistema de las circunstancias del delito*, España, pp. 673 y 674. Aunque señala también que: “por muy criticable que parezca, de la regulación de la reincidencia, en general, puede extraerse la conclusión siguiente: si bien descansa, ante todo, en la mayor culpabilidad del sujeto, no se ha dejado de tener en cuenta la peligrosidad del autor manifestada en la repetición delictiva”.

²⁰ Véase Rodríguez, Devesa y Serrano, Gómez, *op. cit.*, nota 18, pp. 746 y 747.

²¹ Véase Cobo del Rosal Vives Antón, *Derecho penal, parte general*, 5a. ed., España, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 899 y ss.

²² Pues la reincidencia no supone necesariamente una mayor peligrosidad del delincuente; véase, a este respecto, Rodríguez Mourullo, *op. cit.*, nota 16, pp. 743 y 744.

²³ Según Elena B. Marín de Espinosa Ceballos, el fundamento de la agravante de reincidencia sería la mera posibilidad de iniciación del hábito de cometer delitos semejantes, considera, como es lógico, este fundamento insuficiente y propone la supresión de la agravante; véase, Marín de Espinosa Ceballos, Elena B., *La reincidencia: tratamiento dogmático y alternativas político criminales*, España, Comares-Facultad de Derecho Universidad de Granada, 1999, pp. 194 y ss., y 380.

²⁴ Véase Mir Puig, *La reincidencia en el Código Penal*, España, Bosch, 1974, pp. 527 y ss., y Mir Puig, *Derecho penal, parte general*, 5a. ed., España, 1998, pp. 653 y 654.

capacidad de inhibición y por tanto, una menor gravedad de la culpabilidad. Propone, por ello, Mir Puig, en definitiva, la supresión de la agravante de reincidencia y su sustitución por medidas de seguridad vinculadas a la idea de la habitualidad criminal.²⁵

La circunstancia agravante de reincidencia no puede hallar su fundamento, a mi juicio, en una mayor gravedad de lo injusto, pues el desvalor de la acción o el desvalor del resultado del nuevo delito no se ven incrementados por la condena anterior. En el derecho penal de un Estado social y democrático de derecho la reincidencia solo puede hallar su fundamento en una mayor gravedad de la culpabilidad. Cuando la reincidencia es específica, es decir el nuevo delito es igual o de la misma naturaleza que aquél por el que el sujeto había sido condenado ejecutoriamente con anterioridad, la culpabilidad suele ser mayor. El sujeto actúa no solo con un conocimiento seguro de la antijuridicidad, sino incluso de la punibilidad de la conducta. Si se produce un aumento o disminución de la capacidad de dirección de la voluntad solo será comprobable de una manera limitada. Puede aceptarse, sin embargo, en principio, que el conocimiento seguro de la antijuridicidad, el de la punibilidad (que se trata de un ilícito penal, por tanto de especial gravedad), la advertencia implícita en la sentencia condenatoria (la advertencia individual como aspecto de la prevención especial) y el haber recibido de hecho, aunque la reincidencia sea impropia, un tratamiento tendente a conseguir la reinserción social, determinan un aumento de la capacidad de autodeterminación conforme a sentido, conforme a la norma. Estos factores superan generalmente, con creces, la menor inhibición del sujeto que ya ha delinquido a hacerlo de nuevo.²⁶ La exigibilidad de la obediencia al derecho es, además, en estos supuestos mayor. En el sujeto se apreciará asimismo, generalmente, una actitud de rebeldía frente a las exigencias del ordenamiento jurídico, es decir una disposición de ánimo o talante hostil al Derecho. En la reincidencia genérica, cuando el nuevo delito y el anterior sean de diferente naturaleza estos argumentos tienen,

²⁵ Propuesta a la que se adhieren Cobo del Rosal y Vives Antón, *op. cit.*, nota 21, pp. 901 y 902.

²⁶ Roxin considera que la agravante de reincidencia es difícil de conciliar con el principio de culpabilidad: “pues la capacidad de resistir la tentación de cometer nuevos delitos no aumenta sino que disminuye con el número de condenas previas”; véase, C. Roxin, “Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig?”, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, Alemania, 1987, fasc. 4o., pp. 360 y 361.

sin duda, menor fuerza. Me parece acertada, por ello, la supresión de la agravante de reincidencia genérica.²⁷

Hay que reconocer, sin embargo, que incluso en la reincidencia específica en alguna ocasión puede no ser mayor la capacidad de autodeterminación del sujeto, dada su personalidad o por no haber recibido, de hecho, un tratamiento adecuado para conseguir su reinserción social. Puede no darse también, en alguna ocasión, en el sujeto, una actitud de rebeldía frente a las exigencias del ordenamiento jurídico. La circunstancia agravante de reincidencia debería tener, por ello, un carácter meramente facultativo.²⁸ En nuestro Código Penal vigente su apreciación es, sin embargo, obligatoria (núm. 8 del artículo 22 y artículo 66, regla 3a.). Cabría, no obstante, *de lege lata*, una interpretación teleológica restrictiva de la circunstancia agravante, de acuerdo con su fundamento, de modo que se apreciara únicamente cuando pusiera de manifiesto una mayor gravedad de la culpabilidad.²⁹

No cabe objetar a este fundamento de la agravante de reincidencia que “no es adecuado porque hay que tener presente que toda culpabilidad proviene del acto aislado”, que “si justificamos la agravación de la pena en una mayor culpabilidad del reincidente, ese juicio de culpabilidad no se basaría en un acto aislado, sino en el estado total del autor, esto es, en el carácter del reincidente”.³⁰ La culpabilidad es, sin duda, culpabilidad por el hecho, pero a la hora de determinar si la acción u omisión típica y antijurídica realizada le era reprochable al sujeto, y, en caso afirmativo, en qué medida, tienen un valor decisivo una serie de circunstancias personales relativas a

²⁷ En el Proyecto de nuevo Código Penal de 1992, la apreciación de la reincidencia genérica era facultativa (artículo 65), mientras que la de la reincidencia específica resultaba obligatoria (artículo 63.3).

²⁸ Díez Ripollés proponía que también la reincidencia específica fuera de apreciación facultativa, al comentar la regulación de la reincidencia en el Proyecto de 1992; véase Díez Ripollés, José Luis, “Las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal en el Proyecto de Código Penal de 1992”, *La Ley*, año XIV, núm. 3250, 30 de abril de 1993, p. 4. Adela Asúa consideraba ya, en su tesis doctoral, que de mantenerse la agravante de reincidencia, ésta debería tener un carácter meramente facultativo: véase, Asúa Batarrita, Adela, *op. cit.*, nota 17, pp. 460 y 461.

²⁹ Véase un magnífico estudio empírico y criminológico de la reincidencia en España, sus factores y la influencia en la misma de las prácticas carcelarias, en Redondo, Santiago *et al.*, *Justicia penal y reincidencia*, España, Fundación Jaume Callís, 1994.

³⁰ Véase, en este sentido, Marín de Espinosa Ceballos, Elena B., *op. cit.*, nota 23, p. 178.

su vida anterior, su entorno familiar y social, su educación, su actividad laboral, sus antecedentes penales, su personalidad.³¹

Se ha cuestionado en nuestro país la constitucionalidad de la agravante de reincidencia, por estimarse que infringía, entre otros, los principios de culpabilidad y *ne bis in idem*.³² La cuestión de inconstitucionalidad, planteada por el Juzgado de Instrucción de Daroca (en Aragón), fue resuelta en sentido negativo por nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia del 4 de julio de 1991, de la que fue ponente el magistrado D. Luis López Guerra. El Tribunal Constitucional consideró que:

...la Constitución Española consagra, sin duda, el principio de culpabilidad como principio estructural básico del derecho penal, de manera que no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal “de autor”, que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste ... Pero la consagración constitucional de este principio no implica en modo alguno que la Constitución haya convertido en norma un determinado modo de entenderlo, como es el de la <normalidad de la motivación>.

Por otra parte —sigue diciendo el Tribunal Constitucional—, tampoco este entendimiento del principio de culpabilidad permite sostener, como afirma el Juez proponente, que la compleja regulación de la reincidencia no permite a los ciudadanos aprehenderla normalmente ni prever, por tanto, las consecuencias de sus actos.³³ El Tribunal Constitucional consideró asimismo que la agravante de reincidencia no infringía el principio *ne bis in idem*, “pues no se vuelve a castigar el hecho anterior o los hechos anteriores... sino única y exclusivamente el hecho posterior”. El criterio es correcto, pues, a mi juicio, la culpabilidad es, generalmente, mayor en el nuevo hecho delictivo realizado, al menos en la reincidencia específica, por las razones anteriormente mencionadas.

Nuestro Tribunal Supremo, a partir de la sentencia del 6 de abril de 1990 (A. 3195), de la que fue ponente Bacigalupo, ha mantenido generalmente el criterio de que la agravante de reincidencia sólo se debe aplicar cuando con ello la medida de la pena no resulte más elevada que la medida de la

³¹ Véase, a este respecto, Capítulo XXVI, pp. 43 y 44.

³² Zaffaroni considera, en Argentina, que la agravante de reincidencia es inconstitucional por infracción de los principios de culpabilidad, *ne bis in idem* y de proporcionalidad; véase Zaffaroni, Raúl, *Derecho penal, parte general*, Argentina, pp. 1009 y 1013.

³³ Fundamento Jurídico 4a.

culpabilidad por el hecho, sin tener en cuenta la conducta anterior del sujeto. Esta sentencia parte de la base errónea, a mi juicio, de que la reincidencia no influye en la medida de la culpabilidad y obedece únicamente a consideraciones de prevención especial o prevención general.³⁴ Si así fuera, la agravante de reincidencia sería contraria al principio de culpabilidad y por tanto anticonstitucional. No es cierto, por tanto, como estima el Tribunal Supremo, que haya llegado a una interpretación de la agravante de reincidencia conforme a la Constitución. En el fondo hay una contradicción entre la doctrina del Tribunal Constitucional y la del Tribunal Supremo de nuestro país.³⁵

³⁴ El Tribunal Supremo ha mantenido este criterio en sentencias posteriores, por ejemplo en la de 2 de diciembre de 1991, que casó la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 6 de junio de 1989, que no había aplicado la agravante de reincidencia por estimarla derogada por el apartado 3o. de la disposición derogatoria de la Constitución (“Asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la Constitución”). La sentencia de la Audiencia Provincial de Granada se inspiraba básicamente en el pensamiento de Zugaldía, que considera que la reincidencia no supone un aumento de la culpabilidad y puede resultar, por tanto, contraria al principio de proporcionalidad y suponer, a su vez, una infracción del principio *ne bis in idem*; véase Zugaldía Espinar, José Miguel, “Sobre la inconstitucionalidad de la agravante de reincidencia”, *Poder Judicial*, núm. 13, 2a. época, marzo de 1989, pp. 85 y ss., y “El principio de culpabilidad en la reciente Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Estudios de jurisprudencia*, año I, núm. 3, noviembre-diciembre de 1992, pp. 67 y ss. En la sentencia del 18 de febrero de 1994 (A. 1547) el Tribunal Supremo se manifestó, sin embargo, en sentido opuesto, señalando que la aplicación de la agravante es obligatoria en todo caso, pues la reincidencia implica un plus de antijuricidad y culpabilidad. En la del 2 de noviembre de 1994 (A.9.001) (con voto particular de Enrique Bacigalupo) considera obligatoria la aplicación de la agravante de reincidencia “so pena de que queramos conculcar el principio intangible de legalidad y convertir a los Tribunales de Justicia, no en interpretes de la ley, sino en verdaderos legisladores”, “...y ello con independencia de que existan algunas sentencias de este mismo Tribunal en que se opine lo contrario, ya que tales sentencias tienen un carácter puramente esporádico que no demuestran el sentir generalizado y, por tanto, jurisprudencial de esta Sala”. En la sentencia del 23 de julio de 1999 (A.5731), que invoca, en el mismo sentido las del 8 de julio de 1997 (A.5538), 17 de octubre de 1998 (A. 6879) y 15 de marzo de 1999 (A. 2400), el Tribunal Supremo no cuestiona la obligatoriedad de la aplicación de la agravante de reincidencia, pero considera que su fundamento consiste en una mayor necesidad de pena por razones de prevención especial, al haberse puesto de manifiesto la inclinación del delincuente a cometer una determinada clase de delitos.

³⁵ Véase, en este sentido, Mir Puig, “Sobre la constitucionalidad de la reincidencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, fasc. 3o., 1993, pp. 1.139 y ss., especialmente pp. 1.150 y 1.151. De otra opinión, Zugaldía Espinar, José Miguel, *Artículo 22*, 8, pp. 1083 y 1084, y Marín de Espinosa Ceballos, Elena B., *op. cit.*, nota 23, pp. 116 y 117. No es cierto, por

En cualquier caso, la lucha contra la delincuencia habitual debe llevarse a cabo básicamente mediante medidas de seguridad. Uno de los mayores defectos del nuevo Código Penal Español consiste precisamente en que no se establecen en él medidas de seguridad para los delincuentes habituales peligrosos de criminalidad grave.³⁶

En la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social del 4 de agosto de 1970, derogada por el nuevo Código, se preveía la aplicación de medidas de seguridad a los delincuentes habituales, destacando las privativas de libertad de internamiento en un establecimiento de custodia o de trabajo (artículo 5o., 1a.). No se crearon, sin embargo, los centros para su aplicación por lo que en la práctica se habilitaba para estos fines un ala determinada de un centro penitenciario normal.

Entre las medidas aplicables a los delincuentes habituales peligrosos de criminalidad grave habría que incluir, sin duda, medidas de seguridad privativas de libertad.

Hay que descartar el internamiento en un establecimiento de trabajo, pues se ha puesto de manifiesto que es ineficaz para los delincuentes habituales de criminalidad grave y es desproporcionado y por tanto rechazable, aunque pueda ser eficaz, para los delincuentes habituales de criminalidad leve (pequeños timadores, carteristas).

Debería incluirse, en cambio, en el elenco de medidas de seguridad, el internamiento en un centro de terapia social. Estos centros han sido creados en varios países europeos, habiendo servido al principio como modelo el fun-

otra parte, como estima esta autora (véase *lug. cit.*, pp. 114-116) que el criterio del Tribunal Constitucional español y de nuestro Tribunal Supremo, expresado en las sentencias mencionadas, coincide con el del Tribunal Federal Constitucional de la República Federal alemana. Este declaró, en sentencia de 16 de enero de 1979, que la agravante de reincidencia se adecuaba a la Constitución de su país “siempre que se evitara una presunción de mayor culpabilidad y se verificara en cada caso si se le podría reprochar al autor reincidente el no haber tomado como advertencia las anteriores condenas”.

³⁶ El nuevo Código parte del criterio, equivocado, de limitar el campo de aplicación de las medidas de seguridad a los inimputables y a los semiimputables. Véase, a este respecto, Cerezo Mir, José, *Curso de derecho penal español, parte general*, I, 6a. ed., España, Tecnos, 2004, pp. 35 y 36, y Günther Kaiser, “Befinden sich die kriminalrechtlichen Massregeln in der Krise?”, *Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe*, C. F. Müller, 1990, según el cual: “cualquiera que sea el sentido en que se hable de «crisis» —como notoria insuficiencia para realizar los fines de política jurídica y el programa normativo, como expresión de una configuración defectuosa en función de un programa alternativo implícito, o de una mayor necesidad de legitimación— no se advierte razón alguna que obligue a abandonar las medidas de seguridad y el sistema de la doble vía” (p. 51).

dado por el doctor Stürup, un psiquiatra danés, en Herstedvester, Copenhage. En estos establecimientos se somete a los delincuentes a un tratamiento con métodos psiquiátrico-sociales (combinando la terapia individual y de grupos). Se trata de desarrollar con medios psiquiátricos, psicológicos y pedagógicos la voluntad y la capacidad del delincuente de llevar una vida sin conflictos con la ley penal. Se trata de conseguir la cooperación activa de los delincuentes en su proceso de readaptación. Los establecimientos están dirigidos por un psiquiatra y tienen un reducido número de internos (unos doscientos y en Alemania, menos, de veinte a sesenta), divididos en pequeños grupos. La relación del número de internos con el del personal es aproximadamente de dos a uno y el personal está constituido por un equipo de psiquiatras, psicólogos y asistentes sociales.³⁷ El éxito de estos centros ha sido discutido, pero predominan, sin duda, los juicios favorables.³⁸

Marino Barbero Santos y J. María Morenilla Rodríguez habían solicitado la inclusión de la medida de internamiento en un centro de terapia social en el Anteproyecto de 1979, que dio lugar al Proyecto de Código penal español de 1980,³⁹ pero la ponencia redactora no aceptó su propuesta. Tam-

³⁷ Véase, sobre estos centros, mi artículo, “El tratamiento de los semiimputables”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, fasc. 1o., 1973, pp. 32 y ss., incluido en mi libro, *Problemas fundamentales del derecho penal*, España, Tecnos, 1982, pp. 153 y ss., mis *Consideraciones político-criminales sobre el Proyecto de Código Penal de 1992, lección inaugural del Curso Académico 1993-1994*, España, Universidad de Zaragoza, pp. 39 y ss., el detenido y profundo estudio de la terapia social realizado por Kaufmann, Hilde, *Criminología, ejecución penal y terapia social*, trad. de Juan Bustos Ramírez, Argentina, Depalma, 1979, pp. 238 y ss., Schüler Springorum, H., *Problemática de los establecimientos de terapia social, en la reforma penal. Cuatro cuestiones fundamentales*, España, Instituto Alemán, 1982, pp. 121 y ss., “Die sozialtherapeutischen Anstalten—ein kriminalpolitisches Lehrstück?”, *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann*, Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, 1986, pp. 167 y ss.

³⁸ Véase, por ejemplo, Schüler Springorum, H., *op. cit.*, nota 37, pp. 127 y ss., *Die sozialtherapeutischen Anstalten — ein kriminalpolitisches Lehrstück?*, pp. 178 y ss., G. Kaiser, *Kriminologie*, 3a. ed., C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 1996, par. 92, núm. 16, pp. 991, G. Stratenwerth, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil, II Strafen und Massnahmen*, Verlag Stämpfli, Berna, 1989, par. I, núm. 52, pp. 38 y 39, Jescheck-Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, p. 813 (Tratado de derecho penal, parte general, p. 739), Rudolf Egg, *Sozialtherapeutische Behandlung und Rückfälligkeit im längerfristigen Vergleich*, *Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, fasc. 6o., 1990, pp. 358 y ss., y R. Ortmann, “Zur Evaluation der Sozialtherapie”, *Z.Str. W.*, 1994, t. 106, fasc. 1o., pp. 782 y ss.

³⁹ Véase “Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social y su reforma”, *Doctrina Penal*, núm. 6, abril-junio de 1979, pp. 217 y ss., y Barbero Santos, Marino *Marginación*

poco prosperó mi sugerencia, en el seno de la Comisión General de Codificación, de introducir dicha medida, en los siguientes términos:

El internamiento en centro de terapia social para menores de veintiún años que presenten graves anomalías en su personalidad que guarden relación con la comisión del delito y en los que pueda apreciarse la probabilidad de que se conviertan o sean ya, delincuentes habituales o profesionales de criminalidad grave. La duración del internamiento no podrá exceder de cinco años.⁴⁰

El límite de veintiún años era puramente convencional. Se trataba de reducir el campo de aplicación de la medida, dado el elevado coste económico de los centros de terapia social, haciéndola viable en la práctica.

En la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal Español de 1983 se incluía el internamiento en un centro de terapia social en el catálogo de medidas de seguridad (artículo 86, 2, 5a.) y se preveía su aplicación, como única medida de seguridad privativa de libertad, a los delincuentes habituales. Su campo de aplicación resultaba excesivamente amplio. Cabía oponer, en este sentido, las mismas objeciones que se formularon en Alemania a una propuesta similar del Proyecto Alternativo de Código Penal.⁴¹ La aplicación de esta medida de seguridad a todos los delincuentes habituales resultaría imposible, dado el elevado coste de los centros de terapia social y nuestras posibilidades económicas. Por otra parte, como señaló Grünwald, la aplicación de esta medida de seguridad carecería de justificación si el delincuente habitual no presentaba una grave perturbación de su personalidad que hubiera influido en la comisión del delito.

En el nuevo Código Penal debería haberse previsto la posibilidad de aplicar la medida de internamiento en un centro de terapia social a aquellos delincuentes habituales de criminalidad grave, menores de veinticinco años, en quienes se aprecie una grave anomalía en su personalidad que hubiera influido en la comisión del delito.⁴² La aplicación de la medida debe-

social y derecho represivo, España, Bosch, 1990, pp. 155 y ss., especialmente pp. 168 y 170.

⁴⁰ Véase mis *Consideraciones político-criminales sobre el Proyecto de Código Penal de 1992*, *op. cit.*, nota 37 pp. 39 y 40.

⁴¹ Véase mi artículo "El tratamiento de los semiimputables. Problemas fundamentales del derecho penal", *op. cit.*, nota 37, pp. 154 y 155.

⁴² Elena B. Marín de Espinosa Ceballos propone recientemente la introducción de la medida de seguridad de internamiento en un centro de terapia social para todos los delin-

ría ser, en todo caso, voluntaria, es decir, debería llevarse a cabo siempre con la anuencia del condenado.

Es preferible la regulación del internamiento en un centro de terapia social como medida de seguridad que como modalidad de ejecución de las penas privativas de libertad, concretamente de las de prisión (como sucede actualmente en Alemania, en los artículos 9o. y 123 de la Ley de Ejecución de Penas),⁴³ pues de lo contrario el tratamiento y su duración estarían condicionados por la imposición y la duración de la pena.

Por último, debería haberse introducido también en el Código, en el elenco de medidas de seguridad, la de internamiento en un centro de custodia. Es una medida imprescindible para hacer frente a la peligrosidad de los delincuentes habituales de criminalidad grave a quienes no se pueda aplicar la medida de internamiento en un centro de terapia social (por la edad alcanzada, porque no presenten graves anomalías en su personalidad que guarden relación con la comisión del delito, o que no acepten la aplicación

cuentas reincidentes peligrosos de 18 a 25 años; véase, Marín de Espinosa Ceballos, Elena B., *op. cit.*, nota 24, pp. 386 y 387. Es un campo de aplicación demasiado amplio, a mi juicio, pues desborda probablemente nuestras posibilidades económicas y sobre todo porque la aplicación de esta medida carece de justificación si no se trata de delincuentes habituales de criminalidad grave, que presenten graves anomalías en su personalidad que hayan influido en la comisión del delito. El que se trate de delincuentes habituales de criminalidad grave no está garantizado simplemente porque el delito esté sancionado con una pena privativa de libertad, como exige Marín de Espinosa, en función de la errónea regulación del principio de la proporcionalidad en el nuevo Código Penal Español (artículo 6o., 2); véase, a este respecto, mi *Curso de derecho penal español, parte general, I Introducción*, pp. 37 y 38, y mi *Unidad didáctica, derecho penal, parte general-lecciones*, pp. 68 y 69. Para los delincuentes reincidentes peligrosos mayores de 18 años propono, como medida, la aplicación de la pena en régimen de sentencia relativamente indeterminada (véase *lug. cit.*, pp. 387 y ss.). El mínimo y el máximo de la pena estarían en función de la gravedad del delito (coincidirían con el marco penal fijado en la ley para el delito correspondiente), pero su duración concreta dependería de los progresos realizados en la tarea de reeducación y reinserción social, es decir de la peligrosidad del delincuente. Se trata de una nueva propuesta de tercera vía, inspirada en el Código Penal Portugués, que implica, como todas ellas, el peligro de una confusión sobre el fundamento y los fines de las penas y las medidas de seguridad. Véase, a este respecto, mi artículo, "El tratamiento de los semiimputables", incluido en mi libro *Problemas fundamentales del derecho penal*, España, Tecnos, 1982, pp. 150 y 151, y mi *Unidad didáctica, derecho penal, parte general-lecciones*, p. 104.

⁴³ La Ley del 20 de diciembre de 1984 derogó el artículo 65 del Código Penal, que regulaba la medida de seguridad de internamiento en un centro de terapia social.

de dicha medida). O en que una aplicación de la misma no ofreciera serias perspectivas de contribuir a favorecer la reinserción social.⁴⁴

Durante muchos años la medida de seguridad de internamiento en un centro de custodia fue objeto de numerosas críticas y su aplicación disminuyó considerablemente.⁴⁵ Se le objetaba sobre todo que al perseguir fundamentalmente un fin de aseguramiento y no de reinserción social del delincuente era difícilmente compatible con las exigencias de un Estado social y democrático de derecho.

Ante el incremento de la inseguridad ciudadana y de la sensación de inseguridad en los países de la Europa occidental, se ha producido un resurgimiento de la medida de custodia de seguridad.⁴⁶ En Alemania se ha ampliado su campo de aplicación y, en 2002, por la Ley para la Introducción de la Reserva de Imposición de la Custodia de Seguridad, se previó la posibilidad de que el tribunal, en la sentencia condenatoria, previera la posibilidad de imponer el internamiento en un centro de custodia al finalizar el cumplimiento de la pena privativa de libertad (artículo 66a), si concurrían los requisitos establecidos en el artículo 66 del Código Penal Alemán para la aplicación de dicha medida de seguridad. Sólo debía imponerse la medida, sin embargo, cuando cupiera esperar que el condenado, al ser puesto en libertad, cometiera delitos de considerable gravedad, que causen un grave daño físico o psíquico a las víctimas, es decir cuando se tratase de delincentes violentos o contra la libertad sexual.

Pero la evolución ha ido, incluso, más lejos. Se ha introducido recientemente la posibilidad de imponer la medida de custodia de seguridad por el tribunal *a posteriori*, es decir aunque su imposición no hubiera sido previs-

⁴⁴ Aunque sea una medida en la que se ponga el énfasis en el aseguramiento, no es cierto, por tanto, como supone Elena B. Marín de Espinosa Ceballos que se trate de una medida “concebida para hacer frente a la peligrosidad de delincentes habituales incorregibles con profundas alteraciones en la personalidad”, por lo que se opone a su introducción véase, Marín de Espinosa Ceballos, Elena B., *op. cit.*, nota 23, p. 386.

⁴⁵ Véase, a este respecto, Klaus Laubenthal, “Die Renaissance der Sicherungsverwahrung”, *Z.Str.W.*, 2004, t. 116, fascículo 2o., pp. 712 y ss.

⁴⁶ Véase, a este respecto, Silva Sánchez, J. María, “El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos,” *Homenaje al doctor Marino Barbero Santos, In Memoriam*, España, Cuenca, 2001, vol. 1, p. 706; Klaus Laubenthal, *Die Renaissance der Sicherungsverwahrung*, pp. 703 y ss.; Stefan Trechsel, “Nachträgliche Sicherungsverwahrung”, *Festschrift für Manfred Burgstaller zum 65. Geburtstag*, NWV Wien-Graz, 2004, pp. 201 y ss., y Karl-Ludwig, “Kunz-Günter Stratenwerth”, *Zum Bericht der Arbeitsgruppe “Verwahrung”*, separata de Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, 2005, t. 123 fasc. 1o., pp. 2 y ss.

ta en la sentencia condenatoria. Así ha sucedido en Alemania por la Ley para la Introducción de la Custodia de Seguridad *a posteriori*, del 23 de julio de 2004.⁴⁷ Se trata de hacer frente a la peligrosidad puesta de manifiesto por hechos conocidos después de la sentencia condenatoria por determinados delitos y antes de finalizar la ejecución de la pena “si de la valoración global del condenado, de sus hechos, y además de su evolución durante la ejecución de la pena, se deduce la gran probabilidad, de que cometa delitos de considerable gravedad, que causen un grave daño psíquico o corporal a las víctimas”; se puede imponer también la custodia de seguridad a aquellos delincuentes a los que se hubiera aplicado la medida de internamiento en un sanatorio psiquiátrico, al finalizar la aplicación de dicha medida, cuando concurren determinados requisitos “si de la valoración global del condenado, de sus hechos, y además de su evolución durante la ejecución de la medida, se deduce la gran probabilidad, de que cometa delitos de considerable gravedad, que causen un grave daño psíquico o corporal a las víctimas” (nuevo artículo 66 b del Código Penal Alemán). Se trata de impedir que el condenado al ser puesto en libertad, una vez cumplida la pena de prisión o la medida de internamiento en un sanatorio psiquiátrico, pueda cometer graves delitos contra la vida, la integridad corporal o la libertad sexual. Una disposición similar se introdujo por la mencionada Ley (artículo 4o.) en el derecho penal juvenil. El artículo 106 de la Ley de los Tribunales para Jóvenes recibió una nueva redacción para introducir también la posibilidad de la imposición de una medida de internamiento en un centro de custodia no prevista en la sentencia condenatoria.

En Suiza se pretende introducir asimismo la imposición a posteriori de la medida de seguridad de internamiento en un centro de custodia. En el Proyecto de reforma del Código Penal y de la Ley Penal Militar del 29 de junio de 2005, que se aprobó el 10 de junio de 2006, y entró en vigor el 1o. de enero de 2007, se prevé la introducción de un nuevo párrafo segundo en el artículo 65, del siguiente tenor:

Si se pone de manifiesto, durante la ejecución de la pena privativa de libertad, por nuevos hechos o medios de prueba, que concurren en un condenado los presupuestos de aplicación del internamiento en un centro de

⁴⁷ Muchos Länder se adelantaron a esta reforma, mediante leyes para el internamiento de delincuentes, de carácter administrativo, para cerrar una laguna, a su juicio existente, en la seguridad ciudadana; véase, a este respecto, Laubenthal, *Die Renaissance der Sicherungsverwahrung*, *op. cit.*, pp. 707, 742 y ss.

custodia y que se daban ya en el momento de la condena, sin que el Tribunal hubiera podido tener conocimiento de ello, puede el Tribunal ordenar a posteriori la imposición de la custodia. La competencia y el procedimiento se regirán por la regulación del juicio de revisión.

A favor de la introducción de la imposición *a posteriori* de la medida de internamiento en un centro de custodia se invoca la necesidad de evitar la puesta en libertad de delincuentes sumamente peligrosos que cometerán probablemente al ser liberados graves delitos contra la vida, la integridad corporal o la libertad sexual. En contra se esgrimen serias objeciones desde el punto de vista del Estado de derecho. La imposición *a posteriori* del internamiento en un centro de custodia infringiría el principio de proporcionalidad, el principio de legalidad, el de irretroactividad de la ley penal desfavorable, si se aplica a los delincuentes peligrosos que hayan delinquirido o estén cumpliendo ya condena al entrar en vigor la nueva ley y el principio *ne bis in idem*.

Es preciso analizar, aunque sea brevemente, dichas objeciones para ver si la imposición *a posteriori* de la medida de internamiento en un centro de custodia es o no incompatible con las exigencias del Estado de derecho.

El principio de proporcionalidad no sería infringido si la medida guarda proporción con la peligrosidad puesta de manifiesto por la gravedad de los delitos cometidos y de los que se considera probable que pueda cometer el sujeto al ser puesto en libertad.⁴⁸ No es obstáculo para ello que la custodia de seguridad apenas se diferencie en su aplicación de una pena privativa de libertad, pues la medida de seguridad no debe guardar proporción con la gravedad de lo injusto culpable, sino con la peligrosidad del delincuente.⁴⁹ Tampoco el margen de error en el pronóstico de la conducta futura del delincuente afecta, por sí mismo, a la proporcionalidad de la medida.⁵⁰

El principio de legalidad es conceptualmente independiente del de irretroactividad de las leyes penales.⁵¹ En sentido estricto, el principio de legalidad exige únicamente que la pena o medida de seguridad que se apliquen es-

⁴⁸ Véase, a este respecto, mi *Curso de derecho penal español, parte general, op. cit.*, nota 36, pp. 41 y ss., especialmente p. 44.

⁴⁹ No me parece, por ello, convincente la objeción de Laubenthal; véase, *Die Renaissance der Sicherungsverwahrung*, pp. 710 y 711.

⁵⁰ Como estima Laubenthal, *Ibidem*, pp. 714, 749 y 750.

⁵¹ Véase, a este respecto, mi *Curso de derecho penal español, parte general*, Introducción, *op. cit.*, nota 36, p. 218.

tén reguladas en una ley en el momento de su aplicación. Si la imposición *a posteriori* de la medida de internamiento en un centro de custodia, una vez finalizado el cumplimiento de la pena privativa de libertad o de la medida de internamiento en un sanatorio psiquiátrico está prevista en la ley, como sucede en Alemania actualmente, no supone una infracción del principio de legalidad, siempre que concurren en el caso concreto los requisitos exigidos en la regulación legal.

Más discutible es si no supone una infracción del principio de irretroactividad de las leyes penales desfavorables la aplicación *a posteriori* de la medida de internamiento en un centro de custodia, al finalizar el cumplimiento de la pena privativa de libertad o de la medida de internamiento en un sanatorio psiquiátrico si el hecho delictivo que fue objeto de la condena o los nuevos hechos conocidos durante el periodo de ejecución de la pena o de la medida y que ponen de manifiesto la peligrosidad del delincuente fueron realizados antes de la entrada en vigor de la ley que prevé la imposición *a posteriori* de la mencionada medida.⁵² En Alemania rige en general el criterio de que tratándose de medidas de seguridad debe aplicarse la ley vigente en el momento del juicio, pero se hace excepción para algunas medidas entre las que se encuentra la custodia de seguridad (artículo 2o., VI del Código Penal Alemán); en estos casos debe aplicarse la ley vigente en el momento del hecho. En España, de acuerdo con la opinión dominante en nuestro país, se aplica a las medidas de seguridad el mismo criterio que a las penas (artículo 2o. del Código Penal Español). Rige el principio de la irretroactividad de las leyes penales y se hace una excepción para las leyes penales favorables al reo. Al tratarse de una ley desfavorable para el reo la que introduce la posibilidad de la imposición *a posteriori* de la custodia de seguridad, esta no sería posible si el hecho delictivo enjuiciado o los nuevos hechos conocidos durante la ejecución de la pena o de la medida, hubieran sido realizados antes de la entrada en vigor de la nueva ley. El criterio de la opinión dominante en nuestro país y de nuestro Código no me parece, sin embargo, convincente. Como señaló ya Rodríguez Mourullo, al tratarse de la aplicación de medidas de seguridad a estados peligrosos, no se plantea el problema de la retroactividad si dichos estados perduran, como es obligado, en el momento del juicio, aunque los hechos reveladores de los mismos

⁵² Consideran que con ello se infringe el principio de irretroactividad de las leyes penales desfavorables Stefan Trechsel, *Nachträgliche Sicherungsverwahrung*, p. 208, y Kunz y Stratenwerth, *Zum Bericht der Arbeitsgruppe "Verwahrung"*, pp. 14 y 15.

sean anteriores a la entrada en vigor de la ley. Estos hechos deberán ser ya delictivos, sin embargo, en el momento de su realización.⁵³

Más fundamento tiene, a mi juicio, la objeción de la infracción del principio *ne bis in idem*.⁵⁴ Al enjuiciarse al finalizar el cumplimiento de la pena privativa de libertad o de la medida de internamiento en un sanatorio psiquiátrico si se aprecia en el delincuente la probabilidad de que, al ser puesto en libertad, cometa graves delitos violentos o contra la libertad sexual, deberá hacerse referencia obligadamente en el juicio de pronóstico al delito ya enjuiciado y que fue objeto de la sentencia condenatoria.⁵⁵ No se dará, sin embargo, una infracción del principio *ne bis in idem* cuando la imposición *a posteriori* de la custodia de seguridad estuviera prevista en la sentencia condenatoria, aunque se hiciera depender también de la evolución del condenado durante la ejecución de la pena o de la medida. Si la imposición *a posteriori* de la medida de internamiento en un centro de custodia no guardara relación con el hecho delictivo enjuiciado en la sentencia, sino únicamente con otros hechos posteriores conocidos durante la ejecución de la pena o de la medida de seguridad y que no constituyeran delito estaríamos ante una medida de seguridad predelictual, inadmisibles en un Estado de Derecho y de imposible aplicación en nuestro Código Penal (artículos 60., 1 y 95).

En resumen, *de lege ferenda*, me parece rechazable la introducción de la imposición *a posteriori* de la medida de internamiento en un centro de custodia, salvo cuando dicha imposición estuviera prevista de antemano en la sentencia condenatoria.⁵⁶ En este último caso la posibilidad de imposición de la custodia de seguridad podría estimular al recluso a comportarse adecuadamente y a cooperar activamente en el tratamiento para conseguir su rehabilitación y reinserción social.⁵⁷

La previsión en la sentencia condenatoria de la posibilidad de imponer *a posteriori* la medida de internamiento en un centro de custodia, es un medio de hacer frente al problema real de evitar la puesta en libertad de delincuentes muy peligrosos que cometerán probablemente al ser liberados gra-

⁵³ Véase, a este respecto, mi *Curso de derecho penal español... cit.*, nota 36, pp. 222 y 223.

⁵⁴ Formulada, por ejemplo, por Trechsel, *op. cit.*, nota 52, y Kunz-Stratenwerth, *op. cit.*, nota 52, pp. 12 y 13.

⁵⁵ Véase, en este sentido, Klaus Laubenthal, *Die Renaissance der Sicherungsverwahrung*, p. 750.

⁵⁶ Véase, en este sentido, *op. cit.*, nota 52, p. 17.

⁵⁷ Véase, en este sentido, Klaus Laubenthal *op. cit.*, nota 55, p. 740.

ves delitos contra la vida, la integridad corporal o la libertad sexual. En España nos hemos visto confrontados recientemente con este problema, en el llamado caso Parot. Este terrorista de ETA había sido condenado por 150 asesinatos en grado de consumación o tentativa acabada, no había mostrado la más mínima señal de arrepentimiento y su próxima puesta en libertad produjo una considerable alarma social. Había sido condenado siempre con base en el anterior Código Penal, según el cual el límite máximo de cumplimiento de las penas privativas de libertad era el triple de la más grave y en todo caso no podía exceder de treinta años (artículo 70, regla 2a.). Sobre esta llamada “pena de cumplimiento” se aplicaban los beneficios penitenciarios (redención de penas por el trabajo, libertad condicional). El Tribunal Supremo, en su sentencia del 28 de febrero de 2006, para retrasar la puesta en libertad de Parot hasta 2020, rompió con una línea jurisprudencial constante y estimó que los beneficios penitenciarios, en este caso la redención de penas por el trabajo, deben aplicarse no sobre la llamada “pena de cumplimiento”, sino sucesivamente sobre todas y cada una de las diversas penas privativas de libertad impuestas en la sentencia. Mediante la redención de penas por el trabajo, institución que no se incorporó al nuevo Código Penal, se abonaba para el cumplimiento de la pena un día por cada dos de trabajo (artículo 100 del anterior Código Penal). Suponía, por tanto, la reducción de la “pena de cumplimiento” en un tercio. Al aplicarse ahora la redención de penas por el trabajo no a la “pena de cumplimiento”, sino sucesivamente a todas y cada una de las penas privativas de libertad impuestas se hace posible el cumplimiento de una pena privativa de libertad de treinta años de duración efectiva. El cambio jurisprudencial, que no sólo afecta a los terroristas, sino a todos los delincuentes, puede aplicarse, sin duda, con carácter retroactivo, aun siendo desfavorable para el reo, al no ser la jurisprudencia fuente del derecho, en el sentido de que no puede crear normas de carácter general de segura aplicación en el futuro.⁵⁸ El problema radica, a mi juicio, en que el nuevo criterio jurisprudencial no se ajusta a la voluntad de la ley. Es cierto que la mal llamada “pena de cumplimiento” no es una pena nueva, autónoma, en relación con las diversas penas impuestas en la sentencia,⁵⁹ pero es una “unidad de ejecución peniten-

⁵⁸ Véase, a este respecto, mi *curso de Derecho Penal Español... cit.*, nota 36, pp. 196 y ss.

⁵⁹ En contra de lo que se afirma en el apartado tercero del voto particular formulado por los ilustres magistrados José Antonio Martín Pallín, Joaquín Giménez García y Perfecto Andrés Ibáñez, según los cuales, “en virtud de las normas citadas, las penas im-

ciaria” formada en atención a los fines de la pena (especialmente el de la rehabilitación y reinserción social) y los beneficios penitenciarios (redención de penas por el trabajo, en este caso) sirven también a los mismos fines y han de aplicarse, por tanto, sobre la “unidad de ejecución”. El Tribunal Supremo se pronunció bajo los efectos de una presión social y política irresistible, ante la próxima excarcelación de Parot y otros terroristas asesinos múltiples, pero el respeto al principio de legalidad es una exigencia insoslayable del Estado de Derecho⁶⁰. Por otra parte, es una solución equivocada a un problema real. La introducción en nuestro ordenamiento de la medida de seguridad de internamiento en un centro de custodia y la posibilidad de prever en la sentencia condenatoria su imposición *a posteriori* me parece una solución preferible. Preferible, sin duda también a la ampliación desmesurada, en nuestro Código Penal vigente de los límites máximos de cumplimiento de las penas privativas de libertad, en la regulación del concurso real de delitos.⁶¹

Aunque la mayor parte de las reformas introducidas en nuestro Código en 2003 tienden a incrementar la eficacia de la pena desde el punto de vista de la reafirmación del ordenamiento jurídico y de la prevención general, al mismo tiempo no solo se mantienen los preceptos que implican, a mi jui-

puestas en la sentencia, tratadas conforme a las reglas de aplicación previstas, se transforman —“se refunden”, dice la jurisprudencia— en otra de la misma naturaleza, pero distinta”. Se manifiesta conforme con este criterio Manzanares Samaniego, José Luis, “Apuntes de urgencia sobre la sentencia del Tribunal Supremo en relación con el denominado caso Parot”, *La Ley*, año XXVII, núm. 6443, marzo de 2006, p. 3.

⁶⁰ En ello insisten, con razón, los magistrados que formularon el voto particular (apartado noveno). Por otra parte, tanto los magistrados que formularon el voto particular, como Manzanares señalan, con razón, que el criterio en la aplicación de la redención de penas por el trabajo era una cuestión ajena al objeto del recurso de casación presentado. Ni el fiscal, ni el acusado tuvieron, por ello, la oportunidad de pronunciarse sobre esta cuestión. “Algo difícilmente compatible, señala Manzanares, con la indefensión proscrita por el artículo 24.1 de la Constitución” (*lug. cit.*, p. 3). El recurso de casación tenía por objeto conseguir la acumulación de todas las penas privativas de libertad, con el fin de que se estableciera un único límite máximo de cumplimiento de treinta años, en contra del criterio de la Audiencia Nacional (formulado en el auto de 26 de abril de 2005) de dividir las en dos bloques (por una interrupción de la actividad delictiva durante unos dos años y medio y por haber actuado Parot en ambos periodos formando parte de dos comandos distintos). Según la Audiencia Nacional procedía, por ello, establecer dos periodos de cumplimiento máximo de la pena de treinta años cada uno.

⁶¹ Preferible también, a mi juicio, a la introducción de la prisión perpetua con revisión tras algunos años de cumplimiento efectivo, que sugiere Manzanares Samaniego, José Luis, *ibidem*, p. 2.

cio, una excesiva atención a las exigencias de la prevención especial, sino que mediante algunas reformas se quiere poner aún más el énfasis en la misma. Así, en los delitos cometidos por la dependencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos se amplía la posibilidad de suspensión de las penas privativas de libertad hasta las de cinco años de duración (antes el límite máximo era de tres años) y se suprime el requisito de que no se trate de un delincuente habitual.⁶² No hay que olvidar que no se trata de las penas abstractas, establecidas en la Ley, sino de las penas concretas, de las penas impuestas, con lo que se puede conceder la suspensión de la ejecución de la pena a los responsables de delitos graves.

Se prevé, asimismo, un adelantamiento aún mayor de la concesión de la libertad condicional, en los supuestos en que puede concederse una vez cumplidas las dos terceras partes de la pena, a razón de noventa días por cada año transcurrido de cumplimiento de la condena, cuando el reo haya cumplido la mitad de la misma y haya desarrollado de modo continuo actividades laborales, culturales u ocupacionales “y que acredite, además, la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso”, siempre que el sujeto no fuera responsable de los delitos de terrorismo de la sección segunda, del capítulo V, del título XXII o de delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales.⁶³

Se advierte, por tanto, en nuestro Código no sólo una excesiva orientación hacia los fines de la reafirmación del ordenamiento jurídico (retribución) y la prevención general, para atender a las demandas sociales de una mayor seguridad ciudadana, sino también una falta de armonía entre los diversos fines de la pena.⁶⁴

⁶² Véase la nueva redacción del artículo 87.1, introducida por la Ley Orgánica 15/2003, del 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, del 23 de noviembre, del Código Penal.

⁶³ Véase la nueva redacción del artículo 91 introducida por la Ley Orgánica 7/2003, del 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas.

⁶⁴ Díez Ripollés propone frente al modelo penal de la seguridad ciudadana el que llama modelo penal binestarista (sería mejor, a mi juicio, hablar de modelo penal del Estado de bienestar) “que anteponga una aproximación social a una aproximación represiva hacia la delincuencia”, que mantenga las garantías penales, pero manteniéndose siempre dentro de los límites de la racionalidad pragmática, sin perder nunca de vista “la efectividad y eficacia de las medidas de intervención social a tomar”; véase, *La nueva política criminal española*, pp. 86 y 87.