



COLECCIÓN DE **DERECHO PENAL**

DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN ESPAÑA

Cristian Sánchez Benítez

Doctor en Ciencias Sociales y Jurídicas por la Universidad de Cádiz

Prólogo:

María Acale Sánchez

Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Cádiz

REUS
EDITORIAL

COLECCIÓN DE DERECHO PENAL

TÍTULOS PUBLICADOS

La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código penal, *María Acale Sánchez* (2006).

Derecho penal de la empresa e imputación objetiva, *Bernardo Feijoo Sánchez* (2007).

Punibilidad y delito, *Érika Mendes de Carvalho* (2007).

Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto, *Manuel Cancio Meliá* (2010).

La responsabilidad penal de los funcionarios por delitos ambientales, *Cristóbal Javier Cantero Cerquella* (2010).

La ocupación de inmuebles en el Código Penal español, *José Miguel Jiménez París* (2018).

Triple de la mayor y condenas eternas. A propósito del Acuerdo del TS de 27 de junio de 2018, *Puerto Solar Calvo* (2019).

Malversación y blanqueo en la contratación pública de abogados defensores, *Jordi Casas Hervilla* (2019).

Siniestralidad vial, delitos imprudentes y fuga, *Rosario de Vicente Martínez* (2019).

Lineamientos de la violencia en el derecho penal del deporte, *José Manuel Ríos Corbacho* (2019).

Violencia sexual de género contra las mujeres adultas. Especial referencia a los delitos de agresión y abuso sexuales, *María Acale Sánchez* (2019).

Los instrumentos de valoración y gestión de riesgos en el modelo de penalidad español, *David Castro Liñares* (2019).

Régimen penológico del concurso real de delitos, *Jorge Vizueta Fernández* (2020).

Derecho penal del enemigo en España, *Cristian Sánchez Benítez* (2020).

COLECCIÓN DE DERECHO PENAL

Directora:

ROSARIO DE VICENTE MARTÍNEZ

Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Castilla-La Mancha

DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN ESPAÑA

Cristian Sánchez Benítez

Doctor en Ciencias Sociales y Jurídicas por la Universidad de Cádiz

Prólogo:

María Acale Sánchez

Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Cádiz

REUS
EDITORIAL

Madrid, 2020

© Editorial Reus, S. A.
C/ Rafael Calvo, 18, 2º C – 28010 Madrid
Teléfonos: (34) 91 521 36 19 – (34) 91 522 30 54
Fax: (34) 91 445 11 26
reus@editorialreus.es
www.editorialreus.es

1.ª edición REUS, S.A. (2020)
ISBN: 978-84-290-2290-2
Depósito Legal: M 5466-2020
Diseño de portada: María Lapor
Impreso en España
Printed in Spain

Imprime: Talleres Editoriales Cometa, S. A.
Ctra. Castellón, km 3,400 – 50013 Zaragoza

Ni Editorial Reus ni sus directores de colección responden del contenido de los textos impresos, cuya originalidad garantizan sus propios autores. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización expresa de Editorial Reus, salvo excepción prevista por la ley. Fotocopiar o reproducir ilegalmente la presente obra es un delito castigado con cárcel en el vigente Código penal español.

A Aylén

PRÓLOGO

A mediados del curso académico 2012-2013, me propuso un joven e ilusionante Cristian Sánchez hacer su tesis doctoral sobre la custodia de seguridad, la medida de seguridad de internamiento para condenados imputables que previamente habían pasado por la prisión, y que el entonces Ministro de Justicia Gallardón había convertido en la niña de los ojos de la reforma que proyectaba del Código penal el Anteproyecto de 18 de octubre de 2012. Su fundamento parecía deducirse del peligro «de comisión de delitos futuros», según señalaba la Exposición de motivos, más que del delito cometido, por lo que se abría así un campo a la investigación de un Derecho penal que se aventuraba a diagnosticar la reincidencia en el delito, como si fuera una pitonisa.

En sucesivos encuentros, acordamos comenzar a estudiar el marco de referencia de la nueva medida de seguridad, así como las coordenadas de tiempo y lugar usadas por el legislador en su diseño y en su fundamentación político criminal, a sabiendas de que la hechura del trabajo iría modificándose al ritmo que se fuera consolidando la configuración legal del nuevo instituto penológico. El hecho de que el Partido Popular, entonces en el Gobierno, contase con mayoría absoluta, parecía apuntar a que dicha medida terminaría convirtiéndose en derecho vigente más pronto que tarde.

Y así, fueron pasando las semanas y los borradores y anteproyectos de leyes de reforma del Código se sucedían unos a otros, cuando en una de nuestras sesiones de trabajo, constatamos con sorpresa que el Proyecto de reforma de 20 de septiembre de 2013 había eliminado dicha medida de seguridad del modelo que se estaba fraguando, evaporándose así el objeto central del estudio que Cristian estaba llevando a cabo. Lo cierto es que, en vez de preocuparnos por el necesario cambio de rumbo que

debía tomar su investigación, lo celebramos, porque entonces nos dimos cuenta de que nuestra verdadera preocupación cuando comenzamos a barajar la posibilidad de analizar la custodia de seguridad, no era solo científica, sino fundamentalmente una honda preocupación social por el giro punitivista que imprimiría a un Código penal que desde su aprobación, había sufrido ya tantas reformas de calado (fundamentalmente en 2003), que no podíamos reconocerlo ya como aquella *Constitución en negativo* a la que se refería la Exposición de Motivos de la LO 1/1995, porque poco a poco había dejado de ser un Código que protegía bienes jurídicos, para convertirse fundamentalmente en un Código que imponía graves y severos castigos a quienes desobedecieran los mandatos que se encerraban en su interior.

Con todo, pronto pudimos comprobar como la eliminación de la custodia de seguridad se había producido sin la renuncia del legislador al tratamiento de la peligrosidad criminal del penado una vez que recuperara su libertad: se trató simplemente de una operación de maquillaje que se llevó a cabo en el interior de la LO 1/2015. El mero hecho de que de la noche a la mañana se convirtieran en asesores legislativos en materia política criminal los familiares de las víctimas de los delitos más crueles y violentos y que tanto dolor y tristeza habían causado en el conjunto de la sociedad, era sintomático que se trataba de una operación orquestada desde atrás por un legislador que necesitaba votos e intentaba granjearse así los apoyos más sentidos, no ya proteger a las víctimas futuras de semejantes delitos.

En efecto, con la publicación finalmente en el BOE de la LO 1/2015, se pudo comprobar cómo se vino a ampliar el uso de la medida de seguridad postpenitenciaria de libertad vigilada para condenados imputables peligrosos, vigente en nuestro ordenamiento jurídico desde la reforma operada por la LO 5/2010, que perseguía la finalidad de controlar la peligrosidad social del liberado, aunque eso sí, durante la ejecución de la pena de prisión impuesta, se retrasara el acceso a los regímenes penitenciarios más abiertos y, por ende, más orientados a la reinserción social. Se trató de una medida que focalizaba la peligrosidad del penado en un futuro, una vez que hubiera abandonado la prisión, si bien se descuidaba el tratamiento de la peligrosidad criminal del sujeto recién condenado por la comisión de un delito en la cárcel. Poco sentido tenía pues dicha medida desde el punto de vista de la reinserción social, y sí mucho desde la perspectiva de un legislador que relajaba los estándares de control de la peligrosidad mientras la tuviera en prisión y que solo se preocupara de ella una vez alcanzada la libertad.

Pero el instrumento penológico más importante que se incorporó en 2015 a nuestro embrutecido Código penal fue la prisión permanente revisable, una pena que venía demandando el mismo sector de la sociedad española que asesoraba al legislador, que de esta forma le compensaba moralmente por la pérdida de sus seres queridos. El mismo día de su entrada en vigor se presentó un recurso de inconstitucionalidad promovido por más de 50 diputados de varios Partidos políticos, impulsado por el Partido Socialista Obrero Español; el Tribunal Constitucional lo admitía a trámite a través de su Providencia núm. 3866/2015, de 21 de julio. Sin embargo, cuatro años más tarde, todavía no tenemos el esperado pronunciamiento del alto Tribunal, aunque ya hay varias personas en prisión condenadas a esta pena. Hoy sabemos que la introducción en el ordenamiento jurídico español de la prisión permanente revisable no ha servido para prevenir la comisión de delitos graves, porque para ello se precisan otro tipo de políticas de distinto corte, que tiendan no solo a «castigar más y peor», sino que tiendan a reparar el daño así como a ir minimizando poco a poco sus efectos. Y porque también sabemos que se trata de una pena que está diseñada para castigar al autor por el daño y por el dolor que ha causado con más daño y con más dolor, pero no protege más a las víctimas, porque no evita su muerte, ni amortigua su sufrimiento; solo las envuelve en una especie de papel de celofán, desde el que ven la ejecución del castigo y desde el que son observadas por el autor del delito y por la sociedad, inspirando sentimientos de pena, de dolor y de sufrimiento. Y este no es el contexto más idóneo para que ellas mismas puedan volver a vivir con ganas sus vidas, tomando las riendas de su destino.

Con todo, la LO 1/2015 incorporó una nueva consecuencia jurídica del delito, que no es ni pena, ni medida de seguridad y que se quedó por tanto en el confortable limbo de las *consecuencias accesorias* de la toma de muestras biológicas y la realización de análisis para la obtención de identificadores de ADN, por si la pena de prisión, la cárcel y la medida de seguridad postpenitenciaria de libertad vigilada no fueran suficiente para amenazar a los destinatarios de la norma. Por su contenido, se está ante una muestra más de la desconfianza del legislador hacia el penado que pasa por la prisión y en definitiva, la confianza en la reincidencia penitenciaria.

El carácter cumulativo de la libertad vigilada a la prisión permanente revisable y de la toma de muestras de ADN deja al descubierto la verdadera imagen que tiene el legislador de la pena de prisión, convertida tras las sucesivas reformas llevadas a cabo a partir de 2003 más que en prisión en jaula, como tan oportunamente lo definiera Zaffaroni, incapaz de controlar la reincidencia, la reinserción social y la disminución de los delitos, por

lo que no le queda otra opción que limitarse a cumplir la mera retención y custodia de los condenados (art. 1 LOGP).

Tras unos años de trabajo duro, de contrato en contrato de investigación (en los mejores momentos), Cristian Sánchez se dedicó al estudio de la prisión permanente revisable, de la libertad vigilada y de la toma de muestras de ADN, concluyendo que ninguna de ellas puede entenderse si se analiza aisladamente del resto porque las tres soportan el peso en el ordenamiento jurídico español de *nuestro propio Derecho penal del enemigo*, que ha desplazado en nuestros días al Derecho penal garantista a los Manuales de Derecho penal. Parte General, sacándolo de la escena político criminal.

Durante estos años, Cristian nunca perdió la ilusión por el trabajo y las ganas de estudiar. Como universitaria creo que sería un error enorme no asegurarnos de que más allá de los sucesivos contratos de investigación que puedan ir firmando nuestras jóvenes promesas, no tengan un lugar en el futuro de nuestra Universidad. Esta generación no puede ser una generación perdida. Porque se perderá también la nuestra.

María ACALE SÁNCHEZ
Catedrática de Derecho penal
El Puerto de Santa María, a 12 de enero de 2020

NOTA PREVIA DEL AUTOR

«Una cosa no es justa por el hecho de ser ley. Debe ser ley porque es justa»
Charles Louis de Secondat (Montesquieu).

La principal aspiración de este libro es plasmar los resultados de mi estudio de las instituciones penales españolas dirigidas a la neutralización de la peligrosidad criminal de los delincuentes imputables, con especial referencia a la pena de prisión permanente revisable. Se trata de un trabajo que toma como base la tesis doctoral con la que en mayo de 2019 alcancé el grado de Doctor en Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad de Cádiz con la calificación sobresaliente *cum laude*. La tesis se titula «El tratamiento de la peligrosidad criminal a través de la libertad vigilada y la prisión permanente revisable: nuestro Derecho penal del enemigo» y fue dirigida por la profesora María Acale Sánchez.

Pero esta monografía no es únicamente el resultado de varios años de estudio de una parte del Derecho penal español. Este libro es el resultado de un reto intelectual, de un afán por comprender el delito y su reacción formal y sobre todo, de un largo proceso de aprendizaje académico y vital experimentado durante largo tiempo. Este libro es el resultado de un especial compromiso con quienes enriquecen mi vida de distintas maneras.

Primeramente, un compromiso con la profesora María Acale, referente científico y personal, a la que le debo tanto y de la que aprendo cada día. No encuentro la manera de condensar en un párrafo todo lo que supone la suerte de haber contado desde 2013 con su incuantificable ayuda. Gracias especialmente a ti, María, maestra y amiga.

Igualmente, un compromiso con otras muchas personas que han contribuido decisivamente a la plasmación de esta obra. Así, tuve la fortuna de contar con un Tribunal excepcional formado por Ana Isabel Pérez

Cepeda, Juan Terradillos Basoco y Guillermo Portilla Contreras, cuyas recomendaciones incorporo a este trabajo, recomendaciones que sin duda lo enriquecen enormemente.

Asimismo, este trabajo se publica sin ninguna duda gracias al enorme apoyo recibido por una serie de personas que siempre me han empujado durante estos últimos cinco años, periodo en el que he experimentado un constante crecimiento académico y especialmente personal.

Por ello, además de a María y a los miembros de mi Tribunal, permítaseme dar las gracias en estas líneas a mi familia y especialmente a Aylén, porque vino al mundo con un auto de sobreseimiento bajo el brazo; a Yamila, por su muy meritoria capacidad de aguantar mis constantes cambios de humor durante tantos años; a mis amigos (incontables), por los buenos momentos vividos y por los que nos quedan por vivir; y a mis compañeros y camaradas, porque me enseñaron a no ser neutral, a ponerme siempre del lado de los débiles. A todos ellos les estaré siempre agradecido por su apoyo sincero.

También al Área de Derecho penal de la Universidad de Cádiz y en especial, a los docentes del Máster en Sistema Penal y Criminalidad y al que fuera su Coordinador, el profesor Luis Ramón Ruiz, porque despertaron en mí la inquietud por la investigación del fenómeno criminal; y al valioso ejército de doctorandos y jóvenes doctores en Derecho penal y Criminología de la Universidad de Cádiz, en especial, a mis amigos Erick V. Guimaray (que algún día me enseñará Lima), Diego Silva y Manuel Fanega (volveremos a La Habana), y por supuesto, a mi paisano y amigo Manuel Luis Ruiz, con quien he compartido (y espero seguir compartiendo) tantos trayectos (y risas) de Sanlúcar a Jerez y de Jerez a Sanlúcar.

Por último, con esta publicación pongo punto y final a la etapa académica más fructífera de mi vida, en la que he tenido el privilegio de aprender de gente extraordinaria. Os estaré siempre agradecido, porque este trabajo es mucho más vuestro que mío.

En Sanlúcar de Barrameda, a 26 de diciembre de 2019.

ÍNDICE

PRÓLOGO	7
NOTA PREVIA DEL AUTOR	11
INTRODUCCIÓN	13
CAPÍTULO I. LA MEDIDA DE SEGURIDAD DE LIBERTAD VIGILADA	19
I. INTRODUCCIÓN.....	19
II. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA.....	22
III. EJECUCIÓN Y CONTROL JUDICIAL DE LA MEDIDA.....	27
IV. CONTENIDO Y DURACIÓN	37
V. LAS CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO	44
VI. LOS SUPUESTOS DE IMPOSICIÓN POSTPENITENCIARIA DE LA MEDIDA.....	47
1. La modificación efectuada en 2015: la ampliación de los supuestos de aplicación	47
2. La libertad vigilada en los delitos de terrorismo.....	54
3. La libertad vigilada en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual.....	62
4. La libertad vigilada en los delitos de homicidio y sus formas	69
5. La libertad vigilada en los delitos de violencia doméstica	72
VII. RECAPITULACIÓN Y VALORACIÓN CRÍTICA	76
CAPÍTULO II. LA PENA DE PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE	95
I. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PENA DE PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE.....	95

1. Introducción	95
2. Régimen jurídico y naturaleza de la pena de prisión permanente revisable	98
3. Periodo de seguridad y condiciones de acceso a la suspensión...	104
4. Periodo suspensivo de la pena	125
5. La pena de prisión permanente revisable, las penas largas de prisión y los límites máximos de cumplimiento de hasta cuarenta años	134
II. DELITOS CASTIGADOS CON LA PENA DE PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE.....	142
1. Asesinato cualificado	142
2. Terrorismo con resultado de muerte	156
3. Homicidio del Rey o la Reina o el Príncipe o la Princesa de Asturias	167
4. Homicidio de Jefe de un Estado extranjero o de otra persona internacionalmente protegida por un Tratado, que se halle en España	169
5. Genocidio con causación de muerte, agresión sexual o mutilación genital.....	171
6. Delitos de lesa humanidad con causación de muerte.....	173
III. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA PROPUESTA DE AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE.....	173
1. El contexto posterior a la entrada en vigor de la pena de prisión permanente revisable.....	173
2. Breve análisis de la propuesta de ampliación de los delitos castigados con la pena de prisión permanente revisable	182
3. ¿Fin de la pena de prisión permanente revisable?.....	188
IV. LA PENA DE PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE Y EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS	193
V. ANÁLISIS SOBRE LA VIABILIDAD CONSTITUCIONAL DE LA PENA DE PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE	197
1. Dignidad de la persona	197
2. Igualdad y no discriminación	198
3. Derecho a la vida y prohibición de penas inhumanas o degradantes	201
4. Derecho a la libertad.....	210
5. Principio de legalidad	213
6. Principio de reinserción social.....	218
VI. RECAPITULACIÓN Y VALORACIÓN CRÍTICA	241
CAPÍTULO III. NUEVAS VÍAS DE CONTROL POSTPENITENCIARIO.....	243
I. INTRODUCCIÓN.....	243

II. LA TOMA DE MUESTRAS BIOLÓGICAS Y LA REALIZACIÓN DE ANÁLISIS DE ADN (EL ARTÍCULO 129 BIS DEL CÓDIGO PENAL).....	245
III. EL REGISTRO CENTRAL DE DELINCUENTES SEXUALES ...	255
IV. LA PROHIBICIÓN DE DESEMPEÑAR DETERMINADAS PROFESIONES QUE IMPLIQUEN CONTACTO HABITUAL CON MENORES Y LA PENA DE INHABILITACIÓN DOCENTE.....	264
V. RECAPITULACIÓN Y VALORACIÓN CRÍTICA	268
CAPÍTULO IV. PROPUESTAS DE LEGE FERENDA	271
I. INTRODUCCIÓN.....	271
II. PROPUESTAS DE LEGE FERENDA	274
1. Propuesta de supresión de la medida de libertad vigilada de ejecución postpenitenciaria a sujetos imputables.....	274
2. Propuesta de supresión de la pena de prisión permanente revisable.....	275
3. Propuesta de reducción de los límites máximos de cumplimiento efectivo	275
4. Propuesta de introducción de una pena de libertad vigilada.....	276
CONCLUSIONES.....	279
BIBLIOGRAFÍA.....	289

En las últimas décadas se asiste en España al desarrollo y afianzamiento de un modelo penal securitario en el que el Derecho penal de la peligrosidad adquiere un carácter protagónico. Este modelo promueve el control postpenitenciario de carácter inocuidador de determinados grupos delincuenciales generadores de un mayor reproche social. Se trata de un conjunto de delincuentes imputables que además reciben la calificación estatal de peligrosos. En este libro el lector encontrará un estudio desde una perspectiva dogmática y fundamentalmente político-criminal de la modalidad postpenitenciaria de la medida de seguridad de libertad vigilada, de la pena de prisión permanente revisable y de otras instituciones accesorias orientadas a garantizar un control postpenitenciario de ciertos grupos de delincuentes, los enemigos del Derecho penal español.

De este modo, *Derecho penal del enemigo en España* contiene un amplio análisis de las instituciones más características de este modelo penal excepcional. Este análisis crítico culmina con una propuesta alternativa al conjunto de instituciones aplicables en España a los delincuentes imputables y peligrosos.

Cristian Sánchez nació en 1989 en Sanlúcar de Barrameda (Cádiz) y es doctor en Ciencias Sociales y Jurídicas por la Universidad de Cádiz (2019). Anteriormente se licenció en Derecho (2012) y cursó el Máster Oficial en Sistema Penal, Criminalidad y Políticas de Seguridad (2013). Cuenta con varias publicaciones sobre corrupción, enriquecimiento ilícito y financiación ilegal de partidos políticos, delitos contra la intimidad, protección penal de la propiedad industrial y política migratoria y especialmente sobre peligrosidad criminal, medidas de seguridad, prisión permanente revisable y Derecho penal del enemigo.

