
La política criminal en España

PID_00237169

M^a Jesús Guardiola Lago

Tiempo mínimo de dedicación recomendado: 7 horas





Los textos e imágenes publicados en esta obra están sujetos –excepto que se indique lo contrario– a una licencia de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada (BY-NC-ND) v.3.0 España de Creative Commons. Podéis copiarlos, distribuirlos y transmitirlos públicamente siempre que citéis el autor y la fuente (FUOC. Fundación para la Universitat Oberta de Catalunya), no hagáis de ellos un uso comercial y ni obra derivada. La licencia completa se puede consultar en <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/legalcode.es>

Índice

Introducción.....	5
1. El Código penal de 1995 y sus sucesivas reformas.....	7
2. Tendencias político-criminales de las reformas penales.....	12
2.1. El derecho penal del riesgo	12
2.2. La creación de subsistemas y el derecho penal del enemigo: terrorismo y violencia de género	17
2.2.1. El terrorismo	19
2.2.2. La violencia de género	25
2.2.3. Conclusiones	28
2.3. El derecho penal de la seguridad ciudadana: pequeña delincuencia patrimonial y extranjería	29
2.4. Derecho penal simbólico y evolución de las sensibilidades sociales	34
2.5. Populismo punitivo y medios de comunicación	39
2.6. Política criminal y sanciones penales	44
3. Propuestas del Grupo de Estudios de Política Criminal y de otros foros.....	50
3.1. El Grupo de Estudios de Política Criminal	50
3.1.1. Una alternativa a la actual política criminal sobre drogas (1991)	50
3.1.2. Una alternativa al tratamiento jurídico de la disponibilidad de la propia vida (1993)	53
3.1.3. Una alternativa al tratamiento jurídico de la objección de conciencia (1995)	55
3.1.4. Alternativas al tratamiento jurídico de la discriminación y de la extranjería (1997)	57
3.1.5. Una propuesta de justicia penal internacional (2001) ...	58
3.1.6. Política criminal en el ámbito de los menores de edad	60
3.1.7. Una alternativa a la política criminal sobre terrorismo (2008 y 2013)	64
3.1.8. Propuesta de regulación del ejercicio voluntario de la prostitución de adultos (2010)	67
3.1.9. Una regulación alternativa contra la corrupción urbanística y otras conductas delictivas relacionadas (2010)	69
3.1.10. Política criminal en materia de sanciones penales	71

3.1.11. Una propuesta alternativa de regulación del uso de la fuerza policial (2012)	76
3.1.12. Una alternativa a algunas previsiones penales utilitarias (2014)	77
3.2. El <i>Manifiesto por un debate político-criminal racional</i>	78
Resumen	80
Ejercicios de autoevaluación	83
Solucionario	85
Glosario	86
Bibliografía	87
Anexo	89

Introducción

En el presente módulo se analizarán las diferentes tendencias de política criminal en España, tomando como base la profusa reforma legislativa desde el Código penal de 1995 hasta nuestros días. Estas reformas penales se caracterizan globalmente por la expansión y el endurecimiento punitivo. Se constatará la *voluntas legis*, sobre todo a partir de la exposición de motivos de las distintas reformas penales, contextualizándola en las modernas tendencias del derecho penal del riesgo, del derecho penal del enemigo, del derecho penal de la seguridad ciudadana, del derecho penal simbólico o del populismo punitivo.

Una especial atención se dedicará a la política criminal en España en materia de sanciones penales, de especial interés para el futuro criminólogo. Partiendo de que la reforma de un determinado ámbito penal no se puede identificar solo con una tendencia político-criminal, se expondrán a efectos didácticos algunas reformas como expresión paradigmática de estas tendencias. Así, se analizarán los sucesivos cambios en materia de delitos contra la seguridad vial, terrorismo, criminalidad organizada, violencia doméstica y de género, pequeña delincuencia patrimonial, expulsión de los extranjeros, delitos contra la libertad sexual o aborto, entre otros.

Una atención particular se dedicará también a la política criminal alternativa, protagonizada por algunos foros especializados, como el Grupo de Estudios de Política Criminal. Resulta particularmente interesante un abordaje pormenorizado de los manifiestos y de las propuestas de reforma llevados a cabo por estos foros, con el objetivo de evidenciar que puede existir una política criminal respetuosa con los principios y garantías constitucionales y anclada en bases empíricas. En definitiva, una política criminal racional.

1. El Código penal de 1995 y sus sucesivas reformas

La aprobación de la Constitución española en 1978 supuso el advenimiento de la democracia tras casi cuarenta años de dictadura. La Constitución reconoce que España es un Estado social y democrático de derecho (art. 1.1) y establece una serie de pautas, unos principios limitadores al ejercicio de la potestad punitiva, acordes con la visión de la dignidad, la libertad y el libre desarrollo de la personalidad del ser humano como centro del sistema. Desde la aprobación de la Constitución, se llevaron a cabo innumerables reformas parciales del Código penal (en adelante CP) de 1944 que pretendían adecuarlo a un Estado de derecho.

Dado que el derecho penal debe tutelar los valores y principios básicos de la convivencia social con el mínimo coste posible de libertad, se precisaba de un nuevo CP que recogiera de manera global y sistemática los valores y principios constitucionales y que replanteara globalmente la función y los límites del derecho penal en el nuevo escenario político y social. Este nuevo CP, llamado por muchos “el Código penal de la democracia”, se aprobó en 1995, a través de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, después de un largo proceso de amplio debate, donde se sucedieron diversos proyectos de CP: Proyecto de CP de 1980, Anteproyecto de Nuevo CP de 1983 y proyectos de 1992 y 1994.

Ya en la exposición de motivos del CP de 1995, se alude a que el CP constituye una especie de “constitución negativa”, puesto que se dirige a tutelar los valores y principios básicos de la convivencia social. Con mejor o peor fortuna, según los casos, el nuevo CP supone una profunda modificación de los delitos y de las penas, derogando o modificando preceptos que eran propios de la etapa dictatorial anterior, a la vez que introduce nuevos delitos que dan acogida a nuevos bienes jurídicos dignos de tutela penal en un modelo de Estado democrático y social.

El CP de 1995 comienza con un título preliminar, donde se establece un abanico de garantías y unas reglas de aplicación de la ley penal. En él, se reconocen aspectos tan trascendentes como el conjunto de garantías derivadas del principio de legalidad, la supeditación de cualquier pena a la existencia de dolo o imprudencia, con lo que se destierra la responsabilidad objetiva a favor del principio de culpabilidad, o la aplicación de la ley en el tiempo y en el espacio.

Intervención mínima

Resulta remarcable el actual CP en cuanto la nueva incriminación de la imprudencia y de los actos preparatorios (Valle Muñiz), con un sistema de incriminación *numerus clausus*. Ello contiene una importante decisión político-criminal, puesto que son manifestación del principio de intervención mínima y de *ultima ratio* del derecho penal. Así, solamente frente a las imprudencias más graves y en los casos en los que se protejan bienes jurídicos

esenciales para la sociedad, será posible su punición. También el sistema de incriminación de los actos preparatorios se orienta a este principio.

En materia de sanciones, el CP de 1995 reforma totalmente el sistema de **penas** y de **medidas de seguridad**.

Por lo que se refiere a las **penas**, la nueva regulación pretende posibilitar, en la medida de lo posible, el mandato constitucional de orientar las penas a la reinserción social (art. 25.2 Constitución española).

Para ello, suprime las penas muy cortas o muy largas de prisión, en el bien entendido que tanto las unas como las otras no favorecen, sino que más bien dificultan, la futura reinserción del condenado. También se introducen cambios sustanciales en las penas pecuniarias, adoptando por primera vez en España el sistema escandinavo de días-multa, que pretende alcanzar tanto una mayor proporcionalidad de la sanción respecto al hecho cometido como adecuar la cuantía a la capacidad económica del reo. La pena de multa, junto con la introducción de los trabajos en beneficio de la comunidad como nueva pena privativa de derechos, pretende constituir alternativas a las penas privativas de libertad que permitan lograr mayores cotas de reinserción del penado.

Por lo que respecta a las **medidas de seguridad**, se deroga la denostada Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, que conculcaba las exigencias mínimas de un Estado de derecho, puesto que eran aplicables aun sin haberse constatado la comisión de un delito, y eran indeterminadas y, por tanto, contrarias al principio de legalidad. En esencia, y a diferencia del régimen anterior, las medidas de seguridad aplicables a inimputables serán medidas post-delictuales, esto es, únicamente aplicables después de haberse probado la comisión de un delito previo, y estarán sometidas a las mismas garantías y límites que las penas, puesto que, al igual que estas, también suponen la intervención coactiva del Estado que limita derechos fundamentales de la persona. Tanto las penas como las medidas de seguridad estarán orientadas, por mandato constitucional, hacia la reeducación y la reinserción social y, por lo tanto, no será posible ni legítima una regulación que contemple exclusivamente la finalidad inocuidadora.

En relación con la parte especial del CP, sería interminable e inadecuado exponer aquí el conjunto de cambios que supuso el CP de 1995 con respecto a la vigencia del anterior CP, como consecuencia de una nueva política criminal que pretende adecuarse a los valores y principios constitucionales. Sin embargo, basta una aproximación a la ordenación sistemática de los delitos para advertir la importancia que ha adquirido la **protección de los bienes jurídicos personales** frente a otros intereses de carácter estatal o supraindividuales. Con ello se evidencia que el CP de 1995 establece una escala de valores a proteger donde el ser humano, su dignidad y libertad, ocupan un valor primordial. Así, este CP supuso, a nivel general, la incriminación de nuevos delitos que pretenden responder a nuevas sensibilidades sociales y la derogación de otros preceptos que ya no tenían sentido en una sociedad democrática y plural.

Así, se tutela la integridad moral, que pretende otorgar al ciudadano una mayor protección frente a la tortura y se brinda una innovadora protección de la intimidad y la propia imagen. Se detectan numerosos cambios que son reflejo de una nueva política criminal

coherente con los derechos constitucionales reconocidos. En este sentido, se elimina el régimen de privilegio que hasta ahora habían tenido las injerencias ilegítimas de los funcionarios públicos en el ámbito de los derechos y libertades de los ciudadanos. Por lo tanto, se prevé que las detenciones, entradas y registros en el domicilio llevadas a cabo por autoridad o funcionario público fuera de los casos permitidos por la ley sean tratadas como formas agravadas de los correspondientes delitos comunes. Respecto a la protección de bienes jurídicos personales, se establece una nueva regulación de los delitos contra el honor que pretende ajustarse al reconocimiento de la libertad de expresión propia de un Estado democrático.

Aunque es en el ámbito de los delitos sexuales donde se producen modificaciones de gran alcance. La regulación anterior, de carácter moralista y discriminatoria contra la mujer, protegía en estos delitos “la honestidad”. El nuevo CP reconocerá como bien jurídico protegido en esta clase de delitos la “libertad sexual”, con sustanciales cambios en las conductas típicas.

El CP de 1995 introduce **nuevos delitos** que suponen la admisión de nuevos ámbitos de tutela jurídico-penal, consecuencia de la evolución social y económica.

Tal es el caso de la creación de los delitos contra el orden socioeconómico, que pretende tutelar bienes jurídicos colectivos de naturaleza económica, o la nueva regulación de los delitos relativos a la ordenación del territorio y los recursos naturales, la tipificación de los delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes, la nueva regulación de los delitos contra los derechos de los trabajadores o los delitos relativos al mercado y los consumidores, entre otros.

Todos estos cambios introducidos por el CP de 1995, aprobados con un grado de consenso amplio, parecían estar dotados de una cierta y deseable **estabilidad**, a excepción de las correcciones técnicas y de algunas modificaciones puntuales que pretendieran tutelar nuevos aspectos que el devenir del tiempo pudiera evidenciar como de necesaria reforma. Así, la propia exposición de motivos de la ley, además de aludir al CP como una “constitución negativa”, sostiene que “si una pretensión relativa de universalidad es inherente a la idea de código, también lo son las de estabilidad y la fijeza”, y por ello renuncia a abordar en el CP algunas materias que, por su previsible mayor mutabilidad, son objeto de leyes especiales.

Si la idea de una cierta estabilidad estaba presente en la mente de todos, incluida en la del propio legislador, nada hacía presagiar lo que posteriormente acontecería: a día de hoy, tras 20 años de vigencia del CP, son **33 las reformas penales** que han tenido lugar, sin contar las que, sin modificar el texto literal del Código penal, afectan a la política criminal en un sentido amplio.

En algunos sectores, como es el caso de la responsabilidad penal de los menores de edad, se promulga la ley y se modifica en el mismo año. Otro ejemplo paradigmático son las reformas del CP llevadas a cabo en el año 2003. Se trata de cinco reformas legislativas, cada una con una entrada en vigor distinta, con la particularidad de que en algunas de ellas se vuelven a modificar cuestiones que ese mismo año ya habían sido objeto de reforma. Ello supone un gran obstáculo al respeto del principio de seguridad jurídica, en cuanto a la exigencia de norma cierta y exacta, conocida por el ciudadano. En otros casos, se crean y desaparecen delitos en un breve espacio temporal. Tal es el caso de la penalización de las consultas políticas, conocida popularmente como ley anti-lendakari, la cual, según parte de la doctrina, amén de afectar al principio de seguridad jurídica y a ciertos principios limitadores de la intervención punitiva del Estado, puede suponer una utilización simbólica del derecho penal.

En definitiva, como afirman Baucells Lladós y Peres-Neto, ni la sociedad española evoluciona tan deprisa, ni son tantos los textos supranacionales a los que se debe adaptar nuestro derecho penal, por citar algunos de los argumentos frecuentemente esgrimidos por el legislador en las exposiciones de motivos.

Por el contrario, semejante incontinencia legislativa permite ya extraer una clara conclusión: se trata de una política criminal improvisada, que no se encuentra anclada en bases empíricas, con lo que pierde en racionalidad y gana en populismo y simbolismo.

Las reformas legislativas en España no vienen impulsadas por una evaluación previa del impacto deseado ni, una vez adoptadas, se comprueba empíricamente si la reforma ha satisfecho los objetivos que se pretendían obtener. Las constantes reformas penales se producen comúnmente en base a una pretendida “alarma social” o una “lucha contra la delincuencia”. Ciertamente que ni todas las reformas penales de los últimos tiempos pueden valorarse de forma unitaria ni todas son insatisfactorias.

Pero, salvo algunas excepciones, la tendencia de las actuales reformas es la **expansión del derecho penal** y el **endurecimiento punitivo**.

Tal orientación es aplaudida popularmente y recibe un apoyo político amplio de los grupos parlamentarios mayoritarios, pero en algunos casos puede poner en jaque los derechos y libertades que constituyen una conquista de los Estados democráticos de derecho.

Al margen de reformas puntuales que afectan a ciertos grupos de delitos, es el paquete de leyes aprobadas en 2003, la reforma penal de 2010 y la reforma penal de 2015 las que han provocado profundas modificaciones en el Código penal de 1995, hasta el punto de desnaturalizarlo. Según parte de la doctrina, queda ya muy poco del Código y de la sistemática que incluía, de manera que se considera que ya no tenemos un Código, sino una “compilación de leyes penales” (González Cussac, 2015) que recuerdan incluso a la Novísima Recopilación del siglo XIX.

Además de las características que se acaban de apuntar sobre las reformas penales –expansión de la intervención penal y endurecimiento punitivo–, en la reforma penal de 2015 destaca la deficiente técnica legislativa, que se explica en parte por el accidentado proceso de aprobación de esta ley, hasta el punto de afirmar que este proceso no es una buena noticia para la democracia española (González Cussac, 2015). Por otra parte, la aprobación de la reforma no

Crisis del derecho penal mínimo

Díez Ripollés (2003) parte de la tesis de una crisis del llamado derecho penal mínimo, el cual no es ya capaz de explicar los recientes cambios político-criminales. Aun cuando el nuevo modelo no posee todavía una suficiente estructuración conceptual, augura este autor que llegará, tarde o temprano, un nuevo modelo antagonista al del derecho penal garantista.

ha sido fruto del consenso, sino que únicamente contó con los votos a favor del grupo parlamentario popular, gracias a la mayoría absoluta de la que gozaba en ese momento.

La **deficiente técnica legislativa** de esta reforma, denunciada por amplios sectores, y la **pérdida de sistemática del Código penal**, hace que se ponga en cuestión el **principio de legalidad penal** (García Álvarez, 2015) y, fundamentalmente, el principio de seguridad jurídica como una de sus manifestaciones. En este sentido, se destaca que la introducción de nuevos delitos, o de agravaciones respecto a los ya existentes, provoca que se planteen **cuestiones de concursos de leyes y concursos de delitos, prácticamente irresolubles**, que afectan indudablemente a la prohibición de *non bis in idem*. La **dificultad en determinar qué ley es la más favorable** es otro aspecto a tener en cuenta.

Sería interminable dar cuenta aquí de todos los cambios legislativos sucedidos tras la aprobación del CP de 1995. El propósito de este módulo será incardinar algunas de las reformas penales en las actuales tendencias de política criminal que se han expuesto en anteriores módulos, utilizando para ello las exposiciones de motivos como instrumento donde se expresa la *voluntas legis*. Aun cuando una determinada reforma penal no puede inscribirse exclusivamente en una sola tendencia, veremos algunas manifestaciones del derecho penal del riesgo, del derecho penal del enemigo, del derecho penal simbólico, de la utilización del derecho penal para transmitir valores sociales o que atiende a nuevas sensibilidades sociales, del derecho penal de la seguridad y del populismo punitivo. También se prestará atención a la política criminal en materia de sanciones penales. Además, se confrontarán algunas de estas nuevas tendencias, materializadas en las reformas legislativas, con los principios limitadores del ejercicio de la potestad punitiva derivados de la Constitución.

2. Tendencias político-criminales de las reformas penales

2.1. El derecho penal del riesgo

El sociólogo Ulrich Beck estableció el concepto de **sociedad del riesgo**, conceptualización que se ha utilizado posteriormente para explicar algunas de las tendencias del derecho en general y del derecho penal en particular. En este último sector, ha implicado un **aumento de la intervención penal** para la prevención de nuevos riesgos generados por las sociedades postindustriales.

La sociedad del riesgo se caracteriza por un cambio en el origen de los peligros actuales en relación con otras épocas. Así, si antiguamente las amenazas provenían de catástrofes naturales, terremotos, plagas, etc., en la actualidad se trata mayormente de riesgos artificiales, que son producidos por la actividad del hombre y vinculados a sus decisiones. Si estos riesgos tienen su origen en actuaciones humanas podrían ser, en principio, susceptibles de cierta conducción o regulación. Por otra parte, se trata de riesgos de grandes dimensiones, que amenazan a una colectividad indeterminada de personas.

Piénsese, por ejemplo, en los riesgos derivados de la energía nuclear, de los productos químicos o de la tecnología genética, en los riesgos ecológicos, en los riesgos del consumo de productos alimentarios defectuosos, etc.

Se desconoce el alcance lesivo que podrían tener muchos de estos riesgos si se materializara el peligro que representan.

Otra característica remarcable es que estos riesgos no se circunscriben a un territorio determinado, sino que pueden constatarse más allá de las fronteras de un determinado Estado, de ahí las resoluciones en el ámbito supranacional que intentan regularlos. A la vez, estos riesgos pueden no ser producidos por una sola persona ubicada en un espacio y tiempo determinados, sino que a menudo se trata de riesgos generados por muchas personas, las cuales contribuyen, a veces sin relación entre ellas, a generar dicho peligro.

Todo ello genera una creciente **sensación de inseguridad subjetiva** en el ciudadano, que puede existir independientemente de la presencia de peligros reales o de la probabilidad de que a ese concreto ciudadano le afecten directamente esos riesgos. Esta sensación de inseguridad es la que explicaría una

La irresponsabilidad organizada

Se ha llegado a hablar de una "irresponsabilidad organizada" para aludir al fenómeno a través del cual el perfeccionamiento de las organizaciones con la división del trabajo en distintas tareas, algunas de ellas inocuas, pero en conjunto peligrosas, genera una mayor sensación de irresponsabilidad en los sujetos concretos, más teniendo en cuenta que su posición es absolutamente intercambiable dentro de la organización, sin que por ello varíe la estrategia de la empresa.

huida hacia el derecho penal como medio “calmante” de la percepción de inseguridad. En este sentido, Kaufmann apunta que, en una sociedad que cada vez es más segura, existe una mayor sensación de inseguridad.

Riesgos aceptados

Con todo, se puede admitir que la actual sociedad ha aceptado algunos riesgos como consustanciales a la idea de progreso. Por ejemplo, sería impensable en la actualidad renunciar a las ventajas que supone el tráfico automovilístico, que tiene consecuencias positivas tanto para el sistema de producción y consumo como directamente sobre la vida cotidiana de todos nosotros. Ahora bien, ante conductas que tienen consecuencias negativas, incluso lesivas, estamos menos dispuestos a aceptarlas como “accidentes” y más como comportamientos injustos, que son manifestación de una “violencia vial” o, más radicalmente, calificando al conductor como un “terrorista viario”.

De esta conceptualización de la sociedad del riesgo se derivan características específicas de la política criminal y del derecho penal:

1) Se tiende a **ampliar** notablemente la **intervención del derecho penal** a nuevos campos.

Podemos encontrar numerosos ejemplos de ello en el CP de 1995:

- Los delitos relativos a la manipulación genética (arts. 159 a 162 CP).
- Los delitos relativos al mercado y a los consumidores (arts. 278 a 286 CP).
- Los delitos sobre la ordenación del territorio (arts. 319 y 320 CP).
- Los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (arts. 325 a 331 CP).
- Los delitos relativos a la flora y la fauna (arts. 332 a 337 CP).
- Los delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes (arts. 341 a 345).
- Los estragos (arts. 346 y 347 CP) u otros delitos de riesgo provocados por otros agentes (arts. 348 a 350 CP).
- Los delitos contra la salud pública (arts. 459 a 378 CP).
- Los delitos contra la seguridad en el tráfico (arts. 379 a 385 CP).

Las reformas penales posteriores tampoco escapan a esta ampliación.

Así, la LO 2/2000, de 7 de enero, amplía las conductas típicas en relación con el desarrollo y empleo de las armas químicas. Justificando dicha reforma por la necesidad de adaptarse a la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre su Destrucción (hecha en París, el 13 de enero de 1993) y en la insuficiencia del CP de 1995 para dar cobertura a todos los supuestos, incorpora en el CP un nuevo apartado 2 al art. 566 bis para recoger, entre otras conductas, la investigación o el estudio de carácter científico o técnico encaminados a la creación de una arma química o a la modificación de una preexistente.

2) Se trata de un **derecho penal preventivo**, que tiende a sancionar conductas antes de que se produzca una lesión a un bien jurídico individual. Para ello, se utiliza dogmáticamente de manera generalizada la formulación del **delito de peligro** abstracto o concreto, referido a la protección de un **bien jurídico colectivo o de carácter supraindividual**.

Así, al lado del derecho penal clásico, que atiende a la protección de bienes jurídicos personales (vida, integridad, patrimonio, etc.) se pretende proteger otro tipo de bienes jurídicos que son colectivos.

Lectura recomendada

Sobre el concepto de sociedad del riesgo y sus implicaciones en la política criminal y en el derecho penal actual:
B. Mendoza Buergo (2001).
El derecho penal en la sociedad del riesgo. Madrid: Civitas.

Por ejemplo: la salud pública, la seguridad vial, los derechos de los trabajadores, los derechos económicos y políticos de los socios, el derecho a la competencia leal, la ordenación del territorio, el patrimonio histórico, el equilibrio de los sistemas naturales, la propiedad intelectual, industrial, etc.

En estos casos ya no se esperará a que el bien jurídico supraindividual sea lesionado, sino que por lo general será delito el comportamiento típico descrito en el CP que lo ponga en peligro, ya sea de forma abstracta o concreta, con lo que se anticipa el ámbito de tutela penal. Estos delitos de peligro y la mayor previsión en la punición de actos preparatorios vendrían a ampliar el campo de intervención del derecho penal, con el pretendido objetivo de alcanzar una mayor seguridad. Sin embargo, según parte de la doctrina, la protección de bienes jurídicos de carácter difuso en un estadio previo a la lesión cuestionaría en algunos casos el principio de intervención mínima del derecho penal, así como el principio de responsabilidad por el hecho por falta de lesividad de la conducta.

3) Se trata de un derecho penal que suele **flexibilizar los criterios de imputación y las categorías dogmáticas**, concibiendo los principios y garantías penales como obstáculos a superar en aras a una mayor eficacia punitiva.

Así, se formulan en algunos casos tipos indeterminados o demasiado sujetos a la infracción de deberes extrapenales, abundan los delitos omisivos e imprudentes y las normas penales en blanco –que se remiten normalmente a la normativa administrativa para completar el supuesto de hecho– o, simple y llanamente, se eleva a la categoría de delito una infracción administrativa.

En este sentido, cabe mencionar la reforma penal en materia de seguridad vial a través de la Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre, con la declarada finalidad de “incrementar el control sobre el riesgo tolerable por la vía de la expresa previsión de excesos de velocidad que se han de tener por peligrosos o de niveles de ingesta alcohólica que han de merecer la misma consideración”, según la exposición de motivos. A partir de la entrada en vigor de esta ley, se sanciona penalmente el simple exceso de velocidad, tipificando como delito conducir a velocidades que sobrepasen en 60 km/h o en 80 km/h los límites reglamentariamente establecidos para vías urbanas o interurbanas respectivamente (art. 379.1 CP). También lleva a cabo un delito quien conduce un vehículo a motor o ciclomotor cuando supere una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro o una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro (art. 379.1 CP), y quien conduce un vehículo de motor o ciclomotor en los casos de pérdida de vigencia del permiso o licencia por pérdida total de los puntos asignados (art. 384 CP).

Se trata en estos casos de delitos de peligro abstracto ampliamente criticados por la doctrina, dado que recibe reproche penal el mero peligro presunto, es decir, una presunción *iuris et de iure* de peligro. No se exige aquí ni tan siquiera un resultado de peligro por la conducta, excluyendo los casos en los que, por ejemplo, por el estado de la vía, por la ausencia de otros conductores o peatones, no se constate ningún riesgo para terceros. Se trata aquí de sancionar una conducta que, en términos estadísticos, resulta peligrosa, como conducir con altas tasas de alcohol en sangre o con un gran exceso de velocidad. Se ha establecido un límite penal de velocidad y un límite penal de alcohol en sangre, sin que por lo demás tenga mayor fundamentación el concreto límite penal establecido. Así, ¿cambia mucho en términos de afectación al bien jurídico conducir en una ciudad a 100 km/h o a 110 km/h? Probablemente no, pero en el último caso es automáticamente delito mientras que el otro podría ser una infracción administrativa.

Por ello, parte de la doctrina sostiene que se trata de preceptos de carácter simbólico, adquiriendo una determinada velocidad o una determinada tasa de alcohol una función meramente comunicativa al ciudadano de reproche social ante determinados riesgos, pero no necesariamente de que esa concreta velocidad o esa concreta tasa de alcohol comporten un riesgo mucho más elevado que otros casos escasamente inferiores (García Albero). Por lo tanto, el concreto desvalor o lesividad de la conducta realizada por el conductor pierde importancia, a favor de que “comunique” a los ciudadanos la necesidad de respetar las normas. La imposición efectiva de una pena cumpliría aquí esencialmente una función de prevención general positiva o de confirmación a los ciudadanos de la vigencia de las normas.

En cuanto a la conducción de un vehículo a motor o ciclomotor en caso de pérdida de vigencia del permiso por pérdida total de puntos o cuando no se haya obtenido nunca el permiso de conducir (art. 384 CP), se trata aún más claramente de la elevación a la categoría de delito de infracciones administrativas. Un precepto similar – el de conducción sin permiso– fue derogado en 1983 por entender que se trataba de una infracción formal, que no podía diferenciarse sustancialmente de la infracción administrativa. En cambio, vuelve a aparecer en el año 2007, justificándose su previsión en la exposición de motivos de la siguiente manera:

“Una criticada ausencia era la conducción de vehículos por quienes hubieran sido privados, judicial o administrativamente, del derecho a hacerlo por pérdida de vigencia del mismo. Ciertamente es que algunos casos podrían tenerse como delitos de quebrantamiento de condena o de desobediencia, pero no todos; por ello se ha considerado más ágil y preciso reunir todas esas situaciones posibles en un solo precepto sancionador”.

Sin embargo, los motivos político-criminales por los que desapareció el precepto en 1983 pueden considerarse válidos en la actualidad (Tamarit Sumalla). Los principios de intervención mínima y de ofensividad impiden utilizar al derecho penal como un simple refuerzo del derecho administrativo sancionador. La introducción del sistema llamado “carné por puntos”, no debería conllevar necesariamente que se convierta al delincuente quien conduzca sin estos puntos, máxime cuando aun no se ha constatado el fracaso del derecho administrativo sancionador para resolver los problemas que plantea la gestión de este nuevo sistema.

También en otros casos el derecho penal del riesgo implica que se flexibilicen las categorías dogmáticas de autoría y participación, estableciendo en algunos casos un concepto unitario de autor, al mismo tiempo que se confunden y difuminan las diferencias entre las formas imperfectas de ejecución (tentativa) y la consumación del delito.

Así, por ejemplo, en el delito de tráfico de drogas (art. 368 CP), la expresión “los que promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas” es reveladora de que se pretende sancionar en concepto de autor a cualquier persona que intervenga en el tráfico de drogas, sin diferenciar si su contribución es mayor o menor y sin que distinga entre una consumación del tráfico o una tentativa del mismo.

La flexibilización también alude a que el legislador, consciente de las dificultades de prueba que pueden existir, crea en algunos casos tipos que pretenden salvar estas dificultades.

En el tráfico de drogas, por ejemplo, intervenida una determinada cantidad de sustancias tóxicas ilegales a un sujeto, no podría ser delictiva si únicamente se sancionara “el tráfico” de drogas. Por ello, existe la figura de tenencia preordenada al tráfico (art. 368 CP) o el tráfico de precursores que se pueden utilizar para elaborar la droga (art. 371 CP).

En el ámbito de la seguridad vial, ya hemos aludido a los tipos que sancionan la conducción bajo una determinada tasa de alcohol o superando una determinada velocidad, que ahorran al juez o tribunal tener que demostrar un peligro para la seguridad vial y se convierten en supuestos de fácil prueba, con la existencia de radares y alcoholímetros. En el caso del delito de conducción temeraria (art. 380 CP), como podía resultar complejo demostrar una conducción con “temeridad manifiesta” que ponga en concreto peligro la vida o la integridad de las personas, expresamente establece el CP desde el 2003, que se entenderá por manifiestamente temeraria la conducción en las que se superen los límites de velocidad y las tasas de alcohol a las que se ha hecho referencia como delictivas. Por lo tanto, se facilitan los medios de prueba para sancionar como delito la conducción bajo la influencia de alcohol y para calificarla como conducción temeraria. Además, si el conductor es requerido por un agente de la autoridad a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia y se niega, también es sancionado con pena de prisión (art. 383 CP).

4) La atención a nuevos focos de interés estaría modificando los objetivos de la política criminal, al intentar **perseguir la criminalidad de los poderosos**, que tradicionalmente se habían escapado de la justicia penal (Díez Ripollés).

Sirven de ejemplo los delitos ecológicos o urbanísticos. En el CP 1995 se modifican sustancialmente los delitos de cohecho y tráfico de influencias, y se crea por primera vez los delitos societarios. En cuanto a las reformas penales, la LO 5/2010, de 22 de junio, introduce por primera vez en España la responsabilidad penal de las personas jurídicas y nuevos delitos en el ámbito relativo al mercado y los consumidores (estafa de inversores, difusión de noticias o rumores falsos sobre empresas con el fin de alterar o preservar el precio de cotización de un instrumento financiero, la utilización de información privilegiada para determinados fines). Se crea también en el 2010 el delito de corrupción en el sector privado, que con la finalidad declarada en la exposición de motivos de garantizar una competencia justa y honesta, pretende sancionar penalmente los actos encaminados a corromper a los administradores de entidades privadas de forma similar a lo que se hace en el delito de cohecho. También se amplían las conductas típicas en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo y la prevaricación urbanística. Se agravan las penas en los delitos contra el medio ambiente, contra la Hacienda pública y la Seguridad Social y en el cohecho.

En reforma a través de la LO 7/2012, de 27 de diciembre, sobre Transparencia y Lucha contra el Fraude Fiscal y en la Seguridad Social, se cambian los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social y, por otro lado, se incluye a los partidos políticos y a los sindicatos dentro del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. En la Exposición de motivos de dicha reforma se indica que:

“El eje de los criterios que inspiran la presente reforma se corresponde con el reforzamiento de la transparencia de la actividad de la administración y del régimen de responsabilidad de partidos políticos y sindicatos, a los que se incluye dentro del régimen general de responsabilidad penal de las personas jurídicas del que, hasta ahora, estaban excluidos; y de otra, con la mejora de la eficacia de los instrumentos de control de los ingresos y del gasto público, que se revela como un elemento imprescindible del conjunto de medidas adoptadas con motivo de la crisis económica, especialmente severa en el ámbito europeo, y más en concreto en el caso español, así como con la necesidad de acompañar las mismas de las reformas necesarias en los sectores o actividades económicas afectadas, actividades económicas en las que, por otro lado, existe una mayor percepción del fraude y que son precisamente donde deben adoptarse las reformas penales concretas”.

Por otra parte, en la reforma a través la LO 1/2015, de 30 de marzo, se producen también algunas modificaciones sobre lo que se podría englobar en la llamada “delincuencia de cuello blanco”, como la reforma de los delitos de

administración desleal y la apropiación indebida (arts. 252 y 253 CP), entre otros. Sin embargo, lo que sí ha sido objeto de atención y de preocupación por parte de la ciudadanía son las nuevas formas de corrupción. No obstante, en este caso, las figuras delictivas que existen, que sí podrían haber sido objeto de una revisión profunda, no han merecido la atención del legislador de 2015 (Quintero Olivares, 2015). Sorprende que en la profusa reforma de 2015, en la que se han reformado hasta los delitos de homicidio y asesinato, no se haya ocupado especialmente de reformar los delitos que tienen que ver con la corrupción.

De este modo, un sector doctrinal sostiene que la persecución criminal de los poderosos no deja de ser una mera declaración programática. En este sentido, según Álvarez García nuestro sistema penal se encuentra gravemente lastrado por un apriorismo: lo colectivo posee escaso valor en comparación con lo individual, como si “lo que es de todos, no es de ninguno”.

Así, por ejemplo, compara las penas previstas para el delito de estafa, sancionado con una pena de prisión de hasta ocho años (artículo 250.2 CP), con la destrucción o el daño importante de un elemento de nuestro patrimonio histórico, amenazado con una pena de seis meses a tres años (art. 321 CP).

En esta misma línea, el autor sostiene que el delito de corrupción urbanística (art. 320.1 CP) no “pone en valor suficientemente la importancia de los bienes jurídicos”. Las consecuencias de esas conductas son en algunos casos graves y de carácter permanente, como el deterioro de la inmensa mayoría del litoral español, la contribución al desorden urbanístico o el fomento de la especulación inmobiliaria. Pero la pena prevista para la corrupción puede, en su franja mínima, suspenderse o sustituirse.

Así, a la escasa aplicación de algunos de los tipos relativos a la delincuencia de cuello blanco, con lo que su previsión en el CP cumpliría una función esencialmente simbólica, cabe añadir las grandes posibilidades de suspender las penas para esta clase de delitos, en detrimento del efecto admonitorio que podría poseer la imposición de una pena de prisión efectiva en este caso. La pena podría cumplir en estos casos una finalidad de prevención general negativa, que se ve gravemente afectada cuando ya legislativamente se privilegia este tipo de delincuencia frente a la delincuencia patrimonial clásica (hurtos, robos, estafas, etc.).

2.2. La creación de subsistemas y el derecho penal del enemigo: terrorismo y violencia de género

La formulación teórica en la disciplina penal del **derecho penal del enemigo** se atribuye a Günther Jakobs en 1985.

Lectura recomendada

J. Baucells Lladós (2012)
“Sistema de penas para el delinciente económico”.
Cuadernos de Política criminal
(núm. 107).

La idea central de esta tendencia político-criminal es la consideración de ciertas personas como **no ciudadanos**, como personas excluidas de la sociedad, y que, por ello –por perder su condición de ciudadanos–, **pierden** también los **derechos y garantías** que presiden a la imposición de una pena.

Por lo tanto, elemento decisivo es la **exclusión** de una determinada categoría de sujetos del círculo de ciudadanos, constituyendo el derecho penal un **mecanismo de combate** contra individuos especialmente peligrosos que han decidido apartarse de las normas que se dan y reconocen los ciudadanos. El derecho penal del enemigo se centra en grupos de sujetos –los enemigos– más que en determinados hechos y, en aras a la eficacia en la persecución de los sujetos más perturbadores para la sociedad, se suprimen ciertas garantías, que son obstáculo para el éxito de la persecución penal y de las que se aprovechan estos sujetos disociados.

El otro

Para el sujeto que no es persona, que no es ciudadano, sería absurdo aplicar categorías como la culpabilidad o principios como la proporcionalidad del castigo al hecho cometido, que nacieron para regular una convivencia entre individuos iguales en la aceptación del sistema. Se crea una identidad social que se opone a la del sujeto disociado. El enemigo es “el otro”, y el objetivo es neutralizarlo, mientras que para el ciudadano, se mantienen las garantías.

Lectura recomendada

M. Cancio Meliá (2006). “De nuevo: ¿derecho penal del enemigo?”. En: G. Jakobs; M. Cancio. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas.

Así, esta tendencia político-criminal se caracteriza por una serie de notas:

- Un **amplio adelantamiento de la punibilidad**. Esta característica es común con la tendencia político criminal de la sociedad del riesgo, en el sentido de que se pretende adelantar la intervención penal antes de que se produzca la lesión a un bien jurídico. Con ello, el derecho penal reacciona prospectivamente respecto a hechos futuros y no, como es (o era) habitual, frente a los hechos pasados.
- Las **penas previstas son altísimas** y no se corresponden, en términos de proporcionalidad, con el adelantamiento de las barreras de protección que pretenden sancionar. Si consecuencia de esta tendencia político-criminal es reaccionar frente al peligro y no frente a lo que ha sucedido, la pena debería ser menos grave que los hechos que son consumados. Sin embargo, esta proporcionalidad no se suele respetar. En la imposición de las penas se recupera una idea abandonada por los códigos penales democráticos: la **inocuidación** o, dicho de otro modo, la neutralización del autor mediante su separación del resto de ciudadanos, primando esta finalidad respecto a la resocialización, que parece inalcanzable frente a determinados sujetos inadaptados.
- **Se relajan o suprimen determinadas garantías procesales y penales**. En este sentido, se alude a la desaparición del derecho penal del hecho a favor de un derecho penal de autor, se relaja el principio de taxatividad,

se suprimen las diferencias entre autoría y complicidad, se equiparan las fases preparatorias con la consumación del delito, entre otras.

En nuestra legislación podemos encontrar ejemplos de esta tendencia político-criminal del derecho penal del enemigo, como es el caso paradigmático del terrorismo, aunque también afecta a otros sectores, como la criminalidad organizada, el tráfico de drogas, la inmigración o la violencia de género. Ya hemos advertido al inicio de este módulo que en una determinada regulación pueden confluir diferentes tendencias político-criminales. En este sentido, ya se ha hecho referencia al tráfico de drogas en el derecho penal del riesgo, y nos ocuparemos de la inmigración en el derecho penal de la seguridad ciudadana. Pero ambos sectores poseen también ciertas notas de derecho penal del enemigo, si se tienen en cuenta las características que acabamos de exponer. Con todo, expondremos a continuación la evolución legislativa en materia de terrorismo y violencia de género, como manifestaciones del derecho penal del enemigo. Como se verá, su regulación establece tantas excepciones al derecho penal “normal” que puede sostenerse la **creación de subsistemas** dentro de la disciplina penal (Quintero Olivares).

2.2.1. El terrorismo

El ordenamiento penal que se refiere al terrorismo ha sido un sector especialmente sujeto a reformas:

- La LO 2/1998, de 15 de junio, por la que se modifican el CP y la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- La LO 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del CP y de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en relación con los delitos de terrorismo.
- La LO 1/2003, de 10 de marzo, para la garantía de la democracia en los Ayuntamientos y la seguridad de los concejales.
- La LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma penal para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas.
- La LO 4/2005, de 10 de octubre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, en materia de riesgo provocados por explosivos y otros agentes
- La LO 10/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.

- La LO 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/2015, de 23 de noviembre, del Código penal, en materia de delitos de terrorismo.

Todas estas reformas tienden globalmente a la expansión o creación de nuevos delitos que pretenden sancionar supuestos aledaños al terrorismo, y a la exasperación punitiva, introduciendo sustanciales cambios en el ámbito de las penas y de las medidas de seguridad dirigidos específicamente a este sector de criminalidad.

En el ámbito de la ampliación de supuestos típicos, la LO 2/1998 tipifica las contramanifestaciones, esto es, los actos que impidan o perturben gravemente el desarrollo de una reunión o manifestación lícita (art. 514.4 CP), la convocatoria y la celebración de reuniones o manifestaciones previamente suspendidas o prohibidas cuando en ellas concurren finalidades que coincidan con las que son propias de las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas (art. 514.5 CP), y prevé expresamente en el art. 170 CP el reclamo público de la comisión de acciones violentas por parte de organizaciones o grupos terroristas (art. 170.2 CP). La justificación de esta reforma transita por la necesidad de combatir una criminalidad que amenaza la paz social, la sensación de impunidad o de aprovechamiento de las garantías penales por parte de los terroristas y la relevancia de los medios de comunicación como supuestos transmisores de la opinión pública. Así, textualmente:

“La denominada violencia callejera se ha constituido en uno de los fenómenos más relevantes para la convivencia ciudadana a lo largo de los últimos años. Los medios de comunicación y los más diversos foros de reflexión y debate político y social han dejado constancia de la gravedad de esta nueva forma de terrorismo, dada su extraordinaria capacidad para alterar la paz social. Por otro lado, ese impacto social se ha visto acentuado por la sensación, ampliamente extendida, de la impunidad con la que han venido actuando sus responsables, en quienes concurría muchas veces la condición de ser jóvenes en el proceso de formación.”

La LO 7/2000, vuelve a incidir en la creación de nuevos delitos para evitar que el terrorista se aproveche del sistema democrático. Así, se afirma en la exposición de motivos que:

“los poderes públicos tienen que afrontar que los comportamientos terroristas evolucionan y buscan evadir la aplicación de las normas aprovechando los resquicios y las complejidades interpretativas de las mismas. Tanto más si se considera que, cuanto más avanza la sociedad ganando espacios de libertad frente al terror, más numerosas y variadas son las actuaciones terroristas que tratan de evitar, atemorizando directamente a cada ciudadano o, en su conjunto, a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional [...]”.

Con esta justificación, se procede a ampliar el ámbito penal a los siguientes ámbitos:

- Se modifica la tipificación del **terrorismo urbano** que, según el legislador, poseía ciertas limitaciones que no se consideran adecuadas. El antiguo art. 577 CP sancionaba el terrorismo urbano solo en el caso de que existiera

riesgo para la vida o la integridad de las personas y no facilitaba la punición “a quienes interviniendo en estas acciones portan, no ya los explosivos o armas que provocan incendios o destrozos, sino solamente los componentes necesarios para provocar la explosión”. El nuevo tipo recoge específicamente como delito la tenencia de explosivos utilizados para cometer delitos de terrorismo.

- Se introduce un nuevo delito que sanciona la **exaltación del terrorismo** (art. 578 CP). Por lo tanto, se dirige a sancionar a quienes enaltezcan o justifiquen públicamente los delitos de terrorismo o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación a las víctimas de los delitos terroristas o a sus familiares.
- Se introducen nuevos tipos penales en el art. 505 CP, en los que se pretende alcanzar mayor protección jurídica a los miembros de las corporaciones locales, sancionando las perturbaciones graves que se provoquen en las sesiones plenarias de estas corporaciones. También se define como atentado a la autoridad el que se realiza contra los miembros de las corporaciones (art. 551.2 CP) y se establece una pena de inhabilitación absoluta para ejercer cargos representativos a los que hayan sido condenados por terrorismo de seis a 20 años.
- También se modifica la Ley Penal del Menor, creando el Juez central de Menores, estableciendo una prolongación de los plazos de internamiento e instaurando un tratamiento diferenciado entre los menores de 16 años y los de edades comprendidas entre 16 y 18 años. Se prohíbe que la Ley Penal Juvenil sea aplicable a los mayores de 18 años, aunque originariamente el texto de la Ley Penal del Menor, teniendo en cuenta los efectos negativos que para la resocialización del joven podría acarrear ser ingresado en un centro penitenciario de adultos, preveía la posibilidad de aplicar la ley penal juvenil a los jóvenes entre 18 y 21 años.

Posteriormente, la LO 1/2003 vuelve a incidir en la seguridad de los concejales con el objetivo de:

“hacer realidad la decisión de aislar a los terroristas, garantizando una mayor eficacia en el uso de los recursos de los que puede disponer nuestro sistema político”.

Para ello, se amplía el alcance del art. 505 CP para sancionar penalmente a quienes, sin ser miembros de la corporación local, perturben de forma grave el orden de sus plenos y quienes, amparándose en la existencia de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, calumnien, injurien, coaccionen o amenacen a los miembros de las corporaciones locales.

La LO 4/2005 incide en otro ámbito, el del tráfico de explosivos, justificado en que la “amenaza terrorista” demanda “elevar el reproche penal”. Por lo tanto, se elevan las penas para el tráfico indebido y el incumplimiento de los deberes

relativos a la seguridad colectiva en la tenencia de sustancias peligrosas y se introducen tres nuevos apartados al art. 348 CP con los que se trata de “endurecer la respuesta sancionadora frente a conductas ilícitas de los responsables de la vigilancia, el control y la utilización de explosivos”. En este ámbito, se sancionan, entre otras, las obstaculizaciones a la actividad inspectora de la Administración o el falseamiento u ocultación de información relevante en el ámbito de las medidas de seguridad o la desobediencia expresa a las órdenes de la Administración que obliguen a subsanar importantes defectos denunciados en materia de seguridad.

La reforma de la LO 5/2010 lleva a cabo una profunda reordenación de las conductas terroristas, a la vez que introduce sustanciales modificaciones en la tipificación de las organizaciones criminales, sean terroristas o no.

La LO 5/2010 y la criminalidad organizada

La exposición de motivos de la LO 5/2010 afirma una incapacidad del delito de asociación ilícita –previsto en el art. 515 CP– para responder a todos los supuestos de organizaciones o agrupaciones criminales. Con todo, antes de esta reforma, existía la tendencia de establecer tipos agravados en la parte especial que recogía un mayor desvalor de la conducta realizada en el seno de una organización criminal, por ejemplo, en el tráfico de drogas. La previsión de estos tipos agravados provocaba graves problemas concursales: al prever estos tipos de la parte especial una pena más grave que el delito de asociación ilícita, provocaba que este último precepto previsto en el art. 515 CP no fuera aplicado. En la ley se argumenta la importancia de una adecuada punición de las organizaciones criminales afirmando que:

“la criminalidad organizada atenta directamente contra la base misma de la democracia, puesto que dichas organizaciones, aparte de multiplicar cuantitativamente la potencialidad lesiva de las distintas conductas delictivas llevadas a cabo en su seno o a través de ellas, se caracterizan en el aspecto cualitativo por generar procedimientos e instrumentos complejos específicamente dirigidos a asegurar la impunidad de sus actividades y de sus miembros, y a la ocultación de sus recursos y de los rendimientos de aquellas, en lo posible dentro de una falsa apariencia de conformidad con la ley, alterando a tal fin el normal funcionamiento de los mercados y de las instituciones, corrompiendo la naturaleza de los negocios jurídicos, e incluso afectando a la gestión y a la capacidad de reacción de los órganos del Estado”.

La novedad más importante de esta ley es que para sancionar a un sujeto por pertenencia a un grupo criminal, ya no será necesario la comprobación de una estructura con vocación de permanencia. Para ello se crea, junto a la figura de la organización criminal, los llamados grupos criminales, definidos en el nuevo art. 570 ter CP. Si para estos grupos ya no será necesaria la comprobación de una unión de personas con vocación de estabilidad en el tiempo, esta figura será de difícil delimitación con la codelinuencia, esto es, con una unión de personas para llevar a cabo un delito concreto, que se soluciona (o se solucionaba hasta ahora) con las reglas generales de autoría y participación.

Las organizaciones terroristas suponen, además, una nueva excepción a la diferencia entre organizaciones y grupos criminales. Si bien la nueva regulación establece una diferencia penológica entre organizaciones y grupos, siendo más grave la organización por cuanto se requiere una cierta vocación de estabilidad de sus participantes, para los supuestos terroristas se equipara el tratamiento punitivo de los grupos terroristas y de las organizaciones criminales. La equiparación punitiva de supuestos de distinta gravedad se justifica, según el legislador, por:

“La atención a la gravedad intrínseca de la actividad terrorista, considerada como la mayor amenaza para el Estado de derecho, así como a la peculiar forma de operar de determinados grupos o células terroristas de relativamente reciente desarrollo en el plano internacional, cuyo grado de autonomía constituye precisamente un factor añadido a la dificultad para su identificación y articulación”.

También se amplía a través de la LO 5/2010 el concepto de colaboración con organización o grupo terrorista a aquellas conductas individuales que tengan por objeto la captación, el adoctrinamiento, el adiestramiento o la formación de terroristas (art. 576 CP) y la difusión pública, por cualquier medio, de mensajes o consignas que, sin llegar a constituir resoluciones manifiestas de delito, esto es, provocación, conspiración o proposición para delinquir, estén dirigidas a provocar, alentar o favorecer la perpetración de delitos de terrorismo (art. 579 CP).

Finalmente, la reforma mediante la LO 2/2015, de 30 de marzo, confirma, aún más si cabe, la tendencia a la creación de un derecho penal del enemigo. La exposición de motivos alude a que el terrorismo internacional de corte yihadista se caracteriza por haber incorporado nuevas formas de agresión “consistentes en nuevos instrumentos de captación, adiestramiento o adoctrinamiento en el odio, para emplearlos de manera cruel contra todos aquellos que, en su ideario extremista y violento, sean calificados como enemigos”. Continúa afirmando que el Código penal no debe, en ningún caso, perder esa perspectiva de tipificación de las conductas articuladas en torno a organizaciones o grupos terroristas “pero es evidente que las nuevas amenazas exigen la actualización de la normativa para dar cabida al fenómeno del terrorismo individual”. Entre otros cambios, la reforma introduce una definición de terrorismo (art. 573 CP) y amplía las conductas típicas, hasta el punto de que, en algunos casos, resulta difícil encontrar un hecho material con un contenido de injusto más allá de la intención del sujeto y, por tanto, de su supuesta “peligrosidad”. Tal es el caso del art. 575 CP, que establece una pena de prisión de dos a cinco años para quien “con la finalidad de capacitarse para llevar a cabo cualquiera de los delitos tipificados en este artículo [...] acceda de manera habitual a uno o varios servicios de comunicación accesibles al público en línea o contenidos accesibles a través de Internet o de un servicio de comunicaciones electrónicas cuyos contenidos estén dirigidos o resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista”.

Por lo que respecta a las penas, en los supuestos de terrorismo causante de muerte (art. 573 bis 1.1ª CP), está prevista la pena de prisión “por el tiempo máximo previsto”, lo cual parece indicar que se trata de la prisión permanente revisable.

En el ámbito de las penas y medidas de seguridad aplicables a los supuestos terroristas, existen una serie de especificidades que conducen también a afirmar en este campo la **aparición de un subsistema**. Ello constituye una excepción al régimen general inaudito hasta el momento. Si bien la ejecución de la pena debe guiarse por criterios de adecuación al sujeto concreto, puesto que la finalidad de la pena debe ser primordialmente resocializadora, en estos

casos las previsiones no irán dirigidas a personas, sino a “grupos” de casos, con lo que la finalidad resocializadora de la pena puede ceder en favor de una finalidad inocuidadora. Así, como manifestaciones de esta tendencia, a través de las sucesivas reformas, se destaca la reforma operada por la LO 7/2003, en la que se prevé:

- Una ampliación de tope máximo del cumplimiento de las penas a 40 años en los supuestos de terrorismo (art. 76 CP), cuando en el régimen general era de 20 años. Se argumenta, en este caso, por la necesidad de instaurar:

“una respuesta más contundente del ordenamiento jurídico penal. Más aún cuando, en la práctica, las reglas que el Código penal estableció con el fin constitucional de dar cumplimiento a principios generales del ordenamiento jurídico penal se están utilizando precisamente, para vulnerar dichos principios, convirtiéndose en instrumentos que los terroristas utilizan en su beneficio en su constante vulneración de las reglas y principios del Estado de derecho”.

A través de la LO 5/2010 se llevan a cabo nuevas modificaciones en materia de sanciones penales aplicables a los supuestos terroristas y/o organizaciones criminales. Por un lado, se introduce la medida de seguridad llamada **libertad vigilada**, únicamente aplicable a delincuentes terroristas y sexuales. El legislador sostiene en ese caso que:

“en determinados supuestos de especial gravedad ese efecto rehabilitador de la pena se ve dificultado, en la medida en que esta no resulta suficiente o adecuada para excluir un elevado riesgo de reincidencia [...]. Agotada la dimensión retributiva de la pena, la peligrosidad subsistente del sujeto haya su respuesta idónea en una medida de seguridad”.

Por lo tanto, el legislador reconoce expresamente que la pena posee una finalidad retributiva y que se aplica después una medida de seguridad porque subsiste una peligrosidad. Esta previsión desbarata por completo la regulación que desde 1995 había instituido el legislador respecto a la aplicación de penas y medidas de seguridad. Una de las críticas más importantes de la doctrina es la posibilidad de aplicar una medida de seguridad a un sujeto completamente imputable, con capacidad para comprender la ilicitud del hecho y adecuarse a su comprensión. Además, se argumenta que existe una presunción *iuris tantum* de peligrosidad, puesto que la medida se impone en el momento de la sentencia. Si efectivamente se impone a un sujeto, será después de la pena, de manera que se reaccionará frente a una peligrosidad futura, con lo que podría considerarse una medida predelictual y no postdelictual. Por su previsión después de la ejecución de la pena, también se podría ver dificultado el acceso al tercer grado y a la libertad condicional, ya que sería un contrasentido acordar estos beneficios penitenciarios en base a un buen pronóstico de reinserción social y, posteriormente, acordar la ejecución de la libertad vigilada. Con lo que el acceso del condenado a un régimen más abierto de libertad previsiblemente se verá postergado a la ejecución de la medida.

Además, en materia de concesión del tercer grado y la libertad condicional también se establecen normas específicas en caso de terrorismo o de delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales. A partir de la reforma de 2015, para los delitos de terrorismo, se establece en el art. 78 CP que, aten-

diendo al total de la suma de penas impuestas, solo será posible el acceso al tercer grado penitenciario cuando quede por cumplir la quinta parte del límite máximo de cumplimiento de la condena, y la libertad condicional cuando quede por cumplir la octava parte. Además, según el art. 90.8 CP, el penado debe mostrar “signos inequívocos de haber abandonado los fines y medios de la actividad terrorista y haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos [...] 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 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 los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno de actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades.

Los supuestos adelantados y excepcionales de obtención de la libertad condicional no son aplicables en los casos de terrorismo.

Vista la exasperación punitiva y el régimen de excepcionalidad previsto para los supuestos de terrorismo, cabe mencionar finalmente las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (de la Cámara 10/7/2012 y de la Gran Cámara 21/10/2013) en las que se condena a España por la aplicación de la llamada “Doctrina Parot”, hasta el punto de que el Tribunal de Estrasburgo ordenó la puesta en libertad inmediata de algunos conocidos terroristas por considerar que se encontraban detenidos ilegalmente”.

2.2.2. La violencia de género

Las reformas penales en este ámbito desde la aprobación del CP de 1995 han estado especialmente atentas a esta delincuencia, con la modificación sustancial de su régimen penal y procesal a través de las siguientes leyes:

- La LO 14/1999, de 9 de junio, de Protección a las Víctimas de Malos Tratos.
- La LO 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas Concretas en Materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros.
- La LO 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en Materia de Prisión Provisional.
- La LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Con la primera de ellas, la LO 14/1999, se llevaron a cabo algunas reformas que pretendían dotar a la víctima de una mejor protección. Así, en el ámbito procesal, se introdujo una nueva medida cautelar que permitiría el distanciamiento físico entre el agresor y la víctima, y se previó expresamente que, en el caso de los menores de edad, la regla general debe ser evitar la confrontación entre el acusado y el menor víctima. En el ámbito penal, se incluyó como pena accesoria de determinados delitos la prohibición de aproximación a la víctima, se tipificó específicamente como delito la violencia psíquica ejercida de manera habitual por personas próximas o se hizo posible el ejercicio de oficio de la acción penal en el supuesto de faltas.

Las reformas que más nos interesan aquí destacar son las efectuadas por las dos últimas de estas leyes, puesto que es donde se puede observar la **deriva hacia un derecho penal del enemigo** en algunos de sus aspectos.

Así, la LO 1/2004, aprobada por unanimidad, resulta positivamente novedosa por cuanto aborda la violencia de género desde un punto de vista multidisciplinar, regulando conjuntamente medidas preventivas, de sensibilización, educativas, publicitarias, sanitarias, de protección a las víctimas y represivas. Sin embargo, esta unanimidad parlamentaria se torna en desacuerdo doctrinal y práctico en cuanto a las medidas penales, que desgraciadamente se han convertido en las más populares.

Se critica que la voluntad de dotar de mayor protección a las víctimas de violencia de género ha conducido a la instauración de un “derecho penal sexualdo” (Maqueda Abreu), porque en determinados delitos se establece una tutela reforzada a las mujeres por el hecho de serlo, esto es, por constituir la violencia ejercida sobre ellas una “manifestación de la discriminación de la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”. Manifestaciones de esta diferenciación, que tienden a la **creación de un subsistema penal** en materia de violencia de género son:

- El establecimiento de una circunstancia agravante en el delito de lesiones cuando la víctima fuere o hubiere sido esposa o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia (art. 148.4º CP).
- La elevación a la categoría de delito de la antigua falta consistente en el maltrato de obra sin causar lesión o la causación de un menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito, siempre que el sujeto pasivo sea una de las anteriores mujeres (art. 153.1 CP).
- La elevación a la categoría de delito de la falta consistente en una amenaza leve, siempre que la víctima sea la esposa o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia (art. 171.4 CP).

- La elevación a la categoría de delito de las coacciones leves que antes eran constitutivas de falta, siempre y cuando las víctimas sea una de las indicadas con anterioridad (art. 172.2 CP).

A partir de la reforma de 2015, han desaparecido las faltas y gran parte de ellas han pasado a convertirse en delitos menos graves. Sin embargo, sigue manteniéndose una diferenciación punitiva para el caso de la violencia de género. Así, por ejemplo, el maltrato sin causar lesión lleva aparejada una pena de multa de uno a tres meses (art. 147.2 CP), mientras que ese mismo delito, en el ámbito de la violencia de género, puede ser sancionado con una pena de prisión de seis meses a un año (art. 153 CP).

A pesar de que se haya introducido, junto a la mujer que tenga o haya tenido una relación sentimental con el autor, a otras “personas especialmente vulnerables que convivan con el autor”, parte de la doctrina denuncia el establecimiento de un derecho penal sexuado, pues afirman que en el caso de una persona especialmente vulnerable, deberá demostrarse ante un tribunal su vulnerabilidad, mientras que en el caso de la mujer víctima, la presunción es *iuris et de iure*, cuando en la mujer, por supuesto, no existe ninguna razón para considerarla vulnerable *per se*.

En definitiva, para hacer frente a una discriminación histórica del hombre sobre la mujer, parece que el derecho penal pretende pagar con la misma moneda, introduciendo una discriminación punitiva aun a riesgo de poner en tela de juicio algunos principios garantistas del derecho penal que deben ser irrenunciables, como los de ofensividad, igualdad, proporcionalidad y culpabilidad (véase más ampliamente, Acale Sánchez).

En el ámbito de las penas y su ejecución, se han introducido también ciertas especificidades:

- Se establece para la suspensión de las penas en los supuestos de violencia de género que el seguimiento de programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico sean obligatorios (art. 83 CP). Aun considerando positivo que el legislador otorgue una mayor atención a la resocialización del maltratador, esta previsión desconoce los resultados de estudios empíricos, que indican un mayor efecto resocializador en los casos en los que los programas de reeducación y tratamiento se siguen voluntariamente por parte del condenado. Por otra parte, según indica la doctrina, la previsión obligatoria de estos programas no se ha visto acompañada de la suficiente inversión de medios para ponerlos en marcha, con lo que el texto legal puede quedar solo en buenas intenciones, dificultando el acceso a la suspensión de la pena en este tipo de delincuencia.

- Se despoja a los jueces y tribunales de su función de adecuar la sanción al caso concreto, al prever la imposición obligatoria de la prohibición de aproximarse a la víctima (art. 57.2 CP) en la condena por ciertos delitos relacionados con la violencia de género; o con la imposición obligatoria en la suspensión de la pena de la prohibición de acudir a determinados lugares o la prohibición de aproximarse o de comunicarse con la víctima. Ello ha generado el problema del elevado incumplimiento de las penas de alejamiento, cuya complejidad y alcance exceden de estas páginas.

Finalmente, y también en materia de medidas cautelares, se ha reformado el contenido de la prisión provisional a través de la LO 13/2003. La prisión provisional únicamente puede acordarse para lograr determinadas finalidades y solo en los casos en los que el delito por el que resulte imputado una persona tenga prevista una pena igual o superior a los dos años. La reforma hace referencia a que, cuando se trate de una imputación por maltrato habitual y el fin que persiga la prisión provisional sea evitar que el imputado pueda actuar contra los bienes jurídicos de la víctima, no opera el límite mínimo de dos años (art. 503 LECrim).

2.2.3. Conclusiones

Una vez se han expuesto estos dos casos de regulaciones que pueden acercarse al derecho penal del enemigo, cabe poner de manifiesto que la doctrina ha sido especialmente crítica en algunos casos, sosteniendo que esta tendencia político-criminal es incompatible con el Estado de derecho y con los principios constitucionales. Al margen de que la exclusión de grupos de personas del conjunto de garantías no ha conseguido ser eficaz frente a su pretendida lucha contra una determinada criminalidad –cosa que, por cierto, por sí sola no legitimaría su existencia– **quiebra** una serie de **principios esenciales de nuestras democracias**. Así, fundamentalmente, el principio de igualdad, el dogma del hecho que tradicionalmente ha servido para prevenir la arbitrariedad, el principio de culpabilidad y de proporcionalidad, entre otros.

Pero uno de los grandes peligros de esta regulación penal de excepción, que conforma subsistemas dentro del derecho penal, es su gran capacidad expansiva y contaminadora del derecho penal “normal”.

Así, hemos visto que un ejemplo paradigmático del derecho penal del enemigo es el caso del terrorismo, pero esta terminología del terrorismo, alusiva a esta legislación penal en la que se prescinde de ciertas garantías, luego es utilizada para referirse a la violencia de género (los “terroristas domésticos”), a los *hackers* que pretenden causar daños a los ordenadores que atacan (“ciberterroristas”), a los que atentan contra el medio ambiente (“terroristas medioambientales”) a quienes provocan incendios intencionadamente (“terroristas foresta-

les”), los que ponen en peligro la seguridad en el tráfico (“terroristas viales”) y podríamos así continuar... Solo hace falta sumar excepciones para que se acaben suprimiendo las garantías penales para todos.

2.3. El derecho penal de la seguridad ciudadana: pequeña delincuencia patrimonial y extranjería

Las orientaciones del derecho penal de la seguridad se han identificado en ocasiones con las propuestas del derecho penal del riesgo, puesto que la otra cara de la existencia de un riesgo es pretender mayor seguridad. Sin embargo, algunos autores como Díez Ripollés han intentado deslindar ambas tendencias político-criminales. Así, afirma este autor que, mientras que el derecho penal del riesgo tiende a extender la intervención punitiva en ámbitos nuevos, ámbitos donde se constatan nuevos riesgos artificiales o derivados del progreso, como por ejemplo el de las tecnologías, el **derecho penal de la seguridad** incide sobre la **delincuencia clásica** y se limita a **exacerbar las medidas penales** que ya se conocen, con la mayor criminalización de los socialmente excluidos.

Son ejemplos paradigmáticos del modelo de seguridad ciudadana la respuesta penal frente a la pequeña delincuencia patrimonial o respecto a la delincuencia protagonizada por los inmigrantes.

Así, no se pueden equiparar los riesgos derivados del uso de las nuevas tecnologías con aquellos riesgos propios de la actividad cotidiana, como consecuencia de la creciente bola de desempleo y de marginación social.

Con todo, en materia de seguridad debe especificarse de qué se está hablando: si pretende responder a los **riesgos reales** de determinados bienes jurídicos o bien si se trata de responder a la **preocupación por el delito** del ciudadano, entendida como la percepción de algunos individuos o grupos sociales acerca de cuáles y cuántos son esos riesgos, esto es, a la estimación general que tienen los ciudadanos sobre la seriedad del problema de la delincuencia.

Finalmente, también se puede estar hablando del **miedo al delito**, como la percepción de cada ciudadano sobre las posibilidades que tiene de ser víctima de un delito, poseyendo este último concepto una carga emotiva, ya que, según algunos estudios empíricos, el miedo al delito no se relaciona con las posibilidades reales de ser víctima, es decir, no responde a causas objetivas externas. Según Paredes Castañón, la intervención penal solo queda legitimada político-criminalmente en la primera de las acepciones, esto es, en los riesgos reales.

Sea como fuere, parece que lo que demanda la actual sociedad es una respuesta enérgica contra la delincuencia clásica, aquella que nace en torno a la desocialización y a la marginación, fruto de un creciente sentimiento colectivo de

Lectura recomendada

J. L. Díez Ripollés (2004). “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”. *RECPC* (vol. 6, núm. 3).

Observación

Se afirma que la preocupación por el delito repercute de manera directa en las actitudes punitivas (Soto Navarro).

inseguridad ciudadana. Y parece que frente a ellos no es posible la resocialización, sino que lo que resulta adecuado es la inocuización del delincuente, lo que recuerda a la tendencia del derecho penal de autor.

Por lo tanto, con el derecho penal de la seguridad ciudadana también el derecho penal sufre una **expansión**.

Pero según Díez Ripollés, no se trata de una expansión de carácter extensivo propia del derecho penal del riesgo, haciendo intervenir al derecho penal en nuevos ámbitos hasta ahora desconocidos.

En este caso se trata de una expansión de carácter **intensivo**, incrementando la punición de una determinada delincuencia clásica.

Por ejemplo: pequeña delincuencia patrimonial, delitos sexuales, delincuencia violenta, delincuencia protagonizada por inmigrantes en situación de irregularidad administrativa, etc.

Las sucesivas reformas penales a partir de 1995 han intensificado la respuesta punitiva en algunos de estos sectores.

Así, y a partir principalmente del año 2002 y principios del 2003, se experimentó un gran aumento del sentimiento social de inseguridad –como lo demuestran las encuestas del CIS– que no se corresponde con un importante y efectivo incremento de la tasa de delincuencia en España. En este contexto, el Gobierno elaboró en septiembre del 2002 un plan de lucha contra la delincuencia que está en la base de muchas de las reformas penales acaecidas en el 2003. Particularmente, este plan de lucha contra la delincuencia es citado en la exposición de motivos de la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

España acoge a través de esta reforma lo que en el ámbito americano –tomando prestada la terminología propia del béisbol– se denomina *three strikes and you're out*, que significa, en el ámbito penal, que la **comisión reiterada de un delito**, fuese cual fuese su gravedad, conlleva necesariamente el **encarcelamiento** del culpable.

Cabe decir que los hurtos han sido objeto de diversas reformas desde la aprobación del Código penal de 1995. En principio, el delito de hurto venía configurado como la sustracción de algo cuyo valor económico excediera una determinada cantidad (en un origen, 50.000 pesetas, cantidad que se ha ido actualizando). Las sustracciones de menor entidad eran consideradas faltas, no delitos. A partir de 2003, las sucesivas reformas hicieron que la comisión de diversas faltas (pequeñas sustracciones) se convirtieran en delito. Por ejemplo,

sería considerado delito la realización de cuatro –más tarde tres– sustracciones inferiores a 400 euros, pero que en su conjunto tuvieran un valor superior a 400 euros. La reforma de 2015, al suprimir las faltas del catálogo de infracciones, establece como delito menos grave la sustracción que no exceda los 400 euros (art. 234.2 CP). Sin embargo, si en esta sustracción de menor entidad concurre alguna agravante, como por ejemplo, haber sido condenado tres veces por delitos similares o que los productos sustraídos sean agrarios o cableado, se impondrá una pena de prisión, aunque el valor de lo sustraído no exceda los 400 euros.

Según la exposición de motivos de la LO 1/2015, se justifica la reforma en que “la revisión de la regulación de los delitos contra la propiedad y el patrimonio tiene como objetivo esencial ofrecer respuesta a los problemas que plantea la multirreincidencia y la criminalidad grave”. Sin embargo, lo que prevé la reforma es aplicar una pena de prisión, por ejemplo, a una persona que haya sustraído cable una sola vez por valor menor a 400 euros, o al pequeño comerciante que haya sido condenado por tres delitos (*three strikes and you're out*).

Por otra parte, se apunta que la sociedad actual se ha visto **descargada** de la **obligación de reinserir al delincuente** en la sociedad, de manera que se percibe que esta es una tarea que ya no le pertenece.

Por ello, se intentan buscar mecanismos de inoquización o de alargamiento del periodo en que el sujeto se encuentra controlado por las instancias penales, más allá de la culpabilidad por el hecho cometido.

Ejemplo de ello es la regulación de la reincidencia a través de la LO 11/2003, de 29 de septiembre. Así, 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 cometidos en el mismo título y de la misma naturaleza, podrá aplicarse la pena superior en grado a la prevista para el delito de que se trate (art. 66.1.5º CP). Cabe poner de manifiesto, en este sentido, que la agravante de reincidencia ha sido objeto de cuestionamiento sobre su constitucionalidad por poder afectar a la dignidad, al principio de culpabilidad por el hecho o al de proporcionalidad de la pena, entre otros. En este sentido, la STC 150/1991 rechazó en su momento la inconstitucionalidad de dicha agravante argumentando que la regulación en aquel momento mantenía la pena agravada por la reincidencia dentro de los límites de la pena genérica señalada para el delito. Con la reforma de 2003, que permite la aplicación de la pena superior en grado, dejan de cumplirse los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional, sin que por el momento haya habido otros pronunciamientos sobre la constitucionalidad de esta agravación.

Otro ejemplo de la tendencia a la inoquización del sujeto es la nueva medida de seguridad de libertad vigilada creada por la LO 5/2010, que resulta aplicable, entre otros, a los delincuentes sexuales y que está en la línea de conseguir un mayor control del penado después del cumplimiento de la pena.

Por otro lado, pese a que existen estudios empíricos que desmienten muchos de los mitos que asocian la delincuencia con la **inmigración** (véase García España), esta se ha relacionado en muchas ocasiones con la inseguridad ciudadana.

Muestra de ello es el título de la reforma del 2003 que comentamos, donde aparece la “seguridad ciudadana” junto con la llamada “integración social de los extranjeros”.

Sin embargo, en esta reforma los preceptos que tienen que ver con los ciudadanos extranjeros no se refieren a la integración, sino que vienen a establecer una nueva regulación de la **pena de expulsión**. Esta ha sufrido notables cambios después de las continuas reformas, lo cual demuestra las grandes contradicciones en esta materia, en las que se pretende, por un lado, mantener un discurso duro frente a la inmigración expulsando a los extranjeros que delinquen y, por otro, evitar la burla de la ley española, así como las críticas a la discriminación (Muñoz Conde y García Arán, 2015).

A través de la reforma de 2003, se modifica el art. 89 CP para que la expulsión sea la pena por excelencia aplicable a los sujetos que hayan cometido un delito y sean extranjeros en situación de irregularidad administrativa. Así, se prevé que para el extranjero no residente legal que haya cometido un delito castigado con una pena de prisión inferior a seis años, la regla sea la sustitución de la pena por expulsión. Si la pena de prisión es igual o superior a seis años, una vez que cumpla en España las tres cuartas partes de la condena o alcance el tercer grado de tratamiento penitenciario, se acordará también, como regla general, la expulsión. Esta regulación es sustancialmente diferente a la que estaba prevista en el CP de 1995, que preveía la sustitución por expulsión de forma potestativa –no obligatoria– para penas inferiores a seis años, y una audiencia al penado, suprimida en el 2003. Los argumentos del legislador transitan por la idea de “evitar que la pena y su cumplimiento se conviertan en formas de permanencia en España quebrantando así de manera radical el sentido del ordenamiento jurídico en su conjunto”. Sin embargo, parte de la doctrina ha criticado esta previsión, entendiendo que en el caso de los extranjeros en situación de irregularidad administrativa se renuncia a la reinserción, incumpliendo el mandato constitucional. Por otra parte, ponen el acento en el escaso efecto preventivo general de esta sustitución obligatoria, porque la expulsión ya está prevista como sanción administrativa para los que no hayan cometido ningún delito.

La expulsión vuelve a ser reformada en la LO 5/2010. Aun cuando los proyectos de reforma pretendían eliminar el automatismo en la sustitución por la expulsión en las penas inferiores a seis años, finalmente el texto aprobado mantiene la naturaleza obligatoria de la expulsión. Sin embargo, el texto aprecia de forma abierta las causas que pueden justificar el cumplimiento de la condena en territorio español. Con todo, se vuelve a introducir el trámite de audiencia del penado antes de acordar la sustitución y se prevé la posibilidad de acordar la sustitución no solo en la sentencia, sino también en auto posterior.

Nuevamente, la LO 1/2015 vuelve a modificar la figura de la expulsión. El texto vigente mantiene el carácter obligatorio de la expulsión, pero modificando los criterios con los que se acuerda y las excepciones a la expulsión. Así, como novedad, la expulsión no solo es aplicable a los condenados en situación de irregularidad administrativa, sino a **todos** los extranjeros que sean condenados en España, sean o no residentes legales. Por tanto, puede incluir a los ciudadanos de la UE, si representan una amenaza grave para el orden o la seguridad pública. Por otra parte, salvo excepciones, procede la expulsión cuando la pena de prisión impuesta sea superior a un año. En cambio, cuando las penas impuestas superen los cinco años de prisión, el cumplimiento en España es obligatorio, y los criterios de la “defensa del orden jurídico” y el “restablecimiento de la vigencia de la norma” sirven para decidir si el cumplimiento es parcial o total. Nótese que la finalidad del restablecimiento de la vigencia de la norma corresponde a criterios de prevención general, alejados de cualquier consideración a finalidades preventivo-especiales de la pena. En todo caso, tras cumplir total o parcialmente la pena, el extranjero será expulsado, sin poder acceder a la libertad condicional en las mismas condiciones que los españoles. Como excepción, no como regla general, se podrá no acordar la expulsión cuando resulte “desproporcionada” teniendo en cuenta las circunstancias del hecho y las personales del condenado, especialmente su arraigo en España.

Por otra parte, aunque no se trata de una ley penal sino administrativo-sanccionadora, cabe mencionar la polémica aprobación de la LO 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de Seguridad Ciudadana, conocida críticamente en algunos medios, como *Ley Mordaza*. En ella se introducen como infracciones, entre otras, la perturbación de la seguridad ciudadana en actos públicos, espectáculos, solemnidades u oficios religiosos, causar desórdenes en la vía pública, solicitar o aceptar servicios sexuales retribuidos en zonas de tránsito público, consumo o tenencia ilícita de drogas, ocupación de cualquier inmueble, vivienda o edificio ajenos, consumo de bebidas alcohólicas en lugares públicos, o determinadas infracciones relacionadas con reuniones o manifestaciones no comunicadas o prohibidas, entre otras. El legislador justifica la reforma en la exposición de motivos afirmando que “la seguridad ciudadana es la garantía de que los derechos y libertades reconocidos por las constituciones democráticas puedan ser ejercidos libremente por la ciudadanía”, haciendo referencia a “las demandas sociales de seguridad ciudadana”.

El modelo bienestarista

Ante lo que Díez Ripollés considera una deriva hacia un “derecho penal securitario”, este autor propone como alternativa un modelo penal bienestarista, que intentaría alcanzar una mayor eficacia y efectividad ante la delincuencia abordando sus causas personales y sociales, insertando mecanismos sociales de prevención de la criminalidad en el marco de las intervenciones propias del Estado social del bienestar. Defiende en este modelo la persistencia de un conjunto de garantías, que estarían dirigidas a preservar a los ciudadanos de los posibles abusos de los poderes públicos.

2.4. Derecho penal simbólico y evolución de las sensibilidades sociales

Todo el derecho penal tiene un componente de carácter simbólico, esto es, cumple una función de transmitir a la sociedad ciertos mensajes o contenidos valorativos. Sin embargo, cuando se alude al **derecho penal simbólico**, se hace en clave crítica en referencia a que la norma penal cumple exclusivamente un papel simbólico, sin una ulterior finalidad. Así, normalmente las normas penales no solo se legitiman porque desvaloran un determinado comportamiento, sino porque son aptas para evitar dichos comportamientos, al cumplir la sanción penal diversas funciones preventivas (teorías relativas de la pena). En este marco, la desvaloración de un comportamiento a través de la norma penal no es una finalidad en sí misma, sino un medio para evitar los comportamientos desvalorados.

En cambio, en un derecho penal simbólico, “la transmisión de un mensaje desvalorizador deja de considerarse instrumental, para constituir un fin en sí mismo” (García Arán).

Parte de la doctrina considera que el derecho penal simbólico **no produce ningún efecto relevante**, puesto que solo se consiguen determinadas consecuencias propagandísticas, demostrando la rapidez del legislador en responder a determinados problemas sociales. Pero, en definitiva, no poseen efectos en orden a proteger intereses esenciales para la comunidad. Obviamente, la ineficacia de la norma simbólica no es absoluta en todos los casos, sino que es un concepto graduable que se constata en mayor o menor medida en algunos tipos penales. La creciente utilización del derecho penal simbólico se debe, según Díez Ripollés, al creciente protagonismo de los **medios de comunicación** en la discusión pública de los problemas sociales más relevantes y al papel de los *mass media* como agentes transmisores de puntos de vista y actitudes.

Por otra parte, se alude al desplazamiento del ámbito de resolución de los conflictos sociales al plano jurídico y, en particular, a la **creciente intervención del derecho penal** para resolverlos. Así, exagerando esta afirmación, podría considerarse que aquello que no está previsto en el CP no está prohibido, y por tanto, está permitido. En consecuencia, la intervención del derecho penal se encaminaría en ocasiones a lanzar el mensaje a la sociedad de que ciertas conductas son reprobables.

A continuación se ofrece una clasificación de tipos penales simbólicos efectuada por Díez Ripollés:

Ved también

Trataremos el papel de los *mass media* con mayor detenimiento en el apartado “Populismo punitivo y medios de comunicación”.

Clasificación de tipos penales simbólicos

Clasificación	Efecto que se persigue	Ejemplo	
En función del objetivo satisfecho: normas que no atienden a la prevención de daños o riesgos graves para los bienes jurídicos.	Leyes reactivas	Demostrar la rapidez del legislador ante la aparición de problemas nuevos o que están por aparecer.	Art. 161.2 CP (creación de seres humanos idénticos por clonación).
	Leyes identificativas	Se manifiesta la identificación del legislador con determinadas preocupaciones del ciudadano.	Art. 184.1 CP (acoso sexual).
	Leyes declarativas	Declaran los valores concretos respecto a una determinada realidad social.	Art. 189.4 CP (corrupción de menores).
	Leyes principalistas	Manifiestan primordialmente la validez de ciertos principios de convivencia.	Art. 607 CP (negación de hechos históricos).
	Leyes compromiso	Muestran a las fuerzas políticas que las han impulsado el respeto a los acuerdos alcanzados.	Art. 78 CP.
En función de las personas primordialmente afectadas: la intervención penal no incide sobre delincuentes reales o potenciales próximos. Los efectos de la intervención penal no van más allá de la fase de comunicación penal.	Leyes aparentes	Su formulación técnicamente defectuosa las hace inaplicables.	Preceptos excesivamente estructurados sobre elementos subjetivos. Ejemplo: Art. 510 CP (provocación al odio contra determinados grupos sociales).
	Leyes gratuitas	Aprobadas sin recursos personales o materiales para su efectiva aplicación.	Trabajos en beneficio de la comunidad.
	Leyes imperfectas	No prevén sanciones o su aplicación es técnicamente imposible.	Art. 18.1 ap. 2 CP (apología, que solo es punible si constituye provocación).
En función del contenido y de los efectos sociales producidos: leyes que superan las necesidades de control social a satisfacer por la reacción penal.	Leyes activistas	Suscitan la confianza de que se está haciendo algo frente a problemas irresueltos.	Art. 227 CP (impago de pensiones). Arts. 428 y ss. (tráfico de influencias).
	Leyes apaciguadoras	Produce el efecto de calmar las reacciones emocionales que ciertos sucesos han producido.	Art. 381.1 CP (tipificado para sancionar a los conductores suicidas por apuestas en autovías).
	Leyes promotoras	Pretenden la modificación de determinadas actitudes sociales ante ciertos problemas sociales.	Art. 245.2 CP (ocupación de inmuebles).
	Leyes autoritarias	Efecto de demostrar la capacidad coactiva en general de los poderes públicos.	Arts. 368 y ss. CP (tráfico de drogas).

Fuente: Elaboración propia según la clasificación y conceptualización efectuada por J. L. Díez Ripollés (2002). "El derecho penal simbólico y los efectos de la pena". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (núm. 103).

Por otra parte, como se ha expuesto en módulos anteriores, la política criminal no es de carácter estático, sino que se encuentra en constante evolución. Toda política criminal es hija de su tiempo y pretende responder a las nuevas necesidades que la realidad social pone de manifiesto. Incidiremos sobre todo en las reformas penales que tienden a dotar de mayor protección a bienes jurídicos personales, ya que en este ámbito se detecta a partir de la aprobación del CP de 1995 numerosas reformas que, en su mayoría, introducen nuevos tipos

penales que intentan responder a nuevas formas de ataque a bienes jurídicos. Algunas de ellas, aunque no todas, comparten la tendencia político-criminal del derecho penal simbólico que se acaba de definir.

Así, por ejemplo:

- La LO 9/2002 introduce el delito de sustracción de menores (art. 225 bis CP).
- La LO 11/2003, de 29 de septiembre, contempla como supuesto específico de lesiones la mutilación genital (art. 149 CP).
- La LO 15/2003 prevé el maltrato de animales domésticos, posteriormente modificado en la reforma del 2010 (art. 337 CP).
- La LO 1/2004, que introduce el concepto de violencia de género.
- La LO 5/2010 introduce los delitos de tráfico de órganos dentro de los delitos de lesiones (art. 156 bis CP), el acoso laboral y el acoso inmobiliario dentro de los delitos de torturas y contra la integridad moral (art. 173 CP).
- La LO 1/2015 modifica los delitos de homicidio y asesinato (que hasta ahora se habían mantenido inalterados) e introduce nuevas figuras delictivas, como los matrimonios forzados (art. 172 bis CP), el delito de *stalking* (art. 172 ter CP) y el de *sexting* (art. 197.7 CP), entre otras reformas.

Con todo, se debe prestar una atención especial a los **delitos sexuales**, los cuales han sufrido diversas modificaciones legislativas desde la aprobación del CP de 1995. Ya se ha indicado que este Código, en materia sexual, hizo un gran esfuerzo por despojar al derecho penal de contenidos moralizantes a la sexualidad, instituyendo como único bien jurídico protegido la “libertad sexual”. Sin embargo, en las sucesivas reformas penales, a parte de corregir algunos defectos técnicos y algunas penas inadecuadas, introduce elementos que son ajenos a la protección de esta libertad, criticando gran parte de la doctrina el resurgimiento de una determinada moral sexual en este tipo de delitos. Dado que nos ocuparemos más adelante de la política criminal alternativa en materia sexual, nos limitamos aquí a exponer los principales cambios legislativos de las sucesivas reformas.

Tras poco más de tres años de vigencia del CP de 1995, se modifican los delitos contra la libertad sexual a través de la LO 11/1999, de 30 de abril. Para ello, el legislador aduce que las previsiones del Código penal vigente:

“no responden adecuadamente, ni a la tipificación de las conductas ni en la conminación de las penas correspondientes, a las exigencias de la sociedad nacional e internacional en relación con la importancia de los bienes jurídicos en juego, que no se reducen a la expresada libertad sexual, ya que también se han de tener muy especialmente en cuenta los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la indemnidad o integridad sexual de los menores e incapaces, cuya voluntad, carente de la necesaria formación para poder ser considerada verdaderamente como libre, no puede ser siempre determinante de la licitud de unas conductas que, sin embargo, podrían ser lícitas entre adultos”.

En base a esta justificación, se introduce en el título, junto a la libertad sexual, la “indemnidad sexual”, haciendo referencia a este objeto de tutela penal que el legislador considera diferente al de la libertad sexual. Se reintroduce el delito de corrupción de menores o incapaces, que había desaparecido tras la aprobación del CP de 1995, se amplían las conductas típicas de la pornografía in-

Ved también

Por lo que respecta a las políticas alternativas en esta materia, se describen en los apartados “Propuesta de regulación del ejercicio voluntario de la prostitución de adultos (2010)” y “Política criminal en el ámbito de los menores de edad”.

fantil y se revisa el sistema de penas, elevando el rigor punitivo. También se revisan los delitos de acoso sexual y se introduce el tráfico de personas para su explotación sexual.

Posteriormente, el derecho penal sexual vuelve a ser modificado en la LO 15/2003, de 25 de noviembre. En este caso, se justifica su reforma “para impedir interpretaciones que impidan penar determinadas conductas de una especial gravedad”. En este sentido, se endurecen las penas de la pornografía infantil, introduciendo, a su vez, nuevas modalidades típicas, como la posesión para el propio uso del material pornográfico en el que se hayan utilizado menores o incapaces. También se establecen diferentes circunstancias agravantes en la utilización de menores de edad o incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos y se tipifica la pornografía virtual, esto es, aquella en la que no han sido utilizados directamente menores o incapaces, pero se emplea su voz o imagen alterada o modificada.

Nuevamente, la LO 5/2010 efectúa una profunda reforma penal en los delitos sexuales, reordenando y creando un capítulo independiente para los abusos y agresiones sexuales a menores de 13 años, que solventa muchos de los problemas concursales que existían con anterioridad y refleja la mayor sensibilidad social frente a los comportamientos sexuales sobre menores de escasa edad. En este sentido, se afirma en la exposición de motivos que:

“resulta indudable que en los casos de delitos sexuales cometidos sobre menores el bien jurídico a proteger adquiere una dimensión especial por el mayor contenido de injusto que presentan estas conductas”.

En esta reforma se extiende la punición a la utilización de Internet para la captación de menores de edad, entrando en contacto con ellos a través de las nuevas tecnologías para ganarse su confianza y con la finalidad de concretar encuentros para obtener concesiones de índole sexual (delito llamado *child grooming*, según la exposición de motivos). También se crean nuevas figuras delictivas en relación con la prostitución y la pornografía infantil. Así, será típica la captación de niños para que participen en espectáculos pornográficos, quien se lucre con la participación de niños en esta clase de espectáculos, y se sanciona, pese a algunas críticas doctrinales, la conducta del cliente en los casos en los que la relación sexual se realice con una persona menor de edad o incapaz. Con todo y globalmente, se elevan sustancialmente las penas previstas para los delitos en materia sexual.

De nuevo, el rigor punitivo se eleva en estos delitos a través de la LO 1/2015, justificándolo el legislador en este caso por el cumplimiento de directivas europeas. Además, se eleva la edad del consentimiento sexual a los dieciséis años. De esta manera, la realización de actos de carácter sexual con menores de dieciséis años será considerada, en todo caso, como un hecho delictivo, salvo que se trate de relaciones consentidas con una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez. Se modifican otros delitos de manera sustancial, como los abusos sexuales a menores entre dieciséis y dieciocho años. Se

concreta legalmente en qué consiste el lucro mediante la explotación de la prostitución ajena y se define legalmente la pornografía infantil, ampliándose también las conductas típicas.

Podría establecerse una relación entre algunas de las reformas penales que hemos apuntado y casos mediáticos. Así, por ejemplo, el caso de “Sandra Palo” respecto a la nueva definición de asesinato consistente en matar “para [...] evitar que se descubra” (otro delito), o la nueva agravación del asesinato consistente en “que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual”. La modificación de los delitos contra la intimidad, introduciendo como delito la difusión de imágenes personales sin consentimiento cuando estas imágenes han sido obtenidas lícitamente (*sexting*) puede evocar el caso de “Olvido Hormigos”. Por tanto, algunas de estas reformas penales también pueden participar del llamado *populismo punitivo*, que será analizado en el epígrafe siguiente.

Si bien, como se ha observado, en su gran mayoría las nuevas sensibilidades sociales tienden a expandir la intervención del derecho penal, en algunos casos la evolución de la sociedad provoca la **reducción o eliminación de ciertos delitos**. Este es el caso de los tipos previstos para el incumplimiento del servicio militar o la nueva regulación del aborto.

En cuanto al primero, mediante la LO 7/1998, se suprimieron las penas de prisión y multa para los supuestos de **no cumplimiento del servicio militar** obligatorio o de la prestación social sustitutoria y también se rebajaron las penas de inhabilitación para estos supuestos. Más adelante, una vez desapareció la obligatoriedad de prestar el servicio militar o la prestación social sustitutoria el 21 de diciembre del 2001, se derogaron los arts. 527 y 604 CP, que tipificaban los delitos contra los deberes de incumplimiento de estas prestaciones (a través de la LO 3/2002, de 22 de mayo).

Por otra parte, se ha producido una modificación sustancial de los delitos de **aborto** a través de la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Como es sabido, hasta esta reforma España contemplaba un sistema de indicaciones, con una regulación del 1985 mantenida por el Código penal de 1995. Esta normativa restrictiva había provocado en la práctica el efecto contrario, esto es, la no persecución de los abortos ilegales e incluso había hecho aparecer un turismo abortivo de mujeres procedentes de países donde las legislaciones eran más permisivas que la española. Con la LO 2/2010 se parte de que la capacidad de procreación está directamente vinculada a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad, afirmando la exposición de motivos que la decisión de tener hijos y cuándo tenerlos constituye uno de los asuntos más íntimos y personales que integra un ámbito esencial de autodeterminación individual.

En consecuencia, se declara que los poderes públicos están obligados a no interferir en ese tipo de decisiones, al mismo tiempo que deben establecer las condiciones para que este tipo de decisiones se adopten de forma libre y res-

ponsable, poniendo al alcance de las personas los servicios de atención sanitaria, asesoramiento e información. Aduciendo que el primer deber del legislador es adaptar el derecho a los valores de la sociedad, se introduce fundamentalmente un sistema de plazos.

La reforma del 2010 modifica también el art. 145 CP para limitar la pena impuesta a la mujer que consiente o se practica un aborto fuera de los casos permitidos por la ley, eliminando la previsión de la pena privativa de libertad. La exposición de motivos de esta ley alude a la STC 53/1995, en la que se niega el carácter absoluto de los intereses que entran en conflicto y el deber del legislador de ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, de acuerdo con los cambios cualitativos de la vida en formación que tienen lugar durante el embarazo.

Con todo, el *Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la vida del concebido y los derechos de la mujer embarazada* pretendía volver al sistema de indicaciones en el aborto. Fracasada esta iniciativa legislativa, la LO 11/2015, de 21 de septiembre, establece que cuando se interrumpa voluntariamente el embarazo de personas menores de edad, será necesario, además de la manifestación de la voluntad de la menor, el consentimiento expreso de sus representantes legales, suprimiendo así el art. 13 de la LO 2/2010.

Como expresión de una política criminal que acoge la evolución de las sensibilidades sociales, cabe mencionar también la aprobación del Estatuto de la víctima del delito (Ley 4/2015, de 27 de abril) y su reglamento de desarrollo (Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre).

2.5. Populismo punitivo y medios de comunicación

La formulación teórica del concepto **populismo punitivo** se refiere en un origen a la idea de utilización del derecho penal en clave estrictamente electoralista. Así, Bottoms utiliza el término *populist punitiveness* para referirse a la instrumentalización por parte de los poderes políticos y los gobernantes de las políticas empleadas para el establecimiento de sentencias y penas (*sentencing policy*) con el único propósito de sacar réditos electorales. De este modo, la primera formulación teórica ponía el acento más en el sustantivo (*populismo*) que en adjetivo (*punitivo*). Posteriormente, otras formulaciones teóricas del populismo punitivo inciden más en el adjetivo que en el sustantivo, acentuando el efecto de endurecimiento punitivo en detrimento de las garantías, proclamando la necesidad de “mano dura” frente a la criminalidad (Roberts) con elementos discursivos neoretribucionistas, y eslóganes como “ley y orden”, “tolerancia cero” o los “*three strikes and you're out*” al que antes nos hemos referido.

Esta no sería una característica exclusivamente predicable de los partidos conservadores, puesto que el centro-izquierda también se habría sumado a esta tendencia.

Para ejemplificarlo, la doctrina se refiere a EE. UU. en los años ochenta, cuando el conservador George Bush ganó las elecciones incidiendo en la necesidad de una nueva política criminal que respondiera a la inseguridad, criticando el anterior Gobierno por una supuesta falta de “mano dura”. En esa campaña se utilizó repetidamente el caso de Willy Horton, un prisionero condenado por asesinato que, durante un beneficio penitenciario, secuestró a una pareja, violó y asesinó a la esposa y agredió violentamente al marido. Después de que George Bush ganara las elecciones, el partido demócrata tomó buena nota de ello, siendo la política criminal de “mano dura” uno de los ejes centrales en la posterior campaña de Bill Clinton, que ganó las elecciones en 1992.

España también es buena muestra de ello, y tanto la derecha como la izquierda (al menos en sus expresiones políticas mayoritarias) no han escapado a la utilización del populismo punitivo (Botella Corral). Por ejemplo, la Ley del 2003 relativa al cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, que, como veremos, provoca un endurecimiento punitivo en delitos graves, cercano en algunos aspectos al derecho penal de autor, fue impulsada por el PP, partido gobernante en esos momentos, pero fue votada favorablemente por el principal partido de la oposición, el PSOE. Por lo tanto, Botella Corral sostiene que para captar votos, especialmente de las posiciones centristas y moderadas, los grandes partidos tienden a eliminar los aspectos más ideológicos, ofreciendo en lo político-criminal programas cada vez más similares, que tienen la nota común de incremento de la punición, con el objetivo de obtener el apoyo de la opinión pública. Como consecuencia de ello, las diferencias se trasladarán en el debate sobre determinados valores, como la cuestión territorial, la memoria histórica o el papel de la Iglesia católica, de manera que “la política simbólica es mucho más antagonista que las políticas sustantivas”

En definitiva, el **populismo punitivo** se refiere al empleo de políticas criminales caracterizadas por la **mano dura contra la delincuencia**, a partir de representaciones del fenómeno criminal en un **contexto de alarma**. El objetivo de esta política criminal, asumida tanto por partidos de derecha como por los de la izquierda mayoritaria, es obtener réditos políticos.

Se reforman las leyes penales desde una orientación punitivista para mantener la imagen pública de que se hace todo lo posible –utilizando como instrumento el sector del ordenamiento jurídico más contundente– frente a la creciente inseguridad del ciudadano.

Pero esta inseguridad no tiene que ver tanto con el incremento de hechos delictivos, sino más bien con la imagen ofrecida por los **medios de comunicación**.

En este sentido, gran parte de la doctrina ha puesto de manifiesto que la información “no es inocente”. Junto a la función institucional de los medios de comunicación, consistente en informar a la opinión pública, coexisten intereses empresariales de obtener una mayor rentabilidad económica, que en gran medida se consigue con otra de las misiones de los *mass media*, la de entretener al público. Esta finalidad de entretenimiento puede estar en la base del tradicional, pero siempre en aumento, interés periodístico por el delito. Los sucesos criminales encandilan al público. Se debe ser consciente de que

Lectura recomendada

J. Baucells Lladós; L. Peres-Neto (2011). “Medios de comunicación y populismo punitivo. Revisión teórica del concepto y análisis de la reforma penal en materia de hurto”. *Revista penal* (núm. 27).

tanto la **selección** de los casos penales que van a ser **objeto de información periodística** como la intensidad o profundidad de su abordaje, son cuestiones que deciden los medios de comunicación.

Esta facultad decisoria que poseen los medios es sumamente importante, ya que puede influir sobre la percepción de seguridad o inseguridad de los ciudadanos, puede coadyuvar a la reforma de determinadas normas penales o puede, por su forma de abordar los asuntos penales, colisionar con otros derechos constitucionalmente protegidos, como la presunción de inocencia, o los derechos a la intimidad y a la propia imagen, entre otros (Guardiola Lago). Lo que más nos interesa resaltar en este momento son los dos primeros efectos.

Por lo que respecta a la **percepción de seguridad o inseguridad de los ciudadanos**, diversos estudios empíricos apuntan a que la mayor preocupación y el miedo al delito no tiene tanta relación con la evolución de la criminalidad en España, sino más bien se correlaciona con la sobrerrepresentación mediática de determinados delitos, sobre todo violentos, que no se corresponde con la realidad, generando así una distorsión cognitiva y un mayor sentimiento de inseguridad (Soto Navarro). Con todo, la supuesta demanda de “mano dura” de la sociedad, fruto de este sentimiento de seguridad, no ha sido comprobada suficientemente con estudios empíricos. De hecho, Varona Gómez intenta desmentir el “mito del punitivismo” a través del análisis de las fuentes de datos que se utilizan para verificar las actitudes punitivas. Así, considera que las manifestaciones espontáneas de furor punitivo, el uso de “preguntas-trampa” y la utilización de encuestas sobre preocupaciones sociales no son fuentes adecuadas para evaluar la actitud vindicativa de la ciudadanía, apostando por otras fuentes más fiables, como los “casos-esecenario” y las preguntas sobre las causas de la delincuencia y “riesgos relativos”. Estas últimas permiten matizar la afirmación de que los españoles son punitivos.

En cuanto a la **posible influencia de los medios en la reforma de las normas penales**, existe un amplio acuerdo científico en considerar que los medios juegan un papel predominante en el proceso de construcción de la agenda político-criminal y del contenido de la misma. Desde la ciencia política y desde las ciencias de la comunicación se han desarrollado diversas vías explicativas para descifrar los procesos del establecimiento de la **agenda** (*agenda-setting*). Así, mientras los politólogos han centrado sus esfuerzos en buscar respuestas sobre cómo se construye únicamente la agenda política, los comunicólogos parten de la explicación de los mecanismos de construcción de la agenda informativa y de sus efectos en la fijación de la agenda política. Con todo, y aunque no se trate de un proceso causal, puede admitirse que la agenda de los medios, la agenda pública y la agenda política se influyen mutuamente. Cuando un caso penal salta a los medios de comunicación, se reclama a los políticos que se pronuncien sobre la política criminal que va a seguir su partido, pero los

políticos también necesitan los medios de comunicación como instrumento de propaganda y en ocasiones las noticias de reformas penales –coincidencia o no– se enmarcan en un determinado contexto político desfavorable.

Así, por ejemplo, durante la crisis del Prestige, el Gobierno anunció una futura reforma penal sobre el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas; durante la polémica de la participación de España en la invasión de Irak, se anunció la reforma en materia de inseguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros; cuando el lehendakari expuso su idea de celebrar un referéndum para la autodeterminación del País Vasco, se anunció una reforma penal que precisamente pretendía criminalizar –como finalmente se sancionó– este tipo de convocatorias (García Arán/ Peres-Neto).

Los medios de comunicación no solo influyen la agenda pública y política sino que, según Baucells y Peres-Neto, llegan a proponer hasta cuatro líneas ideológicas que pretenden orientar las posibles reformas penales:

- La necesidad de escuchar de forma prioritaria la opinión de las víctimas.
- La caracterización del delincuente como un sujeto peligroso, frente a quien solo podemos protegernos recurriendo a la cárcel.
- La finalidad retributiva e inocuidadora de la pena como anclaje ideológico exclusivo de cualquier reforma penal.
- Las garantías penales como lastre para la eficacia.

Veremos algunos ejemplos en España, fundamentalmente a través de las reformas penales del 2003 y 2010, aunque esta tendencia puede ser compartida por la mayor parte de las reformas penales.

Respecto a la necesidad de escuchar de forma prioritaria la opinión de las víctimas, cabe poner de manifiesto una creciente **utilización y manipulación de la víctima** por parte de los medios de comunicación y los agentes políticos. Así, la aparición de políticos junto a víctimas en los medios de comunicación es cada vez más recurrente.

A título de ejemplo, en la primera versión del proyecto de reforma de Código penal en noviembre del 2008, el Ministro de Justicia aparecía en los medios acompañado de Juan José Cortés, el padre de Mari Luz. En esta ocasión, Caamaño reconoció que “sobre todo, a la sociedad española de hoy lo que le preocupa y lo que exige es que tengamos y contemos con un derecho penal que se ocupe de las víctimas del delito y no solo de los delincuentes”. Desde la oposición, la instrumentalización de la víctima también se produce cuando, por ejemplo, se presenta al padre de la niña Mari Luz como asesor en materia de justicia.

Con todo, algunas de las reformas penales más recientes tienen relación directa con esta tendencia de instrumentalizar a la víctima, como es la libertad vigilada prevista para los delincuentes sexuales.

Así, por ejemplo, en el momento de informar sobre la aprobación del anteproyecto por parte del Consejo de Ministros, se afirma desde RTVE que “El caso Mari Luz ha sido determinante para que el Gobierno se plantee una reforma del Código penal. De hecho, algunas de las medidas que el Gobierno va a aplicar contra la pederastia se anunciaron después de una entrevista del padre de Mari Luz, Juan José Cortés, con el presidente del Gobierno, José Luis Rodríguez Zapatero”.

Por lo que respecta al conjunto de reformas penales del 2003, diversos estudios de García Arán y Peres-Neto ponen en evidencia las anteriores cuestiones planteadas. Así, la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, lleva a cabo un **endurecimiento del régimen penal y penitenciario** de la delincuencia más grave, hasta el punto de que parte de la doctrina encuadra la reforma dentro de los rasgos propios del derecho penal del enemigo, particularmente respecto de las modificaciones en materia terrorista (Faraldo Cabana). Sobre la ampliación del cumplimiento de pena a los 40 años para los supuestos terroristas, la exposición de motivos admite que podría “privar en algunos supuestos de efectos a los principios constitucionales de las penas”, pero justifican la reforma aduciendo que en los casos de mayor gravedad “exigen una respuesta más contundente del ordenamiento jurídico penal”. Por lo tanto, se admite que este tipo de previsiones pueden ser contrarias a la reinserción, pero son necesarias en aras a una mayor “contundencia” de la respuesta.

En la prensa, los autores citados encuentran numerosos ejemplos que aplauden la reforma: “acertadas reformas legales contra ETA (reforma del Código penal)” (*El Mundo*, 04/01/2003); “Quizás nuestro Estado de derecho no estaba tan protegido ante el terrorismo” (*ABC*, 02/01/2003); “España tiene el sistema de cumplimiento de condenas más blando de Europa” (*ABC*, 05/01/2003). Aplicándolo al caso concreto, la prensa se hace eco de que “el etarra arrepentido Juan Manuel Soares Gamboa podrá abandonar la cárcel ocho años después de entrar por condenas que superan los 1.500 años” (*La Vanguardia*, 30/05/2003).

Relacionado el populismo punitivo con la inseguridad ciudadana, las reformas penales inciden, como hemos visto, en ciertos sectores de la delincuencia, como la pequeña delincuencia patrimonial o la delincuencia protagonizada por inmigrantes en situación de irregularidad administrativa. Como se ha expuesto, expresión paradigmática de esta tendencia es la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, aunque también la reforma de la LO 5/2010 y 1/2015.

En lo que interesa aquí destacar, los medios de comunicación, haciéndose eco de posiciones de partidos políticos o de ciertos casos o datos supuestamente objetivos, incidieron en momentos previos a estas reformas: “La impunidad del hurto. La pequeña delincuencia aumentó un 5,6% en Barcelona durante el 2002” (*La Vanguardia*, 09/10/2002); “La medida legal está relacionada con el aumento de la delincuencia que sufre España desde hace dos años y que el Gobierno de José María Aznar no ha logrado frenar hasta ahora” (*El País*, 10/01/2003); “El voto de la Inseguridad” (*ABC* 01/05/2003); “No te esfuerces –insiste el detenido de camino a la comisaría de Ciutat Vella– mañana volveremos a lo mismo y punto” (*La Vanguardia*, 18/01/2003); “Rajoy: ‘Un exceso de inmigración provoca marginación y delincuencia’” (titular de portada en *El País*, 12/05/2002).

Por lo que respecta a la reforma penal del 2010 en materia de **pequeña delincuencia patrimonial**, puede observarse la misma tendencia: la justificación del endurecimiento punitivo basado en la inseguridad ciudadana, sacando a colación determinados casos concretos:

“Los asaltos a chalés, como el del empresario José Luis Moreno o el de la familia Tous, y los frecuentes alunizajes en escaparates comerciales son nuevas formas de delincuencia a las que da respuesta el delito de asociación transitoria para delinquir” (*El País*, 15-10-2008); “Los problemas para documentar a un sospechoso o su puesta en libertad en espera de expulsión, pone al ratero de nuevo en la calle y la rueda sigue” (*La Vanguardia*, 30/10/2009); “Los ladrones callejeros suelen tener decenas y decenas de detenciones a sus espaldas.

Observación

Obviamente, los 1.500 años de condena son de imposible cumplimiento, pero siempre se compara el cumplimiento en prisión respecto de la sentencia, no respecto a las posibilidades reales de cumplimiento o a la esperanza de vida del condenado.

Ved también

Hemos visto estos aspectos en el apartado “El derecho penal de la seguridad ciudadana: pequeña delincuencia patrimonial y extranjería”.

Referencia bibliográfica

Ejemplos extraídos de:
M. García Arán; L. Peres-Neto (2009): “Discursos mediáticos y reformas penales de 2003”. En: M. García Arán; J. Botella Corral. *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Lo más habitual es que, tras ser detenidos y pasados a disposición judicial, queden en libertad a la espera de juicio por la escasa gravedad penal de la acusación. Los especialistas policiales siempre se lamentan de que en muchas ocasiones no se tiene en cuenta el expediente de detenciones del sospechoso: ‘cuando alguien tiene 100 antecedentes por los mismos supuestos, y no es un caso imaginario, es que ha hecho del robo su forma de vida’, se lamentaba hace unos días una fuente policial” (*La Vanguardia*, 03-10-2009).

Sin embargo, ni la reforma de 2003 ni la de 2010 fueron idóneas para hacer frente a la pequeña delincuencia patrimonial, dado que nunca fue aplicado el precepto que elevaba a la categoría de delito la comisión de diversas faltas de hurto. En lugar de incidir con políticas sociales para mejorar las condiciones socioeconómicas que impulsan a la realización de pequeños hurtos, mejorar el control policial o elaborar planes de prevención situacionales, el legislador decidió optar por la solución más mediática y más barata, la reforma penal, que fue inaplicable.

Otro ejemplo de populismo punitivo es la introducción de la prisión permanente revisable a través de la LO 1/2015. Cuando se planteaba su introducción, el entonces ministro de Justicia anunció que era una respuesta a “situaciones que han producido un gran impacto social” y que sería aplicable solamente en aquellos casos “que hayan alcanzado el máximo grado de repulsa social”. De estas justificaciones puede deducirse la tendencia al populismo punitivo.

2.6. Política criminal y sanciones penales

Al inicio del módulo ya se han expuesto las tendencias político-criminales más significativas instauradas por el CP de 1995 en materia de sanciones. Es cierto que se introdujeron grandes cambios y avances en materia de penas alternativas o en el ámbito de la ejecución de la pena (suspensión, sustitución y libertad condicional).

Ejemplos de estas penas alternativas son: la previsión del sistema de días-multa, la pena de arresto de fin de semana, la introducción de los trabajos en beneficio de la comunidad o, en el ámbito de la ejecución de la pena, la regulación de la suspensión, la sustitución o la libertad condicional.

Pero el balance global de la aplicación del código es el **endurecimiento punitivo**. Ello es debido al aumento de la duración de las penas de prisión, al suprimir la redención de penas por trabajo, sin dotarse de amplitud aplicativa a las nuevas medidas aparecidas en el código como alternativas a la redención. Tampoco se destinaron los medios personales y materiales suficientes para el desarrollo de las penas alternativas que introdujo el CP de 1995. En consecuencia, tal y como muestran las estadísticas del Consejo de Europa, España se

Referencia bibliográfica

Ejemplos extraídos de:

J. Baucells Lladós; L. Pères-Neto (2011). “Medios de comunicación y populismo punitivo. Revisión teórica del concepto y análisis de la reforma penal en materia de hurto”. *Revista penal* (núm. 27).

Ved también

Hemos visto estos aspectos en el apartado “El derecho penal de la seguridad ciudadana: pequeña delincuencia patrimonial y extranjería”.

sitúa entre los países en los que la duración de la estancia en la prisión es mayor. Esta situación viene agravada por las reformas penales posteriores, en un contexto en el que el ideal de resocialización ha caído en una profunda crisis.

Sin haberse llegado a ensayar en todo su potencial las penas alternativas a la prisión, sobre todo a partir de las reformas penales del 2003, se procederá a dotar de mayor protagonismo a la prisión, primando las finalidades retributivas, intimidatorias e inculcadoras de la pena frente a una resocialización en la que la sociedad no parece estar muy dispuesta a participar.

De este modo, a parte de las reformas que afectan a la parte especial del código –en las que se puede observar un aumento de las penas para determinados delitos–, nos referiremos a las reformas sobre el **sistema de penas**, fundamentalmente introducidas a través de:

- La LO 7/2003, de 30 de junio, de Cumplimiento Íntegro y Efectivo de las Penas.
- La LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del CP.
- La LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del CP.
- La LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del CP.

Mediante la LO 7/2003 se reforman las penas sobre todo en relación con la comisión de delitos graves. Se destaca, ya desde un inicio, el fuerte **componente propagandístico** de la expresión “cumplimiento íntegro y efectivo”, que revela una confusión conceptual que se traslada a la ciudadanía. Todas las penas se cumplen íntegramente, porque el régimen de tercer grado y libertad condicional –modificados por la reforma en clave restrictiva– no son sino formas de cumplimiento de la pena. En cambio, ya en la exposición de motivos se dice:

“en efecto, el sistema de progresión de grados, permisos, régimen abierto y concesión de la libertad condicional puede hacer que la pena prevista por el Código penal y fijada en la sentencia quede muy distante de la efectivamente cumplida”.

Por ello, el legislador se acoge a la consecución de una pretendida seguridad jurídica o a la idea de certeza sobre cuál es la pena a cumplir:

“consecuencia lógica de estos derechos y exigencia necesaria del principio de seguridad jurídica que exige nuestro ordenamiento jurídico, es el derecho del ciudadano a conocer con certeza cuál es la forma en la que se van a aplicar las penas, a saber, en definitiva, en qué se va a traducir en la práctica la pena o sanción impuesta”.

Desconoce el legislador que, si bien el principio de seguridad jurídica debe operar, sobre todo en el momento de determinación de la pena, la ejecución de la misma debe ser individualizada, con el objetivo de alcanzar en la medida de lo posible el fin resocializador de la pena. Sin embargo, la reforma endurece el régimen de ejecución y limita la discrecionalidad del juez y de los equipos de tratamiento para adecuar la ejecución al caso concreto y al progreso del reo:

- Se introduce en el art. 36 CP el “periodo de seguridad”.
- Se eleva el límite máximo de cumplimiento de penas a los 40 años en determinados delitos.
- Se reforma el art. 78 CP para que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo del tiempo para la libertad condicional en los supuestos de crímenes especialmente graves se refieran siempre a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias. En este sentido, argumenta el legislador que “con esta regla y frente a supuestos de condenas a 100, 200 o 300 años, el delincuente cumplirá en la práctica de forma íntegra y efectiva el límite de la condena”. Nuevamente, como vimos en el apartado anterior, resulta una constante valorar la pena cumplida en prisión con el total de las penas impuestas y no con la esperanza de vida de una persona.
- Se modifican los preceptos relativos a la libertad condicional (arts. 90 y 91 CP), introduciéndose el requisito de satisfacer las responsabilidades civiles y estableciendo condiciones específicas en los casos de terrorismo y criminalidad organizada.

A través de la LO 15/2003 se efectúan reformas en el sistema de penas para los delitos de menor gravedad. Entre ellas destacan:

- La duración mínima de la pena de prisión pasa de seis a tres meses. La motivación esgrimida por el legislador en la exposición de motivos para recuperar las penas cortas de prisión, desterradas por el CP de 1995, es que “la pena de privación de libertad de corta duración pueda cumplir su función de prevención general”.
- La apuesta por aplicar la prisión a los supuestos de criminalidad menos grave se ve confirmada con la supresión de la pena de arresto de fin de semana. A partir de ahora, para la mayoría de delitos donde estaba prevista la pena de arresto de fin de semana se preverán penas de prisión de entre tres meses hasta los dos años. En el supuesto de las faltas, la pena de arresto de fin de semana será sustituida por la nueva pena de localización permanente.

- Esta pena de localización permanente, introducida en esta reforma exclusivamente para el ámbito de las faltas, posee, según la exposición de motivos, una configuración

“que permite su aplicación con éxito para prevenir conductas típicas constitutivas de infracciones penales leves, al mismo tiempo que se evitan los efectos perjudiciales de la reclusión en establecimientos penitenciarios”.

- Se reforma el régimen del delito continuado, previendo la posibilidad de que se imponga la pena en grado superior en su mitad inferior.
- Se amplía la duración máxima de las penas de alejamiento y de no aproximación a la víctima y se amplía también la duración máxima de la pena de privación del derecho a la tenencia de armas, que pasa de 10 a 15 años.
- En una línea diferente a la tónica punitivista, la reforma potencia la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, previéndola como pena principal para algunos tipos delictivos.
- También destaca un nuevo régimen de suspensión de las penas de prisión en los casos en los que, quienes hubieran cometido el hecho delictivo, lo hicieran a causa de su dependencia de drogas, alcohol o sustancias psico-trópicas. En este caso, se permite acordar la suspensión cuando las penas impuestas sean de hasta cinco años –y no solo de hasta tres, como ocurría con anterioridad– cuando se acredite que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión.

La reforma penal del 2010 vuelve a modificar aspectos introducidos en las reformas del 2003, concretamente el periodo de seguridad y la pena de localización permanente, a la vez que establece una nueva medida de seguridad llamada libertad vigilada.

Así, en relación con el periodo de seguridad, se pretende, según el legislador, eliminar

“el automatismo hasta ahora vigente, introduciendo un mecanismo más flexible que permita a los jueces y tribunales adecuar la responsabilidad criminal a la gravedad del hecho y a la personalidad del delincuente”.

En este sentido, para los casos de penas privativas de libertad superiores a cinco años, la exigencia de cumplimiento de al menos la mitad de la condena para acceder a la clasificación de tercer grado deja de establecerse con carácter general y pasa a establecerse únicamente como obligatorio en los casos de delitos cometidos contra la libertad e indemnidad sexuales de menores de trece años, delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de

terrorismo, así como los delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal. Por lo tanto, en este caso, se impone nuevamente de forma obligatoria para determinados tipos de delito. Según la exposición de motivos

“esta modificación, que se estima conveniente para estos grupos de delitos de extrema gravedad, se considera innecesaria como régimen general respecto de todos los delitos sancionados con penas de prisión superiores a cinco años”.

Sin embargo, no se alcanza a comprender por qué un abuso sexual a un menor de trece años es acreedor de tal obligatoriedad y no, por poner otros ejemplos, una violación a un adulto, un homicidio, un asesinato... Nuevamente, la identificación como **enemigos** de grupos concretos y el **populismo punitivo** pueden estar en la base de la creación de **subsistemas penales** poco fundamentados en datos empíricos. Esta especificidad se vuelve a producir en la nueva medida de seguridad de libertad vigilada que, como hemos visto, únicamente es aplicable en los supuestos de terrorismo y delincuencia sexual.

Por otra parte, se concede un mayor campo de aplicación de la pena de localización permanente, dada “la secular carencia de penas alternativas a las penas cortas de prisión del sistema español”, según el legislador. Esta pena, aplicable hasta el momento en relación con las faltas, se extiende en la reforma penal como pena sustitutiva de la pena privativa de libertad en los casos de penas de prisión que no excedan de seis meses. La localización tendrá, según el actual art. 37 CP, una duración máxima de seis meses y en el caso en que esté prevista como pena principal, cuando lo disponga expresamente el tipo de la parte especial, el juez podrá acordar en la sentencia que la pena de localización permanente se cumpla los sábados, domingos y días festivos en el centro penitenciario más próximo al domicilio del penado. Esta posibilidad se encuentra prevista en la falta de hurto (art. 623.1 CP). Pese a que el legislador no indica qué criterios puede utilizar el juez para acordar este régimen de cumplimiento, consideramos que debe ser excepcional, puesto que esta modalidad de ejecución se compadece mal con el sentido de la pena de localización permanente –aproximándose a la desaparecida y fracasada pena de arresto de fin de semana– y resulta esencialmente retributiva e inocuizadora, en detrimento de los fines resocializadores que la ejecución de toda pena debe poder contemplar (Guardiola Lago).

La reforma a través de la LO 1/2015 claramente endurece de nuevo el régimen de penas. Además del aumento punitivo previsto en los delitos concretos –nada desdeñable– y la conversión de las antiguas faltas en delitos menos graves, la reforma introduce significativos cambios en la parte general, de los cuales destacamos:

Ved también

Hemos explicado la aplicación de la libertad vigilada en el apartado “La creación de subsistemas y el derecho penal del enemigo: terrorismo y violencia de género”.

- Se introduce la prisión permanente revisable. Se trata de una pena que, según Quintero Olivares (2015), es más severa que la prisión perpetua prevista en el Código penal de 1870, último Código español en el que, hasta ahora, se preveía esta revisión. El plazo previsto para la primera revisión (25 años de cumplimiento) es muy superior al que existe en otros sistemas jurídicos, a los cuales se apela para afirmar que lo que se busca con esta reforma es una semejanza o armonización con otros países. Esta pena es aplicable, según la Exposición de motivos de la LO, “en supuestos de excepcional gravedad [...] en los que está justificada una respuesta extraordinaria mediante la imposición de una pena de prisión de duración indeterminada (prisión permanente), si bien sujeta a un régimen de revisión”.
- Ampliación de los supuestos en los que es posible la imposición de la libertad vigilada. La criticada medida introducida en la reforma penal de 2010 amplía ahora su campo de intervención, y actualmente se encuentra prevista en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, delitos de homicidio, delitos de lesiones, maltrato habitual y delitos de terrorismo.
- Modificación del régimen de suspensión y sustitución de la pena. Estas dos instituciones, alternativas a la pena de prisión, se reformulan en una única figura, aunque hasta ahora el fundamento y la finalidad político-criminal de ambas era diferente. La reforma desvirtúa absolutamente la suspensión de la pena y se confunde con la sustitución, ya que, en la suspensión de la pena, además de cumplir determinados deberes y prohibiciones, puede condicionarse al cumplimiento de otras penas, como la multa o los trabajos en beneficio de la comunidad.
- Modificación del régimen de libertad condicional. Tradicionalmente, la libertad condicional se concibe como el último periodo de cumplimiento de la condena, dentro del sistema progresivo de ejecución. Siendo así, en caso de revocación por incumplimiento de las condiciones impuestas, el tiempo transcurrido en libertad condicional se computaba como tiempo cumplido y se descontaba del resto de la pena a cumplir. La reforma de 2015 establece, en cambio, que en caso de revocación, el tiempo transcurrido en libertad no descuenta de la pena restante a cumplir (art. 90.6 CP).

Lectura recomendada

A. Cuerda Riezu (2012) “Inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable y de las penas muy largas de prisión”. *Otrosí* (núm. 12).

3. Propuestas del Grupo de Estudios de Política Criminal y de otros foros

Una vez expuestos algunos rasgos característicos de la política criminal en España, manifestados con ejemplos de la evolución legislativa desde el Código penal de 1995 hasta nuestros días, abordaremos a continuación otras orientaciones político-criminales en España, que se desarrollan en distintos foros especializados. Principalmente nos ocuparemos de las propuestas del Grupo de Estudios de Política Criminal (GEPC), aunque también se hará referencia a otras iniciativas, como el *Manifiesto por un debate político-criminal racional*.

3.1. El Grupo de Estudios de Política Criminal

El GEPC, constituido en 1989, está formado por alrededor de 150 penalistas con una procedencia diversa: académicos, magistrados, jueces o fiscales.

Se trata de un grupo de trabajo dedicado al desarrollo e impulso de investigaciones y de propuestas político-criminales, así como a la promoción de dichas propuestas en el debate ciudadano y en el ámbito político.

El GEPC se ha ocupado de ámbitos muy diversos, tras más de dos décadas desde su constitución. Aun cuando su actividad se ha plasmado en diversos documentos, nos ocuparemos de las principales orientaciones recogidas en las 15 monografías que ha publicado, las cuales contienen sendos manifiestos en los que se sientan las bases para cada uno de los problemas tratados y se articula una propuesta alternativa de política criminal y de reforma penal. Estos documentos han sido actualizados en “Revisión y actualización de las propuestas alternativas a la regulación vigente” (2016).

3.1.1. Una alternativa a la actual política criminal sobre drogas (1991)

El manifiesto parte de un diagnóstico: el **fracaso de la política represiva** en materia de drogas para la consecución de los objetivos que supuestamente con ella se persiguen. Se señalan los siguientes aspectos:

- Esta política no ha logrado erradicar o disminuir sensiblemente el tráfico y consumo de drogas. Las leyes penales represivas contribuyen al encarecimiento de la droga –a mayor riesgo, mayor precio del producto– y fo-

Página web

Pueden consultarse íntegramente todos los manifiestos del GEPC y sus proyectos alternativos en la página web http://www.gepc.es/index.php?mod=gepc&accion=cat_noticias&cat=9.

mentan la aparición de poderosas organizaciones de traficantes con gran poder económico.

- Los traficantes de medias y altas esferas tienen una gran facilidad para eludir la responsabilidad penal y para corromper a instituciones esenciales de las democracias.
- Se causa o se agrava la marginación social de buena parte de consumidores de drogas, los cuales, al carecer de los recursos necesarios para comprar la droga, pueden verse abocados, en algunos casos, a la delincuencia.
- Para hacer frente a esta delincuencia, los recursos de la Administración de Justicia se ven desbordados: aumenta la población reclusa que la represión penal del tráfico de drogas genera, con lo que empeoran las condiciones de habitabilidad de las prisiones y se refuerzan las mafias carcelarias conectadas al suministro de drogas a los internos.

En lo que atañe a la legislación penal, se observa que la política criminal represiva pone en cuestión algunos principios garantistas del derecho penal, como el de seguridad jurídica o el de proporcionalidad de las penas. Los delitos de tráfico de drogas pretenden proteger la salud pública, pero este bien jurídico se encuentra distorsionado con esta regulación. En primer lugar, se debe tener en cuenta que, entre ciudadanos adultos, la salud solo puede ser protegida con el consentimiento de la persona afectada. En segundo lugar, por cuanto la prohibición del tráfico imposibilita el control estatal sobre la producción y venta de la droga y la convierte en un producto de escasa calidad o de calidad imposible de conocer por el consumidor, lo cual es causa de daños tan importantes a la salud como la muerte por sobredosis u otras enfermedades graves.

La política penal represiva tiene efectos negativos en la prevención del consumo de drogas, entendida como la promoción de actitudes vitales basadas en la autonomía y responsabilidad individuales.

Ante esta situación, el GEPC considera que se debe frenar la tendencia hacia el aumento de la represión.

Se considera que no debería ser delito el tráfico de drogas entre adultos, sino únicamente el tráfico o suministro de drogas a menores de edad o a aquellas personas que no tengan capacidad de decisión autónoma. Por lo tanto, se deben trasladar los esfuerzos en el campo de la prevención de la demanda y la asistencia a los consumidores. Debería existir un estricto control administrativo de su producción y venta, con especial atención a la calidad de la sustancia, constituyendo delito las infracciones más graves a este control, tal y como

ocurre en otros ámbitos como en el control de productos alimenticios o en el control de medicamentos. Ello podría reducir los efectos negativos que antes se han expuesto y que fomenta la represión del tráfico de drogas.

Con el paso del tiempo (2016), el GEPC constata que en el ámbito administrativo no se ha producido equiparación alguna entre el régimen vigente para el consumo de algunas drogas oficialmente aceptadas (como el tabaco y el alcohol) y el consumo de estupefacientes o psicotrópicos, como proponía el Grupo. En la esfera penal, constatan que se ha consolidado la opción represiva, sin acoger la propuesta de legalización que realizó en su momento el Grupo de legalización controlada. Sin embargo, apuntan algunos elementos positivos de la evolución legislativa de los últimos años como:

- a) La introducción en 2010 del subtipo atenuado en los casos de menor entidad.
- b) El tratamiento unitario de todas las intoxicaciones como eximente completa, incompleta o atenuante, como propuso el GEPC.
- c) El tratamiento de la situación de los drogodependientes, al contemplarse la medida de seguridad de internamiento en centro de deshabitación, el sistema vicarial y el tratamiento de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad.

El documento de 2016 indica algunas prácticas jurisprudenciales que persiguen atenuar la excesiva penalidad de estos delitos al considerar que infringe el principio de proporcionalidad de las penas.

El GEPC afirma que el cambio de rumbo en la política sobre drogas se ha hecho notar esencialmente en dos ámbitos.

1) La corriente despenalizadora ha ido ganando terreno y ha dado lugar a la aparición de modelos regulativos mucho más permisivos, aunque todavía la mayor parte de Estados se muestran reticentes a modificar la posición criminalizadora.

2) La sociedad, o por lo menos una parte importante de ella, se ha mostrado tolerante respecto al consumo de ciertas drogas –los derivados del cannabis–; ello ha provocado que proliferaran, con distintas denominaciones y modelos organizativos, las asociaciones o clubs de consumidores de cannabis. Por ello, una vez revisado el manifiesto de 1990, el GEPC mantiene sus propuestas iniciales.

3.1.2. Una alternativa al tratamiento jurídico de la disponibilidad de la propia vida (1993)

Este manifiesto pretende asentar las bases de una política criminal alternativa en la disponibilidad de la propia vida, dada la indefinición y la inseguridad jurídica que en ese momento tenía el tratamiento de los supuestos de eutanasia y suicidios, estos últimos previstos en el art. 409 del antiguo CP.

El manifiesto se pronuncia a favor de la disponibilidad de la propia vida, fundamentando esta postura en la Constitución.

Así, parte del art. 10.1 CE que proclama la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad como principios fundamentales que caracterizan al Estado como democrático y de derecho. El art. 10 CE debe considerarse como un “tipo rector” de la interpretación de los derechos y libertades establecidos por la Constitución. De este modo, el derecho de todos a la vida, previsto en el art. 15 CE, interpretado de acuerdo con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, obliga a considerar que la vida impuesta en contra de la voluntad de su titular no es un bien jurídico susceptible de protección. La vida es un derecho, no un deber y, por lo tanto, debe reconocerse el **derecho a morir**.

Partiendo de esta premisa, el manifiesto no es ajeno a la importancia de garantizar que la **toma de decisión** sea **plenamente libre**. La irreversibilidad de las consecuencias de la decisión, la eventual implicación de terceros en llevarla a la práctica y la vulnerabilidad de los procesos de toma de decisión en determinadas situaciones y etapas vitales demandan una regulación que garantice la libertad del afectado.

Por otra parte, los deberes de **tratamiento del médico** no deben alcanzar a aquellas situaciones en las que únicamente se alarga la vida de manera artificial, sino que este tratamiento médico debe fundamentarse en una finalidad curativa.

El GEPC formula una propuesta alternativa en los supuestos de **eutanasia**, considerando que no deben ser punibles:

- La conducta del médico que interrumpe o deja de aplicar procedimientos terapéuticos tendentes a retrasar arbitrariamente la muerte, prolongando artificialmente la agonía cuando la persona a la cual aplica este procedimiento carece de posibilidades de curación o mejora.
- La aplicación de tratamientos analgésicos que puedan producir el acortamiento de la vida en un enfermo terminal.

- La provocación de la muerte a petición seria y expresa del afectado para poner fin a una situación de sufrimiento o dolor grave, irreversible y no soportable.

Por lo que respecta al **suicidio**, si media la solicitud del suicida, deberían ser impunes todos los comportamientos omisivos de terceros, de autoría o participación, así como la complicidad y la cooperación necesaria activas. Se considera que deberían penarse de forma atenuada respecto al homicidio los comportamientos activos de autoría y de inducción. La no solicitud del afectado convertiría la conducta del tercero en típica de homicidio.

Una vez expuestas las orientaciones político-criminales del GEPC en relación con el derecho a una muerte digna, se puede observar, andando en el tiempo, que se han producido **importantes avances** en este sentido.

a) Se ha aprobado la Ley 41/2002, en la que se reconocen los derechos del paciente que se reclamaba en la propuesta del GEPC, entre ellos el derecho a formular “la declaración de voluntades anticipadas”.

b) Las comunidades autónomas han aprobado leyes que regulan los documentos de instrucciones previas (o declaración de voluntades anticipadas) aunque con carácter muy limitado, pues únicamente se limitan a reconocer el derecho del paciente a rechazar un tratamiento médico y, en algunos casos, también el derecho a la “sedación paliativa”, aunque ello pueda poner en peligro su vida.

c) El Código penal de 1995 modificó la regulación de las conductas de intervención en el suicidio de un tercero. En la regulación actual se castigan las conductas de inducción, de cooperación ejecutiva y de cooperación necesaria al suicidio de un tercero (sin que se especifique respecto a estas dos últimas que deba ser activa). Se ha introducido también un tipo atenuado en el que se castigan los supuestos de eutanasia, los cuales el GEPC considera que deberían ser impunes.

El GEPC manifiesta que la opinión social ha ido evolucionando hacia el reconocimiento del derecho de la persona a decidir sobre su propia vida, aportando para ello los resultados de algunas encuestas. Por ello se considera procedente mantener las líneas básicas expresadas en el manifiesto de 1993, e indican algunos cambios para adaptar sus propuestas a la legislación actual. En este sentido, proponen que, en las conductas de intervención en el suicidio de un tercero, se mantenga la regulación prevista en los números 1 y 3 del artículo 143 CP, y suprimir el número 2. De esta forma, se castigarían la inducción y la cooperación ejecutiva al suicidio, cuando la decisión del suicida no pueda considerarse plenamente libre y responsable, pero sería impune la cooperación al suicidio (tanto la cooperación necesaria como la complicidad).

El GEPC propone también modificaciones a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

3.1.3. Una alternativa al tratamiento jurídico de la objeción de conciencia (1995)

El GEPC parte de que la objeción de conciencia¹ es una de las manifestaciones de la libertad ideológica, reconocida en el art. 16 de la Constitución. La propia existencia de normas jurídicas limita el alcance del art. 16 CE. Con todo, deben arbitrarse mecanismos de solución en los casos en los que el cumplimiento de estas normas jurídicas puedan violentar las conciencias del ciudadano, puesto que podría constituir un obstáculo al libre desarrollo de la personalidad, proclamado en el art. 10.1 CE.

⁽¹⁾El Grupo de Estudios de Política Criminal define la objeción de conciencia del modo siguiente: “incumplimiento de un deber público por considerar el sujeto incompatible con sus convicciones la realización del comportamiento debido, sin que ello suponga una actitud de desobediencia global al derecho”.

El manifiesto se ocupa de dos ámbitos de la objeción de conciencia, que se toman como ejemplo para otros conflictos que puedan existir:

- Los supuestos de objeción de conciencia al servicio militar y a la prestación social sustitutoria.
- Las objeciones de conciencia del personal sanitario en relación con las interrupciones voluntarias del embarazo y en los supuestos de disponibilidad de la propia vida.

Respecto al primero de ellos, ya hemos expuesto la evolución de las disposiciones penales en materia de incumplimiento del servicio militar o de la prestación social sustitutoria. Suprimidos estos delitos, no puede existir en la actualidad el conflicto de conciencia que el GEPC planteaba y pretendía dar solución en 1995, precisamente, proponiendo la **despenalización**, tal y como ha sucedido años después.

Sí, en cambio, resulta relevante reproducir las conclusiones de política criminal alcanzadas en ese momento respecto a la objeción de conciencia del personal sanitario que presta servicios en una institución pública.

Respecto al **aborto**, aun cuando el marco jurídico-penal ha variado sustancialmente con la aprobación de la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, las consideraciones de política criminal realizadas por el GEPC respecto a la objeción de conciencia pueden tener virtualidad actualmente.

Ved también

Hemos visto estos aspectos en el apartado “Derecho penal simbólico y evolución de las sensibilidades sociales”.

En esencia, el GEPC pretende compatibilizar el derecho al aborto en los supuestos previstos legalmente con la objeción de conciencia del personal sanitario.

Considera que la organización de los centros sanitarios públicos debe arbitrar mecanismos para garantizar el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia del personal sanitario, pero ello no debe comprometer el derecho de las usuarias a la práctica del aborto en los supuestos que se encuentren permitidos por la ley. Por ello, la objeción de conciencia del personal sanitario podrá rechazarse únicamente cuando, por cuestiones de urgencia, no existan otros profesionales disponibles para la práctica del aborto. En caso de negativa de practicar el aborto en estos supuestos, deberá exigirse al gerente del establecimiento o al personal sanitario responsabilidades jurídicas por las consecuencias negativas sobre la vida, la salud o la libertad que pueda sufrir la embarazada. La nueva regulación de aborto por la LO 2/2010 recoge parcialmente alguna de estas orientaciones político-criminales (arts. 18 y 19), aunque difiere de las propuestas del grupo. En este sentido, la ley obliga a la embarazada a acudir a una clínica acreditada, aunque se establece que el servicio se pagará directamente por el sistema público de salud. El GEPC critica esta previsión, por los retrasos en la prestación que se pueden producir, teniendo en cuenta que la legalidad de la interrupción voluntaria del embarazo depende de que se cumplan los plazos establecidos legalmente.

Respecto a la práctica de la **eutanasia**, el GEPC sostiene que la objeción de conciencia del personal sanitario no le eximirá de la obligación de transmitir al paciente a otro médico que esté dispuesto a realizarla o, en su caso, a ponerlo en conocimiento del centro para asegurar que el derecho del enfermo a una muerte digna sea efectivo. La objeción de conciencia no faculta a que el objetor realice acciones obstaculizadoras y debería responder jurídicamente si con estas actuaciones impide el ejercicio del derecho por parte del paciente que ha solicitado ayuda para morir.

En el documento del GEPC de 2016, después de describir la realidad social y criminológica actuales respecto a la objeción de conciencia y los cambios legislativos producidos, se propone no ceñirse al problema de la interrupción voluntaria del embarazo, sino plantear una legislación general sobre la objeción de conciencia en el ámbito sanitario. Consideran que es indispensable que esta nueva ley evidencie que la objeción de conciencia solo puede ejercerse cuando con ello no se afecten derechos de terceros y especifica una serie de aspectos que deberían tenerse en cuenta.

3.1.4. Alternativas al tratamiento jurídico de la discriminación y de la extranjería (1997)

Siendo la diversidad cultural uno de los fenómenos más característicos de las actuales sociedades occidentales, el GEPC, al abordar las propuestas político-criminales, parte de los principios y valores constitucionales, los cuales sientan las bases para una valoración positiva de la diversidad cultural. Destaca, en este sentido, el art. 14 de la Constitución, donde se prohíbe cualquier tipo de discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Por lo tanto, las respuestas legales no pueden ser calificadas como soluciones al “problema” de la inmigración, sino como medidas que deben fomentar y proteger la diversidad cultural.

El papel de los poderes públicos es, por mandato constitucional, la promoción “de las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas” y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (art. 9.2 CE). Por lo tanto, no basta con un reconocimiento legal de la igualdad, que sería meramente formal, sino una igualdad real y efectiva. Los poderes públicos deben promover condiciones de integración –respetando los caracteres diferenciales– y favorecer el desarrollo de una sociedad cada vez más permeable a los valores provenientes de culturas no mayoritarias, evitando los procesos que conduzcan a la aculturación. Con todo, el reconocimiento de las particularidades diferenciales se debe coherente con los deberes y límites genéricos que establece la Constitución, es decir, con las reglas esenciales de la convivencia.

Así, por ejemplo, no podrán justificarse en nombre de una tradición cultural diversa los malos tratos o las mutilaciones genitales, que constituyen vulneraciones a los derechos humanos en los que se asienta nuestro ordenamiento jurídico.

Partiendo del anclaje constitucional, el GEPC formula dos grandes principios político-criminales:

En primer lugar, el deber de los poderes públicos de adoptar medidas dirigidas a prevenir actitudes discriminatorias en el seno de la sociedad.

En este sentido, la propuesta del GEPC sobre la regulación de la discriminación en el Código penal era originariamente de carácter minimalista, defendiendo fundamentalmente la eliminación de un número considerable de preceptos penales. A la vista de las interpretaciones jurisprudenciales de los delitos y de los cambios sociales y criminológicos que se han producido transcurrido el tiempo desde el pronunciamiento del GEPC, se proponen algunas modificaciones en el planteamiento inicial por parte del grupo en 2016. En este sentido, actualmente el grupo considera que la agravante de discriminación debe

contener los supuestos de discriminación por “sexo” y que dicha circunstancia agravante debe ser genérica y no reducirse a los delitos protectores de bienes jurídicos personales, como se proponía inicialmente.

En segundo lugar, la necesidad de evitar actuaciones que puedan interpretarse, o de hecho signifiquen, un trato discriminatorio.

En este sentido, se denuncia el “racismo institucional” que puede favorecer valores sociales negativos hacia determinados colectivos. En el ámbito penal, existen reglas específicas en relación con los extranjeros para la ejecución de las penas y medidas de seguridad, que suponen un tratamiento desigual. En este sentido, el GEPC alude al amplio recurso a la expulsión del territorio español de extranjeros condenados o procesados por la comisión de cierta clase de delitos (arts. 89 y 108 CP). También en la ejecución de la pena de prisión se comprueba esta desigualdad, ya que la escasez de medidas asistenciales provoca que los extranjeros disfruten de menos beneficios penitenciarios, como los permisos de salida o la libertad condicional.

Desde la aprobación del manifiesto de 1997, se han producido modificaciones sociales y legislativas de suma relevancia en materia de extranjería. El GEPC destaca, en el documento de 2016, que el tratamiento de este tema no debe abordarse desde una perspectiva de orden público, sino de respeto a los derechos humanos. Consideran que es necesario extremar las cautelas y tratar de someter al derecho y a las garantías la (inmensa) discrecionalidad de la que gozan los poderes públicos, por ejemplo, en las identificaciones callejeras o las expulsiones. En el ámbito administrativo, el GEPC entiende que resulta esencial lograr una reducción de la aplicación de la sanción de expulsión –que debe ser excepcional y subsidiaria– y el internamiento, una medida cautelar que debería atender exclusivamente al riesgo de fuga. En el ámbito penal se propone la exclusión de la deportación, al entender que se trata de un dispositivo irreconciliable con los fines de la pena.

3.1.5. Una propuesta de justicia penal internacional (2001)

La atención del GEPC a este ámbito viene motivada por la firma por España del Estatuto de Roma de 1998, a través de la Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre, por la que se autoriza a la ratificación por España del Estatuto de la Corte penal Internacional. El GEPC efectúa una serie de consideraciones político-criminales sobre el Estatuto de Roma, realiza propuestas de actuación del Estado español y propuestas de modificación del ordenamiento jurídico penal español para adecuarse a la persecución de los delitos internacionales.

La **valoración político-criminal** de la institución de la Corte penal Internacional (CPI) es **positiva**, considerando que el respeto a los derechos humanos exige no solo una previsión formal de su protección sino el efectivo enjuiciamiento de los casos de grandes violaciones de los mismos.

Se considera que un paso más hacia esa protección es la creación de la CPI, cuyas notas de **permanencia** y **autonomía** son especialmente relevantes. Además, la independencia de la CPI permite juzgar graves violaciones de derechos humanos en los casos en los que el Estado competente para hacerlo no pueda o no quiera hacerlo. En este sentido, la CPI actúa en virtud del principio de complementariedad. Se trata en realidad de una competencia subsidiaria, pero no plenamente supeditada a la existencia de competencia por parte de un Estado en juzgar estos crímenes. Aun cuando el análisis de la competencia de la CPI se hace partiendo de que la actuación de los Estados es para favorecer al reo, según el GEPC nada obsta a que se pueda afirmar la intervención de la CPI en los casos de guerras civiles, en las que el bando vencedor pretenda arrogarse el derecho de juzgar a los vencidos sin las garantías de un aparato judicial independiente.

Con todo, el GEPC realiza una serie de consideraciones críticas acerca de algunas previsiones del Estatuto de Roma:

- Como regla general, se limita su competencia a los delitos cometidos en territorio o por nacionales de los Estados que sean parte del Estatuto.
- Resulta criticable que el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, órgano netamente político, mantenga algunas facultades de suspensión de la jurisdicción de la Corte. En este sentido, cabe advertir que algunas grandes potencias que forman parte del Consejo de Seguridad como miembros permanentes han votado en contra del Estatuto de Roma, como EE. UU. o China. Por ello, aun cuando se celebre la creación de la CPI, resulta necesario también mantener el principio de justicia universal en la persecución de estos delitos.
- En el sistema de penas, el GEPC valora críticamente algunas previsiones, como el establecimiento de la cadena perpetua en algunos supuestos o la tolerancia –que se desprende de la lectura del art. 80– hacia la existencia de legislaciones que puedan prever la pena de muerte.
- Finalmente, resulta inadecuado que no se admita la denuncia directa de las víctimas ante la CPI.

Las propuestas de articulado del GEPC fueron sustancialmente acogidas con posterioridad en la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, del Código penal.

El caso Pinochet

A propósito del caso Pinochet, el GEPC ya defendió la actuación de la jurisdicción española y, en general, la proyección internacional en aras a la protección de derechos humanos que otorga el principio de justicia universal.

El Estatuto de Roma ha sufrido una importante modificación, tanto en el plano sustantivo como en el procesal, en la Conferencia de Revisión celebrada en Kampala (Uganda) en 2010. Las enmiendas fueron ratificadas por España a través de la Ley Orgánica 5/2014, de 17 de septiembre. Además, en cuanto a la legislación española, se han producido cambios de gran calado, destacando el relativo al ámbito de aplicación del principio de justicia universal (art. 23.4 LOPJ), de manera que se ha reducido legislativamente su alcance hasta su práctica extinción. En 2015 también se introdujo la prisión permanente revisable en los delitos de lesa humanidad. El GEPC se pronuncia en el documento de 2016 sobre los últimos cambios legislativos, manteniendo la opción político-criminal manifestada en el documento original.

3.1.6. Política criminal en el ámbito de los menores de edad

El GEPC se ha ocupado en dos ocasiones del análisis político-criminal cuando se encuentra implicado en el delito un menor de edad, sea como infractor, sea como víctima. En 1999, se abordaron las propuestas político-criminales en torno a la justicia juvenil, en el documento titulado *Un proyecto alternativo a la regulación de la responsabilidad penal de los menores*. Posteriormente, en el 2002 se analizaron las propuestas político-criminales cuando el menor ha sido víctima de un delito, concretamente en el documento *Una propuesta alternativa a la protección penal de los menores*.

Una vez aprobada la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, el GEPC realiza una valoración político-criminal positiva, pero efectúa una serie de propuestas de mejora en el documento *Un proyecto alternativo a la ley orgánica de la responsabilidad penal de los menores*. Fundamentalmente, las propuestas de reforma pivotan sobre dos ejes político-criminales:

- La **finalidad** de intervención penal en este ámbito es **primordialmente educativa** y la adopción y ejecución de medidas, por lo tanto, deben atender prioritariamente al cumplimiento de esta finalidad, sin que tengan cabida decisiones exclusivamente fundamentadas en finalidades preventivo-generales.
- La condición de menor de edad, como persona en proceso de formación, puede justificar **más garantías** jurídicas, pero nunca menos. No se pueden justificar menos garantías aduciendo que se pretenden alcanzar finalidades educativas. Por lo tanto, se propondrán una serie de modificaciones de la Ley, sobretodo en el orden procesal, para salvaguardar las garantías constitucionales.

Desde que se aprobó este manifiesto, el GEPC destaca que:

a) Las cifras de delincuencia juvenil se han mantenido en gran medida estables, pese a que alguna reforma legal se ha justificado por un notable incremento de los hechos cometidos por menores.

b) Todos los estudios que se han realizado en las distintas comunidades autónomas han puesto de relieve que son las medidas más leves, las no privativas de libertad, las que arrojan menores tasas de reincidencia, y entre ellas, el internamiento es la que presenta mayores tasas de reincidencia.

c) Se ha terminado imponiendo un modelo en el que mayoritariamente se ha privatizado la gestión de las entidades dedicadas a hacer cumplir las medidas impuestas. Ello en un marco legal en el que nada se ha regulado sobre las características y la organización de estos centros.

En el ámbito legislativo, en el documento de 2016 el GEPC describe las importantes reformas legislativas. Entre ellas, se suprime la posibilidad de aplicar la ley a los jóvenes de 18 a 21 años; se incrementa considerablemente la duración de las sanciones, especialmente las de internamiento, y se amplían las posibilidades de aplicar el internamiento en régimen cerrado, y se reconoce la acusación particular, que puede instar la aplicación de medidas.

En general, los cambios legislativos siguen una orientación opuesta a los principios defendidos por el GEPC. Este sigue defendiendo el carácter excepcional de la media de internamiento y una duración máxima de dos años. Reivindican que el principio de proporcionalidad afecte a todas las sanciones y no solo a las privativas de libertad, de tal manera que ninguna sanción impuesta a un menor pueda resultar más grave que la que se podría aplicar a un adulto por los mismos hechos. Sostienen que el sobreseimiento no debe quedar limitado a hechos de escasa gravedad, sino que debería producirse cuando no fuera necesario ningún tipo de intervención. Además, consideran que todas las medidas cautelares, y no solo las privativas de libertad, deberían tener una duración predeterminada. Las medidas deberían ser ejecutadas en establecimientos públicos gestionados directamente por la Administración.

Como hemos apuntado, en el 2002 el GEPC se pronuncia de nuevo sobre los criterios político-criminales más adecuados en torno a la minoría de edad, en este caso teniendo en cuenta al menor como víctima del delito. Partiendo de la base constitucional de que la tutela de los menores es una obligación impuesta a los poderes públicos (art. 9.3 CE), la misma incumbe a todos los sectores del ordenamiento jurídico. Y es especialmente en el ámbito penal donde la protección de los menores puede requerir la creación de tipos nuevos o la modificación de los ya existentes. El GEPC efectúa propuestas de reforma del CP, de la LOPJ y de la LECrim con el objetivo de alcanzar una **mejor protección** del menor de edad que es **víctima** de un delito.

También advierte, no obstante, del peligro que supone mitificar la imagen del menor como proyección de los anhelos y emociones colectivas, que podrían provocar la introducción de una cierta excepcionalidad punitiva. Por ello, considera que no resulta adecuada la creación de una ley específica penal para la protección de los menores, aun cuando propone cambios sustanciales en la legislación penal vigente. En este sentido, el GEPC considera que es contradictorio que en el ámbito civil el grado de madurez permita un mayor ejercicio de los derechos por parte del menor y, en cambio, en sede penal, se considere como regla general una disponibilidad a partir de los 18 años.

La reforma penal en materia de delitos sexuales en 1989 y en el CP de 1995 supusieron, según el GEPC, un avance hacia la protección de la “libertad sexual”, en detrimento de otras posiciones ideológicamente más orientadas hacia la protección de una determinada “moral” sexual. Con todo, se detectaban algunas deficiencias técnicas en relación con los bienes jurídicos de los menores de edad y las penas previstas. Sin embargo, la reforma de 1999 fue más allá de la corrección de estos aspectos puntuales y supuso una intensificación punitiva calificada en muchos casos como exagerada.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, el GEPC propone, entre otros aspectos, suprimir la expresión “indemnidad sexual del menor” en el título que introduce estos delitos como expresión de un bien jurídico distinto al de la libertad sexual, y suprimir el delito de “corrupción de menores” que carece de sentido desde la protección de esta libertad sexual.

También se propone suprimir el delito de difusión de material pornográfico entre menores de edad, puesto que constituye una infracción administrativa que ya recibe una sanción adecuada. En cambio, se propone una tipificación autónoma de tráfico de seres humanos con fines sexuales² que tenga la misma pena que la prevista para los casos de una efectiva explotación sexual, considerando que la trata supone además un atentado contra la dignidad de la persona.

⁽²⁾Esta tipificación autónoma se ha llevado a cabo en la reforma penal del 2010, concretamente a través del art. 177 bis CP.

En el ámbito de los delitos de lesiones y de la violencia doméstica, el GEPC detecta escasos aspectos que sean necesitados de reforma y se afirma en este campo una suficiente protección del menor de edad víctima de estos delitos. No se considera necesaria una reforma penal que introduzca específicamente el delito de mutilación genital femenina. Su previsión podría calificarse de simbólica, porque este comportamiento ya se puede subsumir en el delito de lesiones previsto en el art. 149 CP sin necesidad de una ulterior reforma. Con todo, considera conveniente establecer un tipo agravatorio aplicable a todos los delitos de lesiones que se refiera a que la víctima sea menor de edad. También se considera necesario introducir un tipo cualificado de los delitos de lesiones que tipifique expresamente el tráfico de órganos.

Por lo que se refiere a los delitos contra las relaciones familiares, el GEPC sostiene que los delitos de suposición de parto y alteración de la paternidad, estado o condición del menor, son vetustos y arcaicos y realiza una propuesta de reforma que pretende adecuarse a la realidad actual, en la que la protección del derecho del menor a conocer la propia identidad sea el bien jurídico tutelado. Por lo tanto, los delitos propuestos se encuentran integrados fundamentalmente por aquellas situaciones en las que se cambia de adscripción familiar con inobservancia de los procedimientos legalmente establecidos, de manera que se prive al menor de conocer su propia identidad y filiación. Se debería evitar también que el delito de sustracción de menores permitiera sancionar penalmente el mero incumplimiento del régimen de visitas o el retardo en la devolución de un menor. En los delitos cometidos contra el menor en el seno familiar deberían tenerse muy en cuenta las repercusiones negativas que la pena puede comportar para el propio menor, de manera que se deberían potenciar las sanciones con contenido reparador, la sustitución de las penas privativas de libertad y evitar la imposición de penas de multa.

En el marco de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el GEPC propone modificar el art. 23 para introducir el principio de justicia universal en la persecución de los delitos relativos a la prostitución y aquellas otras figuras delictivas que constituyan explotación de menores o incapaces.

Las propuestas de reforma de las leyes procesales giran en torno a la necesidad de superar la concepción de la víctima como mero instrumento de prueba, es decir, de tratarla únicamente como cualquier otro testigo. En este sentido, se pretende evitar en la medida de lo posible la **victimización secundaria**, esto es, la nueva victimización que ocasiona en este caso el sistema de justicia penal para el menor. Por ello, el GEPC propone que la prestación del testimonio del menor sea la menos lesiva para este, propiciando una declaración única. La grabación de la declaración judicial de menor por medios audiovisuales permitiría la constitución de una prueba anticipada, que sería reproducida en el juicio oral respetando los derechos de defensa y de contradicción que son de obligado respeto en el procedimiento penal. También pretende reconocer los derechos de información y asistencia que, por otra parte, vienen reconocidos en la Decisión Marco de 15 de marzo del 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal y que deben ser introducidos en nuestra legislación.

Como hemos observado, la legislación referente al menor de edad como víctima del delito ha sufrido sustanciales modificaciones en los últimos años. Así, en el ámbito de los delitos sexuales, se ha suprimido el delito de corrupción de menores (reforma 2015) pero no otras figuras que el GEPC consideraba inadecuadas para la protección de la libertad sexual. Así, se ha ampliado el alcance penal a la pornografía virtual (LO 15/2003) y al cliente de pornografía infantil (LO 5/2010). También se introdujo el delito de mutilación genital entre los su-

puestos agravados de lesiones (LO 11/2003), el tráfico de órganos (LO 5/2010) y el delito de sustracción de menores, referido a uno de los progenitores como autor del delito a través de la LO 9/2002.

En el ámbito procesal, también se han producido ciertos avances, siendo el más relevante el Estatuto de la víctima del delito (Ley 4/2015). En cuanto a la persecución de estos delitos, la LO 1/2014, de 13 de marzo, desnaturaliza el principio de justicia universal, introduciendo requisitos extraños a su naturaleza, como que el responsable o la víctima tengan nacionalidad española o sean residentes habituales en España.

En el documento de 2016, el GEPC destaca marcada tendencia a hiperproteger al menor desde la esfera penal, paralelamente a la exasperación de la respuesta punitiva frente a los delitos cometidos por menores, tendencia que califica de “esquizofrénica”, en la que el menor se convierte a la vez en paradigma de víctima y de infractor. Ante esta situación, el GEPC no solo valida la posición adoptada en 2002, sino que la califica de contramodelo de la actual regulación.

3.1.7. Una alternativa a la política criminal sobre terrorismo (2008 y 2013)

El GEPC se pronuncia en este ámbito en dos ocasiones. La primera en 2008 y la segunda en 2013.

El primer manifiesto constituye una denuncia la reforma penal del 2003 en materia de terrorismo, a la que califica de grave retroceso respecto al intento del CP de 1995 de adecuarse a los principios constitucionales. Sitúa la reforma, sobre todo, en una necesidad de lucha contra la sensación de inseguridad, en un contexto mediático que califica de “alarmista” y “acrítico”.

La excepcionalidad de la legislación antiterrorista

En las reformas penales sobre el terrorismo se busca la complicidad de la opinión pública y se utiliza a las víctimas para el propio provecho, argumentando que es necesaria una mayor restricción de la libertad en aras a alcanzar una mayor seguridad, extendiendo el ámbito penal incluso a posiciones de discrepancia política, como sucede en la tipificación penal de las consultas populares.

Entre las deficiencias detectadas en la legislación penal, destaca la presencia de delitos con contornos difusos, que abarcan formas de colaboración muy lejanas al hecho principal objeto de terrorismo, que se alejan de la responsabilidad penal por el hecho cometido y se adentran en el marco de un derecho penal de autor, donde lo punitivo y simbólico sustituye a la orientación preventivo especial de la pena. Así, en materia de penas, el principio de individualización a cada sujeto concreto queda sustituido por la aplicación de unas reglas generales donde no se respeta el principio de proporcionalidad.

El GEPC no desconoce que el terrorismo constituye uno de los problemas más graves de la sociedad actual, que pone en peligro la propia supervivencia del sistema democrático y frente al cual se requieren medidas no solo penales,

Ved también

Hemos descrito esta reforma penal en materia de terrorismo en el apartado “**La creación de subsistemas y el derecho penal del enemigo: terrorismo, criminalidad organizada y violencia de género**”.

sino también sociales y políticas. Sin embargo, denuncian que las **reformas penales** poseen una marcada **tendencia autoritaria** que contradice los principios más esenciales del derecho penal y los criterios de imputación.

Entre estos últimos, la actual legislación diluye las diferencias entre autoría y participación, y entre actos preparatorios y consumación. Se vulnera el principio de proporcionalidad y humanidad de las penas al imponer sanciones, en algunos casos de 20 o 30 años de prisión, pudiendo llegar, por las reglas de concurso de delitos, a la imposición de 40 años. Otro ejemplo es la inhabilitación absoluta, que podría alcanzar hasta los 60 años de duración, lo cual equivale a una muerte civil.

En este sentido, el GEPC considera que deben suprimirse las reglas específicas sobre la inhabilitación y sujetarse al régimen general de las penas accesorias privativas de derechos.

En materia de ejecución de penas, el GEPC sostiene que la política criminal en relación con los delitos de terrorismo constituye un auténtico **derecho penitenciario de autor y de víctima**, cuya regulación se hace de espaldas al mandato constitucional de orientar las penas a la reinserción social y al derecho a la víctima de rehacer su vida.

Así, resulta contrario al art. 25.2 CE que el legislador cierre las puertas a la incorporación progresiva del reo a la sociedad, sin los mecanismos comunes de acceso al tercer grado, permisos de salida o libertad condicional.

El GEPC propone una **definición** precisa de **terrorismo**, aun cuando esta resulta compleja por la fuerte carga emotiva y política y porque a lo largo de la historia el concepto de terrorismo ha ido cambiando. Con todo, el GEPC formula una definición de terrorismo, considerando que:

“constituye una negación de los derechos fundamentales a través de la utilización de la violencia como medio de terror por parte de estructuras organizadas con fines políticos”.

Esta definición permite separar conceptualmente el terrorismo de la delincuencia violenta común y excluir de su ámbito la mera disidencia y aquellos actos de violencia esporádica o no planificada. Por lo tanto, es esencial en el concepto de terrorismo la nota de **uso sistemático de la violencia** como lucha política y fuera de los cauces democráticos. Por ello, consideran que se deberían derogar los tipos de terrorismo individual o no organizado, así como todos los tipos que hacen referencia a la colaboración en el terrorismo, pues en este caso basta con la aplicación de las reglas generales de participación. También debería derogarse el delito de apología del terrorismo, porque criminaliza meros actos de opinión o disidencia, y el delito que consiste en actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación a las víctimas o sus familiares, por establecer un trato desigual respecto a otros tipos de víctimas, entre otros motivos.

Con todo, considera que debería mantenerse como delito la actuación al servicio de las organizaciones terroristas, para que puedan ser responsables penales aquellos que, sin pertenecer a las organizaciones terroristas, actúen por su cuenta o en nombre de las mismas. Teniendo en cuenta que el terrorismo es

un atentado grave, donde ya desde los estadios iniciales se produce un grave peligro para los bienes jurídicos protegidos, debería mantenerse también la tipificación de los actos preparatorios en los delitos terroristas.

En el ámbito procesal, la existencia de una jurisdicción especial como es la Audiencia Nacional implica alteraciones de las reglas procesales difícilmente justificables, como la restricción del derecho de defensa –al prohibir la libre designación de letrado– o las amplias facultades policiales en orden a la incomunicación de los detenidos.

En el segundo libro sobre terrorismo (2013), además de recordar las demandas de reforma explicitadas anteriormente, el GEPC señala que la realidad criminológica del terrorismo en España ha cambiado, por lo que parece imprescindible volver a discutir acerca de mantener todas las medidas de excepción que se aprobaron en su día en este sector. Afirma que las nuevas realidades del terrorismo internacional tampoco justifican, ni siquiera desde el punto de vista pragmático, una regulación tan exasperada en su dureza y excepcionalidad como la que mantiene nuestro ordenamiento jurídico. Así, se especifica una serie de figuras delictivas que consideran improcedente continuar manteniendo, tales como el terrorismo individual o el enaltecimiento del terrorismo, entre otras.

Se impone también una revisión de las sanciones legalmente previstas para los delitos de terrorismo. Al tratarse de un tipo de delincuencia organizada con fines políticos y de delitos que provocan un impacto ulterior de amenaza o miedo, sostienen que puede justificar una cierta elevación de las penas respecto de las previstas para los mismos delitos comunes, pero no cualquiera ni en cualquier medida, recordando que las penas han de orientarse a la resocialización del delincuente, además de fundarse en sus otros fines legítimos. El GEPC denuncia que los delitos terroristas son penados de un modo excesivo e innecesario en nuestro derecho y que buena parte de las larguísimas penas de prisión previstas no obedece a ningún fin razonable, más allá de sobrereactuar ante la ciudadanía y dar la impresión de “mano dura con el delito”. Ello supone unos costes, sobre todo en términos de sufrimiento y de privación de derechos, pero sin descartar los económicos, que son inaceptables. Proponen una revisión de los límites máximos de la pena y la desaparición de la medida de libertad vigilada. También proponen una revisión de las previsiones introducidas en la ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Finalmente, se pronuncian en contra de la imprescriptibilidad de los delitos de homicidio terrorista y de las penas impuestas por dicho delito.

Además de reclamar la eliminación del tratamiento excepcional de los condenados por terrorismo en relación con el acceso al tercer grado y la libertad condicional, el GEPC propone que se supriman las limitaciones del art. 78 CP a la hora de acceder a los beneficios penitenciarios en casos de concurso de

delitos. La interpretación jurisprudencial conocida como “doctrina Parot”, ya rechazada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, debe ser abandonada de inmediato.

Otro ámbito en el que se precisa una reforma sustancial es el derecho procesal en materia de terrorismo, para depurarlo de técnicas inquisitivas de enjuiciamiento y de métodos de intervención procesal más propios de la actividad policial. Se propone la eliminación del régimen excepcional de detención por tiempo superior a las setenta y dos horas y el régimen de incomunicación excepcional. También debería desaparecer la posibilidad de registros domiciliarios o intervención de comunicaciones sin autorización judicial.

El GEPC llama la atención sobre el riesgo de utilización demagógica que conlleva el abuso de la acción popular en los procesos de terrorismo.

La actualización de las propuestas del GEPC en 2016 pone el acento en que las reformas posteriores transitan por planteamientos político-criminales opuestos a los del grupo. Sostienen que la reforma de 2015 se aprueba con un desconocimiento completo de la ley vigente, que ya sanciona la totalidad de conductas que merecen ser castigadas. Ignora también la realidad de la persecución policial de los terroristas y el sentido común, predominando más que en cualquier otra reforma una de las características del derecho penal del enemigo: su naturaleza eminentemente simbólica. El GEPC denuncia que las últimas reformas no se orientan a la lucha contra el delito sino, sobre todo, a la lucha contra la sensación de inseguridad provocada por el tratamiento dado por los medios de comunicación a los actos de terrorismo yihadista, del que son un ejemplo los atentados de París. Consideran que, una vez más, el legislador ha perdido la oportunidad de poner fin a un sistema excepcional que, por excesivo, no puede considerarse justificado en la especial lesividad del terrorismo y resulta poco respetuoso con las garantías constitucionales y los derechos fundamentales reconocidos en nuestro Estado de derecho. Sin embargo, subrayan que algunos órganos jurisdiccionales europeos han empezado a llamar la atención sobre los riesgos de esta tendencia de expansión punitivista, y para ello citan la condena a España por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

3.1.8. Propuesta de regulación del ejercicio voluntario de la prostitución de adultos (2010)

Parece una obviedad recordar que, aparte de la prostitución forzada, existen prácticas sexuales realizadas mediante precio que responden a una decisión voluntaria de la persona que presta el servicio y no parece en principio legítimo que los poderes públicos se opongan al intercambio de placer por dinero. Sin embargo, debido a condicionamientos históricos, esta obviedad ha sido difícilmente asumida, fundamentalmente por la concurrencia de dos factores:

- La existencia de imposición coactiva a la prostitución.

- La asociación sexo-mujer como algo sucio y peligroso, al menos fuera del matrimonio.

La consecuencia de todo ello es una enorme contradicción en las sociedades occidentales. Las estrategias de los poderes públicos, esencialmente desde posturas prohibicionistas o abolicionistas, se han mostrado ineficaces y contraproducentes.

El fracaso de las posturas moralistas

En este sentido, la amenaza penal del entorno de la prostitución, propia del prohibicionismo, se ha mostrado ineficaz para erradicar o reducir la práctica de la prostitución. Las posturas paternalistas propias del abolicionismo, que conciben a la prostituta como una mujer débil, dócil y necesitada de tutela, ni responde al sentir social en la actualidad ni puede hacer olvidar un dato empírico, que la explotación sexual forzada se hace fuerte allí donde la clandestinidad y la marginalización hacen más vulnerables a sus víctimas. Se debería evitar que los poderes públicos adopten una posición moralista frente a la prostitución, que simplifiquen un fenómeno complejo y diverso.

Según el GEPC, el enfoque político-criminal debe partir de la existencia de una parte de prostitución que es voluntaria y cualquier discurso aproximativo debe reconocer la existencia de prostitución femenina, pero también masculina, con lo que el enfoque exclusivamente basado en el género sería también errado. Partiendo de la diferencia entre moral y derecho, lo que este último debe prioritariamente garantizar es el **reconocimiento de la dignidad humana**, que se encuentra prevista en la Constitución como valor supremo del ordenamiento jurídico. En consecuencia, un enfoque anclado en la Constitución exige el respeto de la voluntad de la persona mayor de edad que libremente decide prestar servicios remunerados de carácter sexual.

Partiendo de esta base, el GEPC se pronuncia político-criminalmente a favor de la **despenalización de la prostitución voluntaria** de adultos y de la orientación del sistema penal a la **tutela efectiva de la libertad sexual**.

Por ello, propone la supresión del segundo inciso del art. 188.1 CP, que prevé la sanción, con la misma pena que la determinación forzada a la prostitución, al que “se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma”. Si lo que se pretendiera es sancionar comportamientos abusivos de terceros en el ejercicio voluntario de la prestación de servicios sexuales, ya existen los delitos contra los derechos de los trabajadores, que podrían ser aplicados también en estos casos.

En la actualidad, el ejercicio voluntario de la prostitución sufre en nuestro país una situación de **alegalidad**, que el GEPC califica como hipócrita. Es hipócrita por cuanto, a la vez que se ponen trabas a una regulación de la prestación voluntaria de servicios sexuales remunerados, se permite que la oferta o la publicidad de esos mismos servicios genere cuantiosos beneficios para los medios de comunicación que los anuncian y se fomenta que esta actividad caiga en la

economía sumergida, con todas las consecuencias negativas que ello conlleva. La desregulación o alegalidad en la prostitución voluntaria provoca una discriminación de aquellas personas que intercambian sexo por dinero respecto a otras personas que se dedican a actividades aledañas, como las actividades de alterne, las líneas telefónicas eróticas o la elaboración de películas pornográficas, cuyos trabajadores poseen reconocimiento jurídico. La falta de regulación también favorece la explotación de la prostitución por parte de los empresarios, que en la actualidad no están obligados a reconocer a estos trabajadores los derechos laborales y sociales básicos, así como la proliferación de organizaciones criminales dedicadas a la trata de personas y a la explotación sexual de las mismas, al situar estas actividades en la clandestinidad, cosa que dificulta sobremanera las denuncias de las víctimas.

Por todo ello, el GEPC no solo sostiene la conveniencia político-criminal de despenalizar la prostitución voluntaria, sino que además se pronuncia a favor de su **regulación**. Y las experiencias en otros países demuestran que la regulación no incrementa el tráfico o la explotación, ni siquiera aumenta la industria del sexo.

Así, el GEPC formula propuestas de reforma de la legislación laboral, de la seguridad social y la normativa administrativa, en las que el objetivo esencial es asegurar los derechos inherentes a la dignidad personal de quien toma la decisión de ejercer la prostitución, entendida como una opción laboral.

Desde el pronunciamiento inicial del GEPC, se han producido en España variaciones normativas, pero que divergen de la orientación político-criminal planteada por el grupo. Así, en lugar de regular el ejercicio voluntario de la prostitución adulta, se ha aprobado una normativa tendente a invisibilizar a los trabajadores sexuales y a sancionar las conductas de los clientes, adoptando formalmente el modelo sueco. No se ha permitido a los trabajadores sexuales darse de alta en el Sistema Nacional de Seguridad Social como tales, ni por cuenta propia ni por cuenta ajena. Desde el punto de vista jurídico-penal, España parece haber asumido el modelo abolicionista, si bien solo parcialmente. El GEPC mantiene las propuestas de regularización de la prostitución.

3.1.9. Una regulación alternativa contra la corrupción urbanística y otras conductas delictivas relacionadas (2010)

Se parte de la base de que el territorio es un valor colectivo esencial en las actuales sociedades –como también lo es una utilización ordenada y sostenible del mismo–, ya que constituye una significativa referencia existencial, es un factor determinante del ejercicio del derecho a una vivienda digna y su utilización condiciona el modo de vida de las generaciones futuras. Tal vez debido

a que en España se ha pasado en pocas décadas de una vida mayoritariamente rural a una vida urbana y por el hecho de concebir la propiedad privada de manera estrecha, orientada a la maximización de los beneficios de todos los agentes sociales implicados, es por lo que, entre otros factores, se ha producido un crecimiento extraordinario de esta actividad.

La construcción, junto con el turismo, se convirtió en España en uno de los pilares fundamentales de la actividad económica, con una consecuencia visible en nuestro planeamiento urbanístico y en nuestras costas. A medida de que los beneficios del negocio promotor y constructor aumentaban, resultaba cada vez más difícil que, tanto agentes privados como funcionarios públicos, pudieran sustraerse a la tentación de incrementar sus ingresos con tal lucrativo negocio. El GEPC identifica como factores favorecedores de **prácticas públicas corruptas**:

- Los elevados beneficios derivados de la actividad urbanística.
- La dependencia de esa actividad de un buen número de decisiones administrativas discrecionales de difícil control.
- La frecuente confluencia de intereses provenientes del ámbito económico privado, públicos e intereses políticos partidarios.

Ante esta situación, el control administrativo ha fracasado en su tarea de prevenir estas conductas y reponer la situación anterior a las prácticas ilegales y en muchas ocasiones se han antepuesto los intereses particulares de los funcionarios públicos a su obligación de defender los intereses generales.

Así, frecuentemente se han realizado reclasificaciones y recalificaciones del suelo mediante continuas modificaciones del planeamiento, y de los convenios urbanísticos y el abandono de la actividad inspectora, sancionadora y ejecutiva de las sentencias por parte de las administraciones correspondientes.

En el **ámbito estatal**, reclama más implicación de la Administración, puesto que considera que ésta es en ocasiones la única que puede resistirse a las fuertes presiones a las que se ha hecho referencia. Reclaman una mayor decisión a la hora de que esta Administración ejerza sus facultades de disolución de las corporaciones locales cuando sea necesario, así como el empleo de sus competencias disciplinarias. También debería reforzarse la autoridad e independencia de los órganos técnicos locales encargados de verificar la legalidad de las actuaciones administrativas locales y debería ser obligatoria la anotación registral de los procedimientos administrativos o judiciales que afecten a un determinado bien inmueble.

En el **ámbito de las comunidades autónomas**, el GEPC considera que deberían reformar sus normas administrativas para adaptarse a la Ley del Suelo del 2007. También deberían establecerse límites al planeamiento urbano más acordes con las necesidades reales de crecimiento de la población, y no por motivos exclusivamente especulativos.

Por otra parte, en el ámbito de la **jurisdicción contencioso-administrativa**, el GEPC recomienda mayor celeridad en las actuaciones en el ámbito urbanístico, haciendo mayor uso, al mismo tiempo, de las medidas cautelares. En caso de condena, la restauración de la situación original que ha resultado dañada debería ser el objetivo primordial a conseguir. Por ello, la jurisdicción contencioso-administrativa debería prestar mayor atención a la ejecución de sus sentencias, con una promoción de la ejecución de oficio o por una administración distinta de la condenada.

Por lo que se refiere al **ámbito penal**, el GEPC considera que, dada la importancia de los bienes jurídicos afectados, el recurso punitivo resulta legitimado en los casos de lesión más grave, dentro de los principios de fragmentariedad y subsidiariedad del derecho penal. Sin embargo, tampoco la jurisdicción penal ha estado a la altura de las circunstancias en la lucha contra la corrupción ligada al urbanismo. Aparte de las deficiencias técnicas en la normativa, constatan que la fiscalía, los jueces y los tribunales solo en épocas muy recientes han prestado alguna atención a este problema. Han abundado interpretaciones de los términos legales de “construcción no autorizada” o “edificación no autorizable en suelo no urbanizable” que restan eficacia aplicativa al art. 319 CP. También se ha detectado la renuncia a imponer sanciones verdaderamente disuasorias y la utilización del principio de proporcionalidad para no acordar la demolición de lo construido. El GEPC propone una serie de modificaciones en la legislación penal.

En el documento de 2016, el GEPC considera que los cambios acaecidos en la realidad social y criminológica no aconsejan modificaciones contundentes de su propuesta inicial. Es más, sostienen que los delitos contra la Administración pública deben revisarse “al alza” o, cuanto menos, recomendar una aplicación más efectiva de los instrumentos legales disponibles, aumentando la financiación de la fiscalía anticorrupción y mejorando la coordinación con la Administración. El GEPC insta a considerar la necesidad de limitar la subsidiariedad administrativa, pues aun siendo razonable mantenerla en líneas generales, la excesiva dependencia y la falta de autonomía del objeto de protección penal priva al derecho penal de una parte de su potencial eficacia.

3.1.10. Política criminal en materia de sanciones penales

En materia de sanciones penales, el GEPC se ha pronunciado en dos ocasiones. La primera en el 2003, respecto a la amplia reforma del sistema de penas descrita más arriba, y la segunda en el 2010, sobre las nuevas penas y medidas de seguridad restrictivas de derechos.

1) Considerando que el sistema de penas es un indicativo muy poderoso del tipo de Código penal que posee una sociedad y, en general, del tipo de Estado donde se vive, el GEPC se pronuncia globalmente sobre la política criminal seguida en la reforma del 2003, con un **balance particularmente negativo**. Así, considera que si el CP de 1995 supuso un endurecimiento punitivo, las

Ved también

Hemos explicado la reforma del sistema de penas del 2003 en el apartado “Política criminal y sanciones penales”.

reformas penológicas del 2003, de carácter conservador “han devuelto al sistema de penas español a sus peores tiempos”, y desconocen las tendencias penológicas y criminológicas más modernas. La tendencia de la política actual se resume en el **endurecimiento punitivo**, que ni siquiera se justifica por el nivel de delincuencia existente en España.

La valoración político-criminal parte de la identificación de los principios sobre los cuales debe basarse el sistema de penas español, que no son sino los **principios constitucionales**:

- El **principio de humanidad de las penas**, que prohíbe imponer sanciones que, por su duración o por su forma de ejecución, supongan un sacrificio inaceptable para la persona condenada.
- El **principio de proporcionalidad**, que obliga a reservar las penas más graves para los delitos más graves y ajustar las penas previstas a la gravedad del injusto.
- El **principio de resocialización**, que implica que la pena y su ejecución debe posibilitar la reinserción del delincuente y la incorporación de éste de nuevo a la sociedad.

Teniendo en cuenta estos principios, deberían potenciarse mucho más las penas alternativas a la prisión, y reservarse esta última únicamente para la delincuencia muy grave.

En este sentido, no se debería desconocer que precisamente las penas alternativas a la prisión, que son las que se cumplen en libertad, son las que poseen mayor capacidad para alcanzar la integración social del delincuente. Esta opción político-criminal no ha sido la observada por en España. Por otra parte, ya dentro de la prisión, los programas de reeducación y reinserción social presentan graves carencias, como la escasez de plazas en programas específicos o la insuficiencia de trabajo retribuido para los internos. Se da también un escaso desarrollo de sistemas de control y tratamiento en libertad, lo que ha originado que la tasa de internos clasificados en tercer grado sea escasa, dato que se agrava en el caso de internos extranjeros en situación administrativa irregular. Ello ha generado una situación paradójica: España tiene una tasa de delincuencia comparativamente baja y, sin embargo, es uno de los países con mayor número de personas en prisión. Por lo tanto, el endurecimiento punitivo no se justifica por los índices de delincuencia sino que tiene más que ver con el rédito político que se extrae de efectuar reformas populistas.

El GEPC valora negativamente el afán punitivista, especialmente en la delincuencia menos grave, donde deberían operar medidas alternativas a la prisión. En el ámbito de la duración de la pena mínima de prisión, consideran desa-

certada la introducción de penas cortas de prisión para delitos menos graves, desconociendo los efectos desocializadores que posee su imposición. Respecto a la delincuencia grave y muy grave, la tendencia político-criminal en España es que el delincuente cumpla la pena, cuanto más tiempo posible, dentro de los muros de la prisión. Esencialmente, el GEPC considera que estas previsiones contradicen la finalidad de reinserción y el principio de humanidad de las penas.

Frente a esta situación, el GEPC formula una **política criminal alternativa** en materia de sanciones, donde esencialmente propone:

- Que la prisión debería dejar de ser la pena por excelencia, la que se impone para cualquier tipo de delito. Debería darse mayor juego a las penas privativas de otros derechos, como los trabajos en beneficio de la comunidad, las penas pecuniarias, o introducir la reparación como sanción penal.
- En consecuencia, en la delincuencia considerada no grave –como es el caso de la mayor parte de los delitos contra la propiedad– la prisión no puede aparecer como la *prima ratio*, por lo que se deben explorar previamente otras penas alternativas a la prisión.
- Que debería reintroducirse el arresto de fin de semana y el arresto domiciliario, modificar la regulación de la pena de días multa y otorgar mayor aplicabilidad a los trabajos en beneficio de la comunidad.
- Que la habitualidad o la reincidencia no debería comportar la imposición de una pena más grave ni excluir automáticamente la posibilidad de aplicar penas alternativas a la prisión.
- Que la pena privativa de libertad no supere ordinariamente los 10 años, pudiendo llegar hasta los 15 en casos de concurso de delitos. Por otra parte no deberían existir topes máximos en función de los tipos de delito, como ocurre en la actualidad con los delitos de terrorismo o criminalidad organizada. En cuanto al límite mínimo, no debería poderse imponer una pena inferior a un año, debiendo sustituirse las penas inferiores al año por alternativas a la prisión.
- La simple ejecución de la pena de prisión no potencia la reeducación social, sino más bien el conjunto de programas que se ejecuten en ella. En consecuencia, debe prestarse especial atención a que la Administración penitenciaria disponga de recursos suficientes para alcanzar el objetivo de reinserción.
- En materia de sustitutivos penales, debería ampliarse el límite para que la pena de prisión pueda ser sustituida a los tres años y el juez debería gozar

de discrecionalidad para determinar la pena sustituta, su duración y las consecuencias de su incumplimiento.

- En la ejecución de la pena privativa de libertad debería flexibilizarse su cumplimiento, así como la posibilidad de acceder a la libertad condicional.
- Debería crearse la figura de agente de ejecución de penas, figura que ya existe en otros países, con el objetivo de dotar de mayores medios a la Administración de Justicia.
- Se contemplan determinadas reglas para los condenados extranjeros que sean respetuosas con su condición de ciudadanos. Así, los intereses de la Administración en agilizar los trámites de expulsión no deben prevalecer en ningún caso sobre los intereses de la justicia penal. En caso de condena, únicamente debería considerarse la expulsión del extranjero en la misma medida en la que se valora acordar otras penas alternativas a la prisión. Tampoco debería excluirse para el extranjero la aplicación de las otras penas alternativas a la prisión, ni se debe renunciar en este caso a la finalidad resocializadora de la pena.
- Para contrarrestar el frecuente uso de la prisión provisional, se propone un amplio elenco de medidas cautelares alternativas, puesto que en este campo la prisión provisional también debería ser la *ultima ratio*. En ningún caso, la persecución de la finalidad de una justicia rápida puede ser la excusa para deteriorar las garantías procesales y violar los fines constitucionales a los que responde la prisión provisional.

2) El segundo manifiesto del GEPC en materia de penas se dedica a valorar la **libertad vigilada**, en un momento en el que en la tramitación parlamentaria estaba en marcha una reforma que finalmente la introdujo, no como pena, sino como medida de seguridad aplicable a determinados delitos.

El GEPC pretende sentar las bases de lo que debería considerarse la libertad vigilada, entendiendo que debe tratarse de una pena perteneciente al elenco de las “penas de cumplimiento en la comunidad”, en el marco de las *community orders* que abundan en el ámbito anglosajón. Consideran esta pena como un instrumento que puede alcanzar una mayor resocialización, al ser una pena flexible, adaptable al caso concreto cuando, por la gravedad del delito y las circunstancias del sujeto, se adviere que una pena aplicada a la comunidad es suficiente.

Con todo, el GEPC llama la atención sobre que el éxito de esta pena depende de la existencia de programas de ayuda a la reinserción social, que deben ser acordados individualizadamente a partir de las necesidades de reeducación y reinserción social en cada caso. Se concibe la libertad vigilada como una pena que implica el sometimiento a supervisión y ayuda por un agente de ejecución de las penas, con una duración que no podría exceder de los dos años, y que

Ved también

Hemos explicado la aplicación de la libertad vigilada en el apartado “La creación de subsistemas y el derecho penal del enemigo: terrorismo y violencia de género”.

podría operar como pena autónoma o como pena sustituta de la prisión. De esta manera, tenderían a sustituir las penas de prisión de tres a seis meses, que resultan poco útiles para la resocialización del reo. Sin embargo, como se ha descrito más arriba, la libertad vigilada finalmente se ha regulado como medida de seguridad, con una regulación que dista mucho de las propuestas político-criminales del GEPC.

En contra de esta tendencia, el GEPC apuesta por una mejora del tratamiento penitenciario y por una asistencia social postpenitenciaria, en los casos en los que esta sea necesaria.

En la actualización de las propuestas del GEPC (2016), este se muestra muy crítico con la Reforma de 2015 en materia de penas, por su endurecimiento punitivo. Resumidamente, se destacan, entre otras, las siguientes cuestiones:

- Manifiestan su disconformidad con la introducción de la prisión permanente revisable en 2015. Además de innecesaria según los datos criminológicos, la consideran disfuncional y más que probablemente inconstitucional. Entienden que en este caso se produce una renuncia a la finalidad de reinserción social y se utiliza exclusivamente con fines propagandísticos.
- Destacan la pésima técnica legislativa de la Reforma de 2015 y la falta de una completa coordinación de la normativa penal con la penitenciaria.
- En muchos preceptos se opta por baremos de conducta o de determinación de penas sumamente indeterminados, dejando a los tribunales la tarea de definir las respuestas que deberían ser establecidas en sede parlamentaria. Por ejemplo, utilizando el evanescente criterio de “peligrosidad”, que esconde un cambio de concepción jurídica que pasa de juzgar el hecho y la culpabilidad del sujeto a pretender juzgar al propio sujeto.
- Valoran negativamente que el proceso expansivo de la pena de localización permanente se haya frenado tras la Reforma de 2015, ya que carece prácticamente de presencia en la sanción de los delitos menos graves, mayoritariamente sancionados ahora con pena de multa.

Por lo que se refiere a los substitutivos penales y la ejecución de la pena de prisión, en 2016 el GEPC expone las reglas que habían propuesto y que han sido aceptadas total o parcialmente por el legislador. Con todo, señala también las propuestas que no han sido atendidas por el legislador, apostando por un modelo no unitario de substitutivos a las penas privativas de libertad. Entre otras cuestiones, se propone la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena y la libertad condicional, en el sentido de que el tiempo transcurrido

en libertad condicional debe ser computado como tiempo de cumplimiento de condena, frente a la exclusión contemplada expresamente en el artículo 90.6 del vigente CP.

3.1.11. Una propuesta alternativa de regulación del uso de la fuerza policial (2012)

El GEPC considera que la cultura de legalidad demanda una actitud de prevención y fiscalización sobre los aparatos que ejercen con carácter exclusivo el empleo de la coacción en nombre del Estado. Después de recordar las funciones que la Constitución encomienda a la policía, advierte sobre que es una institución ubicada en la encrucijada de máxima tensión en el conflicto entre libertad y seguridad, y que solo dentro del marco del respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos es legítimo diseñar políticas de seguridad ciudadana. Una característica que preocupa es la ausencia de una regulación con la suficiente densidad como para merecer tal nombre. Después de describir el marco legal, principalmente la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de fuerzas y cuerpos de seguridad, y la normativa internacional, se denuncia una cierta desidia por parte de los poderes públicos en establecer una regulación más detallada, criticando que esta se encuentre en circulares del Ministerio del Interior y de las consejerías competentes de las comunidades autónomas, una suerte de “infraderecho” de difícil control y acceso.

Ante todo, considera que resulta obligado visibilizar el problema de la arbitrariedad y reconocer que existe, como se denuncia en algunos informes de organismos internacionales. La ausencia de investigación contribuye al mantenimiento de la invisibilidad del abuso de la fuerza policial. El GEPC identifica algunos espacios de actuación policial en los que existe tal riesgo. Señala como de utilidad los códigos de ética policial, como el aprobado en Cataluña (DOGC núm. 5757/17-11-2010). Más allá de los códigos éticos, considera que es necesario contar con normas imperativas y accesibles que contengan, al menos:

- Reglas específicas de actuación para los agentes policiales en los distintos ámbitos de intervención que desarrollen y detallen los principios generales.
- Mecanismos de supervisión de dichas actuaciones, lo que, en cualquier caso, exige la publicidad de las instrucciones y circulares internas.
- Procedimientos de denuncia e investigación que garanticen la independencia, celeridad de la pesquisa y la ejecutividad de las resoluciones sancionadoras.

3.1.12. Una alternativa a algunas previsiones penales utilitarias (2014)

En este caso, el GEPC se ocupa de las figuras del **indulto**, la prescripción, las dilaciones indebidas y la conformidad procesal.

Por lo que respecta al indulto, se recuerda que es una institución anterior a la revolución liberal que se vincula al derecho de gracia del monarca, el cual ejerce su soberanía por voluntad divina. Por ello, resulta problemático su encaje en sociedades basadas en la soberanía popular y en la división de poderes. A su ejercicio es inherente el arbitrio de quien posee esa facultad, que corresponde al poder ejecutivo, lo cual tropieza abiertamente con principios fundamentales, entre los que se destaca la interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos. Sin embargo, a favor de mantener esta institución podría aducirse el hecho de poder atender en última instancia al principio de proporcionalidad cuando la aplicación obligada de la ley da lugar a resultados punitivos que se consideran excesivos, o tener en cuenta la sobrevenida ausencia de necesidades preventivo-generales o especiales resocializadoras. Es por ello que el GEPC propone, mientras se mantenga esta figura, un profundo replanteamiento de su regulación mediante una nueva ley que no permita su uso como un instrumento alternativo de justicia a disposición del ejecutivo, sino que incida en las razones extraordinarias para su empleo, en casos de ausencia de necesidad punitiva. Propone establecer un régimen más determinado del indulto, requerir una motivación individualizada de las concesiones y denegaciones de la gracia y posibilitar algún tipo de control jurisdiccional.

En el ámbito de la **prescripción de los delitos, de las penas y medidas de seguridad**, el GEPC considera que existen buenas razones a su favor, en cuanto al principio de legalidad, seguridad jurídica y derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, derechos que son fundamentales. Ante tales derechos, decaen los argumentos del posible premio que se puede otorgar al delincuente astuto o con fortuna. Con todo, el GEPC considera que las necesidades preventivo-generales aconsejan que los plazos de prescripción del delito y de la pena se acomoden a la gravedad del delito imputado o de la pena impuesta, aceptando incluso que los plazos de prescripción de la pena sean más prolongados que los de la prescripción del delito.

Por lo que respecta a las **dilaciones indebidas**, el GEPC se pronuncia sobre la atenuante introducida en el art. 21.6º CP. Considera que si los fundamentos dogmáticos de esta atenuante son discutibles, los efectos político-criminales derivados de su creación son indeseables. Por ello deberían explorarse otras vías alternativas que fueran a la raíz del problema de las dilaciones o, al menos, no consideraran su arraigo. Así, sostiene que no se puede eludir por más tiempo un decidido empeño político judicial encaminado a superar o atenuar sensiblemente los déficits estructurales de la administración de justicia, así como a exigir de forma efectiva a los agentes jurisdiccionales responsabilidad por injustificados retrasos. También deberían plantearse otras posibilidades de

abordar las consecuencias de las dilaciones indebidas diferentes a la atenuación de la pena, como es el otorgamiento de indemnizaciones o las declaraciones de nulidad del procedimiento.

Finalmente, en cuanto a la **conformidad procesal**, el GEPC señala su gran utilización en nuestro sistema, fundamentalmente atribuible a cuestiones prácticas, aunque también se apunta a la tendencia a introducir en el proceso penal instrumentos propios del derecho privado, distanciándose de un estricto principio de legalidad a favor del principio de oportunidad. En este sentido, se considera que cualquier formulación coherente de la conformidad procesal exige que esté debidamente integrada en un contexto más amplio, que corresponde a la denominada justicia negociada, entre las que se incluye la mediación penal y la justicia reparadora. Mientras la conformidad no se incardine en este contexto, el GEPC propone un mejor aprovechamiento del papel del Ministerio Fiscal a lo largo de todo el proceso y la despenalización de conductas de bagatela o su enjuiciamiento al margen del proceso penal. Debería también simplificarse su regulación, con una sola modalidad de conformidad debidamente reglada para los diversos procesos.

3.2. El Manifiesto por un debate político-criminal racional

Este manifiesto, impulsado por la asociación Jueces para la Democracia y suscrito por un amplio elenco de magistrados, fiscales, profesores universitarios y algunas asociaciones, se firmó en marzo del 2004.

Con él se pretendía fomentar una reflexión sobre la política criminal, concebida como el conjunto de medidas dirigidas a prevenir y dar respuesta a la delincuencia.

El manifiesto incide en la necesidad de una **política criminal racional**, cobrando desde esta perspectiva gran importancia la realización de estudios empíricos sobre la criminalidad, que deben darse traslado, para su conocimiento, a la opinión pública. Y ello porque en una sociedad democrática, la voluntad popular solo puede conformarse adecuadamente con un conocimiento riguroso de la realidad. Por lo tanto, se denuncian las campañas propagandísticas que tienden a deformar la realidad, creando una percepción social de alarma por la delincuencia, tan rentable electoralmente.

Una vez determinada la realidad a la que los poderes públicos deben responder, a través de estudios empíricos, el derecho penal debe constituir el **último recurso**, primando otra clase de medidas de carácter social, educativo, económico y jurídico prepenal. Recordando que ya desde la Ilustración se sostenía que no es la dureza, sino la efectividad de la sanción dentro de un marco racional y proporcional lo que previene el delito, llama la atención sobre la tendencia de inducir a la opinión pública una sensación de inseguridad, que pro-

voca una demanda de endurecimiento de las penas para algunos delitos. Se endurecen las penas mientras que se desatiende la mejora del sistema penal, con lo que la opción punitivista es contradictoria e ilegítima.

Sostiene también que las continuas reformas a las que es sometido el Código penal y la Ley de Responsabilidad Penal del Menor son muestra de una irracionalidad política, puesto que no se basan en estudios empíricos ni se explica racionalmente por qué fallaron las anteriores previsiones y es necesaria una reforma. Con todo, de estimarse necesaria una reforma penal, esta debería transitar por los **principios establecidos en la Constitución**, sin que sea legítimo apartarse de ellos. Introducir en el debate político ideas inconciliables con la Constitución es políticamente deshonesto.

En relación con los principios constitucionales, apelan a la dignidad de la persona humana y a la orientación de las penas a la reinserción social para valorar negativamente las recientes reformas de la ley penal juvenil y la reforma del Código penal en materia de sanciones penales. En definitiva, recuerdan las palabras de hace más de dos siglos de Filangieri, sosteniendo la vigencia de las mismas en la actualidad:

“la superación de un sistema punitivo confesional en las prohibiciones, feroz en los castigos, vejatorio en las imputaciones, arbitrario en las decisiones”.

Resumen

En este módulo se ha analizado la política criminal en España, partiendo de la aprobación del CP de 1995 hasta la última reforma penal –por el momento– en el 2015. La incontinencia legislativa, con 33 reformas penales tras veinte años de vigencia del Código penal, ha permitido extraer una primera conclusión: que la política criminal carece de racionalidad y de un anclaje empírico y que todas no se justifican, como pretende el legislador, por los cambios sociales o por la necesidad de que España adecue su normativa a las previsiones de la Unión Europea. Con todo, se han descrito las principales tendencias de la política criminal actual, tomando como ejemplos algunas reformas en sectores específicos, en el bien entendido de que una determinada reforma no se puede reducir a una sola tendencia política criminal.

Así, se ha abordado el derecho penal del riesgo, que se caracteriza por la intervención del derecho penal en nuevos campos, la utilización de un derecho penal preventivo y la flexibilización de los criterios de imputación y las categorías dogmáticas. En esta tendencia político-criminal se ha abordado con mayor profundidad la reforma penal en materia de seguridad vial.

Seguidamente, se han expuesto las características principales del derecho penal del enemigo, un derecho penal de combate que considera a determinados grupos de personas como no ciudadanos, carentes de garantías. En este caso, se han expuesto con detalle las sucesivas reformas penales en materia de terrorismo, de criminalidad organizada y de violencia doméstica y de género.

Otra tendencia es el derecho penal de la seguridad ciudadana, el cual, debido en gran medida a la percepción de inseguridad del ciudadano y del miedo al delito, endurece la respuesta punitiva sobre todo en el ámbito de la delincuencia clásica. En este ámbito, se ha contextualizado la reforma de la pequeña delincuencia patrimonial así como el tratamiento penológico del inmigrante en condiciones de irregularidad administrativa autor de un delito.

A continuación, se ha dado cuenta del concepto de derecho penal simbólico, como aquel en el que transmitir a la sociedad ciertos mensajes o contenidos valorativos no constituye un medio, sino el único fin perseguido. Junto a ello, se han expuesto algunos cambios significativos en la protección de bienes jurídicos personales, que son expresión de una evolución de las sensibilidades sociales. El populismo punitivo y la intervención de los medios de comunicación es otro de los aspectos clave para comprender algunas reformas penales y el sentido punitivista de las mismas.

Finalmente, en cuanto a tendencias de política criminal expresadas en reformas penales, se ha expuesto la evolución legislativa en materia de sanciones penales, muy proclives al endurecimiento punitivo y a la satisfacción de finalidades preventivo-generales e inculcadoras, en detrimento de la finalidad constitucional de reinserción social.

Frente a esta tendencia expansiva y punitivista se ha abordado extensamente la política criminal alternativa, principalmente la emanada del Grupo de Estudios de Política Criminal. Partiendo de bases constitucionales, como la dignidad como valor rector del ordenamiento jurídico, el principio de legalidad, de proporcionalidad, de *ultima ratio*, fragmentariedad y subsidiariedad del derecho penal, o la orientación de la pena a la reinserción social, el GEPC lleva a cabo numerosas propuestas en materias tan variadas como las drogas, la prostitución, la disponibilidad de la propia vida, la objeción de conciencia, la discriminación y la extranjería, la justicia penal internacional, la justicia penal juvenil, las víctimas menores de edad, el terrorismo, la corrupción urbanística o las sanciones penales.

Ejercicios de autoevaluación

1. Globalmente, la tendencia político-criminal de las reformas penales en España...

- a) responde al derecho penal del enemigo.
- b) responde al derecho penal del riesgo.
- c) es consecuencia de un derecho penal de la seguridad.
- d) Ninguna de las anteriores respuestas es correcta.

2. La formulación del concepto sociedad del riesgo se atribuye a...

- a) Günter Jakobs.
- b) Ulrich Beck.
- c) Cesare Lombroso.
- d) Arthur Kaufmann.

3. La legislación penal española en materia de terrorismo...

- a) es expresión, en algunos aspectos, del derecho penal del enemigo.
- b) contempla una definición detallada de terrorismo que excluye el terrorismo individual.
- c) distingue claramente entre autores y partícipes.
- d) contempla unas penas proporcionales al injusto cometido.

4. La legislación penal española en materia de seguridad vial...

- a) no distingue entre autores y partícipes.
- b) contempla algunos tipos con la formulación de delitos de peligro presunto.
- c) exige en todo caso comprobar una peligrosidad objetiva de la conducta *ex ante*.
- d) es simbólica porque no se aplica nunca.

5. La legislación penal española en materia de pequeños hurtos...

- a) sigue una tendencia político-criminal de derecho penal de la seguridad ciudadana.
- b) supone la admisión en el ámbito penal del llamado *three strikes and you're out*.
- c) equipara punitivamente la reiteración de las faltas con un delito de hurto.
- d) Todas las respuestas anteriores son correctas.

6. La presencia de las víctimas en España...

- a) es contemplada legislativamente en relación con sus derechos y necesidades, estableciéndose a nivel procesal un estatuto jurídico de la víctima.
- b) no existe, las víctimas únicamente son contempladas como testigos en el proceso, sin tener ninguna otra influencia legislativa ni mediática.
- c) es utilizada en algunos casos por políticos y medios de comunicación, pudiendo provocar una imposibilidad de recuperación de las mismas o incluso una revictimización.
- d) asegura, en todo caso, que se contemple la finalidad resocializadora como el fin primordial a perseguir por la ejecución de la pena.

7. El derecho penal simbólico...

- a) permite que los delitos previstos en el Código penal sean efectivamente aplicados.
- b) supone la creación de un derecho penal difícilmente comprensible para la población.
- c) implica que el derecho penal se limite a la protección de los bienes jurídicos esenciales para la sociedad.
- d) contempla la transmisión de mensajes o contenidos valorativos a la sociedad como única finalidad.

8. La intervención de los medios de comunicación en asuntos penales...

- a) puede coadyuvar a una mayor sensación de inseguridad del ciudadano.
- b) puede fomentar el llamado populismo punitivo.

- c) puede suponer una sobrerrepresentación mediática de determinados delitos, sobre todo los violentos.
- d) Todas las anteriores respuestas son correctas.

9. La política criminal española en materia de sanciones penales...

- a) ha sido siempre especialmente atenta a las penas alternativas a la prisión.
- b) tiende, en la actualidad, al endurecimiento punitivo como única forma de hacer frente a la delincuencia.
- c) considera que las penas cortas de prisión no son resocializadoras y, por lo tanto, se prohíben en el ordenamiento jurídico-penal.
- d) contempla la pena de prisión como *ultima ratio* dentro de las sanciones penales.

10. Una propuesta del Grupo de Estudios de Política Criminal es...

- a) que deben endurecerse las penas en materia de corrupción urbanística.
- b) que debe mantenerse la corrupción de menores dentro de los delitos contra la libertad sexual.
- c) que la objeción de conciencia en el aborto no debe tener ninguna incidencia.
- d) que debe ser lícito el tráfico y consumo de drogas para adultos y menores, puesto que debe incidirse solo en las medidas educativas y preventivas.

Solucionario

Ejercicios de autoevaluación

1. d

2. b

3. a

4. b

5. d

6. c

7. d

8. d

9. b

10. a

Glosario

derecho penal del riesgo *m* Tendencia político-criminal que pretende responder a los nuevos riesgos generados en las sociedades post-industriales. Se caracteriza por la intervención del derecho penal en nuevos ámbitos, por la utilización de técnicas de peligro dirigidas a la protección de bienes jurídicos colectivos y por la flexibilización de los criterios de imputación y de las categorías dogmáticas.

derecho penal del enemigo *m* Tendencia político-criminal que considera a determinados grupos de personas como no-ciudadanos, perdiendo por ello los derechos y garantías del proceso y de la imposición y ejecución de una pena. Se caracteriza por un amplio adelantamiento de la punibilidad, por la previsión de penas excesivamente elevadas y por la relajación o supresión de garantías procesales y penales.

derecho penal de la seguridad ciudadana *m* Tendencia político-criminal que conduce al endurecimiento de la intervención punitiva en el ámbito de la delincuencia clásica, con el objetivo de responder a una pretendida demanda social de seguridad, fomentada en parte por los medios de comunicación.

derecho penal simbólico *m* Tendencia político-criminal que contempla la función de transmitir a la sociedad ciertos mensajes o contenidos valorativos como único fin de la norma, careciendo ésta de efectos aplicativos reales. Su principal misión es propagandística y, por lo tanto, no se dirige a la protección de los intereses esenciales de la comunidad.

Populismo punitivo *m* Alude a la utilización del derecho penal en clave estrictamente electoralista, para lo cual resulta especialmente útil el fomento de un mayor rigor punitivo como único remedio frente a la delincuencia.

Bibliografía

Acale Sánchez, M. (2006). *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código penal*. Madrid: Colección de derecho penal.

Álvarez García, F. J. (2011). "La necesidad de un cambio de paradigmas en el tráfico de drogas: la urgencia de su legalización". *Cuadernos de Política Criminal* (núm. 105).

Álvarez García, F. J.; González Cussac, J. L. (dirs.) (2010). *Comentarios a la Reforma penal del 2010*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Álvarez García, F. J. (2015). "Prólogo". En *Comentarios al Código penal y Ley penal del menor*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Arroyo Zapatero, L.; Newmann, U.; Nieto Martín, A. (coords.) (2003). *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*. Cuenca: Colección de Estudios Universidad Castilla la Mancha.

Baucells Lladós, J.; Peres-Neto, L. (2011). "Medios de comunicación y populismo punitivo. Revisión teórica del concepto y análisis de la reforma penal en materia de hurto". *Revista penal* (núm. 27).

Baucells Lladós, J. (2012). "Sistema de penas para el delincuente económico". *Cuadernos de política criminal* (núm. 107).

Cancio Melià, M. (2006). "De nuevo ¿derecho penal del enemigo?". En: G. Jakobs; M. Cancio. *derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas.

Cuerda Riezu, A. (2012). "Inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable y de las penas muy largas de prisión". *Otrosí* (núm. 12).

Faraldo Cabana, P. (dir.) (2007). *Política criminal y Reformas penales*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Díez Ripollés, J. L. (2004). "El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana". *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología* (vol 6, núm. 3).

Díez Ripollés, J. L. (2005). "De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado". *Revista Electrónica de ciencia penal y Criminología* (vol. 7, núm. 1).

García Albero, R. (2007). "La nueva política criminal de la seguridad vial. Reflexiones a propósito de la LO 15/2007, de 30 de noviembre y del Proyecto de Reforma del Código penal". *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología* (vol. 9, núm. 11).

García Albero, R. (2010). "La nueva medida de seguridad de libertad vigilada". *Revista Aranzadi Doctrinal* (núm. 6).

García Arán, M. (2008). "El discurs mediàtic sobre la delinqüència i la seva incidència en les reformes penals". *Revista Catalana de Seguretat Pública*.

García Arán, M.; Botella Corral, J. (2008). *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*. Valencia: Tirant lo Blanch.

García Arán, M.; Peres-Neto, L. (2009). "Agenda de los medios y agenda política: un estudio del efecto de los medios en las reformas del Código penal español entre los años 2000-2003". *Revista de derecho penal y Criminología* (núm. 1).

García España, E. (2001). *Inmigración y delincuencia en España. Análisis criminológico*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Gómez Tomillo, M. (2005). "derecho penal sexual y reforma legal. Análisis desde una perspectiva político criminal". *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología* (vol. 7, núm. 4).

González Cussac, J. L.; Tamarit Sumalla, J. M.; Gómez Colomer, J. L. (coords.) (2002). *Justicia penal de menores y jóvenes*. Valencia: Tirant lo Blanch.

González Cussac, J. L. (2015). "Prefacio". En *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Guardiola Lago, M. J. (2012). "Prensa y garantías penales: consideraciones a partir del análisis mediático de un delito violento". *Revista penal*.

Guardiola Lago, M. J. (2009). "La víctima de violencia de género en el sistema de justicia y la prohibición de la mediación penal". *Revista General de derecho penal* (núm. 12).

Laurenzo Copello, P. (2005). "La violencia de género en la ley integral. Valoración político-criminal". *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología* (vol. 7, núm. 8).

Maqueda Abreu, M. L. (2006). "La violencia contra las mujeres: una revisión crítica de la Ley Integral". *Revista penal* (julio).

Mendoza Buergo, B. (2001). *El derecho penal de la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas.

Mir Puig, S.; Corcoy Bidasolo, M. (dirs.) (2006). *Corcoy Bidasolo, M. Nuevas tendencias en política criminal. Una auditoría del Código penal español de 1995*. Buenos Aires: B de F.

Muñoz Conde, F.; García Arán, M. (2015). *Derecho Penal. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Paredes Castañón, J. M. (2006). "La seguridad como objetivo político-criminal del sistema penal". *Eguzkilore* (núm. 20).

Quintero Olivares, G. (2007). "Los subsistemas penales en la política criminal de nuestro tiempo". En: J. C. Campo Moreno; J. L. González Cussac. *La generalización del derecho penal de excepción: tendencias legislativas*. Madrid: Estudios de derecho Judicial.

Quintero Olivares, G. (2015). "Prefacio". En *Comentario a la Reforma del Código penal de 2015*. Navarra: Aranzadi.

Silva Sánchez, J. M. (2006). *La expansión del derecho penal: aspectos de política criminal en las sociedades post-industriales*. Montevideo: B de F.

Soto Navarro, S. (2005). "La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia". *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología* (vol. 7, núm. 9).

Tamarit Sumalla, J. M. (2011). *Comentarios a la Parte Especial del derecho penal*. Cizur Menor: Aranzadi.

Tamarit Sumalla, J. M.; Torres Rosell, N.; Guardiola Lago, M. J. (2006). "¿Es posible una política criminal europea sobre prostitución?". *Revista de derecho y Proceso penal* (núm. 15).

Varona Gómez, D. (2009). "¿Somos los españoles punitivos? Actitudes punitivas y reforma penal en España". *Indret* (núm. 1).

Varona Gómez, D. (2011). "Medios de comunicación y punitivismo". *Indret* (núm. 1).

Recursos web

Buscador de legislación del Congreso de los Diputados: <http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas/LeyesAprob>

Grupo de Estudios de Política Criminal. Manifiestos y propuestas alternativas: http://www.gepc.es/index.php?mod=gepc&accion=cat_noticias&cat=9

Otro derecho es posible: <http://www.otroderechopenal.com/>

Anexo

Histórico de reformas penales desde el Código penal de 1995

- LO 2/1998, de 15 de junio, por la que se modifican el Código penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- LO 7/1998, de 5 de octubre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, por la que se suprimen las penas de prisión y multa para los supuestos de no cumplimiento del servicio militar obligatorio y prestación social sustitutoria y se rebajan las penas de inhabilitación para dichos supuestos.
- LO 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.
- LO 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- LO 2/2000, de 7 de enero, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de prohibición del desarrollo y empleo de armas químicas.
- LO 3/2000, de 11 de enero, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales.
- LO 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social.
- LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.
- LO 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal De Los Menores, en relación con los delitos de terrorismo.
- LO 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social.

- LO 9/2000, de 22 de diciembre, sobre Medidas Urgentes para la Agilización de la Administración de Justicia, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
- LO 3/2002, de 22 de mayo, por la que se modifican la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal y la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, del Código Penal Militar, en materia de delitos relativos al servicio militar y a la prestación social sustitutoria.
- LO 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y del Código Civil sobre la Sustracción de Menores.
- LO 1/2003, de 10 de marzo, para la Garantía de la Democracia en los Ayuntamientos y la Seguridad de los Concejales.
- LO 7/2003, de 30 de junio, de Medidas de Reforma Penal para el Cumplimiento Íntegro y Efectivo de las Penas.
- LO 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas Concretas en Materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros.
- LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- LO 20/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del Código penal.
- LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.
- LO 2/2005, de 22 de junio, de modificación del Código Penal.
- LO 4/2005, de 10 de octubre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de riesgo provocados por explosivos y otros agentes.
- LO 7/2006, de 21 de noviembre, de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte.
- LO 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

- LO 13/2007, de 19 de noviembre, para la Persecución Extraterritorial del Tráfico Ilegal o la Inmigración Clandestina de Personas.
- LO 7/2007, de 30 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1005, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de seguridad vial.
- LO 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social.
- LO 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo.
- LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- LO 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y la Seguridad Social.
- LO 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal.
- LO 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/2015, de 23 de noviembre, del Código penal, en materia de delitos de terrorismo.
- LO 11/2015, de 21 de septiembre, para Reforzar la Protección de las Menores y Mujeres con Capacidad Modificada Judicialmente en la Interrupción Voluntaria del Embarazo.
- LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal.

