

## Los Nuevos Caminos del Derecho Penal y las Reformas Legislativas de los Últimos Años en España

**SALVADOR CUTIÑO RAYA<sup>1</sup>**

Profesor Doctor en el Área de Derecho penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, Licenciado en Derecho por la Universidad de Sevilla (1999), Experto Universitario en Criminología por la Universidad de Sevilla (2002) y Doctor en Derecho penal por la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla (2013), en el programa Problemas actuales del Derecho penal y la criminología con la tesis *Sobre el fin de la pena de prisión. Análisis del principio de resocialización y su realidad en el sistema penitenciario español, con la calificación de sobresaliente cum laude*. E-mail: scutr@upo.es.

RESUMEN: Desde los últimos años del siglo XX estamos viviendo un proceso de transformación del sistema penal que va más allá de unas reformas parciales o una modernización, para significar un auténtico cambio de paradigma. Se trata del modelo penal del neoliberalismo. La expansión del derecho penal, el endurecimiento de las penas, la influencia de los medios de comunicación y el uso con fines electoralistas son algunas de sus características. El artículo realiza un recorrido por las reformas producidas en la legislación española en los últimos años para tratar de observar la influencia de estas nuevas tendencias.

PALABRAS CLAVE: Política Criminal. Reformas legales. Derecho penal español. Nuevas Tendencias.

*En la era de las privatizaciones y del mercado libre, el dinero gobierna sin intermediarios. ¿Cuál es la función que se atribuye al estado? El estado debe ocuparse de la disciplina de la mano de obra barata, condenada a salarios enanos, y de la represión de las peligrosas legiones de brazos que no encuentran trabajo: un estado juez y gendarme, y poco más. En muchos países del mundo, la justicia social ha sido reducida a la justicia penal. El estado vela por la seguridad pública: de los otros servicios, ya se encargará el mercado; y de la pobreza, gente pobre, regiones pobres, ya se ocupará Dios, si la policía no alcanza. Aunque la administración pública quiera disfrazarse de madre piadosa, no tiene más remedio que consagrar sus menguadas energías a las funciones de vigilancia y castigo.*

Eduardo Galeano. *Patatas arriba. La escuela del mundo al revés.*

1 <http://orcid.org/0000-0002-4986-5289>

SUMARIO: Introducción; 1 El punto de partida. El Código Penal de 1995 y las nuevas tendencias; 2 Los ámbitos mas afectados por el endurecimiento; 3 Las continuas reformas regresivas del sistema penal español; 4 El punto de llegada. La gran reforma de 2015; Breves conclusiones; Bibliografía.

## INTRODUCCIÓN

Examinar en profundidad la evolución de la política criminal y la legislación penal española en el espacio de un artículo no es fácil. Para un estudio completo, sería imprescindible un análisis de las relaciones de los sistemas políticos, económicos y culturales con las transformaciones en la política criminal y la legislación penal. Sin embargo, este acercamiento supone analizar ciclos temporales largos y con un nivel de profundidad que no es posible desarrollar en el espacio que tenemos. En el caso español, se añade la complicación de encontrarnos con una democracia muy joven, en la que las influencias del franquismo en muchos niveles aún se dejan sentir. Un estudio sosegado y riguroso de nuestro sistema penal y penitenciario y sus tendencias debería incluir este aspecto. Ninguna de estas dos relaciones, ni la más universal con los sistemas económicos o culturales ni la específica de los rastros e influencias de la dictadura, han sido demasiado explicadas en nuestro contexto, al menos no desde la doctrina penal.

Por todo ello, este trabajo tan solo pretende describir algunos aspectos de lo que ha ocurrido en España en los últimos años, desde las últimas décadas del siglo XX. Algo de ese análisis más amplio si irá apareciendo pues, a pesar de que entiendo, como ya se ha dicho, que deberíamos estudiar ciclos más largos para comprender mejor los procesos, parece que actualmente estamos en una etapa de transición hacia o ya hemos entrado en estos años en un nuevo sistema con nuevos paradigmas.

Desde los últimos años del siglo XX estamos viviendo un proceso de transformación del sistema penal y de los mecanismos de control social, que van más allá de unas reformas parciales o una modernización, para significar un auténtico cambio de paradigma. Aunque se siguen manteniendo estructuras y principios del pasado y se mezclan diversas orientaciones a veces contradictorias y avances y retrocesos al mismo tiempo, pensamos que la tendencia es hacia la transformación a un nuevo sistema penal que, por las conexiones con el cambio de sistema socioeconómico que estamos viviendo, nosotros llamamos neoliberal. En este concepto incluiríamos distintas características formuladas por diversas corrientes doctrinales e ideológicas pero que tienen en común algunos puntos básicos, como puede ser la inclinación al endurecimiento de la respuesta penal a los delitos, la criminalización cada vez más amplia de sectores diversos de la realidad social, la incidencia de la industria del control

del delito cada vez mayor en el negocio empresarial<sup>2</sup>, el amplio tratamiento mediático de los conflictos penales y el uso político electoralista del fenómeno.

Se está produciendo una transformación del modelo penal garantista producto de las revoluciones burguesas en un modelo de seguridad ciudadana (Diez Ripollés, 2004). Y se está abandonando el acercamiento al fenómeno delictivo desde sus causas personales y sociales y la inclusión de la prevención de la criminalidad en el marco de la intervención social, propias de los Estados del bienestar, sustituyéndose por una visión racional de la comisión del delito, como fruto del libre albedrío personal y la elección individual de sujetos motivados, prestándose más atención a los síntomas inmediatos y visibles que al estudio de las causas últimas. De esta forma, la persona que comete el hecho considerado delictivo es la única responsable, quedando la responsabilidad de la sociedad excluida, y la prevención del delito se basa en el control de riesgos a través de la criminalización de determinados grupos considerados peligrosos y de la vigilancia de los mismos o del control de determinados espacios “criminógenos” a través de la prevención situacional.

El pacto social que justificaba el sistema del capitalismo en su versión más social se está descomponiendo y por ello se necesita cada vez más un esfuerzo de legitimación ideológica, para el que uno de los instrumentos fundamentales es la gestión de la criminalidad y la inseguridad ciudadana, que produce una unión entre las personas consideradas “honradas”, no afectadas por la intervención del sistema penal, y un distanciamiento con las poblaciones criminalizadas (Baratta, 1989).

Además, las nuevas formas endurecidas de lucha contra la criminalidad aparecen justificadas con frecuencia en el sentimiento de inseguridad que recorre nuestras sociedades. La ciudadanía percibe que vivimos en una sociedad cada vez mas peligrosa, donde los crímenes mas violentos dominan la calle, pandillas de jóvenes esperan a que salgamos de nuestras casas para asaltarnos o crueles violadores acechan a las mujeres para agredirlas. Esta percepción de inseguridad tiene, además, una extraña relación con los índices de criminalidad real, de forma que no siempre existe concordancia entre un aumento en la inseguridad subjetiva y un aumento real en las tasas de delincuencia. Es más, en el Estado español los índices generales de criminalidad permanecen relativamente estables desde las últimas décadas del siglo XX mientras las percepciones de inseguridad ciudadana y el miedo al delito suelen sufrir grandes variaciones.

La seguridad ciudadana tiene su origen en la opinión pública y ésta parece estar fuertemente influida, cuando no directamente formada, por los medios de comunicación de masas. La información que ofrecen estos medios

---

2 Sobre este tema, ver una muy interesante exposición en CHRISTIE, NILS, *La industria del control del delito. ¿La nueva forma del holocausto?*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1993.

sobre el delito o el sistema penal está profundamente sesgada ya que presentan una selección (generalmente sucesos espectaculares, impactantes, violentos) realizada por criterios no solo periodísticos sino, fundamentalmente, comerciales e ideológicos. Una selección que, además, se produce normalmente sobre la información aportada por las agencias de control formal del propio sistema penal, en las que ya se ha producido una selección previa nada neutral. Se trata, por tanto, de una visión parcial de la criminalidad y del funcionamiento del sistema penal que deforma la realidad de los mismos y ofrece una información a la ciudadanía sesgada y tendenciosa, cuando no directamente falsa. La influencia de los medios de comunicación en la creación de la inseguridad y, por tanto, en la política criminal actual ha sido estudiada por la doctrina reciente<sup>3</sup>. Ante la presión mediática, muchas veces creada en su origen por la propia agenda de los partidos políticos (Varona Gómez, 2011, pp. 13 y ss), el gobierno debe actuar con inmediatez y contundencia, para dar la sensación de afrontar el problema, y la forma más fácil e inmediata es la reforma de las leyes penales.

## 1 EL PUNTO DE PARTIDA. EL CÓDIGO PENAL DE 1995 Y LAS NUEVAS TENDENCIAS

El Código penal vigente en España (en adelante, CP) vio la luz 20 años después de la muerte del dictador, por lo que su necesidad es difícilmente cuestionable. El llamado “código penal de la democracia” no terminó siendo tan progresista como se preveía y se esperaba por parte de la doctrina, pero introdujo algunas mejoras o, al menos, mandó algunos mensajes, aunque no todos fueran cumplidos satisfactoriamente.

En este sentido, la Exposición de Motivos del texto nos deja claro que el fin prioritario se sitúa en la resocialización, adaptándose a lo establecido en el art. 25.2 de la Constitución (CE), aprobada en 1978 (¡diecisiete años antes!). Además, por esta misma finalidad, se establece como objetivo la abolición de las penas de prisión excesivamente largas o demasiado breves, estableciéndose unos límites a los marcos penales de 6 meses en el mínimo y 20 años en el máximo, y se promociona la introducción de penas alternativas a la prisión, como pueden ser los Arrestos de Fin de Semana o los Trabajos en Beneficio

---

3 Sobre la influencia de los medios de comunicación en la política criminal, ver FUENTES OSORIO, “Los medios de comunicación y el derecho penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (07-16), 2005; GARCÍA ARÁN/BOTELLA CORRAL/REBOLLO VARGAS/BAUCELLS I LLADÓS/PERES-NETO, *Malas Noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009; RECHEA ALBEROLA, FERNÁNDEZ MOLINA y BENÍTEZ JIMÉNEZ, “Tendencias sociales y delincuencia”, *Informe nº 11*, Centro de Investigación en Criminología, Universidad de Castilla La Mancha, 2004, disponible en [https://www.uclm.es/centro/criminologia/pdf/informes/11\\_2004.pdf](https://www.uclm.es/centro/criminologia/pdf/informes/11_2004.pdf); SOTO NAVARRO, “La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (07-09), 2005. En la literatura comparada, véase por todos, ROBERTS, STALANS, INDERMAUR y HOUGH, *Populism and Public Opinion. Lessons from five Countries*, 2003.

de la Comunidad, así como las posibilidades de suspensión y sustitución de la pena de prisión.

Sin embargo, varios factores incidieron en que no se fuera tan valiente como hubiera sido necesario. Así, la influencia del fenómeno del terrorismo, en un momento de una importante actividad del grupo ETA, la repercusión mediática de determinadas delitos graves, sobre todo de carácter sexual, que provocaron una fuerte reacción de la opinión pública, y los objetivos electoralistas, que empiezan a aparecer como factor de interés en la política criminal (López Garrido & García Arán, 1996, pp. 26 y ss.) influyeron en la redacción definitiva.

De esta manera, en la práctica, la pena de prisión siguió siendo hegemónica y ni siquiera se produjo un descenso real de la duración de la misma pues, aunque algunos tipos penales impusieran penas nominalmente más bajas, la eliminación de la redención de penas por el trabajo<sup>4</sup> provocó que el cumplimiento real fuera más extenso, y la eliminación de las penas inferiores a seis meses provocó el aumento de la pena establecida para algunos delitos de poca gravedad hasta llegar a ese límite mínimo. Además, podemos ver como ya se introducen aspectos de un derecho penal excepcional en algunos casos de acumulación de penas en los que puede superarse el límite máximo de 20 años, pudiendo cumplirse estas condenas de manera efectiva.

Con todo ello, el llamado Código penal de la democracia consiguió provocar cumplimientos mas extensos de las penas de prisión que el sistema penal de la dictadura, cuyo máximo rara vez excedía de 15 años de cumplimiento real, y un tiempo medio de estancia en prisión mayor que el de los países de nuestro entorno<sup>5</sup>. Una de las mas graves consecuencias de este hecho ha sido el increíble e imparable ascenso de la población reclusa española, situándonos en los niveles mas altos de Europa occidental.

Por otro lado, en la parte especial de este nuevo Código penal también podríamos ver algunos ejemplos de la timidez progresista del texto. Así, se tipificó expresamente la eutanasia activa, se mantuvo la penalización del aborto o se criminalizaron comportamientos como la insumisión al servicio militar o la usurpación. En definitiva, ya en este primer texto, se produjo una tendencia al endurecimiento y la expansión, tipificando nuevas conductas delictivas y aumentando el rigor punitivo<sup>6</sup>.

---

4 Reducción de un día de condena por cada tres en que se hubiera estado trabajando o desarrollando actividades. En la práctica penitenciaria, solía aplicarse casi automáticamente.

5 La tasa media de estancia en prisión en España está cerca de los 17 meses mientras que la mediana de los países de la UE apenas supera los 7 meses.

6 Para un preciso análisis de las novedades y deficiencias del CP 1995, ver el prólogo a la segunda edición del texto en la editorial Tecnos realizado por el profesor Gimbernat Ordeig.

A partir de ahí, casi todas las reformas que hemos sufrido han ido dirigidas al endurecimiento, habiéndose realizado, desde entonces, aproximadamente treinta, mas de una por año, en un camino del que querríamos resaltar cuatro procesos.

En primer lugar, los cambios relacionados con la expansión del Derecho penal. En este sentido, nos encontramos con que cada vez aparecen mas conductas penalizadas y los tipos son cada vez mas amplios y descritos de una manera mas abstracta. Aquí podríamos resaltar el incremento en el uso de los delitos de peligro y los tipos que protegen bienes jurídicos colectivos o intereses difusos. Esta expansión también podemos observarla en la anticipación de la barrera punitiva, que se sitúa cada vez mas lejos de la efectiva lesión del bien jurídico, incrementándose el uso de la apología, tipos autónomos que son supuestos de incitación (incluso no directa) o la criminalización de actos preparatorios o de la mera participación en una organización o su apoyo.

El segundo proceso que queremos destacar es el endurecimiento de las penas. Casi en cada reforma realizada, se ha producido un incremento en la sanción de algún delito. Además, se han ido subiendo los límites máximos de cumplimiento de la pena de prisión establecidos inicialmente, hasta los 40 años, y finalmente, en 2015, se introdujo la Prisión Permanente Revisable, eufemística expresión para evitar el concepto “cadena perpetua”.

En tercer lugar, tendríamos que destacar el endurecimiento que también se ha ido produciendo en las condiciones de ejecución de la pena de prisión. Así, hemos sufrido reformas que han añadido requisitos o puesto trabas para el acceso al tercer grado y a los permisos de salida y para el disfrute de la libertad condicional. Nos atreveríamos a afirmar que las reformas de nuestro código penal en materia de ejecución han tenido como consecuencia la destrucción del sistema de individualización científica proclamado en nuestra legislación penitenciaria.

Por último, en cuarto lugar, querríamos hacer una breve referencia al ámbito procesal también afectado por estas tendencias rigoristas. En este sentido, la concepción se va transformando desde la visión liberal del derecho como freno al poder punitivo del Estado y garantía de los individuos, hacia un instrumento de lucha contra los enemigos, lo que conlleva una restricción de los derechos y libertades fundamentales con la flexibilización de las garantías formales del proceso (Diez Ripollés, 2005, p. 25). Así, vemos extenderse los períodos de prisión preventiva y detención policial, se justifican las incomunicaciones de las personas detenidas (Jakobs & Canció Meliá, 2006, pp. 45 y ss.), se intervienen las comunicaciones de forma más amplia y se agilizan los procedimientos, por ejemplo, a través de los llamados juicios rápidos o las conformidades. Se llega

incluso a cuestionar la presunción de inocencia por oponerse a la exigencia de veracidad en el procedimiento o a justificar la tortura (Gracia Martín, 2005).

## 2 LOS ÁMBITOS MAS AFECTADOS POR EL ENDURECIMIENTO

Se podrían destacar fundamentalmente tres grupos, aunque la inclusión de algunos tipos en uno u otro de los grupos es complicada y discutible y también podemos encontrar reformas dirigidas a conductas difícilmente integrables en algunos de ellos.

En primer lugar, habría que resaltar el foco puesto en la llamada “delincuencia organizada”. No estamos aquí hablando necesariamente de la criminalidad realizada por grandes y complejas organizaciones internacionales con capacidad para desestabilizar las estructuras estatales, concepto clásico de crimen organizado, sino también de los pequeños grupos que realizan actividades de la criminalidad clásica de forma conjunta o coordinada, como las pequeñas redes de tráfico ilegal, bandas dedicadas a la comisión de delitos patrimoniales de escasa gravedad, grupos ideológicos o de disidencia política o pandillas juveniles mas o menos violentas<sup>7</sup>.

En segundo lugar, se dirige la mirada hacia la criminalidad violenta o sexual, en la que se dice que sólo sirve la inocuización y el aseguramiento de la sociedad. Se trata, quizás, del ámbito al que los medios dirigen mas frecuentemente su atención, en un análisis sensacionalista y exagerado que genera la percepción en la sociedad de una mayor frecuencia de producción de estos delitos que la presente en nuestra realidad y que, además, por la alarma social y la repulsa que muchos de ellos producen, condicionan la visión social sobre el sistema penal en su conjunto, exigiendo respuestas mas duras.

Y por último, la expansión se dirige a la criminalidad habitual propia de los sectores excluidos socialmente, con una actuación preferentemente policial y con la extensión a conductas molestas o asociales que se entienden el germen de la delincuencia más grave. En este ámbito, el tratamiento penal viene acompañado de una serie de normas administrativas de carácter mas o menos explícitamente represivo, como pudieran ser la Ley Mordaza<sup>8</sup>, la Ley de Extranjería<sup>9</sup> o las ordenanzas cívicas o de convivencia de una gran cantidad de ayuntamientos<sup>10</sup> y de otras normas teóricamente pensadas para la regulación de otra serie de actividades o conductas, como las ordenanzas de limpieza o ruido.

---

7 En algunos casos, estos grupos pueden confluir y confundirse con los que hemos clasificado en el tercero de los ámbitos afectados.

8 Ley Orgánica 4/2015 de Protección de la Seguridad Ciudadana.

9 Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

10 A partir de la Ordenanza de Medidas para Fomentar y Garantizar la Convivencia Ciudadana de Barcelona de 2005 se han ido extendiendo por municipios de toda la geografía española ordenanzas siguiendo este modelo,

### 3 LAS CONTINUAS REFORMAS REGRESIVAS DEL SISTEMA PENAL ESPAÑOL

En esta evolución, podríamos señalar como hitos fundamentales las reformas producidas en los años 2003 y 2015, que han dejado nuestro Código penal irreconocible, pero muchas otras leyes han introducido modificaciones relacionadas con estas tendencias que estamos analizando. La descripción y estudio de todas ellas en detalle, excedería los límites de este trabajo, por lo que vamos a resaltar solo algunas en sus aspectos mas relevantes<sup>11</sup>.

Una primera reforma que queríamos citar sería la realizada por la LO 2/1998, por tres razones que la hacen un buen ejemplo inicial de los temas que venimos tratando. Se trata de una reforma producida tan solo dos años después de la entrada en vigor del CP, anunciando la hiperactividad futura del legislador penal, dirigida a dos de los sectores señalados por el poder público, relacionada con el terrorismo, uno de los grandes temas del nuevo derecho penal, y con una Exposición de Motivos cargada de argumentos vinculados al nuevo derecho penal. Esta reforma se dirige, según proclama la propia ley, a la “denominada violencia callejera”, ya que ésta “se ha constituido en uno de los fenómenos más relevantes para la convivencia ciudadana a lo largo de los últimos años”. Las reformas que introducen en el CP y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) se justifican en que “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”, dando legitimidad a la agenda de los media. Además, se afirma que “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 proceso de formación”. Es decir, se trata de una actuación contra la inseguridad ciudadana, basada en argumentos de prevención general positiva y en la supuesta laxitud de la normativa y dirigida contra dos de los grupos que sufren una atención prioritaria en las nuevas tendencias del derecho penal, la población joven y las organizaciones terroristas. Con estos argumentos se restringen derechos como el de reunión o manifestación, incluyendo nuevos tipos penales, y se amplía el ámbito de aplicación del delito de amenazas al detectarse una laguna entre las amenazas y la apología. En el aspecto procesal, se intensifica la aplicación de los juicios rápidos en base a argumentos de agilidad y rapidez.

---

que regulan determinadas actividades que suceden en los espacios públicos e imponen sanciones por la realización de determinadas conductas.

- 11 Para un análisis mas detallado de estas reformas y, sobre todo, en relación a la transformación sobre los fines de la pena prioritariamente perseguidos, ver CUTIÑO RAYA, *Fines de la pena, sistema penitenciario y política criminal*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017 págs. 228 y ss. Para un recorrido por algunos cambios legales y su relación con el contexto político y el tratamiento mediático, ver ZULOAGA LOJO, *El espejismo de la seguridad ciudadana. Claves de su presencia en la agenda política*, La Catarata, Madrid, 2014.

Menos de un año después, la LO 11/1999 modifica y amplía la respuesta frente a los delitos contra la libertad sexual, otro de los ámbitos perseguidos por las nuevas corrientes penales. El endurecimiento de la respuesta a estos delitos cuando las víctimas son menores se basa en la gravedad de los bienes jurídicos afectados y en compromisos internacionales, pero además, según la Exposición de Motivos, debido a “los requerimientos de la sociedad española, alarmada por la disminución de protección jurídica que se ha producido” con la aprobación del CP de 1995.

El año 2000 fue un año de una intensa actividad en la legislación penal, aprobándose cuatro normas importantes que intensifican la intervención punitiva<sup>12</sup>, sin contar la LO 5/2000 de Responsabilidad Penal del Menor (LORPM), cuya valoración a efectos de decidir si supone un endurecimiento o una reducción de la punición es discutible, aunque la mayoría de la doctrina entiende que constituyó una mejora. No queríamos dejar de destacar la LO 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que extiende el ámbito de las conductas sancionadas penalmente, aumentando la pena para el delito de tráfico ilegal de mano de obra e introduciendo un Título nuevo referido a los “delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros” en el que se tipifica la promoción, favorecimiento o facilitación del tráfico ilegal de personas, incluso aunque no exista ni ánimo de lucro, ni violencia, intimidación, engaño o abuso de la situación de necesidad, hechos que constituirían una agravación. Aunque a primera vista pudiera parecernos que se criminalizan los comportamientos de las mafias que trafican con seres humanos, el tipo es tan amplio que permite sancionar casi cualquier conducta relacionada con la llegada de personas extranjeras a nuestro territorio, inclusive la ayuda que puedan prestar determinadas organizaciones o movimientos sociales por cuestiones humanitarias o de apoyo político. Además, en el art. 515 se añade a la lista de asociaciones ilícitas, las que promuevan el tráfico ilegal de personas, con la extensión e incremento punitivo que esto supone<sup>13</sup>. Esta norma que, a pesar de su nombre, no se dirige a la protección de los derechos de las personas extranjeras sino todo lo contrario, a su restricción, no es totalmente penal, pero contiene un gran número de artículos dirigidos al control de la

---

12 Nos referimos, por ejemplo, a la LO 2/2000, de 7 de enero, sobre el desarrollo y empleo de armas químicas que adapta la legislación a los compromisos adquiridos en la Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción, hecha en París el 13 de enero de 1993, centrándose en una actividad típica de los nuevos riesgos de la sociedad tecnológica y suponiendo un adelantamiento de la barrera punitiva importante. En el mismo sentido, la LO 3/2000, de 11 de enero, en materia de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, que se justifica en que la ratificación por España del Convenio de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, firmado el 17 de diciembre de 1997, conlleva la necesidad de tipificar penalmente las conductas contempladas en el Convenio. Esto produce una nueva extensión de nuestro derecho penal.

13 En este sentido, ver los artículos 517 y ss. CP.

entrada en el territorio español y a las infracciones y sanciones aplicables a las personas migrantes, llegando a establecerse la posibilidad de internamiento en un centro cerrado (CIE) mientras se ejecuta la orden de expulsión. Se trata de uno de los ejemplos del control parapenal de determinados sectores de la sociedad del que hablábamos mas arriba. La ley fue reformada antes de terminar el año 2000, a través de la LO 8/2000, de 22 de diciembre, que restringió aún mas los derechos de las personas extranjeras.

A finales de año, los políticos vuelven a dirigir la mirada al fenómeno del terrorismo, promulgándose la LO 7/2000 que reforma el CP y también la LORPM (que aún no había entrado en vigor). Se vuelve a producir un endurecimiento de la legislación, incluyendo nuevas conductas bajo el término de terrorismo. Así, entre otras cuestiones, se modifica el art. 577 referido al llamado terrorismo urbano y se introduce un nuevo art. 578 que sanciona a quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o difusión los delitos de terrorismo o a quienes participen en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares<sup>14</sup>.

A lo largo del año 2002 se producen varias reformas en el ámbito penal, pero tal vez la de mayor importancia es una referida al aspecto procesal, la Ley 38/2002, de 24 de octubre, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado, que introduce una serie de cambios en la LECrim para agilizar la aplicación de algunos procedimientos. Esta reforma, que se justifica en la búsqueda de la eficacia y la inmediatez en la aplicación de la justicia y, nuevamente, en la percepción de impunidad e indefensión de la sociedad frente a ciertos delitos, ha significado un aumento de la potestad de la policía, que será la primera en decidir qué delitos se juzgan por juicios rápidos y cuáles no y cuya instrucción será dada por correcta por el Juzgado de Guardia, y una disminución de las garantías de defensa pues la rapidez en la tramitación impide preparar aquella de forma adecuada con el abogado de confianza (Observatori del Sistema Penal i Els Drets Humans, 2005, pp. 78 y ss.).

Sin duda, el año más importante de este recorrido que estamos haciendo, al menos en lo que se refiere al ámbito penitenciario, es el 2003, en el que se producen importantes reformas que van a transformar profundamente nuestro sistema de individualización científica. El análisis de este período merecería un trabajo específico, por lo que aquí sólo comentaremos los aspectos que nos parecen mas paradigmáticos de lo que, a nuestro juicio, podríamos denominar derecho penitenciario del enemigo. Dejando a un lado la LO 1/2003,

---

14 Ver Exposición de Motivos de la LO 7/2000.

nuevamente dirigida a conductas relacionadas con el terrorismo, podemos empezar citando la LO 5/2003, que modifica, además de la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de Demarcación y Planta Judicial, la Ley General Penitenciaria (LOGP)<sup>15</sup>. Se dirige a la lucha contra grupos determinados de personas, creando un Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria que tendrá las competencias en materia de ejecución penal para los delitos enjuiciados en la Audiencia Nacional, retirándole la competencia a los Juzgados de Vigilancia del lugar donde se encuentra el centro penitenciario, que la poseen para el resto de delitos. El mediático enfrentamiento del PP con la jueza de vigilancia penitenciaria Ruth Alonso, tras la concesión de permisos a presos de ETA, tal vez estuvo en el origen de estas reformas<sup>16</sup>.

Por el mismo camino se dirige la reforma operada por la LO 6/2003, que modifica el art. 56 de la LOGP. La breve Exposición de Motivos de esta ley no tiene desperdicio. En su primer párrafo usa el argumento de la relación de sujeción especial de las personas internas para introducir “modulaciones y matices” al derecho a la educación garantizado por el art. 27 de la CE. En el segundo párrafo, afirma que la orientación a la reeducación y reinserción social “hace quizá todavía más relevante la necesidad de que el derecho a la educación de los internos deba tener una cobertura plenamente satisfactoria con las demandas sociales”, realizando una rocambolesca fusión entre las necesidades de prevención especial positiva y las de prevención general. Y, por último, estima necesaria la modificación para asegurar las condiciones de calidad de la enseñanza superior en el ámbito penitenciario. Todo esto le sirve para justificar la eliminación del reconocimiento del derecho a comunicarse con el profesorado<sup>17</sup> y la introducción de un farragoso apartado segundo de este art. 56, cuya finalidad real es excluir la posibilidad de participación de la Universidad del País Vasco en los estudios universitarios de la población penitenciaria. En este caso, también se pudo observar la previa campaña publicitaria en los medios de comunicación anunciando el fin de los privilegios de los presos de ETA en esta materia<sup>18</sup>. De esta manera, por una supuesta mala praxis, nunca demostrada, de una universidad pública, que afectaría a

---

15 Hay que tener en cuenta que las Leyes Orgánicas 2, 3 y 4 también estaban referidas a materias cercanas al sistema penal, ya se en el ámbito procesal o en el de la seguridad.

16 Podemos ver sólo un ejemplo en la noticia del diario ABC de 17-01-2003, El PP critica la manga ancha de Ruth Alonso y le exige mayor rigor en los permisos, disponible en [http://www.abc.es/hemeroteca/historico-07-01-2003/abc/Nacional/el-pp-critica-la-manga-ancha-de-ruth-alonso-y-le-exige-mayor-rigor-en-los-permisos\\_154176.html](http://www.abc.es/hemeroteca/historico-07-01-2003/abc/Nacional/el-pp-critica-la-manga-ancha-de-ruth-alonso-y-le-exige-mayor-rigor-en-los-permisos_154176.html)

17 Aun así, pensamos que este derecho sigue vigente pues se puede considerar incluido en las comunicaciones reguladas en el art. 51.3 LOGP.

18 Aparecieron noticias en casi todos los medios el 3 de mayo de 2003 anunciando la medida del entonces ministro de interior Ángel Acebes. Ver algunos ejemplos en <http://www.eldia.es/2003-05-03/nacional/nacional2.htm>, [http://elpais.com/diario/2003/05/03/espana/1051912804\\_850215.html](http://elpais.com/diario/2003/05/03/espana/1051912804_850215.html), [http://www.abc.es/hemeroteca/historico-03-05-2003/abc/Nacional/via-de-urgencia-para-poner-fin-a-los-privilegios-universitarios-de-los-etarras\\_178102.html](http://www.abc.es/hemeroteca/historico-03-05-2003/abc/Nacional/via-de-urgencia-para-poner-fin-a-los-privilegios-universitarios-de-los-etarras_178102.html)

un reducido colectivo de personas presas, se realiza una reforma a través de una Ley Orgánica aplicable a toda la población penitenciaria y que reduce las posibilidades de acceso a la educación universitaria (Observatori del Sistema Penal i Els Drets Humans, 2005, pp. 91 y ss).

De mayor calado resulta la reforma introducida por la LO 7/2003, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas. No podemos analizar en detalle esta reforma de la que la doctrina se ha ocupado ampliamente pero nos atrevemos a afirmar que se trata de la involución mas relevante de nuestro derecho penitenciario actual, quebrándose el sistema de individualización científica y configurándose regímenes excepcionales en base a la pertenencia de la persona a determinados grupos delictivos. La Exposición de Motivos de esta ley fundamenta las reformas en el principio de seguridad jurídica por el que “el ciudadano tiene derecho a saber con certeza jurídica qué es delito o falta y qué no lo es”, “cuál es la pena que le corresponde” y cuál es la forma en la que se va a aplicar. Como sigue diciendo, “La realidad diaria y la experiencia ponen de manifiesto cómo en el cumplimiento de las penas existen amplios ámbitos de discrecionalidad, ámbitos variables en los que resulta oportuno, según la mejor doctrina, establecer reglas para hacer un pronóstico más certero de la pena a cumplir”. Este amplio ámbito de discrecionalidad al que se refiere no es otra cosa que la posibilidad de los tribunales de determinar la pena efectiva a cumplir y las condiciones de este cumplimiento (dentro de unos márgenes legales), teniendo en cuenta las circunstancias personales y del hecho. La afirmación deja entrever una profunda desconfianza del legislador en el poder judicial y en las instituciones penitenciarias.

El otro objetivo reconocido por la LO 7/2003 es, como se establece en el texto, “lograr una lucha más efectiva contra la criminalidad”, que se consigue, siguiendo las teorías clásicas de la criminalidad, no con la dureza de las penas sino con su infalibilidad, “de modo que la certeza de un castigo, aunque éste sea moderado, surtirá más efecto que el temor de otro más severo unido a la esperanza de la impunidad o de su incumplimiento”. Una extraña concepción de la certeza de la pena, que no se sitúa en la certidumbre de la aplicación del castigo, sino en que la extensión finalmente cumplida sea exactamente igual a la impuesta en la sentencia. En cualquier caso, las medidas que se recogen en la reforma se dirigen más a aumentar la duración de las penas y a endurecer el régimen de cumplimiento que a incrementar la certeza del castigo.

Otro aspecto que podemos resaltar de esta Exposición de Motivos es su objetivo frente a ciertas formas de delincuencia, en las que se afirma que la sociedad demanda una protección más eficaz. Se trata, por ejemplo, de los delitos de terrorismo, los procedentes del crimen organizado y los que revisten una gran peligrosidad. En estos casos, entiende el legislador que “la flexibilidad

en el cumplimiento de las penas y los beneficios penitenciarios tienen su razón de ser en el fin de reinserción y reeducación del delincuente constitucionalmente consagrado, pero, precisamente por ello, la legislación debe evitar que se conviertan en meros instrumentos al servicio de los terroristas y los más graves delincuentes para lograr un fin bien distinto”.

La primera reforma que introduce esta Ley es la del art. 36 CP, estableciendo un período de seguridad para acceder al tercer grado en las condenas superiores a los cinco años y que quedaría fijado en el cumplimiento de la mitad de la misma. Por otro lado, se reforma el art. 76 CP aumentando el límite máximo de las penas hasta los cuarenta años. La justificación ofrecida es que las reglas establecidas para dar cumplimiento a los principios generales de nuestro ordenamiento jurídico se han convertido en “instrumentos que los terroristas utilizan en su beneficio en su constante vulneración de las reglas y principios del Estado de Derecho”. El art. 78 CP también es objeto de varias modificaciones. El juez sentenciador sigue contando con la posibilidad de referir los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional a la totalidad de las penas impuestas si, por las limitaciones del art. 76, la condena a cumplir resultase inferior a la mitad de aquella. Sin embargo, se elimina la referencia a la peligrosidad criminal de la persona y a lo aconsejable para el tratamiento y no se exige que esta opción sea motivada en la sentencia. Además, se añade un segundo apartado en el que esta posibilidad se convierte en obligación para el tribunal sentenciador en determinados casos<sup>19</sup>. El resultado práctico es que las personas con condenas muy elevadas tendrán muy difícil el acceso a algunos de estos beneficios e imposible para el caso de la libertad condicional o el tercer grado.

En esta misma Ley Orgánica se modifica el régimen de la libertad condicional en el que, entre otras cosas, se introduce el requisito de la satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito. Este requisito se convierte en una agravación de la condena por cuestiones económicas, aunque en la práctica se ha suavizado bastante en los casos de insolvencia. Para los condenados por terrorismo, nuevo ejemplo de la excepcionalidad penal, se introduce un extenso párrafo que explica cuando se entiende en estos casos que hay un pronóstico de reinserción social, exigiendo que la persona condenada por estos delitos “muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y además haya colaborado activamente con las autoridades”, llegando a la delación de compañeros, figura de dudoso calado moral y de evidente peligrosidad para la vida del delator. El hecho de que se le exija abandonar también los *finés*, convierte esta figura en una

---

19 Aquellos supuestos en los se permite el aumento del límite máximo de cumplimiento más allá de los veinte años establecidos en el art. 76.1 a), b), c) y d).

agravación por la ideología, sumándose a esto la posibilidad de justificarlo por “los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean”. Es decir, deben no sólo abandonar la violencia, sino colaborar activamente con las autoridades, desvincularse de todas las organizaciones del entorno y renunciar a sus ideales políticos, aunque no cometan delito de ningún tipo.

En el año 2003 se van a producir otras cuatro reformas más del Código penal, en septiembre, noviembre y diciembre, y una de la LECrim, en octubre, completando un año de una inusitada actividad legislativa y haciéndonos preguntar cuáles fueron las razones de toda esta serie de leyes sucesivas en el mismo ámbito y por qué no fueron todas realizadas en un solo cuerpo normativo. Tal vez si hubieran sido producto de una reflexión pausada y de una investigación científica sobre los fenómenos regulados, podrían haberse unido en una sola norma aunque, incluso si así hubiera sido, no comprendemos la necesidad de tantas reformas sólo siete años después de la entrada en vigor de la LO 10/1995.

La LO 11/2003, de 29 de septiembre, se dirige a tres temas diferentes, según podemos ver en su título: medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. Todos ellos fenómenos característicos del nuevo derecho penal y, en casi todos los casos, para producir una nueva agravación de la respuesta punitiva. En materia de seguridad ciudadana, nos encontramos con una reforma dirigida a la pequeña delincuencia habitual que sucede en las calles, consecuencia del Plan de Lucha contra la Delincuencia presentado en 2002. La lucha es contra la que denomina “delincuencia profesionalizada”, pero que no se trata de la realizada por los delincuentes de cuello blanco ni por profesionales en sus sectores empresariales, sino la de “aquellos que cometen pequeños delitos en un gran número de ocasiones, delitos que debido a su cuantía individualizada no obtienen una respuesta penal adecuada”.

Al mes siguiente de esta reforma, nos encontramos con una más, esta vez de la LECrim, la LO 13/2003, que modifica el régimen de prisión preventiva, endureciéndolo también en alguno de sus aspectos, como los máximos de duración o el mantenimiento de la incomunicación hasta trece días. Esta reforma ha sido criticada por no respetar el principio de presunción de inocencia, la excepcionalidad que debe tener la figura de la prisión preventiva, el principio de proporcionalidad, el derecho de defensa ni la garantía de protección frente a la prohibición de tratos crueles y degradantes<sup>20</sup>.

---

20 Ver las críticas en sede parlamentaria en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 23 de septiembre.

El 20 de noviembre de 2003 se publica la LO 14/2003, que vuelve a modificar la regulación para las personas extranjeras, incrementando las sanciones y los controles, y sólo cinco días después se produce una reforma de hondo calado en el Código Penal, a través de la LO 15/2003, que reforma 185 artículos y fue denominado por la doctrina el “Código Penal de la Seguridad” (Observatori del Sistema Penal i Els Drets Humans, 2005, pág. 138 y ss). Las modificaciones afectan tanto a la parte general del código como a la parte especial y, excepto en contados casos, han supuesto un endurecimiento de la respuesta penal. Una de las cuestiones que mas nos llama la atención es el restablecimiento de las penas de prisión inferiores a seis meses, para “cumplir su función de prevención general adecuada respecto de los delitos de escasa importancia”<sup>21</sup>, lo que potenció el incremento de la población penitenciaria que ya se advertía en esos años. Se establece el mínimo de la pena de prisión en tres meses y se eliminan los Arrestos de Fin de Semana. Además, se endurece la respuesta frente a determinados delitos contra la libertad sexual, llegándose a tipificar la tenencia de pornografía infantil para uso particular, en lo que supone un evidente adelanto de las barreras punitivas; se agravan las penas en los delitos contra la propiedad intelectual, nuevamente vinculado estrechamente con una campaña en la opinión pública de lucha contra el denominado “top manta”; se modifican determinados aspectos del delito de tráfico de drogas, agravando la pena cuando la infracción se comete en determinados lugares; o se endurece la normativa relativa a los desórdenes públicos.

El año termina con una reforma que lleva al límite el uso del Derecho penal como instrumento de lucha frente al oponente político. Se trata de la LO 20/2003, en la que se criminaliza la convocatoria o autorización de elecciones o consultas populares por autoridades sin competencia para ello y la promoción o participación en las mismas, usando la legislación penal frente al anuncio por parte del Gobierno vasco de la celebración de un referéndum sobre la independencia de este territorio<sup>22</sup>.

El hecho de que durante el año 2000, el entonces partido de la oposición, PSOE, usara como arma arrojadiza en el proceso electoral el tema de la delincuencia y la inseguridad ciudadana, nos hacía intuir que no se produciría un gran cambio de rumbo con el nuevo gobierno que tomó el poder en 2004. Así, la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género,

---

21 Ver Exposición de Motivos LO 15/2003 nº II.

22 El artículo fue derogado dos años después, evidenciando el carácter meramente político del mismo. En los últimos años ha vuelto a surgir el debate sobre el mismo a raíz de la convocatoria de referéndum en Cataluña el 1 de octubre de 2017. La respuesta del Estado en este caso, al no prever el Código penal esta conducta como delito, ha sido iniciar un procedimiento por rebelión (acusación del Ministerio Fiscal y del Partido de Ultraderecha que ejerce la acusación popular) o sedición (acusación de la Abogacía del Estado). En la fecha de la redacción de este artículo, había concluido la fase de juicio oral y se está a la espera de la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

vuelve a endurecer una vez más la respuesta penal en los casos de violencia doméstica y machista. Vemos ejemplos de endurecimiento penal también en la LO 4/2005, en conductas relacionadas con la fabricación, manipulación o comercio de explosivos y otras sustancias, la LO 7/2006, referida al dopaje en el deporte, la LO 8/2006, que vuelve a reformar la LORPM, la LO 13/2007, que introduce una vez mas nuevos tipos penales relacionados con el tráfico ilegal de mano de obra y de población extranjera y la LO 15/2007, referida a los delitos contra la seguridad vial. Tan sólo la LO 2/2010, referida al aborto, podemos entenderla como una despenalización de conductas típicas.

Sin duda, la reforma más importante de este período de gobierno del PSOE fue la LO 5/2010. Esta ley mezcla aspectos positivos con nuevos endurecimientos penales. En el mismo sentido de control de determinados tipos de infractores, se sitúa la introducción de la medida de seguridad de Libertad Vigilada, aplicable, como dice la Exposición de Motivos de la ley, una vez agotada la dimensión retributiva de la pena si subsiste la peligrosidad del sujeto<sup>23</sup>. En la parte especial, se endurecen las penas de conductas ya penalizadas o se criminalizan nuevos comportamientos en ámbitos como el tráfico de órganos humanos, el acoso laboral e inmobiliario, algunos delitos contra la libertad sexual, los hurtos y robos, la usurpación, la estafa, los delitos contra la hacienda pública, los delitos urbanísticos o contra el medio ambiente, el terrorismo, la piratería, etc. Tan sólo vemos una minoración de la intervención punitiva para las infracciones menores a la propiedad intelectual, para evitar la entrada en prisión de los autores del llamado “top manta”, para las conductas menos graves de los delitos contra la salud pública, que tenían unas penas desproporcionadas, y para determinados delitos contra la seguridad vial.

La hiperinflación legislativa se relaja un poco en los siguientes años, con una sola reforma en 2012, relativa a los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, pero simplemente provocado por las tareas de preparación de la reforma finalmente publicada en 2015 y que contó con un Anteproyecto en 2012 y un Proyecto en 2013 de una inusitada pública.

#### **4 EL PUNTO DE LLEGADA. LA GRAN REFORMA DE 2015**

Aunque este mismo año 2019 se ha producido alguna otra reforma, queríamos terminar este recorrido en el año 2015, en el que se produce la última gran transformación, a través de tres leyes diferentes. La LO 1/2015 modificó una gran parte del Código penal, hasta dejarlo irreconocible, y la LO 2/2015 se centró exclusivamente en los delitos relacionados con el terrorismo. Ambas

---

23 El art. 106 CP regula esta forma de control judicial posterior al cumplimiento de la pena, estableciendo 13 medidas diferentes.

se publicaron el mismo día que la LO 4/2015 de Protección de la Seguridad Ciudadana (LOSC), normativa de carácter administrativo pero con un gran carácter represivo y una evidente conexión con las anteriores. Nos encontramos nuevamente con reformas realizadas al calor de los medios de comunicación y la alarma social, con un discurso explícitamente de prevención general positiva y de marcado carácter punitivista. Podemos ver que se produce un aumento general de penas, con una extensión de los tipos de muchos delitos y con el incremento de conductas criminalizadas, todo ello además realizado con una técnica legislativa que deja mucho que desear.

En la primera de estas leyes, se produce una profunda revisión de las consecuencias penales, con la medida estrella de la Prisión Permanente Revisable (cadena perpetua, al fin y al cabo) pero otras muchas de gran importancia, como la modificación de las medidas de seguridad, la reforma de la regulación del delito continuado o la fusión de las figuras de la suspensión y la sustitución. En esta misma materia penológica, se elimina de hecho la libertad condicional, pues se la trata como un supuesto más de suspensión, en este caso de una parte de la ejecución de la pena, de forma que se la extrae totalmente del sistema de individualización científica, dejando a éste sin uno de sus instrumentos fundamentales. Este cambio de naturaleza, de cuarto grado de tratamiento penitenciario a suspensión de la ejecución del resto de la pena, no es un simple cambio de denominación sino que va a tener consecuencias en su aplicación. El dato más claro en este sentido es que, en caso de revocación, el tiempo pasado en libertad condicional no va ser considerado tiempo de cumplimiento de la condena. En definitiva, la función preventivo especial que históricamente ha tenido este instrumento, como fase del cumplimiento en los sistemas progresivos, en la facilitación del acercamiento a la vida en libertad, ha sido sustituida por funciones retributivas y preventivo generales.

Una de las novedades más importantes de la reforma introducida en 2015 es la supresión de las faltas, teóricamente en atención a su poca gravedad y al principio de intervención mínima. Sin embargo, al leer el texto completo de la reforma, observamos que la mayoría no desaparecen sino que pasan a convertirse en delitos leves, con la consiguiente agravación de la pena, y/o se convierten en infracciones en la LOSC, con un menor control judicial y unas sanciones en ocasiones más importantes que las que establecía el Código penal.

Algunas de las reformas propuestas en la parte especial también están imbuidas de las mismas ideas que estamos analizando. Así, podríamos citar también como ejemplo de la legislación a golpe de titular de prensa, el hecho de introducir un delito de divulgación no autorizada de imágenes o grabaciones

íntimas obtenidas con el consentimiento de la persona afectada<sup>24</sup>, provocado por un caso concreto aparecido en los medios de comunicación, o las reformas en los delitos de asesinato y de detención ilegal con desaparición<sup>25</sup>, motivadas por el intenso y duradero tratamiento mediático de la dramática desaparición de una joven en Sevilla.

Como ejemplo de criminalización de conductas totalmente alejadas de la lesión del bien jurídico supuestamente protegido, podemos citar la amplísima consideración de las conductas típicas en la pornografía infantil establecida en el art. 189, que incluye los materiales que representen a menores participando en conductas sexualmente explícitas “simuladas” o las imágenes “realistas” de menores o de los órganos sexuales de un menor, “con fines principalmente sexuales”.

Y para ejemplificar la persecución de determinados grupos de la criminalidad clásica patrimonial, normalmente realizada por sectores desfavorecidos, podríamos citar la reforma del delito de hurto. Se suprimen las faltas de hurto y se convierten en delitos leves en el 234.2, pero se excluyen de esta consideración varios supuestos a los que se agrava la pena en el artículo 235. Entre ellos, podemos destacar cuando se trate de conducciones o cableado (art. 235.1.3<sup>o</sup>), la multireincidencia (art. 235.1.7<sup>o</sup>) o las organizaciones o grupos criminales, que podrán ser todos los casos en que no se actúe de forma ocasional o se realice en grupo, es decir, comportamientos bastante frecuentes de la delincuencia patrimonial de escasa entidad. De esta forma, legitimado en los problemas de seguridad ciudadana que crea la multireincidencia por estas leves infracciones, insuficientemente castigadas según el texto, se convierte lo que antes de la reforma sería tratado como una falta de hurto, en un delito que podría tener una pena de hasta tres años de prisión.

Es necesario también destacar las modificaciones producidas en el ámbito del orden público y la seguridad ciudadana. En este aspecto, podemos observar la agravación del delito de atentado y de desobediencia o las alteraciones del orden público<sup>26</sup> y la creación de un delito de ocupación del domicilio de una persona jurídica<sup>27</sup>, dirigidos a la represión de la protesta social en un período que se espera convulso debido a la reconfiguración económica que se está produciendo y que está afectando gravemente a amplios sectores sociales. Algunos de estos delitos, de hecho, sancionan conductas que se habían estado

---

24 Ver art. 197.7.

25 Ver arts. 139.1.4<sup>o</sup>, 140.1.2<sup>o</sup> y 166.2

26 Ver los arts. 550 y ss. CP. El art. 559 constituye el culmen de la represión de la disidencia al sancionar la distribución o difusión pública de mensajes que inciten a la comisión de un delito de alteración del orden público o que sirvan para reforzar la decisión de llevarlos a cabo.

27 Ver art. 557 ter. CP.

produciendo en el ciclo de fuertes movilizaciones sociales que se extienden por el Estado español desde 2011, casi tienen nombre y apellidos.

Un ejemplo bastante representativo del nuevo derecho penal son los delitos de desórdenes públicos. Así, el art. 557.2 sanciona con la misma pena que al autor de una alteración del orden público (art. 557.1) a “quienes actúen sobre el grupo o sus individuos incitándoles a realizar las acciones descritas en el apartado anterior o reforzando su disposición a llevarlas a cabo”. La incitación, que ni siquiera tiene que ser directa como se establece en las reglas generales del CP<sup>28</sup>, e incluso el reforzamiento de la idea que ya tenía otra persona de realizar la conducta, se convierte en delito y, además, con la misma pena que la actuación violenta que altera la paz pública. Por si no fuera poco, el art. 559 considera también delictiva la distribución o difusión pública de mensajes o consignas que inciten a la comisión de los delitos de alteración del orden público del subtipo agravado o que sirvan para reforzar la decisión de llevarlos a cabo<sup>29</sup>. El juego de estos dos artículos podría llevarnos al absurdo de considerar delictiva la conducta de quien lanza un mensaje incendiario en redes sociales que “refuerza la disposición” de una persona a realizar un discurso que puede reforzar la disposición de un tercero a realizar una amenaza de un acto violento que pueda alterar la paz pública en una manifestación. Parece un trabalenguas pero es una interpretación posible con la regulación actual<sup>30</sup>. La lejanía con alguna lesión de algún bien jurídico es abismal.

En este aspecto, esta reforma viene acompañada por la LO 4/2015, de Protección de la Seguridad Ciudadana<sup>31</sup>, que refuerza el control policial de los espacios públicos y sanciona conductas que forman parte del ejercicio

---

28 Ver el art. 18 CP.

29 El subtipo agravado se encuentra recogido en el art. 557 bis, pero uno de las circunstancias que aquí se prevén es que los hechos se lleven a cabo en una manifestación o reunión numerosa, o con ocasión de alguna de ellas, situación que va a ser el supuesto habitual en este tipo de delitos.

30 El art. 557 establece: “1. Quienes actuando en grupo o individualmente pero amparados en él, alteraren la paz pública ejecutando actos de violencia sobre las personas o sobre las cosas, o amenazando a otros con llevarlos a cabo, serán castigados con una pena de seis meses a tres años de prisión. Estas penas serán impuestas sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los actos concretos de violencia o de amenazas que se hubieran llevado a cabo. 2. Con las mismas penas se castigará a quienes actúen sobre el grupo o sus individuos incitándoles a realizar las acciones descritas en el apartado anterior o reforzando su disposición a llevarlas a cabo.” El art. 559: “La distribución o difusión pública, a través de cualquier medio, de mensajes o consignas que inciten a la comisión de alguno de los delitos de alteración del orden público del artículo 557 bis del Código Penal, o que sirvan para reforzar la decisión de llevarlos a cabo, será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año”.

31 Para un análisis de esta normativa, ver ALONSO RIMO, “El nuevo anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Seguridad (¿ciudadana?): análisis desde la perspectiva del derecho de reunión y manifestación”, *Revista General de Derecho Penal*, nº 21, 2014; BAUCÉLLS I LLADÓS, “El nuevo derecho sancionador autoritario: acerca de la inconstitucionalidad del Código penal y la ley de protección de la seguridad ciudadana”, *Revista General de Derecho Penal*, nº 24, 2015; MACÍAS CARO, “Del orden público al terrorismo pasando por la seguridad ciudadana: análisis de las reformas de 2015”, *Revista Penal*, nº 36, 2015, pp. 133 y ss.; MAQUEDA ABREU, “La criminalización del espacio público: el imparable ascenso de las clases peligrosas”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 17, 2015.

de derechos fundamentales, como el derecho de reunión o manifestación o la libertad de expresión e información<sup>32</sup>. Una gran parte de faltas contra el orden público despenalizadas han pasado a convertirse en infracciones de esta normativa administrativa, sumando algunas conductas nuevas<sup>33</sup>. No podemos dejar de comentar que esta ley también sanciona determinados usos de los espacios públicos realizados por poblaciones tradicionalmente marginalizadas, como las personas que ejercen o consumen la prostitución o las drogas ilegales.

La normativa de defensa y protección del orden público y la seguridad ciudadana ha sido tradicionalmente un sector con una gran facilidad para la expansión punitiva. El uso de conceptos difusos, la dificultad para delimitar el bien jurídico protegido y el gran margen de actuación que deja en manos de los representantes del principio de autoridad, han solido tener consecuencias negativas en el ejercicio de derechos fundamentales de la ciudadanía. Por otra parte, el amplio uso del derecho administrativo sancionador en este ámbito suele generar una merma en las garantías individuales, fundamentalmente del derecho de defensa, y un amplio margen de discrecionalidad para las fuerzas de seguridad del Estado. La falta de previsibilidad en la respuesta, la discrecionalidad, la disparidad y la actuación en ocasiones sin necesidad, ya sea por no producirse ningún delito previo o ni siquiera una afectación de la seguridad ciudadana o el orden público, hace que el tratamiento de estos delitos esté siendo de una dudosa legitimidad (Pérez Moreno, 2014, pp. 5 y ss). Las reformas de 2015 sólo han impulsado estas ideas: reforzando el principio de autoridad, apuntalando esta visión del orden público y la seguridad ciudadana y, en definitiva, configurando un determinado uso de los espacios públicos y el ejercicio de derechos colectivos. Se han ampliado los tipos penales, extendiendo la definición de algunas de las conductas, se han reforzado los tipos agravados e incluido nuevos supuestos y se han criminalizado conductas anteriormente impunes. En estos nuevos tipos el adelantamiento de la barrera punitiva es evidente, convirtiéndose en delitos autónomos actos preparatorios que antes eran impunes. Además, algunas de las modificaciones tanto en el Código penal como en la LOSC han provocado un desequilibrio sancionatorio evidente, infringiendo el más obvio sentido común, el principio de igualdad y el principio de proporcionalidad. Por otro lado, la imprecisión en la descripción de las infracciones y la falta de taxatividad puede generar una gran inseguridad jurídica y grandes márgenes de discrecionalidad en un ámbito ya de por sí muy

---

32 Sobre la represión y control de la protesta social, puede verse PISARELLO y ASENS *La bestia sin bozal. En defensa del derecho a la protesta*, Ed. Catarata, Madrid, 2014.

33 Para un análisis mas completo de los delitos contra el orden público y su relación con la LOSC, ver CUTIÑO RAYA, "La legislación represiva en materia de orden público y seguridad ciudadana", en DEL CARPIO DELGADO (Dir), *Algunas cuestiones de parte especial tras la reforma de 2015*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.

abierto a la interpretación de los aplicadores de la norma y de las fuerzas de seguridad del Estado.

Por último, tendríamos que citar la LO 2/2015, que ha producido una expansión del concepto de terrorismo y un endurecimiento de las penas en este ámbito. En primer lugar, el art. 573 amplía la consideración del delito de terrorismo a “cualquier delito grave” contra una serie de bienes jurídicos que, prácticamente, incluye todos los delitos tipificados en el código penal. Además, la finalidad con la que deben cometerse estos delitos para ser considerados terroristas también ha sido ampliada mas allá de las dos finalidades clásicas (subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública), incluyendo, por ejemplo, la de “suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo”. Esta ampliación puede suponer la criminalización de actos de protesta o desobediencia civil que nada tienen que ver con la pertenencia o participación en una organización terrorista armada.

Esta misma valoración podemos hacer de la incorporación como conducta delictiva en el art. 575 del autoadoctrinamiento o autoadiestramiento y de la posesión de documentos que “por su contenido resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines”. Por último, el art. 579 acoge una conducta parecida a la que contiene el art. 559 para el caso de los desórdenes públicos. Se trata de difundir “mensajes o consignas que tengan como finalidad o que, por su contenido, resulten idóneos para incitar a otros a la comisión” de un delito de terrorismo. No nos queda demasiado claro cuando un contenido será idóneo para incitar a la incorporación en un grupo terrorista o a la comisión de delitos, constituyendo un problema de prueba que puede extender peligrosamente el concepto de terrorismo, afectando a conductas muy alejadas de la efectiva lesión de un bien jurídico y pudiendo coartar la libertad de expresión.

Las reforma producidas en 2015 se enmarcan perfectamente dentro de las corrientes que estamos criticando sobre la evolución de los sistemas penales y penitenciarios. En este sentido, está plagada de referencias a argumentos de peligrosidad, excluye a determinados grupos de infractores de la forma ordinaria de cumplimiento de las penas, endurece casi todos los sectores aunque especialmente algunos de ellos, como los delitos graves y que crean un gran rechazo y una gran alarma social, delitos violentos y sexuales, terrorismo, delitos relacionados con menores, pero también delitos de escasa entidad, propios de las poblaciones marginales, excluidas del sistema socioeconómico y que crean una gran preocupación en la vida cotidiana de las clases medias.

## BREVES CONCLUSIONES

Como hemos visto, desde la publicación del llamado Código penal de la democracia en 1995, la legislación española ha sufrido una gran cantidad de modificaciones que han dejado a este texto prácticamente irreconocible. Pensamos que, aunque encontramos algunas reformas de signo contrario, existe una cierta continuidad en estos cambios hacia el endurecimiento y la expansión del sistema penal en un camino lógico y coherente con las nuevas tendencias político criminales. Entendemos que estos cambios están íntimamente relacionados con el nuevo sistema socioeconómico que viene imponiéndose desde finales del siglo XX. Un ejemplo bastante significativo de estas relaciones la vemos en algunos de los grupos a los que se dirige la mirada, que suelen ser sectores excluidos y marginalizados por este sistema y en las conexiones con otra serie de normas de carácter extrapenal que se dirigen al control y la regulación de los espacios públicos. En este sentido, la seguridad ciudadana y el orden público se convierten en una excusa para limpiar determinados barrios de las ciudades en busca de ambientes más gratos para el turismo y de incrementos en el valor de los inmuebles.

Estas tendencias suponen un endurecimiento de las actuaciones de la policía y de las medidas impuestas por los tribunales, una promoción del encarcelamiento y una focalización en poblaciones consideradas de riesgos como los jóvenes de barrios marginales, las minorías raciales o la población migrante. Pero también tienen una finalidad de vigilancia extrapenal de grandes segmentos de la población, necesaria para la definitiva imposición del sistema económico neoliberal.

Estamos hablando, en definitiva, de la expansión del derecho penal a veces a través de normas dirigidas en exclusiva a calmar los sentimientos de inseguridad ciudadana y las ansias punitivas de parte de la sociedad y a veces a través de normas que realmente sí suponen un cambio considerable, criminalizando nuevas conductas o endureciendo la respuesta penal ante conductas que ya estaban penalizadas anteriormente. Se trata de un derecho penal con rasgos hasta ahora más propios de los estados totalitarios pero en un sistema formalmente democrático. Un nuevo sistema, que algunos llaman democracia autoritaria.

## BIBLIOGRAFÍA

ALONSO RIMO, A. (2014). El Nuevo Anteproyecto De Ley Orgánica De Protección De La Seguridad (¿Ciudadana?): Análisis Desde La Perspectiva Del Derecho De Reunión Y Manifestación. *Revista General De Derecho Penal* (21).

BARATTA, A. (1989). Por Una Teoría Materialista De La Criminalidad Y Del Control Social. *Revista Naranja* (12). Obtenido De [Http://Portal.Uclm.Es/Portal/Page/Portal/](http://Portal.Uclm.Es/Portal/Page/Portal/)

Idp/Revista%20naranja%20(Documentos)/Seccion\_12/Por%20una%20teoria%20materialista.Pdf (Última Visita 10-10-2008)

BAUCELLS I LLADÓS, J. (2015). El Nuevo Derecho Sancionador Autoritario: Acerca De La Inconstitucionalidad Del Código Penal Y La Ley De Protección De La Seguridad Ciudadana. *Revista General De Derecho Penal* (24).

BOTELLA CORRAL, J. & PERES-NETO, L. (2009). La Formación De La Opinión Pública Y La Construcción De Discursos Sobre La Realidad Criminal En España. En M. García Arán, J. Botella Corral, R. Rebollo Vargas, J. Baucell I Lladós, & L. Perez-Neto, *Malas Noticias. Medios De Comunicación, Política Criminal Y Garantías Penales En España* (Pp. 57 Y Ss.). Valencia: Tirant Lo Blanch.

CUTIÑO RAYA, S. (2017). *Fines De La Pena, Sistema Penitenciario Y Política Criminal*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

\_\_\_\_\_. La Legislación Represiva En Materia De Orden Público Y Seguridad Ciudadana. En J. Del Carpio Delgado (Dir), *Algunas Cuestiones De Parte Especial Tras La Reforma De 2015* (Pp. 219 Y Ss.). Valencia: Tirant Lo Blanch.

DIEZ RIPOLLÉS, J. L. (2004). El Nuevo Modelo De Seguridad Ciudadana. *Revista Electrónica De Ciencia Penal Y Criminología*, 06-03.

FUENTES OSORIO, J. (2005). Los Medios De Comunicación Y El Derecho Penal,. *Revista Electrónica De Ciencia Penal Y Criminología*, 07-16.

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* (1).

GRACIA MARTÍN, L. (2005). Consideraciones Críticas Sobre El Actualmente Denominado Derecho Penal Del Enemigo. *Revista Electrónica De Ciencia Penal Y Criminología*, 07-02.

JAKOBS, G., & CANCIÓ MELIÁ, M. (2006). *Derecho Penal Del Enemigo*. Madrid: Civitas.

LÓPEZ GARRIDO, D., & GARCÍA ARÁN, M. (1996). *El Código Penal De 1995 Y La Voluntad Del Legislador: Comentario Al Texto Y Al Debate Parlamentario*. Madrid: Centro De Estudios Constitucionales.

MACÍAS CARO, V. M. (2015). Del Orden Público Al Terrorismo Pasando Por La Seguridad Ciudadana: Análisis De Las Reformas De 2015. *Revista Penal* (36).

MAQUEDA ABREU, M. L. (2015). La Criminalización Del Espacio Público: El Imparable Ascenso De Las Clases Peligrosas. *Revista Electrónica De Ciencia Penal Y Criminología* (17).

OBSERVATORI DEL SISTEMA PENAL I ELS DRETS HUMANS. (2005). *El Populismo Punitivo. Análisis De Las Reformas Y Contrareformas Del Sistema Penal En España (1995-2005)*. Barcelona: Ajuntament De Barcelona.

PÉREZ MORENO, A. (2014). Delito De Atentado Contra La Autoridad. Agentes Blindados. *Series Análisis Jurídicos- Sydh1*. Obtenido De [Http://Rightsinternationalspain](http://Rightsinternationalspain).

PISARELLO, G., & ASENS, J. (2014). *La Bestia Sin Bozal. En Defensa Del Derecho A La Protesta*. Madrid: Catarata.

RECHEA ALBEROLA, C., FERNÁNDEZ MOLINA, E., & Benítez Jiménez, M. (2004). *Tendencias Sociales Y Delincuencia. Informe Nº 11*, Centro De Investigación En Criminología. Obtenido De [https://www.uclm.es/centro/criminologia/pdf/Informes/11\\_2004.pdf](https://www.uclm.es/centro/criminologia/pdf/Informes/11_2004.pdf)

TIJOUX, M. E. (2002). *Cárceles Para La Tolerancia Cero: Claúsura De Pobres Y Seguridad De Ciudadanos. Última Década*, Nº16. Viña Del Mar: Cidpa.

VARONA GÓMEZ, D. (2009). *¿Somos Los Españoles Punitivos? Actitudes Punitivas Y Reforma Penal En España. Indret. Revista Para El Análisis Del Derecho* (1).

\_\_\_\_\_. *Medios De Comunicación Y Punitivismo. Indret. Revista Para El Análisis Del Derecho* (1).

WACQUANT, L. (2000). *Las Cárceles De La Miseria*. Madrid: Alianza.

ZULOAGA LOJO, L. (2014). *El Espejismo De La Seguridad Ciudadana. Claves De Su Presencia En La Agenda Política*. Madrid: La Catarata.

Artigo Convidado