

DEBORAH GARCÍA MAGNA

**LA LÓGICA DE LA SEGURIDAD
EN LA GESTIÓN
DE LA DELINCUENCIA**

Prólogo de
José Luis Díez Ripollés

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO
2018

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PRÓLOGO (por José Luis Díez Ripollés)	15
INTRODUCCIÓN	19
1. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN. LOS CAMBIOS EN LA MANERA DE ABORDAR LA DELINCUENCIA: DEL MODELO PENAL RESOCIALIZADOR AL MODELO PENAL DE LA SEGURIDAD CIUDADANA.....	19
2. ESTRUCTURA DE LA OBRA. METODOLOGÍA	23
CAPÍTULO I. RASGOS DEL NUEVO MODELO PENAL DE LA SEGURIDAD CIUDADANA	27
1. INTERVENCIÓN PENAL CENTRADA EN LA DELINCUENCIA CLÁSICA. EL CONTROL DE LAS CLASES MARGINALES A TRAVÉS DEL SISTEMA PENAL.....	28
2. SENSACIÓN DE CRISIS PERMANENTE.....	33
3. EL PROTAGONISMO CRECIENTE DE LA VÍCTIMA	40
4. POPULISMO PUNITIVO Y POLITIZACIÓN DEL DERECHO PENAL.....	48
5. LA REVALORIZACIÓN DEL COMPONENTE AFLICTIVO DE LA SANCIÓN PENAL, EN ESPECIAL, DE LA PENA DE PRISIÓN	56
6. LA CONSIDERACIÓN DEL DELITO COMO UNA DECISIÓN RACIONAL DEL DELINCUENTE	61
7. AUSENCIA DE RECELO ANTE EL PODER SANCIONADOR ESTATAL	65

	Pág.
8. EL TRASLADO A LA SOCIEDAD DE LA RESPONSABILIDAD EN LA LUCHA CONTRA LA DELINCUENCIA	69
9. LA PÉRDIDA DE AUTONOMÍA DE LOS ESTADOS.....	74
10. LOS CAMBIOS EN EL PENSAMIENTO CRIMINOLÓGICO Y EN LA DOGMÁTICA PENAL. EL PAPEL DE LOS EXPERTOS	78
 CAPÍTULO II. IDENTIFICACIÓN DE LOS RASGOS DEL NUEVO MODELO EN LA FASE LEGISLATIVA DEL SISTEMA PENAL ESPAÑOL.....	 83
1. LEYES PENALES QUE INTERVIENEN DE MANERA MÁS INTENSA SOBRE LAS CLASES MARGINALES.....	84
2. LA INTOLERANCIA AL RIESGO COMO GUÍA DE LA INICIATIVA LEGISLATIVA PENAL.....	98
3. EL PROTAGONISMO CRECIENTE DE LA VÍCTIMA EN LA ELABORACIÓN DE LAS LEYES PENALES.....	106
4. POPULISMO PUNITIVO Y POLITIZACIÓN DEL PROCESO LEGISLATIVO PENAL.....	113
5. REFORMAS LEGALES QUE PERSIGUEN AUMENTAR EL COMPONENTE AFLICTIVO DE LA PENA. EL CRECIENTE PROTAGONISMO DE LA PENA DE PRISIÓN.....	120
6. LA CONSIDERACIÓN VOLITIVA DEL DELITO EN LA ELABORACIÓN DE LAS LEYES PENALES. LA DESATENCIÓN A LAS CAUSAS DE LA DELINCUENCIA.....	126
7. LA AUSENCIA DE RECELO SOBRE ALGUNAS PROPUESTAS LEGISLATIVAS PUNITIVAS.....	133
8. NORMAS QUE TRASLADAN A LA SOCIEDAD LA RESPONSABILIDAD EN EL CONTROL DEL DELITO	139
9. PÉRDIDA DE SOBERANÍA ESTATAL EN EL ÁMBITO LEGISLATIVO PENAL: ACORTAMIENTO DE LA SEPARACIÓN ENTRE LOS PODERES EJECUTIVO Y LEGISLATIVO	145
10. CAMBIOS EN EL DISCURSO CRIMINOLÓGICO Y DOGMÁTICO PENAL. REFORMAS PENALES EN EL CONTEXTO DEL MODELO DE SEGURIDAD CIUDADANA QUE ENCUENTRAN APOYO DOCTRINAL	155

	Pág.
CAPÍTULO III. IDENTIFICACIÓN DE LOS RASGOS DEL NUEVO MODELO EN LA FASE DE APLICACIÓN DE LA LEY: CONTROL POLICIAL DE LA DELINCUENCIA Y APLICACIÓN JUDICIAL DE LAS NORMAS PENALES.....	159
1. EL CONTROL SOCIAL DE LOS COLECTIVOS MARGINADOS A TRAVÉS DE LA GESTIÓN POLICIAL Y JUDICIAL DE LA SEGURIDAD CIUDADANA. LA AUSENCIA DE RECELO DE LA CIUDADANÍA RESPECTO A DETERMINADAS ACTUACIONES DE LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD DEL ESTADO	160
2. EL PAPEL CENTRAL DE LA INSEGURIDAD Y EL DESORDEN EN EL CONTROL POLICIAL Y JUDICIAL DE LA DELINCUENCIA.....	180
3. LA INFLUENCIA CRECIENTE DE LA VÍCTIMA EN LAS ESTRATEGIAS DE CONTROL DE LA DELINCUENCIA.....	186
4. POPULISMO PUNITIVO EN EL DISEÑO DE LAS ESTRATEGIAS DE CONTROL POLICIAL DE LA DELINCUENCIA, Y EN LA APLICACIÓN JUDICIAL DE LA LEY	193
5. EL AUGE DEL COMPONENTE AFLICTIVO EN EL CONTROL DE LA DELINCUENCIA: LOS EXCESOS POLICIALES Y LA ELECCIÓN JUDICIAL DEL CASTIGO MÁS SEVERO	201
6. LA CONCEPCIÓN VOLITIVA DEL DELITO. DESCONSIDERACIÓN DEL CONTEXTO SOCIOECONÓMICO Y DE LAS PECULIARIDADES PERSONALES DEL SUJETO.....	211
7. LA AUSENCIA DE RECELO DE LA CIUDADANÍA RESPECTO A DETERMINADAS ACTUACIONES POLICIALES Y PRÁCTICAS JUDICIALES	215
8. TRASLADO A LA SOCIEDAD DE LA RESPONSABILIDAD EN EL CONTROL DE LA DELINCUENCIA. LA PRIVATIZACIÓN DE LOS SISTEMAS DE GESTIÓN DEL DELITO	220
9. LA INFLUENCIA DE LOS INSTRUMENTOS SUPRANACIONALES SOBRE LAS PRÁCTICAS POLICIALES Y ACTUACIÓN JUDICIAL ANTE LA DELINCUENCIA.....	224
10. LOS DISCURSOS CRIMINOLÓGICOS SOBRE LA APLICACIÓN DE LA LEY. ESPECIAL REFERENCIA A LA GESTIÓN POLICIAL DE LA DELINCUENCIA	229

	Pág.
CAPÍTULO IV. IDENTIFICACIÓN DE LOS RASGOS DEL NUEVO MODELO EN LA FASE DE EJECUCIÓN PENITENCIARIA	233
1. EL SISTEMA PENITENCIARIO COMO MECANISMO DE EXCLUSIÓN SOCIAL	234
2. LA INFLUENCIA DE LA SENSACIÓN DE INSEGURIDAD EN LAS PRÁCTICAS DE LOS OPERADORES DEL SISTEMA PENITENCIARIO	245
3. EL PROTAGONISMO DE LA VÍCTIMA EN LAS DECISIONES SOBRE LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS	251
4. LA POLITIZACIÓN DEL ÁMBITO DE EJECUCIÓN PENITENCIARIO. DECISIONES QUE SE ADOPTAN EN FUNCIÓN DE CRITERIOS POPULISTAS.....	255
5. EL AUGE DEL COMPONENTE AFLICTIVO EN LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS. CONDICIONES DE CUMPLIMIENTO EN PRISIÓN.....	260
6. DESPREOCUPACIÓN POR LAS CAUSAS ESTRUCTURALES DE LA DELINCUENCIA. EL DECLIVE DEL IDEAL RESOCIALIZADOR. LA TRANSFERENCIA AL PENADO DE LA RESPONSABILIDAD SOBRE SU PROPIA REINSERCIÓN	266
7. AUSENCIA DE RECELO DE LA CIUDADANÍA ANTE CIERTAS PRÁCTICAS EN EL ÁMBITO PENITENCIARIO.....	272
8. EL TRASLADO A LA SOCIEDAD DE LA RESPONSABILIDAD EN LA EJECUCIÓN DE LAS SANCIONES. ESPECIAL ATENCIÓN A LA PRIVATIZACIÓN EN LA PRISIÓN Y EN EL SISTEMA DE JUSTICIA JUVENIL.....	276
9. LA INFLUENCIA DE LOS INSTRUMENTOS SUPRANACIONALES EN LAS PRÁCTICAS DE LOS OPERADORES DE LA EJECUCIÓN PENITENCIARIA.....	282
10. CAMBIOS EN EL DISCURSO CRIMINOLÓGICO SOBRE LA EJECUCIÓN DE PENAS. EL NUEVO ENFOQUE DEL CONTROL.....	288
 CAPÍTULO V. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS	 293
1. RECAPITULACIÓN Y REFLEXIONES CRÍTICAS.....	293
2. LOS INDICIOS DEL CAMBIO DE MODELO	294

	<u>Pág.</u>
3. PROPUESTAS. BASES PARA UN MODELO ALTERNATIVO AL DE LA SEGURIDAD CIUDADANA: EL MODELO PE- NAL DEL BIEN COMÚN	301
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	309

PRÓLOGO

Tras más de tres lustros penetrando por todos los intersticios del sistema penal, las propuestas securitarias se han asentado firmemente en la política criminal española, al igual que en la de numerosos países de nuestro entorno cultural. Cuesta cada vez más decir que nuestro modelo de intervención penal corre el riesgo de desnaturalizarse por la progresiva aceptación de esas propuestas. La transformación ya se ha producido en gran medida, y no creo que sea exagerado afirmar que padecemos la vigencia de un modelo penal de la seguridad ciudadana o securitario. Sus engañosas ofertas de mayor eficacia en la lucha contra la delincuencia se han abierto paso, y las posturas que se le oponen están claramente a la defensiva. Y esa defensa carece hoy por hoy de un modelo político-criminal alternativo, suficientemente perfilado y que pueda revertir la situación tomando la iniciativa en política criminal. La salvaguarda de las garantías penales, el discurso fundado en ellas, sin perjuicio de su carácter imprescindible e irrenunciable, no está en condiciones de confrontar las actuales transformaciones político-criminales.

La doctrina político-criminal, criminológica y penal española percibió casi desde su inicio la trascendencia de esta evolución, y abundan los estudios que han profundizado en unos u otros aspectos de las decisiones securitarias que iban conformando nuestro sistema de control penal. Desgraciadamente, no siempre se fue consciente del trasfondo ideológico y socialmente disruptivo de ese movimiento, y un sector minoritario de nuestros estudiosos le prestó una atención complaciente. Los estudios, por otra parte, se han centrado sobre todo, aunque no exclusivamente, en las modificaciones legislativas que experimentaba nuestro ordenamiento penal. Actitud comprensible, al constituir estas el instrumento mediante el que se termina transformando el conjunto de prácticas institucionales punitivas. Además, la llamativa aparición de nuevos actores sociales con intereses también novedosos ha sido otra razón que explica esa concentración temática.

El trabajo de Deborah García Magna, que ahora me honro en presentar, constituye por varios y relevantes motivos un muy significativo avance en el estudio del arraigo del modelo de seguridad ciudadana en el ordenamiento jurídico-penal español.

El primero tiene que ver con la ambición que muestra a la hora de trazar el objeto de su estudio: Abarca la producción legislativa penal, la intervención policial, la aplicación judicial y la ejecución penitenciaria. Creo no equivocarme si afirmo que no ha habido hasta ahora una investigación española que haya cubierto las cuatro áreas más relevantes de la intervención penal de un modo tan comprensivo y sistemático. Esa pretensión le ha permitido sacar a la luz prácticas preventivas y punitivas que pasaban desapercibidas o que no se relacionaban a primera vista con el modelo de seguridad ciudadana. Y, naturalmente, ha podido trazar interrelaciones muy valiosas entre el conjunto de reglas y prácticas identificadas.

El segundo motivo de aprecio tiene que ver con el modelo analítico escogido. Y no lo digo porque haya empleado el marco analítico por mí desarrollado, que a su vez es parcialmente heredero del propuesto por Garland, decisión que en todo caso agradezco y me enorgullece. Una simple lectura del índice del volumen evidencia la gran aportación de nuevos contenidos que realiza al citado modelo analítico, y los matices que añade en función de cuál de los ámbitos de intervención penal está analizando. Y, como es lógico, eso tiene luego su plasmación en la exposición de esos contenidos y matices en el lugar correspondiente del trabajo. El modelo analítico está ahora en condiciones, gracias a la autora, de ofrecer unas prestaciones significativamente mayores.

El tercer motivo valioso que me gustaría destacar se refiere a la capacidad del estudio para mostrar diferencias, si no sustanciales al menos sí relevantes, entre los diferentes ámbitos de intervención penal en lo que concierne a la penetración respectiva del modelo de seguridad ciudadana. Entre otros, integrantes del Instituto andaluz interuniversitario de Criminología ya habíamos llamado la atención en el Informe ODA de 2010/2011 sobre la relativa autonomía que mostraba la ejecución penitenciaria frente a las tendencias rigoristas y securitarias en boga¹. El detenido análisis realizado por García Magna confirma con más datos y argumentos ese hecho, y extiende esa comprobación al resto de sectores de intervención penal, llegando a conclusiones especialmente perspicaces.

No es de extrañar, por consiguiente, que la panorámica que ofrece la autora en los capítulos centrales del trabajo satisfaga sobradamente las expectativas y resulte, por su riqueza de contenidos, inabarcable en una primera lectura. Logra ofrecernos una acabada descripción de aquello en lo que se ha convertido nuestro sistema penal tras años de presiones populistas, coyunturales, oportunistas y en gran medida ignorantes de la realidad delincuenciales española y de la naturaleza de los recursos disponibles para abordarla.

¹ Véanse J. L. DÍEZ RIPOLLÉS y E. GARCÍA ESPAÑA (dirs.), *Realidad y política penitenciarias*, Tirant/IAIC, 2012.

García Magna no se atreve aún a decir que nuestro modelo de intervención penal ha mutado en otro distinto, aunque la lectura de su obra, y la síntesis de los indicios transformadores más característicos que hace en su capítulo conclusivo, dejan, en mi opinión, poco margen a la duda. Bien conocedora de esa realidad, considera una urgente necesidad configurar un nuevo modelo político-criminal que ataje la deriva rigorista y socialmente excluyente del modelo en ciernes. Y a tales efectos se adhiere a la corriente doctrinal que propugna un modelo político-criminal bienestarista, socialmente incluyente, que ella denomina del bien común. Y lo que es más importante, incorpora al final de su trabajo más de dos docenas de recomendaciones encaminadas a facilitar el tránsito a ese nuevo modelo, hechas desde el profundo conocimiento adquirido en su investigación.

En suma, estamos ante un análisis político-criminal de primera fila, que nos confronta a los penalistas, de una manera cruda por su claridad e impactante por su extensión, con la realidad político-criminal que tenemos.

Ello no hubiera sido posible si la autora no dispusiera de unas dotes intelectuales sobresalientes, unos conocimientos y curiosidad que se prolongan por todas las ramas de la ciencia penal, y una destacada capacidad de trabajo. Su integración en el equipo de investigadores del Área de Derecho penal y del Instituto andaluz interuniversitario de Criminología de la Universidad de Málaga nos ha permitido disfrutar de esas cualidades académicas, que vienen además acompañadas de unas cualidades personales igual de destacadas. En esas condiciones, quién no se alegraría, como yo desde luego hago, porque se considere mi discípula y atribuya a mis ideas y directrices algún valor en su formación.

En Málaga, a 18 de marzo de 2018.

José Luis Díez RIPOLLÉS
Catedrático de Derecho penal
Universidad de Málaga

INTRODUCCIÓN

1. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN. LOS CAMBIOS EN LA MANERA DE ABORDAR LA DELINCUENCIA: DEL MODELO PENAL RESOCIALIZADOR AL MODELO PENAL DE LA SEGURIDAD CIUDADANA

La transformación que en los últimos casi cuarenta años han sufrido los modelos de sistema penal implantados en diversos países de occidente ha sido ampliamente documentada en la literatura criminológica y político-criminal a nivel internacional. Al hablar de sistema penal me refiero a un concepto amplio de modelo de control social de la delincuencia, en el que se encuadran no solo la ley y las prácticas aplicadas por los actores formales en los ámbitos legislativo, policial, judicial y penitenciario vigentes, sino también la política criminal que determina las estrategias públicas y, por tanto, el comportamiento de las fuerzas y agentes sociales, económicos y políticos que influyen en esa política criminal y dan lugar a que se adopten o se dejen ciertas alternativas de control de la delincuencia.

Uno de los rasgos más característicos del actual modelo penal, tal como la doctrina ha señalado y comprobado empíricamente, es la tendencia hacia una mayor severidad en la respuesta que se da al delito, lo que se refleja de manera especialmente llamativa en un aumento considerable de las tasas de encarcelamiento¹ en la mayoría de los países de occidente (en especial, en Estados Unidos, pero también en Reino Unido y otros países europeos, como por ejemplo España). Al margen de que esta afirmación adolece de

¹ Aunque se suele utilizar como indicador fundamental del proceso de cambio de modelo penal la evolución de la tasa de encarcelamiento, en estas páginas se tratará en detalle el alcance cualitativo y no solo cuantitativo de dicho proceso y, por tanto, la existencia de muchos otros indicadores que pueden darse de manera conjunta o aisladamente en cada ordenamiento jurídico, o incluso cohabitar con factores de signo contrario. En ese sentido, D. NELKEN, «When is a society non-punitive? The Italian case», 2005, pp. 128 y ss.; también M. CAVADINO y J. DIGNAN, *Penal systems: A comparative approach*, 2008, pp. 4 y 5, quienes tras poner de manifiesto las dificultades a la hora de comparar distintos ordenamientos y prácticas, llegan a la conclusión de que la tasa de encarcelamiento es un indicador que, al menos inicialmente, permite comparar los niveles de rigor punitivo de distintos países o trazar las tendencias en la severidad de sistemas concretos a lo largo del tiempo.

una excesiva generalidad y que, por tanto, debe ser matizada², se trata de un hecho del que necesariamente se debe partir si se quiere hacer un análisis detenido de la situación.

Tal como la doctrina se ha ocupado en reflejar³, el inicio del proceso de transformación hacia el actual modelo penal puede situarse a mediados de los años setenta del siglo pasado. Hasta ese momento y desde los años sesenta se había implantado con fuerza, sobre todo en Estados Unidos, Reino Unido y los países escandinavos, un modelo configurado a partir de la ideología del tratamiento, mientras que en otros países occidentales, como España, se consolidaba el modelo penal clásico bajo la forma de un Derecho penal garantista. En un contexto económico de prosperidad y pleno empleo, el sistema político socialdemócrata y bienestarista permitía gobernar apaciblemente desde el discurso de la inclusión y la integración, con una combinación de motivaciones humanitarias y utilitaristas. La sanción penal se entendía desde un punto de vista rehabilitador, dejando de lado otros posibles efectos sociopersonales que esta pudiera tener, ya fuese sobre la generalidad de la ciudadanía o sobre el propio delincuente. Se partía de la creencia generalizada en la capacidad de control social informal que tienen instituciones como la familia, el vecindario, la comunidad, la escuela o el lugar de trabajo, y, en caso de no ser suficiente dicho control, de la confianza en la validez del modelo penal, avalado por la autoridad de los expertos que lo diseñaban y aplicaban. Así, este modelo contaba con el apoyo de amplios sectores de la población que no se cuestionaban su efectividad, y con una clase política que apenas se inmiscuía en estos asuntos. En dicho contexto, basado en la capacidad del sistema para conseguir que el delincuente se reintegrara con éxito en la sociedad, se empezaron a dejar de lado ciertas cautelas propias del Derecho penal clásico, promoviendo la indeterminación de la pena, centrandó la intervención en el sujeto en lugar de en el hecho concreto, y atendiendo a sus condiciones sociales y personales para poder ofrecerle así un mejor tratamiento.

² M. TONRY, «Determinants of penal policies», 2007, entre otros, señala que no es cierto que se estén endureciendo en general todos los sistemas penales y afirma que, en aquellos países en los que sí se está produciendo ese endurecimiento, este no depende solo de que haya más delincuencia, miedo al riesgo, globalización, etc., sino, sobre todo, de la existencia de determinadas condiciones culturales, históricas, constitucionales y políticas. J. L. DíEZ RIPOLLÉS, «La dimensión inclusión/exclusión social como guía de la política criminal comparada», 2011a, pp. 12 y ss., se refiere precisamente a la insuficiencia metodológica de la tasa de encarcelamiento como indicador del rigorismo punitivo, a pesar de sus muchas virtudes; en realidad, este autor apunta a las dimensiones inclusión/exclusión social en lugar de las de moderación/rigorismo penal como guía para un análisis comparado de los sistemas penales.

³ Sirvan a modo de ejemplo, aunque por supuesto no de manera exclusiva, las explicaciones ofrecidas sobre este proceso de transformación en las influyentes obras de D. GARLAND, *The culture of control. Crime and social order in contemporary society*, 2001, y, en nuestro país, J. L. DíEZ RIPOLLÉS, «El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana», 2004a, y «La nueva política criminal española», 2004b.

A mediados de los años setenta, sin embargo, se dan una serie de circunstancias que acaban produciendo la quiebra del modelo resocializador en los países anglosajones, sentando las bases para un nuevo modelo que derivará en el que actualmente impera⁴. Por una parte, de manera bienintencionada se pone de manifiesto por la criminología crítica que centrar la intervención penal en las características del propio delincuente puede ocultar la parcela de responsabilidad que en el fenómeno de la delincuencia tienen los sectores más favorecidos de la sociedad y los órganos de control social. Además, desde el punto de vista del modelo garantista, se cuestiona la legitimidad de un sistema que, para poder tratar al sujeto, debe interferir de manera intensa en sus derechos y libertades (llegando a cambiar su personalidad), máxime cuando comienza a extenderse la idea de que el tratamiento tiene una eficacia limitada. En ese sentido, se multiplican las voces que propugnan un restablecimiento de las garantías: volver a centrar la intervención en la responsabilidad por el hecho concreto cometido, recuperar las penas determinadas y reducir así el arbitrio judicial.

Por otra parte, en un contexto de crisis económica y aumento de la criminalidad, y desde un punto de vista menos comprensivo con el delincuente, recuperan su prestigio otros efectos sociopersonales de la sanción penal distintos de la resocialización del individuo, como la intimidación del conjunto de la sociedad y del sujeto delincuente y, sobre todo y cada vez más, la inocuización de este último. Surge así con fuerza en los países anglosajones un modelo penal de sentimientos punitivos y de gestos expresivos que tiene su momento álgido y paradigmático en las políticas populistas de «ley y orden» de los gobiernos neoconservadores y neoliberales de Ronald Reagan y Margaret Thatcher en Estados Unidos e Inglaterra, respectivamente. En los países escandinavos, sin embargo, las críticas a los abusos del modelo del tratamiento supusieron un retorno al modelo garantista que incorporó sus premisas a las prácticas rehabilitadoras.

Por su parte, el modelo penal clásico, asentado en la Europa continental bajo la forma de un Derecho penal mínimo, se ha visto cuestionado en las últimas décadas ante su incapacidad para afrontar los retos de la moderni-

⁴ D. GARLAND, *op. cit.*, 2001, 77 y ss., considera que las bases políticas, económicas y culturales que previamente sirvieron de soporte al moderno control penal fueron erosionándose por las tendencias de la modernidad tardía, el libre mercado y los cambios intelectuales y políticos que los acompañaron. De esta manera, esos cambios que transformaron la experiencia del delito, la inseguridad y el orden social, habrían dado lugar a pautas de control del delito semejantes a nivel internacional. En el mismo sentido, son fundamentales para explicar estos cambios en el contexto estadounidense y su traslado a otros países occidentales, las obras de J. YOUNG, «La sociedad “excluyente”: Exclusión social, delito y diferencia en la modernidad tardía», 2003; L. WACQUANT, «Punishing the poor: The neoliberal government of social insecurity (politics, history & culture)», 2009; y J. SIMON, *Governing through crime: How the war on crime transformed american democracy and created a culture of fear*, 2007.

dad tardía. Así, los cambios tecnológicos, mediáticos y socioeconómicos acontecidos en las sociedades posmodernas de los últimos años del siglo pasado y primeros del presente han derivado en una sensación generalizada de inseguridad que ha provocado una expansión supuestamente modernizadora del Derecho penal. La llamada sociedad del riesgo, acuciada por temores ante las nuevas formas de criminalidad, ha dado paso a un modelo securitario e intolerante centrado en toda clase de fuentes de riesgo, especialmente las procedentes de sujetos que se dedican habitualmente a cometer delitos de escasa gravedad (delincuencia patrimonial reiterada), aquellos que actúan de manera organizada (grupos criminales terroristas, entramados de delincuencia económica, redes de trata de personas, etc.) y aquellos que cometen delitos contra víctimas especialmente indefensas (delincuentes violentos y sexuales).

Ante la percepción de que la estructura tradicional del sistema penal no es capaz de contener las nuevas formas de delincuencia, se ha cambiado de paradigma y se ha optado de manera generalizada por un uso intensivo del Derecho penal. Este nuevo modelo parte de que la opinión pública se encuentra alarmada y no está dispuesta a comprender aproximaciones racionales a la delincuencia, por lo que es proclive a aceptar medidas dirigidas fundamentalmente a calmar el miedo al delito. Por ejemplo, se acude sin reparos a fórmulas eminentemente inocuidadoras para atajar la delincuencia violenta, medidas extensivas de control para la delincuencia patrimonial habitual y herramientas del sistema penal para ordenar las conductas incívicas, en una perspectiva que se aleja de los principios limitadores del garantismo en la previsión y uso de las sanciones penales y que, a diferencia del modelo rehabilitador, se dirige a neutralizar las manifestaciones del problema, en lugar de tratar sus causas. Por un lado, el Derecho penal ya no restringe su ámbito de actuación al mínimo imprescindible, sino que despliega sus efectos de manera intensa e incluso sobre conductas sin la relevancia suficiente; por otro lado, se parte de un enfoque volitivo de la delincuencia, desatendiendo sus causas estructurales, y centrando la intervención en la idea del libre albedrío del sujeto infractor que, según esta visión sesgada de la realidad, tiene otras opciones aceptables pero las desecha porque pretende sacar provecho del sistema.

Este nuevo sistema de control social penal se desarrolla en un contexto y tiene unos rasgos que resultan difícilmente aprehensibles con los recursos propios de los modelos penales previos⁵. Por ello se hace necesario desarrollar un nuevo modelo que proporcione los instrumentos conceptuales ade-

⁵ En especial, llama la atención sobre la incapacidad del modelo penal garantista para servir de instrumento de análisis de los cambios hacia el nuevo modelo penal securitario, J. L. DÍEZ RIPO-LLÉS, *op. cit.*, 2004a, pp. 2 y 3, y 6 y ss., quien apunta las ideas motoras del mismo; RANDO CASERMEIRO, «El modelo penal de la seguridad ciudadana en el derecho administrativo sancionador».

cuados para analizar esta nueva realidad, haciéndola comprensible y combatiendo así los excesos del sistema.

2. ESTRUCTURA DE LA OBRA. METODOLOGÍA

A lo largo de estas páginas pretendo mostrar que el sistema penal español, como otros muchos del contexto occidental, está sufriendo una serie de transformaciones que se pueden explicar a través del modelo de la seguridad ciudadana, también llamado de ley y orden, o de mano dura. Considero que este nuevo modelo explica muchas de las normas y prácticas que se desarrollan en cada una de las fases del sistema penal español, sustituyendo en buena medida al modelo penal garantista que imperaba hasta hace algunos años. Así, me he propuesto verificar, en la medida de lo posible, que el modelo securitario proporciona los conceptos adecuados para interpretar el uso intensivo de los instrumentos punitivos que se está produciendo en los últimos años. Con ello, pretendo poner de manifiesto que algunos de los rasgos que caracterizan las sociedades occidentales actuales influyen en los operadores del sistema penal con la fuerza suficiente para llevar a cabo cambios de tendencia en la gestión de la delincuencia. Ello no implica que no haya también ámbitos que se mantienen ajenos a dicha tendencia, o incluso agentes que presentan resistencia al cambio, o rasgos propios del modelo anterior ahora renovados y que, combinados con otros nuevos, adquieren mayor intensidad. De hecho, como se observará a lo largo del análisis, la incidencia del modelo securitario en el sistema penal español tiene un diferente calado en cada fase en función de su grado de exposición a la opinión pública, de manera que es más intenso antes y durante el proceso legislativo y está menos presente en la fase de ejecución de las sanciones penales⁶.

Ciertamente el alcance de este trabajo es limitado, pues no se puede analizar exhaustivamente todo el sistema penal español; sin embargo, se considera posible demostrar que los rasgos que inicialmente se van a identificar en el contexto internacional (sobre todo en Estados Unidos), se pueden encontrar en todas y cada una de sus fases. Es preciso tener en cuenta que, aunque se procederá a una breve explicación de por qué surge este modelo y cómo se produce su expansión hasta influir en muchos de los sistemas jurídicos occidentales, el objetivo del trabajo es más descriptivo que explicativo. Así, el trabajo se centrará en la localización de prácticas y normas que reflejen los

2010, p. 6, considera que este modelo está ya plenamente consolidado en España, sobre todo a raíz de las reformas acaecidas en el año 2003.

⁶ J. A. BRANDARIZ GARCÍA, «¿Una teleología de la seguridad sin libertad? La difusión de lógicas actuariales y gerenciales en las políticas punitivas», 2014, p. 318, se refiere así a «hibridaciones novedosas» en el ámbito penitenciario.

rasgos previamente identificados, lo que servirá para dar cuenta de la permeabilidad de nuestro sistema penal a ese modelo de ley y orden.

La metodología aplicada a lo largo del trabajo es compleja e incluye técnicas cuantitativas y cualitativas. Además, he creído preciso tomar una serie de precauciones que Garland considera indispensables para analizar correctamente la realidad, sobre todo cuando el ámbito de estudio es precisamente un cambio de paradigma⁷: a) No se deben confundir los movimientos a corto plazo con los cambios estructurales, ya que los puntos de inflexión no se producen en el preciso momento en que se estudian y algunos de los factores objeto de análisis pueden ser efímeros; b) No se han de confundir medios con fines; c) No se debe subestimar el valor del lenguaje; d) No hay que confundir hablar con actuar; y e) No se puede tratar igual asuntos que son distintos, aunque vayan de la mano. En la misma línea merece especial consideración la advertencia de Tonry cuando señala que en el análisis sobre el modelo penal actual se debería ser cauteloso al afirmar que existe una tendencia punitiva monolítica, ya que son numerosos los matices⁸. En todo caso, tal como apunta Díez Ripollés respecto a los análisis de política criminal comparada, a lo largo de este trabajo he intentado no caer en el «despotismo de la pureza metodológica» que impida avanzar, aun cuando se tengan objetivos modestos⁹.

Teniendo en cuenta estas advertencias y apreciaciones, en primer lugar se ha llevado a cabo una revisión teórica y análisis detenidos de la literatura procedente de la doctrina penal y criminológica española y extranjera. Se ha prestado especial atención al ámbito anglosajón, en concreto, Estados Unidos y Reino Unido, por considerar que las políticas allí desarrolladas sirven de modelo para las que se están implantando en muchos países occidentales, concretamente en España. Dicho trabajo recopilatorio previo ha permitido identificar diez rasgos descriptivos del modelo penal securitario, que han servido de guía para el posterior análisis de las normas y prácticas del sistema penal español. De esta forma, luego se ha procedido a localizar y seleccionar ejemplos de dichos rasgos en las dinámicas de los operadores que actúan en cada una de sus fases: la iniciativa legislativa penal, el propio proceso legislativo, las normas concretas que son producto de dichos procesos y dinámicas,

⁷ D. GARLAND, *op. cit.*, 2001, p. 22.

⁸ M. TONRY, *op. cit.*, 2007, pp. 38 y ss., considera que para explicar los cambios en las dinámicas frente a la delincuencia sería preciso ampliar las explicaciones basadas en el crecimiento de la delincuencia, la globalización, la inseguridad ontológica, la angustia del posmodernismo, la modernidad tardía, etc., en una clara referencia crítica a Garland, en mi opinión. Así, apunta que es conveniente llevar a cabo un análisis de otros indicadores, como los que él mismo agrupa en políticas, prácticas y procedimientos (p. 14, tabla 2). Respecto a las críticas por falta de fundamento empírico en las tesis de Garland, entre otros E. K. BROWN, «The dog that did not bark: Punitive social views and the “professional middle classes”», 2006.

⁹ J. L. DÍEZ RIPOLLÉS, *op. cit.*, 2011a, p. 19.

la actuación de las fuerzas de seguridad, las prácticas de los actores judiciales, y las rutinas de los operadores del ámbito de ejecución de penas. Para confirmar la hipótesis secundaria se ha prestado especial atención a aquellas prácticas y normas determinadas por la exposición mediática. Concretamente, se ha procedido a examinar la jurisprudencia (española y supranacional); los diarios de sesiones, preámbulos y exposiciones de motivos de leyes y otra normativa (tanto de la legislación española y supranacional vigente como de la normativa que las precedió y de diversas reformas en tramitación); los barómetros de opinión, diversas encuestas de victimización, datos concretos sobre la incidencia de la delincuencia y de la aplicación de las sanciones, y otros estudios elaborados por organismos institucionales, no gubernamentales y de investigación, tanto españoles como internacionales. Asimismo se han llevado a cabo algunos estudios empíricos en aquellos ámbitos en los que no se han hallado datos o cuando estos no se encontraban relacionados entre sí.

CAPÍTULO I

RASGOS DEL NUEVO MODELO PENAL DE LA SEGURIDAD CIUDADANA

La caracterización del modelo penal que se pretende realizar a lo largo de este primer capítulo implica aceptar algunas limitaciones previas. La primera de ellas consiste en que los rasgos que se van a enumerar no constituyen compartimentos estancos y, por tanto, en ocasiones pueden superponerse argumentos cercanos o comunes a varios de ellos. Por ejemplo, el llamado control de las clases marginales a través del sistema penal tiene elementos cercanos a otros descriptores, como el auge del componente aflictivo de la pena, la sensación de crisis permanente o de inseguridad ontológica, o la presunción de que el delito es una decisión racional. En otros casos se podrá hablar de rasgos que incluyen a todos los demás, como puede ser el análisis que se realiza de los cambios que han experimentado el pensamiento dogmático y el conocimiento criminológico en las últimas décadas.

Una segunda limitación se encuentra en el carácter progresivo del modelo que se describe. Al identificar en las prácticas de los operadores jurídicos del sistema penal español los rasgos que se van a describir, se podrá observar cómo todos ellos se encuentran imbricados y conformando las bases de un modelo que va ganando fuerza pero que todavía no se ha terminado de asentar, por lo que aún conserva elementos de estrategias anteriores de gestión del delito que se manifiestan de manera más o menos intensa en las distintas fases o ámbitos del sistema penal (según lo consideremos un proceso o un todo¹) en función de diversos factores.

En definitiva, la finalidad de este trabajo es verificar una hipótesis ya descrita en la literatura, consistente en afirmar que nos encontramos en un momento de cambio hacia un modelo penal basado en la idea de la seguridad ciudadana y en un enfoque de la delincuencia que se olvida de sus causas y se centra en gestionarla como un riesgo más de las sociedades en que vivi-

¹ Partiendo del concepto amplio de sistema penal al que se ha hecho referencia en las páginas introductorias.

mos. Dado que este cambio no se produce de manera abrupta sino gradual, se pretende describir en primer lugar este proceso de transformación mediante la identificación de diez rasgos que se conectan entre sí y que presentan un distinto grado de consolidación², para posteriormente comprobar que nuestro sistema penal, al igual que otros muchos, está sucumbiendo a dicha tendencia.

1. INTERVENCIÓN PENAL CENTRADA EN LA DELINCUENCIA CLÁSICA. EL CONTROL DE LAS CLASES MARGINALES A TRAVÉS DEL SISTEMA PENAL

Vamos a barrer, con la ley en la mano, a los pequeños delincuentes de las calles españolas.*

La primera característica del actual modelo penal no es nueva. Y eso es precisamente lo destacable: que a pesar de los intentos que aparentemente se han hecho desde la política criminal para cambiar el orden de prioridades del sistema de control social formal, este sigue centrándose en la delincuencia clásica y, en consecuencia, en las clases marginales³. Es cierto que en algún momento, sobre todo a finales del siglo XX, ciertos ordenamientos jurídicos han intentado prestar mayor atención a la criminalidad de los poderosos (aunque sin restar presión sobre la delincuencia común). Como ejemplo, el Código Penal español de 1995 supuso un avance político-criminal importante respecto a la regulación anterior, al menos sobre el papel. Se introdujeron o reforzaron delitos relacionados con el medio ambiente, la fabricación y distribución de productos, los avances científicos y tecnológicos, la corrupción pública y la delincuencia organizada en ámbitos como el socioeconómico, el tráfico de drogas o la trata de personas con fines de explotación sexual o laboral. Sin embargo, al cabo del tiempo se ha podido ver con pesimismo que todo este esfuerzo normativo ha tenido poca incidencia real en la delincuencia de los llamados *poderosos*, que siguen valién-

² Utilizo para ello el modelo presentado por J. L. DÍEZ RIPOLLÉS, *op. cit.*, 2004a, 6 y ss.

* José María Aznar, septiembre de 2002. Presentación de las líneas generales del programa electoral del Partido Popular. Poco después se produjeron reformas penales que incidieron especialmente en los reincidentes de delitos de escasa gravedad contra el patrimonio, los extranjeros, la delincuencia sexual y las condiciones de cumplimiento de la pena de prisión.

³ Ya a finales del siglo pasado, T. MATHIESEN, «General prevention as communication», 1995, p. 227, llamaba la atención sobre el hecho de que el sistema penal se dirige habitualmente hacia personas ya de por sí estigmatizadas por su situación social y que en realidad necesitarían asistencia en lugar de castigo, siendo en ese sentido muy descriptivo al decir que «[...] *the penal system strikes at the "bottom" rather than at the "top" of society*».

dose de artimañas financieras, legales y procesales para eludir una justicia penal que, además, en ocasiones es difícil de aplicar por la defectuosa técnica legislativa.

Ese pretendido esfuerzo en controlar las conductas generadoras del riesgo procedente de los grandes entramados societarios, las nuevas tecnologías o, en general, los avances de la sociedad postmoderna⁴, justificaría una intervención penal expansiva que acaba teniendo consecuencias perversas. En efecto, en un contexto de inseguridad económica y social, la excusa de atajar la delincuencia de los poderosos obtiene el beneplácito (o la indiferencia) de la sociedad, que no recela de la tendencia hacia un Derecho penal cada vez más intrusivo y severo, por considerar que así se pueden controlar dichos riesgos. El problema es que se está produciendo una confusión entre dos fuentes de peligro: de un lado, la delincuencia que se comete desde los despachos, es decir, la protagonizada por los poderosos; y, de otro, la delincuencia callejera, que surge de la marginalidad social y económica⁵. Evidentemente, tanto las causas como la manera en que se manifiestan, los agentes implicados y las consecuencias de ambas clases de delincuencia son tan diferentes que abordarlas con los mismos instrumentos resulta a todas luces un sinsentido. Como se verá en el epígrafe siguiente, aunque ambas fuentes de peligro son muy distintas, tienen en común, sin embargo, el impacto emocional que producen en la ciudadanía. La sensación de incertidumbre laboral, económica, sanitaria, familiar, etc., que provocan las conductas y decisiones (no siempre ilegales) de las personas que dirigen la política y la economía de los estados y las grandes empresas, son el caldo de cultivo idóneo para que los comportamientos delictivos procedentes de la marginación social, percibidos por los ciudadanos afectados como más cercanos e inmediatos, produzcan un creciente sentimiento de incertidumbre⁶. En definitiva, los ciudadanos reclaman, con razón, sentirse

⁴ U. BECK, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, 2006, pp. 33 y ss.

⁵ J. L. DIEZ RIPOLLÉS, «De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado», 2005, p. 10, quien apunta que «la criminalidad de los socialmente excluidos constituye la dimensión no tecnológica de la sociedad del riesgo».

⁶ J. M. SILVA SÁNCHEZ *et al.*, *La ideología de la seguridad en la legislación penal española presente y futura*, 2003, pp. 128 y ss., hace referencia a que las manifestaciones de la criminalidad organizada que incrementan la sensación de inseguridad son aquellas propias de la criminalidad cotidiana (pequeña delincuencia patrimonial, violencia callejera, distribución de droga). Ello explica que la población acepte la adopción de medidas contundentes en ese ámbito, mientras que las expresiones más características y peligrosas de la criminalidad organizada (deterioro del tejido económico y social y de las instituciones del Estado) son menos perceptibles por la sociedad y suscitan una menor demanda de punición. En otro lugar, J. M. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2001, alude a una necesaria modernización del Derecho penal dirigida a atajar la delincuencia de los poderosos, pero para lograr mayor eficacia en este ámbito, propone disminuir las garantías y, a cambio, rebajar la intensidad punitiva sobre la nueva criminalidad. Críticamente, entre otros muchos, J. L. DIEZ RIPOLLÉS, *op. cit.*, 2004, p. 7 y nota 8.