

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

TOMO LXX

MMXVII

TOMO
LXX

FASCÍCULO
ÚNICO

ENERO
DICIEMBRE
2017



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE JUSTICIA

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA,
RELACIONES CON LAS CORTES
E IGUALDAD

BOE BOLETÍN
OFICIAL DEL
ESTADO

ANUARIO DE DERECHO PENAL
Y CIENCIAS PENALES

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Editado por: Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones)
y Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

Periodicidad: Anual.

Primer fascículo aparecido: Enero-abril 1948.

Publica artículos doctrinales de los más destacados Penalistas españoles y extranjeros, comentarios de Legislación y Jurisprudencia y notas bibliográficas sobre libros y revistas de la especialidad.

EL ANUARIO no se solidariza con las opiniones sostenidas
por los autores de los originales publicados

ADMINISTRACIÓN

Ministerio de Justicia
(Centro de Publicaciones)
c/ San Bernardo, 62. 28015 MADRID
Tels.: 91 390 20 82 / 83 / 97 / 84

VENTA, DISTRIBUCIÓN Y SUSCRIPCIONES

Librería de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado
c/ Trafalgar, 27. 28071 MADRID
tienda@boe.es

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

TOMO LXX
MMXVII

MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA,
RELACIONES CON LAS CORTES
E IGUALDAD
Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

Madrid, 2018

<http://publicacionesoficiales.boe.es>

Es propiedad. Queda hecho el depósito y la
suscripción en el registro que marca la Ley.
Reservados todos los derechos.

NIPO (AEBOE): 786-17-103-0
NIPO (M. de Justicia): 051-15-011-7
ISSN: 0210-3001
Depósito legal: M-126/1958

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avda. Manoteras, 54. 28050 Madrid.

NECROLÓGICA

Manuel Cobo del Rosal

El pasado 25 de enero de 2017 murió en Madrid, a los 82 años, el Prof. Manuel Cobo del Rosal, mi Maestro.

Le conocí en 1972; él acababa de llegar a Valencia, de cuya Facultad de Derecho sería inmediatamente elegido Decano, yo ingresaba como estudiante. Durante aquellos años no sólo sería alumno suyo sino que además, en una Universidad que vivió tiempos convulsos al socaire de lo que pasaba en España, tuvimos bastantes encuentros en los que siempre mostró la entonces para mí extraña –ya tendría tiempo de acostumbrarme- habilidad de convencer a quienes protestábamos de tantas cosas de que él estaba a nuestro favor y debíamos considerarle un aliado de la causa. Esa habilidad –sin duda, junto con otros méritos-, habría de hacerle poco después Rector de la Universidad de Valencia –elegido estatutariamente después de un período muy negro de la institución–, Director General, Subsecretario y Secretario de Estado de Universidades e Investigación (con diferentes Ministros de la UCD) y Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia, cargo en el que se mantendría unos años ya con el Gobierno del PSOE. Entretanto yo me había incorporado, como discípulo suyo, a la Universidad Complutense en la que fui profesor Titular. Pasaba muchas horas, hasta avanzada la madrugada, en su casa de María de Molina, con Noredy y las niñas. Allí fui conociendo a prácticamente todos los penalistas españoles o, al menos, la referencia que de ellos me daba con su particular punto de vista.

Manuel Cobo ha dejado muchas cosas al Derecho penal español; nadie puede negar su enorme influencia en la disciplina. Discípulo de Juan del Rosal, impartió docencia en Valladolid y en la Complutense y fue Catedrático en las Universidades de La Laguna, Valencia –de la que fue Rector y en la que «refundó» el Instituto de Criminología y creó su Colección de Estudios– y Complutense. Varios libros, entre los que se encuentran Manuales de Parte General (es preciso destacar

el publicado con Tomás S. Vives Antón), Parte Especial y Derecho Procesal Penal (ha sido el único Catedrático de Derecho penal que ha publicado, hasta hoy, un Tratado en torno al proceso penal y sus garantías) y más de un centenar de artículos componen una obra en parte no suficientemente conocida. No es posible, obviamente, trasladar aquí siquiera una enumeración, pero sí destacar algunos títulos, como Sobre el delito de sustracción de menores, Esquema de una teoría general de los delitos de falsedad, Esquema jurídico-penal para la protección penal de los derechos de información, participación y suscripción preferente en las sociedades, sobre la apología criminal y los delitos de terrorismo, Desarrollo histórico de la criminología en España, La punibilidad en el sistema de la parte general del derecho penal español (tema sobre el que había versado su Tesis Doctoral), Los llamados «delitos monetarios» en la actualidad, Problemas penales y procesales de la denuncia, Esquema jurídico-penal para la protección penal de los derechos de información, participación y suscripción preferente de las sociedades, Reflexiones sobre los llamados «testigos de referencia», Digresiones sobre la «historicidad» del Derecho Penal, El extravagante delito de blanqueo de capitales imprudente o «Societas delinquere non potest», a pesar de los pesares, en el que manifestaba su posición rotundamente contraria a la admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Dirigió numerosas tesis doctorales, creó una auténtica Escuela de penalistas y de universitarios, a la que me honro en pertenecer, y en todo lo mucho que hizo marcó una enorme impronta, derivada de su fuerte personalidad.

Destacó especialmente su labor de dirección y coordinación de obras tan destacadas como los Comentarios a la legislación penal, publicados por la Editorial Edersa, en la que intervinimos la práctica totalidad de los penalistas españoles. Especial importancia reviste en su carrera académica la dirección de los Institutos de Criminología de las Universidades de Valencia y Complutense de Madrid, lanzando esos estudios en España, así como la fundación de la revista «Cuadernos de Política Criminal», probablemente la más importante en la disciplina durante muchos años y que pervive como tal en la actualidad, ahora bajo la dirección de Lorenzo Morillas. Ha publicado prácticamente hasta el final de su vida, siempre con una pasión desbordante, defendiendo sus posiciones y criticando con dureza las contrarias, con una inmensa fuerza argumentativa.

La misma que le llevó a la cima en el ejercicio de la abogacía, a la que sirvió con la intensidad que siempre le caracterizó. Manuel Cobo nunca fue persona que «cubriera el expediente», se entregaba entero a

lo que estuviera haciendo en cada momento: quienes estábamos cerca de él sufrimos algunas de las consecuencias: cuando sonaba el teléfono a las tres de la madrugada, lo que era por demás frecuente, sabíamos que no se trataba del anuncio de ninguna desgracia sino de una muestra de preocupación obsesiva por el resultado de una oposición a Cátedra, de un asunto que estuviera defendiendo –aunque yo no participé en esa faceta de su vida profesional– o de un problema de alguna de sus hijas –y eso sí lo viví intensamente–.

Manuel Cobo fue, por otra parte, un gran defensor de la Universidad pública, a la que dedicó una enorme parte de su vida. Mientras se mantuvo en ella con la dedicación exclusiva ésta se tradujo en una inmensa tarea de política universitaria, con un elevadísimo sentido institucional. Luchó contra viento y marea por elevar la dignidad y el reconocimiento del profesorado, por dotarle de una estabilidad profesional y por elevar la calidad de la docencia y la influencia social de la institución y de quienes formamos parte de ella. Estaba en posesión de numerosas condecoraciones españolas e internacionales y fue Doctor honoris causa por diferentes Universidades.

No es fácil expresar en pocas líneas los sentimientos que afloran cuando se pierde a alguien que ha tenido en la vida la enorme trascendencia que Manuel Cobo del Rosal –Don Manuel, como siempre le llamé– ha tenido en la mía. La relación afectiva fue, pese a las dificultades y un cierto distanciamiento temporal, permanente. Superó intensos ataques externos y no pocos momentos críticos. Y exigió buenas dosis de inteligencia y, sobre todo, de cariño. Por todo eso, en al menos algunos de sus numerosos discípulos y muchos de quienes se unieron en algún momento a él queda una cierta sensación de orfandad. En mí, que lo estuve siempre, desde luego.

JUAN CARLOS CARBONELL MATEU

Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Valencia



La asequibilidad normativa como criterio de culpabilidad (1)

CLAUS ROXIN

Catedrático Emérito de Derecho Penal,
Derecho Procesal y Teoría Jurídica del Derecho
Universidad Ludwig-Maximilian, Múnich

Desde hace mucho tiempo defiendo la opinión de que la libertad y la culpabilidad del sujeto pueden afirmarse si éste era «normativamente asequible» en el momento del hecho. En mi Manual (2), el título de la sección respectiva se denomina «la culpabilidad como actuación injusta pese a la existencia de asequibilidad normativa». La cuestión acerca de si la culpabilidad es posible y cómo puede entenderse, ha cobrado una especial actualidad debido a las recientes investigaciones que niegan en gran medida la existencia de una libertad de voluntad humana. Innumerables opiniones y artículos se han ocupado de este problema en los últimos años. Su estudio me ha llevado al convencimiento de que la posición de una gran mayoría de autores se puede reconducir a una suposición común: para la responsabilidad del sujeto, su asequibilidad normativa a la hora de cometer el delito es necesaria, y también suficiente. Esto lo explicaré a continuación con detalle, puesto que permite a la dogmática penal librarse de controversias inextricables y aproximarse a un fundamento común. Me limitaré a contribuciones especializadas y comentarios pormenorizados del tema.

I. ¿QUÉ SIGNIFICA «ASEQUIBILIDAD NORMATIVA»?

Por «asequibilidad normativa» se entiende «que hay que afirmar la culpabilidad del sujeto cuando el mismo estaba disponible en el momento del hecho para la llamada de la norma según su estado mental y anímico» (3). No existe tal disposición cuando la norma no puede hacerse efectiva en la conciencia del sujeto, ya sea por su edad infan-

(1) Artículo titulado «Normative Ansprechbarkeit als Schuldkriterium», publicado en GA 2015, pp. 489-502. Traducción realizada por Beatriz Escudero García-Calderón, Profesora de Derecho penal del Centro Universitario de Estudios Financieros (CUNEF).

(2) ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 4.^a ed., 2006, 19 n. m. 36 y ss.

(3) ROXIN (nota 1), § 19 n. m. 36.

til, ya sea por un error de prohibición invencible o por un déficit mental descrito en el § 20 StGB.

Si el sujeto es normativamente asequible en el sentido descrito, es decir, si dispone de los conocimientos y las capacidades de una persona mentalmente sana y mayor de edad penal a efectos penales, su comportamiento es considerado culpable. La afirmación de una libertad de acción y de la culpabilidad en tales casos constituye una «aserción normativa» derivada de los fundamentos del Ordenamiento jurídico, es decir, una atribución que no excluye, pero tampoco requiere necesariamente, una libertad de voluntad en el sentido científiconatural. El Ordenamiento jurídico trata como libres, por tanto, a las personas que son normativamente asequibles en el momento del hecho, aunque esta libertad no pueda ser probada en el sentido empírico-neurológico. Porque los criterios para el tratamiento por el Derecho se basan en reglas jurídicas. Desde un punto de vista científiconatural, es éste un concepto agnóstico de culpabilidad que hace que el Derecho penal sea independiente de los hallazgos neurológicos resultantes de la investigación del cerebro (4).

El criterio de la «asequibilidad normativa» está en la tradición de *Franz von Liszt*, quien caracterizó la imputabilidad como «normal determinabilidad conforme a motivos» (5). Sin embargo, el concepto de «asequibilidad normativa» abarca con mayor amplitud el ámbito de los presupuestos de la culpabilidad y los concreta en el sentido de la determinabilidad conforme a normas. Ya lo utilizó en 1966 (antes de que yo lo hiciera) Peter Noll (6), pero solo mucho más tarde se convirtió en el centro de la discusión penal sobre la culpabilidad.

En los últimos años, el término ha sido sometido a una minuciosa reelaboración por Reinhard Merkel (7), que reconduce la asequibilidad normativa a los dos elementos constitutivos de «receptividad» y «reactividad» (8). El sujeto debe ser, en primer lugar, receptivo (sensible) al significado del mandato de la norma en las circunstancias concretas de la situación en la que realiza el comportamiento. Sin embargo, además de la receptividad, también debe haber suficiente reactividad. «Asequible... no se es... desde que uno entiende que está siendo apelado, y en qué sentido está siéndolo, sino desde que uno está en principio en condiciones de reaccionar adecuadamente a esa “llamada”». El

(4) Sobre ello, ROXIN (nota 1), § 19 n. m. 43 y ss.

(5) VON LISTZ, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, Tomo 2, 1905, pp. 43, 85 y 219.

(6) NOLL, *H. Mayer-FS*, 1966, pp. 219 y ss.

(7) MERKEL, *Roxin-FS II*, 2011, pp. 737 y ss.

(8) MERKEL, *Roxin-FS II*, pp. 754-757 (citas en pp. 754 y 756).

sujeto, por lo tanto, debe disponer de «un determinado nivel de capacidad para reaccionar correctamente conforme al mandato de la norma». Todo esto es explicado por Merkel de manera pormenorizada.

De todo esto se infiere un concepto empírico-normativo de la culpabilidad. Los presupuestos de la asequibilidad normativa pueden ser demostrados empíricamente. El hecho de que el sujeto normativamente asequible se comporte de manera responsable, libre y culpable con ocasión de su comportamiento injusto constituye una aserción normativa cuya validez es independiente de si la misma puede demostrarse de un modo científiconatural: en cualquier caso, el Derecho considera a la persona normativamente asequible en el momento del hecho como libre e imputable. Por supuesto, si se trata de convencer, esta concepción necesita de una justificación más detallada. A favor de la misma hablan, en mi opinión, al menos seis argumentos que resumiré a continuación con la debida brevedad.

1. Todo orden social está basado en derechos y deberes. Esto presupone que al individuo se le hace responsable del cumplimiento de sus deberes. Si a nadie se le pudiera hacer responsable del cumplimiento de deberes, una constitución jurídica de la colectividad sería imposible.

2. El ciudadano común participa en actividades sociales con la idea de que él y sus semejantes pueden organizar sus vidas dentro de ciertos límites. Vivir siendo consciente de la libertad es, por lo tanto, una realidad social independiente de los hallazgos neuronales. El Derecho debe, por lo tanto, reconocer la posibilidad de la libertad y la culpabilidad si quiere actuar sobre la realidad social.

3. El fin de la pena de la prevención general no puede confiarse únicamente al efecto determinante de la disuasión y el miedo al castigo (que se agotaría de todos modos si faltara un riesgo concreto de ser descubierto). El objetivo principal de la prevención general positiva en la actualidad se basa en la idea de que el legislador debe familiarizar a los ciudadanos con el Derecho penal como un conjunto de normas que sirven para preservar la seguridad y, de esta manera, motivarlos a comprometerse con un comportamiento respetuoso con la ley por convicción y libre decisión. Esto presupone la atribución de libertad y de imputabilidad (9).

(9) La expresión utilizada por Roxin es «Schuldfähigkeit», que se traduce literalmente como «capacidad de culpabilidad». Esta expresión se utiliza también en España, pero con menos frecuencia que la de «imputabilidad», cuya traducción alemana más fiel es «Zurechnungsfähigkeit», expresión que también se usa, pero actualmente menos que la primera. En este artículo, se traduce «Schuldfähigkeit» por imputabilidad (y su contrario por «inimputabilidad») [N. del T.].

4. Asimismo, el Derecho penal puede lograr un efecto preventivo especial solo si el delincuente –según su propio entendimiento– opta libremente por un modo de vida legal. Por ello, el «Proyecto Alternativo de una Parte general del Código Penal» (1966), del que soy coautor, en la primera frase del párrafo segundo del § 37 dice expresamente: «En la ejecución penitenciaria el condenado debe ser tratado partiendo de su responsabilidad personal (10)». En la Exposición de Motivos (11) se indica que la resocialización solo puede considerarse si el condenado está dispuesto «a asumir su propia responsabilidad y a trabajar sobre sí mismo».

En efecto, difícilmente se podría alcanzar el «objetivo de ejecución» del vigente Código procesal penal (§ 2, frase 1), según el cual, en la ejecución de la pena de prisión, el preso debe «ser capaz» de alcanzar «en el futuro una vida con responsabilidad social sin delitos», si se le dijera que no es responsable de sus conductas porque su comportamiento está sujeto a una determinación independiente de su libre decisión.

5. La suposición de que un sujeto normativamente asequible puede actuar de manera libre y culpable, también es necesaria desde el punto de vista de la política criminal porque ofrece protección contra un poder de intervención ilimitado por parte del Estado. Nunca puede ser castigado sin culpabilidad ni más allá de la medida de la culpabilidad. Esto presupone la posibilidad de un comportamiento culpable.

Sin embargo, algunos autores niegan el efecto favorable para el delincuente del Derecho penal de la culpabilidad. Así pues, a este argumento, que expuse hace tiempo, Kindhäuser (12) opone: «Pero ¿qué hay de ventajoso en la subordinación a la imputabilidad? ... La atribución de culpabilidad es una carga para el sujeto; después de todo, es un presupuesto para su castigo».

Y Hörnle (13) dice: «Por supuesto que se puede atribuir la culpabilidad... Pero, ¿pueden darse razones que lo justifiquen? Sobre este problema pasa Claus Roxin demasiado rápido. Traza un paralelismo entre la ficción de la igualdad y la ficción de la libertad. De manera que, igual que hay que tratar a las personas que de hecho no son iguales como iguales, asimismo hay que tratarlas como libres. Aquí no se reconoce que la ficción de la igualdad suele tener un efecto positivo en quienes la invocan. La ficción de la libertad para la atribución de cul-

(10) P. 75 del Proyecto.

(11) Esta frase se encuentra también en el Proyecto Alternativo de Ley Penitenciaria de 1973 (§ 4, párrafo 1, frase 2).

(12) KINDHÄUSER, *Hassemer-FS*, 2010, pp. 761 y ss. (p. 773).

(13) HÖRNLE, *Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf*, 2013, p. 41.

pabilidad penal obra por el contrario (con consecuencias muy considerables) en detrimento del afectado».

Esta crítica ignora (14) el hecho de que la alternativa al Derecho penal de la culpabilidad no consiste en dejar al delincuente tranquilo. Más bien, la renuncia a la pena basada en la culpabilidad daría lugar a la utilización de medidas de seguridad menos limitadas. Por eso Frisch (15) recientemente ha vuelto a preferir, con razón, sobre todas las demás soluciones «el Derecho penal de la culpabilidad como el Derecho penal más considerado con las libertades del sujeto».

6. Finalmente, el concepto de culpabilidad que aquí se propone tiene la ventaja de que también es compatible con una posición indeterminista, según la cual una persona normativamente asequible está en condiciones de tomar, mediante una ponderación basada en motivos racionales, decisiones autónomas conformadas causalmente exclusivamente en base a su libre voluntad. Si se quiere construir un concepto de culpabilidad que sea aceptable para todas las partes, se debe incluir la posibilidad de una solución indeterminista. Esto también lo ofrece el concepto agnóstico de culpabilidad que aquí se propugna.

Creo que las seis consideraciones que he presentado proporcionan los fundamentos exigidos por Hörnle que justifican una atribución de libertad y culpabilidad a los sujetos normativamente asequibles.

II. ACERCA DE LA CAPACIDAD DE CONSENSO DE LA SOLUCIÓN PROPUESTA

«El planteamiento de Roxin ha recibido mucha aprobación», escribe WeiBer (16), «quien vincula la imputabilidad con el criterio de la asequibilidad normativa del sujeto». Esto es especialmente acertado para la evolución experimentada en los últimos años. Pero lo que principalmente justifica mi esperanza de que la doctrina dominante pueda ponerse de acuerdo con esta concepción de la culpabilidad es el hecho de que, junto a los decididos partidarios de este punto de vista (1.), también muchos otros autores que hacen hincapié en criterios o interpretaciones divergentes de la responsabilidad penal llegan a resultados iguales o muy similares. Esto es válido para los seguidores de las concepciones que objetivamente son análogas (2.), pero tam-

(14) Véanse las objeciones similares que SCHÜNEMANN realizó hace ya más de 25 años, ROXIN (nota 1), § 19 n. m. 49, nota 113.

(15) FRISCH, *Kühl-FS*, 2014, pp. 187 y ss. (pp. 205 y 206).

(16) WEIBER, *GA* 2013, p. 34.

bién para las voces que malinterpretan el criterio de la asequibilidad normativa y, sin embargo, logran soluciones sustancialmente comparables (3.). Es válido incluso para las propuestas más radicales en la actualidad, que, como defiende Herzberg (4.), quieren renunciar a la atribución de la libertad o, como corresponde a la opinión de Hörnle (5.), quieren renunciar completamente a la culpabilidad del sujeto como presupuesto para la sanción.

1. Autores que están de acuerdo

En los últimos diez años, a los cuales me limito aquí (17), deben ser nombrados como autores con una fundamentación independiente y detallada (18) Hoyer (19), Merkel (20), Schöch (21) y Schroth (22). Hoyer (23), sin embargo, ve una «debilidad» del concepto de culpabilidad que defiende en que conforme «una visión determinista del mundo cualquier sujeto, a través de su comportamiento antijurídico, se revelaría como inasequible posteriormente y por lo tanto no podría ser castigado con fundamento en el concepto mixto empírico-normativo de culpabilidad de Roxin». Resuelve el problema basándose en lugar de en «la perspectiva *ex-ante*... de un juzgador objetivo en ese momento», en aquella «en el momento el que la norma, a más tardar, debía haber sido asequible para el sujeto». Ello conduce al resultado correcto, pero no se corresponde del todo con mi intención. Pues la «asequibilidad normativa» no significa que el sujeto deba seguir «la llamada», es decir, obedecer el mandato de la norma. Basta con tener la disposición para cumplir con la norma que tienen incluso quienes la ignoran a pesar de poseer los conocimientos y capacidades necesarios para un comportamiento conforme a Derecho. La suposición de que la imputabilidad solo pertenece a los sujetos que actúan conforme a Derecho también haría imposible el Derecho penal de culpabilidad. La perspectiva *ex ante* tiene sin embargo su justificación en que la disposición a observar la norma debe existir antes de que se cometa el delito y en el momento en que se comete. La comisión del delito no cambia esta disposición.

(17) Acerca de las manifestaciones acordes en la doctrina antigua véase ROXIN (nota 1), § 19 n. m. 41, nota 100.

(18) En orden alfabético.

(19) HOYER, *Roxin-FS II*, pp. 727 y ss. (pp. 731 y ss.).

(20) MERKEL, *Roxin-FS II*, pp. 732 y ss. (pp. 752 y ss.).

(21) LK-SCHÖCH, 12.^a ed., 2007, § 20 n. m. 21.

(22) SCHROTH, *Roxin-FS II*, pp. 705 y ss. (p. 718).

(23) HOYER, *Roxin-FS II*, p. 731.

Schöch (24) dice: «El concepto empírico-normativo de culpabilidad de Roxin es la concepción jurídicopenal normativa más consecuente, que no exige adherirse al indeterminismo, pero que al mismo tiempo, sin embargo, mantiene por lo general la responsabilidad individual del sujeto». Considera, sin embargo «problemático» (25), «que, de acuerdo con esta concepción, nociones tan centrales en términos antropológicos como la libertad, la decisión y la conciencia no deban desempeñar un papel en la culpabilidad penal. Consecuentemente, la culpabilidad es solo un constructo normativo en el que ya no se depende de las vivencias subjetivas de los seres humanos». Por ello aboga (26) por una «combinación de asequibilidad normativa y libertad subjetiva».

Schöch tiene toda la razón en cuanto al fondo. Sin embargo, pasa por alto el hecho de que, para la fundamentación del criterio de la asequibilidad normativa, me he remitido en muchos sentidos a la conciencia de la libertad individual y social (arriba 1. 2, 3, 4). El siguiente tratamiento de la doctrina de Burkhardt (II. 2. a) lo deja aún más claro. Por lo tanto, la conciencia de la libertad ya es un elemento esencial de justificación de la asequibilidad normativa y no tiene que añadirse a ella en primer lugar. Schöch tiene razón en esto. La conciencia de la libertad es, por consiguiente, un elemento esencial de la fundamentación de la asequibilidad normativa y no algo que solo deba añadirse a ella.

2. Propuestas de solución equivalentes (27)

A) BURKHARDT

Como es sabido, Burkhardt basa su concepto de la culpabilidad en la vivencia humana de la libertad. En su última publicación sobre el tema (28), dice: «Solo los comportamientos que puedan llevarse a cabo en la conciencia de poder actuar de otro modo son susceptibles de ser influidos por las consecuencias sociales. Aquí se muestra una conexión con las concepciones que ven la “motivabilidad a través de las normas” o “la asequibilidad normativa” como el criterio de culpabilidad decisivo». Quien realiza un comportamiento siendo consciente de poder

(24) Lk-SCHÖCH (nota 19), § 20 n. m. 21

(25) Lk-SCHÖCH (nota 19), § 20 n. m. 22.

(26) Lk-SCHÖCH (nota 19), § 20 n. m. 24.

(27) Los autores son citados también aquí en orden alfabético.

(28) BURKHARDT, *Maiwald-FS*, 2010, pp. 79 y ss. (pp. 89/90). Ya no pudo tenerse en cuenta a BURKHARDT en *Freundschaftsgabe für Albin Eser zum 80. Geburtstag*, 2015, pp. 313 y ss.

actuar de otro modo (dejando a un lado los casos patológicos) es, en tanto que vivencia propia de la libertad, normativamente asequible.

El enfoque exclusivo en la conciencia de la libertad individual resulta en verdad unilateral, y la caracterización de la falta de asequibilidad normativa como «casos patológicos» es demasiado estrecha y ampliamente generalizadora. Sin embargo, se aprecia fácilmente que las reflexiones de Burkhardt tienen cobertura en los principios a los que yo me he referido arriba a propósito de mi propia concepción (I.), de modo que Burkhardt, a pesar de tener un enfoque algo diferente, puede contarse entre los representantes de la opinión difundida por mí.

B) FRISCH

Frisch (29) habla de la culpabilidad como «la capacidad de decidir correctamente, que los participantes en el discurso jurídico se atribuyen recíprocamente (si se cumplen ciertas condiciones y no existen ciertos déficits comprobables)...». No se trata pues de «una libertad de voluntad empíricamente demostrada», sino desde un principio solo de «una capacidad atribuida y fundada en la propia experiencia».

En este contexto, él se refiere entre otras cosas al concepto de la «aserción normativa» utilizado por mí como «equivalente en última instancia» (30), por lo que puede clasificarse dentro de la opinión aquí defendida. Lo que él designa como «requisitos» y «déficits» faltantes relevantes para la atribución se corresponden con los criterios de asequibilidad normativa.

C) HILLENKAMP Y JÄGER

Hillenkamp (31) dice: «que la libertad de voluntad no existe, no está probado; que existe, por supuesto que tampoco». A continuación, explica cómo también desde esta posición agnóstica puede otorgarse «libertad de decisión y de acción» y atribuirse «responsabilidad personal». «El poder actuar de otro modo se convierte en una aserción normativa». Hillenkamp (32) comparte esta opinión, pero considera en todo caso «incorrecto» partir de la responsabilidad de un sujeto con conocimientos y capacidades normales «aunque las tesis de los investigadores del cerebro resultaran ser ciertas, incluso demostrables». «El Derecho penal no puede vincularse a una ilusión... «Si se cons-

(29) FRISCH, *Kühl-FS*, pp. 187 y ss. (p. 211).

(30) FRISCH, *Kühl-FS*, pp. 211, nota 100.

(31) HILLENKAMP, *JZ* 2005, pp. 313 y ss. El artículo expone las opiniones de los neurocientíficos que rechazan el Derecho penal de la culpabilidad de manera muy clara.

(32) HILLENKAMP, *JZ* 2005, p. 320.

truyera un Derecho penal sobre mentiras, se falsearía la imagen del ser humano».

De manera similar, Jäger (33) parte de «que al ser humano, en la medida en que es consciente y mentalmente sano, se le atribuye por ley simplemente la capacidad de determinar su voluntad libremente». Esto es correcto (34), «en tanto en cuanto la investigación del cerebro moderna... no pueda demostrar... una absoluta determinabilidad del comportamiento humano como consecuencia de los procesos neuronales en el cerebro». Por el contrario, en caso de demostrarse una total determinabilidad del comportamiento, no sería posible una atribución de culpabilidad y responsabilidad». Esto es válido para «también para el concepto de culpabilidad de Roxin, quien ve en la culpabilidad “un comportamiento injusto a pesar de la asequibilidad normativa”, en la que el sujeto “es tratado como libre”. En el contexto de un determinismo absoluto demostrable, esta posición acerca de la culpabilidad ya no sería sostenible, ya que la falta probada de libertad y la libertad ficticia son mutuamente excluyentes».

Puesto que ambos autores, sobre la base de una posición agnóstica, están de acuerdo, al menos en cuanto al resultado, con la opinión aquí defendida, pueden contarse también entre los representantes de un concepto de culpabilidad basado en la asequibilidad normativa. Sin embargo, no comparto su opinión de que, en el caso de una falta de libertad de voluntad demostrada neurológicamente, se deba renunciar a la atribución de libertad y responsabilidad también en el caso de las personas normativamente asequibles. En primer lugar, resulta contradictoria. Porque si el mantenimiento de un Derecho penal basado en la culpabilidad no depende de la existencia de la libertad de voluntad, en buena lógica, la inexistencia de dicha libertad no puede hacer imposible un Derecho penal semejante. Hay buenas razones para ello. Puesto que un concepto neurológico de libertad se encuentra en un nivel completamente diferente al de la atribución de libertad en la comunicación social. Por lo tanto, la determinabilidad neurológica no excluye el reconocimiento de una posibilidad de toma de decisiones autónoma y la consiguiente responsabilidad en la necesaria orientación hacia la realidad social, si los criterios de asequibilidad normativa existen en el que actúa.

D) KINDHÄUSER

Kindhäuser (35) aboga por «determinar la culpabilidad penal en función de la autonomía de cada ciudadano». El individuo es a la vez

(33) JÄGER GA 2013, pp. 3 y ss. (p. 10).

(34) JÄGER GA 2013, p. 11.

(35) KINDHÄUSER, *Hassemer-FS*, pp. 761 y ss. (p. 774).

autor de la norma (a través del voto y la manifestación de sus opiniones) y destinatario de la misma (36). Partiendo de este doble rol, Kindhäuser quiere «determinar con mayor precisión la culpabilidad y la imputabilidad en el Derecho penal». «Quien puede pretender la capacidad de adquirir una posición basada en normas, tiene también que reconocer la capacidad de obedecer normas» (37). La culpabilidad penal se basa en una «atribución» y es extraída de «una praxis social que se basa en gran medida en suposiciones normativas». La cuestión acerca de la libertad de voluntad tiene pleno sentido, pero «no tiene nada que ver con el significado de la libertad en el contexto de la atribución social de la responsabilidad» (38).

Esto es totalmente compatible con la opinión defendida aquí si la «autonomía» postulada –muy abstracta– se hace depender de una suficiente receptividad y reactividad en el sentido indicado. Porque quien actúa socialmente como autor y destinatario de la norma en tales condiciones es «normativamente asequible».

E) KRAUß

Krauß (39) deduce el concepto de culpabilidad penal de las circunstancias de la comunicación lingüística (40). El Derecho «concibe a las personas y sus ideas sobre el Ordenamiento necesariamente (!) tal como están establecidas lingüísticamente. El lenguaje... presupone al hombre como un ser libre en el campo de la experiencia relativo a la competencia personal para actuar». Esto le lleva a la siguiente conclusión (41): «El juicio de culpabilidad como atribución social de responsabilidad es coherente cuando se constata que el sujeto en la situación del hecho ha quedado rezagado con respecto a sus (!) hábitos de orientación y acción objetivamente constatables». Esto se corresponde exactamente con los presupuestos de la «asequibilidad normativa» no mencionados expresamente por Krauß. El recurso a los presupuestos del lenguaje no es incorrecto. Pero el lenguaje solamente expresa la realidad social cuyos criterios de comunicación también conforman un elemento del concepto de culpabilidad que aquí se defiende.

(36) KINDHÄUSER, *Hassemer-FS*, p. 762.

(37) KINDHÄUSER, *Hassemer-FS*, p. 762.

(38) KINDHÄUSER, *Hassemer-FS*, p. 765.

(39) KRAUß, *Jung-FS*, 2007, pp. 411 y ss. (p. 429).

(40) De manera similar ya antes SCHÜNEMANN; véase ROXIN (nota 1), § 19 n. m. 40 y 42, con referencias en nota 97, p. 102.

(41) KRAUß, *Jung-FS*, p. 427.

F) STRENG

Finalmente, Streng (42) permite una vez más revisar la totalidad de la discusión moderna sobre la culpabilidad. En el sentido de la teoría de la pena dominante, «“libre” se considera a aquel ciudadano que, ante una estructura de toma de decisiones no perturbada (o no esencialmente perturbada), parece ser capaz de ponderar y, por lo tanto, de ser motivado por las normas; se espera que cumpla con las exigencias sociales y sus decisiones le son atribuidas por sus conciudadanos como aquellas de las que es responsable».

Cuando Streng llega a la conclusión (43) de que «lo más razonable» parece «mantener un principio de responsabilidad social al que se apele con el concepto de culpabilidad», ello debe entenderse en el sentido de que está de acuerdo con la opinión aquí defendida, especialmente porque Streng «se centra en una libertad de acción o capacidad de control comprendidas en la conciencia de la libertad, más que en una libertad de voluntad en el verdadero sentido de la palabra».

3. Malentendidos en soluciones sustancialmente semejantes

A) WEIßER

Bettina Weißer (44) opina que el concepto de asequibilidad normativa «no puede disipar del todo la duda que despiertan los hallazgos neurocientíficos en la asunción básica de la capacidad de control humano. Si es cierto que, teniendo en cuenta la disposición neuronal de su comportamiento, no existe ninguna posibilidad de control psíquico del ser humano, entonces esto también debe conducir en última instancia a la supresión de una asequibilidad normativa». Ve una alternativa (45) en «entender la premisa del § 20 StGB como la principal atribución normativa de responsabilidad a personas adultas y mentalmente sanas».

Sin embargo, no es la capacidad humana de control lo que puede ser discutido, sino solo el hecho de que ésta se base en una voluntad libre. No obstante, la teoría de la asequibilidad normativa también se mantiene al margen de esto. Si esta teoría se apoya en un fundamento empírico –edad suficiente, ausencia de déficits mentales severos, posibilidad de adquirir conocimiento de la antijuridicidad– incluso Weißer,

(42) STRENG, *Jakobs-FS*, 2007, pp. 675 y ss. (pp. 685 y 686).

(43) STRENG, *Jakobs-FS*, p. 687.

(44) WEIßER, *GA* 2013, pp. 26 y ss. (p. 35).

(45) Aquí y en lo que sigue, WEIßER, *GA* 2013, p. 36.

aunque hace uso de una «premisa básica de la responsabilidad humana totalmente normativa», no puede evitar, sin embargo, requerir, aunque sea de una forma vaga, una disposición a observar la norma, atribuyendo responsabilidad solo a una «persona adulta y mentalmente sana». Esto es lo que hace ni más ni menos, de forma más precisa, la teoría de la asequibilidad normativa. Por lo tanto, la desviación de Weißer es solo aparente.

B) FRISTER

Frister basa su crítica al criterio de la asequibilidad normativa en una observación de Merkel (46), según la cual «la disposición, en determinadas situaciones, ...de reaccionar con adecuación a la norma» (es decir, la asequibilidad normativa) puede existir incluso en el caso de que el sujeto realice una acción injusta, «como todo tipo de situaciones distintas en su vida anterior dejan suficientemente claro». A esto objeta (47): «La cualidad... de incumplir una norma semejante no solo en casos individuales, sino en cada oportunidad de la vida, claramente no constituye un motivo suficiente para negar a una persona el “estado normal de salud mental”». En otro lugar (48) añade que, de lo contrario, «cualquier obstinado delincuente por convicción que no se deje motivar por la norma que rechaza debe ser definido como inimputable».

Pero esta objeción se basa en un exceso en la interpretación de la expresión de Merkel. Ciertamente, la capacidad de comportarse normalmente, como dice Merkel acertadamente, a menudo puede inferirse de su comportamiento conforme a Derecho en otras situaciones comparables. Sin embargo, esta no es, por supuesto, la única razón para que se verifique la asequibilidad normativa. Incluso quien se enfrenta por primera vez a la situación en la que comete un delito es declarado culpable si conocía (o también cuando solo podía conocer) la prohibición y su capacidad de disponer no estaba gravemente mermada. Y al delincuente por convicción en su sano juicio que no hace caso a una prohibición, le habla la norma, ¡incluso si no la escucha!

Frister (49), en cambio, juzga la culpabilidad como la capacidad «de decidirse de un modo racional a favor o en contra de la observancia de la norma... Si el proceso de toma de decisiones que puede

(46) MERKEL, *Roxin-FS II*, pp. 753 y 754.

(47) FRISTER, *Frisch-FS*, 2013, pp. 533 y ss. (p. 544).

(48) FRISTER, *JuS* 2013, pp. 1057 y ss. (p. 1060).

(49) FRISTER, *JuS* 2013, p. 1060; de manera casi idéntica, el mismo en *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 6.^a ed. 2013, Cap. 18. n. m. 12; el mismo en *Frisch-FS*, p. 545.

alcanzar el sujeto... está perturbado en su esencia o es tan indiferenciado que ya no es comparable con el proceso de toma de decisiones de un adulto normal, se afirma la inimputabilidad».

Tengo mis dudas de que se trate de formulaciones felices. Puesto que la capacidad de «decidirse... a favor o en contra de la observancia de la norma», apunta a una libertad de voluntad que Frister precisamente no quiere establecer como presupuesto de la culpabilidad. En efecto, aboga (50) por una «definición de la imputabilidad consecuentemente agnóstica, que no haga referencia ni explícita ni implícita al poder actuar de otro modo». Tampoco me parece que la capacidad de decidirse «de un modo racional» sea una característica muy apropiada para la culpabilidad del sujeto. Porque muchos delitos se basan en una decisión totalmente incomprensible. Con independencia de esto, la concepción de Frister es altamente compatible con la teoría de la asequibilidad normativa. Puesto que una persona cuyas posibilidades de decidir se corresponden en el momento del hecho con las de un «adulto normal» es normativamente asequible. El propio Frister reconoce esto en la medida en que (51) los conceptos de «receptividad» y «reactividad» utilizados por Merkel para concretar la asequibilidad normativa, quiere «entenderlos al menos en parte, como un presupuesto para el proceso de toma de decisiones razonables y así integrarlas en el concepto de imputabilidad».

4. El rechazo de Herzberg a la libertad y a la culpabilidad por el hecho

En una monografía (52) y en varios artículos (53), Herzberg defiende una posición estrictamente determinista, en su opinión también vinculante para el Derecho penal, que excluye la libertad de voluntad y la atribución de culpabilidad por el hecho. Rechaza cualquier tipo de culpabilidad en el caso de darse las enfermedades descritas en el § 20 StGB, pero por lo demás, quiere basar la punibilidad del sujeto en una «culpabilidad por el carácter» a pesar de toda determinabilidad. Al hacerlo, se alinea con mi opinión (54): «Roxin se posiciona correctamente y también tiene razón en el resultado cuando se

(50) FRISTER, *Frisch-FS*, p. 534.

(51) FRISTER, *Frisch-FS*, p. 544, nota 45.

(52) HERZBERG, *Willensunfreiheit und Schuldvorwurf*, 2010.

(53) HERZBERG, *Achenbach-FS*, 2011, pp. 157 Y ss.; el mismo en *ZStW* 124 (2012), pp. 12 y ss.; el mismo en *Frisch-FS*, pp. 95 y ss.; el mismo en *Kühl-FS*, pp. 259 y ss.

(54) HERZBERG (nota 50), p. 87.

aferra incondicionalmente, es decir, incluso desde una posición determinista, al Derecho penal de la culpabilidad». Pero resultaría inútil y confuso atribuir libertad y culpabilidad a un sujeto determinado en tal medida. Porque el ser humano también asume «responsabilidad en el caso de una estricta determinabilidad de su conducta» que permite convertirle en culpable. La libertad de voluntad es irrelevante para la cuestión de la culpabilidad. Herzberg se pone expresamente como objetivo romper categóricamente la «interdependencia en la fundamentación entre la libertad de voluntad y la culpabilidad». Uno se pregunta, sin embargo, cómo llegará a la «responsabilidad» del sujeto postulada por él sin atribución.

Sin embargo, independientemente de esto, Herzberg sigue los criterios de la asequibilidad normativa con respecto a los presupuestos materiales de la por él llamada «culpabilidad por el carácter». Esto se muestra en su ejemplo de una madre robando una barra de chocolate en Lidl con su hija de cuatro años. (55) En su opinión, «la idea de “libertad” también puede entrar en juego aquí. Puesto que la formación de la voluntad de la madre no se ve menoscabada..., no está mentalmente perturbada, no incurre en ningún error... y a diferencia de su hija, no tiene ninguna debilidad de inhibición infantil. Dado que bajo esta perspectiva se decide libremente a favor del robo, no es posible hacer “responsable” a ninguna circunstancia que vaya en detrimento de la libertad, sino que se le debe atribuir la responsabilidad. Su libre personalidad –su naturaleza, su carácter– ha producido la decisión y el hecho; ella misma es “culpable” de ello».

Se requiere esta larga cita para demostrar que Herzberg convierte precisamente en un presupuesto de la culpabilidad lo que yo llamo asequibilidad normativa. Si esto no es suficiente para que él atribuya la acción libre al sujeto de acuerdo a los estándares sociales, entonces hay solamente una interpretación distinta del suceso, pero no hay diferencia en la determinación del sustrato fáctico de la culpabilidad.

La opinión de Herzberg de que la culpabilidad del sujeto debe basarse en su carácter en lugar de en su libertad de acción no ha encontrado seguidores (56), a pesar de que el recurso a la personalidad culpable tiene una larga tradición juridicopenal (57). El primer argumento en contra de esto es que en la sentencia al sujeto se le reprocha su hecho concreto y no su carácter. Si hay que justificar la culpabilidad del sujeto al margen de su carácter, ésta es también una atribución que

(55) HERZBERG, *Kühl-FS*, p. 274.

(56) Acerca de la crítica, por ejemplo HÖRNLE (nota 11), pp. 46-48; MERKEL, *Roxin-FS II*, pp. 748 y ss.; WEIBER, GA 2013, p. 34.

(57) Al respecto, ROXIN (nota 1), § 19 n. m. 27-32.

solo puede basarse en la suposición de que el sujeto tuvo la posibilidad de alguna manera de influir en su personalidad. Además, para que el carácter del sujeto justifique su culpabilidad, ésta también es una atribución que solo puede basarse en la suposición de que el sujeto, de alguna forma, haya tenido la posibilidad de influir en su carácter. Si no es así, tampoco se puede hablar de una culpabilidad que se base en la evolución de su carácter. Para explicarlo con una paradoja, no se puede ser culpado por algo de lo que se no es culpable. Contrariamente a la suposición de Herzberg, el vínculo entre la culpabilidad y la libertad no puede romperse.

5. El alegato de Hörnle por una pena sin reproche culpabilístico

Hörnle, finalmente, extrae una consecuencia aún más radical. Quiere (58) adherirse «al principio de la responsabilidad personal en forma de imputación penal individual». Para ello basta con la comprobación de una capacidad general (59) «que puede designarse con los términos “asequibilidad normativa” o (lo que me parece más apropiado) “competencia normativa”». Exige para ello una capacidad de adecuada comprensión de las normas y razonable control de los impulsos, haciendo referencia a los criterios de receptividad y reactividad de Merkel. Para ello, exige la capacidad de comprender correctamente la norma y de un control de los impulsos adecuado, haciendo referencia a los criterios de receptividad y reactividad de Merkel. Sin embargo, esto no puede ser suficiente para un reproche culpabilístico jurídicopenal. «La idea errónea de muchos autores que se basan en la asequibilidad normativa, radica en la expectativa de que con ello se pueda llenar de contenido un reproche culpabilístico. Esto no se puede hacer. Se trata simplemente de la condición para formular un reproche de injusto. Esto debería expresarse lingüística y conceptualmente evitando en consecuencia el concepto de culpabilidad».

Justo al contrario que Herzberg, que se aferra al reproche culpabilístico pero rechaza la atribución de una libertad de decisión, Hörnle quiere reconocer una suficiente libertad de acción, pero esto no basta para la atribución de culpabilidad (60). Las «presunciones de libertad» tienen «pleno sentido» como «condiciones de funcionamiento esenciales en las sociedades modernas» y se basan en la visión del hombre contenida en la Ley Fundamental: «se trata de una visión nor-

(58) HÖRNLE (nota 11), pp. 67 y 68.

(59) HÖRNLE (nota 11), pp. 71 y 72.

(60) HÖRNLE (nota 11), pp. 26 y 27.

mativa del hombre que subyace en la promesa recíproca de tratarse entre ellos como seres racionales y libres... También en este sentido basta la referencia a la disposición humana para procesar influencias externas en general y exigencias normativas en particular, y a la capacidad humana para comprender y ponderar razones. Es conveniente que califiquemos a los sujetos jurídicos, incluso a efectos del Derecho civil, como suficientemente libres».

Eso es absolutamente correcto. Sin embargo, cuando Hörnle dice que esto no puede «rellenar en términos de contenido» el reproche culpabilístico, no está teniendo en cuenta el hecho de que la presunción de libertad, que también tiene para ella un pleno sentido, no puede constituir una prueba empírica de culpabilidad (en el sentido de «llenarlo del contenido») de acuerdo con la opinión aquí defendida, sino que puede fundamentar solamente la atribución normativa de culpabilidad posibilitada por la presunción de libertad, que permite tratar al individuo como capaz de un comportamiento libre y culpable. Si la «presunción de libertad» pertenece a la «condiciones funcionales esenciales en las sociedades modernas», esto también se aplica a la posibilidad de considerarse culpable.

Creo haber demostrado que las seis razones mencionadas más arriba (I.) hacen que cobre pleno sentido no solo presumir la libertad de un sujeto normativamente asequible, sino también atribuirle culpabilidad. Tan inconcebible como la «culpabilidad» sin «libertad» (Herzberg), es la «libertad» sin la posibilidad de su abuso culpable. En el caso de Hörnle, esto solo se disimula con gran dificultad en la medida en que, sobre la base de la asequibilidad normativa, ella mantiene la «responsabilidad» del sujeto y también le realiza un reproche, pero lo denomina «reproche del injusto». (61) Para empezar, un elemento de culpabilidad se introduce en el concepto de «reproche»: si bien el sujeto mentalmente enfermo realiza el injusto, ello no se le puede reprochar. Limitarse a un «reproche del injusto» por lo tanto, no supone una desviación del Derecho penal de la culpabilidad en cuanto al fondo, sino solo un distanciamiento terminológico.

Debido a su construcción, Hörnle también se ve forzada a una estructura del delito completamente nueva y problemática. (62) De acuerdo con la misma, la asequibilidad normativa debe probarse como primer escalón del delito (I.). Sólo después se analizarán la tipicidad objetiva y subjetiva (II.), las causas de justificación (III.) y otras causas de exclusión de la pena (§§ 33, 35, 24 StGB) (IV.). Sin embargo, carece de sentido tratar en detalle –y posiblemente con la ayuda de

(61) HÖRNLE (nota 11), p. 50.

(62) HÖRNLE (nota 11), p. 73.

expertos– la asequibilidad normativa (y con ello también los presupuestos del § 20 StGB) antes de que quede claro si el acusado ha realizado el tipo de manera antijurídica. A esto se añade que el efecto limitador de la pena del principio de culpabilidad (según el cual la pena no puede exceder la medida de la culpabilidad) ya no puede justificarse si deja de realizarse una atribución de culpabilidad. Además, si se renuncia al reproche de culpabilidad, se pierde la posibilidad de llegar a un entendimiento con la opinión agnóstica mayoritaria la cual que no excluye una libertad de voluntad en el sentido de la capacidad humana de «dar comienzo por sí mismo a una situación» (63).

Por otro lado, el rechazo de Hörnle a un reproche de culpabilidad tiene un «núcleo justificado» en el sentido de que una atribución de culpabilidad basada en la asequibilidad normativa, como siempre he dicho (64), «no es adecuada para legitimar el castigo y los reproches morales en contra del sujeto» debido a la imposibilidad de demostrar que éste pudo actuar de otro modo. Se trata, por tanto, de un concepto jurídico de culpabilidad que «solo justifica la responsabilidad penal por los comportamientos sociales incorrectos» y ofrece «protección frente a los ataques más graves», «que serían posibles sobre la base de un puro Derecho de prevención». (65) Creo que esto tiene suficientemente en cuenta las preocupaciones de Hörnle (66). Sin embargo, cualquiera que sea la posición de uno sobre las cuestiones descritas anteriormente, no afectan al resultado práctico correcto obtenido por Hörnle: a saber, que la capacidad sancionadora del delincuente depende de su asequibilidad normativa.

III. RESUMEN

Sin perjuicio de las numerosas diferencias de fundamentación e interpretación, dado que una gran mayoría de las posturas actuales responsabiliza penalmente al sujeto por su conducta en caso de que éste fuera asequible normativamente en el momento del hecho, me parece posible llegar a un acuerdo sobre esta base. Porque bajo la apariencia de diferentes interpretaciones y terminologías, todo significa

(63) En este sentido, HILLENKAMP, JZ 2005, p. 320, invocando una cita de Kant.

(64) ROXIN (nota 1), 19 n. m. 46.

(65) MERKEL, *Roxin-FS* II, p. 761, designa el concepto de culpabilidad que yo defiendo «no solo, sino también por esa razón... como ejemplar».

(66) HÖRNLE (nota 11), p. 59, nota 149: ella misma se refiere a mi concepción restrictiva de la culpabilidad, pero no quiere contentarse con ella.

en esencia lo mismo. Por ello, he tratado individualmente a los representantes del debate actual. Porque para mí era importante someter a examen todos los argumentos sobre la libertad, la culpabilidad y la responsabilidad que circulaban en la discusión. Si se tiene en cuenta el consenso que está surgiendo en este contexto, se podría, basándonos en la asequibilidad normativa, resolver una larga y aparentemente eterna controversia sobre los fundamentos y presupuestos de la sancionabilidad penal.

Justicia penal preventiva y Derecho penal de la globalización: proyecciones en el ámbito del terrorismo*

EMILIANO BORJA JIMÉNEZ

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia

RESUMEN

Se analiza la corriente anglosajona de la justicia penal preventiva desde el contexto de la globalización y su ideología. Se lleva a cabo un estudio comparativo con otras concepciones del Derecho Penal de la mundialización, como el Derecho Penal funcionalista, el derecho Penal simbólico, el Derecho Penal del enemigo o el Derecho Penal de la peligrosidad. Y se ponen en común algunas de sus peculiaridades fundamentales, como la pérdida del carácter normativo a favor del descriptivo, su estructuración con base en criterios tecnocráticos o la búsqueda del efectivismo a corto plazo. A partir de ahí, se traslada esta metodología al examen del fenómeno terrorista. Y se concluye aseverando que el terrorismo internacional es producto de la mundialización y se combate con el Derecho Penal de la globalización, tanto desde su vertiente continental como anglosajona.

Palabras clave: Derecho Penal de la globalización. Justicia penal preventiva. Derecho Penal funcionalista. Derecho Penal simbólico. Derecho Penal del enemigo. Terrorismo.

* El presente trabajo se ha desarrollado en el marco del Proyecto I+D *Justicia penal preventiva y tutela del orden público* (DER2016-77947-R), otorgado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, y dirigido por el Investigador Principal Prof. Dr. Alberto Alonso Rimo, Titular de Derecho Penal de la Universidad de Valencia.

ABSTRACT

The Anglo-Saxon trend of preventive criminal justice is analyzed from the context of globalization and its ideology. A comparative study is carried out with other conceptions of Criminal Law of globalization, such as functionalist criminal law, symbolic criminal law, the «criminal law of the enemy» or the criminal law of dangerousness. And some of its fundamental peculiarities are put in common, such as the loss of the normative character in favor of the descriptive, its structuring based on technocratic criteria or the search for short-term effectiveness. From there, this methodology is transferred to the examination of the terrorist phenomenon. And it concludes by asserting that international terrorism is the product of globalization and is fought with the criminal law of globalization, both from its continental and Anglo-Saxon sides.

Key words: Criminal Law of globalization. Preventive criminal justice. Functional Criminal Law. Symbolic criminal law. «Criminal Law of the enemy». Terrorism.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Justicia penal preventiva y Derecho Penal de la globalización. 3. Proyecciones en el ámbito del terrorismo. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas, la estructura del Derecho Penal liberal ha ido debilitándose por el creciente deterioro de alguna de sus bases fundamentales cimentadas sobre principios tan relevantes como los de ofensividad, legalidad o culpabilidad. El primado del respeto a la libertad y a las garantías del individuo, por tanto, ha ido cediendo, progresivamente, frente a difusos bienes públicos como la seguridad ciudadana o la preservación de la forma de vida de las sociedades occidentales, entre otros (1). De ahí que, junto a la metodología dogmática, clásica en el desarrollo de la investigación del Derecho Penal liberal, hayan ido apareciendo otras que, de uno u otro modo, han enfocado de manera distinta la forma de aproximarse al conocimiento del sistema punitivo y de contemplar sus funciones más importantes.

(1) El conflicto se expresa muy bien en la reciente obra de H. CARVALHO, que al principio de la misma señala: «Se trata de una tensión entre el valor intrínseco que se otorga a la libertad individual y a la dignidad de los seres humanos, y la percibida necesidad de restringir y limitar esa misma libertad en nombre de la seguridad». CARVALHO, Henrique: *The preventive turn in criminal law*, Oxford, 2017; x, prólogo.

Queda ahora fuera de la pretensión de la presente contribución entrar más profundamente en estas concepciones que han ido recortando las expresiones y objetivos idiosincrásicos del Derecho Penal liberal. Sin embargo, aunque tan solo sea por centrar aquí el objeto de estudio, se exponen sumariamente algunas ideas conocidas por todos sobre estas nuevas sistemáticas (2).

En efecto, el principio de libertad general (se puede hacer todo aquello que no está expresamente prohibido) y el principio de presunción de inocencia (el sujeto es considerado no culpable mientras no se demuestre lo contrario con pruebas de cargo), axiomas que rigen con todo su esplendor en el Estado democrático en su proyección liberal, favorecen la expresión de todo tipo de acciones, entre las que se incluyen las delictivas. Es imposible erradicar todas las conductas antijurídicas sin afectar a otros comportamientos lícitos, pues el poder público carece de un bisturí de disección tan preciso que sea capaz de extirpar las unas sin afectar a las otras.

La otra alternativa, expresada en su forma más radical como la ausencia del Estado en la persecución y castigo de los comportamientos penales, conduce a la situación anterior al contrato social en el que se funda la civilización occidental. Y ciertamente, cuando el crimen se extiende por la comunidad como una gigantesca mancha de aceite, embadurna a todos los sujetos, a todas las instituciones y a todos los poderes. Y la aparente libertad sin límites que pueden desarrollar los individuos, se convierte en las paredes de una cárcel imaginaria de inseguridad total.

El Estado democrático, por tanto, tiene que evitar las rejas del autoritarismo (que encierran a ciudadanos inocentes) y las rejas de la inseguridad (que encierran en su miedo a potenciales víctimas del delito). Pero no es tarea fácil conseguir un equilibrio entre estos dos polos. Es decir, no es fácil alcanzar la garantía de una vigencia razona-

(2) Sobre estas modernas metodologías ya he tenido oportunidad de pronunciar en varios trabajos, a los que ahora me remito. BORJA JIMÉNEZ, E.: «Globalización y concepciones del Derecho Penal», *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 29 (2009); pp. 141-206. BORJA JIMÉNEZ, E.: *Acerca de lo universal y de lo particular del Derecho Penal*, Valencia, 2012. BORJA JIMÉNEZ, E.: «Custodia de seguridad, peligrosidad postcondena y libertad en el Estado democrático de la era de la globalización: Una cuestión de límites», *Revista General de Derecho Penal –RGDP–*, núm. 18 (2012); pp. 1-57. BORJA JIMÉNEZ, E.: «Peligrosa irretroactividad y retroactividad para los peligrosos o socialmente indeseables», *Revista Penal*, núm. 32 (2013); pp. 91-112. BORJA JIMÉNEZ, E.: *Peligrosidad postcondena, intervención punitiva y Estado de Derecho*, en ORTOS BERENGUER, E. (Dir.)/ALONSO RIMO, A. (Coord.)/ROIG TORRES, M. (Coord.): *Derecho Penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia*, Valencia, 2015; pp. 149-258.

ble de los derechos fundamentales y de las libertades públicas y al mismo tiempo otorgar una tutela suficiente a los bienes jurídicos más esenciales para mantener una digna convivencia social. Y precisamente uno de los fines más relevantes del Estado democrático consiste en lograr el mentado equilibrio.

Las fuentes que generan la inseguridad ciudadana pueden ser muy diversas. Pueden ser reales o ficticias, dependiendo del nivel de alarma que provoquen los medios de comunicación de masas. Pueden originarse en distintos temores, según sean los bienes jurídicos amenazados (miedo a perder la vida, a ser lesionado, a ser violado, a perder el patrimonio, a ser difamado, etc.). Pueden derivar de los potenciales y desconocidos delincuentes, o de aquellos otros que ya han sido atrapados por el sistema penal (3).

Como se ha significado al principio de la presente introducción, la crisis de la dogmática tradicional de las últimas décadas se ha agravado, entre otros factores, por la constante variación del rumbo sobre las funciones político-criminales que persigue el Derecho Penal. De *carta magna* del delincuente ha pasado a ser el instrumento más utilizado para resolver todo tipo de conflictos graves por medio del castigo. La moda de recurrir al Derecho Penal por todos y para todo se expresa en una serie de corrientes que integran este común denominador.

Así, desde el *Derecho Penal del enemigo*, el mayor o menor reconocimiento de garantías constitucionales en el sistema penal, viene determinado por la toma de posición del reo frente al propio Estado. Si viola las normas, pero no pone en tela de juicio la existencia institucional de la sociedad, será considerado como ciudadano e ingresará en el aparato de la justicia penal tradicional con sus principios y límites. Si, por el contrario, su conducta va más allá de la violación de la norma y el sujeto se coloca voluntariamente fuera del sistema, arriesgando la propia estructura institucional del poder público, será considerado como enemigo, y sufrirá un Derecho Penal mucho más restrictivo y despersonalizado. Es decir, en última instancia, la posición que ocupa el sujeto como titular de derechos, como persona y ciudadano, puede perderla por su propia conducta y pasar a ser un individuo sin derechos, un combatiente enemigo que tiene que ser aplastado para preservar la civilización occidental (4). En esta con-

(3) BORJA JIMÉNEZ: *Custodia de seguridad, peligrosidad postcondena y libertad en el Estado democrático de la era de la globalización...*, cit.; pp. 3 y ss.

(4) Sobre el denominado *Derecho Penal del enemigo* se ha escrito una cantidad inabarcable de artículos y monografías. Al respecto, y solo a título de ejemplo, se destacan los siguientes trabajos: CANCIO MELIÁ, M./GÓMEZ-JARA DÍEZ, D. (Coords.): *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Montevideo, Madrid,

cepción, por tanto, el Derecho Penal se constituye en el primer y único recurso para preservar el Estado y la Democracia.

En el denominado *Derecho Penal simbólico* también se recurre al castigo de forma extensa, a costa de las garantías constitucionales del individuo, alegando necesidades de tutela de la seguridad ciudadana. En realidad, solo se pretende tranquilizar a la ciudadanía ante temores y amenazas aparentes. Esta tendencia se está imponiendo globalmente (o al menos, en la mayoría de los Estados democráticos). Y los gobernantes recurren a la reforma de la legislación penal para frenar la alarma social originada ante determinados brotes de criminalidad. Sin embargo, en muchas ocasiones, dicha alarma social es creada o exagerada artificialmente por los medios de comunicación. En consecuencia, existen dudas sobre la eficacia real de la aplicación de la ley penal en ciertos ámbitos. Pues se piensa que se utiliza frecuentemente la elaboración de medidas punitivas como mero instrumento, coyuntural y político, para tranquilizar inquietudes, inseguridades e incluso la misma conciencia de cierto sector de la población (5).

2006. GRACIA MARTÍN, L.: *El horizonte del finalismo y el «derecho Penal del enemigo»*, Valencia, 2005. DEMETRIO CRESPO, E.: *Derecho Penal del enemigo y teoría del Derecho*, en PORTILLA CONTRERAS, G. (Dir.)/PÉREZ CEPEDA, A. I. (Dir.): *Terrorismo y contraterrorismo en el siglo XXI: Un análisis penal y político criminal*, Madrid, 2016; pp. 35 y ss. JAKOBS, Günther/CANCIO MELIÁ, M.: *Derecho Penal del enemigo*, 2.ª Edic. Navarra, 2006. JAKOBS, Günther: «Diez años después: el Derecho Penal del enemigo», *Cuadernos de Política Criminal (CPC)*, núm. 105 (2011); pp. 5 y ss. KUTALIA, Lasha-Giorgi: «Feindstrafrecht». *Naturzustand vs. Rechtsbeziehung?*, Göttingen, 2007. MORGUET, Geraldine Louisa: *Feindstrafrecht. Eine kritische Analyse*, Berlin, 2009. MUÑOZ CONDE, F.: «El derecho en la guerra contra el terrorismo: el derecho de la guerra, el Derecho Penal Internacional y el derecho de la guerra dentro del Derecho Penal interno (“Derecho Penal del enemigo”)», *Revista Penal*, núm. 29 (2012); pp. 115 y ss. MUÑOZ CONDE, F.: *El Derecho Penal del enemigo*, México D. F., 2003. MUÑOZ CONDE, F.: *Über das «Feindstrafrecht»*, Berlin, 2007. MUÑOZ CONDE, F.: «Los orígenes ideológicos del Derecho Penal del enemigo», *Revista Penal*, núm. 26 (2010); pp. 139 y ss. PAWLIK, Michael: *Der Terrorist und sein Recht: Zur rechtstheoretischen Einordnung des modernen Terrorismus*, München, 2008. PEÑA CABRERA FREYRE, A. R.: «El derecho penal del enemigo y su influencia en la legislación penal», *Jueces para la Democracia*, núm. 77 (2013); pp. 49 y ss. RAGUÉS I VALLÈS, R.: *El «Derecho Penal del enemigo» en «La expansión del Derecho Penal»*, en ROBLES PLANAS, R. (Coord.)/SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P. (Coord.): *La crisis del Derecho Penal contemporáneo*, Barcelona, 2011; pp. 89 y ss. RAMOS VÁZQUEZ, J. A.: «El terreno de Dioniso: algunos apuntes sobre el concepto «persona» en el Derecho Penal», *Teoría y Derecho*, núm. 14 (2013); pp. 110 y ss. ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *El enemigo en el Derecho Penal*, Madrid, 2006.

(5) Sobre el Derecho Penal simbólico, y a título de ejemplo, pueden citarse las siguientes contribuciones: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: *Viejo y nuevo Derecho Penal: principios y desafíos del Derecho Penal de hoy*, Madrid, 2012. BRANDARIZ GARCÍA, J. A.: *Itinerarios de la evolución del sistema penal como mecanismo de con-*

En fin, asimismo, desde el conocido como *Derecho Penal de la peligrosidad* se advierte esta tendencia a debilitar los tradicionales principios liberales del Derecho Penal garantista so pretexto de una presumible tutela de intereses individuales y colectivos de primer orden (6). Y, en efecto, los nuevos vientos que trae la política criminal

trol social de las sociedades contemporáneas, en FARALDO CABANA, P. (Dir.)/BRANDARIZ GARCÍA, M. A./PUENTE ALBA, L. M. (Coords.): *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*, Valencia, 2004; pp. 15 y ss. MORILLAS CUEVA, L.: «Reflexiones sobre el Derecho Penal del futuro», *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 4 (2002). MUSCO, Enzo: *La irracionalidad en el Derecho Penal*, traducido por FAGGIANI, V. y MARTÍNEZ RUIZ, J., *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 16 (2014). ROXIN, Claus: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4.^a Edic. München, 2006; pp. 25 y ss. ROXIN, Claus: *Was darf der Staat unter Strafe stellen? Zur Legitimation von Strafdrohungen*, en PÉREZ ÁLVAREZ, F. (Edit.): «*Universitas vitae*». *Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Salamanca, 2007; pp. 671 y ss. SÁNCHEZ LÁZARO, F. G.: «Alarma social y Derecho Penal», *Indret* núm. 1 (2009).

(6) En relación con el Derecho Penal de la peligrosidad, entre otros, merecen la atención los trabajos que se citan a continuación. ACALE SÁNCHEZ, M. J.: *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho*, Pamplona, 2010. AGUADO LÓPEZ, S.: *Multirreincidencia y la conversión de faltas en delito: problemas constitucionales y alternativas político-criminales*, Madrid, 2008. ALONSO RIMO, A.: «La publicidad de los antecedentes penales como estrategia de prevención del delito», *Revista General de Derecho Penal (RGDP)*, núm. 17 (2012). ALONSO RIMO, A.: «Medidas de seguridad y proporcionalidad con el hecho cometido (a propósito de la peligrosa expansión del Derecho penal de la peligrosidad)», *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 29 (2009); pp. 109 y ss. BENÍTEZ ORTÚZAR, I.: *El peligroso retorno al Derecho penal de la peligrosidad en la legislación penal española del siglo XXI*, en MAQUEDA ABREU, M. L. (Coord.)/MARTÍN LORENZO, M. (Coord.)/VENTURA PÜSCHEL, A. (Coord.): *Derecho Penal para un Estado social y democrático de Derecho: Estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieta*. Madrid, 2016; pp. 931 y ss. BORJA JIMÉNEZ, E.: *Peligrosidad postcondena, intervención punitiva y Estado de Derecho*, en ORTS BERENGUER, E. (Dir.)/ALONSO RIMO, A. (Coord.)/ROIG TORRES, M. (Coord.): *Derecho Penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia*, Valencia, 2015; pp. 149 y ss. DEMETRIO CRESPO, E.: *Acerca de la contraposición entre libertad y seguridad*, en PÉREZ ÁLVAREZ, F. (Edit.): *Libro homenaje al Profesor Ruperto Núñez Barbero*, Salamanca, 2007; pp. 187 y ss. GALÁN MUÑOZ, A.: «La problemática utilización del principio de precaución como referente de la política criminal del moderno Derecho Penal: ¿Hacia un Derecho Penal del miedo a lo desconocido o hacia uno realmente preventivo?», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 23 (2015). GARCÍA RIVAS, N.: *La libertad vigilada y el derecho penal de la peligrosidad*, RGDP, núm. 16 (2011). GRACIA MARTÍN, L.: *Sobre la legitimidad de las medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos en el Estado de Derecho*, en GARCÍA VALDÉS, C./CUERDA RIEZU, A./MARTÍNEZ ESCAMILLA, M./ALCÁCER GUIRAO, R./MARISCAL DE GANTE, M. (Coords.): *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, Madrid, 2008; pp. 988 y ss. LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A.: *Por un Derecho penal solo penal: Derecho penal, Derecho de medidas de seguridad y Derecho sancionador*, en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid, 2005, pp. 589 y ss. PORTILLA CONTRERAS, G.: *La meta-*

del Derecho Penal de la peligrosidad sitúan la necesidad del castigo, no tanto en la acción ilícita individual del reo (culpabilidad por el acto aislado), como en las características del sujeto que, desde una perspectiva conjunta y más o menos permanente, lo identifican como peligroso (culpabilidad de autor). De nuevo la reforma penal extiende el presumible manto protector de la seguridad en detrimento de las libertades del ciudadano. Las nuevas instituciones punitivas, por tanto, persiguen la neutralización del sujeto peligroso aumentando su gravedad e intensidad. En consecuencia, el legislador, reforma tras reforma, introduce constantes incrementos de la penalidad a través de la creación de nuevas figuras delictivas, de la modificación de las ya existentes, de la incorporación de nuevos subtipos agravados y del aumento de los marcos penales de otros hechos punibles no reformados. También se suele recurrir a la incorporación de medidas de seguridad postdelictivas, como la libertad vigilada o la custodia de seguridad.

De una u otra forma, este nuevo Derecho Penal del siglo XXI que se arraiga en estas tendencias punitivas, se caracteriza por un constante adelantamiento de la línea de defensa del Estado y, consecuentemente, por abandonar principios básicos que limitan el *ius puniendi*, como los de proporcionalidad o intervención mínima. En los sistemas jurídicos anglosajones, estas nuevas corrientes son abarcadas bajo la locución de *justicia penal preventiva*, y el estudio de sus instituciones más propias se lleva a cabo desde esta perspectiva de la anticipación de la injerencia del sistema penal con carácter previo al menoscabo del bien jurídico (7).

morfosis del Derecho Penal en las democracias autoritarias: La instauración de una filosofía penal neoconservadora definida por el control de la peligrosidad y la defensa de espacios de no-Derecho, en MAQUEDA ABREU, M. L. (Coord.)/MARTÍN LORENZO, M. (Coord.)/VENTURA PÜSCHEL, A. (Coord.): *Derecho Penal para un Estado social y democrático de Derecho: Estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto*. Madrid, 2016; pp. 1159 y ss. ROBLES PLANAS, R.: «Sexual Predators», *Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad*. InDret (4/2007). ROIG TORRES, M.: *La reiteración delictiva: algunas reflexiones sobre el nuevo tratamiento en el anteproyecto de reforma del Código Penal*, RGDP, núm. 19 (2013). URRUELA MORA, A.: «¿Hacia un cambio de paradigma? La configuración de un Derecho Penal de la peligrosidad mediante la progresiva introducción de medidas de seguridad aplicables a sujetos imputables en las recientes reformas penales españolas», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 115 (2015); pp. 119 y ss. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: «Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena», *Revista de Derecho Penal y Criminología* (2009-1); pp. 203 y ss.

(7) En relación con el significado y límites de la justicia penal preventiva, entre otros, pueden citarse los siguientes trabajos. CARVALHO, Henrique: *The preventive turn in criminal law*, Oxford, 2017. TULICH, Tamara (Edit.)/ANANIAN-WELSH, Rebecca (Edit.)/BRONITT, Simon (Edit.)/MURRAY, Sarah (Edit.): *Regulating preven-*

La presente contribución, que se integra dentro de un proyecto de investigación en el que se establece el significado y alcance de esa justicia penal preventiva en el marco de los delitos de terrorismo y desórdenes públicos, analiza las relaciones entre esta categoría anglosajona y algunas corrientes continentales más relevantes del Derecho Penal de la globalización. Los resultados de dicho análisis se proyectan, en una primera aproximación, sobre el fenómeno del terrorismo y su regulación más común. Es decir, el planteamiento metodológico seguido aquí transcurre bajo el entendimiento de este modelo penal preventivo desde un contexto más amplio y universalista (contexto propio de la globalización), hasta llegar a sus repercusiones más concretas en el marco del terrorismo.

Siguiendo esta metodología, se dedica un primer apartado a desvelar la íntima vinculación de las diferentes concepciones penales altamente preventivas con la misma ideología que imponen los procesos de globalización. A continuación, dado que precisamente ha sido en materia de terrorismo donde más se ha exacerbado el aspecto preventivo y punitivo del sistema de justicia en las sociedades occidentales, se trasladarán las reflexiones alcanzadas a este fenómeno criminal. Y, finalmente, en el último apartado dedicado a las conclusiones, el punto de apoyo que coadyuvará a fundamentar la tesis general se situará en la incidencia del pensamiento de la mundialización en el marco de la criminalidad terrorista, como expresión de la estrategia defensiva que estructura su combate y la consecuente tutela institucional del Estado.

2. JUSTICIA PENAL PREVENTIVA Y DERECHO PENAL DE LA GLOBALIZACIÓN

En el Derecho anglosajón, se hace referencia a la *justicia preventiva* para designar un conjunto de instituciones del Derecho Penal, del Derecho Procesal, del Derecho sancionador, e incluso del Derecho Civil, que tienen en común su carácter coactivo y restrictivo de bienes

tive justice: principle, policy and paradox, London/New York, 2017. OGG, James Thomas: *Preventive justice and the power of policy transfer*, Basingstoke, 2015. ASHWORTH, Andrew/ZEDNER, Lucia/TOMLIN, Patrick (Dirs.): *Prevention and the Limits of the Criminal Law*, Oxford, 2013. ASHWORTH, Andrew/ZEDNER, Lucia: *Preventive Justice*, Oxford, 2014. BABKINA, N. S.: «Specific problems of legal regulation of criminal law principles», *Science and world*, Vol. 11, núm. 7 (2014); pp. 58 y ss. ROBINSON, Paul H.: «Punishing Dangerousness: Cloaking Preventive Detention as Criminal Justice», *Harvard Law Review*, Vol. 114, núm. 5, (2001); pp. 1429 y ss.

y libertades de los sujetos afectados con el fin de perseguir intereses generales de mayor relevancia (justicia, seguridad ciudadana, salud pública y otros similares) (8). Se trata, por tanto, de *justicia preventiva* porque abarca una serie de medidas legales, de naturaleza coercitiva, con las que cuenta el Estado para evitar en el futuro determinados menoscabos de intereses colectivos o ataques a bienes jurídicos de la comunidad. En este orden de cosas, se incardinarían aquí instituciones como los registros y retenciones, y la prisión provisional (ámbito procesal); las regulaciones preventivas civiles (*civil preventive orders*), que, a pesar de su denominación, se asemejan a las medidas de seguridad postdelictivas (9); otras instituciones de Derecho Penal material, como los actos preparatorios punibles, la tentativa de delito, los delitos de posesión, de asociación ilícita y de omisión de denuncia (10); y, finalmente, instituciones de coerción civil que limitan la libertad o los derechos de los individuos para asegurar la salud o la seguridad colectiva, o el orden público (supuestos de cuarentena ante situaciones de peligro de contagio de enfermedades, internamiento de

(8) Sobre el concepto de justicia penal preventiva, tomando en consideración las dos perspectivas señaladas en el texto, CARVALHO: *The preventive turn in criminal law...*, cit.; pp. 4 y ss. Una más profunda diferenciación en las distintas variantes de la justicia penal preventiva, con cita doctrinal, en OGG: *Preventive justice and the power of policy transfer...* cit.; pp. 30 y ss. Un reciente y completo estudio sobre esta institución se encuentra en TULICH, Tamara: *Critical reflections on preventive justice*, en TULICH (y otros): *Regulating preventive justice...*, cit.; pp. 3 y ss. Ya una ojeada al índice de una de las obras más representativas del tratamiento de la justicia penal preventiva (ASHWORTH/ZEDNER: *Preventive Justice...*, cit.) muestra el corolario de instituciones sobre las que ésta se asienta.

(9) Y en efecto, a pesar de la denominación legal en el sistema jurídico inglés, la naturaleza penal de estas medidas se afirma por la doctrina más relevante del país británico: «En principio, una orden que determine prohibiciones de actividades y movimientos solo puede ser establecida, como parte del procedimiento penal, en la sentencia tras la condena por un delito». ASHWORTH/ZEDNER: *Preventive Justice...*, cit.; p. 93. Más todavía si se tiene presente que la violación de una de estas decisiones del tribunal correspondiente puede llevar aparejada una privación de libertad.

(10) En realidad, los citados autores (ASHWORTH/ZEDNER: *Preventive Justice...*, cit.; pp. 96 y ss.) incluyen en la específica *justicia penal preventiva* (frente a la de naturaleza procesal, civil o sancionadora) algunas otras figuras que no han sido mencionadas en el texto. Así, también hacen referencia al carácter preventivo del castigo de cualquier delito, a los hechos punibles de consumación anticipada o a los delitos de peligro concreto o abstracto. Un elenco todavía más amplio de teorías, instituciones y medidas que integran la justicia *penal* preventiva puede encontrarse en el trabajo de DUBBER, Markus D.: *Preventive Justice: The Quest for Principle*, en ASHWORTH/ZEDNER/TOMLIN: *Prevention and the Limits of the Criminal Law...*, cit.; pp. 47 y ss.

enfermos mentales peligrosos, retención o deportación de inmigrantes ilegales, etc.) (11).

En lo que se refiere al ámbito jurídico-penal, esa *justicia preventiva* coincide, en parte, con ciertas concepciones que han ido ganando peso específico en las últimas décadas casi de forma mimética en la mayoría de los países democráticos con predominio de la civilización occidental. Y aquí, como se profundizará más adelante, esta corriente puede ser concebida bien desde una perspectiva político-criminal, bien desde una óptica doctrinal que trata de limitar los excesos de la anterior.

Desde la perspectiva político-criminal, el concepto de justicia penal preventiva haría referencia a las medidas de actuación, coercitiva y restrictiva de derechos, empleadas por los gobiernos y sus respectivos parlamentos encaminadas a prevenir el fenómeno criminal ante las constantes y crecientes demandas de seguridad ciudadana esgrimidas por la comunidad. Se trata de una tendencia dominante en la forma de llevar a cabo la reforma penal y las políticas públicas en la prevención de la conducta criminal (12).

Desde la perspectiva doctrinal, describe una corriente de pensamiento que explora, analiza, sistematiza y lleva a cabo la crítica conforme a los principios informadores del Derecho Penal y sus garantías constitucionales (13). En este sentido se ha dicho, y con razón, que esta corriente académica trata de articular un marco normativo de

(11) Esta concepción de la *justicia preventiva* es mucho más amplia que la que proponen otros autores, como BLACKSTONE. Éste parte de una tesis que se circunscribe exclusivamente al ámbito del sistema penal, y que abarca tan solo al conjunto de medidas que son creadas con el fin de que no se perpetren hechos delictivos, cualquiera que fuese su gravedad. ASHWORTH y ZEDNER (*Preventive Justice...*, cit.; pp. 251 y ss.), por el contrario, se refieren a esta institución en consideración al conjunto de medidas e instrumentos derivados del poder del Estado que tienden a prevenir no solo delitos, sino también otros daños o menoscabos de gran entidad, incluyendo tanto las regulaciones pre-delictivas como delictivas, u otras que puedan emanar fuera del ámbito del Derecho Penal material o adjetivo (como, por ejemplo, del Derecho Administrativo de policía). Estas medidas vendrían definidas, además, por su carácter coercitivo limitativo o fuertemente restrictivo de la esfera de autonomía del individuo.

(12) Lucía Zedner, una de las autoras que más ha propiciado, junto a Andrew Ashworth, las investigaciones doctrinales sobre la presente corriente, se refiere recientemente a este modelo, en el sentido apuntado en el texto, indicando que el concepto de justicia preventiva se está universalizando en gran medida porque las crecientes demandas de seguridad ciudadana conducen a los poderes públicos a extender sus facultades de intervención policial y, en general, de carácter preventivo. ZEDNER, Lucía: *Taking the preventive justice project forward*, en TULICH (y otros): *Regulating preventive justice...*, cit.; XIII y ss.

(13) Esta perspectiva está muy profundamente tratada en el trabajo de TULICH: *Critical reflections on preventive justice*, en TULICH (y otros): *Regulating preventive justice...*, cit.; pp. 11 y ss.

axiomas y valores en el que pueda prevalecer la justicia en un campo en donde, con frecuencia, impera la injusticia, la arbitrariedad y los excesos del poder estatal (14).

De este modo, instituciones propias de la *justicia penal preventiva* se encuentran también en nuevas tendencias como el Derecho Penal de la peligrosidad, el Derecho Penal del enemigo o el Derecho Penal simbólico.

No se pretende ahora llevar a cabo una exhaustiva relación de esas instituciones comunes a los distintos planteamientos mencionados. Tan solo se quiere poner de manifiesto en este apartado la estrecha relación entre la ideología que subyace en el fenómeno universalizador de la globalización y estas tendencias enunciadas. Ese pensamiento generalista y unívoco explicaría el avance de las modernas metodologías, y su estrecha vinculación con la justicia penal preventiva (15). En consecuencia, aquí se procede al análisis de esa justicia penal preventiva desde la perspectiva del pensamiento de la mundialización tras el estudio, como paso intermedio, de las concepciones más próximas del sistema jurídico continental apuntadas en la introducción de esta contribución. También se considera oportuno describir brevemente, y con carácter previo, ese proceso globalizador y la ideología que subyace en el mismo, así como sus repercusiones más importantes. En las últimas décadas prácticamente todos los países de la comunidad internacional se están viendo afectados por el denominado fenómeno de la globalización. Es un proceso, un concepto o una realidad que todos los ciudadanos tenemos en mente y sobre el que nos hacemos una idea más o menos aproximada de su contenido y significado. Sin embargo, la mayoría de los especialistas sobre esta temática han manifestado la gran dificultad que implica la elaboración de una definición que abarque todas las repercusiones de dicho fenómeno y su semántica, siempre compleja y difusa.

No obstante, cualquier estudioso de las ciencias sociales es consciente de que nos encontramos ante una nueva era en la que, en diversos espacios geopolíticos del Planeta, los procesos de desarrollo económico, político, social, cultural y tecnológico, así como sus correspondientes crisis y conflictos, se extienden cada vez más fuera de las fronteras de los Estados y de las comunidades en los que se originan. Dichas repercusiones, que duda cabe, afectan también al

(14) ZEDNER: *Taking the preventive justice project forward...*, cit.

(15) Las relaciones entre los procesos de globalización y estas concepciones del Derecho Penal han sido expuestas en mi trabajo BORJA JIMÉNEZ: *Globalización y concepciones del Derecho Penal...*, cit.; pp. 141 y ss., al que haré referencia en adelante.

ámbito de la criminalidad, que se propaga como un fenómeno más de la mundialización económica. Los Estados y sus correspondientes poderes públicos se ven obligados a reaccionar frente a estas nuevas situaciones de inseguridad ciudadana, reformando las leyes penales, tanto nacionales como internacionales, transformándose así paulatinamente los respectivos ordenamientos punitivos (16). De esta manera, para poder hacer frente a estas nuevas formas y modos de aparición del delito, el sistema penal va evolucionando en sus normas, en sus principios orientadores y en sus instituciones fundamentales. La disciplina que estudia, interpreta y sistematiza las normas, los principios y las instituciones punitivas, el Derecho Penal, también observa su objeto de investigación bajo otros parámetros y va modificando sus bases metodológicas tradicionales.

Como se ha señalado, aunque sea de forma provisional, hay que otorgar cierto significado al vocablo *globalización* (17), teniendo presente, como es obvio, las dificultades que entraña esta tarea. Sin embargo, ahora tan solo se trata de apuntar algunos rasgos para explicar cómo el proceso de mundialización de la economía está influyendo en la homogenización de las instituciones jurídicas, y por supuesto, también de las jurídico-penales. De tal suerte que, con el término *globalización* se quiere proporcionar una explicación de la realidad de la vida social y de la vida de los individuos desde una perspectiva planetaria, en un mundo sin fronteras; por un lado, interdependiente e intercomunicado (a pesar de las distancias), y a su vez; por otro lado, independiente de la pertenencia a los pueblos, a las etnias o a las culturas de cada uno de los operadores en el sistema

(16) Señala SILVA, y con razón, que el fenómeno de la globalización económica no solo ha sido relevante en el marco de la extensión y proliferación de la criminalidad organizada, sino en grandes ámbitos del sistema penal. Las causas directamente relacionadas con la mundialización estarían generadas por efectos propios de la misma, como el incremento de bolsas de pobreza en las sociedades occidentales, el aumento de los flujos migratorios que determinan una creciente conformación de estas sociedades como comunidades multiculturales, así como la globalización de las comunicaciones, que a su vez propicia la globalización de la cultura y de la política. SILVA SÁNCHEZ, J.M. *La expansión del Derecho Penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades occidentales*, 2.^a edic., Madrid, 2001; pp. 103 y ss.

(17) Una buena prueba de las dificultades de la determinación del concepto de globalización, con sus repercusiones en el marco del Derecho Penal, puede encontrarse en el trabajo de HILGENDORF, Eric: *Nationales oder transnationale Strafrecht? Europäisches Strafrecht, Völkerstrafrecht und Weltrechtsgrundsatz im Zeitalter der Globalisierung*, en DREIER, HORST/ FORKEL, HANS/KLAUS, Laubenthal (Coords.), *Raum und Recht, Festschrift 600 Jahre Würzburger Juristenfakultät*, Berlin, 2002; pp. 333 y ss., 338 y 339.

económico, político o social (18). El proceso, por tanto, afecta a todos los ámbitos de la vida humana, considerada individual o colectivamente, pero se expresa específicamente en tres relevantes manifestaciones (19).

Así, en primer lugar, destacaría la *globalización económica*, que pondría el acento en un mundo sin fronteras, sin aranceles, sin límites en el intercambio de mercancías y servicios. Resaltarían aquí especialmente tres aspectos de gran importancia. Uno, el fenómeno de nuevas formas de organización de las empresas multinacionales o transnacionales, al igual que la gran relevancia de su protagonismo en el mercado mundial. Dos, la multiplicación exponencial de las operaciones económico-financieras en todo el planeta y la corta duración de su realización, hasta límites vertiginosos en el ámbito temporal. Y tres, la interdependencia cada vez más acusada de las economías de los respectivos países en relación con otros Estados u organizaciones internacionales, que no permite un extenso margen de maniobra y autonomía en su dirección y gestión (20).

(18) En esta definición, se toman en consideración las reflexiones conceptuales aportadas por autores como BECK, GIDDENS, y, sobre todo, CAPELLA HERNÁNDEZ en relación con las obras tradicionales que se centran sobre esta temática. Al respecto, BORJA JIMÉNEZ.: *Globalización y concepciones del Derecho penal...*, cit.; pp. 145 y ss.

(19) Sobre el concepto de globalización en las ciencias sociales, y su significado para el Derecho Penal y la Política Criminal, PRITTWITZ, Cornelius: *Skizzen zu Strafrecht und Kriminalpolitik in Zeiten der Globalisierung*, en, C. PRITTWITZ, Cornelius/ MANOLEDAKIS, Ioannis (Coord.): *Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende*, Deutsch-Griechisches Symposium Rostock 1999, 2000; pp. 163-175, 166 y ss. En este mismo sentido, TOMUSCHAT, Christian: *Möglichkeiten und Grenzen der Globalisierung*, en SCHWARZE, Jürgen (Coord.): *Globalisierung und Entstaatlichung des Rechts*, Band 1, Beiträge zum Öffentlichen Recht, Europarecht, Arbeits- und Sozialrecht und Strafrecht, Tübingen, 2008; pp. 21 y ss. Para este autor, y otros muchos, el análisis del fenómeno de la globalización debe abarcar tanto los procesos que explican el examen supranacional de la realidad, como el resultado de los mismos. De tal forma que, por ejemplo, la perturbación mundial del medio ambiente representaría uno de los aspectos más relevantes de este fenómeno (pp. 23 y ss.).

(20) BORJA JIMÉNEZ, E.: *Curso de Política Criminal*, 2.^a edic., Valencia, 2011; p. 274: «En el plano económico, las transacciones se multiplican y se perfeccionan en tiempo real, pues el teléfono, el fax, el correo electrónico y otros similares acercan a las partes del negocio, por muy alejadas que se encuentren. Al multiplicarse el número de operaciones, se generan más posibilidades de beneficios, y se crean y desaparecen con gran frecuencia empresas y todo tipo de operadores económicos. Esto determina que el sector financiero vaya adquiriendo con el tiempo mayor notoriedad, y que el sistema bursátil cimiente los pilares de las economías de los países de la órbita occidental. Es más, esa inmediatez en la obtención de la información y en la respuesta a los mensajes de los correspondientes interlocutores, establece que vayan borrándose con mayor frecuencia las fronteras nacionales. Se puede

En segundo lugar, se habla de *globalización política*, y destacaría aquí dos aspectos fundamentales. De una parte, las nuevas realidades que afectan a la pérdida de la soberanía del Estado debido a dos razones de peso: por la influencia de las empresas transnacionales y por el sometimiento cada vez más fuerte a las organizaciones supraestatales de todo orden (Unión Europea, OTAN, Fondo Monetario Internacional, etc.). De otra parte, habría que destacar el estrechamiento del espacio político de las ideologías tradicionales de la derecha y de la izquierda (21).

En tercer lugar, resalta con gran relevancia el proceso de *globalización de las comunicaciones*, merced al tremendo auge e impacto en la vida real de las nuevas tecnologías de la comunicación y de la información, las cuales permiten los intercambios de toda índole en el amplio mundo, de forma vertiginosa (prácticamente en tiempo real) y en cuantía casi ilimitada (22).

decir así que la bolsa de Madrid se encuentra en un alto grado de dependencia respecto de la de Nueva York o la de Tokio. Las políticas económicas, por tanto, son cada vez menos autónomas en manos de los correspondientes gobernantes, y dependen cada vez más de la coyuntura internacional, de las directrices de organizaciones como el Fondo Monetario Internacional o, en nuestro caso, de las instituciones comunitarias de la Unión Europea».

(21) BORJA JIMÉNEZ: *Curso de Política Criminal...*, cit.; pp. 274 y 275: «Uno de los puntos fundamentales que tradicionalmente ha dividido a la derecha de la izquierda política ha sido el modelo económico propugnado en los planos teórico y práctico (liberal de economía de mercado, en el primer caso; intervencionista en el segundo). Con la internacionalización de la economía, y también con la fuerte implantación de las multinacionales en los centros de poder de decisión, los gobiernos conservadores y progresistas cuentan con un menor margen de maniobra. Las fórmulas económicas empleadas cada vez son más parecidas. Y esto conduce a su vez, a que se fortalezca el mensaje que pone el acento en las directrices de carácter técnico, que impiden un discurso sobre las posibilidades de un cambio orientado políticamente. El Banco Central Europeo, el FMI y otras instituciones ordenan una determinada forma de gestionar los gastos y los ingresos de los Estados, y las fórmulas propuestas vienen determinadas por criterios «científicos», indiscutibles para el profano..... De ello se deduce que la nueva ideología del Estado del siglo XXI vaya siendo más homogénea...».

(22) Bill Gates, el magnate propietario de la todopoderosa Microsoft Corporation, dijo hace casi tres décadas (GATES, Bill/MYHRVOLD, Nathan (Colab.)/RINEARSON, Peter (Colab.): *Camino al futuro*, Madrid, 1995): «Llegará un día, no muy lejano, en que seremos capaces de dirigir negocios, de estudiar y explorar el mundo y sus culturas, de hacer surgir algún gran entretenimiento, hacer amigos, asistir a mercados locales, enseñar fotografías a parientes lejanos sin abandonar nuestra mesa de trabajo o nuestro sillón... No abandonaremos nuestra conexión a la red ni nos la dejaremos en la oficina o en el aula... Esta red será algo más que un objeto que portamos o un dispositivo que comprendemos... Será nuestro pasaporte para un modo de vida nuevo y mediático». Esta profecía es hoy una realidad y constituye una muestra más de la

Los procesos de globalización, que se originan y a su vez son resultado de la denominada Tercera Revolución Industrial, como ocurrió con sus dos predecesoras, están imponiendo una nueva ideología, que, al igual que en etapas anteriores, favorece los intereses de sus protagonistas. Esa nueva ideología explica las recientes transformaciones del Derecho Penal, y, por supuesto, de la justicia criminal preventiva. Como se ha apuntado, antes de entrar en la específica relación entre sistema penal preventivo y globalización, es conveniente consignar unas reflexiones al respecto.

Y, en efecto, esa Tercera Revolución Industrial viene caracterizada, de forma general, por aspectos reflejados en el desarrollo vertiginoso de las nuevas tecnologías que dan origen o son consecuencia de los modernos procesos económicos (23). Desde las dos últimas décadas del siglo pasado, se ha extendido produciendo bienes materiales e inmateriales desconocidos hasta ahora y creando sistemas de organización del trabajo muy diferentes de los tradicionales. Para ello ha sido necesario que se potencien las modernas fuentes e instituciones de financiación que posibilitan el incremento cuantitativo y el poder cualitativo de las multinacionales como los agentes más relevantes del sistema económico y político. Y lo dicho viene a colación con la imposición de un nuevo pensamiento que legitime la tutela de sus intereses y objetivos.

Así es, estos procesos económicos imponen la ideología de la eficiencia, que mide todo bajo los parámetros ingresos, costes y beneficios en la sociedad mundial del mercado. Esa nueva ideología está teñida, como todo lo que atañe a los tiempos en que se desarrolla, de argumentos tecnológicos, de argumentos trasladados del laboratorio de los científicos. Es la ideología «cientifista», dominada por los técnicos, que conocen el lenguaje y los métodos de gestión del Estado, incomprensibles para los ciudadanos normales, y, por ello, sustraídos de cualquier discurso crítico. De esta forma, los mensajes políticos

relevancia de la revolución tecnológica en nuestra sociedad actual. Al respecto, BORJA JIMÉNEZ: *Curso de Política Criminal...*, cit.; pp. 273 y ss.

(23) Estos y otros datos son tomados del excelente trabajo de CAPELLA HERNÁNDEZ, J. R.: *Estado y Derecho ante la mundialización: Aspectos y problemáticas generales*, en CAPELLA HERNÁNDEZ, J. R. (Coord.): *Transformaciones del derecho en la mundialización*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999; pp. 83 y ss. En relación con los rasgos de la Tercera Revolución Industrial, señala el autor: «La tercera revolución industrial consiste esencialmente en el empleo de nuevos materiales de origen químico y bioquímico, en la introducción generalizada de la informática, en la producción y en el consumo privado, y, sobre todo, en la adopción de nuevas formas organizativas para desarrollar los procesos productivos y de comercialización» (pp. 92-93).

son menos utópicos, y están más influidos por criterios macroeconómicos, por propuestas de soluciones rápidas y eficaces, por la coyuntura de la práctica. La política se convierte así en administración y gestión de los asuntos públicos en materia de cuestiones complejas, sin una base ideológica «fuerte», como era la imperante durante el primer tercio del siglo pasado (24). Y la política estatal se va asemejando a la forma de dirección de una gran empresa.

De este modo, el Estado neoliberal queda sometido a las nuevas tendencias, desvinculado de los proyectos políticos tradicionales, conservadores o progresistas, y limitado en su soberanía por el poder de las transnacionales o por el de las organizaciones internacionales de las que forma parte e integra (25).

Estas transformaciones económicas, sociales y culturales, han generado nuevos comportamientos y nuevas formas de entender la vida. Una de esas conductas humanas, la más desvalorada, el delito, ha sufrido en estos ámbitos cierta metamorfosis acorde con estos procesos de globalización (26). Y ello ha llevado al sistema penal a adop-

(24) De hecho, un efecto propio del proceso de globalización es la tendencia a la desregularización de la normativa estatal en relación con la actividad empresarial y el sometimiento a reglamentaciones supranacionales. TOMUSCHAT, Christian: *Möglichkeiten und Grenzen der Globalisierung...*, cit.; pp. 28 y ss.

(25) Aunque la cita sea larga, conviene reflejar unos párrafos muy clarificados de la idea que se señala en el texto: «La *teoría* política tradicional entra en crisis y pierde capacidad explicativa por limitarse a contemplar los poderes estatales sin admitir que encuentran limitaciones externas en ciertos ámbitos de su actuación. Estos límites son impuestos por la concentración y la transnacionalización del poder económico, en el pasado enormemente fragmentario. La mundialización subvierte el mercado *nacional*, uno de los fundamentos del poder del Estado-Nación... ..El poder *político* ha modificado su estructura profunda con la mundialización; por vez primera desde el nacimiento de la modernidad no puede ser descrito en términos de soberanía y legitimidad simples. El *campo de poder* contemporáneo parece constituido por la interrelación de un *soberano privado supra-estatal difuso* y –puesto que se mantiene la base territorial de localización del poder para determinadas funciones– un «*Estado Abierto*» o unas «*asociaciones estatales*» (como puede ser la Unión Europea, en el ámbito económico, la OTAN, en el ámbito militar) *permeables, abiertas o porosas*». CAPELLA HERNÁNDEZ: *Estado y Derecho ante la mundialización...*, cit.; p. 105.

(26) Para algunos autores, la delincuencia propia de la globalización puede concretarse en los ámbitos de la criminalidad organizada (con sus especificaciones en materia de tráfico de drogas, lavado de capitales, sustracción de automóviles, prostitución y trata de seres humanos), en hechos o que se generalizan o potencian con la globalización (delitos contra el medio ambiente, socio-económicos, corrupción y estafa de subvenciones, entre otros) y, finalmente, aquellas infracciones punibles que están relacionadas con las nuevas tecnologías de la comunicación y de la información, como los delitos informáticos. Al respecto, PRITTWITZ: *Skizzen zu Strafrecht und Kriminalpolitik in Zeiten der Globalisierung...*, cit.; p. 171.

tar nuevas fórmulas de enfrentamiento al crimen utilizando las mismas estrategias de la mundialización e inspirado bajo su propia ideología.

Continuando con este camino que quiere precisar las relaciones entre los procesos de globalización y la justicia penal preventiva, se considera oportuno, como paso intermedio reiteradamente anunciado, examinar dicha vinculación en otros modelos similares de los ordenamientos jurídicos continentales. En los párrafos que siguen, por tanto, se expondrá (brevemente) la influencia del pensamiento neoliberal en las concepciones del Derecho Penal apuntadas al principio de este apartado, finalizando con su concreción en la perspectiva anglosajona (27).

Ya el Derecho Penal funcionalista, presupuesto del Derecho Penal del enemigo (y que es propugnado por el mismo autor) refleja el planteamiento ideológico que subyace en la mundialización. Es decir, se corresponde con la estrategia «cientifista» propia de la Tercera Revolución Industrial. De hecho, no es casual que comiencen a desarrollarse de forma paralela en el tiempo (mediados de los años setenta del siglo pasado). En efecto, la elaboración de una disciplina, como propugna el funcionalismo más radical, desde parámetros exclusivamente lógicos o descriptivos, recurriendo a la metodología técnica, viene influida por esta ideología caracterizada por imponer, como criterio de solución de los problemas humanos, la razón aparentemente científica. Y esto implica que los procedimientos y métodos ideados para resolver esos problemas humanos, sean cada vez más complejos, más técnicos, más desarrollados, pero también, más difíciles de manejar, de controlar y de comprender. Y los conflictos, individuales o sociales, dejan de ser cuestiones a resolver por el ciudadano (que no puede solucionarlos) para trasladarse al especialista.....la razón científica sustituye así a la razón práctica. Y al igual que ocurre en la economía y en la política de la era de la mundialización, también en el Derecho Penal propugnado por las concepciones funcionalistas sistémicas, para resolver problemas estrictamente humanos, se ha recurrido a los parámetros del pensamiento «cientifista». Y este camino puede conducir a que el Derecho Penal de las garantías, sea sustituido por el Derecho Penal del sistema.

Esta relación también se observa, como es lógico, en el Derecho Penal del enemigo, en el Derecho Penal simbólico y en el Derecho Penal de la peligrosidad.

(27) En cuanto a la primera relación, se toman en consideración algunas de las reflexiones del trabajo BORJA JIMÉNEZ: *Globalización y concepciones del Derecho Penal...*, cit.; pp. 173 y ss.

En cuanto al primero de los modelos señalados, de nuevo hay que recordar que la globalización está extendiéndose provocando dos efectos diametralmente opuestos. Por un lado, la homogeneización del mundo en la imposición del neoliberalismo económico, del ideario político de las democracias occidentales (y de sus valores de cultura fuertemente individualista) y acompañado de la creciente incorporación de las nuevas tecnologías en la vida cotidiana. Y por otro lado, la creación de bolsas de pobreza cada vez mayores, de sectores marginados que poco o nada se benefician de la mundialización de la economía, y del surgimiento de un fuerte sentimiento de rechazo a los valores occidentales en grupos humanos étnicamente diferenciados, o con otras culturas o de otras civilizaciones distintas del modelo de vida occidental. Bajo estos presupuestos, se han extendido con gran virulencia algunos sectores delictivos que ponen en riesgo la estabilidad del Estado, como el terrorismo o la criminalidad organizada. Y en este contexto, el Derecho Penal del enemigo refleja la respuesta propia de la ideología de la globalización. Una respuesta tecnocrática, funcional, que no toma en consideración valoraciones propias del deber ser, sino que persigue la ventaja del beneficio rápido, materializado en la aparente y eficaz solución al problema planteado (28). Por tanto, la ideología de la eficacia, el pensamiento «efectista» y «cientifista» se encuentra claramente anclado en la estructura argumentativa del Derecho Penal del enemigo. Pues los defensores de esta concepción no se limitan a describir una realidad previa en la forma en que se crea y utiliza la legislación penal para la lucha contra el terrorismo y la criminalidad organizada, sino que, en la medida en que se admite

(28) En el fondo, las tesis de JAKOBS están íntimamente unidas al pensamiento neoliberal del principio de la eficiencia, tan relevante en la ideología de la globalización. Pues la reacción del Derecho frente a la actuación de cada sujeto viene determinada por su contribución eficaz al sistema según el desarrollo de su competencia con arreglo a la situación que ocupe en el mismo. También el mayor o menor reconocimiento de garantías constitucionales en el sistema penal, vendrá determinado por esa misma toma de posición del reo frente al propio Estado. Si viola las normas, pero no pone en tela de juicio la existencia institucional de la sociedad, será considerado como ciudadano e ingresará en el sistema penal tradicional con sus principios y límites. Si, por el contrario, su conducta va más allá de la violación de la norma y el sujeto se coloca voluntariamente fuera del sistema, arriesgando la propia estructura institucional del poder público, será considerado como enemigo, y sufrirá un Derecho Penal mucho más restrictivo y despersonalizado. Es decir, en última instancia, la posición que ocupa el sujeto como titular de derechos, como persona y ciudadano, puede perderla por su propia conducta y pasar a ser un individuo sin derechos, un enemigo. Es la teoría neoliberal de tanto tienes, tanto vales... tanto contribuyes, tanto mereces. En este sentido, las atinadas reflexiones de PAWLK: *Der Terrorist und sein Recht...*, cit.; pp. 38 y 39.

que esas medidas aparecen como inevitables, las consecuencias son las que son, y tienen que ser las que tienen que ser. De tal suerte que de nuevo se aparta el discurso argumentativo y se deja paso a un discurso técnico, de necesidad y complejidad, dominado por especialistas, incomprendible para el ciudadano, y por tanto, no sometido a supervisión ni crítica alguna (29).

También el Derecho Penal simbólico es hijo de su tiempo, y en consecuencia, producto de los procesos de mundialización. Así es, en efecto, el Derecho Penal de la globalización viene revestido de un notable carácter simbólico que revela una pretensión social y política de valorar como merecedor de protección bienes jurídicos relevantes para la coexistencia social (30). La reforma de la ley penal resulta entonces un medio barato, inmediato, «efectista», con gran potencial simbólico, que proyecta a esa ciudadanía la confianza en sus gobernantes de que ya se está haciendo lo que se debe para atajar el problema de la tutela de la comunidad ante el fenómeno criminal (31). Los costes son bajos, y los beneficios altos, especialmente desde el punto de vista electoral. De nuevo el pensamiento neoliberal de la eficacia de la productividad formal que inspira a la globalización se encuentra presente en el Derecho Penal simbólico (32).

(29) PAULIK: *Der Terrorist und sein Recht...*, cit.; p. 40.

(30) En este sentido, ROXIN, Claus: *Was darf der Staat unter Strafe stellen? Zur Legitimation von Strafdrohungen...*, cit.; p. 683. ROXIN: *Strafrecht. Allgemeiner Teil...*, cit.; pp. 25 y ss.

(31) «Todo ello lleva a reconsiderar la función de *ultima ratio* tradicionalmente atribuida al Derecho penal. El carácter fragmentario y subsidiario que se vienen predicando de éste se fundamenta en consideraciones que hacen referencia, sobre todo, a la relevancia del bien jurídico afectado y a las características de los medios de ataque al mismo. Pero cuando a impulsos de la globalización se desconoce el carácter criminal de conductas gravemente lesivas, el Derecho penal deja de ser *ultima ratio* para convertirse en un instrumento ancilar de la política económica, que olvida su vocación de tutela de bienes jurídicos y se limita, en el mejor de los casos, a una inócua función simbólica». TERRADILLOS BASOCO, J. M.: *El Derecho Penal de la globalización: luces y sombras*, en CAPELLA HERNÁNDEZ, J. R. (Coord.): *Transformaciones del derecho en la mundialización*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999; pp. 183 y ss., 210.

(32) Se ha dicho, y con razón, que la globalización comporta una espiral de producción normativa frenética y desordenada (DE JULIOS-CAMPUZANO, A.: *La crisis del ordenamiento jurídico: Reflexiones sobre racionalidad jurídica y globalización*, en DE JULIOS-CAMPUZANO, A. (Edit.): *Ciudadanía y Derecho en la era de la globalización*, Madrid, 2007; p. 79 y ss., 95). Una razón puede encontrarse en la rápida transformación de las sociedades industriales que obliga a regular con normas jurídicas esa nueva realidad compleja. Pero en el ámbito punitivo, el incremento de reformas penales se explica, entre otras causas, por la utilización simbólica del Derecho Penal.

Recientemente, las tendencias globalizadoras se están manifestando en una mayor profundización del nuevo Derecho Penal de la peligrosidad, que aboga en favor de un incremento de la seguridad ciudadana, aún a costa de debilitar principios jurídico-penales básicos del Estado de Derecho (33). Para alcanzar tal objetivo, se facilita la creación de medidas punitivas de intervención en la persona del infractor con la pretensión de reducir su capacidad para perpetrar delitos en el futuro. Este moderno Derecho Penal de autor recurre a nuevas técnicas de valoración del riesgo y a instrumentos cada vez más contundentes en la privación de derechos del reo (custodia de seguridad, libertad vigilada, incremento de la condena, mayor número de agravantes, etc.) para atajar su potencial lesivo de bienes jurídicos relevantes. Pero lo cierto es que los resultados alcanzados en relación con la prevención de la reincidencia son muy pobres, y el índice de falsos positivos, muy alto (34). De nuevo el pensamiento de la eficiencia formal (pero no real), del recurso al «cientifismo» para resolver los conflictos humanos únicamente por parte de los especialistas y el logro simbólico de reducir la criminalidad explicaría el gran desarrollo de estas tendencias punitivistas con la mundialización.

En consecuencia, las concepciones apuntadas (Derecho Penal funcionalista, Derecho Penal del enemigo, Derecho Penal simbólico, Derecho Penal de la peligrosidad, etc.) han venido acompañadas del viento ideológico de la globalización, que sopla buscando soluciones simples y radicales a problemas que son reales, pero que vienen amplificadas por el potente altavoz de los medios de comunicación de masas. Esta es, como se ha visto a lo largo del presente apartado, una forma de hacer la política criminal en todo el mundo occidental. Y ello se explica por la confluencia de varios factores que son moldeados por el nuevo pensamiento neoliberal. La perpetración de graves delitos (que siempre han acontecido, y que seguirán aconteciendo) incide en un sentimiento generalizado de inseguridad ciudadana (exagerado por la alarma social en el ámbito de los medios de comunicación). Lo cual provoca la actuación de los poderes públicos, no tanto por responsabilidad de gobernante diligente, sino por criterios de clientelismo polí-

(33) La relación entre Derecho Penal de la peligrosidad e ideología de la globalización ya la expuse en otro trabajo. BORJA JIMÉNEZ, E.: *Peligrosidad postcondena, intervención punitiva y Estado de Derecho*, en ORTS BERENGUER, E. (Dir.)/ALONSO RIMO, A. (Coord.)/ROIG TORRES, M. (Coord.): *Derecho Penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia*, Valencia, 2015; pp. 149 y ss.

(34) Para un estudio sobre las técnicas estadísticas de pronóstico de la peligrosidad del autor, puede tomarse en consideración el trabajo MARTÍNEZ GARAY, L.: «La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: Consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad», *InDret*, núm. 2 (2014).

tico, con duras reformas penales. Y este esquema de comportamiento, que aporta logros coyunturales a corto plazo (llenando de fracasos, sin embargo, el futuro más lejano) se repite en la mayoría de los países dominados por la cultura occidental. De este modo el Derecho Penal de la peligrosidad se inserta en el ideario mundializador a través del Derecho Penal simbólico y del Derecho Penal del enemigo. Pues queda claro, por un lado, que se utiliza la reforma de la ley penal como mecanismo tranquilizador de la alarma social de la ciudadanía provocada por una serie de crímenes horribles que refuerzan la sensación de inseguridad de la sociedad ante sujetos muy peligrosos que ya han demostrado su potencial lesivo en hechos concretos. Y, por otro lado, la peligrosidad del sujeto constituye el factor fundamental para excluirlo del sistema de garantías, con privaciones de libertad que pueden ser indeterminadas e indefinidas en los supuestos más graves. El peligroso se convierte así en el *enemigo*, y la reacción del poder público es contundente, «efectivista» y simbólica, como propugna el pensamiento de la globalización.

La perspectiva anglosajona de la justicia penal preventiva se fundamenta en un argumentario similar a las tendencias que se acaban de exponer, y de ahí que su influencia por la ideología de la mundialización se perciba de modo semejante (35). No obstante, siguiendo la metodología expuesta, cabe concluir el presente punto, con la pretensión de otorgar una mejor ilustración de este paralelismo, trayendo a

(35) Así, para el caso de EE.UU., las recientes expresiones de la justicia penal preventiva revelan manifestaciones propias del Derecho Penal de la peligrosidad y del Derecho Penal del enemigo. Como ejemplo, se pueden citar algunas medidas privativas de libertad que se justifican por finalidades preventivas, y que se circunscriben a las siguientes tipologías de sujetos: «Pueden considerarse a los peligrosos, pero no responsables, como en los casos paradigmáticos de delincuentes juveniles y enfermos mentales; a aquellos calificados como *predadores sexuales violentos*, que también son peligrosos, y en los que se aprecia cierto grado de imputabilidad mermada; a estos otros que son plenamente responsables pero que se definen como *combatientes enemigos* en la *guerra contra el terror*; o a los sospechosos de actividades terroristas detenidos conforme a una legislación preventiva especial, o más comúnmente por la violación de leyes en materia de inmigración o la detención de auténticos *testigos* en investigaciones criminales». STRIKER, Carol S.: *Proportionality as a Limit on Preventive Justice: Promises and Pitfalls*, en ASHWORTH /ZEDNER /TOMLIN: *Prevention and the Limits of the Criminal Law...*, cit.; pp. 194 y ss., 197. La vinculación entre la justicia penal preventiva y el Derecho Penal de la peligrosidad también se ha llevado a cabo desde una de sus instituciones más controvertidas, como los denominados actos preparatorios punibles (*pre-inchoate offences*). «La conducta que éstos prohíben no son actos lesivos o incluso peligrosos, sino que constituyen exteriorizaciones de la peligrosidad del autor». RAMSAY, Peter: *Democratic Limits to Preventive Criminal Law*, en ASHWORTH /ZEDNER /TOMLIN: *Prevention and the Limits of the Criminal Law...*, cit.; pp. 214 y ss., 216.

colación, a título de ejemplo, algunas reflexiones procedentes del ámbito jurídico-penal del *common law* (36).

Como se ha reiterado, la justicia penal preventiva, sin olvidar que el ordenamiento punitivo castiga comportamientos del pasado, acentúa su carácter defensivo tratando de impedir que en el futuro se perpetre un excesivo número de conductas criminales. Para ello la intervención del Estado debe anticiparse a momentos anteriores a la consumación del hecho delictivo. Dicha anticipación requiere de medidas sancionadoras que recortan garantías constitucionales del ciudadano, pues de lo contrario la prevención del delito deviene imposible. En ese real y clásico conflicto entre libertad del individuo y seguridad ciudadana, por tanto, se hace necesario llevar a cabo la tarea de racionalizar la intervención punitiva estableciendo principios y límites al sistema penal, y analizando críticamente sus objetivos. En consecuencia, bajo estos presupuestos, la racionalidad en la utilización del Derecho Penal preventivo fundamenta su propia legitimidad (37).

Sin embargo, junto a este modelo de justicia preventiva propuesto por la doctrina penal anglosajona, y que se incardina en los postulados del deber ser, existe otro que nace de las aspiraciones político-criminales del poder público y que se concreta en las recientes reformas penales (38). Esta perspectiva político-criminal que, por supuesto, también se apoya en cierto fundamento teórico, como reiteradamente se viene señalando, viene integrada por formulaciones y propuestas muy similares a las que en el marco jurídico continental se conocen como Derecho Penal del enemigo, Derecho Penal simbólico o Derecho Penal de la peligrosidad. De ahí que la vinculación existente entre estas metodologías y los procesos de mundialización pueda ser trasladada al sistema punitivo de anticipación. En la medida en que ya se han descrito con cierta profundidad dichas relaciones, las conclusiones señaladas son aplicables al ámbito de la justicia penal preventiva.

(36) Esas reflexiones tomarán en consideración, especialmente, las dos grandes obras sobre la justicia penal preventiva, citadas reiteradamente en este trabajo. ASHWORTH, Andrew/ZEDNER, Lucia/TOMLIN, Patrick (Dirs.): *Prevention and the Limits of the Criminal Law*, Oxford, 2013. ASHWORTH, Andrew/ZEDNER, Lucia: *Preventive Justice*, Oxford, 2014.

(37) Así se presenta la propuesta de investigación y de comprensión de la justicia penal preventiva de ASHWORTH/ZEDNER/TOMLIN: *Introduction...*, en *Prevention and the Limits of the Criminal Law...*, cit.; pp. 1 y ss.

(38) Es el enfoque de la justicia penal preventiva, enmarcada en la política criminal de un poder público poco respetuoso con el Estado de Derecho, que toma en consideración DUBBER: *Preventive Justice: The Quest for Principle*, en ASHWORTH/ZEDNER/TOMLIN: *Prevention and the Limits of the Criminal Law...*, cit.; pp. 47 y ss.

Es este, por tanto, el último paso metodológico del presente apartado, en el que se considera oportuno añadir al respecto unos sencillos trazos para finalizar el dibujo de esta corriente anglosajona desde la perspectiva de la mundialización y su ideología.

La justicia preventiva, como sistema penal propio de la globalización, recurre al fraude de etiquetas para ocultar los límites a su potencial «efectivismo». De este modo, con el fin de no someterse a las restricciones derivadas de las garantías constitucionales, para combatir más fuertemente la presumible inseguridad ciudadana, deriva las instituciones punitivas a otros sectores del ordenamiento jurídico (derecho de policía, leyes de orden público, derecho administrativo sancionador, etc.). Y todo ello con la pretensión de ofrecer a la ciudadanía una expectativa de combate de la criminalidad con las menores restricciones posibles. De nuevo el pensamiento neoliberal se inserta en la institucionalidad y en la forma de actuación de la justicia preventiva. Se trata de convencer a los potenciales electores de que van a obtener el máximo beneficio, la máxima protección de sus bienes y derechos frente al delito (mediante una fuerte intervención anticipada), sin que dicha protección sea mermada por los costes del respeto a las garantías constitucionales del sospechoso, acusado o reo. Sin embargo, ese aparente beneficio es formal, pues no se concibe un Estado auténticamente libre y democrático sin que los gobernantes y gobernados acepten la convivencia social envuelta en cierto grado de inseguridad ciudadana (39). Y, a pesar de ello, lo común a todas las concepciones del Derecho Penal de la globalización, incluyendo la justicia penal preventiva, es extender progresivamente el manto punitivo para cubrir la inseguridad ciudadana dejando al aire libre y sin protección la autonomía del individuo y sus libertades más fundamentales.

Ello se explica, en parte, porque la política de la mundialización ha ido abandonando la ideología de los partidos tradicionales democráticos (que partían del primado de la dignidad de la persona (y de sus inviolables derechos inherentes) para sustituirla por criterios coyunturales vinculados a mensajes electoralistas que se compran y venden en el mercado de los medios de comunicación de masas (constituyendo dicha seguridad ciudadana uno de sus bienes más rentables). Para combatir la proliferación del crimen, consecuentemente,

(39) En este sentido, se ha dicho, y con razón, que «... cierto grado de inseguridad y de peligro de menoscabo puede tolerarse como una consecuencia necesaria de la institucionalización de la confianza mutua formalizada que rige las relaciones entre los ciudadanos de una República auténticamente democrática». RAMSAY: *Democratic Limits to Preventive Criminal Law* ..., cit.; p. 234.

se ha incrementado la gravedad y la duración de las penas en la mayoría de las reformas legales de las democracias occidentales en las últimas décadas.

Este periodo coincide con el origen y desarrollo de la Tercera Revolución Industrial, donde los mecanismos representativos del poder político se someten a las nuevas leyes del mercado mundial (40). Los ciudadanos dejan de ser vistos como agentes políticos y se convierten en meros consumidores pasivos que ejercen su derecho al voto en los respectivos comicios. La lucha contra el delito, entonces, aparece como un producto fácil de vender en las campañas electorales regidas por estrategias publicitarias de los partidos que aspiran al gobierno de la comunidad aprovechándose del rédito del nuevo populismo punitivo (41). Pues esos esos consumidores en el sistema de justicia son las potenciales víctimas.

La justicia preventiva, en consecuencia, crea su institucionalidad altamente punitiva movida por este pensamiento neoliberal. Quiere, por tanto, sustituir el sistema penal garantista de los individuos autónomos e independientes con el fin de imponer un aparato administrativo a los futuros usuarios altamente tecnificado y «efectivista». Sin embargo, en el fondo, con esta perfección «cientifista» se esconde un objetivo interesado y de naturaleza ideológica. Se pretende desplazar del debate político la forma en que el poder público debe prevenir y reaccionar frente al fenómeno criminal. Ese debate ideológico se margina y retira para ser ocupado por un incontestable análisis económico basado en el conocido binomio centrado en los costes y beneficios. De tal suerte que este falso empirismo trata de usurpar la toma de decisio-

(40) Así, las medidas punitivas de la justicia preventiva se han incrementado en los últimos tres decenios en las democracias occidentales. Destacan, entre otras muchas, los internamientos por tiempo indeterminado tras el cumplimiento de la condena de los delincuentes sexuales violentos en EE. UU.; la denominada custodia de seguridad procedente de países germánicos y que se introdujo en Francia en 2008; o, por señalar algunas más, las órdenes de control y otras restrictivas de derechos en materia de prevención e investigación del terrorismo introducidas en el Reino Unido a partir del 2005. Al respecto, HARCOURT, Bernard E.: *Punitive Preventive Justice: A Critique*, en ASHWORTH /ZEDNER /TOMLIN: *Prevention and the Limits of the Criminal Law...*, cit.; pp. 252 y ss., 256.

(41) «Los ciudadanos han sido redefinidos como consumidores: consumidores en mercados altamente regulados para proveer bienes y servicios particulares, consumidores de servicios públicos y, en concreto, consumidores de política». RAMSAY, Peter: *Imprisonment and Political Equality*. Law, Society and Economy Working Papers LSE 8/2015; pp. 1 y ss., 16.

nes políticas por la aceptación de los informes técnicos (no sujetos a la discusión ni a la crítica) de los especialistas (42).

Ciertamente que en los tiempos de la globalización aparece una aparente contradicción. Pues, por un lado, el nuevo liberalismo pretende imponer su orden natural de la libertad de mercado reduciendo al máximo la intervención del poder público. Y, por otro lado, la realidad muestra que el recurso al Derecho Penal es cada vez mayor, de tal suerte que el número de condenados ha aumentado considerablemente en las democracias occidentales hasta provocar la masificación de la población carcelaria (constituyendo EE. UU. el mejor ejemplo de neoliberalismo y del constante incremento de la estadística penitenciaria. Pero dicha contradicción, como se ha señalado, es meramente aparente, dado que tradicionalmente esa ideología del liberalismo otorga al Estado su escasa parcela de competencia, por razones prácticas y de fundamentación y legitimidad, en el ámbito en el que se desenvuelve la justicia penal. Sin embargo, dicho otorgamiento es más formal que real, en la medida en que la influencia de los protagonistas de la mundialización (los consorcios internacionales) elimina cualquier vestigio de resistencia frente al proceso de endurecimiento punitivo que trata de crear un marco de seguridad para el funcionamiento de las nuevas leyes del mercado y para salvaguardar sus propios intereses económicos (43).

Como no podía ser de otro modo, actualmente la justicia penal preventiva ha ido ocupando la función que la globalización otorga al aparato punitivo. Y, en definitiva, esta justicia penal preventiva, como otros modelos similares examinados, es fruto de su tiempo. Renace y se desarrolla en la Tercera Revolución Industrial, inspirado por el viento ideológico neoliberal, y se extiende universalmente con el proceso de la mundialización. Y buena prueba de ello, tanto en el fenó-

(42) En similares términos se expresa HARCOURT: *Punitive Preventive Justice: A Critique* ..., cit.: p. 257. «... la tendencia punitiva preventiva se basa en el conocimiento técnico y científico... ..en el contexto más actual, ese conocimiento técnico privilegia la eficiencia sobre la mayoría de los demás valores políticos y, en el proceso, desplaza a la Política». Pero, como demuestra el propio autor, esa eficiencia es formal e irreal. Pone de manifiesto, por ejemplo, algunos estudios en los que se demuestra que en ámbitos policiales se prefiere llevar a cabo las operaciones de prevención con criterios de discriminación étnica, pues se consigue de este modo que el número de ciudadanos arrestado sea muy elevado en relación con el número de ciudadanos retenidos, lo cual eleva el valor de su estadística profesional (p. 266).

(43) Esta relación entre la moderna configuración de la economía de mercado y la correspondiente subyugación de la justicia penal, se encuentra claramente expresada y argumentada en la obra HARCOURT, Bernard E.: *The Illusion of Free Markets: Punishment and the Myth of Natural Order*, Cambridge (Massachusetts)/London, 2011; pp. 191 y ss.

meno que lo desarrolla, como en la regulación que intenta combatirlo, se encuentra plasmado, tal y como se examina en el siguiente apartado, en el marco de la criminalidad terrorista.

3. PROYECCIONES EN EL ÁMBITO DEL TERRORISMO

No se pretende ahora llevar a cabo un análisis de todos los aspectos político-criminales y jurídico-penales de la actividad terrorista. La bibliografía, al respecto, es inabarcable. Ahora tan solo interesa destacar, dentro de la presente contribución, dos aspectos que han sido anunciados en los apartados anteriores, y que se presentan como sus proyecciones en el tratamiento de este fenómeno.

Por un lado, se constata el hecho de que esta clase de criminalidad, que no nace con la mundialización, encuentra, sin embargo, su máximo desarrollo y progresión en el seno de la misma. Y, por otro lado, se van a resaltar las características de algunas medidas punitivas que combaten el terrorismo como instituciones propias de la justicia penal preventiva y reflejo del Derecho Penal de la globalización.

Pero antes de emprender esta tarea, hay que verter algunas reflexiones sobre el significado del término *terrorismo*, que de por sí ya es bastante controvertido. Sin que sea ahora mi intención profundizar en las diferentes interpretaciones que han surgido al respecto, se desarrollan algunas notas que ya formulé en otros trabajos (44).

A estos efectos, hay que tomar en consideración que el terrorismo constituye uno de los problemas político-criminales más graves de las sociedades desarrolladas del siglo XXI, pues su actividad va siempre encaminada a desestabilizar por vías violentas el sistema político-institucional que se marca como objetivo. De una u otra forma, la acción terrorista está relacionada, desde mi personal punto de vista, con tres elementos que se encuentran íntimamente ligados entre sí, que son precisamente los que generan ese peligro para el entramado institucional del Estado social y democrático de Derecho (45).

(44) BORJA JIMÉNEZ: *Curso de Política Criminal...*, cit.; pp. 239 y ss.

(45) El significado de terrorismo aportado en el texto es más amplio y autónomo que el estrictamente jurídico-penal. Sobre las diversas aristas conceptuales del mentado término pueden examinarse, entre las más recientes, las contribuciones que seguidamente se apuntan. LAMARCA PÉREZ, C.: *La definición del terrorismo*, en CUERDA RIEZU, A. (Dir.): *El derecho penal ante el fin de ETA*, Madrid, 2016; pp. 27 y ss. CANCIO MELIÁ, M.: *Concepto jurídico-penal de terrorismo y cese definitivo de la violencia*, en CUERDA RIEZU, A. (Dir.): *El derecho penal ante el fin de ETA*, Madrid, 2016; pp. 45 y ss. AMBOS, KAI/ TIMMERMANN, ANINA: *Terrorismo y Derecho*

Así, en primer lugar, nos hallamos ante una estructura conformada fuertemente sobre la base de una organización. Esa estructura organizativa, sea un grupúsculo, una asociación, un sindicato, un partido político, una célula paramilitar, una secta religiosa, etc., viene regida de forma fuertemente jerarquizada, con cierta cohesión de los militantes en grupos y subgrupos, de tal forma que su actividad se desarrolla a través de una clara distribución de roles entre los diferentes miembros y grupos que integran la organización. A través del aparato dirigente del entramado orgánico, se perfilan los objetivos ideológicos de la banda y, sobre todo, se define la estrategia para alcanzar dichos fines (46). En ocasiones es el mismo elenco institucional estatal el que se pone en manos de determinados poderes para que apliquen métodos ilegales de agresión a bienes jurídicos fundamentales (vida, integridad física, libertad, etc.) con el objetivo de alcanzar determinados fines también políticos (lucha contra la subversión, eliminación del enemigo político, depuración étnica de la población, etc.). En tal caso estamos ante el denominado terrorismo de Estado.

El segundo elemento conceptual hace referencia al componente ideológico, bien sea político, bien sea religioso, que marca las directrices y los objetivos de la asociación o banda armada. Ese componente ideológico distingue las diversas formas de terrorismo que se perciben en la actualidad. Se habla así de un terrorismo revolucionario, de extrema izquierda, que pretende acabar con el sistema capitalista y la estructura social de clases. En el otro polo, se sitúa el terrorismo de extrema derecha, cuyo embrión ideológico se encuentra en el neofascismo o en el neonacionalsocialismo, y que busca la implantación de un modelo vertical y jerarquizado de la sociedad, cohesionado en torno al concepto de patria con un líder indiscutible,

Internacional consuetudinaria, en AMBOS, Kai/MALARINO, Ezequiel/STEINER, Christian (Coords.): *Terrorismo y Derecho Penal*, Berlín-Bogotá, 2015; pp. 23 y ss. GIL GIL, A.: «La expansión de los delitos de terrorismo en España a través de la reinterpretación jurisprudencial del concepto “organización terrorista”», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. 67 (2014); pp. 105 y ss. GÓMEZ MARTÍN, V.: *Notas para un concepto funcional de terrorismo*, en SERRANO-PIEDRACASAS, J. R. (Coord.)/DEMETRIO CRESPO, E. (Coord.): *Terrorismo y Estado de Derecho*, Madrid, 2010; pp. 25 y ss. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L./FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A.: «Sobre el concepto jurídico penal de terrorismo», *Teoría y Derecho*, núm. 3 (2008); pp. 35 y ss.

(46) Para LAMARCA PÉREZ (*La definición del terrorismo...*, cit.; pp. 42 y ss.), sin embargo, la cuestión estratégica adquiere carta de naturaleza y aparece como componente independiente del concepto de terrorismo, junto al resto de términos examinados. De una u otra forma, se encuentren donde se encuentren, y en el orden que se prefiera, la estructura organizativa, los fines ideológicos perseguidos y la estrategia empleada instrumentalizando toda clase de violencia constituyen los requisitos esenciales que definen el significado de la acción terrorista.

sea el Führer, el Duce o el Caudillo, anclado en los valores más conservadores de la tradición y de la historia del país o de la región de referencia. También atendiendo a los fines políticos que persigue, se distingue un terrorismo nacionalista o independentista, como el que han desarrollado el IRA en Irlanda del Norte o ETA en el País Vasco. Aquí el objetivo perseguido se proyecta en torno a la idea de separación o de independencia de un Estado del que legalmente se forma parte, poniendo en énfasis características diferenciadoras, autóctonas, y por lo general, estimadas como valiosas frente al resto de la ciudadanía de ese Estado que se considera opresor y explotador (esas características pueden ser tradición histórica, sangre, lengua, distinción étnica, etc.). Y en los últimos tiempos las sociedades occidentales, especialmente EE.UU., España, el Reino Unido, Francia, Bélgica o Alemania, tras los atentados del 11 de septiembre de 2001, han conocido el denominado terrorismo fundamentalista islámico o *yihadista*, que lucha contra (lo que consideran) la perversión política, cultural o religiosa que se oponga a su credo, y que ve en cada «infiel» a un enemigo (47).

Estas diversas formas en las que se presenta el terrorismo no tienen por qué aparecer en «estado puro». Así, por poner dos sencillos ejemplos, qué duda cabe que las organizaciones ETA e IRA (en su día) se clasificarían dentro de las que utilizan una estrategia violenta con fines separatistas o independentistas. Pero la primera también recurre a un ideario revolucionario que pretende implantar un sistema socialista en el País Vasco, y la segunda viene inspirada por fuertes valores religiosos anclados en un ferviente catolicismo.

El tercer elemento que define a una organización como terrorista es la instrumentalización de la violencia como estrategia empleada para alcanzar los objetivos ideológicos perseguidos. De hecho, un grupo político o religioso que pretenda derrocar a un gobierno determinado, o acabar con un sistema constitucional legítimamente establecido, sin emplear medios violentos o intimidatorios, nunca puede ser considerado como grupo terrorista. Por muy viles, por muy antidemocráticos, por muy inmorales que sean los objetivos perseguidos por cualquier tipo de organización, no puede alcanzar la consideración de terrorista si los mecanismos utilizados son pacíficos. Es más, en todo Estado democrático se deben tolerar cualquier tipo de asociaciones, incluso aquéllas que pretendan su destrucción, siempre y cuando las vías utilizadas para ello estén ayunas de fuerza o coacción. La tolerancia en el libre flujo de las ideas, y la necesidad de que exista una cons-

(47) BORJA JIMÉNEZ: *Curso de Política Criminal...*, cit.; pp. 240 y ss.

tante crítica a las instituciones políticas y sociales, justifican y legitiman toda forma de expresión ideológica y religiosa.

Estos tres componentes deben confluír conjuntamente para hablar de terrorismo propiamente dicho, aunque el acento se ponga especialmente en el tercero, por ser el más agresivo. Un grupo que emplee la violencia sin contenido ideológico es simplemente una banda de criminales, sin más. Y un individuo que atente contra la vida, integridad física o libertad de las personas por móviles políticos sin estructura organizativa alguna, es un mero delincuente que actúa por convicción ideológica. Y sin violencia ni intimidación, se ha visto, no hay ni siquiera ilegalidad, aun cuando nos encontremos ante un grupo estructurado que persiga finalidades ideológicas de desestabilización.

Aun siendo cierto que la actividad terrorista es una actividad criminal, hay que señalar que ese componente ideológico le dota de ciertas peculiaridades que la hacen diferente del resto de formas delictivas (48). Incluso es difícil en ocasiones calificar una específica esfera de acción como terrorista o como modo de lucha política que no encuentra ninguna otra forma de expresión posible. Es éste un aspecto político-criminal de primer orden que determina la complejidad del conflicto y de los mecanismos ideados para su erradicación.

La interpretación ideológica de unos determinados hechos históricos influye en su adjetivización, bien como actividad terrorista, bien como lucha legítima para conseguir determinados fines que justifican la violencia. Voy a dedicar unas breves reflexiones sobre este punto, también crucial en la definición en cuestión.

Y ocurre que, en el análisis de una concreta realidad, pueden surgir dudas en la calificación de la estrategia de la violencia, bien se justifique, bien sea considerada como terrorismo. Dichas dudas van a florecer, no solo en el análisis de ciertos periodos pretéritos, sino también en otros acontecimientos que se nos presentan más cercanos. La reciente historia española nos puede brindar un buen ejemplo de este relativismo valorativo.

Cuando finalizó la Guerra Civil española, se instauró el gobierno del bando nacional regido por el General Franco. En ciertas zonas de España se creó un movimiento de lucha armada que, a modo de guerrillas, se refugiaba en las zonas geográficas más agrestes e inaccesi-

(48) Sin embargo, existen autores que mantienen el carácter común de la criminalidad terrorista, sin atribuirle a ésta ninguna característica especial. En la doctrina española ha mantenido esta posición PAREDES CASTAÑÓN, J. M.: *Una modesta proposición para derogar los delitos de terrorismo (o casi)*, en PORTILLA CONTRERAS, G. (Dir.)/PÉREZ CEPEDA, A. I. (Dir.): *Terrorismo y contraterrorismo en el siglo xxi: Un análisis penal y político criminal*, Madrid, 2016; pp. 61 y ss.

bles (montes y sierras). Esos grupos organizados de resistencia, llamados «maquis», recibirán una muy diferente consideración según sea la perspectiva ideológica de la que se parta. De este modo, para quienes entiendan que el sistema político franquista gozaba de toda legitimidad, los maquis fueron una pandilla de desalmados que aterrizaron a la población con sus ataques a cuarteles de la Guardia Civil y a personalidades políticas en las zonas rurales. Sin embargo, quien vea a Francisco Franco como a un militar golpista que derrocó al Gobierno legítimo de la Segunda República española, considerará a los maquis como héroes coherentes con su planteamiento de defensa de la misma que tuvieron la valentía de oponerse por las armas a un poder inmensamente superior e ilegítimo (49).

De estas reflexiones se pueden extraer provisionalmente unas primeras conclusiones. Se puede considerar *terrorismo* aquella actividad propia de una estructura organizada que utiliza la violencia como forma de desestabilización de un sistema político mediante la grave alteración del orden público para alcanzar unos específicos objetivos ideológicos. Este concepto no ofrece mayores dudas cuando se parte de la base de que el poder estatal al que se pretende atacar es legítimo y democrático. Sin embargo, cuando el correspondiente régimen es autoritario, o de una u otra forma no goza de una legitimidad clara, las conductas violentas encaminadas a la subversión y al derrocamiento del tirano, pueden contemplarse desde otra perspectiva totalmente distinta, e incluso puede llegar a justificarse la lucha armada. Por esta razón, los analistas que han tratado el tema, no ponen en duda el que se pueda hablar claramente del resurgimiento del movimiento terrorista en Europa a partir de los años sesenta, cuando la mayoría de los países de este espacio geopolítico constituyen auténticos Estados democráticos en los que rigen materialmente el pluralismo político con alternancia en el poder y el respeto a los derechos humanos (50).

Tras estas consideraciones, el siguiente paso metodológico tratará de vincular dicho resurgimiento de la actividad terrorista a partir del último tercio del siglo XX con el proceso de globalización.

En una primera aproximación cabe señalar que, paradójicamente, desde el punto de vista ideológico, la acción violenta subversiva representa la negación de la mundialización, mientras que desde la perspectiva estratégica su vertiginosa propagación y la eficacia de sus atentados solo pueden explicarse como expresión de la misma globa-

(49) En relación con este episodio de la Historia de España, puede consultarse la obra de MORENO GÓMEZ, F.: *La resistencia armada contra Franco: tragedia del maquis y la guerrilla*, Barcelona, 2006.

(50) BORJA JIMÉNEZ: *Curso de Política Criminal...*, cit.; p. 242.

lización (51). En este sentido, y atendiendo de nuevo a consideraciones metodológicas, hay que resaltar que, mientras que desde el prisma jurídico-penal el componente más relevante del terrorismo es precisamente el que convierte el comportamiento ideológico en una actividad criminal por medio de la violencia, el terror o la intimidación masiva (52); la visión de las ciencias sociales, en su enfoque universalizador, atiende al fenómeno contracultural en oposición a sus valores y a su pensamiento económico y político (53).

Y, ciertamente, la globalización política, guiada por ese pensamiento neoliberal, extiende el programa ideológico de las democracias occidentales con las ideas del pluralismo político, de la defensa de los derechos humanos, de la igualdad entre hombre y mujer, del ensalzamiento del carácter individual del ser humano, de la fuerte separación entre Estado y confesiones religiosas o de la defensa de la economía de mercado y de la propiedad privada de los medios de producción, entre otras. Estas ideas fueron combatidas frontalmente por los movimientos subversivos revolucionarios en el último tercio del siglo XX, y hoy constituyen el objeto principal de los ataques violentos del fundamentalismo islámico. Tanto en su surgimiento como en el esplendor de la mundialización, en consecuencia, el terrorismo pre-

(51) Existen muchos trabajos que establecen este vínculo entre terrorismo y globalización. A título de ejemplo, pueden destacarse, entre otros, PORTILLA CONTRERAS, G.: «La globalización de la violencia penal en la postmodernidad», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 7 (2004), pp. 217 y ss. PÉREZ CEPEDA, A. I.: *El paradigma de la seguridad en la globalización: Guerra, enemigos y orden penal*, en FARALDO CABANA, P./PUENTE ABA, L. M./SOTO GARCÍA, E. M. (Coords.): *Derecho Penal de excepción: Terrorismo e inmigración*, Valencia, 2007; pp. 95 y ss. LARRIBA HINOJAR, B.: *Globalización, terrorismo y libertad de expresión: Conminación penal de actividades terroristas en el entorno virtual*, en CARBONELL MATEU, J. C./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L./ORTS BERENGUER, E. (Dirs.)/CUERDA ARNÁU, M. L. (Coord.): *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón*, Tomo I, Valencia, 2009; pp. 1089 y ss. CRAM, Ian: *Terror and the War on Dissent: Freedom of Expression in the Age of Al-Qaeda*, Berlin/Heidelberg, 2009.

(52) CANCIO MELIÁ (*Concepto jurídico-penal de terrorismo y cese definitivo de la violencia...*, cit.; p. 53) integra como componente sustancial del terrorismo la intimidación masiva: «... terrorismo es, esencialmente, una estrategia de comunicación... Uno de los elementos de esta estrategia instrumental es la utilización masiva de la violencia». Otros autores, como Kai AMBOS (*Terrorismo y Derecho Internacional consuetudinario...*, cit.; p. 44) asumen esta consideración del autor español.

(53) Dentro de las muchas monografías que tratan la presente temática, destacan, entre las más recientes, SÁEZ DE LA FUENTE ALAMA, I. (Coord.): *Misivas del terror: Análisis ético-político de la extorsión y la violencia de ETA contra el mundo empresarial*, Madrid, 2017. FLORES GIMÉNEZ, F. (Coord.)/RAMÓN CHORNET, C. (Coord.): *Análisis de los riesgos y amenazas para la seguridad*, Valencia, 2017.

tende destruir los valores en los que ésta se asienta y el planteamiento político que la guía.

Pero el terrorismo, sobre todo el terrorismo internacional, también es producto de la globalización en la forma *efectivista y tecnocrática* que toma como fundamento de su estrategia para alcanzar los fines que persigue.

Las técnicas de marketing y de publicidad del producto empleadas por las grandes multinacionales son apropiadas por las diferentes organizaciones criminales desestabilizadoras que cubren las diferentes áreas geopolíticas del planeta. Y de este modo, la estrategia comunicativa conforma la idiosincrasia de toda actividad terrorista en dos ámbitos fundamentales. En el mensaje ideológico que, desde su propia perspectiva, justifica la pretensión de destrucción del sistema político. Y también en la propagación, sin frontera alguna, del terror mediante la intimidación generalizada derivada de sus comunicados y de sus mismos atentados (54).

Son muchas las causas que determinan hoy en día que el terrorismo constituya uno de los problemas más graves a los que se enfrenta el actual Estado democrático. Junto a las apuntadas, hay que subrayar, de igual forma, el uso y abuso de las modernas tecnologías que ofrecen amplias posibilidades a los grupos subversivos para causar estragos de gran entidad, tremendos daños personales y materiales, empleando muy pocos recursos económicos (55). De hecho, países muy pobres que bajo ningún concepto podrían emprender una guerra contra las grandes potencias mundiales (Estados Unidos, Rusia, Alemania, Francia o el Reino Unido), utilizan las vías violentas de grupos preparados y adiestrados en su territorio para golpear las bases y símbolos de quienes consideran sus enemigos.

Ejemplo paradigmático de todo lo que se viene señalando queda representado por uno de los más terribles atentados terroristas que ha conocido la Humanidad. Me refiero al acaecido el 11 de septiembre de 2001, que arrasó las Torres Gemelas de la ciudad de Nueva York, dañó

(54) Tal y como expresan los autores señalados en la nota 52.

(55) La vinculación entre terrorismo y modernas tecnologías es hoy una realidad innegable. Entre las más recientes, se pueden citar las contribuciones de MORILLO LLOVO, J.: «ISIS: La última evolución del terrorismo», *Bie3 (Boletín IEEE)*, núm. 4 (2016); pp. 587 y ss. TAPIA ROJO, M. E.: «Análisis de la estrategia comunicativa del terrorismo yihadista: El papel de las redes sociales», *Bie3 (Boletín IEEE)*, núm. 1 (2016); pp. 370 y ss. LODEIRO CORRAL, R.: «El uso de las nuevas tecnologías por el terrorismo yihadista», *Cuadernos de la Guardia Civil (Revista de Seguridad Pública)*, núm. 54 (2017); pp. 50 y ss. MORÁN BLANCO, S.: «La ciberseguridad y el uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) por el terrorismo», *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 69 (2017); pp. 195 y ss.

gravemente las instalaciones del Pentágono y estrelló un avión en Pennsylvania. Murieron más de 3.000 personas. Y el método fue secuestrar y utilizar como proyectiles tres aeronaves... Es decir, empleando la misma terminología bélica, los terroristas ni siquiera necesitaron usar sus propias armas, tomaron prestadas las de sus víctimas.

Y de nuevo esa utilización tecnológica permitió activar (con teléfonos móviles) los explosivos contenidos en mochilas que fueron responsables de casi doscientas víctimas mortales en los atentados de Madrid perpetrados el 11 de marzo de 2004.

Esa tecnología avanzada, utilizada en el campo de la comunicación, explica, a su vez, la conexión vertiginosa entre distintas células, grupos y organizaciones. A través de Internet, y empleando los foros de redes sociales, junto a otras herramientas y aplicaciones informáticas, también se lleva a cabo la captación de nuevos adeptos que serán entrenados para continuar la lucha armada contra quienes se consideran enemigos.

Y al igual que las transnacionales protagonistas del mercado mundial, los grupos terroristas utilizan el sistema de gestión empresarial y de estructuración organizativa de aquéllas, pero no solo para vender su producto, sino, sobre todo, para mantener la eficacia de su aparato en orden a la propagación de su credo y de la extensión generalizada de la violencia y de la intimidación.

Atendiendo a estas consideraciones, por tanto, queda claro que la extensión del terrorismo internacional, y su propia existencia en las últimas décadas, no puede entenderse sino como proyección de la globalización. La actividad violenta subversiva, sobre todo bajo sus versiones revolucionaria, nacionalista o yihadista, persigue objetivos ideológicos conformados para combatir los valores políticos, culturales y económicos de las democracias occidentales que constituyen el sustrato neoliberal sobre el que se asienta la mundialización. La estrategia comunicativa para difundir su mensaje político o religioso por vía de la propaganda, aprovecha las técnicas publicitarias más avanzadas de las compañías transnacionales. Y también utiliza sus sistemas de gestión empresarial y de organización del trabajo para estructurar internamente el colectivo y establecer jerarquías y competencias entre sus miembros. Las herramientas tecnológicas y de la comunicación de masas son empleadas para superar fronteras, invadiendo nuevos mercados de adeptos que se suman a su causa e internacionalizando su influencia en diversas zonas del planeta. Y también desde la perspectiva de la respuesta político-criminal que se ha enfrentado a este tipo de acciones delictivas violentas organizadas se ha recurrido al Derecho Penal de la globalización, especialmente en su formulación como

Derecho Penal del enemigo. Pero ahora no se pretende profundizar más en este último punto, pues cuando se analizaba esta corriente en el segundo apartado del presente trabajo, las consideraciones expresadas tomaban siempre como referencia la lucha contra el terrorismo (56).

Hasta este punto, se ha establecido la vinculación del terrorismo internacional con la mundialización. Siguiendo el esquema anunciado, queda ahora por explicar el modelo de reacción político-criminal frente a esta actividad delictiva bajo el prisma de la justicia penal preventiva (57). Concluirá de este modo el presente apartado que se ocupa del examen de las proyecciones de esta justicia penal preventiva y de la mundialización en el marco del terrorismo.

Cuando el terrorismo revolucionario de los años setenta se convirtió en una amenaza real, los Gobiernos occidentales no dudaron en aplicar medidas antiterroristas severas, que han arrojado un resultado muy desigual. La tendencia seguida por los países desarrollados más vulnerables ha sido la elaboración de legislaciones especiales caracterizadas por una mayor restricción de derechos individuales de los sospechosos y acusados, y una mayor gravedad de las penas, en comparación con otros tipos de criminalidad. Estas legislaciones especiales, a veces improvisadas e imprecisas, han permitido suspender excepcionalmente algunos derechos constitucionales básicos de los que gozan el resto de sospechosos, acusados o procesados, como el «habeas corpus», la inviolabilidad del domicilio, el secreto en las comunicaciones privadas, etcétera. A pesar del control judicial, parlamentario y político a que están sometidas estas actuaciones, se han producido innumerables abusos en las fases de detención, interrogatorio, prisión preventiva, juicio y régimen penitenciario, que han fortalecido y legitimado coyunturalmente la acción subversiva desde sectores sociales que comparten sus objetivos ideológicos. Se quería actuar con una justicia penal reactiva dura e implacable, que no logró los efectos perseguidos.

(56) Al respecto, *vid supra* nota 4 y el texto de referencia.

(57) Una visión general del terrorismo desde el punto de vista de la corriente anglosajona de la justicia penal preventiva se encuentra en las contribuciones ASHWORTH/ZEDNER: *Preventive Justice...*, cit.; pp. 171 y ss. CARVALHO: *The preventive turn in criminal law...*, cit.; pp. 135 y ss. OGG: *Preventive justice and the power of policy transfer...*, cit.; pp. 140 y ss. RAND, T. L./ELLIOIT, T.: *A new preventive justice framework for assessing counter-terrorism*, en TULICH, Tamara (Edit.)/ANANIAN-WELSH, Rebecca (Edit.)/BRONITT, Simon (Edit.)/MURRAY, Sarah (Edit.): *Regulating preventive justice: principle, policy and paradox*, London/New York, 2017; pp. 155 y ss.

Si se atiende a las medidas estrictamente policiales, el declive del terrorismo en Europa occidental coincide con el desarrollo de sistemas internos de seguridad sofisticados, con la mejora y especialización de las agencias policiales y con la creciente coordinación internacional. Cuando este fenómeno era nuevo y desconocido, se actuó con la idea de que a una mayor amenaza para el sistema, una mayor represión del sistema. Sin embargo, pronto se observó que este pensamiento conducía a efectos perniciosos y contrarios al objetivo perseguido. De ahí que en la actualidad, los Gobiernos hayan preferido la información sobre la pura y simple represión. Algunas medidas muy experimentadas y con un alto grado de tecnificación, como la reorganización de los servicios de inteligencia, la mayor especialización en cuestiones terroristas y la coordinación ejecutiva de las diversas agencias policiales, han facilitado mucho la labor de disminuir la violencia de los grupos armados. La actuación preventiva, en definitiva, ha cosechado más éxitos que la mera exacerbación punitiva de reacción. Ello no significa, sin embargo, que el sistema penal antiterrorista haya dejado de ser represivo. Todo lo contrario, ha acentuado dicho carácter, aunque el aspecto preventivo va adquiriendo, cada vez más, mayor relevancia.

Y, en efecto, una mayor represión no conduce a resultados más fructíferos. El delincuente terrorista sigue siendo un sujeto de derecho, a él también deben atribuírsele un mínimo de garantías irrenunciables en un Estado democrático. Pues, específicamente en esta materia, una presión exacerbada de los instrumentos represivos del Estado trae como consecuencia que los activistas aparezcan como «perseguidos», como «represaliados», como «torturados». Ello suele ser aprovechado por los propagandistas de la organización para presentar a los presos bajo una determinada mística que les va convirtiendo en héroes, mártires y patriotas (58). Y cuando esto se produce en una región con fuerte arraigo (nacionalista o religioso), el resultado alcanzado puede ser totalmente contrario al perseguido inicialmente. Es posible que se cree una conciencia más o menos generalizada de persecución que aumente el número de adeptos a las organizaciones radicales. Por eso están muy equivocados quienes plantean la posibilidad de castigar con la pena de muerte ciertos delitos de terrorismo o con el cumplimiento íntegro de la condena. Aparte de la ilegitimidad de raíz del planteamiento desde la perspectiva del Estado de Derecho, atendiendo al punto de vista de la eficacia de esta clase de medidas, las consecuencias llevarían a una mayor fuerza de la justificación del

(58) BORJA JIMÉNEZ: *Curso de Política Criminal...*, cit.; p. 251.

discurso de la violencia como respuesta a una presunta opresión indiscriminada del Estado.

Este argumentario, sin embargo, se ha debilitado notablemente con los brutales atentados yihadistas perpetrados especialmente a principios del presente siglo.

El 11 de septiembre de 2001 se demostró que una de las más graves amenazas a la estabilidad de las democracias occidentales es la violencia terrorista. A partir de ahí, sin embargo, se inició una estrategia internacional dirigida por los EE. UU., que tiene como objetivo luchar en todos los frentes contra toda forma de apoyo (ideológico, financiero, logístico, geográfico, etc.) de una serie de organizaciones terroristas reconocidas internacionalmente. Se volvió a insistir en la necesidad de adelantar un paso más la línea de defensa del Estado y se incidió en la intervención punitiva en espacios muy lejanos de la consumación de los atentados. La justicia penal preventiva, como tendencia político-criminal de actuación del poder público, adquirió carta de naturaleza en la lucha contra la actividad violenta subversiva.

Son muchas las cuestiones a tomar en consideración en relación con la adecuación de las medidas jurídicas adoptadas por esa justicia penal preventiva y el Estado de Derecho en el marco del terrorismo. Pero los límites de la presente contribución están acercándola a su final. Es por ello, que para terminar el presente apartado, se mencionen, a título ejemplificativo, algunos de esos mecanismos de intervención temprana en el combate contra el terrorismo, reflejo de una política criminal internacional propia de la justicia preventiva (59).

– Delitos de provocación pública del terrorismo, entre los que se encuentran su apología y justificación (60).

(59) Por las razones señaladas en el texto, no es posible analizar ahora todas las medidas preventivas que suelen utilizarse en el panorama internacional para hacer frente a la actividad terrorista. Tan solo se van a reflejar algunas de ellas enmarcadas en la *Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo*.

(60) Directiva 2017/541, núm. 10: «Los delitos de provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo comprenden, entre otros, la apología y la justificación del terrorismo o la difusión de mensajes o imágenes, ya sea en línea o no, entre ellas las relacionadas con las víctimas del terrorismo, con objeto de obtener apoyo para causas terroristas o de intimidar gravemente a la población. Esta conducta debe tipificarse cuando conlleve el riesgo de que puedan cometerse actos terroristas. En cada caso concreto, al examinar si se ha materializado ese riesgo se deben tener en cuenta las circunstancias específicas del caso, como el autor y el destinatario del mensaje, así como el contexto en el que se haya cometido el acto. También deben considerarse la

- Los delitos de recepción de adiestramiento o autoadiestramiento para el terrorismo, que se consuman incluso cuando el sujeto accede a ciertos contenidos por la Red o se halla en posesión de determinado material (61).
- Actos preparatorios específicos relacionados con el desplazamiento fuera de la UE, o desde el extranjero hacia algún país de la UE, con fines de participación en actividades o grupos terroristas (62).
- Financiación de cualquier actividad u organización con fines terroristas (63).

importancia y la verosimilitud del riesgo al aplicar la disposición sobre provocación pública de acuerdo con el Derecho nacional». En el C. p., artículos 578 y 579.

(61) Directiva 2017/541, núm. 11: «La tipificación penal de la recepción de adiestramiento para el terrorismo complementa el delito ya reconocido de adiestramiento y aborda específicamente las amenazas que plantean las personas que se preparan activamente para la comisión de delitos de terrorismo, entre ellas las que acaban actuando en solitario. La recepción de adiestramiento para el terrorismo incluye la obtención de conocimientos, documentación o capacidades prácticas. El aprendizaje autónomo, en particular a través de internet o consultando otro tipo de material de aprendizaje, también debe considerarse recepción de adiestramiento para el terrorismo cuando sea el resultado de una conducta activa y se efectúe con la intención de cometer o contribuir a la comisión de un delito de terrorismo. En el contexto de todas las circunstancias específicas del caso, esta intención puede inferirse, por ejemplo, del tipo de materiales y de la frecuencia de la consulta. Por lo tanto, descargarse un manual para fabricar explosivos con el fin de cometer un delito de terrorismo podría considerarse recepción de adiestramiento para el terrorismo. Por el contrario, el mero hecho de visitar sitios web o de recopilar materiales con fines legítimos, como fines académicos o de investigación, no se considera recepción de adiestramiento para el terrorismo a tenor de la presente Directiva». En el C. p., artículo 575.

(62) Directiva 2017/541, núm. 12: «En vista de la gravedad de la amenaza y de necesidad, en particular, de frenar el flujo de combatientes terroristas extranjeros, es preciso tipificar el hecho de viajar al extranjero con fines terroristas, en concreto no solo la comisión de delitos de terrorismo y el adiestramiento y la recepción de adiestramiento, sino también la participación en las actividades de un grupo terrorista. No es indispensable tipificar el acto de viajar como tal. Además, los viajes a territorio de la Unión con fines terroristas constituyen una amenaza creciente en materia de seguridad. Los Estados miembros también pueden decidir tratar la amenaza terrorista derivada del hecho de viajar con fines terroristas al Estado miembro de que se trate mediante la tipificación de los actos preparatorios, entre los que se puede incluir la planificación o la conspiración con vistas a la comisión o la contribución a la comisión de un delito de terrorismo. Debe asimismo tipificarse cualquier acto que facilite tales viajes». En el C. p., artículo 575. 3, en lo relativo al traslado del activista a un país extranjero con los fines señalados.

(63) Directiva 2017/541, núm. 14: «La Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo (1) establece normas comunes relativas a la prevención de la utilización del sistema financiero de la Unión para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo. Además de este enfoque preventivo, la financiación del terrorismo debe tipificarse en los Estados miembros. La tipificación penal no solo

Sin duda alguna, esta estrategia preventiva es necesaria para preservar nuestros sistemas políticos, nuestros sistemas sociales, nuestra tradición y nuestra cultura. Pero parte de esa estructura política, económica y social, parte de esa tradición y cultura que denominamos «occidental», viene integrada por el reconocimiento y el ejercicio de unos derechos individuales que se han ido constituyendo como garantías del ciudadano frente al poder estatal, y que se conocen bajo la locución «derechos fundamentales y libertades públicas», o simplemente, «derechos humanos». Y parece ser que ahora todo es válido en la lucha contra el terrorismo, aplicándose una nueva política de seguridad nacional fuertemente represiva de esas garantías (Derecho Penal del enemigo). Esa no es la vía más adecuada para combatir este problema. Pues corremos el riesgo de retroceder de nuevo en la historia de la lucha por la libertad. Corremos el riesgo de transformar el terrorismo subversivo en constante justificación del adelantamiento de la línea defensiva del Estado con un recorte estructural de las garantías del ciudadano. Lo cual implica asumir, paradójicamente, otro peligro mayor. El debilitamiento de la Democracia y del Estado de Derecho, objetivo perseguido por el terrorismo internacional por constituir las señas de identidad de esa tradición occidental.

4. CONCLUSIONES

En la presente contribución se analizan las relaciones entre los procesos de globalización, su incidencia en las nuevas formas de aparición de la criminalidad, y algunas corrientes del Derecho Penal que responden a las consecuentes pretensiones e ideología de este fenómeno universalizador. Dichas repercusiones se han estudiado (más descriptivamente, por haber sido tratadas en otros trabajos como se explica en breve) en algunos modelos continentales. Y se han comparado (más profundamente) con la denominada *justicia penal preventiva* del sistema anglosajón, dado que sobre esta última se centra gran parte del objeto de investigación. Tanto una como otra perspectiva (continental y anglosajona) coinciden en su significado político-criminal de orientar el sistema penal conforme a los intereses y el credo

debe abarcar la financiación de actos terroristas, sino también la financiación de grupos terroristas, así como la de otros delitos relacionados con las actividades terroristas, como la captación y el adiestramiento o los viajes con fines terroristas, con objeto de desarticular las estructuras de apoyo que facilitan la comisión de delitos de terrorismo». En el C. p., artículo 576.

de la globalización cuando se proyecta el discurso sobre el fenómeno del terrorismo.

De este modo, el primer paso metodológico, siguiendo la línea de investigación ya ensayada en contribuciones anteriores, examina las repercusiones del pensamiento tecnocrático y neoliberal de la mundialización en tendencias jurídico-penales tales como el Derecho Penal funcionalista, el Derecho Penal simbólico, el Derecho Penal del enemigo o el Derecho Penal de la peligrosidad. Estos modelos se justificarían, desde la óptica señalada, por estructurarse con base en criterios pragmáticos de *efectivismo* y *cientifismo*, con la pretensión de especialización técnica del sistema penal para abordar conflictos complejos. Pero dicho *efectivismo* conduce en muchos casos a ofrecer aparentes soluciones a problemas reales o ficticios que no responden a las necesidades exigidas por la realidad social. Y como en otros tantos ámbitos, también desde el poder público se recurre al fraude de etiquetas para evaluar positivamente su reforma del aparato de la administración de justicia.

El segundo paso metodológico se dirige al análisis de esos resultados en el marco de la justicia penal preventiva. Y de nuevo aquí se alcanzan conclusiones similares. En efecto, se ha resaltado que ese pensamiento generalista y unívoco explicaría el avance de la tendencia anglosajona en una estrecha vinculación con las modernas corrientes continentales. Como no podía ser de otro modo, aquí se concluye que la justicia preventiva, en consecuencia, también crea su institucionalidad altamente punitiva movida por este pensamiento neoliberal. Pretende, por tanto, sustituir el sistema penal garantista de los individuos autónomos e independientes con el fin de imponer un aparato administrativo a los ciudadanos (considerados ahora como futuros usuarios) altamente tecnificado y «efectivista». Sin embargo, en el fondo, con esta perfección «cientifista» se quiere encubrir un objetivo interesado y de naturaleza ideológica. Se pretende desplazar del debate político la forma en que el poder público debe prevenir y reaccionar frente al fenómeno criminal. Ese debate ideológico se margina y retira para ser ocupado por un incontestable análisis económico basado en el conocido binomio centrado en los costes y beneficios. De tal suerte que este falso empirismo trata de usurpar la toma de decisiones políticas por la aceptación de los informes técnicos (no sujetos a la discusión ni a la crítica) de los especialistas.

Finalmente, la influencia del pensamiento de la mundialización en el desarrollo, evaluación y combate del terrorismo, conforme al planteamiento examinado, es evidente. Pues queda claro que la extensión del terrorismo internacional, y su propia existencia en las últimas

décadas, no puede entenderse sino como proyección de la globalización, de su estrategia, pensamiento y contradicciones.

En este sentido, la tendencia efectivista de la mundialización se inserta en el mismo objetivo terrorista que pretende obtener resultados ideológicos, como si de una empresa se tratase, maximizando el beneficio en la diferencia entre ingresos y costes. El atentado persigue conseguir extender todo lo posible el mensaje del ideario de la organización aterrorizando a la sociedad y al poder público con el mínimo desgaste personal y material. Se busca así el máximo beneficio de debilitamiento del Estado y de la estructura social que lo sostiene.

De igual forma, la actividad violenta subversiva, sobre todo bajo sus versiones revolucionaria, nacionalista o yihadista, viene guiada por fines ideológicos conformados para combatir los valores políticos, culturales y económicos de las democracias occidentales que constituyen el sustrato neoliberal sobre el que se asienta la mundialización. La estrategia comunicativa para difundir su mensaje político o religioso por vía de la propaganda, aprovecha las técnicas publicitarias más avanzadas de las compañías trasnacionales. Y también utiliza sus sistemas de gestión empresarial y de organización del trabajo para estructurar internamente el colectivo y establecer jerarquías y competencias entre sus miembros. Las herramientas tecnológicas y de la comunicación de masas son empleadas para superar fronteras, invadiendo nuevos mercados de adeptos que se suman a su causa e internacionalizando su influencia en diversas zonas del planeta.

A su vez, desde la perspectiva de la respuesta político-criminal que se ha enfrentado a este tipo de acciones criminales violentas organizadas, se ha recurrido al Derecho Penal de la globalización, especialmente en su formulación como Derecho Penal del enemigo, Derecho Penal simbólico y Derecho Penal de la peligrosidad.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ACALE SÁNCHEZ, M. J.: *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho*, Pamplona, 2010.
- AGUADO LÓPEZ, S.: *Multirreincidencia y la conversión de faltas en delito: problemas constitucionales y alternativas político-criminales*, Madrid, 2008.
- ALONSO RIMO, A.: «La publicidad de los antecedentes penales como estrategia de prevención del delito», *Revista General de Derecho Penal (RGDP)*, núm. 17 (2012).

- «Medidas de seguridad y proporcionalidad con el hecho cometido (a propósito de la peligrosa expansión del Derecho penal de la peligrosidad)», *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 29 (2009); pp. 109 y ss.
- AMBOS, Kai/TIMMERMANN, Anina, en AMBOS, Kai/MALARINO, Ezequiel/STEINER, Christian (Coords.): *Terrorismo y Derecho Penal*, Berlín-Bogotá, 2015; pp. 23 y ss.
- ASHWORTH, Andrew/ZEDNER, Lucia/TOMLIN, Patrick (Dirs.): *Prevention and the Limits of the Criminal Law*, Oxford, 2013.
- ASHWORTH, Andrew/ZEDNER, Lucia: *Preventive Justice*, Oxford, 2014.
- ASHWORTH, Andrew: *Positive obligations in criminal law*, Oxford, 2013.
- BABKINA, N. S.: «Specific problems of legal regulation of criminal law principles», *Science and world*, Vol. 11, núm. 7 (2014); pp. 58 y ss.
- BENÍTEZ ORTÚZAR, I.: *El peligroso retorno al Derecho penal de la peligrosidad en la legislación penal española del siglo XXI*, en MAQUEDA ABREU, M. L. (Coord.)/MARTÍN LORENZO, M. (Coord.)/VENTURA PÜSCHEL, A. (Coord.): *Derecho Penal para un Estado social y democrático de Derecho: Estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto*. Madrid, 2016; pp. 931 y ss.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: *Viejo y nuevo Derecho Penal: principios y desafíos del Derecho Penal de hoy*, Madrid, 2012.
- BORJA JIMÉNEZ, E.: «Peligrosa irretroactividad y retroactividad para los peligrosos o socialmente indeseables», *Revista Penal*, núm. 32 (2013); pp. 91-112.
- *Acerca de lo universal y de lo particular del Derecho Penal*, Valencia, 2012.
- *Curso de Política Criminal*, 2.^a edic., Valencia, 2011.
- «Custodia de seguridad, peligrosidad postcondena y libertad en el Estado democrático de la era de la globalización: Una cuestión de límites», *Revista General de Derecho Penal –RGDP–*, núm. 18 (2012); pp. 1-57.
- «Globalización y concepciones del Derecho Penal», *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 29 (2009); pp. 141-206.
- *Peligrosidad postcondena, intervención punitiva y Estado de Derecho*, en ORTS BERENGUER, E. (Dir.)/ALONSO RIMO, A. (Coord.)/ROIG TORRES, M. (Coord.): *Derecho Penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia*, Valencia, 2015; pp. 149 y ss.
- BRANDARIZ GARCÍA, J. A.: *Itinerarios de la evolución del sistema penal como mecanismo de control social de las sociedades contemporáneas*, en FARALDO CABANA, P. (Dir.)/BRANDARIZ GARCÍA, M. A./PUENTE ALBA, L. M. (Coords.): *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*, Valencia, 2004; pp. 15 y ss.
- CANCIO MELIÁ, M./GÓMEZ-JARA DÍEZ, D. (Coords.): *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Montevideo, Madrid, 2006.
- CANCIO MELIÁ, M.: *Concepto jurídico-penal de terrorismo y cese definitivo de la violencia*, en CUERDA RIEZU, A. (Dir.): *El derecho penal ante el fin de ETA*, Madrid, 2016; pp. 45 y ss.
- CAPELLA HERNÁNDEZ, J. R.: *Estado y Derecho ante la mundialización: Aspectos y problemáticas generales*, en CAPELLA HERNÁNDEZ, J. R. (Coord.): *Transformaciones del derecho en la mundialización*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999; pp.83 y ss.

- CARVALHO, Henrique: *The preventive turn in criminal law*, Oxford, 2017.
- CRAM, Ian: *Terror and the War on Dissent: Freedom of Expression in the Age of Al-Qaeda*, Berlin/Heidelberg, 2009.
- DE JULIOS-CAMPUZANO, A.: *La crisis del ordenamiento jurídico: Reflexiones sobre racionalidad jurídica y globalización*, en DE JULIOS-CAMPUZANO, A. (Edit.): *Ciudadanía y Derecho en la era de la globalización*, Madrid, 2007; pp. 79 y ss.
- DEMETRIO CRESPO, E.: *Acerca de la contraposición entre libertad y seguridad*, en PÉREZ ÁLVAREZ, F. (Edit.): *Libro homenaje al Profesor Ruperto Núñez Barbero*, Salamanca, 2007; pp. 187 y ss.
- *Derecho Penal del enemigo y teoría del Derecho*, en PORTILLA CONTRERAS, G. (Dir.)/PÉREZ CEPEDA, A. I. (Dir.): *Terrorismo y contraterrorismo en el siglo XXI: Un análisis penal y político criminal*, Madrid, 2016; pp. 35 y ss.
- DUFF, Antony: *Answering for crime*. Oxford, 2007.
- FEINBERG, Joel: *The Moral Limits of the Criminal Law: harm to Others*, New York, 1984. *The Moral Limits of the Criminal Law: Offense to Others*, New York, 1985. *The Moral Limits of the Criminal Law: harm to Self*, New York, 1986. *The Moral Limits of the Criminal Law: harmless Wrongdoing*, New York, 1988.
- FLETCHER, George: *Rethinking Criminal Law*, Oxford/New York, 2000.
- FLORES GIMÉNEZ, F. (Coord.)/RAMÓN CHORNET, C. (Coord.): *Análisis de los riesgos y amenazas para la seguridad*, Valencia, 2017.
- GALÁN MUÑOZ, A.: «La problemática utilización del principio de precaución como referente de la política criminal del moderno Derecho Penal: ¿Hacia un Derecho Penal del miedo a lo desconocido o hacia uno realmente preventivo?», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 23 (2015).
- GARCÍA RIVAS, N.: «La libertad vigilada y el derecho penal de la peligrosidad», *RGDP*, núm. 16 (2011).
- GATES, Bill/MYHRVOLD, Nathan (Colab.)/RINEARSON, Peter (Colab.): *Camino al futuro*, Madrid, 1995.
- GIL GIL, A.: «La expansión de los delitos de terrorismo en España a través de la reinterpretación jurisprudencial del concepto “organización terrorista”», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. 67 (2014); pp. 105 y ss.
- GÓMEZ MARTÍN, V.: *Notas para un concepto funcional de terrorismo*, en SERRANO-PIEDRECASAS, J. R. (Coord.)/DEMETRIO CRESPO, E. (Coord.): *Terrorismo y Estado de Derecho*, Madrid, 2010; pp. 25 y ss.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L./FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A.: «Sobre el concepto jurídico penal de terrorismo», *Teoría y Derecho*, núm. 3 (2008); pp. 35 y ss.
- GRACIA MARTÍN, L.: *Sobre la legitimidad de las medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos en el Estado de Derecho*, en GARCÍA VALDÉS, C./CUERDA RIEZU, A./MARTÍNEZ ESCAMILLA, M./ALCÁZER GUIRAO, R./MARISCAL DE GANTE, M. (Coords.): *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, Madrid, 2008; pp. 988 y ss.
- GRACIA MARTÍN, L.: *El horizonte del finalismo y el «derecho Penal del enemigo»*, Valencia, 2005.

- HARCOURT, Bernard E.: *The Illusion of Free Markets: Punishment and the Myth of Natural Order*, Cambridge (Massachusetts)/London, 2011.
- HILGENDORF, Eric: *Nationales oder transnationales Strafrecht? Europäisches Strafrecht, Völkerstrafrecht und Weltrechtsgrundsatz im Zeitalter der Globalisierung*, en DREIER, Horst/ FORKEL, Hans/KLAUS, Laubenthal (Coords.), *Raum und Recht, Festschrift 600 Jahre Würzburger Juristenfakultät*, Berlin, 2002; pp. 333 y ss.
- HUSAK, Douglas N.: «Guns and Drugs: Case Studies on the Principled Limits of the Criminal Sanction», *Law and Philosophy*, Vol. 23, núm. 5 (2004); pp. 437 y ss.
- *Overcriminalization*, New York, 2008.
- JAKOBS, Günther/CANCIO MELIÁ, M.: *Derecho Penal del enemigo*, 2.^a Edic. Navarra, 2006.
- JAKOBS, Günther: «Diez años después: el Derecho Penal del enemigo», *Cuadernos de Política Criminal (CPC)*, núm. 105 (2011); pp. 5 y ss.
- KUTALIA, Lasha-Giorgi: «Feindstrafrecht». *Naturzustand vs. Rechtsbeziehung?*, Göttingen, 2007.
- LAMARCA PÉREZ, C.: *La definición del terrorismo*, en CUERDA RIEZU, A. (Dir.): *El derecho penal ante el fin de ETA*, Madrid, 2016; pp. 27 y ss.
- LARRIBA HINOJAR, B.: *Globalización, terrorismo y libertad de expresión: Conminación penal de actividades terroristas en el entorno virtual*, en CARBONELL MATEU, J. C./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L./ORTS BERENGUER, E. (Dir.)/CUERDA ARNÁU, M. L. (Coord.): «Constitución, derechos fundamentales y sistema penal». *Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón*, Tomo I, Valencia, 2009; pp. 1089 y ss.
- LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A.: «Por un Derecho penal solo penal: Derecho penal, Derecho de medidas de seguridad y Derecho sancionador», en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid, 2005, pp. 589 y ss.
- LODEIRO CORRAL, R.: «El uso de las nuevas tecnologías por el terrorismo yihadista», *Cuadernos de la Guardia Civil (Revista de Seguridad Pública)*, núm. 54 (2017); pp. 50 y ss.
- MARTÍNEZ GARAY, L.: «La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: Consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad», *Indret*, núm. 2 (2014).
- MORÁN BLANCO, S.: «La ciberseguridad y el uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) por el terrorismo», *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 69 (2017); pp. 195 y ss.
- MORENO GÓMEZ, F.: *La resistencia armada contra Franco: tragedia del maquis y la guerrilla*, Barcelona, 2006.
- MORGUET, Geraldine Louisa: *Feindstrafrecht. Eine kritische Analyse*, Berlin, 2009.
- MORILLAS CUEVA, L.: «Reflexiones sobre el Derecho Penal del futuro», *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 4 (2002).
- MORILLO LLOVO, J.: «ISIS: La última evolución del terrorismo», *Bie3 (Boletín IEEE)*, núm. 4 (2016); pp. 587 y ss.
- MUÑOZ CONDE, F.: «El derecho en la guerra contra el terrorismo: el derecho de la guerra, el Derecho Penal Internacional y el derecho de la guerra

- dentro del Derecho Penal interno (“Derecho Penal del enemigo”)), *Revista Penal*, núm. 29 (2012); pp. 115 y ss.
- *El Derecho Penal del enemigo*, México D. F., 2003.
- *Über das «Feindstrafrecht»*, Berlin, 2007.
- «Los orígenes ideológicos del Derecho Penal del enemigo», *Revista Penal*, núm. 26 (2010); pp. 139 y ss.
- MUSCO, Enzo.: *La irracionalidad en el Derecho Penal*, traducido por FAGGIANI, V. y MARTÍNEZ RUIZ, J., *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 16 (2014).
- NAÍM, Moisés: *Das Schwarzbuch des globalisierten Verbrechens*, 2005.
- OGG, James Thomas: *Preventive justice and the power of policy transfer*, Basingstoke, 2015.
- PAREDES CASTAÑÓN, J. M.: *Una modesta proposición para derogar los delitos de terrorismo (o casi)*, en PORTILLA CONTRERAS, G. (Dir.)/PÉREZ CEPEDA, A. I. (Dir.): *Terrorismo y contraterrorismo en el siglo XXI: Un análisis penal y político criminal*, Madrid, 2016; pp. 61 y ss.
- PASTOR MUÑOZ, N.: *Los delitos de posesión y los delitos de estatus: Una aproximación político-criminal y dogmática*, Barcelona, 2005.
- PAWLIK, Michael: *Der Terrorist und sein Recht. Zur rechtstheoretischen Einordnung des modernen Terrorismus*, München, 2008.
- PEÑA CABRERA FREYRE, A. R.: «El derecho penal del enemigo y su influencia en la legislación penal», *Jueces para la Democracia*, núm. 77 (2013); pp. 49 y ss.
- PÉREZ CEPEDA, A. I.: *El paradigma de la seguridad en la globalización: Guerra, enemigos y orden penal*, en FARALDO CABANA, P./PUENTE ABA, L. M./SOTO GARCÍA, E. M. (Coords.): *Derecho Penal de excepción: Terrorismo e inmigración*, Valencia, 2007; pp. 95 y ss.
- PORTILLA CONTRERAS, G.: «La globalización de la violencia penal en la postmodernidad», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 7 (2004), pp. 217 y ss.
- *La metamorfosis del Derecho Penal en las democracias autoritarias: La instauración de una filosofía penal neoconservadora definida por el control de la peligrosidad y la defensa de espacios de no-Derecho*, en MAQUEDA ABREU, M: L. (Coord.)/MARTÍN LORENZO, M (Coord.)/VENTURA PÜSCHEL, A. (Coord.): *Derecho Penal para un Estado social y democrático de Derecho: Estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto*. Madrid, 2016; pp. 1159 y ss.
- PRITTWITZ, Cornelius: *Skizzen zu Strafrecht und Kriminalpolitik in Zeiten der Globalisierung*, en C. PRITTWITZ, Cornelius/MANOLEDAKIS, Ioannis (Coord.): *Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende*, Deutsch-Griechisches Symposium Rostock 1999, 2000; pp. 163 y ss.
- RAGUÉS I VALLÈS, R.: *El «Derecho Penal del enemigo» en «La expansión del Derecho Penal»*, en ROBLES PLANAS, R. (Coord.)/SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P. (Coord.): *La crisis del Derecho Penal contemporáneo*, Barcelona, 2011; pp. 89 y ss.
- RAMOS VÁZQUEZ, J. A.: «El terreno de Dioniso: algunos apuntes sobre el concepto “persona” en el Derecho Penal», *Teoría y Derecho*, núm. 14 (2013); pp. 110 y ss.

- RAMSAY, Peter: *Imprisonment and Political Equality*. Law, Society and Economy Working Papers 8/2015.
- ROBINSON, Paul H.: «Punishing Dangerousness: Cloaking Preventive Detention as Criminal Justice», *Harvard Law Review*, Vol. 114, núm. 5, (2001); pp. 1429 y ss.
- ROBLES PLANAS, R.: «“Sexual Predators”, Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad». *InDret* (4/2007).
- ROIG TORRES, M.: «La reiteración delictiva: algunas reflexiones sobre el nuevo tratamiento en el anteproyecto de reforma del Código Penal», *RGDP*, núm. 19 (2013).
- ROXIN, Claus: *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, Band I, Grundlagen der Aufbau der Verbrechenslehre, 4.^a Edic. München, 2006; pp. 25 y ss.
- *Was darf der Staat unter Strafe stellen? Zur Legitimation von Strafdrohungen*, en PÉREZ ÁLVAREZ, F. (Edit.): «*Universitas Vitae*». Homenaje A Ruperto Nuñez Barbero, Salamanca, 2007; pp. 671 y ss.
- SÁEZ DE LA FUENTE ALAMA, I. (Coord.): *Misivas del terror: Análisis ético-político de la extorsión y la violencia de ETA contra el mundo empresarial*, Madrid, 2017.
- SÁNCHEZ LÁZARO, F. G.: «Alarma social y Derecho Penal», *Indret*, núm. 1 (2009).
- SILVA SÁNCHEZ, J.-M. *La expansión del Derecho Penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades occidentales*, 2.^a edic., Madrid, 2001.
- TAPIA ROJO, M. E.: «Análisis de la estrategia comunicativa del terrorismo yihadista: El papel de las redes sociales», *Bie3 (Boletín IEEE)*, núm. 1 (2016); pp. 370 y ss.
- TERRADILLOS BASOCO, J. M.: *El Derecho Penal de la globalización: luces y sombras*, en CAPELLA HERNÁNDEZ, J. R. (Coord.): *Transformaciones del derecho en la mundialización*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999; pp. 183 y ss.
- TOMUSCHAT, Christian: *Möglichkeiten und Grenzen der Globalisierung*, en Schwarze, Jürgen (Coord.): *Globalisierung und Entstaatlichung des Rechts*, Band 1, Beiträge zum Öffentlichen Recht, Europarecht, Arbeits- und Sozialrecht und Strafrecht, Tübingen, 2008; pp. 21 y ss.
- TULICH, Tamara (Edit.)/ANANIAN-WELSH, Rebecca (Edit.)/BRONITT, Simon (Edit.)/MURRAY, Sarah (Edit.): *Regulating preventive justice: principle, policy and paradox*, London/New York, 2017.
- URRUELA MORA, A.: «¿Hacia un cambio de paradigma? La configuración de un Derecho Penal de la peligrosidad mediante la progresiva introducción de medidas de seguridad aplicables a sujetos imputables en las recientes reformas penales españolas», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 115 (2015); pp. 119 y ss.
- WESSEL, Günther: *Das schmutzige Geschäft mit der Antike*, 2015.
- WINDLESHAM, David James: *Politics, punishment, and populism*, 1998.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *El enemigo en el Derecho Penal*, Madrid, 2006.
- ZEDNER, Lucia: «Pre-crime and post-criminology», *Theoretical Criminology*, núm. 11 (2007); pp. 261 y ss.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: «Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena», *Revista de Derecho Penal y Criminología* (2009-1); pp. 203 y ss.



Patología de la libertad de imprenta en el liberalismo español

ENRIQUE ÁLVAREZ CORA
Catedrático de Historia del Derecho
Universidad de Murcia

RESUMEN

El trabajo analiza la concepción de la libertad de imprenta en el liberalismo español (doceañista, moderado, progresista y demócrata), partiendo de un estudio de las características de la censura moderna (en su manifestación civil e inquisitorial) para la comprensión de su naturaleza limitada como derecho (derecho civil constitucional y sujeto a la ley, resistente contra el influjo del iusnaturalismo racionalista), así como de las claves de un tratamiento normativo legal y jurisdiccional del que se deduce una marcada inclinación hacia la previsión y represión de su patología: el abuso, como expresión constante menos técnica, y en definitiva el delito de imprenta, que oscila entre su tipificación como delito especial y la sujeción al límite común del código penal y la unidad de fuero.

Palabras clave: *Libertad de imprenta. Abuso. Delito especial. Delito común. Jurado.*

ABSTRACT

The study analyses the conception of press freedom in the Spanish liberalism («doceañista», moderate, progresist and democrat), on the basis of a survey about the characteristics of the modern censorship (in civil and inquisitorial manifestation) in order to understand the limited nature as a right (the civil and constitutional right which is subject to the law, resistant against the influx of the rationalistic natural law), as well as the keys of a legal and jurisdictional regulatory treatment from which it is gathered a strong inclination towards the anticipation and repression of his

pathology: the abuse, as a less technical constant expression, and in the end the press crime, that range between his classification as special offence and the engagement to the common maximum of the criminal code and the court's jurisdiction.

Key words: *Freedom of press. Abuse. Special offence. Common crime. Jury.*

I. GÉNESIS DE LA PATOLOGÍA DE LA LIBERTAD DE IMPRENTA: DE LA CENSURA COMO CALIFICACIÓN SANADORA A LA CENSURA COMO ILUSTRACIÓN ANTI-SUBVERSIVA

Cuando el decreto de libertad de imprenta de 10 de noviembre de 1810 (1), remedado por el artículo 371 de la Constitución de 1812 (2), dibujó un binomio que contraponía los términos de *libertad* y *abuso*, demostró que el pensamiento jurídico contemporáneo no desconectaba, en su génesis, de ciertos parámetros caracterizadores de una *opinión* que, si advenida *pública* y ahora al fin genitivo de una libertad, obedecía resistente a la industria cultural clásica de esa peculiar mecánica de repetición moderna de la imprenta.

La libertad, en el preámbulo del decreto de 1810, es concebida de esta laya: «la facultad individual de los ciudadanos de publicar sus pensamientos e ideas políticas, es no solo un freno de la arbitrariedad de los que gobiernan, sino también un medio de ilustrar a la nación en general, y el único camino para llevar al conocimiento de la verdadera opinión pública»; para después, en el artículo I, declarar que «Todos los cuerpos y personas particulares, de cualquiera condición y estado que sean, tienen libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna, anteriores a la publicación, bajo las restricciones y responsa-

(1) *Gazeta de la Regencia de España e Indias*, n.º 95, 15 de noviembre de 1810, pp. 908-910. La situación jurídica anterior a este decreto ha sido estudiada por FERNÁNDEZ SEGADO, F., *La libertad de imprenta en Cádiz: historia y derecho (1808-1812) (De una libertad sin marco legal a una libertad constitucionalizada)*, Madrid, Dykinson, 2016, pp. 67-489.

(2) Artículo 371 de la *Constitución política de la Monarquía española. Promulgada en Cádiz á 19 de Marzo de 1812*, Cádiz, Imprenta Real, 1812: «Todos los españoles tienen libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anterior a la publicación, bajo las restricciones y responsabilidad que establezcan las leyes». FERNÁNDEZ SEGADO, F., *La libertad de imprenta*, cit. n. 1, pp. 1167-1176, enfatiza la regulación constitucional de la libertad de imprenta en el título IX relativo a la instrucción pública, en vínculo pues con la educación.

bilidades que se expresarán en el presente decreto». Por lo tanto, la libertad de *opinión política* (en cuanto exteriorización del pensamiento político en las diversas formas de escritura, impresión y publicación) parece consistir en una facultad individual del ciudadano. Empero, esta facultad individual ciudadana no debe interpretarse en un sentido iusracionalista (derecho individual ligado a la libertad natural igual de pensamiento) (3), sobre todo cuando se constata que esa línea interpretativa estuvo presente en las Cortes de 1810 y no fue mayoritaria (4). Es cierto que Juan Nicasio Gallego defendió la libertad de publicar las ideas como «un derecho el más legítimo del hombre en sociedad, como lo es el derecho que tiene a hablar y a moverse, sin que obste el abuso que pueda hacer», pero Evaristo Pérez de Castro consideró más bien la libertad de imprenta como «el único medio seguro de conocer la opinión pública», mientras que Diego Muñoz Torrero hizo hincapié en el aspecto funcional político de esta misma instrumentalidad al considerar la libertad de prensa en función de un «derecho de celar y examinar» a los poderes legislativo y ejecutivo de la nación.

Por otra parte, si la libertad de imprenta consiste en una mixtura de facultad individual, medio de conocimiento de la opinión pública (5) y freno de la arbitrariedad de los que gobiernan, no parece excéntrico

(3) ESQUIVEL ALONSO, Y., «Sueños de libertad y censura: la libertad de imprenta de 1810», *Revista de Estudios Políticos*, 174 (2016), pp. 162-167, recuerda cómo la Constitución francesa de 1791 definía la libertad como el ejercicio de unos derechos ilimitados por naturaleza pero limitados por la ley; pero la tradición jurídica española, con mayor coherencia de cara a la aceptación de este último límite, no había aceptado, ni siquiera en el reformismo ilustrado, la idea de derechos naturales ilimitados, al conservar la sujeción al Derecho divino del Derecho natural, así que mientras el constitucionalismo francés intenta moderar los efectos del iusnaturalismo racionalista, el español formula derechos constitucionales no naturales y encaja con suavidad el límite de la ley, que es en lo que al fin concluye la autora citada al entender que la libertad de imprenta no fue en España un «derecho natural», sino un «derecho político que posibilitó la participación de intelectuales en debates políticos».

(4) Un estudio de las más tempranas reflexiones doctrinales y de las propuestas recibidas en la Junta Central, así como de las «tendencias políticas y perfil social de los diputados que intervienen en los debates sobre la prensa» y sus argumentos, en ÁLVAREZ JUNCO, J. y DE LA FUENTE MONGE, G., *El nacimiento del periodismo político. La libertad de imprenta en las Cortes de Cádiz (1810-1814)*, Madrid, Ediciones APM, 2009, pp. 46-56 y 103-114, 117-138. Se ocupa de las anteriores meditaciones de los ilustrados españoles FERNÁNDEZ SEGADO, F., *La libertad de imprenta en las Cortes de Cádiz. (El largo y dificultoso camino previo a su legalización)*, Madrid, Dykinson, 2014, pp. 235-261.

(5) Sobre el significado de la opinión pública en el siglo XVIII y el más temprano liberalismo, FERNÁNDEZ SEGADO, *La libertad de imprenta*, cit. n. 4, pp. 373-388. FERNÁNDEZ SARASOLA, I., «Opinión pública y “libertades de expresión” en el constitucionalismo español (1726-1845)», *Historia Constitucional. Revista Electrónica*

el criterio de José Luis Morales Gallego cuando se mostró contrario en particular no tanto a la libertad de imprenta cuanto a la exclusión de la censura previa, por entender aquella situada en un tablero de fuerzas políticas en contrapeso y enfrentamiento, cuyos ángulos debían evitar el exceso. Jaime Creus y Martí también relacionó la libertad de imprenta, en cuanto medio de ilustración nacional «y de conocer la opinión pública», con la existencia de alguna censura que examinase el eventual contenido de «delitos, difamaciones o errores» de los escritos; otro partidario de esta censura fue Joaquín Tenreiro. Cuando José Mejía Lequerica pone fin a esta discusión conceptual abogando por una libertad *de prensa* sin censura previa, es ya concretamente este poder fáctico de la prensa periódica el que se arroga el sentido definitivo de la libertad de opinión política (6), cuasiarrebataada al individuo o ciudadano.

En efecto, desde el punto de vista del individuo la libertad de imprenta está menos cerca de constituirse en su derecho que en el derecho de los opinadores políticos en la red estructural y cultural sociopolítica del *statu quo* liberal (7). Por lo tanto, la libertad de imprenta está también muy cerca de su sentido clásico como *facultas*. La imprenta se había desarrollado en la España moderna en calidad de un ámbito de ejercicio del intelecto que, como toda *facultas* o *libertas*, venía acotada por unos márgenes políticos y morales preestablecidos: como ha dicho con precisión Javier García Martín, la imprenta quedaba declarada como «regalía sujeta a la concesión demanial del monarca» y siempre «conforme a los criterios de la *utilitas publica*» en coincidencia «con la reafirmación de una política económica fuer-

nica de Historia Constitucional, 7 (2006), pp. 1-28, estudia la idea en el primer liberalismo y en el liberalismo moderado y progresista.

(6) *Diario de Sesiones. Legislatura 1810-1813*, n.º 22-25, 16-19 de octubre de 1810, pp. 47, 49-51, 53-54. El artículo I del Decreto de 1810 se aprobó por 68 votos contra 32.

(7) BUTRÓN PRIDA, G., «Libertad de imprenta y conservadurismo en el Cádiz de las Cortes», *Erebea. Revista de Humanidades y Ciencias Sociales*, 4 (2014), pp. 270-276, estudia la reacción «conservadora» y «antiliberal» contra la libertad de imprenta, con la que sin embargo no puede contrastarse, a modo de deducción, una general concepción antirrepresiva liberal. MAGDALENO ALEGRÍA, A., «La libertad de imprenta como premisa de la primera Constitución racional-normativa española: la Constitución de Cádiz de 1812», *Revista de Derecho Político*, 87 (2013), pp. 233-236, explica cómo los límites de la libertad de imprenta oscilan entre la protección del derecho al honor y la preservación de «elementos esenciales para la estabilidad del régimen liberal», y subraya la contradictoria semejanza política con prácticas antisensibilizadoras propias del Antiguo Régimen así como un entendimiento «absoluto» de tales límites.

temente proteccionista» (8). Así como el criterio espiritual en la perfección de los contratos tuvo que convivir con la teoría de la lesión enorme, o en concreto el justiprecio natural marcado por el desenvolvimiento del mercado tuvo que adaptarse a la determinación del justiprecio legítimo por parte del poder público, o bien en definitiva el desarrollo del crédito no fue contradictorio con una política económica mercantilista, el desarrollo de la industria de la imprenta, con el factor simultáneo de la gremialización de impresores y libreros (que se comprende asimismo en ese perímetro del orden socioprofesional predeterminado como válido), no se concibió como una actividad intelectual individual contra la república, sino como un campo habilitado desde las pautas de regulación de la política y la moral imperante. En definitiva, *libertas* es una voz sinónima de privilegio, y fue en efecto el privilegio de impresión (legitimado en el modelo eclesiástico de control que fue la bula *Inter Multiplices* del papa Alejandro VI, ahíta de colaboración del brazo secular) el que articuló el régimen jurídico de la imprenta (9). Con el privilegio, en forma de licencia, el individuo no accede a una facultad que trastorna el régimen general, sino que disfruta de la dislocación del régimen general por obra y gracia del poder que lo respalda, en sus mismos límites espacial, temporal, modal (contractual, impositivo, etc.) e institucional. En este último sentido, la censura previa civil se atribuyó, como es sabido, a la jurisdicción real, desde la pragmática de 1502 de los Reyes Católicos, y concretamente al Consejo de Castilla, con las pragmáticas de 1554 y 1558 de Carlos V y Felipe II: el control de la actividad calificadora de los impresos en orden a la obtención de licencia dependía así, con toda lógica, del mismo poder concedente de ese privilegio (de impresión). Amén de la actividad eclesiástica (unida a la regia o universitaria) en la visita de bibliotecas y librerías, la intervención a posteriori del Santo Oficio de la Inquisición (10) (pues su concesión

(8) GARCÍA MARTÍN, J., *El juzgado de imprentas y la utilidad pública. Cuerpo y alma de una Monarquía vicarial*, Bilbao, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2003, pp. 161-162.

(9) Para profundizar en los aspectos de la evolución institucional de la censura civil, *vid.* DE LOS REYES GÓMEZ, F., *El libro en España y América. Legislación y censura (siglos XV-XVIII)*, Madrid, Arco/Libros, 2000; ALVARADO PLANAS, J., *Justicia, libertad y censura en la Edad Moderna*, Madrid, Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado, 2007, pp. 13-32; CONDE NARANJO, E., *El Argos de la Monarquía. La policía del libro en la España ilustrada (1750-1834)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

(10) Para profundizar en la censura inquisitorial, *vid.*, sin ánimo de exhaustividad, DOMERGUE, L., *Tres calas en la censura dieciochesca (Cadalso, Rousseau, prensa periódica)*, Toulouse, Institut d'Études Hispaniques et Hispano-Américaines, Université de Toulouse, Le Mirail, 1981; *idem*, *Le livre en Espagne au temps de la*

de la licencia previa quedó limitada a la impresión de los libros sobre materia moral o teológica, de acuerdo con un decreto tridentino de 1546) redondeó, con la calificación última moral de todo impreso publicado aun con licencia, una fiscalización que, no obstante, tenía un sesgo particular y propio: la persecución de la herejía, o de su sospecha, en todo tipo de soporte, manuscrito o impreso.

La censura moderna fue, pues, una censura *calificatoria*, en el sentido de la verificación sanadora de la acomodación o no contradicción de los contenidos de los impresos respecto de los fundamentos, sociopolíticos y morales-religiosos, del privilegio de impresión, cuando se trataba del funcionamiento del Consejo de Castilla (criterio derivado del límite de la licencia regia), o bien de la no formulación de ideas o argumentos de carácter herético, cuando se trataba del funcionamiento de la Inquisición (criterio derivado del límite del crimen de lesa majestad divina). No hay, por lo tanto, una operatividad de la censura puramente negativa contra una supuesta libertad (en el sentido fundacional de un ámbito privado, y no privilegiado en el seno de un ámbito público) de opinión e imprenta (como no hay una reclamación individual correspondiente de esa misma libertad), sino antes bien un reajuste positivo efectuado por la calificación.

En cuanto a la censura previa civil, y dejando de lado pautas relevantes en la evolución institucional del control público durante los siglos XVII y XVIII (la Secretaría de Justicia del Consejo de Castilla, el Comisario de Imprentas, el Superintendente de Imprentas y finalmente el mismo Juez de Imprentas que desde 1805 pasará a depender de la Secretaría del Despacho de Gracia y Justicia) llama mucho la atención la práctica censoria puesta de relieve por Javier Alvarado Planas en su examen de los criterios del Colegio de Abogados de Madrid durante el siglo XVIII, al detectar un expurgo no destinado exclusivamente a impedir la proliferación de afirmaciones y argumentos contrarios a las regalías o a la religión católica, esto es, regido por criterios materiales de oportunidad política, sino también orientado hacia el combate de defectos e imperfecciones de la forma estructural o sustantiva del impreso: inutilidad de la obra, falta de originalidad, contenido proposicional erróneo o inoportuno, calidad inferior a otras obras ya publicadas, aumento artificioso de páginas para encarecimiento fraudulento del libro e incluso, en el ámbito de las proposicio-

Révolution Française, Lyon, Presses Universitaires de Lyon, 1984; GACTO, E., «Sobre la censura literaria en el siglo XVII: Cervantes, Quevedo y la Inquisición», *Revista de la Inquisición*, 1 (1991), pp. 11-61; *idem*, «Libros venenosos», en *Revista de la Inquisición*, 6 (1997), pp. 7-44; PEÑA DÍAZ, M., *Escribir y prohibir. Inquisición y censura en los Siglos de Oro*, Madrid, Cátedra, 2015.

nes contrarias a las buenas costumbres, la falta de correspondencia entre los títulos divisorios y el contenido del que resultan pórico (11). Esta calidad de la censura parece claro que está al servicio de un encauzamiento óptimo de la práctica habilitada por la licencia privilegiada de impresión, que atañe a una verificación o rectificación pública de una función particular facultativa regida, como cualquier otra actividad jurídica, por el bien común y la simultánea justicia distributiva y conmutativa.

Desde la perspectiva de la censura posterior inquisitorial, la particularidad del objeto procesal que resulta ser la herejía (o su sospecha en otro tipo de delito) conecta con esa misma idea de la calificación como corrección o reajuste material. Ahora bien, como la Inquisición actúa contra el delito consumado (quedó el mensaje vertido en la publicación del libro, superado el conato en el que incurría el impreso que pretendía publicación pero cuya mácula se adelantó a eliminar la licencia previa), el régimen represivo se acentúa, justificado además en la salvación del alma del reo que requiere su examen riguroso y sin límites en orden a la enmienda, contrición y perdón de los pecados. El Santo Oficio añade en definitiva una pauta de control no solo concreta (concretas son las referencias bibliográficas de impresos que contienen los edictos del Consejo de la Suprema, o bien sus recapituladores *Índices de Libros Prohibidos*) sino también *abstracta o hipotética*: una genérica identificación de la naturaleza del impreso o manuscrito afectado por alguna de las *reglas generales* que a partir del Índice de 1583 del inquisidor Quiroga (y sin falta en los sucesivos *Índices* de Valdés, 1559; Sandoval y Rojas, 1612; Zapata, 1632; Sotomayor, 1640; y Rubín de Cevallos, 1789) se incluirán afectando a potenciales impresos o manuscritos heréticos (conforme a la bula *In Coena Domini* atribuida a Bonifacio VIII), con sabor a herejía o inductores a error, receptores de controversias teológicas contra la opinión común, con proposiciones escandalosas (obscenas o contra las buenas costumbres), libros sagrados de sectas no cristianas y aun biblias en lengua vulgar. Al no contar la Inquisición (salvo en libros de religión) con el control previo de la licencia de impresión, parecería perderse la posibilidad, fundamental, de impedir la libre circulación del libro repugnante, y sin embargo, si bien se mira, lo que sucede es que la exigencia de la licencia previa no imposibilita la circulación clandestina, y lo que se gana con el control a posteriori, por parte de la Inquisición, es una universalización de la literatura, cierta o probable, controlada previamente o no, sujeta en su circulación al nuevo rigor

(11) ALVARADO PLANAS, *Justicia*, cit. n. 9, pp. 32-61.

calificatorio, que en compensación tiene un carácter criminal específico. Más que un complemento, esta censura es, pues, de mayor vuelo y gravedad, por su criterio criminal, hipotético y administrativamente abierto. Como ha explicado Enrique Gacto, la obligación de entrega de los libros prohibidos a la Inquisición, establecida en una carta acordada de 1632, para su quema, sin permitir la combustión de propia mano, permite al Santo Oficio reconstruir el mapa más completo de la circulación de la obra prohibida. No hay, pues, una mera razón de desconfianza hacia el particular, como demuestra el permiso al librero para que pueda anotar directamente los expurgos sin paralizar su negocio. Por lo demás, la lectura y la retención son castigadas en calidad de delito de fautoría, a no ser que se cuente con licencia para leer o retener (en perfecta conexión técnica con el régimen de la censura civil), conforme a una valoración de las múltiples circunstancias propias del análisis criminal (fama del lector o tenedor, vicios de la voluntad, comprensión y profundidad de la lectura, duración de la lectura o retención, causas de la tenencia, lucro...), de modo que aun la singularidad de esta actividad delictiva (juzgada por mor de su raíz cuasiherética) explica alteraciones de la valoración judicial ordinaria, como sucede en la irrelevante buena o mala fe de la lectura o tenencia, o en la presunción de ignorancia, contra la de dolo, que se hace valer respecto de amanuenses, impresores y comerciantes de libros, a los efectos de la determinación de la levedad o gravedad de las penas extraordinarias (12).

La censura y licencia previa civil fue un instrumento general auxiliado, en su posible deriva criminal, por la censura inquisitorial; ambas censuras calificatorias corrigen, a priori y a posteriori, una incongruencia o desviación del sistema jurídico-político y confesional, materialmente preservado como un solo cuerpo de doctrina en los distintos momentos de la vigilancia. Mas el privilegio ordinario de imprimir, o el excepcional de leer y retener, no significan una desautorización global, sino un encauzamiento singular o especial al servicio del control. Por eso el régimen de la imprenta lleva siempre implícita la posibilidad de su extralimitación, si bien, establecidos los mecanismos para la yugulación del trastorno, se trata en este de una posibilidad gadiana entendida como patología, esto es, una vez desbocada la impresión respecto del privilegio (negada la licencia o concedida bajo expurgo) o incurra en acción criminal (expurgada o prohibida por sospechosamente herética). En la persistencia institucional de este orden de cosas, la censura, en la España del siglo XVIII, experimentará cier-

(12) GACTO, *Libros venenosos*, cit. n. 10, pp. 10-35, 38-44.

tos seísmos que tienen que ver, particularmente, con la inteligencia de la licencia privilegiada. La censura del Santo Oficio vive su propia suerte, pues la calificación de impresos no es en ella sino una actividad más en el campo amplio de la persecución de las nuevas formas de herejía, dependiente su crisis de la crisis misma de la herejía como crimen, y amén de otros episodios que acompañan la progresiva flaqueza institucional eclesiástica, como la expulsión de los jesuitas en 1767 y la bula *Auctorem fidei* de Pío VI en 1794 contra el jansenismo; con todo, la última bocanada potente de aire censorio en el Santo Oficio se producirá, como es sabido, colaborando con el conde de Floridablanca en el célebre cordón sanitario de 1790-1791 contra la difusión de las ideas revolucionarias francesas, en definitiva una política no tanto de dirección cultural cuanto defensiva y de inspección aduanera, como la de Godoy después, o sea una política con un frente nítido de clandestinidad (al que precisamente la Inquisición se encontraba muy acostumbrada, por el carácter excepcional de su propia licencia de lectura y tenencia). Al fin y al cabo, la situación implica una continuidad de mecanismos procedimentales y de objeto procesal (sospecha de herejía) en el control inquisitorial, por mucho que varíe el contexto. De otra manera, en el ámbito civil el control previo de la impresión experimentará un cambio ideológico, que ha de afectar a la razón jurídica de ser característica de la licencia privilegiada. Sucede que la censura calificatoria se proyecta sobre una industria de la impresión cuya naturaleza está mutando: en términos estrictos, la *publicación* sustituye a la *impresión*, porque, pese al constante índice (popular) de analfabetismo, el libro (el caso de la materia jurídica es paradigmático) adopta una composición y un lenguaje no diseñado en orden al acceso de un lector (minoritario o aristocrático), sino en orden a la circulación entre un público (general o burgués) como un factor constitutivo de la opinión pública. El desarrollo de la prensa periódica tiene mucho que ver con este cambio de mentalidad, porque el periódico pluraliza noticias y opiniones, y las renueva constantemente en su contenido heterogéneo, en su multiplicidad variable y vertiginosa. Esteban Conde Naranjo ha destacado con agudeza el cambio de la *opinión* tradicional que se produce en la España ilustrada (13). La *opinio communis* altomoderna se ve sucedida por un cúmulo de *opiniones*: una versión intelectual de la realidad que se antoja tan miscelánea como las *noticias*. Claro es entonces que las opiniones realzan la autoría como factor singularizador (el papel del *intelectual* que utiliza la imprenta para manifestar una opinión indivi-

(13) CONDE NARANJO, *El Argos de la Monarquía*, cit. n. 9, pp. 371-407.

dual) porque solo en una opinión común la autoría (en cuanto nuclearmente reiterativa) tiene querencia por el segundo plano... pero además esta proliferación de opiniones intelectualmente singularizadas transforma la visión de la licencia previa, porque si en un mundo de opinión común es coherente su consideración como mecanismo sanador de control, en un escenario de opiniones plurales no puede evitar percibirse en su rasgo discriminatorio, pues mientras la calificación de las partes de una unidad no destroza propuestas intelectuales singulares sino que las recompone en la congruencia del todo, la calificación aplicada a una serie plural de opiniones singularizadas juzga, en cada una, el grado de validez, en simple calidad de arma que no rectifica hacia un todo superior (excluido por razón misma de la pluralidad, defensora ya de un todo alternativo, como el racional, frente al exclusivo todo teológico) sino que deroga o no en cada veredicto, siempre sin duda a la luz de los presupuestos de un monismo se diría imperturbable pero que, en el fondo, está perdiendo su capacidad de absorción ante la divisibilidad del enemigo.

Este campo granulado de opiniones y en particular la correa de transmisión de la prensa periódica resultaron perfectos para el cultivo y la difusión clandestina de las ideas del iusnaturalismo racionalista y concretamente de su aliento materialista y anarcoide, revolucionario (14). No se trata pues de que la censura rectificase en los impresos la desviación sectaria y herética, como sucedía con el protestantismo, sino de hacer frente a una metrallera de opiniones que apuntaban, con la alternativa racionalista, a transformaciones esenciales de las estructuras sociopolíticas, en muchos casos a la manera de papeles que agigantaban la práctica del libelo infamatorio, contra las potestades civil y eclesiástica. Así se abrió camino una censura cuya calificación no era correctiva de errores, sino que cobraba un cariz directamente zaguero y antisubversivo. No obstante, la prueba de que esta política antisubversiva se añade pero no se desprende del sentido técnico rectificador de la censura calificatoria está en el hecho de que se pretenda que la censura, en el signo o marchamo positivo de reformismo ilustrado que también tienen los nuevos tiempos, cumpla una función orientadora o educativa de la moral sociopolítica, y de las pautas limitadoras, conforme al pensamiento clásico, de su evolución y acaso

(14) Vid. sobre estas cuestiones, por ejemplo, PINO ABAD, M., «La censura inquisitorial de la prensa francesa a fines del siglo XVIII», *Milicia y Sociedad ilustrada en España y América (1750-1800)*, tomo II, Madrid, Editorial Deimos, 2003, pp. 31-48; y ÁLVAREZ CORA, E., «Iusnaturalismo racionalista y censura del Santo Oficio», GACTO FERNÁNDEZ, E. (ed.), *Inquisición y censura. El acoso a la inteligencia en España*, Madrid, Dykinson, 2006, pp. 233-281.

transformación. Los dos objetivos, antisubversivo e ilustrador, que son objetivos generales más allá de la práctica administrativa de control del privilegio de impresión (suscitados por la gravedad, próxima al crimen de lesa majestad humana, de las opiniones desmoronadoras de la opinión común), se persiguen por medio de la técnica tradicional y propia de la censura calificatoria.

Así como unas *reglas generales* habían permitido abstraer y orientar la censura del Santo Oficio en su celo antiherético (crimen de lesa majestad divina), ahora la jurisdicción real reforzará sus pautas materiales de represión, postulándolas como hipotéticas y potenciales respecto de cualquier impreso. El protagonismo de esta política le corresponderá a Juan Curiel, Juez de imprentas. En principio, en su auto de 22 de noviembre de 1752 recuerda, en nn. 1, 3 y 5, la obligatoriedad de las leyes que exigen la licencia previa (previa censura calificatoria y tasa) para todo impreso, con independencia de su extensión, bajo penas de multa y destierro, una actividad censoria que se pone en relación con la censura inquisitorial y su materia criminal extrema (de tal manera que la impresión sin licencia de libros o papeles sobre doctrina religiosa teológica o moral alcanza las penas de muerte y pérdida de bienes, más quema del impreso, aplicables también en la impresión de obras prohibidas por el Santo Oficio) y que ofrece preceptos especiales sobre la licencia de impresión en determinados géneros literarios (informaciones en derecho o defensas legales, gramáticas, disposiciones eclesiásticas, misales y breviarios, etc., en nn. 6, 9-10 y 18) (15). En una instrucción posterior, de 1756, Curiel da un paso más y concreta las reglas generales, precisando de una forma escueta el contenido de las obras en las que la censura ha de centrarse; por una parte se refiere a las proposiciones contra la religión, las buenas costumbres y las regalías, y por otra parte añade las obras apócrifas, supersticiosas, reprobadas, de cosas vanas o sin provecho, con ofensa a la comunidad o a un particular, o con agravio del honor y decoro de la nación (16). Esta suerte de reglas tardías de censura civil parecen catalogar las motivaciones clásicas de la censura calificatoria (control político y religioso más control de calidad de la imprenta) bajo el estilo calificativo modélico de las reglas inquisitoriales. Confirman una catalogación de la patología civil de la imprenta; los criterios adoptados responden al clásico respeto hacia las potestades civil y eclesiástica más la salvaguardia de la utilidad de la obra y la evitación

(15) ESCOLANO DE ARRIETA, P., *Practica del Consejo Real en el despacho de los negocios consultivos, instructivos y contenciosos*, Madrid, Imprenta de la Viuda é Hijo de Marín, 1796, I, pp. 415-421.

(16) ESCOLANO DE ARRIETA, *Practica*, cit. n. 15, I, p. 444.

del perjuicio injurioso o infamatorio. El vademécum es clásico, pero su formulación obedece a la necesidad pública de un canon ilustrativo que legitime la antisubversión.

Ante la libertad de prensa (así concretaba la de imprenta Lequerica) las reglas de Curiel conectan con una delimitación (contra la extralimitación) de la opinión pública y de la reforma ilustrada, conforme planteaban Pérez de Castro, Muñoz Torrero y Creus y Martí. Siendo esto así bien podrá afirmarse, de acuerdo con la mentalidad de Curiel y las posiciones de Morales Gallego y Tenreiro, que no existe incompatibilidad entre la opinión pública y la censura previa, precisamente porque esta censura ilustra el límite o margen políticamente debido o conveniente de la opinión (como de hecho en materia religiosa, donde no cabe la pluralidad de verdades, la licencia previa ha de seguir rigiendo (17)). Ahora bien, si se postula la supresión de la censura previa (18), por efecto de la concepción de la libertad como derecho legítimo (esto es, conforme a ley, en todo caso) de la persona, en la línea de Juan Nicasio Gallego (empuje liberal algo formulario, en la medida en la que se encuentra todavía sujeto a aquella visión ilustrada de la corrección de la opinión pública), entonces, como el propio Morales Gallego reconocía, habrá que depurar la opinión pública mediante otro filtro, que es justamente el de la patología material (y sus *reglas generales*) o sea el asomo al delito, a la difamación o

(17) Artículo VI del Decreto de 1810: «Todos los escritos sobre materias de religión quedan sujetos a la previa censura de los ordinarios eclesiásticos, según lo establecido en el Concilio de Trento». MEJÍA LEQUERICA pidió la ampliación de la libertad de imprenta (la ausencia de censura previa) a las obras religiosas, sobreentendido que la referencia a ideas políticas en el Decreto de 1810 debía entenderse, como advirtió Gallego, «en contraposición a ideas religiosas», si bien extensivamente, esto es, incluyendo materias científicas o artísticas: *Diario de Sesiones. Legislatura 1810-1813*, n.º 27, 21 de octubre de 1810, p. 57. Pero el artículo fue aprobado sin discusión: *ibidem*, n.º 37, 2 de noviembre de 1810, p. 79. La licencia eclesiástica requiere censura previa y audiencia del interesado (art. XIX); en caso de denegación, la Junta Suprema emite dictamen, que parece aconsejarse seguir (tres de los nueve miembros de la Junta debían ser eclesiásticos, según el art. XIV) aunque no condiciona imperativamente (art. XX). La licencia eclesiástica del ordinario o diocesano en los impresos de religión se mantendrá en la legislación posterior (así por ejemplo en el artículo 105 del real decreto de 10 de abril de 1844).

(18) La defensa de la libertad de opinión en la segunda mitad del siglo XVIII es investigada por LARRIBA, E., «Las aspiraciones a la libertad de imprenta en la segunda mitad del siglo XVIII», LARRIBA, E. y DURÁN LÓPEZ, E., *El nacimiento de la libertad de imprenta. Antecedentes, promulgación y consecuencias del Decreto de 10 de noviembre de 1810*, Madrid, Sílex, 2012, pp. 19-36. LA PARRA LÓPEZ, E., *La libertad de prensa en las Cortes de Cádiz*, Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005, se ocupa del interés por la supresión de la censura previa en el comienzo del siglo XIX, en particular en el pensamiento de Álvaro Flórez Estrada.

al error, males que el decreto de 1810 (esa concreta ley, anticipada a la regulación legal exigida por la Constitución de 1812, que legitima el derecho de imprenta y deroga la licencia previa a su manifestación, así como la jurisdicción especial (19)) hace girar en torno al concepto de abuso. Donde antaño hubo previa calificación, hogaño nace la teoría del abuso.

II. EL ABUSO CIRCUNDELICTIVO DE LA LIBERTAD DE IMPRENTA

Frente a la libertad de imprenta, el decreto de 1810 clava el abuso, cuya denuncia ante la jurisdicción ordinaria da lugar a que esta estime una calificación ejercida por la Junta Suprema de Censura (20): las juntas de censura, suprema o provinciales, no pueden proceder de oficio a la calificación (art. XII) y sus miembros son amovibles (art. I), según las adiciones del decreto de 10 de junio de 1813 (art. I) (21). El abuso no es exactamente la subversión, porque la subversión vulnera la libertad (su orden), sino la extralimitación de la libertad, dado que la libertad admite límites, como límite es la ley y el propio decreto o «reglamento» (art. V). El decreto de 1810 establecía dos causas de responsabilidad de autores e impresores: *a)* El abuso de la libertad de imprenta, en general, que hay que interpretar en un sentido no delictuoso, pues se aprobó en Cortes excluyendo precisamente este significado (22). *b)* Según el artículo IV, «Los libelos infamatorios, los

(19) Artículo II del Decreto de 1810: «Por tanto quedan abolidos todos los actuales juzgados de imprentas y la censura de las obras políticas precedente a su impresión».

(20) *Vid.* sobre el procedimiento las precisiones de Argüelles, que excluye una jurisdicción especial, en *Diario de Sesiones. Legislatura 1810-1813*, n.º 277, 6 de julio de 1811, pp. 1415-1416.

(21) Decreto n.º 263 de 10 de junio de 1813, en *Colección de los decretos y órdenes que han expedido las Cortes generales y extraordinarias desde 24 de febrero de 1813 hasta 14 de setiembre del mismo año, en que terminaron sus sesiones*, tomo IV, Madrid, Imprenta Nacional, 1820, pp. 87-92. Lo estudia (junto al Reglamento de las juntas de censura aprobado por decreto n.º 264 de 10 de junio de 1813, *ibidem*, pp. 93-97), LÓPEZ DE LERMA GALÁN, J., *Prensa y poder político en las Cortes de Cádiz. El proceso de aprobación de los primeros decretos sobre la libertad de imprenta en España durante el periodo 1810-1813*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2011, pp. 299-370.

(22) *Diario de Sesiones. Legislatura 1810-1813*, n.º 25, 19 de octubre de 1810, p. 54: «El artículo 3.º decía así: / Los autores e impresores serán responsables respectivamente del abuso de esta libertad, quedando sujetos a las penas de nuestras leyes, y a las que aquí se establecen, según la gravedad del delito que cometan. / En la discu-

escritos calumniosos, los subversivos de las leyes fundamentales de la monarquía, los licenciosos y contrarios a la decencia pública y buenas costumbres»; estos supuestos constituyen un catálogo clásico de la teoría delictiva de la injuria (incluida la calumnia y el libelo infamatorio) al que se añaden las pautas censorias ilustradas de la subversión, la decencia pública y las buenas costumbres. La naturaleza jurídica del abuso (23) queda ondulada hacia el delito: el artículo V se refiere a la «averiguación, calificación y castigo de los delitos que se cometan por el abuso de la libertad de la imprenta», y el artículo IX explica que los autores o editores que abusen de la libertad de imprenta, contra lo dispuesto en el decreto, «sufrirán la pena señalada por las leyes según la gravedad del delito», una declaración más tajante que parece no solo confirmar que los supuestos del apartado *b*) son delitos, desde su expresión clásica e ilustrada, sino que también lo son los ambiguos abusos del apartado *a*) (24). Si la censura moderna fue civil previa a modo de control administrativo, y posterior inquisitorial desde un criterio de criminalización, la censura liberal nace paradójicamente con esta última cinética de índole criminal (25). Agustín de Argüelles

sión quedó desechada la segunda parte del artículo, y se aprobó hasta las palabras “del abuso de esta libertad” inclusive».

(23) Examina los abusos FIESTAS LOZA, A., «La libertad de imprenta en las dos primeras etapas del liberalismo español», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 59 (1989), pp. 364-366, con un interesante criterio: «distinguir entre “abusos” cometidos por medio de la imprenta y “abusos” cometidos con ocasión del derecho a emitir libremente el pensamiento por medio de la imprenta (distinción que ayuda a comprender en toda su extensión el Decreto de 1810)».

(24) Esta ambigüedad amplía la operatividad patológica de los abusos y delitos, y por lo tanto la tipificación no puede considerarse muy «escueta», contra lo que le parece a MARCELLO BENEDICTO, J. I., «La libertad de imprenta y su marco legal en la España liberal», *Ayer*, 34 (1999), p. 67.

(25) De la misma manera que en FREYRE Y CASTRILLON, M., *Delación del discurso contra la libertad de la imprenta*, Santiago, En la Oficina de D. Manuel Antonio Rey, 1811, p. 3, se opone lo civil a lo criminal, se opone el uso al abuso, luego se presupone la conexión entre lo civil (la libertad civil) y el uso, y entre el crimen y el abuso. La asunción de la conexión abuso/delito está en la línea del discurso reaccionario y sin embargo va a ser constante en el liberalismo. Lo que sucede conceptualmente es un tanto alambicado. FREYRE DE CASTRILLON, M., *Nuevas ocurrencias contra la libertad de imprenta*, Cádiz, Imprenta de la Junta Superior de Gobierno, 1811, p. 26, explica que la defensa de una libertad de imprenta entendida como libertad sagrada del pensamiento trae consigo la tolerancia religiosa y la libertad de cultos; en consecuencia, el liberalismo (aun en el oleaje de matices confesionales/aconfesionales) excluirá esta consecuencia heterodoxa al concebir una libertad de imprenta no sustancialmente identificada con la libertad de pensamiento, hiato que provoca una libertad de imprenta condicionada, que es en definitiva una libertad de imprenta consistente de sus límites para impedir el abuso o el delito. También es cierto que la postura esencialista de vínculo entre imprenta y pensamiento no dejará de latir,

planteó la necesidad de tratar de la libertad de imprenta «aunque con los límites que fuesen convenientes para contener su abuso» (26), y en efecto así se hizo. Pero admitir el abuso disimulador de una concepción circundelictiva de la libertad y a la par la consideración del abuso como delito, derivaba en un régimen jurídico de tratamiento criminal que ponía en duda los límites del procedimiento judicial especial ordenado en el decreto de 1810. Argüelles admitirá la coexistencia de «las verdaderas leyes de la necesidad», que son los criterios legislativos o gubernativos antisubversivos (27); curiosamente, esta irregularidad encaja en la ambigüedad del decreto de 1810: hay un abuso circundelictivo de la libertad de imprenta contra el que rige el procedimiento judicial especial del propio Decreto, y un eventual delito de imprenta que desbarata ese procedimiento judicial especial y habilita medidas de urgencia anticriminal.

El binomio de libertad y abuso circundelictivo es tan contrario a la libertad individual que, durante los períodos del sexenio y la década absolutistas, estos mismos instrumentos conceptuales interrelacionados podrán aprovecharse sin ninguna alteración. Obviamente, la intervención directa del gobierno político, frente a la judicialización, y la

soterradamente; así D. S. M., *Discurso sobre la libertad de la imprenta, y observaciones sobre algunos artículos del Decreto de las Cortes Generales y Extraordinarias de 10 de noviembre de 1810*, Madrid, Imprenta de Vega y Compañía, 1820, p. 14, dice: «No hay caso ninguno, es preciso repetirlo, en que convenga coartar la libertad de la Imprenta. Semejante medida es siempre absurda, y lejos de impedir el mal que se teme o se imagina, solo logra acelerarle, o aumentar sus progresos. Mientras que, por el contrario, la libertad de la Imprenta no ha sido nunca causa del menor trastorno en el Gobierno, ni en la Religión». La posición generalizada consiste en entender que la ley de imprenta, por mucho que diga otra cosa, regula no la libertad («derecho imprescriptible») sino el uso, como explica GALLARDO, B. J., *Diccionario crítico-burlesco del que se titula "Diccionario razonado manual para inteligencia de ciertos escritores que por equivocación han nacido en España"*, Cádiz, Imprenta del Estado-Mayor General, 1811, pp. 93-94. En relación concretamente con la prensa, que tan pronto acapara los principales ámbitos sociales y políticos de la cuestión, su axiología se define en términos de *libertad* e *independencia*: BARALT, R. M., *Libertad de imprenta*, Madrid, Imprenta de Celestino G. Álvarez, 1849, pp. 7-8.

(26) *Diario de Sesiones. Legislatura 1810-1813*, n.º 4, 27 de septiembre de 1810, p. 12.

(27) *Vid.* por ejemplo las intervenciones de los diputados en Cortes sobre el significativo caso de *La España vindicada en sus clases y gerarquías*, que contrasta la vía legal jurisdiccional con la vía de hecho de la actividad gubernativa: *Diario de Sesiones. Legislatura 1810-1813*, n.º 379, 16 de octubre de 1811, pp. 2098-2100. Cf. ÁLVAREZ CORA, E., «Libertad, abuso y delito de imprenta en las Cortes de Cádiz», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 81 (2011), pp. 493-519, y LÓPEZ DE LERMA GALÁN, J., «Límites en el ejercicio de la libertad de imprenta. El proceso de las Cortes de Cádiz contra "El Robespierre español"», *Ámbitos. Revista Internacional de Comunicación*, 19 (2010), pp. 274-278.

recuperación del permiso previo de impresión, marcarán el retorno a la antigualla, pero sin dificultad para insertarla en la noción del abuso, y en su concreción delictiva, en términos muy similares a los empleados por los liberales (aceptando la excepción a la legalidad en las mismas circunstancias políticas extremas en las que los liberales la reconocían, lógicamente desde otra ruta ideológica), e incluso con el mismo gusto por la idea de ilustración de los diputados gaditanos (28). No extrañará entonces que, en febrero y marzo de 1827, la *Gaceta de Madrid* incluya sin ningún tapujo la crónica de la discusión del proyecto de ley sobre la imprenta en la Cámara de Diputados de Francia.

Durante el Trienio Liberal, perdura la misma concepción, con una elaboración técnica mayor (29). El real decreto de 22 de octubre de 1820 (30) insiste en el binomio y regula la «extensión de la libertad de imprenta» y los abusos (títulos I y II, respectivamente). El artículo 1.º reza: «Todo español tiene derecho de imprimir y publicar sus pensamientos sin necesidad de previa censura» (31); resulta así más preciso y amplio que el decreto de 1810 y la Constitución de 1812 (32):

(28) Real orden circular, en *Gaceta de Madrid*, n.º 71, 14 de mayo de 1814, pp. 528-529: «Al mismo tiempo que el Rey está persuadido de las grandes ventajas que debe producir la libertad de la imprenta, desea S. M. que se eviten los graves males que produciría el abuso de ella, especialmente en las presentes circunstancias; y con este fin, mientras se arregla tan importante punto con la madurez y detención que exíge, ha resuelto S. M. que no pueda fixarse ningún cartel, distribirse ningún anuncio, ni imprimirse diario ni escrito alguno sin que preceda la presentación a la persona a cuyo cargo esté el gobierno político, quien dará o negará el permiso para la impresión y publicación, oído el dictamen de persona o personas doctas, imparciales, y que no hayan servido al intruso, ni manifestado opiniones sediciosas, encargándoles que para juzgar o no dignos del permiso los escritos que se les pasen, se desnuden de todo espíritu de partido y escuela, y atiendan solamente a que se evite el intolerable abuso que se ha hecho de la imprenta en perjuicio de la religión y de las buenas costumbres, como igualmente que se ponga freno a las doctrinas revolucionarias, a las calumnias e insultos contra el gobierno, y a los libelos y groserías contra los particulares, y se fomente por el contrario quanto pueda contribuir a los progresos de las ciencias y artes, a la ilustración del gobierno, y a mantener el mutuo respecto que debe haber entre todos los miembros de la sociedad».

(29) Vid. rasgos teóricos y prácticos del modelo censorio en estas dos fases del primer liberalismo con MARTÍNEZ PÉREZ, F., *Juntas de censura y jurado. La aplicación peninsular de la normativa de libertad política de imprenta (1810-1823)*, LARRIBA, E. y DURÁN LÓPEZ, E., *El nacimiento de la libertad de imprenta. Antecedentes, promulgación y consecuencias del Decreto de 10 de noviembre de 1810*, Madrid, Sílex, 2012, pp. 325-342.

(30) *Gaceta de Madrid*, n.º 162, 5 de diciembre de 1820, pp. 727-729.

(31) Así como se mantiene la licencia eclesiástica para los escritos de religión, con una regulación similar a la del Decreto de 1810, en los artículos 2.º-5.º

(32) O preceptos «más generosos», según FIESTAS LOZA, *La libertad de imprenta*, cit. n. 23, pp. 426-442, 454-469, que analiza a continuación abusos y califi-

la *libertad* se ha convertido en *derecho*, y la impresión no tiene por objeto concretamente ideas políticas, sino pensamientos en general. A propósito de los supuestos de abuso, se contiene una relación enumerativa graduada en gravedad, en el artículo 6.º: *a*) escritos con nota de «subversivos» (art. 11) por contrarios a la religión católica, el Estado y la Constitución; *b*) escritos con nota de «sediciosos» (art. 13) por incurrir en excitación a la rebelión o perturbación de la tranquilidad pública; *c*) máximas o doctrinas que incitan directamente a la desobediencia a la ley o a la autoridad, o que la provocan con sátiras e invectivas; *d*) publicación de escritos obscenos o contrarios a las buenas costumbres; *e*) injurias mediante libelos infamatorios, sin que se acepte la *exceptio veritatis* (art. 7.º); y *f*) escritos con imputación de delitos a corporaciones o empleados, aceptada la *exceptio veritatis* (art. 8.º). De nuevo se regula el procedimiento judicial ante la jurisdicción ordinaria, atribuyendo a jueces de hecho (ciudadanos residentes mayores de edad) elegidos por los ayuntamientos de las capitales de provincia (arts. 37 y 39) la decisión censoria sobre la formación de causa, primero, y si esta es positiva, después, por mandato del juez de primera instancia, la calificación con nota del impreso (arts. 46 y 56). Equilibrando el sistema de tendencia punitiva (aun con prisión), el real decreto construye una Junta de Protección de la Libertad de Imprenta (nombrada por las Cortes con aquella misma base ciudadana) para la formulación de dudas, quejas, estados de la situación y listas de causas (arts. 78-79 y 81) (33).

Pronto el real decreto de 1820 se considerará ineficaz y se afrontará la elaboración de una ley adicional. Los abusos se consolidan como delitos mas, a pesar de mantener los tipos delictivos clásicos (subversión y traición/sedición, injuria/calumnia) e ilustrados (delitos de costumbres), la ley de 16 de febrero de 1822 alterará la nota calificatoria de tales abusos con una catalogación algo más sencilla (título 3.º) (34): *a*) escritos subversivos, que injurian al rey o son contrarios a la Constitución en todo o en parte; *b*) escritos sediciosos, que excitan a la rebelión o a la perturbación de la tranquilidad pública, y *c*) escritos incitadores a la desobediencia con sátiras o invectivas, unos y otros aunque se utilicen alegorías o ficciones; y *d*) los libelos infamatorios y los escritos injuriosos. Los dibujos, las pinturas y los grabados

caciones, más el procedimiento judicial especial, también en la ley adicional y en el Código penal de 1822.

(33) Sobre la Junta de Protección de la Libertad de Imprenta, BERMEJO CABRERO, J. L., «La Junta de Protección de la Libertad de Imprenta en el Trienio Liberal», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 68 (1998), pp. 11-44.

(34) *Gaceta de Madrid*, n.º 60, 28 de febrero de 1822, p. 322.

quedan sometidos a las mismas reglas. Así, aunque la aplicación de las penas varíe (aumentando) en función de las nuevas notas de calificación delictiva, la serie de supuestos, pese a sus cruces, se mantiene estable. Los jueces de hecho son ahora nombrados en una tercera parte por el ayuntamiento de la capital de provincia y en dos terceras partes por la Diputación provincial (art. 11).

El resabio a abuso y delito de la libertad de imprenta es una constante, con alternativas minoritarias, como permiten comprobar los discursos pronunciados en el Congreso de los Diputados. Pedro Cuesta quiso distinguir entre «leyes restrictivas» y «leyes represivas», admitiendo que la represión podía ejercerse no solo con la censura previa sino también con las calificaciones que desarrollaba la ley de imprenta, pero finalmente aceptó que la represión, ya no de la libertad, sino de sus abusos, resultaba inevitable para que la anarquía de la «tiranía popular» no devolviera a España al despotismo. Francisco de Paula Martínez de la Rosa disertó más clásico: el límite es propio de todo derecho, y por lo tanto las leyes de imprenta, en orden a la «verdadera libertad», ponen límites para la contención de los abusos. Más interesantes son las reflexiones de Gabino Gasco: no entiende por qué se achacan los males preexistentes a la libertad de imprenta y sus abusos, y defiende esta libertad en el contexto de «la conservación y goce de las libertades públicas e individuales»; la anarquía «no será producida por abusos de la imprenta: estos y aquella reconocen su origen en los desaciertos de la administración pública, en la nulidad del Gobierno para el bien, y en su funesto empeño de no desplegar la plenitud de las facultades que tiene para hacer observar las leyes». En esta reflexión, Gasco comprende la libertad de imprenta como una manifestación instrumental de la libertad del pensamiento que asume sus atributos y naturaleza, localiza la libertad en la esencia del pensamiento y la replica en su cauce, y no encuentra así, en la imprenta, ningún acto directo ni indirecto de consumación delictiva; se aparta de la concepción circundelictiva del abuso y demuestra a la sazón la toma de conciencia de un concepto más radical y esencialista de libertad que la mayoría desprecia deliberadamente. Este mismo desprecio es probado como prejuicio por Gasco cuando se refiere al número de causas de abusos abiertas en Madrid: un número bajo, aún más bajo si se consideran las que han dado lugar a la formación de causa (poco más de la mitad), y todavía más bajo si se cuentan las sentencias ejecutadas; en sentido parecido, Juan Romero Alpuente se preguntará quién se ha quejado de la insuficiencia de las penas, como para proceder a aumentarlas en la ley adicional de 1822. Esto supone la constatación de un panorama de triunfo ora de la regularidad insatisfactoria ora

(más bien) de la clandestinidad, y en ambos casos constata que las reformas legislativas denotan una obsesiva voluntad política de represión que tiene motivaciones de perseverancia y reforma exclusivamente políticas, ni siquiera técnico-jurídicas. La concepción liberal de la libertad de imprenta que se impone es la que finalmente deja clara Nicolás Gareli, en respuesta a Gasco: «Si el Sr. Gasco hubiera dicho que la libertad de imprenta es un derecho esencial e inherente a los gobiernos representativos de la Europa moderna, estaría de acuerdo con S. S.; pero no nos es dado considerarla como esencial a la naturaleza del hombre» (35).

Con este concepto gubernativo y público de la libertad de imprenta, el camino que conduce del abuso circundelictivo al puro delito (codificado) alcanza la cumbre, anunciada por Vicente Sancho a favor de una mejor simetría y homogeneidad técnico-penal (36), en la tipificación delictiva del Código penal de 1822, cuyo título IX de la Parte primera se ocupa «De los delitos y culpas de los impresores, librereros y otras personas en el abuso de la libertad de imprenta» (37). La lectura de su articulado permite comprobar la continuidad catalogadora, respecto de la legislación anterior, de especies de escritos delictivos: es ahora la propia codificación, la inclusión de estos delitos entre el resto de tipos delictivos, la que cobra relevancia por sí misma. De hecho, el articulado establece conexiones con los tipos sustantivos (sedición, injuria, etc.) en relación con los cuales la imprenta parece un vehículo consuntivo, con el efecto justamente contrario a su adjetivación, esto es, admitiendo la activación del tipo cuando su ámbito es la sola impresión, como ratifica a su vez la remisión repetida a efectos de la determina-

(35) *Diario de Sesiones. Legislatura 1821-1822*, n.º 130, 132 y 135, 2, 4 y 7 de febrero de 1822, pp. 2115-2116, 2120, 2123-2126, 2146, 2148-2149, 2190.

(36) *Diario de Sesiones. Legislatura 1821-1822*, n.º 132, 4 de febrero de 1822, p. 2153: «Por lo mismo, no sé por qué estos delitos han de ir por separado. Supuesto que en el Código ha quedado un capítulo pendiente sobre los abusos de la libertad de la imprenta, no tengo ningún inconveniente en que estas penas y otras mayores se inserten allí, porque no quiero abusos; quiero sí que estos se repriman; pero supuesto que tenemos un Código en donde se ponen penas a todos los delitos, en donde hay un artículo, si no me engaño, y deseo que los señores de la comisión me adviertan si voy equivocado; en donde hay un artículo, digo, en el que se pone que toda pena deberá estar señalada en el Código, y que ningún individuo pueda ser castigado sino con arreglo a las penas prescritas en él, me parece inútil esta ley si va por separado; y para que no se crea que quiero abusos, desde ahora hago proposición formal para que estos artículos vayan al Código penal». *Ibidem*, p. 2145, Nicolás Gareli defiende que los preceptos contra los abusos de la libertad de imprenta complementan en realidad los que dedica el Código penal a los delitos «de palabra».

(37) *Código penal español, decretado por las Cortes en 8 de junio, sancionado por el Rey, y mandado promulgar en 9 de julio de 1822*, Madrid, Imprenta Nacional, 1822.

ción de penas (38). Así, no solo se ha heredado la concepción delictiva de la imprenta, sino que se ha recompuesto a efectos de la concreta operatividad jurídica del abuso. Esta polarización jurídica represiva hace que sea menos sorprendente la licencia previa de la autoridad local recuperada por el artículo 604 para fijar discursos impresos al pueblo en un sitio público, con pena propia más (de nuevo la doble vía punitiva) «cualquiera otra pena que merezca». Al mismo tiempo, la densidad criminal anticipa, en una tesitura de desgajamiento de leyes especiales y codificación, el fundamento emancipado de los delitos especiales de imprenta.

III. LOS DELITOS ESPECIALES DE IMPRENTA

La técnica de la legislación especial de delitos (especiales) de imprenta (39), que avanza de la mano de la preocupación por el abuso

(38) Artículo 592 del Código penal de 1822: «Abúsase de la libertad de imprenta de los modos siguientes: Primero: con impresos subversivos publicando máximas o doctrinas que tengan una tendencia directa a destruir o trastornar la religión del Estado o la Constitución política de la Monarquía, o incurriendo en el caso primero del artículo 210. Segundo: con impresos *incitadores a la rebelión, o a la sedición, o a la turbación de la tranquilidad pública*, incurriendo en los casos respectivos de los artículos 259, 296, 297 y 311. Tercero: con impresos *incitadores directamente a la desobediencia*, incurriendo en los casos de los artículos 323 y 325. Cuarto: con impresos *incitadores indirectamente a la desobediencia, o a la inobservancia de la Constitución*, provocando a ello con sátiras o invectivas, según los artículos 215 y 324. Quinto: con impresos *obscenos o contrarios a las buenas costumbres*, comprendidos en el artículo 532. Sexto: *con libelos infamatorios*, en que se injurie gravemente a alguna persona, conforme a lo declarado en el capítulo primero, título segundo de la segunda parte, fuera de los casos en que según el mismo capítulo no se comete injuria. Séptimo: con papeles *injuriosos*, en que se injurie levemente a alguna persona, conforme a lo declarado en dicho capítulo primero, título segundo de la segunda parte. La pena de estos abusos será respectivamente las señaladas en dichos capítulos y artículos y en el 212, 223 y 228». Artículo 593: «En el caso de *libelo infamatorio*, cuya injuria se declare además como calumnia, el responsable será castigado como reo de *libelo infamatorio y calumnioso*, con arreglo al mismo capítulo primero, título segundo de la segunda parte». Artículo 594: «También se abusa de la libertad de imprenta con impresos en que se publiquen doctrinas o máximas contrarias a alguno de los dogmas de la religión católica apostólica romana. En este caso toca la calificación a la autoridad eclesiástica competente con arreglo a las leyes, y se observará lo prescrito en el artículo 229. Abúsase asimismo en el caso del artículo 230, cuya disposición se aplicará al que incurriere en él».

(39) Para una mayor minuciosidad de la que permiten estas páginas y una síntesis coetánea de la legislación de imprenta en este período, *vid.* MIQUEL Y COLLANTES, S. E., *Memoria histórica sobre la legislación de la libertad de imprenta en España. Necesidad por ahora de leyes especiales en esta materia*, Madrid, Imprenta

circundelictivo, apuntalará en el liberalismo moderado la patología de la libertad de publicación (40), de acuerdo con las repetidas remisio-

de C. Moliner y Compañía, 1870. MARCUELLO BENEDICTO, *La libertad de imprenta*, cit. n. 24, pp. 65-88, hace un recorrido completo por el liberalismo español y ofrece una aguda síntesis del contenido de la legislación en materia de imprenta.

(40) ÁLVAREZ JUNCO y DE LA FUENTE MONGE, *El nacimiento*, cit. n. 4, p. 158-161, sostiene la presencia en el liberalismo doceañista de un concepto de la libertad de imprenta en calidad de derecho individual, diferenciando el sujeto del derecho o libertad, que «correspondía necesariamente a las personas», de su ejercicio, acaso abusivo y «en contra de los intereses nacionales»; así como la teoría del derecho, propia de la libertad civil, del «alcance práctico» de dicha libertad, eventualmente sacrificada «en nombre de los derechos colectivos de la nación». Por otra parte, recuerdan que los límites de la libertad de imprenta serían propios de una época política en la que los sistemas liberales más avanzados, como el inglés y el francés, no dejaron de incorporarlos en su regulación; parece más ajustado sin embargo reducir este argumento a apoyatura de su concreto espacio y momento histórico, como hace RIVERA, A., *Reacción y revolución en la España liberal*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2006, pp. 82-83, cuando lo considera propio tan solo de una corriente liberal, enfrentada a la que prefería un concepto «absoluto» de la libertad de imprenta. Por otra parte, PORTILLO VALDÉS, J. M., *Revolución de nación. Orígenes de la cultura constitucional en España, 1780-1812*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales/Boletín Oficial del Estado, 2000, considera que la libertad de imprenta fue entendida «precisamente política por interesar ante todo a la nación y no al tronco de derechos individuales». A mi modo de ver, el problema tanto de la interpretación de Álvarez Junco y De la Fuente Monge como de Portillo Valdés reside en su deliberada marginación, en palabras de los primeros, del «problema filosófico-jurídico de si los derechos naturales eran, o no, absolutos y el ejercicio de los mismos debía, o no regularse por ley». El liberalismo doceañista todavía no ha configurado la idea de derechos nacionales, ni siquiera colectivos; la razón de utilidad pública, oportunidad política o interés estatal en el sentido limitador de un determinado derecho o libertad no transforma el posible significado individual del derecho o libertad, del que efectivamente se parte en una Constitución de 1812 que configura la nación desde la comunidad de los ciudadanos; la técnica ajena a una *declaración de derechos* probablemente huye del afrancesamiento, por razones obvias. Pero que la Constitución contemple derechos individuales no quiere decir que los entienda a su vez como naturales, porque de lo que se aparta precisamente es de la concepción de los derechos individuales como naturales (la Constitución de 1869 admitirá la preexistencia de los individuales pero excluirá significativamente el segundo calificativo) propia del iusnaturalismo racionalista, y en este sentido se mantiene apartado de este pensamiento tanto como lo hizo el reformismo ilustrado, al que con frecuencia se muestra próximo al menos en la retórica. Será el primer republicanismo el que recoja la idea absoluta de derecho o libertad, o sea la idea del derecho natural, verificando que ha caminado soterrada por los tiempos del liberalismo doceañista, moderado y progresista. En la Constitución de 1812 los derechos son individuales pero no naturales sino constitucionalizados, y esta constitucionalización se refuerza, como en lo sucesivo seguirá ocurriendo, con la remisión a la regulación por ley del derecho o libertad. El problema reside en que esta regulación legal no ha optado por la protección del derecho, sino por su patología, y ha desarrollado la idea del abuso y del delito como características de la configuración normativa sustantiva de la libertad, de una manera no solo práctica, contra lo que advierten Álvarez Junco y De la Fuente Monge, *ibidem*, sino también teóricamente

nes constitucionales: la Constitución de 1837 se limita, como también la Constitución de 1845, a declarar la libertad de imprenta y publicación libre de ideas sin censura previa, con la desalentadora y habitual sujeción a las leyes; la única diferencia entre ambas reside en la contemplación y supresión respectivas del jurado para la calificación de los delitos de imprenta (41).

Los delitos especiales se contemplan inicialmente en un régimen de control jurisdiccional común. Mas, decidida la técnica legislativa, las ideas se mantienen tenaces. Bajo la Constitución de 1837, continúa una larga sucesión de discusiones parlamentarias alrededor del proyecto de ley de 17 de febrero de 1837 (42), seguido de una compleja elaboración de dictámenes y votos particulares en el seno de la comisión, donde todavía puede comprobarse el viejo convencimiento a propósito de la función ilustrada de la libertad sin abuso: con un elitismo a pie cambiado, Facundo Burriel entiende que el perjuicio lo padecen fundamentalmente «las clases de poca ilustracion». Fermín

represiva, carente de toda sinalagmática y ceñida a la salvaguardia de un determinado orden político y moral; el «presumido abuso de la libertad», en la acertada expresión de PORTILLO VALDÉS, *ibidem*, p. 429, no solo es propia del pensamiento anticonstitucional, sino también del constitucional. Ahora bien, la protección de un orden político y moral no implica, contra lo que expone PORTILLO VALDÉS, *ibidem*, pp. 438-443, la «superposición» del «derecho de la nación» (más allá teóricamente del «poder de la nación») al «derecho individual»: parece que la operación de configuración sustantiva de un derecho de la nación tan solo puede contemplarse con claridad en la Constitución de 1876, cuando cambia la cláusula interpretativa de los derechos recogida en la Constitución de 1869 (cuyos artículos 22 y 29 rechazaban las disposiciones preventivas legales o reglamentarias respecto del ejercicio de los derechos, con la relevante añadidura contra la censura, el depósito y el editor responsable de los periódicos, más la noción de preexistencia de los derechos respecto de la Constitución) por una nueva (art. 14, párrafo primero) en la que expresamente los derechos son limitados por los «derechos de la nación» y «los atributos esenciales del poder político», en un tiempo no obstante en el que, ya acendrada la técnica de remisión legal como límite de los derechos individuales consolidada por el moderantismo, el criterio del limitador derecho nacional se articula, sin novedad por lo que a la libertad de imprenta se refiere, subsumido en las «reglas oportunas» que la ley dicte, como había sucedido siempre, para la regulación de los derechos.

(41) *Constitución de la Monarquía española, promulgada en Madrid, a 18 de junio de 1837, impresa de orden de S. M. la Reina Gobernadora*, Madrid, Imprenta Nacional, 1837, artículo 2.º: «Todos los españoles pueden imprimir y publicar libremente sus ideas sin previa censura, con sujeción a las leyes./La calificación de los delitos de imprenta corresponde exclusivamente a los jurados». *Constitución de la Monarquía española*, Madrid, Imprenta Nacional, 1845, artículo 2.º: «Todos los españoles pueden imprimir y publicar libremente sus ideas sin previa censura, con sujeción a las leyes».

(42) *Diario de Sesiones. Legislatura 1836-1837*, apéndice 4.º al n.º 117, 17 de febrero de 1837, pp. 1595-1601.

Caballero, Aniceto de Álvaro, Juan Lasaña y Jacinto Félix Domenech criticaron el depósito exigido a los periódicos políticos, y el último no solo lo relacionó con el caduco mecanismo de la licencia previa, sino que además puso de relieve un problema técnico-penal irremediable en la noción delictiva del abuso: el hecho de que la ley de imprenta tuviera que funcionar no contra un delito perfecto, sino ante «la mera posibilidad de delinquir». En esta misma línea, por supuesto, cabía plantear el choque sustancial entre la impunidad del pensamiento y la identificación de la imprenta con la publicación del pensamiento: Álvaro Gómez Becerra no admitía «que sea un delito escribir un papel el más malo, el más criminal, el más punible que se quiera. No creo que el que metido en su gabinete tiene un pensamiento y lo reduce a escrito, y este queda entre las paredes de su gabinete, y aun, si se quiere, lo comunica a uno u otro amigo de su confianza, incurra en ninguna pena. La criminalidad aquí debe estar en los medios que adopte para publicar el pensamiento que haya escrito», sin empacho de resolver el conflicto, desde la inercia del denominado «delito especial», localizándolo no en la escritura, sino exactamente en la publicación, en la divulgación social del impreso (43). Luis Pizarro recordará que la libertad de imprenta debe atender al uso y al abuso, y correlativamente ser regulada por «ley de protección» y ley «de represión», cuando en este momento lo único que se regula, y con urgencia, es la represión del abuso (44). Espasmos argumentativos que no alteran un ápice el diagnóstico crudo de la mentalidad liberal que realiza Antonio Hompanera de Cos, en plena primera guerra carlista: «Señores, el Trono de Isabel II constitucional necesita recursos, bayonetas y acción. Sí, señores; estos son los elementos para triunfar: nos sobra la mitad de la libertad que tenemos, y todas las teorías que se desenvuelven aquí y en la imprenta». Alejandro Mon contestará con el conocido argumento de que los desórdenes y las insurrecciones no los causa la imprenta, pero para seguir en definitiva con la técnica del abuso delictivo. La mentalidad represiva del delito especial está tan adherida al pensamiento liberal que, cuando Juan Bautista Osca defiende «la más amplia libertad que pueda imaginarse; nada de leyes preventivas, nada de depósitos, nada de condiciones en las personas que respondiesen de los escritos, fuera de la de hallarse en el libre ejercicio de los derechos correspondientes a su estado», reclama paradójicamente «por única garantía la capacidad de sufrir la pena corporal que correspon-

(43) *Diario de Sesiones. Legislatura 1836-1837*, n.º 123-126 y 128, 23-26 y 28 de febrero de 1837, pp. 1716, 1743, 1746-1747, 1772-1773, 1776, 1778, 1794, 1832.

(44) *Diario de Sesiones. Legislatura 1836-1837*, n.º 136, 8 de marzo de 1837, p. 2001.

diese, según la clasificación que la ley hiciese de los delitos, al que cometiere el autor del escrito denunciado» (45).

La producción legislativa, en este período político, comenzó centrándose en la prensa periódica (46). La ley de 22 de marzo de 1837 (47) tenía como objeto/impreso particular el periódico (según el artículo 2.º, «todo impreso que se publique en épocas o plazos determinados o inciertos») al imponer un depósito constante que obligaba a su editor (art. 1.º) pero que no regía para aquellos periódicos que no se ocupasen de materias religiosas o políticas (art. 8.º). El decreto de 9 de octubre de 1837 (48) regula la figura del editor responsable y de la composición censitaria del jurado (art. 4.º), con la inclusión de la calificación como subversivos de los periódicos por atacar directamente o desacreditar a las Cortes, a cuyas dos cámaras se atribuye, junto a los tribunales ordinarios, el conocimiento de los abusos (art. 11) (49). Además, el decreto de 1837 establece un control previo que consiste en que la expedición de un periódico requiera la entrega de un ejemplar al jefe político y de otro al promotor fiscal (art. 13). De este modo, la desaparecida licencia previa de impresión, que exigía calificación censoria, ha sido sustituida por un mecanismo de supervisión del impreso que facilita la calificación censoria posterior, con la particularidad de que este control posterior a la impresión aún resulta previo situado en un lapso de tiempo antecedente respecto de la divulgación del impreso; si el Gobierno o el jefe político entiende que está en peligro la tranquilidad pública, puede suspender la circulación del impreso, de modo que en 12 horas debe ser denunciado (la acción para la denuncia prescribe a los 60 días de la publicación) y en 48 horas calificado por el jurado (art. 14).

La ley (especial, penal (50)) de imprenta (en general) es fruto más tardío. El real decreto de 10 de abril de 1844, del Marqués de

(45) *Diario de Sesiones. Legislatura 1836-1837*, n.º 308, 13 de septiembre de 1837, pp. 5976-5978, 5983.

(46) Para un más detenido análisis del período político, José Antonio PÉREZ JUAN, «La aplicación de la ley de imprenta de 15 de marzo de 1837», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 76 (2006), pp. 673-701.

(47) *Gaceta de Madrid*, n.º 842, 26 de marzo de 1837, p. 1.

(48) *Gaceta de Madrid*, n.º 1057, 21 de octubre de 1837, p. 1.

(49) *Diario de Sesiones. Legislatura 1836-1837*, n.º 319-320, 24-25 de septiembre de 1837, pp. 6.201-6.209, 6.241-6.245: frente a la reducción al jurado, Vicente Sancho, a quien se suman Mateo Miguel Ayllón y Agustín de Argüelles, impulsa la idea de que los Cuerpos colegisladores ejerzan su función cuando padecen abusos de imprenta, a modo de un privilegio «para defender los derechos de la Nación».

(50) «Ley penal de imprenta» se denomina la proposición de ley de Domingo M. Vila: *Diario de Sesiones. Legislatura 1841*, apéndice 6.º al n.º 14, 2 de abril

Peñaflorida, (51) reconoce la libertad de imprenta como derecho constitucional y «una de las mas importantes conquistas de la civilización moderna», para añadir, culpando a la prensa, que «la libertad degeneró en licencia», en los abusos de la sedición y la calumnia, y la respuesta de «una legislación incompleta, contraria y confusa». Recién sofocados incidentes revolucionarios en Alicante y Cartagena, el artículo 10 permite al Gobierno, para la conservación del orden público, «prohibir (durante un tiempo determinado) la publicación por las calles de toda clase de impresos». Pero si esta medida se excusa como excepcional, tiene regularidad el precepto que desplaza el control de la impresión al control de la expendedoría, ya prevista por el decreto de 1837 para los periódicos: la entrega de un ejemplar al jefe político y de otro al promotor fiscal ha de ser previa a la venta (art. 5.º).

Los impresos se dividen en obras, folletos, hojas sueltas y periódicos (art. 13). En cuanto a los «delitos de imprenta» (artículos 34-36), se encierran en la tetralogía de los escritos *a*) subversivos, *b*) sediciosos, *c*) obscenos y *d*) inmorales: los primeros comprenden los delitos contra la religión católica, la Constitución, el rey y las Cortes; los segundos, los delitos contra la tranquilidad pública y la desobediencia a la ley y la autoridad; la obscenidad vulnera la decencia pública y la inmoralidad trastorna las buenas costumbres. Un paso adelante hacia una catalogación con mayor claridad. En todos estos delitos, el procedimiento sustanciado ante la jurisdicción ordinaria incluye un juicio de calificación, que corresponde a un jurado formado con criterios capacitario y censitario. Las penas consisten en multas, pero el artículo 43 advierte de que la comisión de delito de otra especie, como «consecuencia inmediata de la publicación de un impreso», sujeta al responsable a la ley penal común al margen de su responsabilidad por el delito especial de imprenta. Los artículos 97-98 dedican un tratamiento aparte, sujeto a la ley común en la jurisdicción ordinaria, a las injurias y calumnias cometidas mediante imprenta, litografía, grabado u otro medio de publicación, identificando los escritos injuriosos (contra el rey o contra la reputación de persona o corporación mediante la revelación de hechos privados o la acusación de defectos) y calumniosos (imputación falsa u ofensiva) aun si disfrazados «con sátiras, invectivas, alusiones, alegorías, caricaturas, anagramas o nombres supuestos» (art. 103). Por lo tanto, a la espera de un código penal no

de 1841, pp. 225-231; posteriormente, como «Proyecto de ley penal para los delitos de imprenta» se incluye el de Antonio Benavides en *Diario de Sesiones. Legislatura 1846-1847*, apéndice 1.º al n.º 76, 16 de abril de 1847, pp. 1379-1382.

(51) *Gaceta de Madrid*, n.º 3497, 11 de abril de 1844, pp. 1-4.

frustrado, el ámbito delictivo de la libertad de imprenta ha crecido por la vía de un panorama complejo de supuestos cuajados en la legislación especial, absorbente además en la medida en la que los delitos especiales aparecen en comunión con otras formas delictivas que afectan a la imprenta; se contemplan así *a*) los delitos especiales de imprenta, *b*) una referencia a los delitos comunes cometidos mediante la imprenta, y *c*) los escritos injuriosos y calumniosos. Esto permite la multiplicación de la consumación delictiva, en un recrudescimiento de la represión. Añádase en este mismo sendero la licencia previa del alcalde del pueblo para la expendeduría de libros (art. 7.º), o el permiso de la autoridad para fijar carteles, manuscritos, impresos o litografías en los parajes públicos (art. 96).

Bajo la Constitución de 1845, la técnica de la legislación especial de delitos especiales de imprenta perdura. El Código penal de 1848 no incorporará, pues, a la manera del Código penal de 1822, como delitos comunes, los especiales de imprenta, si bien es cierto que no renuncia a reconocer el papel del impreso en los extremos de mayor relevancia política (rebelión y sedición) ni a su encauzamiento clásico de libelo para la injuria y la calumnia (52).

Antes del Código penal de 1848, el real decreto de 6 de julio de 1845, de Pedro José Pidal, (53) se había referido a «una completa libertad» de imprenta, en la concepción ilustrada y pública (no de libertad propiamente individual, sino «para allanar la senda a los legisladores preparando la opinion pública, y para ilustrar al Gobierno mismo censurando sus actos con noble independencia»), con acento, consabido y a renglón seguido, en los abusos, acusada la ineficacia del real decreto de 1844 por mor de la institución «peligrosa y perjudicial» del jurado, al punto relevado, conforme a la supresión constitucional, por un tribunal colegiado de jueces de primera instancia (art. 4.º) que actúa, con audiencia del juez instructor (art. 18), en juicio público (art. 16), y falla inapelablemente (pero admite nulidad: artículo 23) con cuatro de los seis votos conformes, bajo un expreso

(52) *Código penal de España*, Madrid, Imprenta Nacional, 1848, y *Código penal de España. Edición oficial reformada*, Imprenta Nacional, 1850. Pero (en ambos códigos) el artículo 169, a propósito del delito de rebelión, penalizaba «a los que para el mismo fin dirigieren a la muchedumbre sermones, arengas, pastorales u otro género de discursos o impresos, si la rebelión llegare a consumarse, a no ser que merecieren la calificación de promovedores», lo que extiende el artículo 177 a la sedición. Por otra parte, los artículos 375 y 385 (respectivamente) tipifican injuria y calumnia «hechas por escrito y con publicidad, cuando se propagaren por medio de papeles impresos, litografiados o grabados; por carteles o pasquines fijados en los sitios públicos, o por papeles manuscritos comunicados a más de diez personas».

(53) *Gaceta de Madrid*, n.º 3955, 13 de julio de 1845, pp. 1-2.

principio a favor del reo en caso de discordia (arts. 19 y 20). Los abusos mantienen la tetralogía de 1844: impresos subversivos, sediciosos, obscenos e inmorales; pero se realzan determinados supuestos en las dos primeras categorías (arts. 1.º-2.º). Así, serán impresos subversivos los que pretendan «excitar a la destrucción o mudanza» de la forma constitucional de Gobierno y los que se adhieran a forma de Gobierno contraria a la monarquía. Los impresos sediciosos incluyen su función de elogio o defensa, o bien de excitación de delitos y faltas; de anuncio o promoción de cualquier clase de protección a los criminales; y de «amenazas o dicitarios» para coartar la persecución del delito por parte de los jueces y funcionarios públicos. En esta última añadidura a propósito del impreso sedicioso, el delito especial de imprenta parece responder a un esfuerzo expansivo de atracción de los supuestos comunes en los que la imprenta constituiría un instrumento circunstancial, lo que puede tener la lógica más sencilla de responder a la cobertura del vacío provocado por la espera del código penal todavía no promulgado; la proximidad del código penal se aprecia asimismo en el hecho de que hayan desaparecido, para evitar la futura reiteración si no la antinomia, las referencias a los impresos injuriosos, infamatorios y calumniosos (54), y a los delitos comunes cometidos mediante la imprenta.

Las cosas han de cambiar, en el sentido de que los delitos especiales queden configurados en un régimen de control jurisdiccional especial, en el período de vigencia de dos leyes del liberalismo moderado, la de 1857 de Cándido Nocedal (55) y la de 1864 de Antonio Cánovas del Castillo, que acabarán refundidas por este último.

En este horizonte de desarrollo irrefragable de la especialidad (legislativa y jurisdiccional) de imprenta, ni siquiera el contrapeso del progresismo político merma la concepción delictiva del abuso de la libertad de imprenta. En el Congreso de los Diputados, Antonio Romero Ortiz defiende que «la libertad no existe sin el orden social» y, en lo que afecta a la naturaleza delictiva, explica que «los delitos de imprenta no se perpetran como los demás, sino de un modo peculiar, y es, que mientras el papel no circula, no hay delito; pero a medida que

(54) Objeto de la jurisdicción común, esta supresión todavía tendrá mayor sentido cuando se regule la jurisdicción especial: *vid.* la intervención de Juan Bautista Alonso en *Diario de Sesiones. Legislatura 1854-1856*, n.º 369, 28 de abril de 1856, p. 12823.

(55) El anterior proyecto de ley de Luis José Sartorius, por el que algunos diputados preguntarán en sucesivas legislaturas, puede verse en *Diario de Sesiones. Legislatura 1846-1847*, apéndice 2.º al n.º 56, 8 de febrero de 1848, pp. 10061-1068; Bertrán de Lis introducirá modificaciones: *Diario de Sesiones. Legislatura 1851-1852*, apéndice 2.º al n.º 38, 17 de julio de 1851, pp. 1075-1076.

va circulando, se va perpetrando ese delito: de modo que el Gobierno, que ve un artículo en su entender justiciable, o ha de estarse con los brazos cruzados dejándolo circular, y en este caso dejando que se perpetre el delito, o lo ha de denunciar o recoger en seguida». He aquí de nuevo la importancia perfectiva de la publicidad, que implica un desplazamiento (no una desaparición) de la perfección delictiva. Patricio de la Escosura añadirá un retrato de la concepción liberal: frente a la libertad de imprenta identificada como «libertad del pensamiento» o «libertad de la razón» (esa libertad pura que todavía Francisco Salmerrón antepondrá a la «ley de represión», mientras el Marqués de Tabuérniga entiende que la imprenta «comete errores, pero no puede nunca cometer delitos»), e incluso frente a la ley «antorcha de la ilustración» (esa idea censoria clásica postrera que sedujo al primer liberalismo), la ley que se discute es «una ley para la imprenta periódica, para el arma diaria de los partidos»: «la ley de libertad de imprenta no es necesaria porque está en la Constitución. Lo que tenemos que hacer es una ley de represión de los excesos de la imprenta» (56). Se trata de una vocación que no desflema la efervescencia del momento político, sino un criterio acendrado. Desde luego que hay en potencia distintas mentalidades: si según Marceliano de la Peña la libertad no debía interpretarse como un *a priori* a favor de la inocencia de los impresos, Augusto Ulloa piensa por el contrario que debía consignarse *a priori* «el derecho de ocuparse de las cuestiones sociales y políticas» como un «principio absoluto» (57). Pero la posición oficial es clara y continuista. Escosura, ministro de la Gobernación, tan pronto como afirma «que no será justiciable nada de lo que no esté clara y terminantemente expresado en la ley», afirma que la licitud de las ideas publicadas dependerá de la existencia de «circunstancias normales», de modo que, ante circunstancias inestables como, por ejemplo, el conflicto carlista, la ilicitud del abuso delictivo se excitará «en un momento dado, sin ser estado excepcional, sin necesidad de que se suspendan

(56) *Diario de Sesiones. Legislatura 1854-1856*, n.º 369, 28 de abril de 1856, pp. 12806-12808, 12818-12819.

(57) El «principio absoluto» lo reconocería el adverbio «completamente» empleado en la debatida base 1.ª del Proyecto de Bases de la Ley Orgánica para el ejercicio de la libertad de imprenta de 11 de diciembre de 1855, en *Diario de Sesiones. Legislatura 1854-1856*, apéndice 7.º al n.º 265, 12 de diciembre de 1855, pp. 9.051-9.055: «Con arreglo a lo prescrito en el artículo 3.º de la ley fundamental del Estado, es completamente libre la publicación por medio de la imprenta de toda clase de ideas, así como la censura de los actos públicos. Los de la vida privada, cuya publicidad no autoricen los interesados, se hallan fuera del dominio de la imprenta. / No pueden ser nunca justiciables los impresos que se ocupen de las abstracciones de la ciencia sin descender a cuestiones de actualidad».

las garantías constitucionales» (58). El abuso y el delito de imprenta son propios, así pues, de un estado de excepcionalidad no formal, sino constante/latente. Esta tensión represiva es invariable y doblega cualquier argumentación de filosofía jurídica. Por eso podrá decir el demócrata Nicolás Rivero que «toda ley de imprenta no es más que el arma de un Gobierno contra los enemigos que tiene delante», y que en concreto, si en la legislación moderada de los años 40 venció coyunturalmente el antiprogresismo, la ley de Cánovas se consolidará «ecclética» por «progresista, conservadora, reaccionaria» (59).

Promulgado el Código penal de 1848 y aun su reforma de 1850, la ley de 13 de julio de 1857 (60) introdujo el concepto de «impreso clandestino» en el que el impresor, apartado de la autoría delictiva (criticada por ficticia), «es siempre cómplice» (art. 2.º). Aunque la clandestinidad (en vez del abuso o el delito) parece remitir a una irregularidad más que a una desviación de la libertad, a la postre se recupera la relación de impresos típicos que antes fueron considerados abusivos/delictivos, quizá (art. 4.º) con ánimo más enumerativo que catalogador y reduciendo la meticulosidad: impresos contra la religión católica, la monarquía, la Constitución y la tranquilidad pública; impresos que relajan la disciplina del ejército; e impresos ofensivos de la moral y las buenas costumbres. ¿Podría tratarse de un planteamiento legal en el que la clandestinidad funge de una cierta naturaleza patológica residual respecto de la libertad, como en las ambigüedades del más temprano liberalismo? Si se recuerda el decreto de 1810, en el que el abuso circundelictivo daba cuenta de un abuso que podía convertirse en delito, por lo tanto no excluyente de un abuso genérico que hipotéticamente no llegara a hacerse delictuoso, la ley de 1857 aparenta una técnica de orientación similar. En efecto, los impresos clandestinos han sido enumerados en un principio, para más tarde (arts. 24-28) desarrollar, de forma más prolija, los delitos de imprenta: impresos caracterizados por atacar, ridiculizar o excitar a la abolición de la religión católica; impresos que atacan, ofenden o deprimen al rey o a la familia real; impresos contrarios a la forma de Gobierno, el Gobierno, las Cortes o la tranquilidad pública, o que incitan a la desobediencia de las leyes y autoridades o a relajar la disciplina de las Fuerzas armadas; impresos que hacen apología de acciones criminales o excitan a cometerlas o promueven formas de hacer ilusorias las

(58) *Diario de Sesiones. Legislatura 1854-1856*, n.º 370, 29 de abril de 1856, pp. 12841, 12845.

(59) *Diario de Sesiones. Legislatura 1860-1861*, n.º 144, 25 de abril de 1861, pp. 2509-2510.

(60) *Gaceta de Madrid*, n.º 1652, 14 de julio de 1857, pp. 1-2

penas, o propagan doctrinas contra la familia y el derecho de propiedad o pretenden coartar con amenazas y dicerios la labor de jueces y funcionarios públicos en la inquisición de los delitos, u ofenden o atacan o ridiculizan a «clases de la sociedad» o a corporaciones legales; así como impresos que ofenden a la decencia y a las buenas costumbres. ¿No coinciden estos delitos de imprenta, crecidos, con los impresos clandestinos, nucleares? Se intuye así una clandestinidad circundelictiva, tan cercana a lo que fue el abuso circundelictivo en el decreto de 1810; no en vano el artículo 23 reza: «Son delitos de imprenta los comprendidos y condenados en la presente Ley». Así el delito de imprenta sigue ocupando su estricto lugar de rincón especial jurídico, incluso con un afán succionador que aprovecha el retraimiento del Código penal al desdeñar la incorporación de los delitos especiales de imprenta, puesto que reaparece, como en el real decreto de 1844, la mención de las publicaciones «en que se cometa injuria o calumnia» (art. 4.º, desarrollado en los delitos del art. 29), así como la referencia (en el título III) a los delitos comunes, respecto de los cuales los delitos de imprenta se consideran, mejorando la técnica contra la antinomia, «actos de complicidad» (art. 23).

Entre los impresos, la ley de 1857 dedicaba todo un título (el II) a los periódicos, con unos requisitos singulares, como la obligación de constante depósito (art. 14). La ley mantiene aquel precepto fundamental del real decreto de 1844 que exigía, antes de la venta de un impreso, la entrega de dos ejemplares, ahora uno al Gobernador provincial y otro al Fiscal de imprenta (art. 3.º). Las litografías, los grabados, los carteles y las viñetas necesitan previa autorización del Gobernador provincial para su publicación, así como para su fijación en parajes públicos (arts. 83-84). Cuando se recoge un impreso suspendido por la autoridad, se abre un término de 48 horas para optar entre el embargo y la denuncia (art. 5.º). Las multas por los delitos de imprenta finalmente son impuestas por un Tribunal especial de imprenta, formado por jueces de primera instancia (art. 37). Creada así la jurisdicción especial, en la que no se admite fuero privilegiado (art. 47), se regula su correspondiente enjuiciamiento (título VII), semejante al del real decreto de 1845, en el que el juez instructor tiene voz (art. 64), la vista es pública (art. 61) y el fallo inapelable (pero admite casación: artículo 69) requiere dos terceras partes de los votos, deduciéndose del empate la absolución (art. 65). Quedan previstas además multas por una nueva categoría de «faltas de imprenta» (título IX: determinadas reimpressiones, ocultación maliciosa de impresos, ausencia de editor o de identificación del impresor, carencia

de permisos...) cuya imposición lleva a cabo el Gobernador provincial (art. 98).

La ley de 22 de junio de 1864 (61) incluirá, por primera vez explícitamente en un texto normativo de su rango, la expresión «delitos especiales de imprenta», en una operación de reforma que establece su exclusión (art. 3.º) cuando aquellos delitos especiales «se cometan abusando del derecho consignado en el artículo 2.º de la Constitución», contra la religión o el rey, consistentes en injurias y calumnias o cómplices de delitos de distinta naturaleza: todos estos delitos «no son objeto de la ley especial de imprenta» y quedan sometidos al Código penal (art. 4.º). Se consigue de este modo una mejora técnica: la ley especial no tiene por qué recoger esos elementos (comunes por medio de la imprenta y de injuria/calumnia) paralelos codificados y diferentes de los delitos especiales. Pero, al unísono, germina un nuevo misterio, pues en este discurso legal hay un abuso de la imprenta que no genera delito especial, sino delito común, como si el delito especial de imprenta dilatara su naturaleza residual, pero simultáneamente la libertad de imprenta pudiera tener su patología potencialmente incardinada en cada tipo delictivo del Código penal. Por lo demás, la jurisdicción especial se atribuye a un tribunal presidido por un juez de imprenta o de primera instancia (art. 39) y compuesto por doce jueces de hecho o jurados (62) con requisitos capacitarios y censitarios (arts. 40-41, 43), que resuelve por mayoría absoluta (art. 45). La ley de 29 de junio de 1864 (63) cumplirá el mandato de refundición de esta última reforma de junio, que afecta también al enjuiciamiento, con la ley de 1857.

(61) *Gaceta de Madrid*, n.º 197, 15 de julio de 1864, p. 1.

(62) El argumento a favor del jurado lo sintetizó con claridad Ángel Barroeta: «Los delitos de imprenta son delitos que se cometen ante la opinión pública; la opinión pública por tanto es la que debe juzgar esos delitos, la que debe condenarlos; la opinión pública no puede ser representada en estas cuestiones más que por el jurado». Antonio Cánovas del Castillo vincula la defensa del jurado a la explicación de la naturaleza especial de los delitos de imprenta: «Pero el acto que comete la imprenta, el mal que comete la imprenta al hacer la provocación a la rebelión, al pronunciar la opinión sediciosa, es distinto, no puede menos de ser distinto del acto material del que sale a la calle y se pronuncia contra la autoridad pública. Y la diferencia entre este acto y el acto penal que marca el código es tan distinta, es tan grande, y es de tan difícil apreciación, que a mi juicio justifica por sí sola la existencia del delito de imprenta y del jurado; de tal manera que en ninguna legislación para esta clase de delitos puede decirse que ha dejado de haber el jurado, constituido de uno o de otro modo; pero siempre ha existido el jurado, siempre se ha sentido la necesidad de un tribunal de conciencia para calificar actos penales, que solo por la conciencia pueden calificarse». En *Diario de Sesiones. Legislatura 1860-1861*, n.º 141 y 144, 22 y 25 de abril de 1861, pp. 2460, 2516.

(63) *Gaceta de Madrid*, n.º 197, 15 de julio de 1864, pp. 1-2.

Amén de los acontecimientos político-sociales, tan relevantes en una teoría delictiva de la imprenta que muestra querencia por su adaptación a las necesidades del orden público, desde la técnica jurídica se ha alcanzado un punto en el que una ley especial de delitos especiales y jurisdicción especial de imprenta, ceñida ciertamente a su especialidad a modo de residuo delictuoso, tanto cimienta el vigor de un régimen singular represivo al socaire del derecho penal común, cuanto explica la vía abierta de la amnistía plausible por razón de la especialidad misma de tales delitos de imprenta. Se enciende aquí la subyacente idea de su intermitencia (explosión e implosión) por vínculo con el orden público (64). Y esto es lo que verifica y completa muy pronto la amnistía del real decreto de 21 de septiembre de 1864 de Ramón María Narváez (65).

IV. ONTOLOGÍA DE LA LIBERTAD DE IMPRENTA Y DELITO COMÚN

La crítica del liberalismo democrático a la amalgama reaccionaria/moderada/progresista coincidente por unas razones ideológicas o por otras en la técnica jurídica de los delitos especiales de imprenta, con su mutante y variopinta legislación especial y su jurisdicción especial al fin apuntalada, ofrece en el Sexenio por primera vez una alternativa que, sin embargo, no escapa a la gravedad absorbente del abuso y el delito de imprenta.

La alternativa consistió en el cambio de la especialidad delictiva y jurisdiccional por un régimen jurídico común en ambos planos. Como pórtico, cuando el decreto de 23 de octubre de 1868 de Práxedes Mateo Sagasta (66) criticó las «mermas en las cláusulas reglamentarias» sufridas hasta entonces por el derecho constitucional de imprenta, trazó en el artículo 1.º un perfil del «derecho a emitir libremente sus pensamientos por medio de la imprenta», atribuido no a los españoles sino a todos los ciudadanos, que reflejaba la naturaleza de libertad amplia característica de la emisión como reflejo de la libertad ontológica propia del pensamiento, excluyendo lógicamente no solo la censura, sino también cualquier «otro requisito previo», en

(64) Ya decía Luis González Brabo, en *Diario de Sesiones. Legislatura 1860-1861*, n.º 145, 26 de abril de 1861, p. 2536: «Las leyes especiales de imprenta, más que leyes para corregir determinados delitos, de esos que se cometen siempre en todas épocas en las sociedades, es una parte de la ley de orden público».

(65) *Gaceta de Madrid*, n.º 266, 22 de septiembre de 1864, p. 1.

(66) *Gaceta de Madrid*, n.º 298, 24 de octubre de 1868, pp. 2-3.

abierto contraste con las tendencias multitentaculares restrictivas de la legislación especial liberal-moderada. Desaparecidos los delitos especiales de imprenta, ahora solo existirán «delitos comunes que por medio de la imprenta se cometan» con sujeción al Código penal (art. 2.º). La responsabilidad se atribuye al autor, y en su defecto al director en el periódico, y al editor y el impresor en libros, folletos y hojas sueltas (art. 3.º). Y se suprime el Juzgado especial de imprentas (artículo 4.º).

El artículo 17 de la Constitución de 1869 recogerá de forma abierta este «derecho de emitir libremente» ideas y opiniones, mediante la imprenta u otro procedimiento, con la notable ausencia de la tradicional sujeción a la ley (67); en el artículo 22 se prohíbe la censura, el depósito y la figura del editor responsable en los periódicos (68). Si se suma la regulación común de los delitos de imprenta en el Código penal y la ausencia de la sujeción a ley (especial), se deduce una suerte de principio de subsidiariedad penal relativa a la imprenta. Lo que no se elimina con ello, penosamente, es la comezón del vínculo delictivo en la patología de la libertad de imprenta. Ni siquiera se añade, como hará el Proyecto Constitucional de 1873 (que reproduce en su artículo 19 el citado artículo 17), una cobertura ontológica del derecho/libertad que le reconozca una naturaleza de derecho natural inmarcesible (69). Será precisamente la minoría republicana del Congreso de los Diputados la que reclamará al Gobierno progresista un trazado de mayor profundidad ontológica del derecho de expresión, entendido como un derecho individual (idea compartida por los demócratas) natural (en la línea del iusnaturalismo racionalista) antes que como un derecho constitucional legalizado (en la línea del liberalismo moderado) mientras se pone en tela de juicio, con mayor ímpetu, que el Derecho penal común pueda cercenar el ámbito propio de un derecho natural.

(67) *Constitución democrática de la nación española promulgada el día 6 de junio de 1869*, Madrid, Imprenta de El Imparcial, 1869, artículo 17: «Tampoco podrá ser privado ningún español: / Del derecho de emitir libremente sus ideas y opiniones, ya de palabra, ya por escrito, valiéndose de la imprenta o de otro procedimiento semejante».

(68) *Ibidem*, artículo 22: «Tampoco podrán establecerse la censura, el depósito ni el editor responsable para los periódicos».

(69) *Proyecto de Constitución federal de la República española*, en Archivo de las Cortes españolas, legajo 177, n.º 239, título preliminar: «Toda persona encuentra asegurados en la República, sin que ningún poder tenga facultades para cohibirlos, ni ley ninguna autoridad para mermarlos, todos los derechos naturales. [...] 2.º El derecho al libre ejercicio de su pensamiento, y a la libre expresión de su conciencia».

Para los liberales demócratas, la idea de que la imprenta u otro medio de publicación es una «forma exterior del pensamiento humano» es aceptable y obliga a un desplazamiento técnico de reducción represiva, en virtud de la libertad ontológica que se traslada al medio de difusión; empero, al tomar como punto de partida el modelo de los delitos especiales, le resulta suficiente con situar el eje represivo en la legislación penal común codificada. Es la posición de Cristino Martos, que recalca la comunión entre la técnica del delito especial y la configuración jurídica clásica de la imprenta como privilegio, cuya superación juzga suficiente y culminante (el «derecho común» del Código penal, a la misma altura de necesidad jurídica que el derecho individual). Desde distinta vigía, el republicano Estanislao Figueras consideraba el criterio axial patológico del delito común como una política que perseguía «barrenar los derechos individuales», y llamó la atención sobre el evidente efecto represivo que seguía presente, aun desaparecidos los delitos especiales, en el Código penal, con el argumento no tanto de discutir la posibilidad de los delitos comunes cometidos mediante la imprenta (ni los delitos de injuria y calumnia), sino de alertar sobre figuras específicas como el desacato y rechazar la posibilidad de que la imprenta constituyese un elemento típico del delito: el delito ha de radicar esencialmente en la voluntad de quien lo comete, y si los medios de ejecución pueden atenuar o agravar la responsabilidad delictiva, no puede decirse que constituyan el delito mismo, luego la imprenta es un medio circunstancial del delito, y no un factor de tipicidad, y no basta su presencia para derivar la voluntad criminal ni el comienzo de su ejecución. Extrañamente, hay en esta argumentación una sutil quiebra (contradictoria) en la ontología libertaria del derecho de emisión del pensamiento, porque la instrumentalidad (no típica sino circunstancial) no se predica de la «idea» o «teoría» en sí (que no es delito «como no ofenda la condición moral del hombre»: vía de la injuria y la calumnia) sino tan solo (separada, no fundida) del medio de la imprenta. Frente a esta razón republicana, que acepta críticamente la presencia del Código penal aun en su afección al derecho natural (o «fundamental»), otros republicanos blindarán una rigurosa y «absoluta» libertad de imprenta, de acuerdo con la ontología radical de la libertad de pensamiento. Así, el Marqués de Albaida consideró que aplicar el Código penal a la libertad de imprenta era «lo peor que puede hacerse» y en realidad no otra cosa que una sujeción a las leyes de solera constitucional moderada; y Emilio Castelar consideró los delitos de injuria y calumnia, o el delito de desacato, como tipos delictivos en su regulación actual directamente contrarios a la libertad de imprenta, así como, globalmente, el Código

penal «la ley más funesta que puede aplicarse a la imprenta»: «la ley de imprenta y el Código penal son un maridaje monstruoso, del cual no puede salir sino la muerte de la libertad. Señores, cuando vais a proclamar los derechos individuales os asentáis sobre el cadáver de la libertad de imprenta». Con todo, al menos quedaban abiertas dos verdades: la repugnancia del delito especial facilitaba la amnistía y la postura republicana presentaba una sensibilidad proclive a la aplicación del Código penal común a la libertad de imprenta. El ministro de la Gobernación, Práxedes Mateo Sagasta, ofreció a Castelar traer «el proyecto de ley amnistiando todos los delitos cometidos por la imprenta, porque desea dulcificar en lo posible el rigor del Código penal para ella» (70).

A pesar del esfuerzo por una solución institucional de simpatía demócrata-republicana, la trayectoria histórica inmediata del liberalismo democrático y la I República permitirá constatar que la volubilidad política de la libertad/delito de imprenta constituía un rasgo sistémico de difícil extirpación. El fracaso de una patología de la libertad de imprenta desde el delito común frente al delito especial se verifica en cinco fluctuantes movimientos: 1) Sagasta cumple su promesa y se promulga el decreto de amnistía de los delitos cometidos por medio de la imprenta de 16 de marzo de 1869, con sobreseimiento de las causas pendientes y la puesta en libertad de los reos; la única excepción afecta a los delitos de injuria y calumnia perseguidos a instancia de parte (71); 2) ante los alzamientos carlistas y el movimiento cantonal, la ley de 23 de abril de 1870 (72) en su artículo 6.º establece que el Gobierno puede proponer y acordar en caso de urgencia «la suspensión de las publicaciones que preparen, exciten o auxiliien la comisión de los delitos» contra la Constitución del Estado, la seguridad interior y exterior y el orden público; 3) se promulga el Código penal de 1870, en el que se impone la propuesta republicana moderada en el sentido de que la realización del delito por medio de la imprenta u otro medio análogo que facilite la publicidad se contemple como circunstancia agravante/atenuante (73) de la responsabilidad criminal; 4) la Ley de Enjuicia-

(70) RODRÍGUEZ Y MORALES, J., *Crónica de las Cortes Constituyentes de 1869 y de los acontecimientos políticos de España durante el periodo legislativo*, tomo I, Madrid, Imprenta de Manuel Galiano, 1869, pp. 102-104, 113-125, 138-139, 395.

(71) *Gaceta de Madrid*, n.º 78, 19 de marzo de 1869, p. 1.

(72) *Gaceta de Madrid*, n.º 114, 24 de abril de 1870, pp. 1-2.

(73) *Código penal reformado, mandado publicar provisionalmente, en virtud de autorización concedida al Gobierno por la ley de 17 de junio de 1870. Edición oficial*, Madrid, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, 1870, artículo 10: «Son circunstancias agravantes: [...] 5.ª Realizar el delito por medio de la imprenta, litografía, fotografía ú otro medio análogo que facilite la publicidad. / Esta circunstancia la

miento Criminal de 22 de diciembre de 1872 de Eugenio Montero Ríos regula el «sumario por delitos de injuria y calumnia contra particulares» y el «sumario por delitos cometidos por medio de la imprenta, el grabado u otro medio mecánico de publicación» (74): se confirma pues una especialidad adjetiva, en vez de sustantiva, de los delitos de imprenta, pero especialidad al fin y al cabo; y 5) el decreto de 22 de diciembre de 1873 (75) reitera las medidas de la ley de abril de 1870 derogando la relajación de sus «severas prescripciones» para los periódicos efectuada por un decreto de 20 de septiembre. Cuando el decreto de 13 de julio de 1874 (76) ratifica el decreto de 22 de diciembre del año anterior y distribuye competencias sancionadoras entre el ministro de Gobernación (suspensión o supresión de los periódicos, en el art. 2.º) y los gobernadores provinciales (multas a autores o editores y recogida de periódicos u otros escritos, en arts. 3.º-4.º), ha recordado en su preámbulo que, convertida la prensa en «cátedra pública de rebelión», no se significan estas disposiciones como «leyes ordinarias» sino como «disposiciones preventivas» en razón de «la extraordinaria situación». Con esta explicación remordida se pretende justificar el hundimiento de la teoría republicana, ya que, al margen de la problemática penal causada por esta especie de medidas de seguridad aplicadas a una supuesta libertad individual natural, el caso es que la legislación excepcional no puede reconocerse como paréntesis extraordinario, sino en una evidente y guadiana línea de continuidad con el control liberal moderado propio del delito especial.

V. REVIVISCENCIA Y SUPRESIÓN DE LOS DELITOS ESPECIALES DE IMPRENTA

La prueba de que la teoría democrático-republicana había sucumbido, por razones políticas de orden público, a la técnica del delito

tomarán en consideración los Tribunales para apreciarla como agravante ó atenuante, según la naturaleza y los efectos del delito». Nótese que el hecho de que la pena de muerte apareciese codificada siempre con pena alternativa, pero a imponer como mayor cuando concurre una circunstancia agravante (art. 81, párrafo segundo, 1.ª), provocaba el defecto técnico de convertir la imprenta (como la vagancia, delito convertido en circunstancia modificativa) en una circunstancia propulsora de la pena capital.

(74) En *Ley provisional de Enjuiciamiento criminal. Edición oficial*, Madrid, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, 1872, artículos 498-501, 502-508.

(75) *Gaceta de Madrid*, n.º 357, 23 de diciembre de 1873, p. 772.

(76) *Gaceta de Madrid*, n.º 195, 14 de julio de 1874, p. 121.

especial, se encuentra en el hecho de que en la Restauración monárquica se comience por recuperar dicha técnica, todavía en situación de excepcionalidad y antes de la promulgación del nuevo texto constitucional. El decreto de 29 de enero de 1875 de Antonio Cánovas del Castillo (77) va dirigido a la prensa, y comienza, como si reconociera implícitamente, en la proximidad del fin de siglo, la caducidad del concepto de delito especial aplicado a una libertad constitucional, con el aparente establecimiento de un principio favorable a la libertad: el permiso para «la discusión doctrinal de todas las disposiciones administrativas, jurídicas y políticas, sin exceptuar las de Hacienda» (art. 1.º), si bien parece evidente la subrepticia limitación a un género literario de índole restringidamente técnica. Inmediatamente después (arts. 2.º-5.º) se retorna al habitual catálogo de supuestos prohibidos que dan lugar a suspensión (la suspensión produce la recogida: artículo 9.º; tres suspensiones implican la supresión: artículo 6.º), en una combinación de protección regular del régimen político y de respuesta a la situación de excepcionalidad: el ataque directo o indirecto (o mediante alegorías, metáforas o dibujos) al sistema monárquico-constitucional, la producción de discordias o antagonismos entre los cuerpos del Ejército y la Armada, y las noticias de guerra que favorezcan las operaciones del enemigo; se añaden los insultos y las injurias a la religión, al soberano y a los representantes políticos y las autoridades (art. 7.º). También reaparece el mecanismo de control que obliga a presentar cuatro ejemplares del periódico, antes de su publicación, al Gobierno civil provincial (art. 8.º). Por último, se prohíbe la publicación de un periódico nuevo sin previa licencia del ministro de la Gobernación, previo informe favorable del Gobernador provincial (art. 10). Nada altera en este panorama la Constitución de 1876, que en su artículo 13 reprodujo prácticamente el precepto correspondiente de la Constitución de 1869, añadiendo la eliminación expresa de la censura previa (78) se diría que con el desparpajo de lo neutro.

La ley de imprenta de 7 de enero de 1879 de Francisco Romero y Robledo (79) acometerá una regulación completa y actualizada de una libertad/delito que se transfigura (recuérdense las faltas de imprenta

(77) *Gaceta de Madrid*, n.º 30, 30 de enero de 1875, pp. 247-248.

(78) *Constitución de la monarquía española promulgada en 30 de Junio de 1876*, Madrid, Imprenta José Góngora, s/f., artículo 13: «Todo español tiene derecho: / De emitir libremente sus ideas y opiniones, ya de palabra, ya por escrito, valiéndose de la imprenta ó de otro procedimiento semejante, sin sujeción á la censura previa».

(79) *Gaceta de Madrid*, n.º 8, 8 de enero de 1879, pp. 73-76.

de la ley de 1879) en libertad/delito/infracción de policía, y redime un artefacto jurídico de especialidad de delito y jurisdicción.

Define el impreso (art. 1.º) como «la manifestación del pensamiento con palabras fijadas sobre papel, tela o cualquier otra materia, por medio de letras de imprenta, litografía, fotografía, o por otro procedimiento de los empleados hasta el día, o que en adelante se emplearen», y divide los impresos en libros, folletos, hojas sueltas, carteles y periódicos (art. 2.º); reaparece la noción de «impreso clandestino», por el que se entiende todo el que no lleve pie de imprenta (art. 3.º). Se dedica un título en particular (II) a los periódicos: el periódico político padece el control previo a la publicación por parte de la autoridad provincial o local (apelable ante la Audiencia: artículo 6.º) en cuanto a título, establecimiento tipográfico y nombre del fundador (art. 4.º); por otra parte, antes de su reparto, el propietario debe presentar un número de entre tres y cuatro ejemplares dependiendo del lugar de publicación (art. 8.º); más adelante (art. 17) se contemplará la comisión de delito en periódico por medio del grabado o la litografía. También reciben títulos particulares el libro y el folleto (IX), las hojas sueltas y carteles (X), los dibujos, grabados, litografías, fotografías, etc. (XII), así como los impresos publicados en el extranjero (XIII).

La existencia de delito de imprenta requiere publicación (artículo 14), conforme a la idea que separa la libertad de pensamiento de su exteriorización y fija en esta la perfección delictiva. La comisión delictiva abarca los siguientes supuestos (art. 16): ora ataque directo o ridículo a la religión católica, ora befa o escarnio de otra religión con prosélitos en España; ofensa al rey no contemplada en el Código penal; ataque directo o indirecto a la forma de Gobierno o a las instituciones fundamentales; injuria o ridículo de los cuerpos colegisladores (en estos y los anteriores casos, aun disfrazada la intención con alegorías o ficciones); desfiguración maliciosa de los discursos de senadores o diputados en casos no contemplados por el Código penal; atribución a senadores o diputados de palabras que no constan en el Diario de Sesiones; publicación de noticias que favorezcan al enemigo en tiempo de guerra; defensa o exposición de doctrinas contra la organización de la familia y la propiedad; publicación de noticias falsas que provoquen alarma en las familias o peligro para el orden público; provocación de la desobediencia de las leyes y de las autoridades; ofensa o ridículo de jefes de Estado amigos; ataque a la inviolabilidad de la cosa juzgada y amenazas o dicerios contra la libertad de jueces, magistrados y funcionarios públicos... En realidad, en cada uno de estos supuestos se lleva a cabo un desarrollo añadido de expresas especies análogas, que dilata enormemente el catálogo, con una

apabullante densidad de sustantivos y calificativos técnicamente susceptibles de un campo extenso de flexible interpretación político-jurídica. Como venía apuntado en ciertos supuestos enumerados, los delitos comunes del Código penal cometidos por medio de la imprenta quedan sujetos a su propio régimen penal ordinario (con la pena accesoria de suspensión) y bajo la jurisdicción ordinaria (art. 19), como también los delitos de injuria y calumnia contra las autoridades (art. 20). La Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882 de Manuel Alonso Martínez revisará el «procedimiento por delitos de injuria y calumnia contra particulares» y el «procedimiento por delitos cometidos por medio de la imprenta, el grabado u otro medio mecánico de publicación» (80).

Se recuperó con la ley de 1879 la jurisdicción especial del Tribunal de imprenta, compuesto por magistrados de la Audiencia del territorio (art. 31). Para la sustanciación del proceso que tenía por objeto los delitos especiales de imprenta, se reguló especialmente su enjuiciamiento (título VIII), que terminaba con sentencia por mayoría (art. 53) y solo admitía casación (art. 57). Ante la tradicional ineficacia de la legislación especial de imprenta, la ley dedica un título (V) al quebrantamiento de condena.

Aumentando el ámbito de tipificación, junto a los delitos se contemplan las «infracciones de policía», en las que incurren las publicaciones de impresos que no hayan cumplido con los requisitos legales (art. 79), o quienes venden impresos sin licencia de las autoridades gubernativas (art. 83).

Ahora bien, este retorno enérgico a la técnica del último liberalismo moderado es tan palmario como ocultamente insatisfactorio. Insatisfactorio para un liberalismo conservador que ha asimilado la argumentación demócrata en el sentido de haber percibido, por contraste republicano, lo que había en ella de permanencia incólume de un eje delictivo extremado desde el otrora abuso de la libertad de imprenta. Conforme ha avanzado el siglo, la idea latente de libertad, asfixiada por la patología delictiva de la imprenta, ha mostrado al fin una resistencia, y su acaso un tanto anodina constitucionalización ha tenido al menos el efecto de encauzar su entereza. Si se quiere una libertad/derecho constitucional, la técnica del contrapeso del delito común parece más plausible.

(80) *Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882 anotada con la doctrina más adecuada y reciente de las sentencias del Tribunal Supremo y referencias á las disposiciones vigentes relacionadas con esta ley, y completada con la del jurado y la parte procesal de la de explosivos, represión del anarquismo, etc.*, 3.ª ed., Madrid, Centro Editorial de Góngora, 1899, artículos 804-815, 816-823.

La ley de 26 de julio de 1883 de Pío Gullón (81), que deroga «todas las leyes y disposiciones especiales relativas a la imprenta» (art. 21), recompone la ley de 1879 simplificándola y relajándola: la matiza o deja morir en su efecto material y la convalida en su efecto formal. Parte de la definición del impreso como «la manifestación del pensamiento por medio de la imprenta, litografía, fotografía o por otro procedimiento mecánico» (art. 1.º); mantiene la división de los impresos en clases incluyendo dibujos, litografías, grabados, etc. (art. 2.º); define la publicación como extracción de seis ejemplares (art. 4.º) exigiéndole únicamente pie de imprenta (art. 5.º); y prescribe el depósito de tres ejemplares «en el acto de la publicación», simultaneidad temporal que extenua el riesgo de viabilidad del control previo (arts. 6.º y 11). Verdaderamente puede entenderse que los delitos especiales de imprenta han sido eliminados cuando en la determinación de los supuestos de los «impresos clandestinos» (art. 18) solo se considera nota de esta naturaleza el incumplimiento de los requisitos formales legales (pie de imprenta, requisitos de la sociedad o el particular para la publicación de impresos o fundación de periódicos). Nada hay sobre prohibiciones materiales referidas al contenido de los impresos, contra la vorágine maledicente de la ley de 1879. Técnicamente, el artículo 19 explica lo que ha sucedido al afirmar que las «infracciones a lo prevenido en esta ley, que no constituyan delito con arreglo al Código penal, serán corregidas gubernativamente con las mismas penas que este señala para las faltas cometidas por medio de la imprenta»: la ley de 1883 contiene pues «infracciones de imprenta», equivalentes a las faltas del Código penal, cuya regulación de los delitos es exclusiva y no admite especialidad paralela delictiva, aunque sí, como es sabido, la instrumentalidad de la imprenta respecto del delito común. En el mismo artículo se dice que las «infracciones o faltas» prescriben en ocho días desde su comisión. Si un real decreto de 30 de julio de 1883 explicará que la nueva legislación sobre imprenta «ha perdido su carácter de excepcional para formar parte integrante de la ley común», una real orden circular de la misma fecha ha de prescribir, para que la oscuridad que ha cubierto la especialidad delictiva cubra también la jurisdiccional, que los delitos cometidos por medio de la imprenta, el grabado u otro procedimiento análogo «caen bajo la jurisdicción de los Tribunales ordinarios, se persiguen según las reglas y formalidades de la ley de Enjuiciamiento criminal y se sancionan con los castigos previamente establecidos en el Código penal» (82).

(81) *Gaceta de Madrid*, n.º 211, 30 de julio de 1883, pp. 189-190.

(82) *Gaceta de Madrid*, n.º 212, 31 de julio de 1883, p. 206.

El modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas: análisis a través de aportaciones doctrinales y de la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo

ÁLVARO MENDO ESTRELLA

Profesor de Derecho Penal Universidad Católica de Ávila
Abogado

RESUMEN

En el año 2010 se introdujo por primera vez en el Código penal español la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Dicha regulación sufrió en 2015 una importante modificación que, al igual que la de 2010, no está exenta de dudas. A día de hoy, existe ya un amplio cuerpo doctrinal y algunas relevantes Sentencias de nuestro Tribunal Supremo sobre esta materia. El objetivo de este trabajo es arrojar luz y proponer soluciones, a la vista de ese cuerpo doctrinal y jurisprudencial, a las dudas interpretativas que generan, principalmente, los artículos 31 bis a 31 quinquies del Código penal.

Palabras clave: *Responsabilidad penal, persona jurídica, modelos de cumplimiento compliance, Código penal, Tribunal Supremo.*

SUMMARY

In 2010, the penal responsibility of legal entities was introduced in the Spanish Criminal Code. This regulation was hurt by an important modification in 2015, which, like the modification in 2010, is not without doubts. As of today, there already exists a wide doctrinal body and some relevant Supreme Court sentences on this material. The objective of this work is to shed light and propose solutions, in view of

the doctrinal and jurisprudential body, to the interpretative doubts that come up, mainly articles 31.bis to 31.quinquies of the Criminal Code

Key words: *Penal Responsibility, Legal Entity, Compliance Models, Criminal Code, Supreme Court.*

SUMARIO: I. Introducción y objetivos. II. Acerca del fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. II.a) Títulos de imputación. El objeto de prueba de la acusación. II.b) El beneficio directo e indirecto. Ámbito de aplicación material. III. La exención de responsabilidad penal de la persona jurídica. Los *compliance* o modelos de organización y gestión. IV. Responsabilidad penal directa de la persona jurídica y atenuación de responsabilidad. V. Ámbito de aplicación personal.

I. INTRODUCCIÓN Y OBJETIVOS

Después de debatirse durante décadas la conveniencia o inconveniencia de la introducción en el ordenamiento penal español de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, fue la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio la que, finalmente, incluyó en nuestro Código penal la responsabilidad penal de dichos entes jurídicos. Y ha sido más recientemente la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo (entrada en vigor el 1 de julio) la que modificó la regulación anterior introduciendo, entre otras cuestiones, los denominados modelos de organización y gestión. Los artículos de nuestro texto punitivo que, en su parte general, se refieren expresamente a dicha responsabilidad son los artículos 31 bis a 31 *quinquies*, el 33.7 y el 66 bis, siendo los primeros (31 bis a 31 *quinquies*) los que serán objeto de análisis en este trabajo.

Transcurridos, como acabamos de señalar, más de dos años desde la entrada en vigor de la última modificación de nuestro texto punitivo en relación a esta materia, el Tribunal Supremo ha tenido ya ocasión de pronunciarse al respecto. Y ahí radica precisamente el objetivo principal de este trabajo: analizar la regulación vigente sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas a través de todas las sentencias dictadas hasta el momento (1) por el Alto Tribunal en esta novedosa a la par que compleja regulación.

(1) Un resumen de alguna de las mencionadas sentencias puede verse en PUIG FUSTÉ, E y GOENA VIVES, B, «¿Son eficaces los modelos de prevención de delitos? Perspectivas a partir de la práctica española y comparada», en *Revista Aranzadi Doc-*

De esta forma realizaremos el análisis siguiendo el orden de los apartados previstos en los artículos 31 bis a 31 *quinquies*, sistematizando en relación a cada uno de ellos las aportaciones jurisprudenciales que, en su caso, nos brinde la mencionada doctrina de nuestro Tribunal Supremo que, por otra parte y no obstante, en su mayoría abordan la cuestión de forma meramente tangencial contándose escasamente con los dedos de una mano las que, a día de hoy, han ahondado en el tema por lo que, necesariamente, hemos de acudir a interesantes aportaciones doctrinales al respecto.

II. ACERCA DEL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

II.a) **Títulos de imputación. El objeto de prueba de la acusación**

Establece el artículo 31 bis.1 que:

«En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente (2) por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso».

trinal, n.º 1, 2017, pp. 254 y ss. Igualmente en GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El inicio de una larga andadura*. Pamplona: ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2017.

(2) Repárese, como lo hace DEL MORAL GARCÍA, A., «A vueltas con los programas de cumplimiento y su trascendencia penal», en *Revista de Jurisprudencia Lefebvre-El Derecho*, núm 2, octubre de 2017, en la incoherencia entre el 31.bis.1.b y el 66 bis.2.º párrafo tercero, al exigir el primer precepto un incumplimiento grave de los deberes de supervisión y control y contemplar el segundo, sin embargo, una limitación penológica cuando ese incumplimiento no tenga el carácter de grave.

Como sabemos, la persona física responde penalmente cuando el hecho le es personalmente imputable, pues tiene capacidad de culpabilidad y puede verse motivada por el mandato penal. Sin embargo, el título de imputación, el fundamento del reproche penal a la persona jurídica, no puede venir dado obviamente por la capacidad de motivación que solo pueden tenerla las personas físicas sino que hay que buscarlo en otro fundamento muy distinto (3). Como punto de partida los dos títulos de imputación expresamente mencionados por el legislador penal son:

a) La representación: que se corresponde con la letra a) del artículo 31 bis.1).

b) La comisión del delito por personas sometidas a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el apartado anterior: que se corresponde con la letra b) del artículo 31 bis.1).

A la vista de la redacción legal nos asaltan varios interrogantes:

1.º ¿Qué debe entonces probar el que mantiene la acusación de la persona jurídica?

2.º ¿Basta con demostrar la existencia de un delito cometido en el seno de la misma por alguna de las personas a las que se refieren el 31 bis.1.a) y b)?, o ¿es necesario algo más?,

3.º ¿Qué se entiende por beneficio directo o indirecto?

La respuesta a estas interrogantes, sobre todo a las dos formuladas en segundo lugar, es de capital importancia, pues ello supondrá decantarnos acerca del fundamento de la responsabilidad de la persona jurídica.

En relación al derecho probatorio en este nuevo ámbito, la STS 514/2015 de 2 de septiembre señala que *«parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el Derecho penal»*. Y como continuación y complemento de lo acabado de exponer, la importante STS 154/2016, de 29 de febrero de 2016, recuerda entre aquellos principios a los que alude su antece-

(3) Sin embargo, son muchas las aportaciones doctrinales, nacionales e internacionales, contrarias a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Entre otros, por su relevancia, SCHÜNEMANN, Unternehmenskriminalität, pp. 155 y ss., 172 y ss. y 232 y ss. En el panorama nacional, una completísima exposición de argumentos contrarios a la responsabilidad penal de la persona jurídica puede verse en GRACIA MARTÍN, L., «Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica», en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18-05 (2016), pp. 6 y ss.

sora a los de tutela judicial efectiva, presunción de inocencia, juez legalmente predeterminado por la ley o al derecho a un proceso con todas las garantías.

Dicho esto y en respuesta a las interrogantes planteadas, en opinión de quien suscribe no se trata simplemente de demostrar la comisión de un delito en el seno de la persona jurídica sino, inicialmente, de que el delito haya sido cometido por algunas de las personas a las que se refieren las letras a y b del artículo 31 bis), en nombre y por cuenta de las mismas. Ya la Sentencia del Tribunal Supremo últimamente mencionada recuerda que *«lo que no admite duda [...] es el hecho de que el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa sobre la previa constatación de la comisión del delito por parte de la persona física integrante de la organización como supuesto inicial de la referida responsabilidad...»*.

Pero decimos inicialmente, y en este punto nos adentramos en uno de los extremos más debatidos hasta el momento sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, porque a la luz de la doctrina jurisprudencial hasta ahora emanada de nuestro Alto Tribunal parece desprenderse que quien pretende dicha responsabilidad penal debe probar algo más. Y en esta línea se ha pronunciado claramente el Tribunal Supremo en su Sentencia 154/2016, de 29 de febrero (sentencia del Pleno) e, igualmente, en la 221/2016, de 16 de marzo.

En la primera afronta por primera vez el problema y si bien en algunos pasajes resulta un tanto ambigua, en otros la claridad de su postura justifica la transcripción de alguno de ellos: así, señala la mencionada resolución que *«la determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a efectos de la afirmación de su responsabilidad penal [incluido el supuesto del anterior art. 31 bis.1, parr. 1.º, CP y hoy de forma definitiva a tenor del nuevo art. 31 bis.1.a) y 2 CP, tras la reforma operada por la LO 1/2015], ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos»*.

Y continúa diciendo que *«ello más allá de la eventual existencia de modelos de organización y gestión que, cumpliendo las exigencias concretamente enumeradas en el actual artículo 31 bis 2 y 5, podrían dar lugar, en efecto, a la concurrencia de la eximente en ese precepto expresamente prevista»* manifestación que pone de relieve y sobre lo

que después volveremos, que esa cultura de respeto al Derecho es algo distinto a los modelos de organización y gestión lo cual se aprecia nítidamente cuando más adelante la propia resolución se refiere a la ausencia de una cultura de respeto al Derecho como *«núcleo de la responsabilidad de la persona jurídica que, como venimos diciendo, no es otro que el de la ausencia de las medidas de control adecuadas para la evitación de la comisión de delitos, que evidencien una voluntad seria de reforzar la virtualidad de la norma, independientemente de aquellos requisitos, más concretados legalmente en forma de las denominadas “compliance” o “modelos de cumplimiento”»*.

Por tanto, parece establecer nuestro Tribunal Supremo que lo contrario, es decir, basar la responsabilidad de la persona jurídica única y exclusivamente en la constatación de que en su seno se ha cometido un hecho delictivo por las personas mencionadas en el 31.bis.1 a y b), sería algo así como una responsabilidad objetiva y supondría considerar que el legislador ha introducido un sistema vicarial, de heteroresponsabilidad o responsabilidad por el hecho ajeno que la propia exposición de motivos de la Ley descarta.

En este sentido, también señala la tan meritada resolución que *«El hecho de que la mera acreditación de la existencia de un hecho descrito como delito, sin poder constatar su autoría o, en el caso de la concurrencia de una eximente psíquica, sin que tan siquiera pudiera calificarse propiamente como delito, por falta de culpabilidad, pudiera conducir directamente a la declaración de responsabilidad de la persona jurídica, nos abocaría a un régimen penal de responsabilidad objetiva que, en nuestro sistema, no tiene cabida»*.

Por ello concluye y así se responde a la pregunta que nos formulamos acerca de qué debe probar el que acusa, que *«de lo que se colige que el análisis de la responsabilidad propia de la persona jurídica, manifestada en la existencia de instrumentos adecuados y eficaces de prevención del delito, es esencial para concluir en su condena y, por ende, si la acusación se ha de ver lógicamente obligada, para sentar los requisitos fácticos necesarios en orden a calificar a la persona jurídica como responsable, a afirmar la inexistencia de tales controles, no tendría sentido dispensarla de la acreditación de semejante extremo esencial para la prosperidad de su pretensión»*.

Posteriormente, la también mencionada Sentencia 221/2016 de 16 de marzo refrenda claramente, en varios pasajes de su F. J 5, lo sentado por su antecesora en cuanto a cuál ha de ser la carga probatoria de la acusación: así señala que *«desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia a la que se refiere el motivo, el juicio de autoría de la persona jurídica exigirá a la acusación probar la comi-*

sión de un hecho delictivo por alguna de las personas físicas a que se refiere el apartado primero del artículo 31 bis del CP, pero el desafío probatorio del Fiscal no puede detenerse ahí. Lo impide nuestro sistema constitucional. Habrá de acreditar además que ese delito cometido por la persona física y fundamento de su responsabilidad individual, ha sido realidad por la concurrencia de un delito corporativo, por un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica, de forma mucho más precisa, a partir de la reforma de 2015».

Y concluye que *«en definitiva, en la medida en que el defecto estructural en los modelos de gestión, vigilancia y supervisión constituye el fundamento de la responsabilidad del delito corporativo, la vigencia del derecho a la presunción de inocencia impone que el Fiscal no se considere exento de la necesidad de acreditar la concurrencia de un incumplimiento grave de los deberes de supervisión. Sin perjuicio de que la persona jurídica que esté siendo investigada se valga de los medios probatorios que estime oportunos –pericial, documental, testifical– para demostrar su correcto funcionamiento desde la perspectiva del cumplimiento de la legalidad».*

Del mismo modo, la posterior Sentencia 516/2016 de 13 de junio señala con absoluta nitidez que *«el artículo 31 bis del Código penal actúa como una cláusula de determinación de la autoría definitiva del tipo de autor en las personas jurídicas. El artículo 31 bis señala los presupuestos que han de concurrir para la declaración de persona jurídica como autora del delito, esto es, un delito cometido por persona física –representantes legales o por empleados– en nombre o por cuenta de una persona jurídica o en el ejercicio de las actividades sociales, por cuenta o en beneficio directo o inmediato de la persona jurídica, y que por ésta no han adoptado las medidas de organización y gestión necesarias, que incluyen medidas de vigilancia y control de los posibles resultados típicos que el ejercicio de su actividad de la persona jurídica pueda realizar».*

Por tanto, a la vista de la doctrina jurisprudencial expuesta, podremos extraer a modo de conclusión que:

1.º La acusación debe probar que se ha cometido un hecho delictivo por alguna de las personas mencionadas en el artículo 31 bis. 1 a y b), en nombre o por cuenta de la persona jurídica, en su beneficio directo o indirecto y, además, que ello se ha visto facilitado por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos. Por tanto el fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídi-

cas no radicaría en la constatación de la comisión de un delito en el seno de la organización por sus representantes o subordinados, sino en la ausencia de una cultura de respeto al Derecho (4).

2.º Esa ausencia de una cultura de respeto al Derecho es independiente, aunque a primera vista pareciera lo mismo, de los programas de cumplimiento o modelos de organización y gestión a los que se refiere el legislador penal en el artículo 31 bis.2, por lo que asalta una duda inmediata: ¿dónde radica la diferencia entre el requisito de la existencia/inexistencia de una cultura de respeto y el de la existencia/inexistencia de modelos de organización y gestión con los requisitos que establece el Código penal? o dicho de otra forma ¿cómo combinar ambos aspectos?

Pues bien, aquí radica la ambigüedad a la que nos referíamos anteriormente y no acertamos a atisbar ninguna frontera entre ambos aspectos. Pudiera pensarse que la mera existencia de modelos de organización y gestión sería solo un indicio probatorio de la existencia de esa cultura de respeto debiendo además probar, y aquí pudiera estar la diferencia, que tales modelos están ciertamente implantados y desarrollados en la actividad empresarial, que se ejecutan y verifican y que son conocidos por todos los trabajadores que forman parte de la empresa en cuestión. Pero es que estas exigencias ya estarían contempladas por el legislador penal cuando regula los modelos de organización y gestión en el artículo 31 bis.2.1.ª y 2.ª al referirse a la «ejecución con eficacia» y a la «supervisión del funcionamiento y del cumplimiento» por lo que creemos que la existencia de una cultura de respeto al Derecho y la existencia de modelos de organización y gestión con los requisitos que establece el Código penal carece de fronteras nítidas que las separe (5).

(4) Como señala un importante sector doctrinal «el fundamento del castigo penal que recibiría la persona jurídica sería la existencia de defectos en su organización, la tenencia de una estructura opaca, la inexistencia de controles sobre sus empleados [...]. Lo anterior, una vez comprobado, pondría de manifiesto una conducta culpable...». NIETO MARTÍN, A, «Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal», en *Compliance y teoría del Derecho penal*, Madrid: Marcial Pons, 2013.

(5) El dictamen del Consejo de Estado al proyecto de reforma de 2015 señalaba que: «... entiende el Consejo de Estado que esta deficiente redacción podría tener consecuencias indeseadas desde el punto de vista de la carga de la prueba que, con carácter general y dentro de los procesos penales, pesa sobre la acusación y se proyecta sobre la totalidad de los elementos de la conducta delictiva. En la redacción propuesta por el Anteproyecto, el artículo 31 bis.2 del CP podría llevar a la conclusión de que, debido a que la existencia del programa de compliance se erige en una circunstancia obstativa de la responsabilidad penal de la persona jurídica, tan

A pesar de todo lo dicho, la Sentencia 154/2016 cuenta con un importante voto particular emitido por 7 Magistrados de la Sala Segunda, alguno de cuyos pasajes conviene recordar: así, en referencia al título de imputación en el que se basa la responsabilidad penal de la persona jurídica señalan los autores del voto particular que *«esta culpabilidad la infiere el Legislador, en el apartado a) del artículo 31 bis CP que es el aquí aplicado, del hecho de permitir que sus representantes cometan un acto delictivo, en nombre y por cuenta de la sociedad y en su beneficio. Y se fundamenta en los principios generales de la culpa in eligendo y la culpa in vigilando, o incluso, si se quiere profundizar más, de la culpa in constituyendo y la culpa in insinuando. Sin constituir un elemento adicional del tipo objetivo»*.

Y concluye con absoluta nitidez que *«Los elementos que configuran la responsabilidad penal de las personas jurídicas y que deben ser acreditados por la acusación son los que de manera expresa se relacionan por el Legislador en el artículo 31 bis.1.º CP, apartados a) y b). [...] la ausencia de esta cultura de control no se ha incorporado expresamente en nuestro derecho positivo como un presupuesto específico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas o como elemento del tipo objetivo, desempeñando una función relevante como causa de exención o atenuación de la responsabilidad penal a través de lo prevenido en los párrafos 2.º y 4.º del artículo 31 bis. La aplicación de estas causas de exención o atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas debe realizarse conforme a las reglas probatorias ordinarias consolidadas en nuestra doctrina jurisprudencial para la apreciación con carácter general de las circunstancias eximentes o atenuantes»*.

Por tanto y a tenor de este voto particular, muy razonable, nítido y con muy buena técnica jurídica (6), como no podía ser de otra manera, podemos concluir que:

1.º La acusación debe probar la comisión en el seno de la empresa de algún delito que haya sido cometido por sus representan-

solo a ella le incumbe la carga material de la prueba de dicho hecho impeditivo, cuando en realidad la acreditación de tales extremos (la inexistencia del programa de compliance o su inaplicación) debería recaer sobre las partes acusadoras» de forma que, entendemos, pueden identificarse esa «ausencia de una cultura de respeto al Derecho» de la que habla el Tribunal Supremo con la «inexistencia del programa de compliance o su inaplicación» a la que se refiere el Consejo de Estado pues ambos lo consideran como el extremo que hay que probar además de la comisión de un delito por representantes o subordinados, que lo sea en nombre o por cuenta de la persona jurídica y en beneficio directo o indirecto de la misma.

(6) No obstante, de denso lo califica DEL MORAL GARCÍA, A., *op. cit.*, nota 3, p. 4.

tes y subordinados, en beneficio directo o indirecto de la misma y actuando en su nombre o por su cuenta (7).

2.º La existencia de modelos de cumplimiento o *compliance*, como causa de exención de responsabilidad que son, debe ser probada por quien lo alegue es decir, por la persona jurídica en cuestión.

Evidentemente, las conclusiones extraídas de la doctrina emanada de nuestro Alto Tribunal y las derivadas del mencionado voto particular son diametralmente opuestas, siendo obligación de quien suscribe posicionarnos al respecto. Y en este sentido, nos inclinamos por lo establecido en el voto particular y ello por las siguientes razones:

a) No podemos considerar que lo contrario a la doctrina del Tribunal Supremo sea instaurar un sistema de responsabilidad objetiva, de heteroresponsabilidad o responsabilidad por el hecho ajeno. Efectivamente, no solo ha de probarse la comisión de un hecho delictivo sin más, sino además el beneficio directo o indirecto para la empresa en cuestión, la actuación por su cuenta y en su nombre y no que lo haya cometido cualquiera sino determinadas personas (representantes, subordinados) que han sido, o deben ser, elegidas cuidadosamente por la entidad para ejercer su representación y seguir haciéndolo (por tanto culpa *in eligendo* que no solo es exigible en el momento del nombramiento) o por personas cuya actuación debe ser vigilada y supervisada adecuadamente para evitar, entre otros, perjuicios a terceros además de a la propia entidad.

Y esto no es, efectivamente, más que la tradicional culpa *in eligendo* y culpa *in vigilando* pero culpa al fin y al cabo alejada de cualquier atisbo de responsabilidad objetiva, máxime cuando el propio 31 bis.1.b) exige la prueba de que tales hechos se hayan visto facilitados por el incumplimiento grave de los deberes de supervisión, lo que no tiene por qué identificarse necesariamente con la inexistencia de programas de cumplimiento.

b) No debemos olvidar nunca, en cualquier interpretación jurídico-penal, los principios inspiradores del Derecho punitivo y, entre ellos, el de legalidad. Siendo así que el legislador expresamente ha considerado a los modelos de organización y gestión como causa de exención de la responsabilidad penal de la persona jurídica (art. 31 bis.2).

Es más, el propio Tribunal Supremo, como hemos visto, considera extrapolables las reglas probatorias que se exigen a las persona físicas

(7) Como pone de manifiesto FOUREY GONZÁLEZ, M., «Compliance penal: fundamento, eficacia y supervisión. Análisis crítico de la circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado», en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 43-2016, p. 61, esta sería la posición adoptada igualmente por la mencionada Circular 1/2016.

también al ámbito de responsabilidad de la persona jurídica por lo que no hay razón para invertir la carga de la prueba y hace recaer sobre quien acusa el deber de probar la existencia o inexistencia de tales programas (8).

Sea como fuere, y se siga la opción doctrinal que se siga, lo que parece meridianamente claro es que, a la luz de la regulación vigente, debe acreditarse para la condena de la persona jurídica, utilizando los términos empleados por la STS de 19 de julio de 2017 (F. J 28.º), que:

a) *«Sus administradores y directivos (tanto de hecho como de derecho) actuando en representación de la empresa han llevado a cabo una continuada actividad encajable [...] en una de las figuras delictivas en que el legislador prevé la imposición de penas para las personas jurídicas».*

b) *«Concorre un innegable provecho o beneficio directo»* o indirecto *«para la sociedad»*

c) *«Y, por fin, está cubierta también la faz negativa de esa atribución de responsabilidad: la persona jurídica carecía de un sistema efectivo de control implementado para anular o, al menos, disminuir eficazmente el riesgo de comisión en el seno de la empresa de ese delito»*, si bien aquí sigue latiendo la cuestión, ya analizada, de a quién corresponde probar la existencia o ausencia de tales modelos.

II.b) **El beneficio directo e indirecto. Ámbito de aplicación material de la responsabilidad penal de las personas jurídicas**

Como acabamos de señalar, no debemos olvidar que también debe acreditarse que la actuación del representante de la persona jurídica (apartado a) o de las personas sometidas a su autoridad (apartado b) debe realizarse en «beneficio directo o indirecto de las mismas», tornándose esencial aclarar qué se entiende por tal.

A este respecto, a pesar de la novedad de la institución jurídica que analizamos, ya se ha podido pronunciar la Sala Segunda en la tan mencionada Sentencia 154/2016 señalando que *«ese término de provecho o beneficio hace alusión a cualquier clase de ventaja, incluso de simple expectativa o referida a aspectos tales como la mejora de posición respecto de otros competidores, etc., provechosa para el lucro o para la*

(8) En el mismo sentido PEREDA SORIANO, O., *op. cit.*, nota 4, p. 406 o DEL MORAL GARCÍA, A, *op. cit.*, nota 2, p. 6.

mera subsistencia de la persona jurídica en cuyo seno el delito de su representante, administrador o subordinado jerárquico se comete».

Igualmente la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016 ha señalado que *«la nueva expresión legal en beneficio directo o indirecto [...] como acción tendente a conseguir un beneficio, sin necesidad de que este se produzca, resultando suficiente que la actuación de la persona física se dirija de manera directa o indirecta a beneficiar a la entidad. Incluso cuando la persona física haya actuado en su propio beneficio o interés [...] también se cumplirá la exigencia típica, siempre que el beneficio pueda alcanzar a la entidad, debiendo valorarse la idoneidad de la conducta para que la persona jurídica obtenga alguna clase de ventaja asociada a aquella».*

Por último y para finalizar el presente epígrafe, en cuanto al ámbito de aplicación material, el apartado 1 del artículo 31 bis, señala que *«En los supuestos previstos en este Código...»*, es decir, que la persona jurídica solo puede ser responsable cuando el Código penal lo prevea expresamente en la sección, título o capítulo correspondiente al tipificar los delitos en cuestión, por ejemplo: 156 bis.3), 177 bis.7), 189 bis), 197 quinquies, 251 bis, 261 bis y muchos ejemplos más. No obstante sigue llamando la atención que no se contemple la responsabilidad penal de la persona jurídica en los delitos contra los derechos de los trabajadores pues, a pesar de lo que pudiera parecer, el artículo 318 del Código penal no la está acogiendo.

En este sentido, claramente la Sentencia del Tribunal Supremo 121/2017 de 23 de febrero señala que *«el artículo 318 no se remite al artículo 31 bis. Lo que hace –mediante una cláusula que está vigente desde la LO 11/2003 y por ello con anterioridad a que se implantase la responsabilidad penal de las personas jurídicas por LO 5/2010– es permitir la atribución de la pena en tales casos a los administradores y que quepa imponer alguna de las medidas del artículo 129 CP a la persona jurídica; pero ésta no puede ser acusada como responsable penal».*

Sea como fuere, nos sumamos a la crítica doctrinal que reclama la responsabilidad de la persona jurídica en este tipo de delitos, pues se trata de unas modalidades delictivas en la que es indiscutible el protagonismo de entidades mercantiles.

No obstante, en todos aquellos delitos en los que el legislador prevea la imposición a las personas jurídicas de algunas de las medidas previstas en el artículo 129, considera algún sector doctrinal (9) que deben verificarse los requisitos previstos en el artículo 31.bis.

(9) GÓMEZ MARTÍN V., y NAVARRO MASSIP, J., «La responsabilidad penal para personas jurídicas en el Código penal español: una visión panorámica tras la reforma de 2015», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2016, p. 30.

III. LA EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA. LOS COMPLIANCE O MODELOS DE ORGANIZACIÓN Y GESTIÓN

Establece el artículo 31 bis.2 que *«Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:*

1.^a *el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;*

2.^a *la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;*

3.^a *los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y*

4.^a *no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.^a*

En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena».

Aparte de lo que ya se ha señalado en cuanto a la carga de la prueba sobre la existencia de estos modelos de organización y gestión, donde nos remitimos, el párrafo que acabamos de transcribir supone una novedad respecto a la regulación original de 2010 y que ha sido introducida por la reforma de 2015, cual es la exención de responsabilidad penal de la persona jurídica cuando la misma ha adoptado o creado *«modelos de organización y gestión»* y se ha cumplido, además, lo establecido en los puntos 2, 3 y 4 señalados. Es lo que en terminología anglosajona se conoce como *«compliance confident»* o, si se permite la expresión, de forma ilustrativa y salvando las distancias, algo parecido a lo que en el ámbito del Derecho Laboral y de Seguridad en el trabajo conocemos como *«Plan de Prevención de Riesgos Laborales»*.

Detengámonos en este momento acerca de cuál es la naturaleza jurídica (10) de estos modelos de organización y gestión y a lo que ya se ha referido expresamente nuestro Tribunal Supremo en la mencionada Sentencia 154/2016 de 29 de febrero. Al respecto los considera como «*de naturaleza discutible en cuanto relacionada con la exclusión de la culpabilidad, lo que parece incorrecto, con la concurrencia de una causa de justificación o, más bien, con el tipo objetivo, lo que sería quizá lo más adecuado puesto que la exoneración se basa en la prueba de la existencia de herramientas de control idóneas y eficaces cuya ausencia integraría, por el contrario, el núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica, complementario de la comisión del ilícito por la persona física*» (11). En definitiva, nuestro Tribunal Supremo considera la inexistencia de los modelos referidos en el 31 bis.2) como elementos del tipo penal, descartando su naturaleza de causa de exclusión de la culpabilidad o de la antijuridicidad (12).

En opinión de quien suscribe, en aras del principio de legalidad, entendemos que se trata de una eximente por lo que en consecuencia, en buena técnica y a falta de decisión expresa del legislador, nos encontraremos ante una causa de exclusión de la culpabilidad o de la antijuridicidad decantándonos por esta última opción pues, como es sabido, en relación a las personas físicas las causas que afectan a la antijuridicidad (salvo el estado de necesidad ex art. 118 C. P) no llevan aparejada responsabilidad civil y, de la misma forma en el caso de las personas jurídicas, tampoco se prevé la misma para la entidad en cuyo seno, a pesar de concurrir los requisitos del 31 bis.2, se ha cometido un hecho delictivo.

(10) Una panorámica de las posturas acerca de la naturaleza jurídica de la exoneración podemos verla también en DEL MORAL GARCÍA, A., *op. cit.*, nota 2, p. 5.

(11) Por su parte la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, p. 56, considera que la eximente habría de situarse más bien en las proximidades de una «excusa absoluta», vinculada a la punibilidad, afirmación discutible si tenemos en cuenta que una «excusa absoluta» ha de partir, por su propia esencia, de la previa afirmación de la existencia de la responsabilidad, cuya punición se excluye, mientras que a nuestro juicio la presencia de adecuados mecanismos de control lo que supone es la inexistencia misma de la infracción. Como elemento negativo del tipo o incluso elemento configurador del tipo subjetivo lo han considerado algunas voces destacadas: *vid.* Observatorio de Derecho Penal y Delitos Económicos 2016, «La culpabilidad de la persona jurídica en su régimen de responsabilidad penal en aplicación de la eximente contemplada en el apartado dos del artículo 31 bis del Código penal» en *Diario La Ley*, n.º 8915, 6 de febrero de 2017, pp. 5-6.

(12) El voto particular de la mencionada sentencia 154/2016 señala sin embargo que «*la acreditación de la ausencia de esta cultura de control no se ha incorporado expresamente en nuestro derecho positivo como un presupuesto específico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas o como elemento del tipo objetivo, desempeñando una función relevante como causa de exención o atenuación de la responsabilidad penal a través de lo prevenido en los párrafos 2.º y 4.º del artículo 31 bis*».

Antes de continuar con el análisis del apartado 3 del 31.bis, conviene aclarar qué podemos entender por la «autonomía» del órgano de supervisión a la que se refiere el 31 bis.2.2.^a En este sentido resultan esclarecedoras las consideraciones que al respecto realiza Fourey González (13) cuando señala que «este requisito no debe confundirse con la independencia organizativa, por cuanto el órgano de supervisión siempre estará sometido a una obligación de reporte periódico al órgano de administración [...]. El reporte entre el órgano de supervisión y el órgano de administración lo será a los meros efectos de que este último pueda comprobar que la tarea de control de riesgos penales se está desarrollando de forma efectiva y suficiente [...]. Este requisito se traduce en la capacidad de llevar a cabo su labor de supervisión sin trabas administrativas o funcionales que la dificulten o imposibiliten».

En cualquier caso, sea como fuere, el artículo 31 bis.2.2.^a señala que «la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención» ha de confiarse a «un órgano de la persona jurídica» y, en este marco, entre las funciones del órgano de supervisión, en aras de un modelo de prevención eficaz, deberá estar igualmente el control y fiscalización del órgano de administración y ello, aun pudiéndonos tachar de desconfiados, se torna una quimera cuando ese órgano de supervisión no deja de ser, precisamente, un órgano de la propia persona jurídica. En este escenario, creemos, resulta imprescindible proponer y arbitrar otras alternativas que pudieran pasar, por ejemplo, por la posibilidad de que ese órgano de supervisión fuera un órgano cualificado y certificado externo a la propia compañía.

Por su parte, el apartado 3 del 31 bis establece una diferencia en cuanto al órgano que deba encargarse de la supervisión y control de los modelos de organización y gestión en personas jurídicas de reducidas dimensiones, estableciendo que en lugar de ser asumidas tales funciones por un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica puedan «*ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquéllas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada*».

Prevé el apartado 4 que «*Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y ges-*

(13) FOUREY GONZÁLEZ, M., *op. cit.*, nota 9, p. 70.

ción que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión. En este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo».

A diferencia de lo establecido en el 31 bis.2), este 31.bis.4) recoge la exención de responsabilidad para la persona jurídica cuando el delito ha sido cometido, no por directivos o responsables de la Entidad, sino por subordinados a éstos y exige menos requisitos que los que requería el 3.bis.2 (parece (14) que solo la adopción y ejecución eficaz de un modelo de organización y gestión).

Y por lo que respecta al contenido de los modelos de organización y gestión, el apartado 5 del artículo 31 bis señala que *«Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.ª del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:*

1.º *Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.*

2.º *Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.*

3.º *Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.*

4.º *Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.*

5.º *Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo (15).*

6.º *Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios».*

(14) En opinión de PEREDA SORIANO, O., *op. cit.*, nota 4, p. 408, en apoyo igualmente de la Circular FGE 1/2016, el 31.bis.4 lleva implícitas las condiciones 2.ª, 3.ª y 4.ª del 31.bis.2.

(15) Algunos autores alertan de la necesidad de compatibilizar esas sanciones con el ámbito laboral. Por todos, GÓMEZ MARTÍN, V., «Compliance y derechos de los trabajadores», en MIR PUIG, S, CORCOY BIDASOLO, C y GÓMEZ MARTÍN, V. (Dir.), *Responsabilidad de la empresa y compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Madrid: Edisofer, 2014, pp. 421-457.

En relación a los requisitos acabados de mencionar queremos poner de manifiesto y resaltar que no ha de valer con el cumplimiento meramente formal de este contenido mínimo sino que es necesario, pues así lo repite el propio Código penal en el artículo 31 bis.2.1.^a y 31 bis.4, la adopción y ejecución eficaz de los modelos de organización y gestión. Como señala con buen criterio Fourey González, «el modelo de prevención debe cumplir con todos los requisitos legales establecidos por el artículo 31 bis.5 CP, pero no basta con ello. La compliance no es, o no debería ser, una disciplina formalista o rigorista [...]. La tenencia de medidas de control sobre el papel no resultará bastante si no viene de la mano de una consistente ejecución» (16).

En este sentido, acertadamente, se aboga por la inclusión de «unos criterios que clarifiquen si dichos requisitos del artículo 31 bis.5 se han implementado o no correctamente. Para que los jueces y fiscales puedan valorar si se está cumpliendo con lo que establece el Código, necesitan un parámetro pero no lo tienen», aportando como posible solución «que los criterios de idoneidad [...] podrían fijarse en disposiciones legislativas o debería encomendarse su calificación a organismos certificados según estándares reconocidos» (17).

En esta línea, y teniendo en cuenta la necesidad de demostrar la eficacia (vid, 31 bis.2.2.^a y 31 bis.4.^a) de los modelos de organización y gestión, se torna imprescindible conocer qué criterios deben tenerse en cuenta para valorar la eficacia de los mismos, criterios que, *lege data*, brillan por su ausencia.

No obstante, la Circular 1/2016 apunta algunos que pueden resultar útiles para avalar su eficacia, a saber: que el modelo sea específico para la organización, huyendo así de modelos generales, meros formularios, intrascendentes y superfluos; que tengan como fin promover una verdadera cultura ética empresarial; la obtención de certificados y acreditaciones por entidades evaluadoras independientes y objetivas; implicación inequívoca de la alta dirección de la empresa para trasladar al resto de la empresa una cultura de cumplimiento; descubrimiento de los delitos por la propia compañía; la mayor o menor gravedad de la conducta delictiva y el número de empleados implicados; la existencia o no de procedimientos penales

(16) FOUREY GONZÁLEZ, M., *op. cit.*, nota 9, p. 68.

(17) PUIG FUSTÉ, E Y GOENA VIVES, B, *op. cit.*, nota 1, pp. 257-258. La Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado denuncia que debía haberse encomendado a la normativa administrativa y/o mercantil la regulación de los modelos de cumplimiento normativo, teniendo en cuenta el alto grado de desarrollo que requiere una correcta regulación de los mismos.

anteriores; la imposición de medidas disciplinarias a los autores o la inmediata revisión del programa.

Junto a los criterios anteriores también pueden señalarse otros indicios como la permanente actualización de los modelos a la organización de la entidad y a la regulación aplicable, la existencia de un órgano de supervisión con autonomía, suficiencia presupuestaria y autoridad, formación e información continuada a todos los miembros de la organización, la implantación de un canal de denuncias y de un sistema disciplinario adecuados (18).

IV. RESPONSABILIDAD PENAL DIRECTA DE LA PERSONA JURÍDICA Y ATENUACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Artículo 31 ter

1. *«La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el artículo anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.*

2. *La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo siguiente».*

El artículo 31 ter que acabamos de transcribir recoge la que se conoce como responsabilidad penal directa de la persona jurídica (19): esta significa que la persona jurídica va a responder (claro está, si se dan los requisitos y presupuestos estudiados) independientemente de

(18) FOUREY GONZÁLEZ, M., *op. cit.*, nota 8, pp. 69-71.

(19) Por el contrario, la responsabilidad penal indirecta supone que para que la persona jurídica pueda responder penalmente, debe haberse seguido proceso penal frente a una persona física e, incluso, que ésta haya sido condenada.

que se haya concretado o no a la persona física (20) que cometió el delito, de que ésta pueda estar exenta de responsabilidad penal por concurrir en ella alguna causa de exención que afecte a su culpabilidad (21) o incluso aunque hubiera fallecido.

La STS 121/2017 de 23 de febrero se refiere a estas consecuencias cuando expresamente señala que «*la responsabilidad penal de la persona jurídica no condicionaría la de la persona física, ni viceversa, conforma a los artículos 3 bis y ter C. P.*». En parecido sentido la STS 455/2017, de 21 de junio recuerda que «*la responsabilidad penal de la persona física (administrador o representante legal o persona que actúe individualmente o como integrante de un órgano de la persona jurídica) es autónoma de la del ente social.*».

Este precepto, entendemos, debe ser bien valorado, pues las complejísticas estructuras que en ocasiones muestran determinadas sociedades mercantiles u otras entidades hacen verdaderamente difícil identificar e individualizar al concreto autor o autores que cometieron el hecho delictivo.

Por su parte, nuestro texto punitivo recoge en el artículo 31 *quater* las circunstancias que pueden atenuar la pena de la persona jurídica al señalar que «*Solo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:*

a) *Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.*

b) *Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.*

c) *Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.*

(20) Sin embargo, en EE.UU., cuna de la responsabilidad penal de las corporaciones, últimamente se centran los esfuerzos en identificar a los responsables individuales y se llegan a acuerdos con la fiscalía que no suponen una verdadera condena, PUIG FUSTÉ, E y GOENA VIVES, B, *op. cit.*, nota 1, pp. 260-261. Con más detalle, SILVA SÁNCHEZ, J. M, *Fundamentos de Derecho penal de la empresa*, Madrid. 2.^a ed, Edisofer S. L., 2016, p.423.

(21) Como han puesto de manifiesto GÓMEZ MARTÍN, V y NAVARRO MASSIP, J., *op. cit.*, nota 10, p. 36, «*si se entiende en sentido estricto la palabra culpabilidad, dicha expresión no incluirá las causas de justificación.*».

d) *Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica».*

La primera cuestión que se plantea en relación al precepto que acabamos de transcribir es que las actuaciones descritas en el mismo deben hacerse «a través de sus representantes legales», lo que excluiría la aplicación de la correspondiente atenuación en aquellos casos que fueran realizadas por trabajadores. No obstante, creo que la expresión «a través de» (22) y una interpretación favorable a reo debieran permitir la aplicación de las atenuantes a otras hipótesis imaginables.

Dejamos anunciado en este punto, pues no es objeto de este trabajo, una de las problemáticas consecuencias procesales que la regulación de la responsabilidad penal de la persona jurídica trae consigo y que tiene que ver con el conflicto de intereses procesales entre la persona jurídica y el representante de la sociedad cuando en éste concurre la calidad de investigado en el delito, pues escaso interés tendrá en facilitar la investigación. Esta problemática ha sido detectada ya por la STS de 11 de octubre de 2017, si bien por cuestiones rituales no entró al fondo de la cuestión.

Sencillamente, y al igual que ocurre con las personas físicas, la responsabilidad penal de la persona jurídica puede verse atenuada solo cuando concurren alguna de las circunstancias previstas en las letras a) a d), todas posteriores a su comisión y que, en parte, recuerdan a algunas de las atenuantes previstas para las personas físicas en el artículo 21 del Código penal. Repárese, sin embargo, en que el legislador no ha previsto agravaciones para responder, como podría ser factible, a supuestos de reincidencia (23).

Por su parte, las atenuaciones previstas en las letras a) y b) permiten afirmar que «se entra así en una nueva era de colaboración entre las organizaciones empresariales y el Estado a la hora de ejercer el *ius puniendi*» (24).

Igualmente, repárese en que el apartado b) requiere que las pruebas sean nuevas y decisivas lo que, en una interpretación gramatical respetuosa con el principio de legalidad, excluiría aquellas pruebas decisivas pero no nuevas, o nuevas pero no decisivas. Del mismo modo si, por ejemplo, la confesión que se lleve a cabo en cualquier

(22) En este sentido GÓMEZ MARTÍN, V y NAVARRO MASSIP, J, *op. cit.*, nota 10, p. 37.

(23) Así, VILLACORTA HERNÁNDEZ, M. A. «Penas y atenuantes aplicables a las empresas», en *Revista Contable*, ed. Wolters Kluwer, n.º 54, abril 2017, p.1.

(24) SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Los delitos patrimoniales y económico financieros», en *Diario La Ley*, núm 15.001, 2010.

momento del procedimiento es nueva o decisiva, la aplicación del apartado b) eludiría el momento procesal («antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella») que el apartado a) requiere para que la confesión tenga eficacia atenuante (25).

V. ÁMBITO DE APLICACIÓN PERSONAL

Establece el *Artículo 31 quinquies* que «1. *Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas.*

2. *En el caso de las Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33. Esta limitación no será aplicable cuando el juez o tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.*

Por lo que respecta al ámbito de aplicación personal de la regulación que nos ocupa, en ningún momento señala el Código penal lo que deba entenderse por persona jurídica, sin que deba resultar aplicable el concepto de sociedad recogido en el artículo 297 del Código penal al regular los delitos societarios. Algún sector doctrinal (26) entiende, creo con buen criterio, que deberá serlo todo ente con personalidad jurídica, como puede desprenderse propiamente del artículo 129 del Código penal al señalar que «*en el caso de delitos cometidos en el seno, con la colaboración, o a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis....*».

En este contexto, nos indica Pereda Soriano (27) que «*serán personas jurídicas las sociedades, tanto civiles como mercantiles, las*

(25) Al respecto, ver los ilustrativos ejemplos del GÓMEZ MARTÍN, V y NAVARRO MASSIP, J., *op. cit.*, nota 10, p. 37.

(26) GÓMEZ MARTÍN, V y NAVARRO MASSIP, J., *op. cit.*, nota 10, p. 31.

(27) PEREDA SORIANO, O., *op. cit.*, nota 4, p.393.

corporaciones, las fundaciones, los partidos políticos, los sindicatos, las asociaciones, etc.».

Por su parte, el artículo 31 quinquies.1 establece una serie de personas jurídicas exentas de responsabilidad penal, mientras el apartado 2 señala una serie de limitaciones en cuanto a las únicas penas que les pueden ser impuestas a las Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general. Se ha dicho que el fundamento de tal exención y limitación radica, respectivamente, en la relevancia constitucional de la función que prestan tales entidades y en evitar la incidencia negativa que tales penas tendrían en la correcta prestación de las funciones públicas que tienen encomendadas (28).

Repárese en que la limitación mencionada no se aplica, como reza el propio 31 quinquies.2, cuando «*el juez o tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal*». Ello nos da pie a comentar, si quiera brevemente, el problema de las «*empresas pantalla*» entendiendo por tales «*las que constituyen una simple tapadera para procurar opacidad a la actividad delictiva de una o varias personas individuales*» (29) o, en palabras de la tan referida STS 154/2016 de 29 de febrero las «*creadas exclusivamente para servir de instrumento en la comisión del delito por la persona física*» (F. J. séptimo). Una u otra definición encaja sin mayores esfuerzos en la literalidad del propio 31 quinquies.2 y también en la del 66 bis.2.^a b) por lo que debiéramos concluir que las empresas pantalla son sujetos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Sin embargo téngase en cuenta que la Sentencia mencionada ya advierte, en referencia a las empresas pantalla, que «*ha de ser considerada al margen del régimen de responsabilidad del artículo 31 bis, por resultar insólito pretender realizar valoraciones de responsabilidad respecto de ella, dada la imposibilidad congénita de ponderar la existencia de mecanismos internos de control y, por ende, de cultura de respeto o desafección hacia la norma, respecto de quien nace exclusivamente con una finalidad delictiva que agota la propia razón de su existencia...*».

En consecuencia, declara esta sentencia, que las «*empresas pantalla*» deberían quedar excluidas de la persecución criminal, dado que no desarrollan ninguna actividad lícita ni económica ni empresarial,

(28) DOPICO-GÓMEZ ALLER, J., en ORTIZ DE URBINA (Coord.), *Memento Experto Reforma Penal*, Madrid: ed. Francis Lefebvre, 2010, pp. 134 y ss.

(29) VILLACORTA HERNÁNDEZ, M. A., «La responsabilidad penal de las empresas», en *Revista Contable*, n.º 53, marzo 2017, p.2.

ya que su creación es un instrumento para facilitar que las personas físicas que la integran delincan.

Por último, y a modo de curiosidad, señalar que la redacción original de 2010 del artículo 31 bis) excluía del ámbito de aplicación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas también a partidos políticos y sindicatos, exclusión que desapareció con la modificación operada en dicho precepto por la Ley Orgánica 7/2012 de 27 de diciembre.

CONCLUSIONES

I

A tenor de la Doctrina emanada de nuestro Tribunal Supremo, quien pretenda sostener la responsabilidad de la persona jurídica debe acreditar no solo la comisión de un hecho tipificado como delito por parte de los representantes de la entidad o de sus subordinados sino que ello además se haya visto facilitado por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho que, en nuestra opinión, nada se distingue de la inexistencia de modelos de organización y control con los requisitos exigidos en el Código penal. Para nuestro Alto Tribunal, lo contrario llevaría a la instauración de un sistema vicarial o de responsabilidad por el hecho ajeno cercano a la responsabilidad objetiva.

II

A pesar de ello existe una corriente en la propia Sala del Tribunal Supremo (manifestado en un voto particular de 7 Magistrados en la STS 154/2016) según la cual la acusación, sin embargo, debe probar la comisión en el seno de la empresa de algún delito que haya sido cometido por sus representantes y subordinados, en beneficio directo o indirecto de la misma y actuando en su nombre o por su cuenta, mientras que la existencia de modelos de cumplimiento o *compliance*, como causa de exención de responsabilidad que son, debe ser probada por quien lo alegue es decir, por la persona jurídica en cuestión, relevando a la acusación de la carga de probar la ausencia de una cultura de respeto al Derecho.

III

Consideramos más acertada la opinión emanada del voto particular pues, efectivamente, nos encontramos ante un sistema de autorresponsabilidad ya que el título de imputación de la persona jurídica está basado en la culpa *in eligendo*, respecto de sus representantes, o de la culpa *in vigilando*, respecto de sus subordinados. Además, en coherencia debida con el principio de legalidad penal, el legislador ha considerado expresamente a los modelos de organización y gestión como causa de exención de la responsabilidad penal de la persona jurídica y el propio Tribunal Supremo considera extrapolables las reglas probatorias que se exigen a las persona físicas al ámbito de responsabilidad de la persona jurídica, por lo que no hay razón para invertir la carga de la prueba y hacer recaer sobre la acusación el deber de probar la inexistencia de tales programas.

IV

Sea como fuere, y se siga la opción doctrinal que se siga, lo que parece meridianamente claro es que, a la luz de la regulación vigente, debe acreditarse para la condena de la persona jurídica, utilizando los términos empleados por la STS de 19 de julio de 2017 (F. J 28.º), que:

a) *«Sus administradores y directivos (tanto de hecho como de derecho) actuando en representación de la empresa han llevado a cabo una continuada actividad encajable [...] en una de las figuras delictivas en que el legislador prevé la imposición de penas para las personas jurídicas».*

b) *«Concurre un innegable provecho o beneficio directo»* o indirecto *«para la sociedad»*

c) *«Y, por fin, está cubierta también la faz negativa de esa atribución de responsabilidad: la persona jurídica carecía de un sistema efectivo de control implementado para anular o, al menos, disminuir eficazmente el riesgo de comisión en el seno de la empresa de ese delito»*, si bien aquí sigue latiendo la cuestión, ya analizada, de a quién corresponde probar la existencia o ausencia de tales modelos.

V

Debe añadirse al catálogo de delitos susceptibles de responsabilidad penal de las personas jurídicas los delitos contra los derechos de los trabajadores, al tratarse de modalidades delictivas en las que es indiscutible el protagonismo de entidades mercantiles y evidente la vulnerabilidad del bien jurídico protegido ante las actuaciones de aquellas por medio de sus representantes.

VI

La naturaleza jurídico penal de la existencia de modelos de organización y gestión, en coherencia con el principio de legalidad pues así lo recoge expresamente nuestro legislador penal, entendemos es la de una exigente por lo que en consecuencia, en buena técnica, nos encontraríamos ante una causa de exclusión de la culpabilidad o de la antijuridicidad decantándonos por esta última opción pues, como es sabido, en relación a las personas físicas las causas que afectan a la antijuridicidad (salvo el estado de necesidad ex art. 118 CP) no llevan aparejada responsabilidad civil, siendo este el modelo por el que se ha optado para la persona jurídica pues no hay precepto en nuestro texto punitivo que derive responsabilidad civil a la persona jurídica en cuyo seno se ha cometido un hecho delictivo, en su beneficio directo o indirecto, concurriendo los requisitos del 31 bis.2.

VII

Establece el artículo 31 bis.2.2.^a que el órgano de supervisión del funcionamiento y cumplimiento del modelo de prevención implantado debe ser un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y control, lo que podemos entender como la capacidad de llevar a cabo su labor de supervisión sin trabas administrativas o funcionales que la dificulten o imposibiliten.

Pero en cualquier caso, en este marco, entre las funciones del órgano de supervisión, si se quiere implementar un modelo de prevención eficaz, deberá figurar el control y fiscalización del órgano de administración y ello se torna una quimera cuando precisamente ese órgano de supervisión no deja de ser un órgano de la propia persona jurídica. En este escenario, resulta imprescindible proponer y arbitrar otras alternativas que pudieran pasar, por ejemplo, por la posibilidad de que ese órgano de supervisión fuera un órgano cualificado y certificado externo a la propia compañía.

VIII

A la vista de los requisitos que el Código penal establece para dotar de relevancia exigente a los modelos de organización y gestión se encuentra la necesidad de demostrar la eficacia de los mismos (arts. 31 bis.2.4.^a y 3 bis.4). No obstante *lege data* no existen, como

sería deseable, unos criterios que sirvan para avalar dicha eficacia. En este sentido pueden proponerse, al hilo de la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, entre otros: que el modelo sea específico para la organización; que tenga como fin promover una verdadera cultura ética empresarial; la obtención de certificados y acreditaciones por entidades evaluadoras independientes y objetivas; implicación inequívoca de la alta dirección de la empresa para trasladar al resto de la empresa una cultura de cumplimiento; descubrimiento de los delitos por la propia compañía; la mayor o menor gravedad de la conducta delictiva y el número de empleados implicados; la existencia o no de procedimientos penales anteriores; la imposición de medidas disciplinarias a los autores o la inmediata revisión del programa.

IX

Los comportamientos con eficacia atenuante para la persona jurídica descritos en el artículo 31 quater, deben realizarse «*a través de sus representantes legales*», lo que excluiría la aplicación de la correspondiente atenuación en aquellos casos que fueran realizados, por ejemplo, por trabajadores. No obstante, creo que la expresión «a través de» y una interpretación favorable a reo debieran permitir la aplicación de las atenuantes a otras hipótesis imaginables.

X

Además de por la mención expresa a personas jurídicas que en diversos pasajes del artículo 31 bis a 31 quinquies realiza el Código penal, hemos de concluir que por coherencia igualmente con lo establecido en el artículo 129, el ámbito de aplicación personal del régimen de responsabilidad penal de los entes colectivos es aplicable sólo a los entes con personalidad jurídica propia y no a otros.

El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso. Especial referencia al conflicto con la libertad de expresión

SERGIO CÁMARA ARROYO

Profesor Ayudante Doctor (Acreditado Contratado Doctor)
de Derecho Penal y Criminología
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

RESUMEN

El concepto de delitos de odio no goza de una interpretación unívoca en la doctrina penal. Pese a la opacidad de su significado, los delitos cometidos a través del denominado discurso del odio suponen una preocupación a nivel europeo. Se asegura que el crecimiento de estos ilícitos motivados por la intolerancia supone un incremento de los procesos de discriminación y marginación social. No obstante, los límites del significado del discurso del odio son tan difusos que, en ocasiones, pueden entrar en conflicto con el derecho fundamental de libertad de expresión. En España la problemática se focaliza en la interpretación teórica y jurisprudencial del artículo 510 del Código penal, relativo a la incitación al odio. En este trabajo se pretende abordar tales cuestiones desde la perspectiva desde las ciencias del Derecho penal y la Criminología.

Palabras clave: *delitos de odio, discurso del odio, discriminación, intolerancia, libertad de expresión.*

ABSTRACT

The concept of hate crimes does not have a univocal interpretation in criminal doctrine. Despite the opacity of its meaning, crimes committed through the so-called hate speech are a concern at European level. It is ensured that the growth of these illicit acts

motivated by intolerance implies an increase in the processes of discrimination and social marginalization. However, the limits of the meaning of hate speech are so diffuse that can sometimes conflict with the fundamental right of freedom of expression. In Spain, the problem focuses on the theoretical and jurisprudential interpretation of Article 510 of the Criminal Code, relating to the incitement to hatred. This paper aims to address such issues from the perspective of Criminal Law and Criminology.

Key words: Hate crimes, hate speech, discrimination, intolerance, freedom of expression.

SUMARIO: I. Introducción: entre el alarmismo social y la estadística criminal.–II. Crítica a los conceptos de «delito de odio» y «discurso del odio». la importancia de su adecuada conceptualización como límites a la libertad de expresión.–III. El Derecho penal y los «delitos de odio» ¿conflicto con la libertad de expresión?–IV. La incitación al odio, la hostilidad, la discriminación y la violencia por motivos de intolerancia: artículo 510 CP.

I. INTRODUCCIÓN: ENTRE EL ALARMISMO SOCIAL Y LA ESTADÍSTICA

Existe cierto consenso en afirmar que los crímenes de odio se han incrementado por toda Europa; en concreto, en España habrían sufrido una escalada sin precedentes. Así, se ha llegado a escribir, si bien con ciertos matices (1), que «en los últimos años el racismo y la intolerancia criminal han crecido en casi todos los países de Europa y también en España. Reiteradamente se señala que inciden factores sociológicos como la presencia de inmigrantes, la diversidad religiosa, los anta-

(1) A reglón seguido, el autor citado en la nota subsiguiente expone que «sin entrar en la fuerte carga de intolerancia de muchas de estas explicaciones que no reconocen el alto nivel de convivencia, armonía e integración real, social y democrático de la diversidad de colectivos presentes en el continente, lo que llama poderosamente la atención es el ocultamiento del crimen de odio y del sufrimiento de las víctimas, su victimización continuada y el exiguo reconocimiento de sus derechos». Por ello, debe entenderse que, lejos de exponer una realidad empírica y estadística, sus palabras pretenden evidenciar la elevada cifra negra de esta clase de delitos y ponen su acento en la escasa repercusión institucional hacia las víctimas. Ciertamente, no puede tomarse por una afirmación tajante exenta de matices. Podríamos hablar de aumento de la intolerancia más allá (o, al margen) de las cifras de delincuencia; por ejemplo, en términos políticos sobre el auge de partidos denominados de «ultra derecha» con programas anti-inmigración.

gonismos culturales y otros por el estilo» (2). No obstante, no podemos confundir el fenómeno de la discriminación y la intolerancia –de amplias dimensionales sociales, culturales, económicas y políticas– con el particular fenómeno criminológico de los delitos de odio.

El punto 23 del *Memorandum* explicativo de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia *ECRI General Policy Recommendation* n.º 15 on *combating hate speech* llega a indicar que «no se sabe cuál es el alcance del discurso de odio, aunque parece, tal y como refleja la Recomendación, que se está convirtiendo en algo habitual». Posteriormente, en el mismo documento (puntos 76 y ss.), se indica que «a veces se tiene la impresión, o se llega a la conclusión, de que este fenómeno está aumentando, pero todavía no está claro cuál es el verdadero alcance. Esto se debe a distintas consideraciones que se han observado en los ciclos de seguimiento, entre las que destacamos: las diferentes formas en las que se define al discurso de odio (con solo algunas de las características personales o estatus que sirva como base para incluirlo en la definición); la adopción de diferentes enfoques para su clasificación por parte de las autoridades; la recogida de datos se limita a los casos en los que el discurso de odio constituye un delito penal; fallos por parte de las instancias responsables de recoger los datos sobre discurso de odio o de denunciarlo ante las autoridades públicas competentes; y, en algunas ocasiones, existe una falta total de recogida de datos o un fallo a la hora de publicar parte o todos los datos compilados».

(2) IBARRA, E.: «Víctimas y Seguridad ante los Crímenes de Odio», en *Cuadernos de Análisis*, núm. 46, 2013, p. 5. No obstante, existen algunas evidencias empíricas que no pueden ser orilladas: GÜERRI FERRÁNDEZ, C.: «La especialización de la fiscalía en materia de delitos de odio y discriminación. Aportaciones a la lucha contra los delitos de odio y el discurso del odio en España», en *InDret*, 1/2015, p. 10, expone datos sobre el la presencia de grupos neonazis y bandas violentas de jóvenes en nuestro país, superior a la media europea (ECRI: Cuarto informe sobre España. Consejo de Europa, 2011, punto 119), así como su presencia y manifestación en el ámbito del deporte (ECRI, 2011: punto 109). Un estudio sobre la evolución de los delitos de odio en España ha sido desarrollado por LÓPEZ ORTEGA, A. I.: «Análisis y evolución de los delitos de odio en España (2011-2015)», en *Revista Extremeña de Ciencias Sociales «ALMENARA»*, núm. 9, 2017, p. 65, quien expone en sus conclusiones que «el análisis de las cifras de los delitos de odio en España han proyectado un escenario preocupante. Se han registrado 1.285 delitos de odio durante 2015, casi un 10% más que en el año anterior y un 92,84% más que desde 2011». Por su parte, TAPIA BALLESTEROS, P.: «Artículo 510», en GÓMEZ TOMILLO, M. y JAVATO MARTÍN, J. M. (Dirs.): *Comentarios prácticos al Código penal*. Tomo VI. Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 183, indica que el precepto tiene su fundamento en «la creciente ola de acontecimientos racistas y xenófobos que en nuestro país se produjeron en la época de los 90».

Ciertamente, si observamos las estadísticas aportadas por el Ministerio del Interior (3) sobre esta clase de hechos delictivos comprobaremos que, en efecto, se aprecia un aumento progresivo de las infracciones que tienen su fundamento en la intolerancia y la discriminación (4). Sin embargo, detrás de los números no se pueden ocultar otras razones para este incremento de corte más político criminal. Por vez primera desde que se inició nuestro periplo democrático el Ministerio del Interior de nuestro país recoge una estadística concreta sobre esta clase de delitos. De hecho, hay quienes –con razón– han denunciado la falta de una estadística completa a nivel nacional (5) y supranacional, aunque los datos sean incompletos y solamente aporten una visión macroscópica del fenómeno.

Por otra parte, siempre podemos dudar de la fiabilidad y alcance de las estadísticas (6). En primer lugar, es muy probable que la cifra

(3) MINISTERIO DEL INTERIOR: Informe sobre la evolución de los delitos de odio en España 2013 y MINISTERIO DEL INTERIOR: Informe sobre incidentes relacionados con los delitos de odio en España 2015.

(4) Así, según los datos analizados, se habrían cometido un total de 1.285 de delitos de odio (detenciones) durante el 2015, casi un 10% más que en el año anterior y un 92,84% más que desde 2011. Las Comunidades Autónomas de Andalucía, Cataluña, Comunidad Valenciana, País Vasco y Comunidad de Madrid son las que registran un mayor número de delitos de odio en 2015, representando el 67% del total de los hechos cometidos en el conjunto estatal. En los dos últimos años reflejados por los datos del Ministerio del Interior el número de delitos aumenta en prácticamente todas las Comunidades Autónomas, excepto retrocesos puntuales en ocho comunidades, como son la de Andalucía, Asturias, Canarias, Castilla La Mancha, Extremadura, Galicia, Madrid y La Rioja. En el resto prácticamente la cifra se incrementa en un 10% o 15%. Curiosamente, sin embargo, son muy pocas las condenas efectivas por el delito tipificado en el artículo 510 CP, uno de los máximos exponentes de los delitos de odio en nuestra legislación penal; al respecto, LANDA GOROSTIZA, J. M.: «Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del artículo 510 CP y propuesta «*lege lata*»», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 7, 2012, pp. 299 y ss.

(5) GÜERRI FERRÁNDEZ, C.: *La especialización...*, *ob. cit.*, p. 7. La autora citada expone que «en los últimos años, numerosos organismos internacionales tales como la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (en adelante, ECRI por sus siglas en inglés), la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, FRA por sus siglas en inglés) o la Oficina para las Instituciones Democráticas y Derechos Humanos (en adelante, ODIHR por sus siglas en inglés) así como organizaciones no gubernamentales como el Movimiento contra la Intolerancia o Amnistía Internacional han señalado de forma reiterada que España es uno de los pocos países de Europa que no registra este tipo de datos de manera sistemática». Desde 2010 tanto el Ministerio del Interior como el Ministerio de Trabajo e Inmigración han comenzado a preocuparse por construir una estadística a nivel nacional sobre «cualquier acto susceptible de ser calificado como racista o xenófobo».

(6) STANGELAND, P., GARCÍA, E. y MÁRQUEZ, M. V.: «Discrepancias entre estadísticas policiales y judiciales», en *Boletín Criminológico*, núm. 2, julio-agosto, 1994; STANGELAND, P.: «La delincuencia en España. Un análisis crítico de las esta-

negra de esta clase de delitos sea muy elevada (7) o, simplemente, su adecuada interpretación y codificación a datos. Pensemos en algunos ejemplos que pueden darse en la vida práctica: a) Un joven afroamericano llega a un centro de salud tras haber sido agredido. Dependiendo de si su situación en España es irregular o no es posible que ni siquiera presente una denuncia sobre lo ocurrido. Aunque este joven denuncie ante la policía los hechos, es muy probable que no asocie la agresión directamente a su condición racial, aunque verdaderamente haya sido así: puede que lo ignore o simplemente que denuncie por el delito de lesiones sin mayores detalles; b) Un miembro del colectivo LGTBI es agredido o increpado exclusivamente por su condición sexual. Temiendo que su inclinación sexual sea revelada a más gente y queriendo legítimamente preservar su intimidad, es posible que ni siquiera denuncie los hechos; c) Por último, imaginemos una pelea entre bandas, una riña mutuamente aceptada o una riña tumultuaria. Los dos frentes están compuestos por un bando *skin head* y por un grupo de *red skin* –tribu urbana compuesta por radicales de izquierdas con una estética muy similar a la de los neo nazis–. Además de los problemas para delimitar ambos bandos por parte de policías no expertos en tribus urbanas y bandas juveniles, nos encontraríamos con un dilema: ¿Estamos ante un delito de odio? Parece claro que la ideología se encuentra metida en medio de la trifulca, aunque la agresión es mutua ¿Y si hablamos de dos bandos de hinchas de equipos de futbol rivales?

Por ello, antes de dejarnos llevar por el alarmismo (8) o por las «modas» neo-retribucionistas de la «pasarela» de las últimas reformas penales, reflexionemos un instante: ¿En los últimos años el número de delitos de odio ha aumentado de modo exagerado realmente? ¿Dónde estaban las estadísticas de esta clase de delitos antes? ¿Es posible que nos encontremos ante una mayor criminalización de conductas que se

dísticas judiciales y policiales», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 5, 1995; DIEZ RIPOLLÉS, J. L. y CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I. (Eds.), *Los problemas de la investigación empírica en criminología: La situación española*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001; AEBI, M. y LINDE, A.: «El Misterioso caso de la desaparición de las estadísticas policiales», en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 12-07, 2010; SERRANO GÓMEZ, A.: «Dudosa fiabilidad de las estadísticas policiales sobre criminalidad en España», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, UNED, 3.ª época, núm. 6, 2011.

(7) GÜERRI FERRÁNDEZ, C.: *La especialización...*, *ob. cit.*, p. 8.

(8) Como expone acertadamente MARTÍN HERRERA, «cualquier tipo de delito cometido por odio lleva aparejado un mensaje de alarma hacia el resto de miembros de la comunidad a la que pertenece la víctima, intimidando, como si de una pandemia se tratara»; MARTÍN HERRERA, D.: «¿Cuándo el «hate speech» se convierte en «hate crime»? libertad de expresión y derecho internacional según el TEDH», en *Revista de la Facultad*, Vol. V, N.º. 2., 2014, p. 76.

incardinan en el concepto de delitos de odio? ¿Podremos hablar, entonces, de proceso de mayor visibilidad de esta clase de ilícitos en lugar de incremento de las cifras (9)?

Sin querer restar en ningún momento importancia a esta clase de crímenes basados en la intolerancia y la discriminación, es preciso llamar la atención acerca de lo novedoso que aparece el deslumbrante y pomposo término de «crímenes o delitos de odio» (10) para anunciar una realidad que ha existido desde el principio de los tiempos (11): procesos de discriminación a determinados sujetos o colectivos sociales por razones ideológicas, sexuales, étnicas, religiosas, etc. Más aún, contemplando de manera panorámica nuestra historia penal, es posible afirmar que se ha producido una inversión en el tratamiento penal del sentimiento de odio: de las normas que justi-

(9) Según la ODIHR, «los países con mecanismos eficaces de recogida de datos muestran normalmente niveles superiores de delitos de odio que los países que no cuentan con sistemas eficaces de recogida de datos»; MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL: *Legislación sobre los delitos de odio. Guía Práctica*. Madrid: Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2017. Traducción de OSCE (2009): *Hate Crime Laws A Practical Guide*, p. 12.

(10) Que, según informa BLEICH, E.: «*Responding to racist violence in Europe and the United States*», en GOODEY, J. & AROMAA, K. (Eds.): *Hate Crime. Papers from the 2006 and 2007 Stockholm Criminology Symposiums*. Helsinki: Criminal Justice Press, 2008, p. 9, data de 1985, siendo el representante John Conyers, Jr. de Michigan el que popularizó el término «crimen de odio» en las audiencias del Congreso.

(11) Incluso el manual del *Bureau of Justice Assistance* (BJA) del Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América menciona antecedentes históricos basados en la persecución de los cristianos en el imperio romano, la solución final a los judíos por los nazis, la limpieza étnica en Bosnia o el genocidio de Ruanda, etc.; BJA: *A Policymaker's Guide to Hate Crimes*. Washington: *Bureau of Justice Assistance*, 1997. IBARRA, ob. cit. p. 8, indica que «aunque la existencia de los delitos de odio es tan antigua como la humanidad, su reconocimiento en el orden jurídico comienza hace pocas décadas». Véase también GOODEY, J.: «*Racist Crime in the European Union: Historical Legacies, Knowledge Gaps, and Policy Development*», in GOODEY, J. & AROMAA, K. (Eds.): *Hate Crime. Papers from the 2006 and 2007 Stockholm Criminology Symposiums*. Helsinki: Criminal Justice Press, 2008, p. 16. Un atractivo relato de antecedentes históricos de esta clase de delitos en España en DOLZ LAGO, M. J.: «Oído a los delitos de odio: algunas cuestiones claves sobre de la reforma del art. 510 CP por LO 1/2015», Ponencia FGE y publicado en *Diario La Ley*, núm. 8712, 2016. 3 y ss. No obstante, como bien anota DIEZ LÓPEZ, J. A.: *El odio discriminatorio como circunstancia agravante de la responsabilidad penal*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 2012, p. 103, «no puede, obviarse que el hecho de castigar más severamente al autor de un delito atendiendo a su odio y prejuicio hacia un determinado colectivo es un fenómeno reciente. Recientes son las leyes que los han tipificado y reciente, en definitiva, es el debate que han suscitado dichas leyes». Y es que una cosa son los antecedentes históricos del fenómeno y otra muy diferente su actual conceptualización y discusión jurídica.

ficaban la punición de los «diferentes» –extranjeros, gitanos, judíos, homosexuales, etc.–, a la tipificación de los delitos de odio como bastión de tutela de la diversidad.

Es posible que el incremento de esta clase de hechos delictivos sea real, pero por el momento los datos solamente evidencian que existe una mayor voluntad política de ejercitar su persecución (12) bajo la específica etiqueta de «delitos de odio». Hasta hace aproximadamente una década la nomenclatura de «delitos de odio» no se encontraba en el glosario de términos habituales utilizados por los penalistas. Ello no quiere decir que no existieran crímenes inspirados en la intolerancia o en la discriminación a determinados colectivos. Simple y llanamente carecían de una rúbrica de referencia en el ámbito criminológico, más allá de algunas aproximaciones inexactas tales como: delitos culturalmente condicionados (13), delitos de tendencia, etc.

Afinando aún más, esta clase de procesos o dinámicas delictivas basados en la intolerancia han sido profundamente estudiados en su vertiente sociológica y, en lo que aquí interesa, criminológica. Al respecto, es ya un clásico la obra del sociólogo y criminólogo sueco Thorsten Sellin, *Culture conflict and crime* publicada en 1938, en la que podríamos ver un referente explicativo sobre el fenómeno de los delitos de odio, si bien es necesario reinterpretar su teoría del conflicto cultural para amoldarla al objeto de estudio del presente trabajo: en lugar de tratar de explicar la delincuencia de los inmigrantes a través del conflicto cultural, puede centrar nuestra atención el hecho de que ante la confrontación de dos culturas diferentes, cada una con unas normas y valores de referencia, una de ellas llegue a sufrir un proceso de marginación con respecto a la otra (conflicto cultural externo) (14). En tal situación es posible, como postulaba Sellin, que el individuo proveniente de la cultura extranjera y poco integrado reaccione ante tal proceso de apartamiento cometiendo hechos delictivos; viceversa: también es posible que los miembros de la cultura

(12) Así, desde 2009, año en el que se creó la Fiscalía Provincial de Barcelona el Servicio de Delitos de Odio y Discriminación se evidencia un mayor interés en la materia. Desde 2013 cada provincia de España cuenta con un fiscal especializado en este ámbito; GÜERRI FERRÁNDEZ, C.: *La especialización...*, *ob. cit.*, p. 4.

(13) Que, en realidad, abarcan una serie de hechos delictivos muy diferentes a los delitos de odio, como es el caso de la mutilación genital femenina; Vázquez González, C.: *Inmigración, Diversidad, y Conflicto cultural. Los delitos culturalmente motivados cometidos por inmigrantes (especial referencia a la mutilación genital femenina)*. Dykinson, Madrid, 2010; DE MAGLIE, C.: «Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales». *Marcial Pons*, Madrid, 2012.

(14) SELLIN, T.: «*Culture Conflict and Crime*», en *American Journal of Sociology*, Vol. 44, núm. 1, 1938, pp. 97-103.

«dominante» se conviertan en los victimarios de los integrantes de este colectivo, motivados por la intolerancia ante culturas extranjeras. Son las dos caras de la misma moneda del conflicto cultural.

Ahora bien, dejando a un lado los planteamientos etiológicos, conviene acercarse al fenómeno de los delitos de odio desde una perspectiva normativa y de práctica judicial. Para ello, deberemos salvar un primer, obstáculo importante: ¿A qué nos referimos exactamente con la expresión «delitos de odio»? La delimitación y alcance del concepto será especialmente importante en la práctica pues, como he tenido oportunidad de indicar *supra*, es posible que la actual visibilidad de esta clase de hechos delictivos esté infra o sobredimensionada en las estadísticas oficiales. Por otra parte, la definición concreta del término podrá arrojar algo de luz sobre la tipificación y alcance de los elementos de los delitos de odio, de modo que pueda estudiarse su correcta aplicación sin extralimitar los principios del *Ius puniendi* en situaciones de conflicto con derechos fundamentales, como es el caso de la libertad de expresión, a la que dedicaré gran parte del análisis subsiguiente.

II. CRÍTICA A LOS CONCEPTOS DE «DELITO DE ODIO» Y «DISCURSO DEL ODIO». LA IMPORTANCIA DE SU ADECUADA CONCEPTUALIZACIÓN COMO LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Aunque me he referido en el apartado anterior de manera indistinta a «crímenes de odio» (15) y «delitos de odio» –y los utilizaré en lo sucesivo como nomenclaturas análogas para evitar enojosas reiteraciones en el texto–, hay que indicar que no existe un consenso terminológico ni conceptual acerca de esta clase de ilícitos (16). En este caso, nuestra lengua ejerce cierta función simplificadora, siendo la nomenclatura más usual la de delito de odio sin mayores concreciones

(15) Sobre la diferencia entre la expresión «crímenes de odio» y «crímenes odiosos», DÍAZ LÓPEZ, J. A.: *El odio discriminatorio...*, *ob. cit.*, p. 56 y ss. Sintetizando bastante, la diferencia fundamental estriba en que en los segundos el odio no es resentido por el delincuente como elemento inspirador de su conducta, sino por la comunidad al considerar odioso que se cometan ciertos crímenes.

(16) GOODEY, J.: «Introduction», in GOODEY, J. & AROMAA, K. (Eds.): *Hate Crime. Papers from the 2006 and 2007 Stockholm Criminology Symposiums*. Helsinki: Criminal Justice Press, 2008, p. 5; MARTÍN HERRERA, D.: *¿Cuándo el «hate speech» se convierte...*, *ob. cit.*, 75; GÜERRI FERRÁNDEZ, C.: *La especialización...*, *ob. cit.*, p. 4.

—aunque, como trataré de exponer a continuación, tal vez no sea la más técnicamente correcta—. No obstante, en otros países de nuestro entorno existen importantes diferencias entre el mero «delito» y el «crimen» (17) (*crime* o *felony* de mayor intensidad), por lo que es posible que la denominación de «crímenes de odio» pudiera referirse en nuestro idioma exclusivamente a los delitos de genocidio y lesa humanidad, por su mayor gravedad.

En cualquier caso, será necesario tratar de dilucidar qué se encuentra detrás de estas expresiones. En definitiva, a qué nos referimos en la Ciencia del Derecho penal con un concepto tan valorativo, abstracto y amplio como el de «delito de odio». La semántica no nos aclara demasiado la cuestión cuando define «odio» como: «*antipatía y aversión hacia algo o hacia alguien cuyo mal se desea*» (18).

En este aspecto, como bien ha indicado Fuentes Osorio, el término odio supera la mera función descriptiva de una clase de delitos y se convierte en un criterio autorreferencial («odio como delito») de manera que se utiliza para justificar la actuación punitiva por los «efectos sociales negativos del odio» mediante tipos que se consuman materialmente con actos que son una supuesta manifestación de ese odio (19). Este modo de legislar parece contrario a la necesidad de que los tipos penales encuentren su justificación en la exteriorización de conductas y, sobre todo, al principio de certeza que debe informar a las leyes penales.

Sin embargo, esta tautología es el argumento esgrimido por el TS en sus recientes sentencias para definir el alcance del artículo 510 CP, entendiendo que el elemento nuclear del hecho delictivo consiste en la «expresión de epítetos, calificativos, o expresiones, que contienen un mensaje de odio que se transmite de forma genérica. Se trata de un tipo penal estructurado bajo la forma de delito de peligro, bastando para su realización, la generación de un peligro que se concreta en el mensaje con un contenido propio del «discurso del odio», que lleva implícito el peligro al que se refieren los Convenios Internacionales de los que surge la tipicidad. Estos refieren la antijuricidad del discurso del odio sin necesidad de una exigencia que vaya más allá del propio discurso que contiene el mensaje de odio y que por sí mismo es contrario a la convivencia por eso considerado lesivo. El tipo penal

(17) Al respecto, IBARRA, *ob. cit.*, p. 8, indica que «en España el término “crímenes de odio” referencia habitualmente los delitos más graves, en especial lesiones muy graves, homicidios y asesinatos».

(18) Diccionario RAE, 23.^a Ed., Voz «odio». Sobre la etimología de los delitos de odio, DÍAZ LÓPEZ, J. A.: *El odio discriminatorio...*, *ob. cit.*, p. 47 y ss.

(19) FUENTES OSORIO, J. L.: *El odio...*, *ob. cit.*, p. 2.

requiere para su aplicación la constatación de la realización de unas ofensas incluidas en el discurso del odio pues esa inclusión ya supone la realización de una conducta que provoca, directa o indirectamente, sentimientos de odio, violencia, o de discriminación. De alguna manera son expresiones que por su gravedad, por herir los sentimientos comunes a la ciudadanía, se integran en la tipicidad» (20).

Parece claro que el concepto lingüístico de odio va más allá de los límites impuestos constitucionalmente al Derecho penal. Además, desde los clásicos italianos y alemanes de los siglos XVIII y XIX, se ha argumentado que, como ordenamiento sancionador de *ultima ratio* basado en el principio de culpabilidad, no es posible el castigo por los meros pensamientos, deseos, aversiones o antipatías. Por tanto, debemos convenir que el concepto de odio en esta clase de ilícitos es de corte normativo (21). No le interesa al Derecho penal –o, al menos, no debería– cuando no se transluce en hechos o supone una quiebra o puesta en peligro alguno del bien jurídico protegido. No se puede castigar penalmente el pensamiento, la ideología o simplemente la forma de ser de un sujeto.

Por ello, cuando se escuchan voces –fundamentalmente desde el sector periodístico (22)– que denominan esta clase de hechos como

(20) STS 72/2018, de 9 de febrero. Se adhieren a esta interpretación la SAN 6/2018, de 1 de marzo; absuelve, sin embargo, la SAN 11/2018, de 15 de marzo.

(21) Y muy difuso. De hecho, la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de Noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal, trató de delimitar normativamente su contenido, indicando que «el concepto de «odio» se refiere al odio basado en la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico».

(22) Así, además de múltiples artículos de prensa actuales que contienen esta expresión, podemos encontrarla en el título de alguna obra como el libro «La nueva Inquisición: la represión moderna y los delitos de opinión», escrito por JOAQUÍN BOCHACA, publicado en la editorial Ojeda en 2007, o «El disidente. Pedro Varela, el hereje: delitos de opinión en España: la represión de los proscritos, dogmas del siglo XXI», de MARÍA ANGELO, publicado por la misma editorial en 2015. Precisamente, la editorial Ojeda estuvo implicada en un supuesto de delito de odio por apología del nazismo. También utiliza la expresión, a modo de crítica del antiguo artículo 607.2 CP, BENLLOCH PETIT, G.: «El Derecho penal ante el conflicto político. Reflexiones en torno a la relevancia penal de determinados fines, opiniones o motivos políticos o ideológicos y su legitimidad», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 54, 2001, p. 199 y también BERNAL DEL CASTILLO, J.: «La justificación y enaltecimiento del genocidio en la Reforma del Código Penal de 2015», en *InDret*, núm. 2/2016; MIRA BENAVENT, J.: «Algunas consideraciones político-criminales sobre la función de los delitos de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas del terrorismo», en PORTILLA CONTRERAS, G. y PÉREZ CEPEDA, A. I. (Dir.): «Terrorismo y contraterrorismo en el siglo XXI. Un análisis penal y político criminal». *Ratio Legis*, Salamanca, 2016, p. 105. No obstante, la doctrina penal de otros países también ha utilizado la expresión «delitos de opinión»; véase, a modo de ejemplo,

«delitos de opinión» considero oportuno elevar una crítica sobre el rigor conceptual de esta tipología: no pueden existir delitos de opinión en un Derecho penal del hecho como el nuestro. No puede criminalizarse la opinión en un Estado social democrático y de Derecho. El Derecho penal moderno, inspirado en el principio de mínima intervención y exclusiva protección de bienes jurídicos, no puede vencer de esta manera tan burda el pulso a la libertad de expresión. Por supuesto, debe entenderse el gancho mediático de la expresión coloquial «delito de opinión» para definir una realidad criminológica de manera simplista. Tal es el caso de la supuesta comisión de un delito de odio a través de los modernos medios de comunicación telemática en los que habitualmente se vierten, de manera más o menos prudente, las opiniones de los usuarios. En estos supuestos, a los que me referiré a lo largo de este trabajo, el conflicto con el derecho a la libertad de expresión es especialmente intenso. No obstante, el Derecho penal debe apartar el foco del concepto de «opinión» de la discusión técnico-jurídica en esta clase de supuestos. La opinión del autor en sí misma es irrelevante para el Derecho penal, puesto que cualquier adscripción ideológica –incluso las más execrables e irritantes– quedaría amparada en el ejercicio legítimo de los derechos consagrados en los arts. 16.1 (libertad ideológica y religiosa), 20.1 (a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción) y 20.2 (el ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa) de nuestra Constitución. Asimismo, tendría el respaldo del artículo 10 CEDH a nivel supranacional.

La opinión o ideología *per se* detrás del mensaje, por tanto, no puede ser el objeto de sanción para el Derecho penal. Puede ser considerada una motivación, el *leitmotiv* que subyace al hecho delictivo y, además, uno especialmente vil y reprochable que aumente la antijuridicidad material de un acto criminal. Tal inflamación del injusto por razón de la conducta podrá añadirse al castigo del hecho, pero no será lo que defina el hecho delictivo (23). En consecuencia, todo apunta paradójicamente a que debe buscarse el núcleo conceptual de los delitos de odio fuera de la propia definición de odio que, a lo sumo, podrá

FERNÁNDEZ, L.: *El delito de Opinión Pública. Censura, ideología y libertad de expresión*. Santo Domingo: Ed. Fundación Global Democracia y Desarrollo, 2011.

(23) En este sentido ALONSO ÁLAMO, M.: «Sentimientos y Derecho Penal», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 106, pp. 49-50, defiende la introducción del término odio en los tipos penales «en la medida en que conceden al juzgador un amplio margen de arbitrio y posibilitan la realización de la justicia material del caso concreto».

ser considerada la motivación del delito o parte del injusto. Y ello, además, en la inteligencia de que, como indica la Oficina para las Instituciones Democráticas y los Derechos Humanos (ODIHR) de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OCSE), «las palabras «delitos de odio» y «motivación de odio» pueden inducir a error si las entendemos de forma literal. Muchos delitos motivados por el odio no se clasifican como delitos de odio. (...) Al contrario, un delito en el que el autor no sienta «odio» hacia la víctima puede ser considerado un delito de odio. El odio es un estado emocional específico e intenso, que puede no describir adecuadamente la mayoría de los delitos de odio» (24).

Por estas razones, algunos autores han tratado de buscar un sentido más acotado de la expresión «delitos de odio» desde una perspectiva semántica. Así, Fuentes Osorio desarrolla el concepto de «odio» en su dimensión lingüística atendiendo a tres elementos relevantes: «un sentimiento aversivo del autor sobre un sujeto/s, el deseo de que sufra un daño, una indeterminación: del motivo de la aversión, del daño y su alcance, del sujeto afectado» (25). El autor precitado llega a la conclusión de que «odio» para el Derecho penal equivale a «aversión discriminatoria». Aunque, como trataré de exponer a continuación, esta terminología es acertada, lo cierto es que algunos autores ya han diferenciado entre los delitos de discriminación y los delitos de odio. En efecto, este modo de entender el «odio» es más concreto, puesto que introduce un elemento subjetivo («aversión») conjuntamente con la exclusión a la que se somete al colectivo.

Tal vez con mayor propiedad podemos hablar de «delitos de expresión», en los cuales lo que cuenta verdaderamente es el hecho de emitir determinados discursos que vulneran un bien jurídico protegido (dignidad, honor, etc.). Ciertamente, como ha expresado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), «el odio no requiere un determinado acto de violencia o acto criminal» (26), pudiendo cometerse a través del lenguaje. Así, ya advierte la STS 846/2015, de 30 de diciembre, como en todos los delitos de expresión «subyace un conflicto entre el interés protegido por la norma penal y las libertades de expresión y, en su caso, ideológica: es un problema de equilibrios y

(24) MINISTERIO DEL INTERIOR, 2017: 22. Al respecto, también DÍAZ LÓPEZ, J. A.: *El odio discriminatorio...*, *ob. cit.*, p. 47.

(25) FUENTES OSORIO, J. L.: *El odio...*, *ob. cit.*, pp. 3 y ss.

(26) STEDH de 16 de julio de 2009, Féret vs. Bélgica. Un análisis de esta sentencia en ALCÁ CER GUIRAO, R.: «Discurso del odio y discurso político: En defensa de la libertad de los intolerantes», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 14-02, 2012, pp. 02: 5 y ss. Disponible en internet: <http://criminnet.ugr.es/recpc/14/recpc14-02.pdf>

ponderación que no admite respuestas simplistas». Por este motivo, expone la resolución transcrita, el debate ha de llevarse a cabo en concreto –examen del caso– y no en abstracto –discusión a nivel de principios–, esto es, el Tribunal debe comprobar si el acusado ha respetado las limitaciones marcadas por el Código Penal.

No obstante, esta última acepción estaría en lo cierto si los delitos de odio se circunscribieran exclusivamente al denominado «discurso del odio», del que hablaré más adelante. Esto es, si se tratara exclusivamente de ilícitos de riesgo en los que es innecesario un resultado lesivo sobre la integridad física y psíquica de las víctimas. Pese a que, actualmente, existe una tendencia a identificar el concepto de crímenes de odio con el de discurso del odio, los delitos tendenciales motivados por procesos de discriminación e intolerancia han tenido una rancia tradición en el Derecho penal contemporáneo: genocidio, delitos de lesa humanidad, delitos contra la integridad moral, etc. Por otra parte, pensemos que nuestra legislación penal vigente mantiene en su artículo 22.4 del Código penal (en adelante, CP) una agravante genérica que agravará los delitos motivados por la intolerancia y la discriminación. Ello supone que, en la práctica, casi cualquier delito contra las personas es susceptible de convertirse en un delito de odio si se aplica tal cualificación (27). Ahora bien, el *quid* de la cuestión se encontrará en los requisitos de aplicación de la misma.

Debemos convenir, en suma, que lo característico de esta clase de delitos no es solamente el sentimiento de odio en sí en el que están inspirados o, al menos, éste no es –*no debería ser e*, incluso, *no puede ser* si hablamos de un Derecho penal de un Estado social democrático y de Derecho limitado por el principio de culpabilidad– el fundamento de su construcción conceptual y de su punibilidad. Tampoco parece ser absolutamente determinante el modo concreto de comisión: existen delitos de odio de expresión y de resultado, siempre que estén motivados por la intolerancia o la discriminación. Esta afirmación nos lleva a una tercera conclusión: no existe un único delito de odio. Los crímenes de odio son plurales y, además, mantienen un carácter muy heterogéneo.

Frente a estas críticas, el Fiscal Dolz Lago, admitiendo que no pueden penalizarse los sentimientos, argumenta que «no puede desconocerse que las conductas típicas penales son descripciones de conductas humanas y que estas se inspiran, básicamente, en la condición humana, es decir, también en los sentimientos humanos, entre los que

(27) SALINERO ECHEVARRÍA, S.: «La nueva agravante penal de discriminación. Los “delitos de odio”», en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XLI, 2013, p. 287.

se encuentran aquellos que son destructivos, como el odio» (28). El autor realiza de este modo una loable crítica a lo que denomina «discurso del odio contra los delitos de odio», planteando lo innoble del sentimiento que inspira estos delitos y, a la postre, preguntándose si en las sociedades democráticas «son admisibles penalmente conductas que dinamitan su orden social so pretexto del ejercicio de las libertades en las que se basan esas democracias. En definitiva, —en conocida frase— si pueden tener libertad los enemigos de la libertad».

En efecto, esta clase de hechos delictivos se encuentran inspirados en el sentimiento de odio, pero esta no es más que una de sus características —de hecho, como he indicado *supra*, no la más importante a efectos penales—. Respecto al grado de permisividad con la libertad de los enemigos de la libertad, si bien cabe establecer unos férreos límites insoslayables en los que no opera la libertad de expresión, puede decirse que precisamente la calidad y fundamento de las sociedades democráticas se definen por no posicionarse junto a los enemigos de la libertad, pero dejarles expresarse dentro de esos márgenes. Aplicando el axioma de E. Beatrice Hall tantas veces atribuido a Voltaire (29), una sociedad democrática debe apartarse de la idiosincrasia de los intolerantes permitiendo cierto grado de intolerancia (30), es decir, haciendo justo lo contrario que ellos harían si se alzarán con el poder.

En la STS 948/2016, de 15 diciembre, se indica que el fundamento de algunos de estos tipos penales (31) se ubica en la interdicción de lo que el TEDH en sus sentencias de 8 de julio de 1999, *Sürek vs Turquía*; y 4 de diciembre de 2003, *Müslüm Gündüz vs Turquía* y, tam-

(28) DOLZ LAGO, M. J.: *Oído a los delitos...*, *ob. cit.*, p. 7.

(29) La famosa frase «No comparto lo que dices, pero defenderé hasta la muerte tu derecho a decirlo».

(30) En este sentido, se ha indicado que aunque el «modelo democrático de sociedad vendría a imponer en el ciudadano un cierto deber de tolerancia frente a mensajes ofensivos e incluso antidemocráticos, tal deber no es en absoluto ilimitado»; AGUILAR GARCÍA, M. A. (Dir.) et al.: *Manual práctico para la investigación y enjuiciamiento de delitos de odio y discriminación*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, 2015, pp. 231 y 232. El límite se encuentra en la efectiva lesión de bienes jurídicos protegidos y, según los autores citados, «los tres principales límites del deber de tolerancia a discursos ofensivos son, según el Tribunal Constitucional: — Respeto por la igualdad (art. 1.1 CE) y la dignidad humana (art. 10.1 CE). — Innecesaridad de la ofensa para la exposición de las opiniones que pretenden defenderse. — Incitación directa a la violencia contra los destinatarios del mensaje».

(31) La sentencia habla de enaltecimiento y apología del terrorismo, así como de la modalidad de humillación a las víctimas que, por otra parte, son las tipologías delictivas que aglutinan la mayor parte de las condenas y doctrina jurisprudencial sobre los delitos de odio.

bién el Tribunal Constitucional –STC 235/2007, de 7 de noviembre–, califican como el «discurso del odio» (*hate speech*), es decir, la alabanza o justificación de acciones terroristas, que no puede ampararse dentro de la cobertura otorgada por el derecho a la libertad de expresión o ideológica en la medida en la que el terrorismo constituye la más grave vulneración de los Derechos Humanos de aquella comunidad que lo sufre. Porque el discurso del terrorismo se basa en el exterminio del distinto, en la intolerancia más absoluta, en la pérdida del pluralismo político y, en definitiva, en el aterrizamiento colectivo como medio para conseguir esas finalidades.

Si bien se comparten tales afirmaciones, debo ser crítico y mostrar cierto escepticismo sobre el supra-concepto criminológico –puesto que no es estrictamente jurídico (32)–, de «delitos de odio». Como se ha intentado exponer *supra*, el Derecho penal no puede castigar las meras opiniones, ideologías o pensamientos, ni tampoco los sentimientos de odio cuando estos no vulneren o supongan un verdadero peligro para un bien jurídico protegido y se transmuten en hechos. Es por ello que la nomenclatura de «delitos de odio», que engloba una amalgama heterogénea de ilícitos que tienen como mínimo común denominador una determinada motivación delictiva especialmente reprochable dentro del desvalor social de la conducta, no parece formalmente la más correcta. Dado que el Derecho penal no puede castigar el sentimiento de odio de los ciudadanos –todos somos libres de odiar y transmitir nuestras opiniones de desagrado siempre que no se conculquen los derechos y libertades de terceros– la dicción más correcta para esta clase de tipos penales tal vez sería la de *delitos ideológicamente condicionados, motivados por la intolerancia* (33) o,

(32) Como expone la guía de la ODIHR, «el delito de odio no es un delito en particular», «el término “delito de odio” o “delito basado en prejuicios” describe un tipo de delito, más que un delito específico dentro del código penal. (...) El término describe un concepto, más que una definición legal». Se trata, en suma, de un «concepto multidisciplinar»; DÍAZ LÓPEZ, J. A.: *El odio discriminatorio...*, ob. cit., p. 103. Como expresa FUENTES OSORIO, J. L.: «El odio como delito», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 19-27, 2017, p. 2 (Disponible en internet: <http://criminnet.ugr.es/recpc/19/recpc19-27.pdf>), se trata de un concepto «muy popular en el contexto criminológico».

(33) Como expone IBARRA, ob. cit., 8, por intolerancia se entiende «toda actitud, comportamiento o forma de expresión que viola o denigra la dignidad y derechos de la persona en base a cualquier característica de identidad o condición del «otro». Implica rechazo a las diferencias entre personas y culturas y viene a suponer un etnocentrismo cerrado, una identidad excluyente y compulsiva. (...) El término «intolerancia» permite sustanciar el concepto «delito de odio» al referir, conforme a la Declaración de Principios de la UNESCO sobre Tolerancia, un concepto holístico que

simplemente, *delitos de discriminación* (34). Asimismo, también se ha indicado que no pueden confundirse ni equipararse los conceptos de discurso del odio (entendido como mensaje de odio) y delito de odio (35), por lo que difícilmente puede considerarse en todo caso al primero como fundamento esencial del segundo. Como advierte la OSCE-ODIHR, «las expresiones por sí solas no son un delito sin el contenido específico prohibido. Por lo tanto, los discursos de odio carecen del primer elemento esencial de los delitos de odio. Si se elimina la motivación o el contenido de prejuicio no existiría delito penal» (36).

Esta equivalencia solamente será cierta en el supuesto de los delitos de odio en su modalidad de «delitos de expresión» (37): amenazas, delitos contra la integridad moral, enaltecimiento y humillación de las víctimas del terrorismo, apología, etc. Al respecto, recordaba Estebán Ibarra que la «semiótica de la intolerancia» es una dimensión polié-

designa la negación del respeto y el aprecio de la diversidad humana y en consecuencia: la dignidad de la persona (valor en sí).

(34) LAURENZO COPELLO, P.: «La discriminación en el Código Penal de 1995», en *Estudios penales y criminológicos*, núm. 19, 1996, pp. 228-230.

(35) Como expone el *Memorandum* explicativo de la *ECRI General Policy Recommendation N.º 15 on combating hate speech*, el discurso de odio «tiene que ver con distintas formas de expresión dirigidas contra una persona o grupo de personas por motivo de sus características personales o estado, de la persona o grupo de personas, y la acción contra ello no implica necesariamente la imposición de sanciones penales». No obstante, continua diciendo el texto citado «sin embargo, cuando el discurso de odio toma la forma de una conducta que sea en sí misma un delito penal, como el abuso, el acoso o el descrédito, también se puede considerar un delito de odio». Considero que la expresión utilizada no es la más acertada, puesto que en este caso ya no hablamos en puridad de *discurso* del odio, sino de mera intolerancia, clima de odio o, simplemente, de una motivación subjetiva basada en la intolerancia o la discriminación. Ciertamente, el término discurso tiene múltiples acepciones entre las que se encuentra la «facultad racional con que se infieren unas cosas de otras», «reflexión, raciocinio sobre antecedentes o principios» o, incluso, «doctrina, ideología, tesis o punto de vista». Empero, la definición de la ECRI es taxativa: discurso de odio se refiere a modalidades de «expresión». Un delito de odio puede ser simplemente una conducta típica y antijurídica recogida en la ley penal cometida por motivos de intolerancia o discriminación, sin que medie discurso o expresión alguna. En este sentido, hay que darle la razón a REY MARTÍNEZ, F.: «Discurso del odio y racismo líquido», en REVENGA SÁNCHEZ, M. (Dir.): *Libertad de expresión y discursos del odio*. Alcalá de Henares: Universidad de Alcalá, Servicio de Publicaciones, 2015, cuando afirma que «es un error que se interprete el concepto de discurso de odio a partir del concepto de delitos de odio». En un sentido similar, FUENTES OSORIO, J. L.: *El odio...*, *ob. cit.*, p. 44.

(36) MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL: *Legislación...*, *ob. cit.*, p. 35.

(37) El discurso del odio comprende varias formas de expresión que suelen ir vinculadas a determinada clase de delitos de odio; DÍAZ LÓPEZ, J. A.: *El odio discriminatorio...*, *ob. cit.*, p. 67.

drica, esto es, una realidad compleja, de la que el discurso del odio es tan solo uno de sus «detritus» (38).

Sobre la primera de las cuestiones expuestas –que el odio no puede ser castigado sin más por el Derecho penal– se hace eco nuestra reciente jurisprudencia. Señala la STS 4/2017, de 18 de enero que una de las cuestiones que dificultan la interpretación del artículo 578 CP (lo que es perfectamente aplicable también al art. 510 CP) es, precisamente, la «equivoca» locución «discurso del odio». Expone el TS que «no todo mensaje inaceptable o que ocasiona el normal rechazo de la inmensa mayoría de la ciudadanía ha de ser tratado como delictivo por el hecho de no hallar cobertura bajo la libertad de expresión. Entre el odio que incita a la comisión de delitos, el odio que siembra la semilla del enfrentamiento y que erosiona los valores esenciales de la convivencia y el odio que se identifica con la animadversión o el resentimiento, existen matices que no pueden ser orillados por el juez penal con el argumento de que todo lo que no acoge la libertad de expresión resulta intolerable y, por ello, necesariamente delictivo. (...) Tampoco ayuda a la labor exegética la extendida invocación de los nocivos efectos del discurso del odio como razón justificadora de su punición. De nuevo hemos de apartarnos de la tentación de construir el juicio de tipicidad trazando una convencional y artificiosa línea entre el discurso del odio y la ética del discurso. El Derecho penal no puede prohibir el odio, no puede castigar al ciudadano que odia». Ergo, si el ciudadano tiene derecho a odiar y no puede ser castigado por ello, también tendrá derecho a expresar ese odio, al menos, dentro de unos límites determinados y al margen de que sea indeseable tal actitud.

El órgano colegiado se muestra también crítico con el concepto de «discurso del odio» de acuñación europea anteriormente expuesto, al indicar que «por si fuera poco, el vocablo discurso, incluso en su simple acepción gramatical, evoca un acto racional de comunicación cuya punición no debería hacerse depender del sentimiento que anima a quien lo pronuncia. Tampoco puede afirmarse un único significado a una locución –discurso del odio– cuyo contenido está directamente condicionado por la experiencia histórica de cada Estado. El discurso del odio puede analizarse en relación con problemas étnicos, religiosos, sexuales o ligados a la utilización del terrorismo como instrumento para la consecución de fines políticos». Debo estar de acuerdo con la crítica realizada por el Alto Tribunal, siendo los constructos

(38) IBARRA, E.: «Semiótica de la intolerancia y discurso del odio», en *Movimiento contra la Intolerancia: Materiales didácticos*, núm. 12. Intolerancia y Discurso de Odio: Amenazas para la Democracia, 2016, p. 5.

lingüísticos «mensaje de odio» y «lenguaje del odio» (39) formulaciones tal vez más correctas cuando se habla de delitos de expresión motivados por la intolerancia.

En España también se ha mostrado crítico con la expresión «discurso del odio» Alcácer Guirao, quien la tacha de «extremadamente vaga y ajena al ámbito de la argumentación jurídica, en un tabú irracional, así como en un cómodo expediente para no indagar en las diferencias de cada caso concreto y, lo que es más grave, para excluir de la discusión pública toda opinión que pueda resultar hiriente, chocante, ofensiva o «incorrecta» para una mayoría». Ello es así, continua exponiendo el autor citado, «porque el «discurso de odio» es un término cargado emocionalmente y utilizado, en muchas ocasiones, con una finalidad persuasiva, configurándose su ámbito de significado en función de las valoraciones e intenciones del hablante de censurar una determinada clase de discurso y de excluirlo, de ese modo, de lo que se considera social o jurídicamente lícito» (40). Tal vez por esta imprecisión, Landa Gorostiza advierte que «cómo deba entenderse tal discurso depende, por tanto, de una labor fundamentalmente de inducción a partir de los casos que se van resolviendo y, por ello, es probable que no podamos hablar de uno sino, más bien, de un conjunto de discursos del odio con solapamientos que agrupan como elemento común un determinado patrón de supuestos» (41).

En la búsqueda de una definición más afinada, acudimos a la Recomendación 97(20) sobre el discurso del odio del Comité de Ministros del Consejo de Europa (42) en la que se define el *hate speech* como «todas las formas de expresión que difundan, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia, incluyendo la intolerancia expresada por el nacionalismo agresivo y el etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las minorías, los migrantes y las personas de origen inmigrante». En su principio 4 otorga al discurso

(39) STC 176/1995, de 11 de diciembre.

(40) ALCÁCER GUIRAO, R.: *Discurso del odio y discurso político...*, *ob. cit.*, p. 02:12 y 02:13. En realidad, como expone WEBER, A.: *Manual on hate speech*. Estrasburgo: Council of Europe Publishing, 2009, pp. 3 y ss., el TEDH no ha llegado a dar una definición concisa de esta expresión, si bien se adhiere a la normativa europea sobre la materia.

(41) LANDA GOROSTIZA, J. M.: *Incitación al odio...*, *ob. cit.*, pp. 331 y 332.

(42) Adoptada por el Comité de Ministros el 30 de octubre de 1997, en la 607.^a sesión de los Diputados de los Ministros. Al respecto, MARTÍN SÁNCHEZ, I.: *El discurso del odio en el ámbito del Consejo de Europa*, en GARCÍA GARCÍA, R. y DOCAL GIL, D. (Dir.): *Grupos de odio y violencias sociales*. Madrid: Dykinson, 2012, pp. 235-262.

del odio una finalidad concreta: «el discurso de odio está dirigido a la destrucción de los derechos y libertades establecidos en la Convención o a su limitación en mayor medida que la prevista en la misma».

Como indica Güerri Ferrández, esta definición del término, pese a ser tachada por algunos autores como «un tanto forzada» (43), ha gozado de aceptación y ha sido adoptada tanto por el TEDH como por nuestros tribunales nacionales. Se trata, además, concepto autónomo, ya que no se encuentra vinculado por la clasificación al respecto que realizan los tribunales internos (44). Asimismo, en su Principio 1, la Recomendación impone a los gobiernos de los Estados miembros, las autoridades públicas y las instituciones públicas a nivel nacional, regional y local, así como los funcionarios, «la responsabilidad especial de abstenerse de declaraciones, en particular a los medios de comunicación, que razonablemente pueden entenderse como discurso de odio, o como discurso susceptible de producir el efecto de legitimar, difundir o promover el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de discriminación u odio basado en la intolerancia. Dichas declaraciones deben ser prohibidas y públicamente rechazadas siempre que ocurran».

Aunque entiendo la preocupación de las instituciones europeas por la proclamación de esta clase de mensajes de intolerancia, considero que en su segundo punto es excesivamente escurridiza y rayana en la censura. Me explico: es perfectamente razonable exhortar a los poderes públicos –en sus diferentes niveles– a inhibirse del pronunciamiento del discurso del odio cuando este se define como una expresión que promueva o justifique la violencia o la discriminación contra determinados sectores de la población. No obstante, cuando se amplía esta responsabilidad a aquellos discursos que «razonablemente puedan entenderse como discurso del odio», porque puedan promover tal sentimiento, se está dando un paso de gigante. En primer lugar, no se acota el concepto de discurso del odio y, en segundo lugar, se mezclan los conceptos de promoción e incitación al odio (que se equipara aquí a agresión), a la violencia e intimidación contra un determinado colectivo, cuando no tienen la misma significación. El Derecho penal garantista difícilmente podrá seguir tal estela.

(43) DÍAZ LÓPEZ, J. A.: *El odio discriminatorio...*, *ob. cit.*, p. 66.

(44) QUESADA ALCALÁ, C.: «La labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al discurso de odio en los partidos políticos: coincidencias y contradicciones con la jurisprudencia española», en *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 30, 2015, p. 8; STEDH, Asunto Sürek v. Turkey, (N.º 26682/95), 8 de julio de 1999.

Y es que una cosa es promover o incitar un determinado sentimiento y, otra muy diferente, incitar o promover la violencia, intimidación o discriminación hacia terceros (en definitiva, incitar a destruir sus derechos y libertades) motivada por la intolerancia o el odio (45). Entiendo que lo primero queda amparado por el derecho a la libertad de expresión y el «derecho a odiar» de todos los ciudadanos, aunque merezca un lógico rechazo social; mientras que lo segundo, se interna en sendas más transitadas por el Derecho penal (apología y provocación para delinquir). Además, debemos tener en cuenta que la propia normativa europea es especialmente sensible a las injerencias en el derecho a la libertad de expresión, advirtiendo que «las interferencias con la libertad de expresión estén circunscritas y aplicadas de manera lícita y no arbitraria sobre la base de criterios, objetivos» y controladas judicialmente (Principio 3). Esta preocupación queda reforzada para el ámbito penal: «estas autoridades deben prestar especial atención al derecho que tiene el sospechoso a la libertad de expresión, dado que la imposición de sanciones penales generalmente constituye una grave injerencia en esa libertad» (Principio 5). En definitiva, aunque el Consejo de Europa mantiene la, en mi opinión, equívoca expresión de «incitación al odio», hace ver que deben marcarse unos límites muy estrictos a la hora de sancionar penalmente esta clase de conductas. Básicamente, llega a decir que deben evitarse las condenas automáticas por meras opiniones basadas en la intolerancia. La tarea que nos encomienda es la de «reconciliar en cada caso el respeto a la libertad de expresión con respeto a la dignidad humana y la protección de la reputación o los derechos de otros» (46) (Principio 2).

(45) En esta misma línea se pronunciaba la STS 259/2011, de 12 de abril, cuando indicaba que «la expresión o difusión de ideas violentas no puede ser identificada con la violencia que contienen a efectos de su persecución, que sin embargo se justifica cuando supongan una incitación a hacerla efectiva». Al respecto, con claridad meridiana, ALASTUEY DOBÓN, C.: «Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código Penal de 2015», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 18-14, 2016, p. 10. Disponible en Internet: <http://criminnet.ugr.es/recpc/18/recpc18-14.pdf>, quien expone que «el odio no es un hecho ilícito, y mucho menos un delito, sino una emoción humana y, por tanto, la penalización de la provocación al odio supone castigar la incitación al rechazo hacia determinadas personas en razón de su pertenencia a los grupos mencionados en el precepto (...) el castigo a la instigación de un sentimiento choca frontalmente con el derecho a la libertad de expresión».

(46) En la misma línea, la Directiva 2010/13/EU del Parlamento Europeo y del Consejo del 10 de marzo de 2010 sobre la coordinación de ciertas disposiciones previstas en la legislación, reglamento o acciones administrativas en los Estados Miembros sobre la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual), indica que en muchos supuestos no es

La ECRI del Consejo de Europa recogió una serie de recomendaciones y líneas de actuación para evitar el discurso del odio bajo el título de «*ECRI General Policy Recommendation N.º 15 on combating hate speech*» (47) en la que se reconoce que existen distintas formas de definir y entender el discurso de odio en cada uno de los países europeos. Precisamente debido a esta falta de consenso, la Recomendación realiza un loable esfuerzo por aclarar el término que, de manera sintética, engloba las siguientes conductas:

a) *Fomento, promoción o instigación, en cualquiera de sus formas*, del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos, estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones por razones de «raza», color, ascendencia, origen nacional o étnico, edad, discapacidad, lengua, religión o creencias, sexo, género, identidad de género, orientación sexual y otras características o condición personales.

b) *Negación, trivialización, justificación o condonación públicas* de los delitos de genocidio, los delitos de lesa humanidad o delitos en caso de conflicto armado cuya comisión haya sido comprobada tras recaer sentencia los tribunales o el enaltecimiento de las personas condenadas por haberlos cometido.

c) *Puede tener* por objeto incitar a otras personas a cometer actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación contras aquellos a quienes van dirigidas, o *cabe esperar razonablemente que produzca tal efecto*, y que ello constituye una forma de expresión especialmente grave.

La Recomendación, sin embargo, también establece límites, reconociendo que hay «formas de expresión que ofenden, perturban o trastornan pero que, por sí mismas, no constituyen discurso de odio». Por otra parte, no debemos olvidar que la jurisprudencia del TEDH (48) ha reconocido que la libertad de expresión debe amparar no solo las ideas recibidas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también las que hieren, chocan o inquietan. Así, la Recomendación «excluye de forma explícita de la definición de discurso de odio, cualquier forma de expresión, tales como la sátira o informes o

necesario tomar medidas que entren en contradicción con los principios fundamentales de libertad de asociación y de libertad de expresión.

(47) Adoptada el 8 de diciembre de 2015. Estrasburgo, 21 de marzo de 2016.

(48) STEDH de 23 de septiembre de 1988 (Lediheux), STEDH de 23 de abril de 1992 (Cas tells), STEDH de 24 de febrero de 1997 (Haes y Gijssels), de 8 de julio de 1999 (Süreç Baskaya y Okçuoglu) y 29 de septiembre de 1999 (Oztürk).

análisis realizados de forma objetiva, que simplemente ofenden, dañan o molestan». Nuestra doctrina constitucional ha mantenido un criterio similar: el que una expresión sea ofensiva no resulta ser razón suficiente para prohibir determinadas expresiones (49).

Los límites de la conceptualización de la ECRI se encuentran más definidos y aparecen más claros para la posible punición del discurso del odio y, por tanto, para la determinación de los delitos de odio en su modalidad de «expresión». Sigue siendo criticable, sin embargo, la ampliación del contenido cuando se indica que quedan incluidas dentro del concepto de discurso del odio todas aquellas conductas que cabe esperar razonablemente que produzcan el efecto de incitar a otras personas a cometer actos de violencia, hostilidad o discriminación por motivos de intolerancia. Aclarando esta cuestión, en los puntos 14 y 15 del *Memorandum* explicativo de la Recomendación, se indica que el elemento de incitación significa que o bien existe una intención clara de cometer actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación, o bien existe un riesgo inminente de que tales hechos ocurran como consecuencia de haber utilizado el discurso de odio. Se puede considerar que existe intención de incitar cuando la persona que utiliza el discurso de odio, de forma inequívoca, hace un llamamiento a los demás para que cometan los actos pertinentes o se puede deducir por la contundencia del lenguaje utilizado y otras circunstancias destacables, como la conducta previa del orador. En aras de una interpretación más taxativa, sería preciso advertir que «razonablemente» hace alusión a algo adecuado a la razón, esto es, proporcionado y que nazca de un proceso de discurrimento, pensamiento lógico o juicio de inferencia.

Continúa acertadamente la Recomendación n.º 15 de la ECRI ayudando al intérprete del Derecho a establecer los puntos fundamentales de tales juicios de inferencia (punto 16), atendiendo a las circunstancias específicas en las que se utiliza el discurso de odio (50):

a) El contexto en el que se utiliza la el discurso de odio en cuestión (especialmente si ya existen tensiones graves relacionadas con este discurso en la sociedad);

(49) STC 174/2006, de 5 de junio. Más concretamente, la STC 235/2007, de 7 de noviembre, expone: «la libertad de expresión es válida no solamente para las informaciones o las ideas acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población». Un comentario completo sobre la sentencia en GÓMEZ MARTÍN, V.: «El Derecho penal ante la mentira de Auschwitz», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, Tomo 63, 2010, pp. 399 y ss.

(50) Al respecto, también LANDA GOROSTIZA, J. M.: *Incitación al odio...*, *ob. cit.*, pp. 342 y ss.

b) La capacidad que tiene la persona que emplea el discurso de odio para ejercer influencia sobre los demás (con motivo de ser por ejemplo un líder político, religioso o de una comunidad);

c) La naturaleza y contundencia del lenguaje empleado (si es provocativo y directo, si utiliza información engañosa, difusión de estereotipos negativos y estigmatización, o si es capaz por otros medios de incitar a la comisión de actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación);

d) El contexto de los comentarios específicos (si son un hecho aislado o reiterado, o si se puede considerar que se equilibra con otras expresiones pronunciadas por la misma persona o por otras, especialmente durante el debate);

e) El medio utilizado (si puede o no provocar una respuesta inmediata de la audiencia como en un acto público en directo); y

f) La naturaleza de la audiencia (si tiene o no los medios para o si es propensa o susceptible de mezclarse en actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación).

Aunque volveré más adelante sobre la cuestión del elemento tendencial en esta clase de delitos, debe advertirse que no se ajusta a los criterios de inferencia válidos para el Derecho penal el apartado b), puesto que haría alusión a una cualidad estrictamente personal del sujeto activo.

El problema de fondo se encuentra en que, a reglón seguido (punto 17 del *Memorándum* explicativo), la Recomendación advierte que «la intención de incitar a la comisión de actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación no es imprescindible para esta forma grave de discurso de odio. Es más, se considera que existe discurso de odio también cuando cabe esperar, razonablemente, que como efecto del uso de ese discurso en particular se cometan esos actos delictivos. Se considerará una imprudencia (51), cuando quepa esperar razonablemente que se produzca este efecto» (52). Según se indica en el

(51) En el punto 173 de *Memorándum* explicativo se reitera la posibilidad de cometer esta clase de delitos de odio de manera imprudente.

(52) Lo que contradice abiertamente otras declaraciones de ámbito internacional, como es el caso de lo dispuesto en el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, en cuyo artículo 20(2) se indica que «toda apología de odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley» y el artículo 4 del Convenio Internacional sobre la Eliminación de cualquier tipo de discriminación racial, donde se explicita que los Estados parte «declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a

texto, esta interpretación es coherente con la jurisprudencia del TEDH (53), en aquellos supuestos en los que se han impuesto sanciones penales para las expresiones utilizadas cuando se sabía que podían exacerbar una situación ya explosiva.

De base, el adelantamiento de la punibilidad en estos supuestos, que se convertirían en delitos de peligro abstracto, supone un quebrantamiento de las barreras limitadoras del Derecho penal. Si, además, como se pretende, se prescinde de un elemento subjetivo específico (54) e, incluso, del dolo genérico en esta clase de delitos de expre-

las actividades racistas, incluida su financiación. El artículo 13.5 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos insta a la prohibición de «toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo». Por otro lado, el Informe sobre la Relación entre la Libertad de expresión y la Libertad de religión: legislación y procesamiento por blasfemia, insulto religioso e incitación al odio religioso, CDL-AD (2008)026, 23 de octubre de 2008 (Informe de la Comisión de Venecia) el cual concluye que la incitación al odio, incluido el odio religioso, ha de ser, objeto de sanciones penales y que, a pesar de que «sería adecuado que existiese intencionalidad o imprudencia», advierte que «no es necesario, ni deseable tipificar un delito por insulto religioso, por ejemplo, el simple insulto a los sentimientos religiosos sin el elemento de incitación al odio como componente esencial». Asimismo, la Decisión Marco del Consejo 2008/913/JHA del 28 de noviembre de 2008, sobre la lucha contra ciertas formas y expresiones de racismo y xenofobia mediante el derecho penal, solicita que la incitación pública a la violencia o el odio dirigida contra un grupo de personas o contra una persona de dicho grupo haciendo referencia a su raza, color, religión, ascendencia u origen étnico o nacional sea punible «cuando dicha conducta sea intencionada». Por otra parte, el Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión (A/67/357, 7 de septiembre 2012) señala que «el poder judicial debe interpretar y aplicar con cuidado las leyes destinadas a combatir el discurso del odio para no restringir en exceso las formas legítimas de expresión» y «recomienda que solo los casos graves y extremos de incitación al odio, que incluyan los siguientes elementos: la gravedad, la intención, el contenido, el alcance, la posibilidad o probabilidad de que cause daños, la inminencia y el contexto, se tipifiquen como delitos penales». El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, en sus informes de revisión de los Estados Partes de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial recomienda que las definiciones en la legislación en contra del «extremismo» se enmienden para garantizar que están redactadas de forma clara y precisa y que cubran solamente los actos de violencia, de incitación a tales actos y la participación en organizaciones que promuevan e inciten a la discriminación racial.

(53) *Vid.* Zana v. Turquía N.º 18954/91, 25 de noviembre de 1997 y Sürek v. Turquía N.º 26682/95, 8 de julio de 1999.

(54) Así lo expone la STS 72/2018 de 9 de febrero en relación con los artículos 510 y 578 CP, indicando que «respecto a la tipicidad subjetiva, tanto el delito de enaltecimiento como el de incitación al odio, no requieren un dolo específico, siendo suficiente la concurrencia de un dolo básico que ha de ser constatado a partir del contenido de las expresiones vertidas. El dolo de estos delitos se rellena con la cons-

sión, llegamos a una expansión punitiva insoportable. Se abren las puertas al castigo indiscriminado de las opiniones ideológicas políticamente incorrectas –pero legítimas conforme a la libertad de expresión, en lo que más adelante identificaremos como dimensión social del discurso del odio– sin que sea necesario que el sujeto que las profiere tenga intención alguna de incitar (ni directa ni indirectamente) a la comisión de un delito.

Albergo serias dudas de que un delito de expresión que se integre en los denominados delitos de odio pueda ser cometido por imprudencia. Puede admitirse, atendiendo a criterios de inferencia como los anteriormente indicados y siempre que se cumplan los requisitos jurisprudencialmente establecidos para su diferenciación con la imprudencia consciente, la modalidad doloso eventual (55) (exigente de un alto nivel de probabilidad de daño (56), pero no su versión imprudente: tal interpretación nos llevaría a castigar un mero exabrupto o exposición ideológica basada en la intolerancia, cuando no existen una elevadas probabilidades de que se produzcan actos de violencia, hostilidad o discriminación por parte de los receptores del discurso del odio (culpa consciente); o, peor aún, en aquellos supuestos en los que el orador ni siquiera sea consciente del peligro potencial que emana de sus palabras (culpa inconsciente). En cualquier

tatación de la voluntariedad del acto y la constatación de no tratarse de una situación incontrolada o una reacción momentánea, incluso emocional, ante una circunstancia que el sujeto no ha sido capaz de controlar».

(55) Sin embargo, en el punto 176 del documento citado se indica que hay que prestar especial atención a las consideraciones apropiadas para imponer una sanción penal por un uso determinado del discurso de odio. Estas consideraciones son: a) que exista realmente la intención de incitar a actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación o *quepa esperar que se incite a ellos* y b) saber si existe otra medida menos restrictiva, pero efectiva para combatir el discurso de odio (como la imposición de sanciones civiles o administrativas. Mientras que la segunda de las consideraciones se refiere al principio de mínima intervención, carácter subsidiario y *ultima ratio* del Derecho penal, la primera de ellas nos dirige hacia el dolo eventual y no hacia la imprudencia consciente como se afirma en otros puntos anteriores. Al respecto, *Vid. STEDH M'Bala M'Bala v. Francia* (dec.), no. 25239/13, 20 de octubre de 2015 sobre una flagrante manifestación de odio y antisemitismo disfrazada de producción artística, que se estimó tan peligrosa como un ataque frontal y repentino y por tanto no merecía la protección de artículo 10 del CEDH.

(56) Como expone CUEVA FERNÁNDEZ, R.: «A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 259/2011: Discurso del odio, incitación y derecho al honor colectivo ¿Una nueva vuelta de tuerca contra la prohibición del hate speech?», en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 2, 2012, p. 105, en su comentario a la STS 259/2011, de 12 de abril, respecto a la incitación «indirecta» a través del discurso del odio, puesto que «en cuanto a la violencia, parece que solo el contexto de la promoción podría aportar el indicador que señalara las probabilidades de su acaecimiento».

caso, en nuestro vigente ordenamiento penal queda excluida la comisión imprudente *ex* artículo 12 CP, al no haberse tipificado expresamente en ninguno de las conductas que podemos considerar como delitos de odio.

En connivencia con lo anteriormente expresado, en la definición de la ECRI cabe interpretar dos dimensiones o modalidades de «discurso del odio»: la *social*, cuando se trate de un mensaje de carácter público o privado (57) que pretenda fomentar, promover o instigar el odio y la intolerancia como sentimientos o ideologías y cuya prevención y reproche debe partir de las instituciones educativas, la responsabilidad social e implicación ciudadana, la autorregulación de las instituciones privadas y públicas, el Derecho civil y administrativo (58), etc.; y la *penal* (59), en aquellos casos en los que el mensaje, difundido públicamente (60), tenga como finalidad concreta incitar a otras personas a cometer actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación contra determinados colectivos (61).

(57) El punto 20 del *Memorándum* explicativo de la Recomendación advierte que «la definición de discurso de odio no se restringe a las expresiones utilizadas en público».

(58) *Vid.* Lehideux y Isorni v. Francia [GC], no. 24662/94, 23 de septiembre de 1998, la cual expone que «teniendo en cuenta la existencia de otros medios de intervención y refutación, especialmente con recursos civiles» (apartado 57), una condena penal es desproporcionada.

(59) De hecho, en el punto 17 del *Memorándum* explicativo se alude al Plan de Acción de Rabat donde ya se indican las distintas circunstancias que son importantes para realizar la evaluación del riesgo y considerar el discurso de odio delito penal. En el punto 60 del *Memorándum* se insta a penalizar solamente determinadas formas del discurso del odio. Al respecto, también *Vid. General Policy Recommendation* N.º 7, sobre legislación nacional para combatir el racismo y la discriminación racial.

(60) A diferencia de la anterior modalidad, la característica de que el mensaje de odio sea público se predica exclusivamente del hecho delictivo. Así lo indica el punto 20 del *Memorándum*, cuando advierte que «la existencia de un contexto público es un requisito esencial cuando se recomienda que se impongan sanciones penales en supuestos de discurso de odio porque el hecho de que se realicen en ámbito público afecta al grado del alcance de la intromisión en el derecho de libertad de expresión. Se considerará que una expresión se ha utilizado en público cuando se ha producido en un espacio físico o por comunicación electrónica al que tiene acceso el público en general».

(61) Con anterioridad, el apartado 18 de la *General Policy Recommendation* N.º 7 ya indicaba que «la legislación debería penalizar los siguientes actos cuando se comenten con intencionalidad: a) incitación pública a la violencia, el odio o la discriminación, b) insultos en público y difamación o c) amenazas contra una persona o una categoría de personas por motivo de su raza, color, idioma, religión, nacionalidad u origen nacional o étnico».

En la misma línea interpretativa se encuentra el Plan de Acción de Rabat (62) que, dentro del concepto de discurso de odio, recomienda que se haga una distinción clara entre la *expresión constitutiva de delito penal*, la *expresión que no es penalmente punible*, pero que puede justificar un procedimiento civil o sanciones administrativas y *expresión que no da lugar a sanciones penales o civiles* pero que, aun así, plantea problemas de tolerancia, civismo y respeto a los derechos de los demás. Respecto al discurso del odio existe, por consiguiente, una *prohibición legal pero no penal*, una *prohibición estrictamente penal* y una *parcela de permisividad* amparada en la libertad de expresión.

Del mismo modo que la recomendación de la ECRI, el Plan de Acción también introduce algunos criterios de inferencia (a los que denomina literalmente «prueba») para diferenciar el delito de odio del discurso de intolerancia no punible, con el tenor literal siguiente: «el contexto, el orador, la intención del orador, el contenido y forma del discurso, el alcance y la magnitud de la expresión, y la posibilidad de que se produzca un daño así como su inminencia». Nótese que el Plan de Acción se refiere a la intención del orador, esto es, a un elemento subjetivo imprescindible para diferenciar la finalidad del mensaje. Aunque no se especifica, todo apunta a que el documento citado alude a un elemento subjetivo específico dentro de la conducta dolosa, lo que entra en contradicción con la posibilidad de cometer esta clase de conductas de manera imprudente introducida por la ECRI.

Con anterioridad, la Recomendación de Política General N.º 7 de la ECRI ya recomendaba que solamente las siguientes conductas fueran consideradas delitos penales: a) incitación pública intencionada a la violencia, al odio o a la discriminación contra una persona o grupo de personas por motivos de raza, color, origen nacional/étnico, ciudadanía, religión o idioma; b) insultos en público y difamación contra una persona o grupo de personas; c) amenazas intencionadas contra el mismo, objetivo; d) la expresión en público, con una intención racista, de una ideología que reivindique la superioridad o que desprecie o denigre a una categoría de personas por motivos, entre otros, de raza, color, origen nacional o étnico, religión o idioma, y e) la negación pública, trivialización, justificación o condonación, con fines racistas, de los crímenes de genocidio, delitos de lesa humanidad y delitos cometidos en periodos de guerra. Todas las conductas expuestas tienen su acomodo en algún delito tipificado en nuestro vigente ordena-

(62) Informe del alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los talleres de expertos sobre la prohibición de la incitación al odio nacional, racial o religioso, A/HRC/22/17/Add.4, 11 de enero 2013.

miento jurídico penal: a) Provocación para delinquir (en la que se requiere, además, un elemento subjetivo); b) Injurias; c) Amenazas; d) Delitos contra la integridad moral y delito de humillación a las víctimas del terrorismo; y, por último, e) Negacionismo y enaltecimiento del genocidio y los crímenes de lesa humanidad que promuevan o favorezcan la violencia, hostilidad, odio y discriminación a determinados colectivos [art. 510.1.c) CP].

Paradójicamente, el nuevo planteamiento de la ECRI rebasa los límites indicados (63) al considerar punible el discurso del odio en su dimensión social, esto es, cuando se realiza de manera imprudente y no existe verdaderamente una intencionalidad de incitar a la comisión de hechos delictivos como los arriba indicados.

Además de todo lo expuesto, la decimoquinta Recomendación de la ECRI ofrece una serie de recomendaciones para delimitar la actuación del *Ius Puniendi* en los supuestos de delito de odio, tratando de que «la recogida de datos sobre discurso de odio no se limite al ámbito de la justicia penal»:

a) *De carácter legislativo*: velar porque se definan claramente los tipos penales y se tenga debidamente en cuenta la necesidad de imponer una sanción penal; procurar que el ámbito de aplicación de los delitos se defina de forma que permita mantenerse al paso de la evolución tecnológica; asegurarse de que la persecución penal de estos actos delictivos se emprende de forma no discriminatoria y no se emplea para reprimir la crítica a las políticas oficiales, la oposición política o las creencias religiosas.

b) *De carácter penológico*: prever sanciones para estos delitos que tengan en cuenta tanto las graves consecuencias de estos actos como la necesidad de proporcionalidad.

c) *De carácter procesal*: disponer de la participación real de las víctimas del discurso de odio en el procedimiento correspondiente; supervisar la eficacia de la investigación de las denuncias y la persecución de los autores, a fin de dotar de eficacia a estas actuaciones;

(63) Más aún, la Recomendación N.º 15 (punto 177 *Memorandum* explicativo) pretende remover algunos de los criterios para delimitar la responsabilidad penal en esta clase de conductas, indicando que «es crucial evitar introducir más requisitos para la imposición de sanciones penales de los que se han señalado, como la alteración del orden público, el tamaño de la audiencia ante la que se empleó discurso de odio, y el alcance de su difusión. Estos requisitos pueden ser pertinentes para evaluar el riesgo de si cualquier incitación pudiera ser razonablemente prevista, pero su especificación por separado como un elemento de responsabilidad penal añade más obstáculos a los procesos penales, tal y como se ha observado en los ciclos de seguimiento».

velar por una cooperación/coordiación eficaz entre los cuerpos policiales y la fiscalía; disponer de una formación adecuada y facilitar el intercambio de buenas prácticas por parte de cuerpos encargados de velar por la aplicación de la ley, fiscales y jueces que se ocupan de casos de discurso de odio; y cooperar con otros Estados para atajar la difusión transfronteriza del discurso de odio, sea en soporte físico o electrónico.

Al hilo de estas consideraciones sobre el mensaje del odio en los delitos de expresión, bien podría reflexionarse sobre otra cuestión de máxima relevancia: se habla del discurso del odio, pero en muchas ocasiones se omite que todo discurso necesita de un contexto sociopolítico determinado (64) para cobrar un sentido completo. En otras palabras, se habla del discurso del odio como conducta delictiva, pero no del discurso de odio social derivado de un *contexto o clima de intolerancia* existente en la sociedad occidental actual (65). El mensaje de odio que inspira las conductas aquí estudiadas puede estar basado en un *clima o contexto del odio* generado en ocasiones por las propias instituciones oficiales y apoyado por operadores privados (66). Por ejemplo, a través del ejercicio de políticas sociales, de seguridad ciudadana (67), de inmigración y económicas erráticas, que fomentan la desigualdad, la segregación y la discriminación. Los delitos de odio «ni se deben, ni se pueden interpretar como meros episodios aislados, al margen de un contexto de clima social de intolerancia hacia perso-

(64) Por ejemplo procesos de colonización, la homogeneidad social y económica que predica la globalización en contraste con la desigualdad social, etc. Al respecto, son interesantes las reflexiones de GIMENEZ-SALINAS I COLOMER, E., ROMÁN MAESTRE, B. Y GARCÍA SOLÉ, M.: «Sociedad abierta y delitos de odio en la era de la globalización», en *Eguzkilore*, núm. 17, 2003, pp. 121 y ss.

(65) Ciertamente, la mayor parte de las recomendaciones y resoluciones internacionales ponen el acento en la prevención de esta realidad social con anterioridad a su conversión a delito penal. Podemos citar como ejemplo: el artículo 4.c del Convenio Internacional sobre la Eliminación de cualquier tipo de discriminación racial: «No permitirán que las autoridades ni las instituciones públicas nacionales o locales promuevan la discriminación racial o inciten a ella».

(66) MARTÍN HERRERA, D.: *¿Cuándo el «hate speech» se convierte...», ob. cit.*, p. 84; quien acertadamente advierte «no solo las expresiones y actos de odio son ejecutados por los intolerantes, y que, *a fortiori*, en múltiples ocasiones son las propias Instituciones las que incitan y ejecutan el odio o hacen un uso indebido de las restricciones impuestas por las propias convenciones».

(67) Como denuncia MARTÍNEZ MUÑOZ respecto a alguna de las previsiones de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, en materia de extranjería; MARTÍNEZ MUÑOZ, C. J.: «Ilícitos penales por racismo y xenofobia: delitos de odio», en *Diario La Ley*, núm. 8716, 2016, p. 1.

nas diferentes a las que niega» (68). Tal clima del odio puede expandirse a los diferentes estratos sociales teniendo su epicentro en estrategias económicas que aumenten la brecha social, el desempleo y la desigualdad laboral en determinados colectivos, políticas de tolerancia cero contra la inmigración, falta de inversión en materia de educación y segregación cultural, etc.

Este clima del odio, de la intolerancia, la discriminación y la desigualdad se genera también desde las instancias gubernamentales en la aplicación de tales políticas, desde los partidos políticos, las escuelas, desde los medios de comunicación, desde los departamentos de Recursos Humanos y Juntas de Dirección de las empresas e, incluso, desde el púlpito de las iglesias. Sin embargo, la mayor parte de las condenas se concentran en una parcela específica del denominado discurso del odio que, no en menos ocasiones, se trata de un mensaje de oposición y crítica radical al fenómeno del clima del odio «institucional». En este sentido, se observa cierta asimetría en la consideración sobre lo que es el discurso del odio en general y, en particular, sobre quién lo pronuncia y quién merece el reproche penal por hacerlo. No han faltado voces que han especulado con la idea de que «una sociedad estable en la que no existan situaciones estructurales de desequilibrio o desigualdad entre distintos colectivos sociales, poseerá mecanismos suficientes para ofrecer resistencia al discurso del odio, por lo que no estaría justificado el recurso a un instrumento de ultima ratio como es la pena» (69). No obstante, este complejo debate lo dejaremos para la Sociología, las Ciencias políticas y otras áreas de conocimiento más autorizadas, como la Criminología, que tienen la misión de fundamentar la legislación penal sobre esta materia.

La doctrina especializada también ha propuesto sus propias definiciones de «discurso del odio», tal vez más orientadas al ámbito penal y, por ello, más acertadas para nuestro objeto de estudio. Así, Cueva Fernández recoge la definición de Sumner identificando el discurso del odio como «cualquier forma de expresión cuyo propósito principal sea el de insultar o denigrar a los miembros de un grupo social identificado por características tales como su raza, etnia, reli-

(68) IBARRA, E.: *Semiótica de la intolerancia...*, *ob. cit.*, p. 6. En similares términos, MARTÍN HERRERA, D.: *¿Cuándo el «hate speech» se convierte...*, *ob. cit.*, p. 78, quien afirma que «no se trata únicamente de un problema de definición legal, sino que además, parece estar anclado en prejuicios histórico-culturales directamente conexonados con la situación social del momento y del lugar».

(69) ALCÁCER GUIRAO, R.: *Discurso del odio y discurso político...*, *ob. cit.*, p. 02:30.

gión u orientación sexual, o para despertar enemistad u hostilidad contra él» (70).

Volviendo a la conceptualización de los delitos de odio –que ya hemos diferenciado del discurso del odio como medio comisivo particular– hay quienes matizan que, lingüísticamente, los términos *odio*, *intolerancia* y *discriminación* no son sinónimas. Así, se afirma que «desde la intolerancia, no solo es posible la discriminación (trato menos favorable), también el delito de odio (agresión criminal) sobre la víctima o sus bienes por el simple hecho de ser miembro de ese colectivo, o ser identificado como tal por su condición social, religiosa, cultural, étnica, orientación sexual o cualquier otra circunstancia diferencial, una violencia protagonizada por unos verdugos que se creen legitimados para proceder a la limpieza «identitaria» recurriendo al crimen» (71). No obstante, nótese que en el caso anterior proponía denominar a esta clase de conductas como «delitos motivados por la discriminación», vocablo en el que también cabe la significación de exclusión y separación. Además de ello, como expone Tapia Ballesteros, el TC ha diferenciado entre los términos discriminación y desigualdad (72), entendiendo la autora por discriminación el trato peyorativo, perjudicial, llevado a cabo a través de una norma jurídica, una medida, o acción, de modo directo o indirecto, por parte de los Poderes Públicos o un particular, con o sin intención, contra una persona perteneciente a un colectivo o minoría caracterizado por una serie de rasgos (73). En mi opinión, tal concepto de discriminación es bastante coincidente con el de intolerancia y se focaliza excesivamente en la relación con el grupo de pertenencia.

(70) SUMNER, L. W.: «*Incitement and the Regulation of Hate Speech in Canada: A Philosophical Analysis*», en HARE, I. & WEINSTEIN, J.: *Extreme Speech and Democracy*. New York: Oxford University Press., 2009, pp. 207 y 208; CUEVA FERNÁNDEZ, R.: *A propósito de la Sentencia...*, *ob. cit.*, p. 100.

(71) IBARRA, 2013, *ob. cit.*, 5; el mismo 2016, *ob. cit.* 10.

(72) STC 128/1987, de 16 de julio.

(73) TAPIA BALLESTEROS, P.: *Artículo 510...*, *ob. cit.*, p. 184. Sobre el concepto de discriminación, BERNAL DEL CASTILLO, J.: *La discriminación en el Derecho penal*. Granada: Comares, 1998 y, más recientemente, 2016, *ob. cit.*, p. 15, donde el autor indica que «si en un principio algunos autores hemos identificado este concepto con los delitos discriminatorios concretos regulados en el CP o con cualquier acto que implique una negación ilegítima de los derechos individuales o colectivos de minorías y de sus miembros, parece que con la nueva reforma el sentido de «discriminación», al menos en el art. 510.1.c), debe comprender también aquellas conductas o tendencias sociales que impiden o dificultan la integración de estas personas o grupos en la sociedad, aunque no impliquen en particular la realización de actos propiamente anti-jurídicos».

Entendiendo que la puntualización es correcta y que en nuestro Derecho penal vigente podemos encontrar delitos de discriminación y de odio de manera separada, tal vez fuere más acertada la terminología de «delitos motivados por la intolerancia», puesto que finalmente lo que translucen esta clase de ilícitos es una absoluta falta de respeto o agresión hacia la individualidad (etnia, inclinación sexual, etc.), las ideas, las creencias o prácticas de los otros cuando son diferentes o se oponen a las propias.

En EE.UU. el FBI promueve el empleo del término «*bias crime*» (74) (crímenes motivados por prejuicio) como alternativa al concepto de delito de odio, para asegurar de este modo la homogeneidad en los informes relacionados con los *hate crime* independientemente del origen del proceso de intolerancia (75). El prejuicio debe materializarse en una conducta delictiva, de modo que pueda inferirse en la exteriorización de la misma (pasando de ser mera opinión a un hecho fáctico). Para Díaz López, «el pretender dotar de mayor importancia a la concurrencia del prejuicio que a la del odio, a la hora de conceptualizar estas conductas, no es cuestión baladí: la existencia de un prejuicio conlleva normalmente la voluntad del autor de conferir un peor trato por razón de la característica (la raza, la orientación sexual, etc.) que está prejuzgando. Si el autor de un crimen de odio actúa necesariamente guiado por su prejuicio, más que por una emoción irrefrenable, significa que ha evaluado la situación» (76).

Por otra parte, la Directiva de la UE sobre derechos de las víctimas reconoce a los afectados por el terrorismo como víctimas «con necesidades especiales» junto a los menores, las de la violencia de género, las de la delincuencia organizada y los delitos motivados por prejuicios racistas o intolerancia. Por tanto, la última nomenclatura tiene cierto respaldo normativo. Sin embargo, aún podría realizarse una crítica a la terminología aquí empleada como «ortodoxa»: su excesiva amplitud respecto al concepto de intolerancia. En efecto, no todos los procesos de intolerancia quedan recogidos dentro del concepto de delitos de odio, puesto que determinadas dinámicas de intolerancia se encuentran socialmente admitidas (77) (por ejemplo, el antifascismo). No obstante, debe entenderse que la amplitud de comportamientos

(74) Sobre esta expresión, DÍAZ LÓPEZ, J. A.: *El odio discriminatorio...*, *ob. cit.*, pp. 84 y ss.

(75) FBI: *The national Uniform Crime Reporting (UCR)*, 1999; MARTÍN HERRERA, D.: *¿Cuándo el «hate speech» se convierte...*, *ob. cit.*, p. 76.

(76) DÍAZ LÓPEZ, J. A.: *El odio discriminatorio...*, *ob. cit.*, p. 88.

(77) MARTÍN HERRERA, D.: *¿Cuándo el «hate speech» se convierte...*, *ob. cit.*, p. 79.

englobados en los procesos de intolerancia de esta definición deberán pasar los debidos filtros penales, tales como el principio de insignificancia, mínima intervención (78), principio de lesividad, el fin de protección de la norma y la adecuación social del comportamiento, etc.

Entre las nomenclaturas alternativas hay quienes hablan de «delito por prejuicios», referidos a una agresión física o verbal proferida por una persona motivada por prejuicios contra otra debido a una característica particular (79). Así, para algunos autores es el prejuicio que reviste el delito lo que caracteriza el *hate crime*. Boeckmann y Turpin-Petrosino afirman que los delitos de odio son una «expresión desafortunada de estereotipos negativos, prejuicios, discriminación y tensiones entre los grupos» (80). Como expone Martín Herrera, la dificultad reside en delimitar el contenido del prejuicio y su relación con la motivación delictiva (81). De lo contrario, parafraseando a Jacobs & Potter, incurriríamos en el «grave error» de «usar los prejuicios y conducir a los criminales como testigos de las intolerancias de la sociedad o como indicador de la incivilización en las relaciones

(78) En este sentido, pueden tomarse en consideración las palabras de las STS 259/2011, de 12 de abril: «aunque sean siempre frontalmente rechazables, los contenidos negativos de (...) ideas o doctrinas basadas en la discriminación o la marginación de determinados grupos y de sus integrantes como tales, no conducen necesariamente a que la respuesta se configure penalmente en todo caso, debiendo quedar reservada la sanción penal (...) para los ataques más graves, considerando tanto el resultado de lesión como el peligro creado para los bienes jurídicos que se trata de proteger». Asimismo, sobre el principio de insignificancia, en la misma resolución: «la admisión de esta clase de ideas o doctrinas solo se produce, afortunadamente, en círculos muy minoritarios en los que la presencia y respeto por la dignidad de la persona humana resultan inexistentes, encontrando en la generalidad de las personas un claro rechazo, o como mínimo la indiferencia como consecuencia de su absoluta irrelevancia (...) para que el bien jurídico protegido pudiera verse afectado a causa de la difusión de esta clase de ideas o doctrinas, sería preciso que el autor acudiera a medios que no solo facilitaran la publicidad y el acceso de terceros, que pudieran alcanzar a un mayor número de personas, o que lo hicieran más intensamente, sino que, además, pudieran, por las características de la difusión o del contenido del mensaje, mover sus sentimientos primero y su conducta después en una dirección peligrosa para aquellos bienes».

(79) Así, por ejemplo, los Informes de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA) en junio de 2008, y FRA: *Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity in the EU Member States Part 2 – The Social Situation* (Homofobia y discriminación por motivos de orientación sexual y de identidad de género en los Estados miembros de la UE. Parte II – La situación social), publicado en marzo de 2009.

(80) BOECKMANN, R. J. & TURPIN-PETROSINO, C. (2002): «Understanding the Harm of Hate Crime», in *Journal of Social Issues*, Vol. 58, núm. 2.

(81) MARTÍN HERRERA, D.: *¿Cuándo el «hate speech» se convierte...*, ob. cit., p. 78.

intergrupales» (82). Esta forma de legislar, en la que el sentimiento de odio predomina en el concepto de delito de odio nos aproxima inexorablemente hacia un Derecho penal de autor que mal se congratula con nuestros límites constitucionales.

Al margen de estas consideraciones terminológicas, en la búsqueda por una sistemática más adecuada para aclarar el significado y alcance de los delitos de odio, es posible identificar distintas categorías entre las definiciones y aproximaciones doctrinales al fenómeno. De este modo, tendríamos distintas categorías de definiciones de delito de odio que se caracterizarían por una especialidad en:

- a) El bien jurídico protegido.
- b) El elemento subjetivo específico.
- c) El sujeto pasivo del delito.
- d) Posturas eclécticas: aúnan varias de las categorías anteriores o todas ellas.

Así, como ejemplo de la primera de las modalidades de definición, se ha afirmado que una de las características que se predica de los delitos de odio es que, a diferencia de los delitos de discriminación que afectan al principio de igualdad, se dirigen contra bienes jurídicos eminentemente personales (83). En este sentido, puede argumentarse que, independientemente del lugar en el que se encuentren ubicados –existen delitos de odio entre aquellos que protegen bienes jurídicos supraindividuales–, esta clase de conductas atentan contra la dignidad de la persona (84). Aunque adscribiéndome a esta consideración, podría matizarse la cuestión diciendo que en los delitos de odio nos encontraremos con, al menos, un atentado contra un bien jurídico eminentemente personal (la dignidad, el honor y la igualdad ante la individualidad humana), independientemente del objeto material al que se dirija el ataque y la posibilidad de vulneración de otros bienes jurídicos de carácter no personal.

Una propuesta incardinada en esta línea de pensamiento es la expuesta por De Pablo Serrano y Tapia Ballesteros, quienes entienden que el bien jurídico protegido en esta clase de delitos es plural: la dig-

(82) JACOBS, J. B. & POTTER, K.: *Hate Crimes. Criminal Law and Identity Politics*. New York: Oxford University Press, 1998, p. 3.

(83) BRANDARIZ GARCÍA, J. A.: «Victimización de migrantes», en TAMARIT SUMALLA, J. M. (Coord.). *Víctimas Olvidadas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pp. 45-69.

(84) GÜERRI FERRÁNDEZ, C.: *La especialización...*, *ob. cit.*, p. 5; en este sentido, más específicamente WALDRON, J.: *The harm in hate speech*. London: Harvard University Press, 2012.

nidad, el honor y la igualdad (85). Estos bienes jurídicos, objeto de tutela penal deberán ser entendidos desde una perspectiva personalista, aunque pueda afectar a la colectividad. Así, apoyándose en las tesis de Waldron (86), los autores precitados argumentan que los delitos de odio menoscaban la dignidad del individuo pero en la medida en que se funda en una característica compartida por un grupo, que se asocia en el imaginario colectivo con un atributo descalificativo, el daño se extiende y se colectiviza, engarzándose con el orden social o el orden público. Por otra parte, respecto al honor, siguiendo los postulados de Honneth, éste será interpretado como la legítima expectativa de reconocimiento que merece todo ciudadano en tanto que miembro de pleno derecho de una comunidad jurídica, lo que conlleva la aceptación de todas las especificidades que dan forma a su identidad única individual. Finalmente, en lo relativo al bien jurídico protegido de igualdad o no discriminación, los autores citados siguen la tesis de Lorenzo Copello –una de las más seguidas y de la que hablaré sintéticamente a continuación–, entendiendo que la discriminación implica un trato peyorativo que niega la igualdad entre todos los seres humanos (dimensión personalista) lo que, a su vez, ataca al modelo de convivencia diseñado por la Constitución y amenazan los valores de pluralismo, tolerancia y respeto de las diferencias, que están en la base de nuestro Estado social y democrático de Derecho.

Quesada Alcalá identifica los bienes jurídicos protegidos por estos delitos con los diferentes motivos de discriminación, indicando que tradicionalmente los bienes jurídicos protegidos en relación con estos delitos serían los rasgos de identidad personal, tales como la raza, la ideología o religión y la etnia. En los últimos años, la doctrina criminológica contemporánea, se decanta por incluir entre los bienes tutelados por este tipo de delitos la orientación sexual, la identidad sexual, la discapacidad y, en general, cualesquiera señas de identidad comunitarias diferenciadas, tales como la exclusión social y la pobreza (87). Por otra parte, Portilla Contreras afirma que estamos ante un delito pluriobjetivo que no protege el mismo bien jurídico en otras las conductas que describe, oscilando este entre el principio de igualdad y la seguridad de determinados colectivos. Respecto a la incitación al

(85) DE PABLO SERRANO, L. Y TAPIA BALLESTEROS, P.: «Discurso del odio: problemas en la delimitación del bien jurídico y en la nueva configuración del tipo penal», en *Diario La Ley*, núm. 8911, 2017, pp. 1-4.

(86) A la que también se adscribe MARTÍNEZ MUÑOZ, C. J.: *Ilícitos penales...*, *ob. cit.*, p. 7.

(87) QUESADA ALCALÁ, C.: *La labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos...*, *ob. cit.*, p. 4.

odio, apunta el autor citado, no existe bien jurídico protegido alguno, siendo solamente una «excusa para reprimir la libertad de expresión» (88). Respecto al bien jurídico «seguridad de los colectivos especialmente vulnerables», hay que indicar que este aspecto ya debería quedar castigado mediante el artículo 170 CP, amenazas a grupos, agravado mediante el artículo 22.4 CP debido a la motivación discriminatoria o intolerante. La mera incitación indirecta a la violencia, la discriminación o la hostilidad no parece suficiente como para conculcar el bien jurídico protegido «seguridad» o «tranquilidad» de tales colectivos, a no ser que nos encontremos ante una situación social extrema o de crisis (89) que haga prever que tales agresiones sean muy probables.

Autores como Laurenzo Copello, Rodríguez Yagüe, Landa Gorostiza o Gómez Martín, también entienden que estamos ante un delito pluriofensivo que tutela un bien jurídico mixto individual-colectivo, identificado como la protección del principio de igualdad y de las minorías especialmente vulnerables (90).

Para otros autores, como Dolz Lago, el bien jurídico protegido en estos delitos se encontraría entre la igualdad y la no discriminación consagradas por el principio de igualdad del artículo 14 CE (91). Aunque ciertamente se estén conculcando tales derechos, considero que es más acertado incidir en la dignidad de la persona y el respecto a su individualidad como bien jurídico vulnerado más representativo (92)

(88) PORTILLA CONTRERAS, G.: «La represión penal del discurso del odio», en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.): *Comentario a la reforma penal de 2015*. Pamplona: Aranzadi, p. 722; en contra, LAURENZO COPELLO, P.: *La discriminación...*, *ob. cit.*, pp. 258 y 259 y LANDA GOROSTIZA, J. M.: *La intervención penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al «delito de provocación» del artículo 510 del Código Penal*. Zarautz: Universidad del País Vasco, 1999, p. 224.

(89) Como reza nuestra reciente jurisprudencia, un «ambiente social en el que, patentemente, resultaba mucho más fácil que prendiera la llama»; STS 335/2017, de 11 de mayo.

(90) LAURENZO COPELLO, P.: *La discriminación...*, *ob. cit.*, p. 237; RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: La tutela penal del derecho a no ser discriminado: (Análisis de los artículos 511 y 12 del Código penal). Albacete: Bomarzo, 2007, p. 54; LANDA GOROSTIZA, J. M.: *Incitación al odio...*, *ob. cit.*; GÓMEZ MARTÍN, V.: «Discurso del odio y principio del hecho», en MIR PUIG, S. y CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.): *Protección penal de la libertad de expresión e información. Una interpretación constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 89; TAPIA BALLESTEROS, P.: *Artículo 510...*, *ob. cit.*, p. 184, fundamentándolo en el carácter «social» de la discriminación; en contra, MACHADO RUIZ, 2002: 131.

(91) DOLZ LAGO, M. J.: *Oído a los delitos...*, *ob. cit.*, p. 2. De la misma opinión, FUENTES OSORIO, J. L.: *El odio...*, *ob. cit.*, p. 44.

(92) MOVIMIENTO CONTRA LA INTOLERANCIA: *Materiales didácticos...*, *ob. cit.*, 2016: 24, quienes exponen claramente que «los delitos o crímenes de odio son los

de estos ilícitos pluriofensivos. Sin embargo, posteriormente el autor precitado desarrolla más su planteamiento, indicando que los delitos de odio «atacan la libertad y la igualdad y destruyen el fundamento del orden político democrático y su paz social. De ahí, que su bien jurídico protegido no sea solo la no discriminación o la protección de la igualdad o de la diferencia, según la perspectiva que se aborde, sino los propios valores superiores del ordenamiento jurídico y los fundamentos del orden político y social. (...) No se trata de vulnerar el derecho a la no discriminación de una persona individual por los motivos que expresa el precepto penal sino socavar el orden democrático a través de la lesión a la persona individual o al grupo vulnerable socialmente al que pertenece. (...) En el caso de los delitos del odio, como otros que atacan bienes jurídicos supraindividuales o de esta dimensión, el orden social democrático no enmarca el derecho protegido sino que es el mismo objeto de protección, es el bien jurídico protegido» (93).

Aunque tendré oportunidad de volver sobre esta cuestión más adelante, debo posicionarme en contra de esta postura, de corte eminentemente funcionalista, sobre el bien jurídico protegido en los delitos de odio, por cuanto la considero extremadamente expansionista. Recordemos, parafraseando al TC, que la nuestra no es una democracia «militante» y, por tanto, existe un derecho al libre apartamiento de los valores y principios del orden democrático (al menos dentro de ciertos límites). Los delitos de odio no pueden convertirse en los paladines del orden social democrático en su conjunto, toda vez que éste confiere el permiso a terceros para oponerse a él, al menos en el marco conceptual. Lo importante, en suma, es que la conducta trascienda a ese alejamiento de tales principios y valores democráticos, vulnerando la dignidad e igualdad de los seres humanos. Además de ello, podría discutirse acerca de si el Derecho penal debe proteger sistemas de valores y principios políticos (posición funcionalista radical) o si, por el contrario, debe ceñirse a los ataques a los bienes jurídicos protegidos inspirados en ellos.

Otros definen los delitos de odio con un carácter general como «hechos que poseen una motivación de carácter racista o discriminatoria y son formas de expresión de un mensaje excluyente, degradante o segregador» (94). De forma particularmente sintética, Aniyar de

que más deshumanizan porque quienes los cometen consideran que sus víctimas carecen de valor humano (les niegan dignidad)».

(93) DOLZ LAGO, M. J.: *Oído a los delitos...*, *ob. cit.*, p. 18.

(94) TAMARIT SUMALLA, J. M., LUQUE REINA, E., GUARDIOLA LAGO, M. J. Y SALINERO ECHEVARRÍA, S.: «La victimización de migrantes: Una encuesta a colom-

Castro afirma que los delitos de odio son «crímenes motivados por las diferencias» (95). En este sentido, como han advertido Jacobs & Potter la expresión delitos de odio estaría enfocada hacia aquellas conductas criminales motivadas por ideas preconcebidas y focalizadas más en la psicología del criminal que en la propia conducta criminal (96). Para evitar este fenómeno y focalizar la cuestión en el aspecto subjetivo de los tipos penales, es preciso concretar más la definición. Como ya se advertía *supra*, bajo el seudónimo de delitos odio, se encuentran aquellos tipos delictivos en los que el móvil es causa de la intolerancia hacia el diferente (97). Se trata de crímenes que manifiestan evidencias o prejuicios basados en múltiples razones de carácter heterogéneo (98) y que deben concretarse en una determinada tendencia o ánimo del sujeto activo (*animus model* (99) u *hostily model*, frente al *discriminatory selection model* en el que no se exige tal motivación y basta con que se escoja a la víctima de un colectivo especialmente protegido (100).

Según el Manual práctico para la Investigación y Enjuiciamiento de delitos de odio la expresión delitos de odio define a la perfección el motivo o el ánimo subjetivo que lleva al autor a cometer el ilícito y que no es otro que su animadversión u hostilidad abierta hacia determinadas personas o colectivos (101).

Como expone Díaz López, en España «a nivel conceptual, se ha asumido que por «delitos de odio» se entienden aquéllos en los que la responsabilidad penal del autor se agrava debido a sus motivaciones» (102). Así, Ibarra concluye que «delito de odio es cualquier infracción penal motivada por intolerancia, o sea, por prejuicios o animadversión a la víctima a causa de su conexión, pertenencia o

bianos en Cataluña», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 13-11, 2011, p. 11:3, disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/13/recpc13-11.pdf>.

(95) ANIYAR DE CASTRO, L.: «Los Crímenes de Odio: Discurso Político y Delincuencia Violenta en Venezuela. El Respeto a las Diferencias y el Rol de la Criminología Crítica en Venezuela en los Inicios del siglo XXI», en *Capítulo Criminológico*, Vol. 36, núm. 2, 2008, p. 15.

(96) JACOBS, J. B. & POTTER, K.: *Hate Crimes...*, *ob. cit.*, p. 3.

(97) MARTÍN HERRERA, D.: *¿Cuándo el «hate speech» se convierte...*, *ob. cit.*, p. 75.

(98) BJA: *A Policymaker's...*, *ob. cit.*, p. 2.

(99) LAWRENCE, F. M.: *Punishing Hate: Bias Crimes Under American Law*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999, p. 9; DÍAZ LÓPEZ, J. A.: *El odio discriminatorio...*, *ob. cit.*, p. 110.

(100) FUENTES OSORIO, J. L.: *El odio...*, *ob. cit.*, p. 6.

(101) AGUILAR GARCÍA, M. A. (Dir.) et al.: *Manual práctico...*, *ob. cit.*, p. 33.

(102) DÍAZ LÓPEZ, J. A.: *El odio discriminatorio...*, *ob. cit.*, p. 126.

relación con un grupo social vulnerable de intolerancia» (103). La ONG que preside el autor anteriormente citado, Movimiento contra la Intolerancia en connivencia con la Oficina de Solidaridad con las Víctimas del Delito de Odio y Discriminación, facilita una definición más pormenorizada, con el tenor literal siguiente: «infracción penal motivada por intolerancia, es decir, cualquier infracción penal realizada contra personas, colectivos sociales y bienes, cuando la víctima, las instalaciones o el, objetivo de su acción hayan sido seleccionados por prejuicios o animadversión social» (104).

En este punto es precioso llamar la atención sobre la diferencia entre el *móvil* del delito, la *motivación* del mismo y la exigencia de un *elemento subjetivo* específico del autor. Mi postura, sobre la que hablaré más adelante, coherentemente con la concepción del bien jurídico protegido en esta clase de delitos (igualdad/dignidad), se incardina en la necesidad de la existencia de un ánimo subjetivo específico de intolerancia en el autor: el de humillar, discriminar o atentar contra la dignidad de la víctima por razón de su «individualidad».

En Inglaterra y Gales, la Asociación de Jefes de Policía (*Association of Chief Police Officers*) definió el crimen de odio como «un delito en el que el prejuicio del perpetrador contra cualquier grupo identificable de personas es un factor que determina quién es víctima». Desde 2005, el organismo citado considera los crímenes de odio «incidentes que constituye una ofensa criminal, percibida por la víctima o por cualquier otra persona, como motivada por prejuicio u odio (105).

Esta específica tendencia, además, afecta a la antijuridicidad material de la conducta –el resultado, en suma, puede ser el mismo que si no existiera– añadiendo un plus de reproche al injusto. De esta manera, se entiende que los delitos de odio son más dañinos que los delitos que no se cometen por motivaciones prejuiciosas. Güerri Ferrández conecta esta cuestión con la incidencia para el sujeto pasivo, epicentro de su definición, indicando que este mayor desvalor «se debe al hecho de que el delito afecta, además de a la víctima inmediata, a la comunidad a la cual esta pertenece» (106).

(103) IBARRA, E.: *Víctimas y seguridad...*, *ob. cit.*, p. 9.

(104) MOVIMIENTO CONTRA LA INTOLERANCIA: *Materiales didácticos...*, *ob. cit.*, p. 23.

(105) HALL, N.: «*Making Sense of Numbers: The Social Construction of Hate Crime in London and New York City*», in GOODEY, J. & AROMAA, K. (Eds.): *Hate Crime. Papers from the 2006 and 2007 Stockholm Criminology Symposiums*. Helsinki: Criminal Justice Press, 2008, p. 32.

(106) GÜERRI FERRÁNDEZ, C.: *La especialización...*, *ob. cit.*, p. 5.

Desde esta perspectiva, es importante anotar que los delitos de odio tienen una dimensión simbólica importante (*symbolic crimes*) (107). En primer lugar, como he señalado, al ser ataques contra la dignidad de la víctima se establece cierta jerarquía entre víctima y victimario, de modo que el agresor trata de despojar a la misma de su dignidad. Queda impresa en esta clase de conductas una «desigualdad en la posición estructural que tienen perpetradores y víctimas», de modo que los delitos de odio pueden ayudar a mantener la posición de «superioridad estructural» de quienes los cometen, mientras mantienen la identidad subordinada de las víctimas (108). En la mayor parte de los supuestos, la finalidad que persigue este tipo de delitos es la de humillar y vejar a la víctima, creando en la misma un sentimiento de terror, de angustia o de inferioridad por la gratuidad del ataque sufrido (109). En segundo lugar, al tipificar un delito de odio, el legislador pretende acometer una protección mediata del colectivo al que pertenece la víctima (110). El bien jurídico personal al que aludíamos anteriormente (la dignidad del sujeto pasivo), trasciende para convertirse en un bien jurídico colectivo (la dignidad del colectivo) (111).

La ODIHR definía en 2003-2005 los delitos de odio como: «(A) cualquier infracción penal, incluyendo infracciones contra las personas o las propiedades, donde la víctima, sus bienes o el, objetivo son elegidos por su real o asimilada conexión, afiliación, apoyo o pertenencia a un grupo definido en la parte B; (B) un grupo debe estar basado en una característica común de sus miembros, tal como su real o perceptiva

(107) DÍAZ LÓPEZ, J. A.: *El odio discriminatorio...*, *ob. cit.*, p. 107.

(108) HATENTO, OBSERVATORIO DE DELITOS DE ODIO CONTRA LAS PERSONAS SIN HOGAR: «Los delitos de odio contra las personas sin hogar», en *Zerbitzuan*, núm. 59, 2015, p. 80.

(109) QUESADA ALCALÁ, C.: *La labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos...*, *ob. cit.*, p. 4; quien se apoya en la jurisprudencia del TEDH: STEDH, Asunto Nachova y otros c. Bulgaria (N.º 43577/98 y 43579/98), de 6 de julio de 2005; STEDH, Asunto DH y otros c. República Checa (N.º 57325/00), de 13 de noviembre de 2007; STEDH, Asunto Angelova c. Bulgaria (N.º 38361/97), de 13 de junio de 2002; STEDH, Asunto Moldovan y otros c. Rumanía (N.º 41138/98 y 64320/01), de 30 de noviembre de 2005.

(110) DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: «Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación para la sanción penal», en VV. AA.: *El funcionalismo en Derecho Penal*. Libro homenaje al Profesor Günther Jakobs. Tomo II, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003; y del mismo autor: «Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación para de la pena», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 57, pp. 377 y ss., quien habla de un efecto supraindividual que justificaría el incremento de pena con la comunicación intimidante de la conducta a todo el colectivo.

(111) WALDRON, J.: *The harm...*, *ob. cit.*, pp. 105 y ss.

raza, nacional o étnico origen, lenguaje, color, religión, sexo, edad, minusvalía mental o física, orientación sexual u otro factor similar».

Posteriormente, a partir de 2009 la propia ODIHR maneja una expresión, a mi juicio bastante acertada, que define los delitos de una manera sintética como «manifestaciones violentas de intolerancia» (112). Ciertamente, los delitos de odio son conductas tanto físicas como verbales (expresiones) de carácter hostil (*vis física, vis compulsiva*, incitación y provocación a la comisión de delitos) motivadas por una dinámica de intolerancia o discriminación. La misma organización, sin embargo, puntualiza que «los delitos de odio se distinguen de otros tipos de delito por la motivación del autor; normalmente la motivación es irrelevante cuando se prueban los elementos esenciales de un delito, y por eso raramente se investiga con detalle suficiente para extraer la verdadera razón del delito. Si un sistema de justicia penal no utiliza el concepto de «delito de odio», la motivación no se reconoce como elemento esencial del delito y así, la existencia del delito de odio permanecerá invisible» (113).

Sin embargo, para otros, lo determinante es la pertinencia de la víctima a un determinado grupo social odiado por el perpetrador y no el odio en sí lo que realmente los caracteriza (114).

La OSCE en su Decisión n.º 4/03, conceptualiza los delitos de odio como «toda infracción penal, incluidas las cometidas contra las personas o la propiedad, donde el bien jurídico protegido, se elige por su, real o percibida, conexión, simpatía, filiación, apoyo o pertenencia a un grupo. Este grupo se basa en una característica común de sus miembros, como su «raza», real o percibida, el origen nacional o étnico, el lenguaje, el color, la religión, la edad, la discapacidad, la orientación sexual, u otro factor similar» (115).

El Departamento de Policía de la ciudad de Nueva York define el crimen de odio como «cualquier ofensa o acto ilícito motivado en

(112) MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL: *Legislación...*, *ob. cit.*, p. 12. Asimismo, véase ODIHR: «Persecución penal de los delitos de odio (guía práctica)» y «Herramientas de recogida de datos y monitorización de delitos de odio (guía práctica)» también publicadas en español por la Secretaría General de Inmigración y Emigración del Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

(113) MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL: *Legislación...*, *ob. cit.*, p. 12.

(114) SHEFFIELD, C.: «*Hate violence*», in ROTHENBERG, P. (Ed.): *Race, class and gender in the United States*. New York: St. Martin's, 1995, pp. 432 y ss.; PETROSINO, «*Connecting the past to the future. Hate crime in America*», in PERRY, B. (Ed.): *Hate and bias crime: a reader*. Routledge: New York, 2003, pp. 10 y ss.; GERSTENFELD, P. B.: *Hate Crimes: Causes, Controls, and Controversies*. London: SAGE, 2004, p. 9.

(115) OSCE, 2014. Asimismo, véase ODIHR: «Persecución penal de los delitos de odio (guía práctica)» y «Herramientas de recogida de datos y monitorización de delitos de odio (guía práctica)» también publicadas en español por la Secretaría General de Inmigración y Emigración del Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

todo o en parte por la identificación de una persona, un grupo o un lugar con una raza, religión, etnia, orientación sexual o discapacidad en particular según lo determine el Comandante, Unidad de Investigación de Incidentes Sesgos (*Commanding Officer, Bias Incident Investigation Unit*)» (116).

Algunos autores sostienen que, desde una perspectiva sociológica, los delitos de odio son conductas violentas o actos de hostilidad e intimidación dirigidos hacia personas seleccionadas por su identidad, que es percibida como «diferente» por quienes actúan de esta forma (117).

De modo similar, para Güerri Ferrández son delitos de odio «aquellas infracciones penales en las cuales la víctima ha sido escogida en razón de su pertinencia a un grupo despreciado, rechazado u odiado por el perpetrador» (118).

Por último, también existen en la doctrina especializada posturas eclécticas entre las dos acepciones precitadas, que consideran delitos de odio a todos los actos cometidos contra grupos o contra personas por su pertenencia a un grupo, motivados por la animadversión o intolerancia hacia un rasgo característico y percibido como «diferente» de ese grupo de personas (119).

Tomando en consideración todo lo anterior y siguiendo las principales definiciones utilizadas para referirse a los «delitos de odio», podemos extraer las siguientes conclusiones preliminares sobre su concepto:

- a) La expresión «delito de odio» es un supra-concepto criminológico que abarca una realidad normativa compleja y heterogénea.
- b) Supone un elemento tendencial: motivación por intolerancia o discriminación.
- c) El sujeto pasivo es un elemento importante en su definición: las víctimas son escogidas por un rasgo que las diferencia del victimario y que motiva ese elemento tendencial precitado.
- d) Se establece cierto proceso de desigualdad o jerarquización entre la víctima y el victimario, resultado de una «dinámica de

(116) HALL, N.: *Making sense of numbers...*, *ob. cit.*, p. 11.

(117) CHAKRABORTI, N., GARLAND, J. & HARDY, S.: «*The Leicester Hate Crime Project. Findings and Conclusions, Leicester, The Leicester Centre for Hate Studies*», disponible en Internet: <http://www2.le.ac.uk/departments/criminology/hate/documents/fc-full-report>, 2014.

(118) GÜERRI FERRÁNDEZ, C.: *La especialización...*, *ob. cit.*, p. 5.

(119) Es decir, «delitos clásicos agravados por la motivación del sujeto activo y/o por la selección discriminatoria del sujeto pasivo»; FUENTES OSORIO, J. L.: *El odio...*, *ob. cit.*, p. 2.

odio» (120): comienza por reducir la realidad de una persona a un estereotipo del grupo social al que pertenece o le identifican, para seguidamente iniciar la construcción de una serie prejuicios, tópicos o dogmas, que pueden resultar en la criminalización (como amenaza social) o victimización (fobia) de esa persona o minoría.

e) Salvo contadas excepciones, la mayor parte de las definiciones suponen que los delitos de odio atacan bienes jurídicos eminentemente personales y, en todos los supuestos, además del bien jurídico principal vulnerado por el «delito raíz» en el que se integra el elemento tendencial de intolerancia atacan, a su vez, la dignidad de la víctima y el principio de igualdad.

f) Desde la óptica de la antijuridicidad material, los delitos de odio suponen un mayor reproche social por vía de la conducta especialmente indeseable, precisamente por la ya mencionada motivación específica de intolerancia. Ahora bien, la duda se establece en la fundamentación de ese desvalor, pues como bien indica Fuentes Osorio, puede situarse desde una perspectiva del merecimiento en el injusto, donde lo importante es el daño que genera actuar con esta motivación, o en la culpabilidad por la especial reproche a las acciones que motivan el ataque (121).

III. EL DERECHO PENAL Y LOS «DELITOS DE ODIO» ¿CONFLICTO CON LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN?

En nuestra actual legislación penal vigente existe una tipificación no homogénea de los delitos de odio, fruto de la disparidad de conductas que pueden encontrarse motivadas por razones de intolerancia o discriminación. Así, podemos encontrar los siguientes tipos penales engrosando las filas de los delitos de odio en el Código penal reformado por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante, LO 1/2015): amenazas a un grupo con un mal que constituya delito (art. 170.1 CP); tortura cometida en base a algún tipo de discriminación (art. 174 CP); provocación a la discriminación, odio o violencia contra grupos o asociaciones (art. 510.1 CP); difusión de informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones (art. 510.2 CP); asociación ilícita para promover la discriminación, el odio o la violencia contra las personas, grupos o asociaciones (art. 515.5 CP y 518

(120) IBARRA, E.: *Víctimas y seguridad...*, *ob. cit.*

(121) FUENTES OSORIO, J. L.: *El odio...*, *ob. cit.*, p. 9.

CP) (122); delitos contra libertad de conciencia y sentimientos religiosos (arts. 522-525 CP) (123); genocidio (art. 607 CP) y delitos de lesa humanidad (art. 607 bis CP). Otra referencia expresa al odio que contiene nuestra legislación penal se encuentra recogida en el artículo 20 de la Ley 209/1964, de 24 de diciembre, penal y procesal de la Navegación Aérea (124). La ONG Movimiento contra la Intolerancia incluye entre los delitos de odio el artículo 173.1 CP, que tipifica los atentados contra la dignidad de la persona (125). Aunque se ha defendido que el bien jurídico protegido por esta clase de delitos es fundamentalmente la dignidad de la persona estrechamente unida al principio de igualdad de todos los seres humanos, lo cierto es que solamente se incluirá este precepto en el supuesto de que los actos denigrantes estén motivados por prejuicios o intolerancia. Tampoco considero muy afortunada la inclusión en este listado del delito de descubrimiento y revelación de secretos del artículo 197 CP, agravado cuando los hechos afectan a datos de carácter personal que revelen ideología, religión, creencias, salud, origen racial, o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o un incapaz (126). En este caso, como el anterior, falta el carácter tendencial de la conducta base –la condición de los datos y su naturaleza no están conectados con la intencionalidad del sujeto activo–, si bien puede convertirse en delito de odio cuando se añada tal motivación.

Por otra parte, Güerri Ferrández (127) acertadamente diferencia los delitos de discriminación de los anteriores: discriminación en el ámbito laboral (art. 314 CP); denegación de prestaciones por un particular encargado de un servicio público o por un funcionario público (art. 511 CP); denegación de prestaciones en actividades profesionales o empresariales (art. 512 CP). Lorenzo Copello también incluye en esta categoría la creación de seres humanos idénticos por clonación

(122) En concreto, acerca de los grupos antirreligiosos y las sectas destructivas, CÁMARA ARROYO, S.: «Consideraciones críticas sobre la tutela penal de la libertad religiosa y los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Tomo 69, 2016, pp. 167 y ss.

(123) En relación a los delitos de odio en esta materia ya me he pronunciado en CÁMARA ARROYO, S.: *Consideraciones...*, *ob. cit.*, pp. 189 y ss.

(124) DÍAZ LÓPEZ, J. A.: *El odio discriminatorio...*, *ob. cit.*, p. 52.

(125) MOVIMIENTO CONTRA LA INTOLERANCIA: *Materiales didácticos...*, *ob. cit.*, p. 25.

(126) MOVIMIENTO CONTRA LA INTOLERANCIA: *Materiales didácticos...*, *ob. cit.*, p. 26.

(127) GÜERRI FERRÁNDEZ, C.: *La especialización...*, *ob. cit.*, p. 6.

u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza (art. 161.2.º CP) (128).

Fuentes Osorio, de acuerdo con su postura de identificación entre odio y discriminación y utilizando la distinción entre «motivo de discriminación» y «selección discriminatoria de la víctima» incluye dentro de esta categoría de «delitos de odio» los siguientes ilícitos penales en diversas categorías (129):

Los que contienen el odio como ánimo aversivo discriminatorio: arts. 510.1.a-b, 515 CP.

Agravados por la concurrencia de motivos discriminatorios como circunstancia genérica (art. 22.4 CP) o específica (arts. 174, 314, 510.2.a), 510.2.b), 511, 512 CP).

Protegen al colectivo con relación a un motivo discriminatorio concreto: delitos de genocidio o de lesa humanidad (arts. 607, 607 bis, 510.1.c) CP), delitos contra los sentimientos religiosos (arts. 522-526 CP).

Agravados por afectar a un grupo vulnerable: arts. 170.1, 197.5 CP.

Además de los tipos penales citados, existe en nuestro sistema la agravante genérica del artículo 22.4 CP (130) que recoge una serie de motivaciones enmarcadas en la intolerancia, los prejuicios y la discriminación (131), tales como: motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad. Como expone Güerri Ferrández resulta criticable la no inclusión de la aporofobia (132) (odio a los pobres), la edad o la situación familiar (133). En mi opinión, tales motivaciones podrían

(128) LAURENZO COPELLO, P.: *La discriminación...*, *ob. cit.*, p. 230.

(129) FUENTES OSORIO, J. L.: *El odio...*, *ob. cit.*, pp. 8 y 9.

(130) Acerca del origen y regulación de esta agravante y su relación con los delitos de odio, DÍAZ LÓPEZ, J. A.: *El odio discriminatorio...*, *ob. cit.*; y, más recientemente, CHACÓN LEDESMA, L.: «Delitos de odio y discriminación en el Código penal», ponencia en I Congreso nacional sobre discriminación y delitos de odio, 2016, p. 2 y ss. Disponible en Internet en: www.federacionkamira.es

(131) Las denominadas por la OSCE-ODIHR como «características protegidas»; MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL: *Legislación...*, *ob. cit.*, pp. 54 y ss.

(132) STS n.º 1160/2006, de 9 noviembre. Un estudio sobre los delitos de odio contra personas sin hogar en Hatento, 2015.

(133) DÍAZ LÓPEZ, J. A.: *El odio discriminatorio...*, *ob. cit.*, p. 236; GÜERRI FERRÁNDEZ, C.: *La especialización...*, *ob. cit.*, p. 7.

quedar englobadas en la expresión circunstancias personales o motivos socioeconómicos (134).

A diferencia de algunos de los delitos de odio que analizaré posteriormente, en el caso de la agravante genérica no se duda de que lleva implícita un elemento subjetivo referido al ánimo específico de actuar por motivos discriminatorios o de intolerancia, debiendo determinarse mediante una injerencia o juicio de valor motivado y excluyendo, por consiguiente, aquellos supuestos en los que estas circunstancias resulten irrelevantes (135).

La inclusión en nuestro sistema de una agravante genérica de tan amplio calado y su compatibilidad con los tipos penales específicos de odio, nos lleva a abordar cuestiones de técnica legislativa. El planteamiento es el siguiente: ¿Es preferible tipificar los delitos de odio como delitos autónomos de la parte especial? o, por el contrario ¿Basta con la inclusión de una agravante genérica? (136) Nuestro legislador, tal vez en un exceso de celo protector, parece haber mezclado ambas opciones (137). Otros países, como EE.UU., entienden que la introducción de una agravante genérica es más respetuosa con el principio de libertad de expresión.

Así, como expone Gómez Martín con motivo de la resolución judicial que puso fin en 1992 al caso *R. A. V. vs St. Paul*, la penalización de las expresiones provocadoras fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema de los EE.UU. Desde entonces, la técnica legislativa empleada de forma dominante por el legislador norteamericano no es otra que la consistente en agravar la pena de determinados delitos cuando su autor los comete impulsado por móviles discriminatorios. De este modo, la técnica legislativa del tipo agravado por la motivación racista era perfectamente compatible con la libertad de expresión y el principio de responsabilidad por el hecho, ya que el

(134) Sobre el alcance de estas expresiones en Derecho penal, en relación con el artículo 66.1.6 CP, CÁMARA ARROYO, S.: «Justicia social y Derecho penal: individualización de la sanción penal por circunstancias socioeconómicas del penado (arts. 66.1.6, 20.7 CP y 7.3 LORRPM)», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Tomo 68, 2015, pp. 237 y ss.

(135) CHACÓN LEDESMA, L.: *Delitos de odio...*, *ob. cit.*, p. 3.

(136) Esta cuestión es abordada por la OCSE-ODIHR, Ministerio de Empleo y Seguridad Social: *Legislación...*, *ob. cit.*, pp. 47 y 48. Al respecto, también DÍAZ LÓPEZ, J. A.: *El odio discriminatorio...*, *ob. cit.*, pp. 76 y ss.

(137) LANDA GOROSTIZA, J. M.: *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del Derecho Penal*, Granada: Comares, 2001, p. 208; DÍAZ LÓPEZ, J. A.: *El odio discriminatorio...*, *ob. cit.*, p. 126.

objeto de sanción no era la motivación interna del sujeto, sino el hecho, objetivo lesivo del bien jurídico (138).

Finalmente, también es necesario mencionar que el artículo 83.1.6.^a CP recoge la obligación de participar en programas formativos de igualdad de trato y no discriminación, como parte de la suspensión de la pena. Se trata de una respuesta «correcional» que puede ser útil en aquellos supuestos leves de delitos de odio cometidos a través de la expresión.

A continuación, me centraré exclusivamente en aquellos delitos de odio que suponen una injerencia en el derecho a la libertad de expresión.

Es bien conocida por todos los juristas la máxima de que no existen los derechos absolutos y que incluso los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente –entre ellos la libertad de expresión– tienen sus delimitaciones y sus límites (139). Por otro lado, también es cierto que el Derecho penal, como medio de control social, restringe determinados comportamientos y, como herramienta de protección de bienes jurídicos, puede llegar a limitar nuestros derechos fundamentales. Ahora bien, de entrada sorprende (para mal) que el

(138) GÓMEZ MARTÍN, V.: «Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 18-20, 2016, p. 6. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-20.pdf>

(139) Así lo expone la reciente STC de 22 de julio de 2015, al manifestar: «la libertad de expresión no es, en suma, un derecho fundamental absoluto e ilimitado, sino que tiene lógicamente, como todos los demás, sus límites, de manera que cualquier expresión no merece, por el simple hecho de serlo, protección constitucional, toda vez que el art. 20.1 a) CE «no reconoce un pretendido derecho al insulto» (SSTC 29/2009, de 26 de enero; 77/2009, de 23 de marzo, y 50/2010, de 4 de octubre). En consecuencia, este Tribunal ha declarado repetidamente que quedan fuera de la protección constitucional del artículo 20.1 a) CE «las expresiones indudablemente injuriosas o sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas». Es decir, las que, «en las concretas circunstancias del caso sean ofensivas u oprobiosas». En la STS 846/2015 de 30 diciembre se afirma que «la simple ligazón con la libertad ideológica o de expresión no legitima la conducta per se situándola por definición al margen del Código Penal. Como tampoco el encaje formal en el tipo penal haciendo abstracción de cualquier otra consideración acarrea automáticamente una condena de esa naturaleza». Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado que «[l]a tolerancia y el respeto de la igual dignidad de todos los seres humanos constituyen el fundamento de una sociedad democrática y pluralista. De ello resulta que, en principio, se puede considerar necesario, en las sociedades democráticas, sancionar e incluso prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia» (STEDH de 16 de julio de 2009, caso Féret c. Bélgica, § 64), del mismo modo que la libre exposición de las ideas no autoriza el uso de la violencia para imponer criterios propios».

discurso haya variado en los últimos años de tal manera que actualmente el Derecho penal sea definido como un medio de limitación de determinados derechos fundamentales, en lugar de lo contrario: que sean los derechos fundamentales recogidos constitucionalmente los que limiten el uso del Derecho penal. Aunque puede parecer una cuestión baladí, considero que es importante este análisis crítico del discurso sobre los límites del Derecho penal, en consonancia con el principio de mínima intervención, carácter subsidiario y de *ultima ratio* del ordenamiento punitivo.

Sentada esta primera reflexión, hay que tener en cuenta que la protección del derecho a la no discriminación y la dignidad de las minorías en el caso del discurso del odio puede entrar en conflicto con la libertad de expresión (140).

Sin embargo, hay quienes entienden que este conflicto es «artificial», como es el caso de Dolz Lago, quien se ha manifestado en los términos siguientes: «no estoy de acuerdo cuando se pretende enfrentar los delitos de odio con las libertades de expresión, manifestación y asociación, ya que el objeto de protección de esos delitos son, precisamente, esas libertades. (...) Se puede decir que sin libertad no existirían los delitos de odio, que son su negación, y sin delitos de odio no hay libertad, que es protegida por ellos» (141).

No comparto la crítica: puede existir un conflicto con determinados derechos fundamentales por un exceso de celo en la protección de libertades que trasgreda los límites del *Ius Puniendi*. No olvidemos que el Derecho penal tiene dos caras diferenciadas: ciertamente, es una herramienta de protección de bienes jurídicos; pero también puede ejercer un control social sobre las conductas de los ciudadanos. No sería la primera vez que, bajo la promesa de una mayor protección, se llega a una represión de determinadas libertades consagradas constitucionalmente. Precisamente ahí es donde se encuentra la permanente tensión en el binomio seguridad/libertad del que tanto se habla. Por otra parte, el uso negligente del Derecho penal puede entrar en conflicto con los derechos fundamentales. Por ejemplo, debido a una mala *praxis* legislativa: de ahí las declaraciones de inconstitucionalidad de preceptos penales como, precisamente, el artículo 607.2 CP relativo al negacionismo.

En relación con algunos de estos efectos perversos del Derecho penal para la libertad de expresión, como bien indica Teruel Lozano, nos encontramos ante un indudable «efecto disuasorio» sobre el ejer-

(140) PORTILLA CONTRERAS, G.: *La represión penal...*, *ob. cit.*, p. 717.

(141) DOLZ LAGO, M. J.: *Oído a los delitos...*, *ob. cit.*, p. 19.

cicio de la libertad de expresión (142), puesto que, ante la falta de taxatividad de los tipos penales que comprenden los delitos de odio cometidos a través del discurso, es posible que los ciudadanos se abstengan de expresarse libremente para evitar el eventual castigo, sean sus expresiones realmente típicas o no desde la perspectiva penal. De este modo, se minimiza el efecto y el contenido de la causa de justificación del ejercicio legítimo de un derecho.

Asimismo, si hablamos del discurso del odio, no toda negación de la libertad debe ser considerada un hecho delictivo. De hecho, como he tenido oportunidad de argumentar en el epígrafe anterior, existen determinados discursos del odio social y legalmente permitidos. La crítica de Dolz Lago es coherente con su entendimiento expansivo del bien jurídico protegido, puesto que considera que los delitos de odio afectan al propio orden constitucional, al conjunto de valores y principios que conforman nuestra democracia. Por el contrario, mi postura los limita a la esfera de la dignidad e igualdad de todos los seres humanos. Considero que los delitos de odio tienen una dimensión humanista y antropocéntrica (143), más alejada de parámetros funcionalistas y estrictamente políticos. No ignoro que los delitos de odio pueden afectar a la cohesión y a la estabilidad social, pero el Derecho penal es solamente un bastión de prevención más; y no precisamente el más efectivo para mantenerlos (144). Hay que tener en cuenta que si bien se suele admitir que el bien jurídico protegido en el Capítulo IV

(142) TERUEL LOZANO, G. M.: «La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del Código penal», en *Indret*, núm. 4/2015, p. 41.

(143) Al respecto, BERNAL DEL CASTILLO, J.: *Política Criminal...*, *ob. cit.*, p. 387 y 2016: 16, ha escrito «el fundamento ético y jurídico de los derechos multiculturales o colectivos se inserta en la dignidad de la persona individual como sujeto cuya dimensión social sustenta la protección de los grupos en los cuales se integra», tesis que me resulta sumamente atractiva puesto que focaliza la cuestión en los bienes jurídicos personales del individuo, aunque tengan posteriormente una dimensión social.

(144) Recuérdense las palabras de la Exposición de Motivos de nuestro Código penal, cuando advertía «se ha procurado avanzar en el camino de la igualdad real y efectiva, tratando de cumplir la tarea que, en ese sentido, impone la Constitución a los poderes públicos. Ciertamente que no es el Código Penal el instrumento más importante para llevar a cabo esa tarea; sin embargo, puede contribuir a ella, eliminando regulaciones que son un obstáculo para su realización o introduciendo medidas de tutela frente a situaciones discriminatorias». Y, sin embargo, a pesar de que la «pretensión del legislador no es la de convertir al Derecho penal en el medio principal de lucha contra los fenómenos discriminatorios, sino solo la de contribuir, de modo complementario, al mandato constitucional de garantizar la igualdad real y efectiva entre todos los ciudadanos (art. 9.2. C. E.), lo cierto es que no son pocos –ni menos aún restringidos– los ámbitos en los que se recurre a la sanción penal como medio de prevención de aquellas conductas.»; LAURENZO COPELLO, P.: *La discriminación...*, *ob. cit.*, p. 223.

del Título XXI del Código penal son los derechos fundamentales y libertades públicas a los que se refiere la Sección Primera del Capítulo II del Título I de la Constitución (arts. 15 a 29), a los que se suma la protección del principio de igualdad ante la ley del artículo 14 CE, lo cierto es que tal protección no goza de un carácter absoluto en la dimensión de los «principios» o «valores» de nuestro sistema constitucional –puesto que, de lo contrario, podría llegarse a considerar contrario a la Constitución no asumir tales principios y valores como propios (totalitarismo), así como algunas formas de proselitismo, en principio, inocuas que traten de convencer a terceros– sino que se circunscribe a «ejercicio» de los mismos.

Por supuesto, se ha admitido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia que el Derecho penal puede contribuir a la moral social, aunque no se identifique con ella. En este sentido, se puede hablar de un efecto «pedagógico» del Derecho penal, por cuanto «los valores de antirracismo o la tolerancia ideológica y religiosa son valores esenciales de la convivencia, y el Derecho penal debe cumplir su función de asentar tales valores en el seno del tejido social» (145); sin embargo, desde una perspectiva técnico-jurídica, para no vulnerar los postulados de seguridad jurídica, debe determinarse con precisión que éste y no otro ha sido el móvil del delito y que éste ha causado un peligro o daño real para bienes jurídicos protegidos personales, por más que algunos hechos ofendan los valores más esenciales de nuestra convivencia.

Además de ello, según rezan las resoluciones del TC, la nuestra no es una «democracia militante», por lo que no es posible que las meras expresiones de un sentimiento de odio afrenten contra un conjunto de valores y principios a los que el ciudadano español libremente, porque así lo permite nuestro orden constitucional, puede renunciar e, incluso, oponerse. En este sentido, debemos recordar las palabras de Lorenzo Copello, cuando acertadamente indica que «la utilización del Derecho penal como medio preventivo no se legitima exclusivamente por la finalidad perseguida con la incriminación de conductas. Solo si dicho objetivo se encauza dentro de los límites del *ius puniendi* podrá admitirse la legitimidad de la intervención penal y desde luego no son pocos los filtros que en este sentido deben superarse» (146). Las razones exclusivamente funcionalistas merman tales filtros y flexibilizan en demasía los límites.

Sin embargo, Lorenzo Copello también parece reconocer que los delitos de discriminación –aún no se hablaba de delitos de odio– atentan contra bienes jurídicos colectivos y contra el modelo de conviven-

(145) SSTS 1145/2006, de 23 de noviembre; 314/2015, de 4 de mayo.

(146) LAURENZO COPELLO, P.: *La discriminación...*, *ob. cit.*, p. 231.

cia trazado por nuestra Constitución: ideas de pluralismo, tolerancia, libertad, igualdad, dignidad y respeto de las diferencias. Ahora bien, puntualiza claramente la autora citada, esto no significa que ambos aspectos necesariamente tengan la misma trascendencia desde el punto de vista de la fundamentación de los preceptos penales: lo que da sentido y concede un contenido específico al trato discriminatorio es su efecto sobre un derecho básico del ser humano y es sin duda ese aspecto el que permite considerarlo merecedor de sanción penal. La perspectiva esencial es, en todo caso, la individual (147).

En el mismo sentido, otros autores, como De Pablo Serrano y Tapia Ballesteros consideran, a mi juicio acertadamente, que el marco de derechos y libertades que garantiza la Constitución es un marco personalista, de modo que las libertades no pueden ser entendidas como funcionales de ningún otro valor al servicio del Estado, de la sociedad o del orden democrático y abierto, es decir, las libertades fundamentales no pueden limitarse por el mero hecho de que se ejerciten con una finalidad anticonstitucional, por lo que el bien jurídico que se establezca para esta clase de delitos habrá de ser compatible con esa vocación abierta del ordenamiento constitucional y ha de tener un sustrato personalista e individual (148). En un similar sentido, Teruel Lozano con razón cuestiona que el límite a la libertad de expresión pueda fundarse en bienes tan abstractos como la «moral», el «valor de la igualdad» o el «derecho a convivir pacíficamente», sostenidos en una concepción supra-individual de la dignidad humana: «llevarían a denegar la protección constitucional a expresiones por la mera contradicción formal frente a tales ideales sociales o jurídicos, creando así una suerte de «orden público constitucional», inadmisibles como límite en un modelo abierto de democracia» (149).

Finalmente, los delitos de odio como construcción conceptual pueden existir en toda clase de regímenes políticos (150), incluso en aquellos en los que no existe el pleno reconocimiento de la libertad de expresión, puesto que serán definidos acorde con ese contexto social y

(147) LAURENZO COPELLO, P.: *La discriminación...*, *ob. cit.*, pp. 239 y ss.

(148) DE PABLO SERRANO, L., y TAPIA BALLESTEROS, P.: *Discurso del odio...*, *ob. cit.*, pp. 1 y 2.

(149) TERUEL LOZANO, G. M.: *La libertad de expresión...*, *ob. cit.*, pp. 16 y 17.

(150) En alusión al argumento esgrimido inteligentemente por el Fiscal precitado, cuando indica que «cuando no existen las libertades citadas –como ocurría en el sistema nazi– tampoco existían, lógicamente, los delitos de odio». En realidad, precisamente en el régimen del III Reich existieron «delitos» que eran meras afrentas al buen curso y sentimiento del pueblo alemán. Cuestión distinta es que la Alemania nazi mantuviera una filosofía política basada en el odio y segregación racial.

político (151) (p.ej.: como delitos de traición a la patria, adscribirse a ideologías o religiones contrarias a las oficiales, motivado por cuestiones socioeconómicas, etc.). Simplemente se invierte el papel del «intolerante» como sujeto activo del delito –que pasa a ser una minoría que odia la ideología de su propio pueblo (152)– o se introducen otros parámetros respecto al sujeto pasivo (por ejemplo, cuestiones diferentes a las ideológicas y religiosas).

Ciertamente, también la postura que se tome respecto a la primacía de uno y otro derecho dependerá de las propias condiciones socio-culturales en las que nos encontremos. Así, como expone Güerri Ferrández, «en los Estados Unidos la libertad de expresión, protegida en la Primera Enmienda de su Constitución, goza de absoluta primacía y cualquier injerencia del Estado en este sentido es rechazada», «en cambio, en Europa occidental el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) del Consejo de Europa reconoce en el artículo 10 el derecho a la libertad de expresión, pero incluye la posibilidad de restricciones en la medida que estas estén «previstas por la ley» y sean «necesarias en una sociedad democrática» (153). En este sentido, como ya se ha visto *supra*, el TEDH se ha pronunciado en repetidas ocasiones (154) afirmando que el discurso del odio está incluido entre aquellos fines legítimos que pueden justificar la injerencia estatal en la libertad de expresión; es más: ha llegado a afirmar

(151) Según indican las investigaciones de la ODIHR y la OCSE, los delitos de odio ocurren en mayor o menor medida en todos los países. Al respecto, MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL: *Legislación...*, *ob. cit.*, p. 12; «Delitos de Odio en la región OSCE: Incidentes y respuestas. Informe anual para 2007» (OSCE/ODIHR 2008) '<http://tandis.odhr.pl>', e informes de seguimiento individual por país de la Comisión europea contra el Racismo y la Xenofobia (ECRI), http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/countrybycountry_en.asp. En este sentido, FUENTES OSORIO, J. L.: *El odio...*, *ob. cit.*, p. 5, advierte que la selección de los distintos motivos discriminatorios a la hora de tipificar esta clase de delitos es diferente en cada país porque en algunos de ellos determinadas conductas «no provocan rechazo social o, incluso, porque se trata de una sociedad con una estructura socio-cultural que no aprecia (o, mejor dicho, no valora) que haya un problema de discriminación en ese aspecto».

(152) Como ha indicado la OSCE-ODIHR, contrariamente a lo que se suele argumentar «aunque los delitos de odio se cometen la mayoría de las veces contra miembros de una comunidad minoritaria, también pueden ocurrir en comunidades mayoritarias»; MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL: *Legislación...*, *ob. cit.*, p. 32.

(153) GÜERRI FERRÁNDEZ, C.: *La especialización...*, *ob. cit.*

(154) Por ejemplo, en Féret c. Bélgica en 2009, Le Pen c. Francia en 2010 o Vejdeland c. Suecia en 2012.

que la incitación a la violencia y al odio son el único límite a la libertad de expresión admisible el ámbito de la disputa política (155).

Sin embargo, se establece una diferenciación entre el discurso de odio de corte social y aquél que puede configurar los tipos penales. El TEDH no ha sido del todo ajeno a esta distinción y, como expone Quesada Alcalá, se ha adscrito a una calificación en tres categorías en relación con el discurso de odio (156): varias sentencias establecen que a los discursos explícitamente racistas o negacionistas no se les aplica la protección correspondiente a la libertad de expresión; en otras resoluciones los discursos menos explícitos, para estar protegidos por la libertad de expresión, habrán de estar sometidos a un análisis detallado de: el contenido, la forma, el tipo de autor y su intención, el impacto sobre el contexto y la proporcionalidad de la sanción; finalmente, un grupo de sentencias hacen alusión a las leyes destinadas a reprimir la blasfemia y los insultos religiosos, en las que se argumenta que no se produce una vulneración de la libertad de expresión cuando, mediante una medida proporcionada, se establecen límites a unas injurias «gratuitas» que no contribuyen a «ninguna forma de debate público capaz de favorecer el progreso en los asuntos humanos». Pese a estas distinciones en el análisis, algunos autores sostienen que, en realidad, el TEDH «no considera amparadas por la libertad de expresión exclusivamente las incitaciones a actos violentos o discriminatorios, que son algo distinto de las meras incitaciones genéricas a sentimientos de odio u hostilidad» (157).

Por otra parte, Alcácer Guirao sostiene que entre la propuesta del TEDH y la de nuestra jurisprudencia constitucional la diferencia esencial radica en que, frente al modelo de democracia establecido por el CEDH, el que deriva de nuestra Constitución no responde a las premisas de una democracia militante, lo que, en esencia, implica un diferente grado de protección del discurso antidemocrático (158). Sobre

(155) SOTO GARCÍA, M.: «Tribunal Europeo de Derechos Humanos –TEDH– Sentencia de 15.03.2011, Otegi Mondragón c. España, 2034/07– «Artículo 10 del CEDH – Libertad de expresión – Límites – Delito de injurias contra el Jefe del Estado – Exhortación a la violencia y discurso de odio» – Los límites de la libertad de expresión en el debate político», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Vol. 16, núm. 42, 2012; GÜERRI FERRÁNDEZ, C.: *La especialización...*, *ob. cit.*

(156) QUESADA ALCALÁ, C.: *La labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos...*, *ob. cit.*, p. 10.

(157) ALASTUEY DOBÓN, C.: *Discurso del odio y negacionismo*, *ob. cit.*, p. 22.

(158) ALCÁCER GUIRAO, R.: *Discurso del odio y discurso político...*, *ob. cit.*, p. 02:08; al respecto, también: LANDA GOROSTIZA, J. M.: *Incitación al odio...*, *ob. cit.*, pp. 324 y ss.; TERUEL LOZANO, G. M.: *La libertad de expresión...*, *ob. cit.*, pp. 7 y ss.; ALASTUEY DOBÓN, C.: *Discurso del odio y negacionismo*, *ob. cit.*, p. 20.

esta cuestión, en un primer momento nuestro TC se mostró favorable a conferir un extra de protección al derecho a la libertad de expresión, limitando las posibilidades de aplicación del Derecho penal en esta clase de conductas. Sin embargo, la jurisprudencia del Alto Tribunal ha ido virando hacia terrenos más expansionistas (159).

En nuestro ordenamiento jurídico penal el artículo 510 CP protege a las minorías del discurso del odio en España. El tipo penal hace alusión a varias modalidades de discriminación por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad. La doctrina está dividida entre quienes lo consideran un adelanto injustificado de la barrera penal contrario a la libertad de expresión y quienes lo juzgan necesario y sitúan el discurso del odio fuera de los límites de ésta.

El TC afirmó la STC 214/1991 de 11 de noviembre que «el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal» se encuentra fuera los límites admisibles para la libertad de expresión. En la misma línea se pronunciaba la STC 176/1995, de 11 de diciembre contra la Editorial Makoki. En esta resolución, se establece un claro límite a la interpretación del discurso del odio, toda vez que el TC argumenta que «es evidente que al resguardo de la libertad de opinión cabe cualquiera, por equivocada o peligrosa que pueda parecer al lector, incluso las que ataquen al propio sistema democrático. La Constitución –se ha dicho– protege también a quienes la niegan». Sin embargo, ambas resoluciones consideraban posible la punibilidad de la simple difamación dirigida a una minoría étnica. Es decir, utilizando los términos diferenciadores anteriormente expuestos, consideraban punible el discurso del odio social, sin que fuera necesaria una incitación directa a la comisión de hechos delictivos. Con base en esta doctrina, algunos autores han argumentado que el adelanto de la barrera punitiva es necesario porque el discurso del odio crea un «caldo de cultivo» que acabará desembocando en crímenes que el Derecho Penal ya no estará a tiempo de prevenir (160). Así, se ha llegado a indicar que «al igual

(159) LANDA GOROSTIZA, J. M.: *Incitación al odio...*, *ob. cit.*; QUESADA ALCALÁ, C.: *La labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos...*, *ob. cit.*, p. 15.

(160) AGUILAR GARCÍA, M. A.: «La reforma del artículo 510 del Código Penal», en *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 86, 2011; el mismo: *Manual práctico...*, *ob. cit.*, p. 36; BORJA JIMÉNEZ, E.: *Violencia y criminalidad racista en Europa occidental: la respuesta del Derecho penal*. Granada: Comares, 1999, p. 289; DOLZ LAGO, M.: *Oído a los delitos...*, *ob. cit.*; recogiendo estas opiniones, GÜERRI FERRÁNDEZ, C.: *La especialización...*, *ob. cit.*, p.

que la propaganda precede a la acción, el discurso de odio precede al delito» (161).

Posteriormente, la STC 235/2007 de 7 de noviembre, inclinó la balanza hacia la libertad de expresión (162), estableciendo que ésta no puede restringirse «por el hecho de que se utilice para la difusión de ideas u opiniones contrarias a la esencia misma de la Constitución». Por tanto, cualquier interpretación de los tipos penales «implica la necesidad de diferenciar claramente entre las actividades contrarias a la Constitución, huérfanas de su protección, y la mera difusión de ideas e ideologías», aunque éstas sean incómodas, polémicas, odiosas e, incluso, contrarias a la Constitución. Posicionándose en esta última línea, autores como Rey Martínez (163), Quesada Alcalá (164), Portilla Contreras (165), Fuentes Osorio (166) o Alcácer Guirao (167), consideran que solamente es posible la tipificación de aquél discurso del odio que suponga una incitación directa a la violencia contra ciertos grupos o al menosprecio hacia las víctimas, esto es, que no se trate tan solo de una mera adhesión ideológica a posturas políticas, lo que sí estaría cubierto por el artículo 16 CE en conexión con el artículo 20 CE. En concreto, el último de los autores citados, expone claramente que el *Ius Puniendi* no debe usarse contra el discurso del odio, pues lo único que puede hacer el Estado es proporcionar medios para un discurso de defensa efectivo.

La STC 177/2015, de 22 de julio, advierte sobre la peculiar dimensión institucional de la libertad de expresión, en cuanto que garantía para «la formación y existencia de una opinión pública libre», que la convierte «en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática».

(161) IBARRA, E.: *Semiótica de la intolerancia...*, *ob. cit.*, p. 6.

(162) SUÁREZ ESPINO, M. L.: «Comentario a la STC 235/2007, de 7 de noviembre, por la que se declara la inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio», en *Indret*, núm. 2/2008.; LASCURÁIN SÁNCHEZ, J. A.: «La libertad de expresión tenía un precio. (Sobre la STC 235/2007, de inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio)», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2010, pp. 69 y ss. No obstante, es cierto que la sentencia no fue unánime, conteniendo algunos votos particulares favorables a la condena, RAMOS VÁZQUEZ, J. A.: «La declaración de inconstitucionalidad del delito de «negacionismo» (art. 607.2 del Código Penal)», en *Revista penal*, núm. 23, 2009.

(163) REY MARTÍNEZ, F.: *Discurso del odio...*, *ob. cit.*

(164) QUESADA ALCALÁ, C.: *La labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos...*, *ob. cit.*, p. 16.

(165) PORTILLA CONTRERAS, G.: *La represión penal...*, *ob. cit.*, p. 726.

(166) FUENTES OSORIO, J. L.: *El odio...*, *ob. cit.*, p. 49, quien propone «limitar el discurso del odio a los casos en los que se constate la existencia de una incitación pública directa a la comisión de delitos (contra la vida, integridad personal, libertad) por motivos discriminatorios».

(167) ALCÁCER GUIRAO, R.: *Discurso del odio y discurso político...*, *ob. cit.*

Será, por tanto, importante que este derecho «goce de un amplio cauce para el intercambio de ideas y opiniones», que ha de ser «lo suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angostura; esto es, sin timidez y sin temor». Así, la libertad de expresión comprende la libertad de crítica «aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática»; y que la libertad de expresión vale no solo para la difusión de ideas u opiniones «acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población», ya que en nuestro sistema «no tiene cabida un modelo de ‘democracia militante’, esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución (168). (...) El valor del pluralismo y la necesidad del libre intercambio de ideas como sustrato del sistema democrático representativo impiden cualquier actividad de los poderes públicos tendente a controlar, seleccionar, o determinar gravemente la mera circulación pública de ideas o doctrinas». Sin embargo, respecto a la posibilidad de limitación de este derecho, «se pudiera considerar necesario en las sociedades democráticas sancionar e incluso prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia y que, del mismo modo, la libre exposición de las ideas no autoriza el uso de la violencia para imponer criterios propios». De este modo, se establece un criterio para diferenciar entre ambos extremos, siendo necesario «dilucidar si los hechos acaecidos son expresión de una opción política legítima, que pudieran estimular el debate tendente a transformar el sistema político, o si, por el contrario, persiguen desencadenar un reflejo emocional de hostilidad, incitando y promoviendo el odio y la intolerancia incompatibles con el sistema de valores de la democracia».

Siguiendo esta línea de argumentación, la STC 177/2015 pone de manifiesto los riesgos derivados de la utilización del Derecho penal en la respuesta estatal ante un eventual ejercicio, extralimitado o no, del derecho a la libertad de expresión por la desproporción que puede suponer acudir a esta potestad y el efecto desaliento que ello puede generar. Así, en dicha resolución se afirma que los límites a los que está sometido el derecho a la libertad de expresión deben ser siempre

(168) STC 48/2003, de 12 de marzo. Con una interpretación más restringida de esta expresión, véanse la STS de 10 de mayo de 2011 y STS de 28 de diciembre de 2011.

ponderados con exquisito rigor, habida cuenta de la posición preferente que ocupa la libertad de expresión, cuando esta libertad entra en conflicto con otros derechos fundamentales o intereses de significada importancia social y política respaldados por la legislación penal. A ese respecto se incide en que, cuando esto sucede, esas limitaciones siempre han de ser interpretadas de tal modo que el derecho fundamental a la libertad de expresión no resulte desnaturalizado, lo que, obliga al Juez penal a tener siempre presente su contenido constitucional para «no correr el riesgo de hacer del Derecho penal un factor de disuasión del ejercicio de la libertad de expresión, lo que, sin duda, resulta indeseable en el Estado democrático».

Finalmente, la STC 112/2016, de 20 de junio de 2016, recogiendo todos los argumentos anteriormente señalados, se ocupa de la cuestión de la eventual incidencia que podría tener la sanción de un delito de enaltecimiento del terrorismo en el derecho a la libertad de expresión. Concluye el TC que la sanción de este tipo de conductas supone una «legítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión de sus autores en la medida en que puedan ser consideradas como una manifestación del discurso del odio por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades». Como se puede apreciar, la nueva línea interpretativa del TC se anexiona los postulados europeos acerca del TEDH, si bien mantiene la necesidad de que el discurso del odio incite, provoque o aliente a la comisión de hechos delictivos para su tipificación.

Algunas de las sentencias citadas han dado lugar a votos particulares de especial interés respecto a la problemática aquí trabajada. Así, la última de las sentencias citadas contiene el voto particular formulado por el Magistrado D. Juan Antonio Xiol Ríos (169), quien se muestra discrepante con el fallo desestimatorio de la sentencia, aduciendo los siguientes fundamentos:

a) El derecho a la libertad de expresión se encuentra íntimamente ligado a la democracia y es uno de los mejores indicadores de su calidad. Es uno de los pilares de una sociedad libre y democrática.

b) El haz de garantías que dispensa el derecho a la libertad de expresión no resulta relevante respecto de manifestaciones acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes. Su campo de

(169) Y, como el propio Magistrado reconoce, no es el único que ha emitido respecto a las restricciones de la libertad de expresión. Véanse: SSTC 73/2014, de 8 de mayo; 18/2015, de 16 de febrero; 65/2015, de 13 de abril, y 177/2015, de 22 de junio.

actuación es, precisamente, aquellas manifestaciones más extremas en que la discrepancia valorativa sea radical en relación con el propio sistema, por la conexión que tienen con una sociedad democrática los principios del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, a los que sirve la libertad de expresión.

c) Es necesario profundizar en el estudio de los elementos que posibilitan la represión penal de conductas de justificación de la violencia y discurso del odio desde la perspectiva del derecho a la libertad de expresión. Así, el Magistrado hace alusión a los siguientes: un análisis más detenido sobre la relevancia que en esta valoración puede tener el mayor o menor impacto de difusión pública dependiendo de la naturaleza de la conducta desarrollada; circunstancias personales de quien realiza la conducta; que la conducta desarrollada coincidiera en el tiempo con actos hostiles hacia las personas afectadas o que se acreditara un contexto de violencia en que esa manifestación hubiera tenido alguna influencia; las concretas manifestaciones proferidas, esto es, que las expresiones utilizadas puedan ser identificadas como defensa de actitudes violentas.

d) Lo determinante desde el punto de vista constitucional, y a cuya exigencia está sujeto el órgano judicial penal, es que la conducta enjuiciada, más allá del estricto cumplimiento de los elementos objetivos y subjetivos del delito, suponga una incitación, aunque sea indirecta, a la violencia.

De manera paralela, con lógicas referencias a la doctrina constitucional, la jurisprudencia de la Sala 2.^a del TS también ha seguido una senda cada vez más incriminadora. Así, mientras que en un primer momento se mostraba más restrictivo frente a las injerencias del Derecho penal en la libertad de expresión en materia del discurso del odio, en los últimos años hemos sido testigos de polémicas condenas por delitos de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas cometidas a través de las Redes Sociales en la forma de chistes de humor negro. Ciertamente, en descargo de los magistrados del Tribunal Supremo siempre podríamos acudir al aforismo «*dura lex, sed lex*», por cuanto tienen que aplicar el delito cuando se cumplan todos los requisitos, objetivos y subjetivos aun cuando no estén de acuerdo con su contenido, en cuyo caso solamente podrían acudir a la previsión del artículo 4.3 CP para la promover la derogación o modificación del precepto, sin perjuicio de ejecutar, desde luego, la sentencia. Sin embargo, la labor de los Tribunales no puede limitarse a un mecanismo estrictamente formal de interpretación y aplicación de los preceptos penales limitándose a constatar la literalidad del precepto y castigando en consecuencia.

Así, queda ya lejana la argumentación de la STS 259/2011, de 12 de abril, que si bien no negaba la posibilidad de castigar la «divulgación del discurso del odio», toda vez que se tratara de una conducta o actitud que implicase «actos de discriminación», limitaba sin embargo su ámbito de aplicación de «manera drástica» (170). Así, se utilizaba el artículo 18 CP, relativo a la provocación y a la apología, como base interpretativa de la tipificación penal del discurso del odio. De esta manera, para evitar cualquier colisión con el derecho a la libertad de expresión, solamente resultarían punibles aquellos actos que supongan «una incitación directa a la comisión de hechos mínimamente concretados de los que pueda predicarse la discriminación, el odio o la violencia contra los referidos grupos o asociaciones y por las razones que se especifican en el artículo». Y es que, como afirma la resolución analizada, «la expresión o difusión de ideas violentas no puede ser identificada con la violencia que contienen a efectos de su persecución, que sin embargo se justifica cuando supongan una incitación a hacerla efectiva», puesto que «la superación de los límites de los ámbitos protegidos por las libertades ideológica y de expresión, no implica directamente la tipicidad de las conductas», sino solamente «cuando la difusión, atendiendo a la forma y el ámbito en que se lleva a cabo y a lo que se difunde, implique un peligro cierto de generar un clima de hostilidad que pueda concretarse en actos específicos de violencia, odio o discriminación contra aquellos grupos o sus integrantes como tales».

El criterio limitador del «peligro cierto» es especialmente importante, debido a que la vigente regulación de algunos delitos de odio admiten también la incitación «indirecta» a la comisión de actos violentos.

En mi opinión, llegados a este punto existen dos frentes diferentes de debate para tratar de arrojar algo de luz sobre la punibilidad de los delitos de odio y su conceptualización como límites al derecho a la libertad de expresión.

1) En primer lugar, en gran medida la solución puede encontrarse en la propia delimitación del concepto de delito de odio anteriormente expuesto, conjugándolo con los límites propios del Derecho penal. En efecto, atendiendo a los principios limitadores del *Ius Puniendi*, habrá que dar la razón a quienes argumentan que si lo que

(170) CUEVA FERNÁNDEZ, R.: *A propósito de la Sentencia...*, ob. cit., p. 102. Sobre los supuestos prácticos que consideraron no aplicable el artículo 510 CP antes de su reforma, véase RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S.: «El ámbito de aplicación del actual artículo 510 CP en retrospectiva y en prospectiva tras la reforma penal de 2015», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 12, 2014, pp. 192 y ss.

pretenden provocar los crímenes de odio es propagar la intolerancia entre la población, polemizar en el debate político con un «lenguaje del odio» e, incluso, crispas a algunos sectores de la población, ello queda fuera de las finalidades preventivas del Derecho penal en tanto que el odio no es más que un sentimiento (171). Un sentimiento muy negativo y reprochable que obedece a la estrechez de miras de su poseedor –de acuerdo– pero queda fuera de la esfera de exclusiva protección de bienes jurídicos del Derecho penal.

Sin ánimo de trivializar la gravedad de esta clase de delitos, sería tanto como penar la apología de generar un sentimiento de odio e intolerancia en la población y eso no es lo relevante. En este sentido, como afirma Cueva Fernández, el sentimiento de odio se refiere «a un fuero interno que, por lo demás, no tiene porqué implicar automáticamente ningún tipo de conducta» (172). Estaré de acuerdo en que la generación de un clima de odio es un caldo de cultivo para la reproducción de delitos posteriores (173), tanto como para la génesis de ciudadanos descerebrados motivados por la intolerancia. No obstante, mientras que tal incitación al odio debe preocuparnos como ciudadanos (y mucho); quedada fuera de las competencias del penalista en tanto no se transmute en incitación a la comisión de hechos delictivos. Adelantar de este modo la barrera de punición del Estado nos llevaría a tener que castigar penalmente todas aquellas manifestaciones que, de manera indirecta, generen un clima social de crispación, discriminación e intolerancia (174). Ello tendría una incidencia directa en declaraciones sobre economía, política social, etc., así como en otros

(171) En este sentido, véase la acertada crítica de LANDA GOROSTIZA, J. M.: *La política criminal...*, *ob. cit.*, p. 132, cuando indica que el odio es un «sentimiento y no una conducta». En términos similares, LAMARCA PÉREZ, C.: «Delitos contra el orden público», en ALONSO DE ESCAMILLA, A., LAMARCA PÉREZ, C., RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. Y MESTRE DELGADO, E.: *Delitos. La parte especial del Derecho penal*. Madrid: Dykinson, 2016, p. 943, quien indica que el concepto de provocación al odio «alude a sentimientos o emociones y no a acciones y cuya inclusión en esta sede resulta, por tanto, no ya solo contrario al principio de legalidad sino al de intervención mínima». SAP de Barcelona, de 29 de junio de 2012: «el odio como concepto es desafortunado por cuanto se trata de una apelación a los sentimientos difícilmente de exteriorizar y por tanto de difícil probanza». Memoria FGE del año 2009, p. 1054: «se presta a no pocos problemas la interpretación de los términos “odio”, “violencia” y “discriminación” siendo deseable la utilización de términos menos indeterminados y que no se presten a la imaginación jurisprudencial».

(172) CUEVA FERNÁNDEZ, R.: *A propósito de la Sentencia...*, *ob. cit.*, p. 105.

(173) RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: *La tutela penal...*, *ob. cit.*, p. 82; FUENTES OSORIO, J. L.: *El odio...*, *ob. cit.*, p. 10.

(174) Conductas muy alejadas de la lesión del bien jurídico y, por tanto, vulneradoras del principio de mínima intervención del Derecho penal; GARCÍA ÁLVAREZ, P.: *El Derecho penal y la discriminación*. Especial referencia al extranjero como

ámbitos de la vida social en los que se puede generar tal clima de odio (como es el caso, por ejemplo, de los deportes). En una democracia supuestamente «no militante» como la nuestra, el discurso de la intolerancia que no suponga un peligro cierto y real de comisión de delitos, debe ser atajado desde las instancias educativas, no con el castigo penal.

Ahora bien, esto no supone en modo alguno que los delitos de odio deban de ser desterrados sin más de nuestro arsenal punitivo en la esfera de las declaraciones. Solamente se ha establecido un límite al alcance del castigo de los mismos, amparándonos en los límites constitucionales de la libertad de expresión.

Es perfectamente plausible que un delito de odio basado en el discurso de la intolerancia sea sancionable penalmente, si se interna de lleno en la senda de los actos preparatorios punibles reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico penal. Es decir, es perfectamente posible el castigo de la *provocación* o la *apología*, mediante el discurso del odio, para la comisión de delitos por razón de la intolerancia.

El matiz es importante: no podemos castigar la apología y la provocación del sentimiento de odio entre la población, pero sí podemos castigar la apología y la provocación de delitos motivados por la intolerancia.

Por tanto, una vez conceptualizado el alcance de los delitos de odio en su modalidad de expresión, será preciso analizar si es posible determinar la existencia de un peligro real y cierto de comisión de hechos delictivos mediante la denominada *incitación indirecta*.

2) Asimismo, la cuestión precedente nos lleva a un segundo punto de análisis necesario: para evitar vulnerar el derecho a la libertad de expresión, será necesario un análisis concienzudo de la parte subjetiva de los tipos penales pertenecientes a la tipología de delitos de odio.

Así, como expone Alcácer Guirao, será relevante trazar la diferencia entre expresiones que tienen el «deliberado ánimo de provocar la violencia o la discriminación» –y, en el caso de determinados colectivos de víctimas, debe añadirse el ánimo de injuriar o humillar– de aquellas conductas que «por el empleo de un lenguaje virulento u hostil hacia algún grupo o colectivo social, puedan ser idóneas para generar reacciones de rechazo hacia esos grupos en la opinión pública». La

víctima de discriminaciones penalmente relevantes. Valencia: Tirant Lo Blanch., 2004, p. 239.

lectura jurídico-penal de esa diferencia se encuentra referida a configuración del dolo exigido por el tipo (175).

Desde una perspectiva subjetiva, refiriéndonos a hechos delictivos de eminente carga tendencial puede asegurarse que todas las conductas calificadas como discurso del odio persigan la creación de un clima social de hostilidad –esto es, supongan un «peligro real y cierto»– contra aquellas personas que pertenezcan a un determinado grupo; como desde una perspectiva objetiva, tampoco es posible afirmar que todo discurso del odio sea idóneo para conseguir tales fines.

La interpretación en sentido opuesto –la actual– amplía las puertas a una masiva criminalización de determinados aspectos de la realidad social que, por mucho que nos resulten desagradables a los que no pensemos de la misma forma, quedan amparados por la libertad de expresión.

En este sentido, como trataré de exponer, prescindir de determinados elementos subjetivos en los delitos de odio supone dirigirnos hacia un automatismo inflexible en la aplicación de la norma. No es algo nuevo en las últimas reformas penales y en su exégesis jurisprudencial: se trata de un «curioso» proceso legislativo e interpretativo, que podría denominarse «objetivación de lo subjetivo y subjetivización de lo objetivo».

Es frecuente que las más recientes líneas jurisprudenciales traten de prescindir de los elementos subjetivos específicos de los tipos penales más allá del dolo genérico (176). Y ello, entiendo, por dos principales motivos en lo que se refiere a nuestro objeto de estudio:

a) Por las dificultades que entraña el análisis de los aspectos internos que pertenecen al «arcano» de la conciencia humana.

(175) ALCÁCER GUIRAO, R.: *Discurso del odio y discurso político...*, *ob. cit.*, p. 02:16.

(176) Así, por ejemplo, la STS 846/2015, de 30 de diciembre, expone: «la doctrina más moderna y también el Código Penal de 1995 han abandonado las añejas construcciones sobre elementos subjetivos especiales en los delitos paralelos de injuria y calumnia, levantadas sobre una frágil base gramatical (el término es interpretado en clave finalística). La teoría del *animus iniuriandi* en los delitos de injuria y calumnia ya se abandonó. Basta un dolo genérico». La STS de 22 de junio de 2016, indica: «la doctrina de esta Sala ya ha excluido el ánimo libidinoso de los delitos de abusos sexuales, siendo lo relevante que el acto sexual en sí mismo considerado constituye un acto atentatorio contra la indemnidad sexual de la víctima, objetivamente considerado, cualquiera que sea el móvil que tuviera el autor de la acción». Incluso cuando los elementos subjetivos del tipo penal se encuentran explícitamente contenidos en la redacción de los preceptos son interpretados de modo muy difuso, hasta el punto de que algunos autores entienden que han sido «devaluados»; véase MESTRE DELGADO, E.: *Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*, en ALONSO DE ESCAMILLA, A., LAMARCA PÉREZ, C., RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. Y MESTRE DELGADO, E.: *Delitos. La*

b) Porque expresamente no se encuentran recogidas en la descripción del tipo penal, de modo que, para evitar vulneraciones del principio de legalidad, se eliminan de la exégesis de la norma.

Acerca de lo primero, bien podría argumentarse que, pese a que se trata ciertamente de una dificultad probatoria (177), existen modos de llevarla a cabo mediante un estudio pormenorizado e individualizado de cada supuesto concreto. Como he recogido más arriba a modo de ejemplo, pueden recogerse criterios de inferencia más o menos taxativos para identificar aquellos discursos que verdaderamente se internen en la senda de los actos preparatorios punibles o tengan la finalidad de vulnerar la integridad moral de las víctimas. Entre las que ya se han incluido, pueden añadirse (178):

1. La valoración de las medidas preventivas adoptadas por el que ejercita la libertad de expresión en orden a evitar hipotéticas lesiones en la sensibilidad de terceros («actitudes, observadas por el que ejercita el derecho a la libertad de expresión para evitar daños a terceros»).

2. Ponderación entre el marco legítimo de la crítica o la opinión y el uso abusivo de la libertad de expresión que lesiona los derechos de terceros.

3. Diferenciación entre las lesiones «legítimas» –se puede producir la lesión desde un punto de vista sociológico, pero no en térmi-

parte especial..., *ob. cit.*, p. 331, quien expone respecto al ánimo de lucro: «La jurisprudencia ha ido difuminando progresivamente, sin embargo, el alcance de esta expresión (...). La exigencia del ánimo de lucro en estos delitos ha perdido, de este modo, su significado originario, y aun su utilidad». Por otra parte, sin embargo, cuestiones de significación, objetiva se han plasmado en la norma penal desde una perspectiva subjetiva. Tal es el caso de la regulación de los estados peligrosos fuera de los supuestos definidos y tasados por el legislador en la regulación de las medidas de seguridad, siendo posible discrecionalmente la aplicación de la libertad vigilada como medida postpenitenciaria a sujetos plenamente imputables que no se encuentran inmersos en tales situaciones, objetivas. Al respecto, CÁMARA ARROYO, S.: «La peligrosidad criminal del delincuente», en *Derecho y Cambio Social*, núm. 51, 2018, p. 17.

(177) AGUILAR GARCÍA, M. A. (Dir.) et al. (2015): *Manual práctico...*, *ob. cit.*, p. 90.

(178) Por ejemplo, los desarrollados por un sector de la doctrina eclesiasticista para los delitos de odio en materia de ofensas a los sentimientos religiosos: FERREIRO GALGUERA, J.: *Los límites de la libertad de expresión: la cuestión de los sentimientos religiosos*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1996. Al respecto, también MARTÍNEZ-TORRÓN, J.: «Libertad de expresión y libertad de religión. Comentarios en torno a algunas recientes sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 11, 2006; el mismo: «Libertad de expresión y libertad religiosa en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, Vol. 16, núm. 1, 2008.

nos jurídicos (lo que equivale, según alcanzo a entender, en términos jurídico-penales, a la interposición de una causa de justificación dentro del ejercicio legítimo de un derecho o de una exención de la punibilidad)– y lesiones ilegítimas, tanto sociológica como jurídicamente;

4. Delimitación de las meras expresiones críticas, satíricas, irónicas, etc., y la incitación a la comisión de hechos delictivos contra determinados colectivos (*hate speech*).

5. Gravedad concreta de las expresiones, el contexto, alcance y lugar en el que se han emitido, etc.

En segundo lugar, la determinación de esta clase de criterios de inferencia e, incluso, el análisis del contexto concreto y las circunstancias del sujeto activo pueden ser derivados a la labor auxiliar de otras ciencias en el marco de un proceso penal. De este modo, la participación de psicólogos o la efectiva –y tan reclamada– integración de los criminólogos como asesores en los procesos penales pueden ser de gran utilidad en esta clase de supuestos.

Respecto a la segunda de las razones aducidas, los elementos subjetivos específicos en esta clase de delitos habitualmente se había entendido, con razón, implícitamente recogido en el tipo siendo necesario para que la conducta fuera tenida por delictiva. Aunque tal parece ser la interpretación más coherente, la nueva línea jurisprudencial sobre los delitos de odio podría dejar de tener en consideración esta cuestión dando lugar a la aplicación de los preceptos desde una perspectiva formalista.

Los automatismos son el enemigo del Derecho penal ilustrado enmarcado en un Estado social y democrático de Derecho. Se trata de inflexibilidades del sistema que llevan a aplicar la norma sin atender a las circunstancias concretas del caso. La aplicación rigorista de la norma sin atender al análisis de los elementos subjetivos específicos de los tipos penales lleva irremisiblemente a la búsqueda de finalidades exclusivamente «defensistas».

VI. LA INCITACIÓN AL ODIO, LA HOSTILIDAD, LA DISCRIMINACIÓN Y LA VIOLENCIA POR MOTIVOS DE INTOLERANCIA: ARTÍCULO 510 CP

El artículo 510 CP que, para algunos autores, como Gómez Martín, es «uno de los más destacados instrumentos político-criminales con los que cuenta el sistema penal español en la lucha contra el racismo, la xenofobia, la homofobia y toda suerte de

discriminación» (179) ha tenido una difícil construcción legislativa y una más compleja aún interpretación jurisprudencial. Tan tortuoso ha sido el alumbramiento de este tipo penal que el resultado final es una suerte de «aborto» legislativo, un «auténtico engendro penal» en el que, como acertadamente expone Teruel Lozano, se ha querido castigar de una forma más que exhaustiva toda forma de discurso del odio, identificándose erróneamente «discurso del odio» con «delito de odio» (180). La citada STS 259/2011 expuso en términos meridianamente claros que la sanción penal de los delitos de odio a través del lenguaje de la intolerancia puede justificarse mientras requiera de la existencia de algún peligro para el bien jurídico protegido que, aunque sea abstracto, tiene que ser *real y no presunto*. En consecuencia, resulta preciso para que se produzcan los elementos del tipo que «se trate de una incitación directa a la comisión de hechos mínimamente concretados de los que pueda predicarse la discriminación, el odio o la violencia contra los referidos grupos o asociaciones y por las razones que se especifican en el artículo».

La observación de estas líneas nos lleva a concluir que cualquier provocación que estimule aquellas ideas debe de interpretarse en el sentido fijado por el artículo 18.1 CP (181). *Incitar* es una modalidad de *inducir*, que se caracteriza por la mayor intensidad de la manipulación psicológica que hace nacer la intención delictiva en su sujeto. Por otra parte, inducir significa *provocar*, ser el motor o la causa de una conducta ulterior. La diferencia radica en que, si finalmente se realiza tal conducta posterior, hablaremos de inducción (182), mientras que la incitación o provocación se considera un acto preparatorio punible.

(179) GÓMEZ MARTÍN, V.: *Incitación al odio...*, *ob. cit.*, p. 2.

(180) TERUEL LOZANO, G. M.: *La libertad de expresión...*, *ob. cit.*, p. 32.

(181) De la misma opinión, CANCIO MELIÁ, M.: «Artículo 510», en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.)/Jorge Barreiro, A. (Coord.): *Comentarios al Código penal*. Madrid: Civitas, 1997, p. 1274; TAMARIT SUMALLA, J. M.: «Artículo 510» y «Artículo 607», en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Pamplona: Aranzadi, 2011, p. 2050; MUÑOZ CONDE, 2013: 766; PORTILLA CONTRERAS, G.: *La represión penal...*, *ob. cit.*, p. 726; en contra, AGUILAR GARCÍA, M. A. (Dir.) et al.: *Manual práctico...*, *ob. cit.*, p. 209, entendiendo que esta interpretación llevaría a una doble inconsistencia: a) sería imposible determinar qué delitos en preparación quedan contenidos en este precepto; y, por otro lado, b) se vulneraría el principio de proporcionalidad al establecer el artículo 510 CP penas más elevadas que los delitos base.

(182) JERICÓ OJER, L.: «El caso del Imán de Fuengirola: ¿auténtica comisión del delito de provocación a la violencia (art. 510.1 CP)?», en *Revista Penal*, núm. 18, 2006, pp. 153-175.

Sin embargo, la nueva redacción del artículo 510 CP (183) suprime término provocación (184), en lo que se ha entendido como una clara voluntad de desvincular las conductas descritas en este artículo y las mencionadas en el 18 CP (185). Por otra parte, se incluyen los verbos *fomentar* y *promover*, considerados sinónimos entre sí y con un significado muy parecido a incitar (186), si bien algunos autores los han identificado con conductas de favorecimiento más indirectas (187). Así, fomentar significa literalmente excitar o impulsar algo, de manera análoga a promover que supone impulsar el desarrollo o la realización de algo, en este caso, conductas delictivas. Como puede observarse, en realidad la desvinculación entre la provocación y los verbos típicos utilizados en el precepto no es absoluta en términos lingüísticos.

Como expone contundentemente Lamarca Pérez, «la acción, en definitiva, aunque quizás ahora tras la reforma con carácter más amplio, consiste en una provocación, esto es, en realizar un acto preparatorio de un delito, concepto que, con carácter general, está definido en el artículo 18 del CP como incitación directa por medios que faciliten la publicidad» (188). Se trata de conductas que se encuentran en «límite de la participación intentada» (189). En consecuencia:

(183) Sobre una crítica a la redacción del precepto en el proyecto de reforma del Código penal de 2013, ALASTUEY DOBÓN, 2014.

(184) Favorable a la sustitución del verbo AGUILAR GARCÍA, M. A.: *La reforma...*, *ob. cit.*, p. 8. Estas modificaciones han sido vistas como «una primera lectura positiva» por DE PABLO SERRANO, L. y TAPIA BALLESTEROS, P.: *Discurso del odio...*, *ob. cit.*, p. 5, si bien acertadamente a reglón seguido exponen, de manera análoga a lo aquí expuesto, que «aunque es digna de alabanza la sustitución de «provocación» por «fomentar, promover o incitar», fomentar y promover son términos equivalentes que, en realidad, significan lo mismo que incitar, de manera que su previsión alternativa en el tipo resulta superflua y contribuye al mantenimiento de la indeterminación del delito».

(185) ALASTUEY DOBÓN, C.: *Discurso del odio y negacionismo*, *ob. cit.*, p. 16. AGUILAR GARCÍA, M. A. (Dir.) et al.: *Manual práctico...*, *ob. cit.*, p. 203.

(186) ROIG TORRES, M.: «Los delitos de racismo y discriminación (arts. 510, 510 bis, 511 y 512)», en VV. AA.: *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 1255; TAPIA BALLESTEROS, P.: *Artículo 510...*, *ob. cit.*, p. 186; GASCÓN CUENCA, A.: «La nueva regulación del discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: la modificación del artículo 510 CP», en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 32, 2015, p. 75; FUENTES OSORIO, J. L.: *El odio...*, *ob. cit.*, p. 14.

(187) AGUILAR GARCÍA, M. A. (Dir.) et al.: *Manual práctico...*, *ob. cit.*, p. 203.

(188) LAMARCA PÉREZ, C.: *Delitos...*, *ob. cit.*, p. 942; AGUILAR GARCÍA, M. A. (Dir.) et al.: *Manual práctico...*, *ob. cit.*, p. 203.

(189) PORTILLA CONTRERAS, G.: *La represión penal...*, *ob. cit.*, p. 717; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal: Parte especial*. 21.^a Ed. Valencia: Tirant lo Blanch., 2017, p. 701; siguiendo a los autores citados, MARTÍNEZ MUÑOZ, C. J.: *Ilícitos penales...*, *ob. cit.*, p. 4.

cambiarlo todo para que nada cambie, práctica lampedusiana a la que nos tiene acostumbrados el legislador de los últimos tiempos.

Frente a esta interpretación, debido a los problemas de proporcionalidad y de determinación de los delitos base sobre los que estaba sustentado este acto preparatorio punible (190), se impone aquella que interpreta el artículo 510 CP como un delito de provocación *sui generis* (191), basado en lo dispuesto en el artículo 18.1 CP, pero autónomo a éste. De este modo, lo que se castigaría no es la provocación a la comisión de delitos basados en la intolerancia o la discriminación, sino directamente la provocación a la intolerancia, el odio y la discriminación. Por consiguiente, tal y como expresan De Pablo Serrano y Tapia Ballesteros, «más allá de la oportunidad y acierto del CP, es indudable que el legislador castiga el puro discurso del odio (*hate-speech*), esto es, la difusión y manifestación de odio a través de la palabra (o imágenes)» (192). El problema aparejado a esta orientación del tipo penal es que no se realiza distinción alguna respecto al alcance y significado del «discurso del odio». Esta forma de entender el tipo penal ha llevado a algunos autores, como Bernal del Castillo (193) o Del Rosal Blasco (194), a indicar que estamos ante una manifestación del denominado Derecho penal de autor, puesto que literalmente la conducta consistiría en «despertar en terceros una actitud interna de rechazo hacia personas de otra raza u orientación sexual, sin necesidad de que tal actitud interna acabe traducándose en la comisión de delito discriminatorio o violento alguno», lo que más allá del merecido reproche moral supone el uso del Derecho penal como herramienta de protección de «intereses exclusivamente morales» (195).

(190) GÓMEZ MARTÍN, V.: *Incitación al odio...*, *ob. cit.*, pp. 7 y 8. Lo cual, como advierte el autor citado, no es del todo imposible puesto que algunos delitos de discriminación están perfectamente identificados en nuestra norma penal. El problema principal, no obstante, era interpretar el concepto de «delito de odio» como una tipología delictiva normativa, lo que, como ya se ha advertido no es posible en nuestro sistema penal. Ahora bien, conforme a la conceptualización que he abordado en los epígrafes anteriores, sería posible una interpretación más taxativa de los delitos base en los que está fundamentado el artículo 510 CP como modalidad específica de provocación.

(191) AGUILAR GARCÍA, M. A. (Dir.) ET AL.: *Manual práctico...*, *ob. cit.*, pp. 214 y 215; GÓMEZ MARTÍN, V.: *Incitación al odio...*, *ob. cit.*, pp. 11 y ss.

(192) DE PABLO SERRANO, L. y TAPIA BALLESTEROS, P.: *Discurso del odio...*, *ob. cit.*, p. 1.

(193) BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación en el derecho penal...*, *ob. cit.*, p. 81.

(194) DEL ROSAL BLASCO, B.: «Comentario al artículo 510 CP», en COBO DEL ROSAL, M. (Coord.), *Derecho penal español*. PE. 2.ª ed., Dykinson, Madrid, 2005, p. 1056.

(195) GÓMEZ MARTÍN, V.: *Incitación al odio...*, *ob. cit.*, p. 9.

Si bien es posible realizar objeciones a esta crítica, pues como expone Gómez Martín, el objeto de la prohibición penal no es como exige el concepto de Derecho penal autor una personalidad peligrosa o una actitud interna inmoral, sino «la realización de una conducta: fomentar en terceros algunas de las actitudes internas de discriminación, odio o violencia hacia las minorías a las que se refiere el precepto» (196). Con base en esta interpretación, se vulnera la diferencia entre el discurso del odio social y el discurso del odio punible anteriormente reseñada y, por tanto, se produce una fuerte restricción a la libertad de expresión enmarcada en nuestro Estado social y democrático de Derecho. Así considerado, el tipo penal pasaría a ser un delito de lesión y quedaría englobado en una política criminal de corte eminentemente funcionalista: el Derecho penal pasa a tener una mayor injerencia en el sistema de valores democráticos, sustituyendo otras vías menos gravosas para la instauración de tales principios y vulnerando, por tanto, el principio de mínima intervención y carácter subsidiario. Por otra parte, el bien jurídico protegido de carácter colectivo pasa a ser la «seguridad» de determinados grupos especialmente vulnerables ante «posibles» procesos de violencia, hostilidad o discriminación, por lo que, en el fondo, se mantiene la consideración de delito de riesgo abstracto.

En contra de esta posición, entiendo que el primer límite al que debe atenderse a la hora de poder castigar esta clase de hechos delictivos es a la correcta conceptualización de los delitos de odio cometidos mediante el discurso del odio (197). Recordemos que para que el discurso del odio sea punible mediante sanción penal, la provocación no debe ser solo a la discriminación, esto es, a realizar distinciones o segregaciones sino también al uso de la violencia. La mera provocación al sentimiento de odio o el uso de un lenguaje políticamente incorrecto quedan fuera de los límites del Derecho penal.

La segunda de las limitaciones debería encontrarse en la adecuada interpretación de la incitación directa e indirecta. A pesar de las ya mencionadas críticas de la doctrina a la posibilidad de castigar la *provocación indirecta* a la comisión de hechos delictivos (198), el TC ha admitido su posibilidad siempre que exista un peligro cierto. Una

(196) GÓMEZ MARTÍN, V.: *Incitación al odio...*, *ob. cit.*, p. 10.

(197) Una limitación del concepto de «odio» en definitiva, tal y como sostienen TERUEL LOZANO, G. M.: *La libertad de expresión...*, *ob. cit.*, p. 32 y MARTÍNEZ MUÑOZ, C. J.: *Ilícitos penales...*, *ob. cit.*, p. 3.

(198) En contra de estas críticas, GASCÓN CUENCA, A.: *La nueva regulación...*, *ob. cit.*, p. 75; quien considera que esta modificación «positiva ya que podemos encontrarnos con comportamientos que, de una forma indirecta, sutil y taimada, pueden llevar a cabo perfectamente las conductas descritas y, por lo tanto, que el artículo

interpretación no restrictiva de esta última posibilidad llevaría a una ampliación «desmesurada» (199) de las conductas punibles. En el voto particular del Magistrado Sala Sánchez a la STC 259/2007, se señala que la citada resolución interpreta la mera «justificación» del delito o del delincuente como equivalente a la incitación indirecta, esto es, cuando la presentación del delito como justo sea idónea para provocar en otros el deseo de su perpetración o cuando busque «alguna suerte» de provocación al odio.

La mera alusión a una incitación indirecta, sin mayores matices, sobrecargaría la responsabilidad exigible al sujeto actuante, imputándole la probabilidad de que su mensaje pueda producir en el futuro la comisión de hechos delictivos motivados por la intolerancia y la discriminación. No solamente se trata de un riesgo absolutamente abstracto (200), cuando no se ha provocado directamente tales reacciones delictivas, sino que, además, nuestro Derecho penal le estaría responsabilizando por la errática o exagerada interpretación de un mensaje políticamente incorrecto (201). A costa de su libertad de expresión (mal que nos pese a los que no compartimos su mensaje), el emisor se abstendría de pronunciar discursos que puedan ser malinterpretados so pena de incurrir en este hecho delictivo. Podría pensarse que se está ejerciendo una de las finalidades preventivas del Derecho penal, pero lo cierto es que si nadie atiende al mensaje de odio pronunciado no se

especifique que se contemplan tanto las conductas directas como las indirectas es, sin lugar a dudas, un avance en la protección de las víctimas».

(199) LAMARCA PÉREZ, C.: *Delitos...*, *ob. cit.*, p. 942.

(200) RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del Derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 317, puesto que, en efecto, «no se exige ni la incitación a una concreta acción lesiva, ni la probabilidad, ni la inminencia de que una acción tal se produzca como consecuencia de la incitación o la provocación, sino tan solo el peligro potencial, la incitación indirecta y la provocación mediata». A favor de considerar este delito como un delito de peligro abstracto y justificando su tipificación, DOLZ LAGO, M. J.: *Oído a los delitos...*, *ob. cit.*, p. 23.

(201) Introduzco una interpretación *sensu contrario* a la argumentación contenida en el Voto Particular de Martínez Arrieta, en la STS 259/2011, de 12 abril, donde expone: «la potencialidad persuasiva de las ideas que se difunden no puede ser medida con criterios de lógica, pues sus efectos normalmente exceden de la previsión del autor que difunde y desconoce el resultado que su discurso ofensivo puede causar en terceras personas y su disposición a la concreción de un daño. El difusor de un mensaje no puede prever, en concreto, el resultado que puede provocar su, obra, luego su contenido antijurídico no puede medirse por el resultado que provoca». Entiendo, a diferencia del Magistrado, que si esto es cierto, la solución no puede ser adelantar la barrera de protección, sino eximir de responsabilidad al emisor del mensaje puesto que en ningún paso pudo prever la potencialidad lesiva o de provocación de su mensaje si este no es explícita y directamente incitador a la violencia.

estaría vulnerando ningún bien jurídico protegido y, como se ha advertido, el ciudadano tiene derecho a odiar y, de forma limitada, a expresar tal odio. En consecuencia, tal modo de entender la incitación indirecta supondría una limitación de la libertad de expresión más allá de lo constitucionalmente permitido.

Desde esta perspectiva, o bien se prescinde de raíz de la posibilidad de castigar la incitación indirecta (202) o bien se considera que por *indirecto* debe entenderse un mensaje de odio no explícito en cuanto a su atentado a la dignidad e igualdad de todos los seres humanos, pero que resulte *idóneo* para provocar futuros hechos delictivos. La interpretación se traslada al contenido del mensaje —explícito o no—, mientras que la incitación será siempre buscada por el sujeto activo, suponiendo una provocación a la comisión de hechos delictivos. Aunque no se trata de una solución definitiva ni plenamente satisfactoria a la problemática de este tipo penal, en realidad la cualidad de directo o indirecto debería predicarse del mensaje y no de la incitación.

A reglón seguido de la penalización de la expresión oral del discurso de odio, el legislador tipifica aquellas conductas que tratan de realizar los comportamientos anteriormente descritos mediante escritos u otros materiales, entre los que debemos entender que se incluyen las imágenes (203). En opinión de un sector de la doctrina, este precepto supone un grave atentado contra la libertad de expresión, por cuanto supone el castigo de los precursores de los delitos de odio y no una incitación directa al odio, la violencia o la hostilidad. Por otra parte, no se exige que el editor o el librero se adhieran al contenido del mensaje reflejado en los textos, por lo que se les castiga por el desempeño de su profesión (204).

Por lo demás, los verbos típicos «producir» y «elaborar» pueden resultar simplemente sinónimos, o interpretarse el primero como una creación *ex novo* y el segundo como una composición a partir de lo ya creado previamente por terceros. Como expone Teruel Lozano, el contenido de injusto de la conducta de la letra b queda reducido a producir, poseer o elaborar unos contenidos que tienen una idoneidad potencial para incitar al odio o la violencia, ni siquiera para generar en sí actos de violencia, por lo que, en su opinión, «la debilidad del fun-

(202) DEL ROSAL BLASCO, B.: «Delitos contra la Constitución (IV). Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas», en MORILLAS CUEVA, L. (Dir.): *Sistema de Derecho penal. Parte especial*. Madrid: Dykinson, 2016, p. 1287.

(203) GASCÓN CUENCA, A.: *La nueva regulación...*, *ob. cit.*, p. 77.

(204) PORTILLA CONTRERAS, G.: *La represión penal...*, *ob. cit.*, p. 742; ALASTUEY DOBÓN, C.: *Discurso del odio y negacionismo*, *ob. cit.*, p. 23; TAPIA BALLESTEROS, P.: *Artículo 510...*, *ob. cit.*, p. 187.

damento del reproche penal en esta figura cuestiona la propia constitucionalidad de la misma» (205).

Respecto al elemento subjetivo del tipo de esta modalidad, se requiere un dolo de consumación, esto es, desear que se consume el delito y que se incite a la realización del delito como autor o coautor (206). Además de ello, se exige que el delito se lleve a cabo por motivos de intolerancia y discriminación, lo que supone un ánimo subjetivo específico (207) que debería eliminar la posibilidad de condena en supuestos de mera adhesión ideológica, informativa, crítica e, incluso, artística, por muy inmoral que pudiera resultar (208). Por otra parte, existen serias dudas acerca de la posibilidad de estimar la comisión doloso eventual de este tipo delictivo (209).

Ante la estupefacción de la mayor parte de la doctrina, el artículo 510.1.c) CP «resucita» las conductas de negación del genocidio del antiguo artículo 607.2 CP (210), declarado inconstitucional por la STC 235/2007, si bien remozado para adaptarse a la doctrina constitucional, incorporando la exigencia de que tales conductas promuevan o favorezcan un clima de violencia, hostilidad odio o discriminación contra determinados grupos de personas (211). Al margen de considerar errónea la interpretación de la jurisprudencia constitucional por parte del legislador (212), la fórmula utilizada para orillar la inconstitucionalidad del precepto es imprecisa, habiendo sido más contun-

(205) TERUEL LOZANO, G. M.: *La libertad de expresión...*, *ob. cit.*, p. 34.

(206) PORTILLA CONTRERAS, G.: *La represión penal...*, *ob. cit.*, p. 726.

(207) RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S.: *El ámbito de aplicación...*, *ob. cit.*, p. 176. No obstante, existen dudas acerca de si las causas de discriminación forman parte del tipo, objetivo o subjetivo; TAPIA BALLESTEROS, P.: *Artículo 510...*, *ob. cit.*, p. 193, quien indica que la doctrina y jurisprudencia mayoritaria las incluye dentro del tipo subjetivo. Al respecto, véase SAP Valladolid 162/2005, de 16 de mayo.

(208) Exención propuesta por el Consejo Fiscal que no se tuvo en cuenta en la reforma, DOLZ LAGO, M. J.: *Oído a los delitos...*, *ob. cit.*, p. 24.

(209) En contra PORTILLA CONTRERAS, G.: *La represión penal...*, *ob. cit.*, p. 738; MARTÍNEZ MUÑOZ, C. J.: *Ilícitos penales...*, *ob. cit.*, p. 3; DOLZ LAGO, M. J.: *Oído a los delitos...*, *ob. cit.*, p. 46; a favor, BERNAL DEL CASTILLO, J.: «Política Criminal en España y discriminación xenófoba: la centralidad de los delitos de provocación a la discriminación», en *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, Vol. 9, núm. 18, 2014, p. 39.

(210) No obstante, en opinión de TERUEL LOZANO, G. M.: *La libertad de expresión...*, *ob. cit.*, p. 6, «sí que parece digno de aplauso en la reforma operada (probablemente lo único) es la reubicación sistemática del delito de negacionismo para incorporarlo dentro de la más genérica categoría de los «delitos de odio», y ello aunque existan diferencias notables entre ambos tipos de conductas».

(211) Ampliamente en BERNAL DEL CASTILLO, J.: *La justificación y enaltecimiento...*, *ob. cit.*, pp. 9 y ss.

(212) ALASTUEY DOBÓN, C.: *Discurso del odio y negacionismo*, *ob. cit.*, p. 5.

dente la exigencia de una incitación directa a la violencia, la hostilidad o la discriminación. En definitiva, el precepto continúa siendo una penalización excesiva de la libertad de expresión por cuanto las conductas que simplemente niegan la existencia de este tipo de delitos no son idóneas para generar este clima con una entidad suficiente para considerar como adecuada la intervención penal (213).

Además del delito de negacionismo, se incluyen como modalidades la difusa conducta de «trivializar gravemente» y la de enaltecimiento del genocidio o sus autores. En primer lugar, resulta exagerado y atentatorio contra el principio de mínima intervención e insignificancia el castigo de las expresiones que simplemente tengan como objetivo restar importancia al genocidio (214), por mucho que se adjetiven como «graves» (215). En segundo lugar, respecto al enaltecimiento del genocidio o sus autores, de contenido muy similar al de la apología, como sostiene Alastuey Dobón, «se configura como una modalidad de incitación indirecta al odio u hostilidad contra los grupos víctimas de aquellos delitos, por lo que su tipificación independiente resulta en realidad superflua, sin más valor que el meramente simbólico» (216). En definitiva, como advierten De Pablo Serrano y Tapia Ballesteros, «se establece un adelantamiento desmesurado de las barreras de protección al vincularse la negación, trivialización grave o enaltecimiento de los delitos de genocidio o, en general, contra la Comunidad Internacional, a la promoción o el favorecimiento de «un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación» y no a la incitación de la «violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo», como exige la DM de 2008. El matiz diferenciador es relevante, ya que implica la tipificación de un «delito de clima», sin ningún criterio que lo compense y, además, no existe peligro para los valores tutelados» (217).

El artículo 510.2 CP contiene un tipo privilegiado que conforma una suerte de delito de injurias impropio (218), que castiga las con-

(213) GASCÓN CUENCA, A.: *La nueva regulación...*, *ob. cit.*, p. 79.

(214) AGUILAR GARCÍA, M. A. (Dir.) et al.: *Manual práctico...*, *ob. cit.*, p. 204; GÓMEZ MARTÍN, V.: *Incitación al odio...*, *ob. cit.*, p. 14.

(215) BERNAL DEL CASTILLO, J.: «La justificación y enaltecimiento...», *ob. cit.*, p. 11, propone interpretar esta expresión como entenderse como una forma de justificación de los hechos y no considerarla como una negación edulcorada de los mismos.

(216) ALASTUEY DOBÓN, C.: *Discurso del odio y negacionismo*, *ob. cit.*, p. 30.

(217) DE PABLO SERRANO, L. Y TAPIA BALLESTEROS, P.: *Discurso del odio...*, *ob. cit.*, p. 7.

(218) De hecho, PÉREZ DE LA FUENTE, O.: «El enfoque español sobre lenguaje del odio», en PÉREZ DE LA FUENTE, O., y OLIVA MARTÍNEZ, D. (Ed.): Una

ductas que supongan humillación, menosprecio o descrédito de grupos o personas por motivos de intolerancia o discriminación, así como el enaltecimiento o justificación de los delitos que se hubieran cometido contra estos grupos o personas, agravándose las penas en este último supuesto cuando con este tipo de acciones se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos.

Muchas son las salvedades que se pueden realizar a la formulación de este tipo penal, comenzando por la elección de los verbos típicos (219): la humillación, esto es, atentado contra la dignidad de una persona mediante un proceso de sumisión, cosificación, vejación o escarnio no mantiene la misma significación que el mero menosprecio (hacer de menos) o descrédito (difamación, pérdida de la reputación). Los bienes jurídicos protegidos por este precepto serían, por tanto, tanto la dignidad como el honor de los sujetos pasivos (220).

Por otra parte, promover significa impulsar, lo que a todas luces supone una conducta más grave que el mero apoyo o sostenimiento (favorecer). Finalmente, no tiene la misma significación punitiva generar un contexto de odio, que un clima de violencia, hostilidad o discriminación. En consecuencia, el precepto vulnera el principio de proporcionalidad de las penas, al prever la misma sanción para conductas con distintos niveles de ofensividad (221).

Sobre esta última cuestión, con acertado criterio indica Alastuey Dobón que «no se castigan aquí esos actos de hostilidad, violencia o discriminación, que ya son sancionados en otros preceptos del Código (delitos contra el honor, contra la integridad moral, lesiones, denegación

discusión sobre identidad, minorías y solidaridad. Madrid: Dykinson, 2010, p. 150, ha planteado vincular el discurso de odio al delito de injurias como mejor estrategia de tipificación. Que la trivialización se considere grave, permite para el autor citado valorar este tipo de afirmaciones como conductas que incorporan una actitud de desprecio o rechazo a las víctimas que puede llegar a fomentar una actitud de violencia u hostilidad hacia las personas que forman parte de ese grupo.

(219) Para su interpretación, indica el manual práctico para la investigación y enjuiciamiento de los delitos de odio, debe estarse a la doctrina y la jurisprudencia sobre los delitos contra el honor (AGUILAR GARCÍA, M. A. (Dir.) et al.: *Manual práctico...*, ob. cit., p. 205), aunque el término «humillación» se corresponde también con los delitos contra la integridad moral.

(220) MUÑOZ CONDE, F.: Derecho penal. Parte especial. 20.^a Ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015, p. 715. En opinión del GÓMEZ MARTÍN, V.: *Incitación al odio...*, ob. cit., p. 15, para la interpretación de los términos «humillación, menosprecio o descrédito» deberá estarse a la doctrina y la jurisprudencia sobre los delitos contra el honor.

(221) ALASTUEY DOBÓN, C.: *Discurso del odio y negacionismo*, ob. cit., p. 19; TAPIA BALLESTEROS, P.: *Artículo 510...*, ob. cit., p. 189.

de prestaciones, etc.), y ni siquiera se castiga la creación del clima que puede favorecer esos actos –por la sencilla razón de que una incitación individual no puede crearlo, a no ser que el contexto social sea propicio–, sino que es, objeto de intervención penal la mera promoción del clima o, dicho de otra manera, la antesala del clima. En consecuencia, podemos afirmar que los tan criticados «delitos clima» entran en nuestra legislación penal, y sin ningún criterio restrictivo que los compense» (222). Según la Guía Práctica para la Investigación y Enjuiciamiento de delitos de odio, por «clima» (223) debe entenderse «una atmósfera o estado de opinión propicio para la reproducción de conductas violentas, hostiles, de odio o discriminatorias» (224) contra determinados colectivos protegidos.

Respecto a la proporcionalidad de las penas en comparación con los delitos básicos contra la integridad moral, Gascón Cuenca considera positiva la reforma, por cuanto castiga más intensamente conductas que «además de lesionar el núcleo esencial de la personalidad de los grupos o individuos tienen por, objetivo crear este clima de tensión, con el propósito de replantear y cuestionar que pueda existir una pacífica convivencia entre una determinada minoría social y la mayoría social, circunstancia mediante la que se materializaría el fomento, la promoción o la incitación directa o indirecta al odio, a la hostilidad, a la discriminación o a la violencia» (225).

Sin embargo, al igual que sucede en el caso del enaltecimiento del genocidio, será harto complicado establecer aquellas expresiones que sean realmente propicias para general tal clase de clima, de tal modo que todo apunta a que tendrá un mayor peso el contexto social previo donde se vierten tales expresiones que las expresiones en sí mismas.

(222) ALASTUEY DOBÓN, C.: *Discurso del odio y negacionismo*, *ob. cit.*, p. 18.

(223) El Consejo Fiscal proponía utilizar el término «actitud» en lugar del de «clima». Al respecto, véase Consejo Fiscal, Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código penal, de 8 de enero de 2013; Consejo General del Poder Judicial, Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código penal, de 16 de enero de 2013, pp. 246 ss.; y Consejo de Estado, Dictamen al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código penal, n. 358/2013, de 27 de junio de 2013, pp. 66-67; recogiendo esta puntualización, TERUEL LOZANO, G. M.: *La libertad de expresión...*, *ob. cit.*, p. 29, nota al pie n.º 113.

(224) AGUILAR GARCÍA, M. A. (Dir.) et al.: *Manual práctico...*, *ob. cit.*, p. 206; GARROCHO SALCEDO, A., «Delito de incitación al odio, hostilidad, discriminación o violencia», en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (Dir.), *Memento Práctico Penal 2016*. Francis Lefebvre, Madrid, 2015, p. 1759; GÓMEZ MARTÍN, V.: *Incitación al odio...*, *ob. cit.*, p. 15.

(225) GASCÓN CUENCA, A.: *La nueva regulación...*, *ob. cit.*, pp. 81 y 82.

Aun con todo, como bien indica Bernal del Castillo para los supuestos de enaltecimiento del genocidio, «en la práctica, serán pocos los casos en que se pueda apreciar que ese clima o estado de posible violencia sea consecuencia del tipo de discurso» (226).

Dentro de la parte subjetiva del tipo se exige un elemento específico, siendo necesaria la comprobación de la finalidad de atentar contra la dignidad o el honor de las víctimas. Deben quedar al margen de este precepto, por atípicas, las informaciones objetivas, declaraciones y opiniones que se enmarquen dentro del ejercicio legítimo de la libertad de expresión, esto es, que no tengan exclusivamente como finalidad la burla y vejación de esta clase de colectivos (227). Asimismo, deben quedar fuera del tipo penal aquellas creaciones artísticas de tono provocador (228), el humor negro y la crítica mordaz por muy irreverente e incómoda que pudiese parecerle a tales colectivos, siempre que la única finalidad de tales creaciones no sea la de degradar al colectivo (229). No obstante, como ya he advertido previamente, nuestra moderna jurisprudencia parece querer prescindir de los elementos subjetivos específicos en esta clase de hechos delictivos y contentarse con el dolo genérico. En todo caso, se deberá analizar el contexto concreto de las expresiones (230) para llegar a la conclusión de que el ánimo del autor era únicamente vejear, humillar o degradar al colectivo implicado. Para ello pueden ser útiles los instrumentos de injerencia antes anotados (231). De lo contrario, el Derecho penal serviría como parapeto de inviolabilidad absoluta de los colectivos vulnerables por razón de la intolerancia, dejando de lado a otras

(226) BERNAL DEL CASTILLO, J.: *La justificación y enaltecimiento...*, *ob. cit.*, p. 16.

(227) PORTILLA CONTRERAS, G.: *La represión penal...*, *ob. cit.*, p. 746.

(228) Sin embargo, la STC 176/1995, de 11 de diciembre ratificó la condena de la Audiencia Provincial de Barcelona a los autores de un cómic en el que se humillaba a las víctimas del Holocausto.

(229) PORTILLA CONTRERAS, G.: *La represión penal...*, *ob. cit.*, p. 748.

(230) Un moderno estudio sobre la taxonomía de la comunicación violenta y el discurso del odio en MIRÓ LLINARES, F.: «Taxonomía de la comunicación violenta y el discurso del odio en Internet», en *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 22, 2016, p. 94 y ss., entre otras conclusiones relevantes, «el estudio muestra que en Internet hay muy diferentes formas de comunicación violenta, pudiendo diferenciarse, a grandes rasgos, y dentro de los, objetivos pretendidos por este trabajo, dos formas de categorización. La primera, que atendería esencialmente al motivo de la violencia comunicativa, distinguiría entre el discurso del odio propiamente dicho por un lado, que englobaría todas aquellas expresiones en las que la incitación a la violencia física o la violencia moral se perpetra por razón discriminatoria, y, por otro, la comunicación violenta que abarcaría todas las demás expresiones violentas en las que no hay un motivo discriminatorio».

(231) SUÁREZ ESPINO, M. L.: *Comentario...*, *ob. cit.*, pp. 11 y ss.

potenciales víctimas a las que se les da un trato diferenciado mediante los tipos básicos de injurias o contra la integridad moral. Por otra parte, prescindir del ánimo de ofender o humillar en estos delitos puede dar al traste con generaciones de expresiones de cuya finalidad es el humor (232), sea el chiste más o menos ácido y gracioso, de mejor o peor gusto (piénsese en los inocuos relatos satíricos sobre diferentes etnias o ideologías).

Como se ha indicado, en la letra b) del artículo 510.2 CP se recoge el castigo del enaltecimiento (loa o encumbramiento) o justificación (valoración positiva y, además, una cierta vocación de despertar en terceros una idéntica valoración (233), esto es, supone una reafirmación del acto o constatar la existencia de buenas razones a su favor (234) por cualquier medio de expresión pública o de difusión, de cualquier delito cometido contra un grupo o una persona o personas por razón de su pertenencia a determinados grupos, o de quienes hayan participado en su ejecución. Se trata de un tipo penal tildado de «incomprensible» e «inconstitucional», por cuanto supone la criminalización del enaltecimiento de todos los delitos que se cometan con un móvil discriminatorio, algunos de los cuales no tienen previsto el castigo de la provocación para delinquir (235). Además de ello, el precepto adolece de un exceso en la discriminación positiva de las víctimas de delitos motivados por la intolerancia que supone un agravio comparativo con el resto de víctimas de delitos especialmente graves.

En el numeral tercero del artículo 510 CP se introduce un subtipo agravado que eleva la pena a su mitad superior cuando los hechos se realicen a través de un medio de comunicación social, Internet, etc. La cualificación no tiene explicación alguna, más allá de la búsqueda de una mayor impunidad (236) cuando se realice a través de un seudónimo o «avatar», puesto que en todos los casos se exige el requisito de publicidad. Así, se viene a confirmar que las conductas privadas no

(232) Tanto en las injurias como en los delitos contra la dignidad, la jurisprudencia considera compatible la condena con el denominado *animus iocandi*, careciendo éste por sí solo de eficacia exculpatoria. No obstante, habrá que realizar un verdadero juicio de inferencia para determinar la relevancia del mismo o, al menos, considerar el contexto y alcance concreto de las expresiones.

(233) AGUILAR GARCÍA, M. A. (Dir.) et al.: *Manual práctico...*, *ob. cit.*, p. 205.

(234) STS 259/2011, de 12 de abril.

(235) PORTILLA CONTRERAS, G.: *La represión penal...*, *ob. cit.*, p. 748; ALASTUEY DOBÓN, C.: *Discurso del odio y negacionismo*, *ob. cit.*, p. 32; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal...*, 21.ª Ed., *ob. cit.*, p. 705, habla de «dudosa constitucionalidad».

(236) ROIG TORRES, M.: *Los delitos de racismo...*, *ob. cit.*, p. 1263; GASCÓN CUENCA, A.: *La nueva regulación...*, *ob. cit.*, p. 83.

pueden ser típicas puesto que no es posible prohibir los encuentros privados en los que se pretendan realizar este tipo de conductas (237). No obstante, se ha interpretado que como en el resto de numerales del artículo 510 CP ya se exige que la conducta sea realizada públicamente o «por cualquier medio de expresión pública», debe entenderse que la publicidad del artículo 510.3 CP se refiere no a cualquier medio de comunicación pública, sino exclusivamente a sistemas, objetivamente adecuados para llegar a un número masivo de personas (webs, blogs, redes sociales, etc.), mientras que en los demás tipos penales se comprenden aquellos medios de comunicación pública no masiva (charlas, conferencias, etc.) (238). Ciertamente, se han llegado a admitir denuncias por delitos de odio en círculos de comunicación cerrados de cariz privado, aunque colectivos, tales como grupos de *Whatsapp* o chats. La agravación, sin embargo, continúa siendo gratuita, puesto que el mayor alcance del mensaje no garantiza su arraigo y, por tanto, no supone un mayor desvalor de la conducta. Asimismo, el alcance de una charla o conferencia puede ser muy reducido, por lo que la conducta podría ser absolutamente insignificante a efectos penales. El requisito de la publicidad de la conducta no queda explicitado en el artículo 510.2.a CP relativo a la lesión de la dignidad de los sujetos pasivos.

El artículo 510.4 CP exaspera el castigo penal cuando los hechos resulten idóneos para alterar la paz pública o crear un sentimiento de inseguridad o temor. Se trata, como advierte Lamarca Pérez de conceptos resultan «poco precisos» (239) pero que, además, no mantienen la misma gravedad ni significación jurídica: paz pública se ha utilizado como concepto similar al de seguridad ciudadana definido como protección de personas y bienes frente a acciones violentas o agresiones, situaciones de peligro o calamidad (240); por otro lado, la alusión a un sentimiento de inseguridad o temor (241) (sea real o no) hace orbitar el castigo sobre el mayor o menor alarmismo social, el cual no es un criterio jurídico.

(237) LAURENZO COPELLO, P.: *La discriminación...*, *ob. cit.*, pp. 256 y ss.; GASCÓN CUENCA, A.: *La nueva regulación...*, *ob. cit.*, p. 76.

(238) AGUILAR GARCÍA, M. A. (Dir.) et al.: *Manual práctico...*, *ob. cit.*, pp. 206 y 207; GÓMEZ MARTÍN, V.: *Incitación al odio...*, *ob. cit.*, p. 16.

(239) LAMARCA PÉREZ, C.: *Delitos...*, *ob. cit.*, p. 943.

(240) Lo que ha sido interpretado por LANDA GOROSTIZA, J. M.: *La intervención penal...*, *ob. cit.*, p. 351, como proteger las condiciones básicas necesarias para que los miembros de los grupos mencionados en el precepto puedan desarrollar sus actividades como sujetos de pleno derecho en la sociedad.

(241) ALASTUEY DOBÓN, C.: *Discurso del odio y negacionismo*, *ob. cit.*, p. 19.

En opinión de Lamarca Pérez, la medida «más polémica y contraria a la libertad de expresión resulta» (242) de la previsión del artículo 510.6 CP que permite a la autoridad judicial autorizar la destrucción o el borrado de libros, archivos, documentos u otros soportes a través de los cuales se hubiera cometido el delito o el bloqueo o interrupción del servicio de portales de acceso a Internet. Ciertamente, tal medida, que perfectamente puede tacharse de censura, no se concatena con la idea expresada por el TC de que España no es una democracia militante.

Es en la parte subjetiva del tipo penal donde se encuentra el verdadero debate dogmático y la despenalización de determinados exabruptos, chistes de mal gusto, humor negro, etc., que aquí definiendo y que considero es aplicable a esta serie de casos.

Tal interpretación se enmarca en los valores y principios que informan y limitan nuestro ordenamiento jurídico penal: mínima intervención, subsidiariedad, principio de culpabilidad, etc. Baste con recordar, como reza la propia jurisprudencia del TC, que «el juez al aplicar la norma penal, como el legislador al definirla, no pueden reaccionar desproporcionadamente frente al acto de expresión, ni siquiera en el caso de que no constituya legítimo ejercicio del derecho fundamental en cuestión y aun cuando esté previsto legítimamente como delito en el precepto penal» (243). Para que algunos tipos penales verdaderamente sean atentatorios contra un bien jurídico protegido requieren de una determinada intencionalidad, un elemento subjetivo específico, esto es, un ánimo o dolo concreto. Sin la existencia de tal tendencia solamente algunas de las conductas negligentes podrían castigarse como imprudentes y, otras muchas, perderían su antijuridicidad material siendo inanes para el bien jurídico que pretenden proteger e imponer desde el punto de vista penal. Al igual que ocurre en el caso del artículo 510 CP, los delitos de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas se engloban dentro de los delitos de odio con base en el denominado discurso del odio. Como he tratado de exponer, una de las notas características de los mismos es el ánimo tendencial que da fundamento a la finalidad de discriminación o intolerancia.

Así, la Audiencia Nacional había remarcado la importancia del contexto a la hora de juzgar esta clase de hechos delictivos. En la SAN 35/2016 de 15 noviembre (244), donde se enjuicia un supuesto

(242) LAMARCA PÉREZ, C.: *Delitos...*, *ob. cit.*, p. 943.

(243) STC 110/2000, de 5 de mayo.

(244) Un comentario completo de la sentencia en GÓMEZ NAVAJAS, J.: «Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal), de 15 de noviembre de 2016 [ROJ SAN 4038/2016]: absolución del delito de humillación de las víctimas del terro-

delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas, el tribunal entendió que «no se percibe el ánimo injurioso, o maltratador, ante la falta de continuidad, que nos situaría en el marco de un debate, que elimina el enfoque renovado de agravio que exige el tipo penal «realización de actos», dado que el comentario que siguió nos sitúa ante las víctimas del holocausto. Es por ello, que si se analiza la frase en el contexto cercano, se aprecia que el otro mensaje resulta ajeno a la temática, se utiliza también en una similar clave de humor hacia todas las víctimas en ambos comentarios, lo que es, objetivamente una derivación de humor macabro que se sustenta sobre toda clase de ofendidos por hechos delictivos sean o no de naturaleza terrorista. Existe un parangón entre todas ellas, y no específicamente por ser una de las ofendidas directamente perjudicada por hecho de la banda terrorista ETA. Se podría incluir en clave de una crítica sobre un debate de actualidad política». Todo apunta a que será necesario, por tanto, corroborar el ánimo concreto de ofender a las víctimas del terrorismo por el hecho de ser precisamente sujetos pasivos de esta clase de hechos delictivos; en el juicio de inferencia para determinar tal animosidad específica del autor será de vital importancia interpretar el contexto concreto en el que se enmarcan tales expresiones, eliminando otros ánimos como el puramente humorístico –aunque macabro y de mal gusto– o crítico con determinadas ideas políticas.

En definitiva, lo que viene a decir el órgano colegiado es que no basta la mera apariencia externa del mensaje, sino que éste tiene que ir dirigido a una finalidad concreta. Del mismo modo que la portada de un grupo de *death metal* extremo en la que se muestra una bizarra composición artística, por poner un ejemplo gráfico y desagradable, de dibujos de cadáveres mutilados no se hace con ánimo de ofender a las víctimas de delitos especialmente graves, el humor negro de mal gusto que haga referencia a la actividad terrorista no implica la justificación de la misma ni la intencionalidad humillar a las víctimas.

Al respecto, se ha dicho que los comentarios de mal gusto son solo reprochables en un plano distinto al de la legalidad penal (SAN de 15 de noviembre de 2016). Asimismo, por muy reprochables que puedan resultar, una importante línea de jurisprudencia viene apreciando que

rismo», en *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol. 5, núm. 1, 2017, pp. 377-382. La autora mantiene una posición discrepante con la línea aquí plasmada, considerando acertadas las condenas y siendo crítica con la sentencia absolutoria.

el humor negro, el sarcasmo y la crítica política están amparados por la libertad de expresión (SAN de 18 de julio de 2016 (245)).

Como subraya la STS 224/2010, de 3 de marzo, con cita de la STS 585/2007, de 20 de junio, es necesario un análisis particularmente riguroso de las concretas circunstancias en las que el acto humillante, hostil o vejatorio se produce, las frases y/o acciones en que se materializa, y su ocasión y escenario a fin de una ponderación equilibrada entre el ilícito penal y la libertad de expresión e ideología. Lo señala la STS 812/2011, de 21 de julio, por remisión a la STS 31/2011, de 2 de febrero: en esta clase de delitos es importante no solo el tenor literal de las palabras pronunciadas, sino también el sentido o la intención con que hayan sido utilizadas, su contexto la circunstancias concomitantes pues es evidente que el lenguaje admite ordinariamente interpretaciones diversas y, a los efectos de establecer la responsabilidad por un delito de esta naturaleza, es preciso determinar con claridad en cuál de los posibles significados ha sido utilizado en cada concreta ocasión (246).

El TS ha manifestado en resoluciones precedentes que los elementos subjetivos de los tipos penales que se acreditan mediante juicios de inferencia pueden considerarse como hechos psíquicos insertables en la narración fáctica de la sentencia, aunque en la práctica también se acude a la opción tradicional de recoger en el «*factum*» solo los datos objetivos externos que permiten colegir el hecho psíquico a través de un juicio de inferencia.

Ahora bien, como se ha puesto de manifiesto, la reciente jurisprudencia del TS sostiene que el tipo penal previsto en el artículo 510 CP no recoge expresa y específicamente en su dicción ningún elemento subjetivo, ya sea como componente del dolo o como integrante de un elemento subjetivo del injusto. No comparto tales afirmaciones. Entiendo, por el contrario, que el delito debería requerir un elemento indispensable en su parte subjetiva. Que no se exija de forma literal en el precepto un elemento subjetivo específico no significa que no se precise que la conducta tenga que resultar tendenciosa para su punición, sino que el dolo o cualquier elemento del injusto puede colegirse de los hechos declarados probados y argumentarse después en la fundamentación jurídica de la sentencia, sin que eso conlleve una indefensión del acusado ni tampoco unas limitaciones en las posibilidades de impugnación de la sentencia.

(245) Un comentario completo de la resolución en BAUTISTA SAMANIEGO, C.: «Comentario a la sentencia de 18 de julio de 2016 de la sección 1.ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional», en *Diario La Ley*, núm. 8889, 2016.

(246) STS 820/2016 de 2 noviembre.

Sin embargo, se ha admitido que debe quedar probado que las expresiones vertidas por el acusado constituyen una manifestación del mencionado «discurso del odio». Para ello, siguiendo nuevamente la reciente jurisprudencia del TS, deberá corroborarse que en dichas expresiones se utilizan unas palabras y unos sintagmas que, al albergar unas connotaciones intolerables, hostiles y discriminatorias, así como que las locuciones utilizadas en la redacción de los mensajes transparenten sin necesidad de complejas argumentaciones cuál es el ánimo con que actuó el acusado.

Si utilizamos la argumentación esgrimida en la ya reiteradamente citada STC, de 7 de noviembre de 2007, para el delito de negación y justificación del genocidio –muy similar en muchos aspectos sobre el fondo de la cuestión–, para que pueda entenderse cometido un delito enmarcado en el «discurso del odio», debe «apreciarse en dicho tipo penal el referido elemento tendencial de perseguir objetivamente la creación de un clima social de hostilidad. Y ello porque dicho elemento tendencial puede operar como una incitación indirecta a la comisión de un delito» (247).

Siguiendo esta línea expositiva, el TC concluye que el legislador puede, dentro de su libertad de configuración, perseguir conductas, incluso haciéndolas merecedoras de reproche penal, «siempre que no se entienda incluida en ellas la mera adhesión ideológica a posiciones políticas de cualquier tipo, que resultaría plenamente amparada por el artículo 16 CE y, en conexión, por el art. 20 CE». Sucederá solamente así «sí suponen una incitación indirecta a la misma o provocan de modo mediato a la discriminación, al odio o a la violencia».

Ciertamente, como ha expuesto Ramos Vázquez existen algunas dificultades en esta interpretación que van «desde el problema probatorio (o, en el peor de los casos, la utilización de presunciones) hasta la evidente dificultad de trazar una frontera clara entre expresión de juicios de valor, adhesión a una determinada ideología y peligro real para bienes jurídico-penales» (248). Por ello, en mi opinión, resulta fundamental realizar un juicio de inferencia sobre el ámbito tendencial de esta clase de ellos delictivos, así como la verdadera puesta en peligro de bienes jurídicos protegidos de los ciudadanos.

Si, como ha expuesto el TS, «la finalidad [del art. 578 CP] es combatir la actuación dirigida a la promoción pública de quienes ocasionan un grave quebranto en el régimen de libertades y en la paz de la comunidad con sus actos criminales, abortando toda clase de justificación y apoyo para lo que no son sino cumplidos atentados contra la

(247) RAMOS VÁZQUEZ, J. A.: *Presente y futuro...*, *ob. cit.*, p. 788.

(248) RAMOS VÁZQUEZ, J. A.: *Presente y futuro...*, *ob. cit.*, p. 793.

significación más profunda del propio sistema democrático» al menos debe exigirse esa voluntad de apoyo y promoción y no un mero ánimo de mofa.

Y es que, como ha expresado la SAN 29/2016, de 8 noviembre, «el Estado de Derecho, respalda no solo los discurso que pudiéramos entender como agradables, sino aquellos otros también hostiles e hirientes, quedando a salvo aquéllos otros que devienen incitación y ensalzamiento del uso de la violencia». De ajustarse la conducta al marco constitucional de esas libertades operaría una causa de exclusión de la antijuridicidad canalizable a través del artículo 20.7 CP (249) (ejercicio legítimo de un derecho). Y, en caso de duda razonable sobre la finalidad concreta de los mensajes, operaría el principio procesal de *in dubio pro reo* para mantener incólume el principio de presunción de inocencia.

Mueve al jurista la loable convicción de que ningún Derecho penal de inspiración constitucional y democrática puede ser potestativamente expansivo y que, cuando la norma se inclina hacia la inseguridad jurídica u orilla los principios fundamentales y limitadores del mismo, es función del intérprete-aplicador, el judicial sobre todo, contener tal recusable desbordamiento de la que, por su virtud, deja de ser la última o extrema ratio.

Al elemento subjetivo específico en los delitos de odio cometidos a través del discurso del odio ha hecho referencia el STC 112/2016, de 20 de junio, donde aborda específicamente la legitimidad constitucional de la ley que amenaza con sanción penal si bien referido a los comportamientos enaltecedores o justificadores acomodados en el artículo 578 CP.

La resolución de nuestro intérprete constitucional se centra no solamente en el caso concreto (250), sino estableciendo en abstracto las pautas que hagan conforme a los valores constitucionales la decisión del legislador, antes que la del juzgador.

Y el Tribunal Constitucional proclama (251): a) El carácter institucional del derecho a la libertad de expresión; b) el carácter limitable del derecho a la libertad de expresión y, singularmente, el derivado de

(249) STS 846/2015 de 30 diciembre.

(250) Acerca de una crítica a la metodología del «caso concreto», abogando por un desarrollo sistemático y una verdadera doctrina del derecho a la libertad de expresión, véase URRIBE BARRERA, J. P.: «Los límites entre la libertad de expresión y el Derecho penal: principales variaciones metodológicas en la doctrina penal española», en *Cuadernos de Política Criminal*, 2.ª Época, II, núm. 122, 2017, pp. 301 y ss.

(251) STC 177/2015, de 22 de julio.

manifestaciones que alienten la violencia y c) la proporcionalidad en la limitación penal del ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

Ahora bien, queda reflejada en la reciente jurisprudencia que la interpretación constitucional de estos preceptos solamente «se auspicia en la medida que el tipo acude a juicios de valor y por ello cabe reclamar lo que denomina «elemento tendencial», aunque éste no venga expresado en la literatura del precepto penal.

Por su parte, en la STC 177/2015 se afirma que, ante conductas que pueden ser eventualmente consideradas manifestaciones del discurso del odio, la labor de control constitucional que debe desarrollarse es la de «dilucidar si los hechos acaecidos son expresión de una opción política legítima, que pudieran estimular Tribunal Supremo el debate tendente a transformar el sistema político, o si, por el contrario, persiguen desencadenar un reflejo emocional de hostilidad, incitando y promoviendo el odio y la intolerancia incompatibles con el sistema de valores de la democracia». Asimismo, en la misma resolución, se advierte que la libertad de expresión comprende la libertad de crítica aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática; y que la libertad de expresión vale no solo para la difusión de ideas u opiniones acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población».

En este sentido, considero correcta la fundamentación de la STS 378/2017 de 25 mayo que se incardina en los argumentos que he explicado con anterioridad. En primer lugar, aunque se cumpla el tipo objetivo, la antijuridicidad puede resultar excluida, incluso, asegura la resolución citada «formalmente, es decir sin entrar en el examen de determinadas causas de justificación, si aquella descripción no incluye expresamente algún otro elemento que los valores constitucionales reclaman al legislador para poder tener a éste por legítimamente autorizado para sancionar esos comportamientos formalmente descritos como delito. Es decir, no se trata de que debamos examinar si concurre un elemento excluyente (negativo, si se quiere) de la antijuridicidad, como podría ser el ejercicio de un derecho a la libertad de expresión. Se trata, antes, de que se debe comprobar si en el comportamiento formalmente ajustado a la descripción típica concurre además algún otro elemento que haga constitucionalmente tolerable la sanción penal». Por tanto, la primera de las exigencias limitadoras para la condena por esta clase de delitos es la constatación de la concreta intención del sujeto activo. A esta

exigencia se une según el TS otra exigencia ya mencionada en este trabajo y que, aunque debe ser abarcada por el dolo del autor, debe constatar, objetivamente: una situación de riesgo real y cierto para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades. Más aún, en mi opinión, no existen demasiados discursos de la intolerancia que puedan suponer *per se* un verdadero órdago a nuestro sistema de valores constitucionales. Y, en última instancia, el refuerzo de tal sistema de valores y libertades no puede quedar exclusivamente en manos del Derecho penal.

De todo lo anterior, continúa la resolución precitada, se colige que «la relevancia a efectos de tipificación, como cuestión de legalidad ordinaria, pero bajo exigencias constitucionales, de la acreditación de con qué finalidad o motivación se ejecutan los actos de enaltecimiento o humillación. Y de la valoración sobre el riesgo que se crea con el acto imputado. Por más que tal riesgo haya de entenderse en abstracto como «aptitud» ínsita en la actuación imputada».

Por último, siguiendo la fundamentación esgrimida por el Alto Tribunal, debemos acudir al criterio interpretativo incluido en la Directiva de la UE 2017/541 (252) (considerando 10) donde se establece que: «Los delitos de provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo comprenden, entre otros, la apología y la justificación del terrorismo o la difusión de mensajes o imágenes, ya sea en línea o no, entre ellas las relacionadas con las víctimas del terrorismo, con, objeto de, obtener apoyo para causas terroristas o de intimidar gravemente a la población. Esta conducta debe tipificarse cuando conlleve el riesgo de que puedan cometerse actos terroristas. En cada caso concreto, al examinar si se ha materializado ese riesgo se deben tener en cuenta las circunstancias específicas del caso, como el autor y el destinatario del mensaje, así como el contexto en el que se haya cometido el acto. También deben considerarse la importancia y la verosimilitud del riesgo al aplicar la disposición sobre provocación pública de acuerdo con el Derecho nacional».

Este modo de proceder es plenamente coherente con las consideraciones dogmáticas que un sector de la doctrina ha emitido sobre los denominados delitos de peligro abstracto y que, pese a las pragmáti-

(252) Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017 relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo, publicada el 31 de marzo de 2017. El período de trasposición a nuestro ordenamiento jurídico interno concluye el 8 de septiembre de 2018.

cas críticas de Dolz Lago (253) y las contenidas en los Votos Particulares (254), parecen dirigirse en la dirección correcta de interpretación, al indicar, como Mir Puig, que en los delitos de peligro abstracto, la «peligrosidad que se supone inherente a la acción salvo que se pruebe que en el caso concreto quedó excluida de antemano» (255); asimismo, Pérez Sauquillo expone en una línea similar la necesidad de «exigir por vía interpretativa que el comportamiento en el caso concreto fuera de hecho peligroso, objetivamente *ex ante*, o en otras palabras, idóneo en el momento de la acción para producir el menoscabo lesivo aunque no se requiera tampoco una concreta puesta en peligro *ex post*. De este modo, a pesar de la ausencia de un desvalor de resultado en el injusto material, se garantizaría la existencia de un verdadero desvalor (objetivo) de la acción. Ello cuando se afirma, junto con ese desvalor de la acción, la existencia de un «desvalor potencial de resultado» derivado de la posibilidad de que en la situación concreta

(253) Quien acude para justificar el riesgo abstracto en esta clase de delitos a los eventos históricos acaecidos en la II Guerra Mundial; Dolz Lago, 2015: 23 y 24. Si de evitar la repetición de los acontecimientos más bochornosos de la historia reciente de Europa se trata, más bien debería acudir a instancias anteriores a la política criminal. Debe recordarse que el régimen nazi nació de las mismas instituciones oficiales alemanas y fue legitimado por el pueblo alemán. Si tomamos como base este ejemplo para determinar un peligro abstracto asumible para la punición de los delitos de odio, deberían prohibirse –e, incluso, condenarse, tras la reforma operada en 2012– todos los partidos políticos con posicionamientos cercanos a la intolerancia o la discriminación, tales como aquellos que representan la denominada «ultra derecha». Por otra parte, podría construirse un argumento similar pero en sentido contrario invocando el recuerdo de la exclusión de determinadas ideas políticas socialistas, comunistas, anarquistas, de secesionismo territorial y antisistema de carácter pacífico en algunos regímenes políticos democráticos por la vía de la censura y los límites a la libertad de expresión; al respecto véase MIRA BENAVENT, J.: *Algunas consideraciones político-criminales...*, *ob. cit.*, p. 109.

(254) Así, por ejemplo, el magistrado Don Andrés Martínez Arrieta en el Voto Particular a la STS 259/2011, sostiene que para la realización de los tipos penales que se fundamentan en la punición del discurso del odio, basta «con la generación de ese peligro que se concreta en el mensaje con un contenido propio del «discurso del odio» que lleva implícito el peligro al que se refiere el tipo. De ahí que los Convenios Internacionales anteriormente señalados, refieran la antijuridicidad del discurso del odio sin necesidad de una exigencia que vaya más allá del discurso que contiene un mensaje odioso que, por sí mismo, es peligroso a la convivencia. Los dos tipos penales requieren para su aplicación la constatación de la realización de unas ofensas que puedan ser incluidas en el discurso del odio, pues esa inclusión supone la realización de una conducta que provoca, directa o indirectamente, sentimientos de odio, violencia y de discriminación». Como ya se ha advertido con anterioridad, no puedo adscribirme a este posicionamiento, por cuanto no sería posible realizar una medición empírica de tal peligro y se alude a la creación de un mero sentimiento, lo que queda fuera de la esfera de punición del Derecho penal.

(255) MIR PUIG, S.: *Derecho penal*. Parte General. Barcelona: Reppertor, 2011.

se hubiera podido producir un peligro efectivo para el bien jurídico» (256). Finalmente, en referencia a los delitos de odio Fuentes Osorio expone con claridad meridiana que «la escasa lesividad de los comportamientos incluidos dentro de estas categorías no se aprecia cuando nos centramos en las necesidades preventivas que dan origen a los mismos y los justificamos con la técnica de los delitos de peligro abstracto. Su exigua ofensividad salta a la vista cuando se cambia el enfoque y se analiza su naturaleza desde la perspectiva de la intervención delictiva» (257).

En definitiva, tales posicionamientos doctrinales se sitúan en la más que aceptable línea dibujada por el TS en sus sentencias anteriores a la reforma de 2015 (en concreto, desde el famoso fallo del Caso de la *Librería Europa*), en las que se indica expresamente que «para que el bien jurídico protegido pudiera verse afectado a causa de la difusión de esta clase de ideas o doctrinas, sería preciso que el autor acudiera a medios que no solo facilitarían la publicidad y el acceso de terceros, que pudieran alcanzar a un mayor número de personas, o que lo hicieran más intensamente, sino que, además, pudieran, por las características de la difusión o del contenido del mensaje, mover sus sentimientos primero y su conducta después en una dirección peligrosa para aquellos bienes. No se trata, pues, solo de la mera difusión, sino de la difusión en condiciones de crear un peligro real para el bien jurídico que se protege». En este sentido, son bastante claras las palabras de Asúa Batarrita cuando indica que para afirmar la presencia de una provocación a la violencia es ineludible verificar seriamente el eventual riesgo de la escalada violenta, en cuanto a su claridad y a su conexión de inmediatez (258).

Y es que, «una cosa es proclamar, incluso vociferar, lo que el sujeto «siente», es decir sus deseos o emociones, exteriorizándolos a «rienda suelta» y otra cosa que tal expresión se haga, no para tal expresión emotiva, sino, más allá, para la racional finalidad de procurar que el mensaje, al menos indirectamente, mueva a otros a cometer delitos de terrorismo» (259).

(256) PÉREZ SAUQUILLO, 2015: «Delitos de peligro abstracto y bienes jurídicos colectivos», en *Foro de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, núm. 3, 2015, p. 137; también recoge esta línea de pensamiento BERNAL DEL CASTILLO, J.: «Actos preparatorios y provocación al terrorismo», en *Cuadernos de Política Criminal*, 2.ª Época, II, núm. 122, 2017, p. 8.

(257) FUENTES OSORIO, J. L.: *El odio...*, *ob. cit.*, p. 14.

(258) Voto particular que formula la Magistrada doña Adela Asúa Batarrita a la Sentencia dictada en el recurso de amparo avocado por el Pleno, núm. 956-2009, al que se adhiere el magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré.

(259) Afianza esta línea jurisprudencial la STS 52/2018, de 31 de enero. Sin embargo, con los mismos fundamentos jurídicos ha resultado confirmada la condena a un artista de rap por los mensajes de odio de sus letras en la STS 79/2018, de 15 de febrero.

Actualmente, esta interpretación restrictiva del tenor literal del actual artículo 510.1 CP ha sido discutida doctrinalmente, defendiéndose que la conducta típica no requiere que sea posible como resultado del mensaje un acto agresivo contra cualquier miembro de la asociación contra la intolerancia, pues la afrenta viene a constituir la acción difusora de expresiones que inciten al odio, a la discriminación o a la violencia respecto de aquellos a los que se alude en el artículo 510 CP.

Así, se ha argumentado que «la provocación e incitación no generan en sí mismas ninguna situación «fáctica» concreta, sino que son la antesala de las mismas, al crear las condiciones óptimas para que tal situación de riesgo y peligro se desarrollen en un futuro más o menos inmediato. Al poner el acento en la noción de grupo o colectivo, el legislador pretende un fin incuestionablemente legítimo desde la óptica de la prevención criminal, a saber, que se llegue a inculcar en los destinatarios de la difusión una actitud hostil, de rechazo y violencia, que a la postre desemboque en actos concretos de agresión o discriminación. En las expresiones punibles del artículo 510 CP, el odio es el elemento común, tanto en el sentido de estar movidas por el odio, como, sobre todo, por tratar de transmitir ese odio a los destinatarios del mensaje. Mensajes absolutamente explícitos no pueden sino calificarse como mensajes odiosos que, por sí mismos, son peligrosos para la convivencia. Se diría que, aquel que difunde esa expresión, pretende la eliminación de quien no comparte su ideario con el potencial peligro que ello conlleva. La conducta típica del artículo 510 CP no requiere por otro lado, que sea posible, como resultado del mensaje, un acto agresivo contra cualquier miembro de la asociación contra la intolerancia, pues la afrenta viene a constituir la acción difusora de expresiones que inciten al odio a la discriminación o a la violencia respecto de aquellos a los que se alude en el artículo 510» (260).

En consecuencia, se asume por parte de nuestros Tribunales el argumento «defensista» sin ambages, de modo que bastan los problemáticos fundamentos preventivo-generales antes expuestos para asumir que determinados mensajes, englobados en el denominado «discurso del odio», son atentatorios *per se*, sin que quepa una mayor concreción conceptual. Considero, no, obstante, que frente a esta vía de solución funcional-preventiva, existen posibilidades más acertadas y restrictivas de castigar esta clase de conductas, tratado de conformar un modelo mixto que trate de conjugar la necesidad de demostrar el ánimo de intolerancia en el sujeto activo y la especial protección de la igualdad y la dignidad de los colectivos especialmente vulnerables.

(260) SAP de Santa Cruz de Tenerife, 107/2014, 7 de marzo.



Algunas cuestiones no desdeñables sobre los
elementos que configuran el tipo en el delito fiscal.
Especial referencia a la puesta en escena y la fase
de consumación delictiva

DANIEL FERNÁNDEZ BERMEJO

Profesor Contratado Doctor
Universidad a Distancia de Madrid (UDIMA)

RESUMEN

En el presente trabajo se pretende analizar un fenómeno delictivo que ha evolucionado a lo largo del tiempo y que pone de manifiesto la actual tendencia del legislador español de expandir el Derecho penal a materias extrapenales. Concretamente, las distintas formas comisivas del delito fiscal, el concepto específico de defraudación y la consumación del delito, desde una visión práctica y jurisprudencial, abarcan la esencia del contenido del análisis que se presenta.

Palabras clave: *delito fiscal; defraudación, puesta en escena, consumación, cuota defraudada.*

ABSTRACT

This paper intends to show a criminal phenomenon that have evolved over time. In addition, it shows the current trend of the spanish legislator to expand the criminal law to non-criminal matters. Specifically, it attends the certain conducts of the fiscal offense, the specific concept of fraud and the crime consummation forms, from a practical and jurisprudential vision.

Key words: *fiscal offense; fraud; fraudulent manifestation; consummation; defrauded fee.*

SUMARIO: 1. Introducción.–2. La evolución de la regulación del delito fiscal en la normativa penal española. 2.1 La trascendental Ley 50/1977, de 14 de noviembre. 2.2 La Ley Orgánica 2/1985, de 29 de abril. 2.3 La Ley Orgánica 6/1995, de 29 de junio. 2.4 La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Texto originario. 2.5 La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. 2.6 La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. 2.7 La Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre.–3. Configuración y naturaleza jurídica del delito fiscal. 3.1 El tipo básico del delito. 3.2 La defraudación como exigencia en el delito fiscal. 3.3 La conducta defraudatoria: la puesta en escena. 3.4 Una novedad relevante: la mera presentación de declaraciones no excluye la defraudación. 3.5 La consumación del delito fiscal.–4. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Puede afirmarse que uno de los graves problemas que se encuentran presentes en la sociedad actual es el que se refiere al fraude fiscal, y ello a pesar de las múltiples reformas y modificaciones que han tenido lugar en la legislación penal y tributaria en los últimos tiempos. Y es que el fraude fiscal es un fenómeno del que se derivan graves consecuencias para la sociedad en su conjunto, afectando al interés general. En primer lugar, supone una merma para los ingresos públicos, lo que afecta a la presión fiscal que soportan los contribuyentes que cumplen con la ley; condiciona el nivel de calidad de los servicios públicos y las prestaciones sociales; distorsiona la actividad de los distintos agentes económicos, de tal modo que las empresas fiscalmente cumplidoras deben enfrentarse a la competencia desleal de las incumplidoras; y en definitiva, el fraude fiscal constituye el principal elemento de inequidad de todo sistema tributario, contraviniendo, por encima de todo, con lo preceptuado en el artículo 31 de nuestra Constitución Española: el sostenimiento de los gastos públicos ateniendo al principio de igualdad, a través de un sistema tributario justo que, en ningún caso, resultará confiscatorio.

Es por ello que la actuación de los poderes públicos debe encaminarse no solo a la detección y regularización de los incumplimientos tributarios, sino también, y con mayores esfuerzos (1), a prevenir que

(1) *Vid.*, al respecto, CHOCLÁN MONTALVO, J. A.: «Protección penal del sistema financiero», en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.º 4, 2003, pp. 1885-1899.

estos incumplimientos se produzcan, haciendo hincapié en los aspectos disuasorios de la lucha contra el fraude.

El objeto del presente estudio no es otro que el de abordar el tipo básico del delito contemplado en el artículo 305.1 del Código Penal, desde los orígenes más remotos, observando cómo ha cambiado la problemática y la tendencia de legislador español en aras de erradicar aquellas conductas que, conforme a la realidad social en que se han manifestado, han resultado ser un problema para la sociedad en general, demandando un reproche penal a través del *ius puniendi*.

Ciertamente, la delincuencia económica o criminalidad de cuello blanco ha demostrado ser una de las herramientas más dañinas para el orden socioeconómico, al afectar directamente a la colectividad en general y al dañar sus esquemas fundamentales de mercado, de intercambio de valores o la financiación, y estos pueden afectar a la corrupción pública y privada. Téngase en cuenta que, además, esta delincuencia referida lesiona, en algunas ocasiones, bienes jurídicos no estrictamente económicos, como la salud o el interés general. Lo que persigue, a grandes rasgos, esta clase de delincuentes no es otra cosa que lograr un fácil enriquecimiento económico –*aunque en ocasiones ponen en práctica una genuina ingeniería financiera, lo cual evidencia un complejo modus operandi*– o generar estrategias que en la *praxis* pueden traducirse en resultados que deben de recibir una adecuada respuesta penal. No debemos olvidar, por otro lado, que el delincuente de cuello blanco es uno de los que más poder adquisitivo ostenta, y de los que mejor asesoramiento jurídico recibe y mayor capacidad y más medios técnicos especializados requiere para poder ser condenado por un juez o tribunal sentenciador.

La actividad inherente a la delincuencia económica bien pudiera afirmarse que ostenta el potencial suficiente como para generar importantísimos efectos distorsionadores en nuestra economía. Quizá por ello estas conductas delictivas, que afectan cuanto menos al orden socioeconómico y producen la introducción en el mercado financiero de grandes capitales o cantidades elevadas de dinero generados sin los normales costes de personal, financieros o industriales, y sin la debida carga tributaria, atentan contra la estabilidad y al buen orden del mercado financiero.

Fruto de la adaptación y actualización de la normativa penal española a las exigencias de los cuerpos normativos internacionales, en los últimos años se ha producido una expansión desorbitada por parte del Derecho penal en relación a la tipicidad objetiva y subjetiva de las conductas punibles asignadas a este tipo de delincuencia, anticipando el legislador penal español la aplicación de la *ultima ratio* del ordena-

miento jurídico a situaciones de hecho que quizá pudieran neutralizarse o erradicarse de manera más eficaz y con fines completamente distintos. Esta expansión del Derecho penal viene a absorber, en cierto modo, cuestiones de índole tributaria que quizá pudieran regularse o depurarse en la normativa reguladora que le es afín: la normativa tributaria.

Pues bien, el estudio comienza con el desarrollo histórico de la evolución que el delito fiscal ha presentado desde los orígenes más remotos para, posteriormente, realizar una exégesis de la naturaleza jurídica y del tipo básico del delito, que forma parte del «*derecho penal tributario moderno*», al configurarse como un precepto que precisa de complemento por el ordenamiento tributario, y que suscita algunas dudas acerca de la conveniencia de que sea la rama del Derecho penal la que precisamente tenga que regular cuestiones de índole tributarias. Así mismo se estudia, desde un prisma doctrinal y jurisprudencial, el relevante concepto de defraudación, que no aparece descrito en el tipo, y que requiere de la interpretación que durante todos estos años ha realizado de manera constante y uniforme la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Es conocido que el mero impago o incumplimiento de una cuota tributaria que supere el umbral de 120.000 euros, no constituye delito fiscal, ya que se requiere algo más: una puesta en escena, una ocultación, engaño o simulación, entre otros menesteres.

Ha resultado objeto de interés en esta investigación detenerse en el aspecto subjetivo del delito, con las particularidades que ofrece el elemento del dolo, en su vertiente de dolo directo, pero también de dolo eventual, como tiene reconocido la jurisprudencia, aunque se descarta, para la manifestación del delito analizado, la imprudencia e incluso, podríamos afirmar, que la tentativa inacabada. En cambio, sí tiene cabida el error de tipo o error de prohibición, como se pondrá de manifiesto.

Finalmente, no ha resultado baladí un concepto que ha generado múltiples estrategias de defensa ante distintas denuncias y acusaciones: el momento de la consumación delictiva. Y es que cada tributo, cada impuesto, ofrece como particularidad la configuración de un devengo específico y, por tanto, hay que atender al desarrollo del mismo para estudiar la posible existencia de delito. Por último, no olvidemos que pese a que las investigaciones y comprobaciones de las distintas liquidaciones, autoliquidaciones (acción), así como la ausencia de las mismas (omisión), proceden de la Administración Tributaria, y que cuando esta tiene conocimiento de una presunta *notitia criminis* le remite el expediente al Ministerio Fiscal o se remite el

tanto de culpa a la jurisdicción penal, a través de la interposición de la demanda o querrela correspondiente, no teniendo cabida, en estas lides, la vía contencioso administrativa. Y es que la cuota defraudada no solo puede determinarse por el juez competente en sede penal.

2. LA EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN DEL DELITO FISCAL EN LA NORMATIVA PENAL ESPAÑOLA

2.1. La trascendental Ley 50/1977, de 14 de noviembre

Puede afirmarse que el delito fiscal, o de defraudación tributaria, tuvo escasa aplicación práctica (2) hasta la Ley 50/1977 (3), de 14 de

(2) Vid. PÉREZ ROYO, F.: *Los delitos y las infracciones en materia tributaria*. IEF. Madrid, 1986, pp. 30 y ss.

(3) Adentrándonos en los orígenes de la regulación penal española, con algún vestigio relacionado con la defraudación de índole tributaria o del pago de impuestos, cabe afirmar que el Código Penal de 1822, en el Título VIII, bajo la rúbrica «*De los que rehusan al Estado los servicios que le deben*», en su artículo 573 establecía que «*El que contraviniendo a la obligación que todos los españoles, sin distinción alguna, tienen de contribuir a las necesidades del Estado en proporción de sus haberes, se negare a pagar la cuota que en el reparto de contribuciones públicas le hubiese tocado, después de apurados todos los trámites legales para rectificarla, o no queriendo usar de ellos, sufrirá el recargo de la mitad más de dicha cuota por vía de multa, y será apremiado a satisfacer una y otra cantidad*».

Por su parte, el artículo 574 del mismo texto legal disponía que «*El que cometiere algún fraude para no pagar la cuota que legítimamente le correspondía, ocultando o disminuyendo maliciosamente sus bienes, rentas o utilidades, pagará además de dicha cuota una multa equivalente al importe de lo que hubiere rebajado u ocultado para disminuir aquella*».

La Ley Penal sobre los delitos de fraude contra la Real Hacienda de 3 de mayo de 1830, en el artículo 14 prescribía que «*En cuanto a las contribuciones directas se incurre en defraudación: 1.º Por omitir la declaración que deba hacerse para la exacción a la autoridad u oficina adonde corresponda. 2.º Por cualquier falsedad que se cometa en la declaración que se dé para la graduación del derecho. 3.º Por la ocultación del contrato, sucesión, posesión u otro acto que cause derecho. 4.º Por cualquier simulación que se haga en los documentos justificativos de estos actos. 5.º Por toda otra especie de violación a las reglas administrativas establecidas en las instrucciones que tenga tendencia manifiesta y directa a eludir o disminuir el pago de lo que legítimamente deba pagarse por razón de la contribución directa*».

Como la regulación en 1830 de este delito se hallaba en una ley especial, el Código Penal de 1848 no lo incluyó en su contenido, de modo que sería el Código Penal de 1870 el que, en el Título VI, bajo la rúbrica «*De la ocultación fraudulenta de bienes o de industria, del falso testimonio y de la acusación y denuncias falsas*», en su artículo 331 dispusiera que «*El que requerido por el competente funcionario administrativo, ocultare el todo o parte de sus bienes o el oficio o la industria que ejerciere*

noviembre, sobre medidas urgentes de reforma fiscal, que introdujo en nuestro sistema el delito fiscal, figura subsumida hasta aquel momento en el artículo 331 del Código Penal de 1870 (4), bajo el epígrafe «*De la ocultación fraudulenta de bienes e industria*».

Así, la Ley de 1977, en su artículo 35, englobado en el capítulo VI del título III del libro II del Código Penal, bajo la nueva rúbrica «*Del*

con el propósito de eludir el pago de los impuestos que por aquéllos o por ésta debiere satisfacer, incurrirá en una multa del tanto al quíntuplo del importe de los impuestos que debiera haber satisfecho, sin que en ningún caso pueda bajar de 125 pesetas».

Previamente, el Real Decreto de 20 de junio de 1852, sobre jurisdicción de hacienda y represión de los delitos de contrabando y defraudación, exponía que incurrían en defraudación aquellos que tuvieran «(...) *tendencia manifiesta y directa a eludir o disminuir el pago de lo que legítimamente debe satisfacerse por razón de una contribución directa o indirecta*».

En las posteriores reformas, lo que realmente cambió fue la ubicación y la cuantía de multa asociada al delito. Así, el artículo 390 del Código Penal de 1928, disponía que «*El que, requerido por funcionario administrativo competente, ocultare el todo o parte de sus bienes o el oficio o la industria que ejerciere, con el propósito de eludir el pago de los impuestos que por aquéllos o por ésta debiere satisfacer, incurrirá, salvo lo que dispongan las leyes o Reglamentos especiales, una multa del tanto al quíntuplo del importe de los impuestos que debiera haber satisfecho, sin que en ningún caso pueda bajar de 1.000 pesetas y sin perjuicio de que la Administración haga efectivos los derechos fiscales*».

En el CP 1932, el artículo 324 disponía que «*El que, requerido por el competente funcionario administrativo, ocultare el todo o parte de sus bienes o el oficio o la industria que ejerciere, con el propósito de eludir el pago de los impuestos que por aquéllos o por ésta debiere satisfacer, incurrirá en una multa del tanto al quíntuplo del importe de los impuestos que debiera haber satisfecho, sin que en ningún caso pueda bajar de 250 pesetas*».

En el texto punitivo posteriormente publicado, el CP 1944, en el artículo 319 se prescribía que «*El que, requerido por el competente funcionario administrativo, ocultare el todo o parte de sus bienes o el oficio o la industria que ejerciere, con el propósito de eludir el pago de los impuestos que por aquéllos o por ésta debiere satisfacer, incurrirá en una multa del tanto al quíntuplo del importe de los impuestos, sin que en ningún caso pueda bajar de 1.000 pesetas*».

Finalmente, y hasta la configuración del delito fiscal con autonomía propia en los cuerpos normativos, el artículo 319 CP del texto revisado en 1963, modificaba la cuantía base para determinar el posible delito fiscal, pasando de 1.000 a 5.000 pesetas.

(4) Acerca del análisis de la evolución histórica del delito, *vid.*, entre otros, BAZA DE LA FUENTE, M.^ª L.: *El delito fiscal: particular referencia al artículo 305 del Código Penal. Tesis doctoral*. Universidad Complutense de Madrid, 2003, pp. 2 y ss.; AYALA GÓMEZ, I.: «Antecedentes legislativos de los delitos contra la Hacienda Pública», en VV. AA: *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Vol. II, Edisofer, Madrid, 2008, pp. 1797-1818; DE MOSTEYRÍN SAMPALO, R.: *El blanqueo de capitales y el delito de fraude fiscal*. Tesis doctoral. UNED, Madrid, 2017, pp. 118 y ss.

delito fiscal», ordenaba que el artículo 319 del Código Penal de 1973 quedase redactado de la siguiente forma:

«1. Cometerá delito fiscal el que defraude a la Hacienda estatal o local mediante la elusión del pago de impuestos o el disfrute ilícito de beneficios fiscales en una cantidad igual o superior a dos millones de pesetas. Se entiende que existe ánimo de defraudar en el caso de falsedades o anomalías sustanciales en la contabilidad y en el de negativa u obstrucción a la acción investigadora de la Administración tributaria.

El que cometiere delito fiscal será castigado en todo caso con multa del tanto al séxtuplo de la suma defraudada y, además, con arresto mayor si la cantidad estuviere entre cinco y diez millones y con prisión menor para más de diez millones, siempre que la cantidad defraudada exceda de la décima parte de la cuota procedente.

2. Para la determinación de la cuantía de las defraudaciones mencionadas en el apartado anterior se observarán las siguientes reglas:

a) Cuando se trate de tributos periódicos, se estimará como cuantía el importe de lo defraudado en cada período impositivo.

Si el período impositivo fuera inferior a doce meses, el importe de lo defraudado se referirá al año natural.

b) En los tributos que no tengan carácter periódico, la cuantía se entenderá referida a cada uno de los distintos conceptos por los que un hecho imponible sea susceptible de liquidación.

3. Cuando el deudor de la cuota defraudada o el titular de la ventaja fiscal ilícitamente obtenida sea una Sociedad, Entidad o Empresa, el delito será imputable a los Directores, Gerentes, Consejeros Delegados o personas que efectivamente ejerzan su administración, a menos que quede demostrada su ausencia de responsabilidad, en cuyo caso la imputación del hecho delictivo se efectuará al autor material, sin perjuicio de la responsabilidad que incumba a los otros partícipes.»

Por su parte, el artículo 36 de la Ley de 1977 establecía que *«El conocimiento de las causas por los delitos fiscales corresponderá a la jurisdicción ordinaria»*. Y el artículo 37, precepto nuclear en el objeto de nuestro análisis por cuanto que sería el punto de partida de múltiples modificaciones posteriores, prescribía que

«1. Los delitos fiscales solo son perseguibles a instancia de la Administración, sin necesidad de querrela.

2. Una vez hayan adquirido firmeza las actuaciones administrativas y, en todo caso, cuando haya recaído resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central, el Delegado de Hacienda de la provincia respectiva, previo informe del Subdelegado de Inspección e Inspector Jefe, del Administrador de Tributos, Impuestos Inmobilia-

rios o de Aduanas, según el tributo de que se trate, y del Abogado del Estado, deberá poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que se estimen constitutivos de delitos fiscales cometidos en el ámbito de su jurisdicción. Si los hechos afectaren a varias provincias, la competencia vendrá determinada por razón del domicilio de la persona física o jurídica.»

Vemos, pues, que el artículo 37 vino a establecer la prejudicialidad tributaria (5) –*administrativa*–, al introducir dos condiciones objetivas de procedibilidad, reservándose la Administración la competencia para instar la iniciación del proceso penal, a modo de delito semipúblico, impidiéndose la persecución de oficio o por mera denuncia de los hechos; y se exigía firmeza en las resoluciones administrativas o resolución del Tribunal Económico Administrativo Central para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal aquellos hechos que revistieran carácter de delito. Además, del precepto se apreciaba la posible compatibilidad (6) entre la sanción administrativa y la penal.

Empero, esa exigencia aludida de firmeza de las actuaciones o de agotar la vía administrativa, fue la causa principal de que prácticamente no se sancionasen hechos merecedores de sanción penal.

2.2 La Ley Orgánica 2/1985, de 29 de abril

La Ley Orgánica 2/1985, de 29 de abril, de reforma del Código Penal en materia de delitos contra la Hacienda Pública, suprimió la prejudicialidad tributaria y transformó el delito fiscal en delito público.

Tras la publicación y entrada en vigor de la Constitución Española de 1978 (en adelante, CE) el 29 de diciembre del mismo año, su artículo 31 estableció el principio de que todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica, mediante un sistema tributario justo y no confiscatorio. Este principio, irrenunciable en un Estado que propugna como valores superiores la justicia y la igualdad, no se vería realizado si el fraude fiscal no hubiera encontrado, para sus más graves manifestaciones, una respuesta penal. Anuncia la Ley que de ello fue ya consciente el legislador cuando en la Ley 50/1977 de 14 de noviembre, en sustitución del delito de ocultación fraudulenta de bienes o de industria, se

(5) *Vid.*, al respecto, MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, p. 892; RAMÍREZ GÓMEZ, S.: «Las actuaciones de la administración tributaria en los supuestos de delito contra la hacienda pública», en *Revista Española de Derecho Financiero*, n.º 171, 2016, p. 59.

(6) *Vid.* RUIZ DE PALACIOS VILLAVARDE, J. L.: «Los delitos contra la Hacienda Pública ante su anunciada reforma», en *Tribuna Fiscal*, n.º 48, 1994, p. 53.

introdujo, en el artículo 319 del Código Penal –*el cual quedaba con esta norma de 1985, derogado*–, el tipo del delito fiscal, cuya regulación se completó con los artículos 36 y 37 de la propia norma. Sin embargo, asume el legislador que la previsión legislativa no tuvo los frutos deseados y, especialmente, el efecto de prevención general al que tiende todo precepto penal, como consecuencia de que existen todavía situaciones fraudulentas en las que se atenta contra los principios de generalidad y capacidad del artículo 31 de la Constitución. En este sentido, la redacción de artículo 37 de la Ley 50/1977 –*el cual quedaba con esta norma de 1985, derogado*– exigía el agotamiento de la vía administrativa antes de que la propia Administración Tributaria, única legitimada para ello, promoviese el ejercicio de la acción penal, lo cual se trataba de un obstáculo para el correcto funcionamiento del mecanismo procesal y sustantivo y, por ello, esta Ley de 1985 incluye su derogación, consciente, además, de que imponer una prejudicialidad tributaria con carácter necesario choca con el principio tradicional en nuestro ordenamiento.

Con la reforma referida, el delito fiscal quedaba tipificado como sigue: «*El que defraudare a la Hacienda estatal, autonómica o local, eludiendo el pago de tributos o disfrutando indebidamente de beneficios fiscales, siempre que la cuantía de la cuota defraudada o del beneficio obtenido exceda de 5.000.000 pesetas, será castigado con la pena de prisión menor y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía*».

Es obvio que el legislador asumía su responsabilidad en cuanto a los malos resultados obtenidos y escasos efectos preventivos conseguidos, pero también predecía las futuras críticas de algunos aspectos que pasaban a contemplarse en el tipo penal, como lo era la prejudicialidad tributaria.

Continuaba el legislador manifestando que la Ley no se limita a eliminar esa barrera prejudicial para reprimir el fraude fiscal, sino que, como adelanto, aspira a mejorar los textos sustantivos. Así, el novedoso artículo 349 del Código Penal pretendía avanzar en la delimitación de la conducta típica del delito fiscal por antonomasia. Se pretendía, por tanto, que dicha conducta no consistiese tanto en la falta de pago de los tributos como en la actitud defraudatoria mediante actos u omisiones tendentes a eludir la cuantificación de los elementos que configuran la deuda tributaria y, por tanto, su pago.

Así mismo, el nuevo artículo 350 pretendía sancionar específicamente la malversación o distracción de los fondos públicos que percibieran los particulares, sin perjuicio de que, en virtud de las reglas

generales sobre concurso, las conductas incriminadas pudieran, en casos determinados, ser acreedoras de la aplicación de otros preceptos.

También se introdujo un nuevo artículo, el 350 bis, que sancionaba el incumplimiento de obligaciones formales como infracción autónoma, dada la trascendencia de la colaboración activa de los sujetos pasivos de los tributos.

En definitiva, y en cuanto a la estructura del delito se refiere, el título VI del libro II del Código Penal, con la rúbrica «*Delitos contra la Hacienda Pública*», pasaba a comprender, en capítulo único, los artículos 349, 359 y 350 bis.

A modo de síntesis de esta evolución histórica de la normativa relativa al delito fiscal, la STS de 12 de mayo de 1986, que previamente tuvo la ocasión de recordar la Sentencia de 12 de marzo del mismo año, con acierto indica que el delito fiscal no fue criminalizado «*hasta el Código Penal de 1870, de cuyo texto pasó a los posteriores, hasta que, en el Código Penal de 1944, se le dedicó el artículo 319 enclavado en el Capítulo VI del Título III del Libro II bajo el epígrafe “de la ocultación fraudulenta de bienes o de industria”, cuyo precepto rara vez se aplicó, habiéndolo estimado totalmente inoperante diversas Memorias de la Fiscalía del Tribunal Supremo. Sustituido el epígrafe mencionado, mediante la Ley de 14 de noviembre de 1977, por el “delito fiscal”, la antigua redacción del mencionado precepto fue reemplazada por otra totalmente renovada y a la que, ciertos sectores doctrinales, le atribuyen génesis demagógica y, finalmente, y ante la virtual inaplicación de la normativa dicha, la Ley Orgánica de 29 de abril de 1985 ha derogado tanto el meritado Capítulo VI como el artículo 319, trasladando la infracción, y remodelándola, al Título VI del Libro II del Código Penal, bajo la rúbrica de “delitos contra la Hacienda Pública”, cuyo Título, en un solo Capítulo, comprende los artículos 349, 350 y 350 bis. En lo que respecta a la naturaleza jurídica de la infracción estudiada con anterioridad a la Ley de 1977, se estimaba que tratábase de un hecho punible contrario a la fe pública, tesis que abonaba su colocación dentro del Título dedicado a las falsedades; mas, con posterioridad a la referida Ley, se entiende que se trata de un delito socioeconómico que atenta a los intereses patrimoniales del Estado o de las Entidades Locales y Autonómicas. La acción, para algunos, es muy simple pues basta con el impago de la deuda tributaria que incumba al infractor; esto es, con no ingresar en las arcas correspondientes las sumas adeudadas, pero, habida cuenta de que, “fraude” equivale semánticamente a “engaño” o “acción contraria a la verdad o a la rectitud”, “defraudación” a “acción o efecto de defraudar” y, “defraudar” siendo palabra polisémica, en su*

acepción más ajustada al caso, a “cometer un fraude en perjuicio de algún”, y tomando en consideración que no se trata de resucitar la antigua prisión por deudas, es preciso llegar a una conclusión distinta, conforme a la cual lo relevante, a efectos punitivos, es ocultar o desfigurar el hecho tributario o las bases tributarias con el fin de eludir la obligación de satisfacer determinados impuestos y con la evidente intención defraudatoria consiguiente, cuya intención de defraudar, la presumía el legislador, en el párrafo primero del artículo 319, mediante una interpretación auténtica, que no parece excluir hipótesis distintas a las expresamente previstas, “en el caso de falsedades o anomalías sustanciales en la contabilidad y en el de negativa u obstrucción de la acción investigadora de la Administración Tributaria”, a lo que cabe agregar que, es requisito indispensable, para la criminalización de la conducta fraudulenta que, la elusión del pago de impuestos conseguida, ascienda a una cantidad igual o superior a 2.000.000 de pesetas. Finalmente, el actual artículo 349 del Código Penal, tras la reforma antes aludida de 29 de abril de 1985 supedita, en su párrafo primero la criminalización de la conducta elusiva o de la defraudación a la Hacienda estatal, autonómica o local, a que la cuantía de la cuota defraudada o del beneficio fiscal obtenido exceda de 5.000.000 de pesetas».

2.3 La Ley Orgánica 6/1995, de 29 de junio

La LO 6/1995, de 29 de junio, por la que se modifican determinados preceptos del Código Penal relativos a los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, ofreció una nueva redacción que mantiene cierta semejanza con la regulación actual, incluyendo agravantes que se mantienen hoy en día e introduciendo la excusa absolutoria en el delito, por lo que no nos detendremos en su análisis, al no ser objeto de nuestro análisis tales novedades.

2.4 La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Texto originario

Adentrándonos ya en 1995, y aunque prácticamente ya se había depurado bastante la redacción del delito fiscal conforme a la realidad social a ojos del legislador, el texto punitivo originario de 1995, aprobado por la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante, CP), actualizó la penalidad de la conducta típica del delito fiscal y eliminó la exigencia que con anterioridad se hacía respecto del

dolo, y ello, fundamentalmente, porque el legislador caería en la cuenta de que tal conducta defraudatoria nunca se castigó en la modalidad imprudente, por lo que se recogía de manera superflua.

El artículo 305.1 CP disponía lo siguiente: *«El que por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica o foral, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta de retribuciones en especie obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de quince millones de pesetas, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía».*

2.5 La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre

Por su parte, la LO 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código Penal, modificó el precepto a los únicos efectos de establecer una nueva cuantía mínima delictiva, que se incrementaba hasta los 120.000 euros, adaptando el texto a la divisa «euro». Nada relevante surtió efecto en la normativa penal que pudiera afectar al delito fiscal.

2.6 La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio

Sería la LO 5/2010, de 22 de junio (7), de reforma del Código Penal, la que elevase la penalidad del tipo básico a 5 años de prisión como máximo, y la LO 7/2012, de 27 de diciembre, que analizaremos a continuación, la que estableciese el tipo agravado a 6 años de prisión máxima.

Esa reforma penal alteró el contenido de los apartados 1 y 3 del artículo 305 CP. Así, el primer apartado, ya modificado, disponía que

(7) La exposición de motivos de este texto normativo apuntaba que *«El tiempo transcurrido desde entonces ha puesto de manifiesto que es preciso llevar a cabo su actualización para abordar nuevas necesidades surgidas con la experiencia obtenida con su aplicación».*

La iniciativa reformadora se ha planteado en distintos ámbitos. Ya en 1998 el Congreso de los Diputados aprobó una Resolución instando al Consejo General del Poder Judicial a estudiar la efectiva aplicación del Código Penal, detectando los problemas que la misma comportaba. El citado Consejo General rindió su informe el día 12 de julio de 1999 con el análisis de aquellos aspectos que han planteado mayor complejidad en la aplicación del nuevo Código».

«El que, por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta de retribuciones en especie obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de 120.000 euros, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía.

Las penas señaladas en el párrafo anterior se aplicarán en su mitad superior cuando la defraudación se cometiere concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

a) La utilización de persona o personas interpuestas de manera que quede oculta la identidad del verdadero obligado tributario.

b) La especial trascendencia y gravedad de la defraudación atendiendo al importe de lo defraudado o a la existencia de una estructura organizativa que afecte o puede afectar a una pluralidad de obligados tributarios.

Además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años».

Por su parte, el apartado 3 establecía que *«Las mismas penas se impondrán cuando las conductas descritas en el apartado 1 de este artículo se cometan contra la Hacienda de la Comunidad Europea, siempre que la cuantía defraudada excediera de 50.000 euros».*

Ciertamente, la exposición de motivos del cuerpo normativo disponía que *«La evolución social de un sistema democrático avanzado como el que configura la Constitución española determina que el ordenamiento jurídico esté sometido a un proceso constante de revisión. La progresiva conquista de niveles de bienestar más elevados no es concebible, en un marco jurídico de respeto a los derechos fundamentales, sin un paralelo avance en materia de libertad y de seguridad, pilares indisolublemente unidos del concepto mismo de Estado de Derecho.*

En este contexto, la presente reforma se enmarca en la confluencia de varias coordenadas que explican tanto su relativa extensión como la variedad de cuestiones que en ella se abordan». A continuación, señala dicho texto que «la experiencia aplicativa del Código ha ido poniendo en evidencia algunas carencias o desviaciones que es

preciso tratar de corregir». Finalmente, en el apartado XXIII del Preámbulo, se establece que «En el ámbito de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social se ha producido un endurecimiento de las penas al objeto de hacerlas más adecuadas y proporcionales a la gravedad de las conductas. Se prevé asimismo que los jueces y tribunales recaben el auxilio de los servicios de la Administración Tributaria para la ejecución de la pena de multa y la responsabilidad civil».

Se modificó la redacción del párrafo primero del apartado 1 del artículo 305 CP, y se añade un apartado 5. De esta manera, el primer apartado quedó configurado como sigue: *«El que, por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta de retribuciones en especie obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de ciento veinte mil euros, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía».*

La otra novedad de esta reforma en materia relativa al delito fiscal radicó en el apartado 5 introducido en el texto punitivo, que exponía que *«En los procedimientos por el delito contemplado en este artículo, para la ejecución de la pena de multa y la responsabilidad civil, que comprenderá el importe de la deuda tributaria que la Administración Tributaria no haya podido liquidar por prescripción u otra causa legal en los términos previstos en la Ley General Tributaria, incluidos sus intereses de demora, los jueces y tribunales recabarán el auxilio de los servicios de la Administración Tributaria que las exigirá por el procedimiento administrativo de apremio en los términos establecidos en la citada ley».* Vemos, pues, que a pesar de la existencia de un proceso penal en trámite, la Administración podía disponer la práctica de la liquidación de la deuda tributaria con antelación a lo dispuesto en sentencia firme, no contemplando, en tales casos, la responsabilidad civil la deuda tributaria.

2.7 La Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre

En el Congreso de la Asociación Profesional de Inspectores de Finanzas del Estado (APIFE), celebrado en Tarragona del 27 al 29 de octubre de 2010, se indicó que *«esta reforma –que posteriormente se*

materializaría con la LO 7/2012–, *acabará con una discriminación intolerable, puesto que no es razonable, ni explicable, que un ciudadano que deje de pagar 1.000 euros en su declaración de la renta se pueda enfrentar a un embargo de su cuenta corriente en pocos meses, mientras que un presunto delincuente fiscal que deja de ingresar un millón de euros no se enfrenta a esta situación hasta que transcurran varios años, sin que en muchas ocasiones se hayan tomado las medidas adecuadas para asegurar el cobro».*

La Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modificó la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, realiza una profunda revisión de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, regulados en el título XIV del Código Penal. Señala el Preámbulo (8) de la Ley Orgánica que *«Los objetivos de la reforma en materia fiscal pueden sintetizarse en la creación de un tipo agravado que ofrezca respuesta a los fraudes de especial gravedad y que eleve la pena de prisión hasta una duración máxima de seis años, lo que a su vez determina que el plazo de prescripción de las infracciones más graves sea de diez años; posibilitar la persecución de las tramas organizadas de fraude fiscal mediante la facilitación de la denuncia inmediata una vez alcanzada la cantidad mínima de defraudación; incrementar las posibilidades de cobro de la deuda tributaria impagada evitando la paralización del procedimiento administrativo por el proceso penal; introducir mejoras técnicas en la regulación de las defraudaciones a la Hacienda y a los Presupuestos de la Unión Europea; evitar la denuncia ante los Juzgados de aquellos obligados tributarios que han regularizado, de forma completa y voluntaria, su situación tributaria. También se prevén mecanismos para rebajar la pena para aquellos imputados que, una vez iniciado el proceso penal, satisfagan la deuda tributaria o colaboren en la investigación judicial».*

(8) La exposición de motivos del Anteproyecto de Ley sostenía que *«el objetivo de la reforma en esta materia es que la denuncia por delito fiscal no paralice el procedimiento de liquidación y recaudación por la Administración tributaria cuando disponga de suficientes elementos para ello, tal y como parece ser la tendencia general en derecho comparado».* Y es que el 20 de noviembre de 2008 tenía entrada en el registro del Consejo General del Poder Judicial el Anteproyecto de Ley, junto con la memoria justificativa, a los efectos de la emisión del dictamen preceptivo por parte del Consejo, informe que fue aprobado el 26 de febrero de 2009 por la Comisión de Estudios e Informes del Consejo General del Poder Judicial, si bien es cierto que las consideraciones realizadas por este órgano no resultaron baladí, por lo que las intenciones reflejadas en la Exposición de Motivos del Anteproyecto no se materializaron finalmente en el Proyecto de Ley remitido a las Cortes Generales.

Con esta norma, se efectúan mejoras técnicas en la tipificación de los delitos contra la Hacienda Pública en el artículo 305 CP, que tienen por objeto facilitar la persecución de estos delitos y corregir algunas deficiencias advertidas en su aplicación.

Adentrándonos en las modificaciones más significativas, podemos destacar la novedosa configuración de la regularización de la situación tributaria que, en palabras del legislador en el espacio preambular del texto, define *«como el verdadero reverso del delito de manera que, con la regularización, resulte neutralizado no solo el desvalor de la acción, con una declaración completa y veraz, sino también el desvalor del resultado mediante el pago completo de la deuda tributaria y no solamente de la cuota tributaria como ocurre actualmente»*. En este sentido, continúa apuntando que *«Esta nueva configuración de la regularización hace que ésta guarde una relación de equivalencia práctica con el pago tempestivo del impuesto, tal y como han destacado tanto la Fiscalía General del Estado, como el Tribunal Supremo, que de forma muy expresiva se han referido a la regularización como el pleno retorno a la legalidad que pone fin a la lesión provisional del bien jurídico protegido producida por la defraudación consumada con el inicial incumplimiento de las obligaciones tributarias»*. Así, considera el legislador que la regularización de la situación tributaria hace desaparecer *«el injusto derivado del inicial incumplimiento de la obligación tributaria y así se refleja en la nueva redacción del tipo delictivo que anuda a ese retorno a la legalidad la desaparición del reproche penal. Esta modificación (...) suprime las menciones que la conceptuaban como una excusa absolutoria»*.

Por otro lado, y como producto estrella de esta ley de 2012, se introduce un nuevo apartado que permite a la Administración Tributaria continuar con el procedimiento administrativo de cobro de la deuda tributaria pese a la pendencia del proceso penal. Si bien es cierto, con esta reforma, el legislador persigue eliminar situaciones de privilegio *–tal y como anuncia en el preámbulo de la norma–* y situar al presunto delincuente en la misma posición que cualquier otro deudor tributario, incrementando la eficacia de la actuación de control de la Administración, a modo de que la pendencia del proceso judicial no paraliza la acción de cobro pero podrá paralizarla el Juez siempre que el pago de la deuda se garantice o que este considere que se podrían producir daños de imposible o difícil reparación.

En relación con la determinación de la cuota tributaria defraudada, la reforma introduce dos modificaciones relevantes. De una parte, que la cuantía defraudada se determinará por relación al año natural. De otro lado, se introduce una regla especial para poder perseguir las tra-

mas de criminalidad organizada de forma inmediata desde el momento en el que la defraudación supere el *quantum minimum* establecido *ex delictum*.

Así mismo, se prevé una atenuación de la pena cuando los presuntos responsables de los delitos reconocen su autoría y satisfacen íntegramente la deuda tributaria, o bien colaboran con las Autoridades para la averiguación de los hechos y, en su caso, la identificación o captura de otros responsables, siempre y cuando tal reconocimiento, pago y cooperación se produzcan en un breve lapso de tiempo. En el polo opuesto, se contempla un nuevo tipo agravado en el artículo 305 bis para tipificar las conductas de mayor gravedad o de mayor complejidad en su descubrimiento, que se sancionan con una pena máxima de seis años, lo cual, a tenor de lo dispuesto en el artículo 131 del Código Penal, lleva aparejado el aumento del plazo de prescripción hasta los diez años, en aras de evitar la impunidad de estas conductas graves por el transcurso del tiempo. También se consideran supuestos agravados aquellos en los que la cuantía de la cuota defraudada supere los seiscientos mil euros; aquellos en los que la defraudación se comete en el seno de una organización o de un grupo criminal; o en los que la utilización de personas, negocios, instrumentos o territorios dificulte la determinación de la identidad o patrimonio del verdadero obligado tributario o responsable del delito o la cuantía defraudada.

Veamos, por tanto, cómo queda configurado en el Código Penal, tras la última reforma producida en materia fiscal, el vigente y trascendental artículo 305:

«1. El que, por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta, obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de ciento veinte mil euros será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía, salvo que hubiere regularizado su situación tributaria en los términos del apartado 4 del presente artículo.

La mera presentación de declaraciones o autoliquidaciones no excluye la defraudación, cuando ésta se acredite por otros hechos.

Además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años.

2. A los efectos de determinar la cuantía mencionada en el apartado anterior:

a) Si se trata de tributos, retenciones, ingresos a cuenta o devoluciones, periódicos o de declaración periódica, se estará a lo defraudado en cada período impositivo o de declaración, y si éstos son inferiores a doce meses, el importe de lo defraudado se referirá al año natural. No obstante lo anterior, en los casos en los que la defraudación se lleve a cabo en el seno de una organización o grupo criminal, o por personas o entidades que actúen bajo la apariencia de una actividad económica real sin desarrollarla de forma efectiva, el delito será perseguible desde el mismo momento en que se alcance la cantidad fijada en el apartado 1.

b) En los demás supuestos, la cuantía se entenderá referida a cada uno de los distintos conceptos por los que un hecho imponible sea susceptible de liquidación.

3. Las mismas penas se impondrán cuando las conductas descritas en el apartado 1 de este artículo se cometan contra la Hacienda de la Unión Europea, siempre que la cuantía defraudada excediera de cincuenta mil euros en el plazo de un año natural. No obstante lo anterior, en los casos en los que la defraudación se lleve a cabo en el seno de una organización o grupo criminal, o por personas o entidades que actúen bajo la apariencia de una actividad económica real sin desarrollarla de forma efectiva, el delito será perseguible desde el mismo momento en que se alcance la cantidad fijada en este apartado.

Si la cuantía defraudada no superase los cincuenta mil euros, pero excediere de cuatro mil, se impondrá una pena de prisión de tres meses a un año o multa del tanto al triplo de la citada cuantía y la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de seis meses a dos años.

4. Se considerará regularizada la situación tributaria cuando se haya procedido por el obligado tributario al completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria, antes de que por la Administración Tributaria se le haya notificado el inicio de actuaciones de comprobación o investigación tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de la regularización o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica, foral o local de que se trate, interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida, o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias.

Asimismo, los efectos de la regularización prevista en el párrafo anterior resultarán aplicables cuando se satisfagan deudas tributa-

rias una vez prescrito el derecho de la Administración a su determinación en vía administrativa.

La regularización por el obligado tributario de su situación tributaria impedirá que se le persiga por las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda tributaria objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación tributaria.

5. *Cuando la Administración Tributaria apreciare indicios de haberse cometido un delito contra la Hacienda Pública, podrá liquidar de forma separada, por una parte los conceptos y cuantías que no se encuentren vinculados con el posible delito contra la Hacienda Pública, y por otra, los que se encuentren vinculados con el posible delito contra la Hacienda Pública. La liquidación indicada en primer lugar en el párrafo anterior seguirá la tramitación ordinaria y se sujetará al régimen de recursos propios de toda liquidación tributaria. Y la liquidación que en su caso derive de aquellos conceptos y cuantías que se encuentren vinculados con el posible delito contra la Hacienda Pública seguirá la tramitación que al efecto establezca la normativa tributaria, sin perjuicio de que finalmente se ajuste a lo que se decida en el proceso penal.*

La existencia del procedimiento penal por delito contra la Hacienda Pública no paralizará la acción de cobro de la deuda tributaria. Por parte de la Administración Tributaria podrán iniciarse las actuaciones dirigidas al cobro, salvo que el Juez, de oficio o a instancia de parte, hubiere acordado la suspensión de las actuaciones de ejecución, previa prestación de garantía. Si no se pudiese prestar garantía en todo o en parte, excepcionalmente el Juez podrá acordar la suspensión con dispensa total o parcial de garantías si apreciare que la ejecución pudiese ocasionar daños irreparables o de muy difícil reparación.

6. *Los Jueces y Tribunales podrán imponer al obligado tributario o al autor del delito la pena inferior en uno o dos grados, siempre que, antes de que transcurran dos meses desde la citación judicial como imputado satisfaga la deuda tributaria y reconozca judicialmente los hechos. Lo anterior será igualmente aplicable respecto de otros partícipes en el delito distintos del obligado tributario o del autor del delito, cuando colaboren activamente para la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos o para la averiguación del patrimonio del obligado tributario o de otros responsables del delito.*

7. *En los procedimientos por el delito contemplado en este artículo, para la ejecución de la pena de multa y la responsabilidad civil, que comprenderá el importe de la deuda tributaria que la Administración Tributaria no haya liquidado por prescripción u otra causa legal en los términos previstos en la Ley 58/2003, General Tributaria, de 17 de diciembre, incluidos sus intereses de demora, los Jueces y Tribunales recabarán el auxilio de los servi-*

cios de la Administración Tributaria que las exigirá por el procedimiento administrativo de apremio en los términos establecidos en la citada Ley.»

Esta reforma, que afectó al art. 305 CP, contribuyó a que los tributos pudieran recaudarse a toda costa. Para Tejerizo López, las modificaciones pueden sintetizarse (9) de la siguiente manera: 1) Si en una actuación de investigación de la Administración Tributaria se puede distinguir entre los conceptos vinculados o no a un posible delito contra la Hacienda Pública, ambos se tramitarán de forma separada. 2) Los conceptos no vinculados a un posible delito se tramitarán de acuerdo con lo dispuesto en las normas tributarias, y se sujetarán al régimen de recursos propios de toda liquidación. 3) En cuanto a los conceptos vinculados a un posible delito fiscal, también se sigue la tramitación que establezca la norma tributaria, aunque su eficacia final se dirime en el proceso penal. 4) La existencia de un proceso penal no paraliza la acción de cobro de la deuda tributaria, aunque sí puede suspenderse si así lo ordena el juez, bien de oficio o a instancia de parte.

Deteniéndonos en el apartado 5 del artículo 305 CP, con la nueva redacción (10) observamos que pese a la existencia de un proceso penal en curso, se permite disponer de la práctica de una liquidación de la deuda tributaria en un momento previo a la sentencia judicial, suponiendo la supresión de la obligación de paralizar las actuaciones administrativas practicadas, que era lo que regía hasta ese momento en materia tributaria. Y es que tras la LO 7/2012 aparecía de forma expresa la continuación de las actuaciones de la Administración Tributaria para

(9) Vid. TEJERIZO LÓPEZ, J. M.: «El procedimiento de inspección en los supuestos de presunto delito contra la hacienda pública», en *Revista Española de Derecho Financiero*, n.º 170, 2016, p. 25.

(10) En este sentido, el artículo 305.5 en el Anteproyecto de Ley de 2008 indicaba que «En los procedimientos por el delito contemplado en este artículo la pena de multa y la responsabilidad civil, que comprenderá el importe de la deuda tributaria que la administración tributaria no haya podido liquidar por prescripción u otra causa legal en los términos previstos en la Ley General Tributaria, incluidos sus intereses de demora, se exigirán por el procedimiento administrativo de apremio en los términos establecidos en la citada ley». Posteriormente, el artículo publicado tras la LO 5/2010, de 22 de junio, recogía que «En los procedimientos por el delito contemplado en este artículo, para la ejecución de la pena de multa y la responsabilidad civil, que comprenderá el importe de la deuda tributaria que la Administración Tributaria no haya podido liquidar por prescripción u otra causa legal en los términos previstos en la Ley General Tributaria, incluidos sus intereses de demora, los jueces y tribunales recabarán el auxilio de los servicios de la Administración Tributaria que las exigirá por el procedimiento administrativo de apremio en los términos establecidos en la citada ley».

los casos en que se apreciaren indicios de delito, conteniendo dichas actuaciones carácter ejecutivo, permitiendo su cobro por la vía de apremio salvo que judicialmente se acordase la suspensión.

Así pues, este precepto bien podría considerarse el origen de «un nuevo modelo de delito fiscal en el que la Administración Tributaria podría liquidar y recaudar la deuda aunque estuviera en marcha el proceso penal» (11). Sin duda, fue el punto de inflexión en la aplicación de las liquidaciones tributarias vinculadas al delito.

Ciertamente, parte de la doctrina ha criticado la genuina regulación de naturaleza tributaria en el seno del Derecho penal, a través del Código Penal, observando con recelo (12) su regulación a través de una ley orgánica. Téngase en cuenta que el actual Título VI de la Ley General Tributaria (en adelante, LGT) –*introducido por la Ley 34/2015, de 21 de septiembre*– comenzó a diseñarse tras la reforma del Código Penal en virtud de la LO 7/2012, de 27 de diciembre, aunque ciertamente, el germen puede hallarse en la LO 5/2010, de 22 de junio, momento en el que pareciera que la Administración Tributaria tuviera alguna potestad a la hora de efectuar la liquidación del tributo.

Por consiguiente, lo articulado supone una «invasión de la Administración Tributaria en el ámbito penal» (13), ya que el precepto lo que viene a introducir es un auténtico procedimiento administrativo tributario, y no tanto la regulación de un delito propiamente dicho. Si esto es así, que la norma penal pueda regular cuestiones de índole tributarias, ¿también podría dar lugar a que la norma tributaria contuviera preceptos de corte punitivo? Es evidente la deficiente técnica legislativa empleada.

(11) Cfr. HERRERO DE EGAÑA y ESPINOSA DE LOS MONTEROS, J. M.: «Prejudicialidad penal y delito fiscal», en *Diario La Ley*, n.º 7741, 2011, p. 2; LÓPEZ DÍAZ, A.: «Procedimientos tributarios y delito fiscal en el proyecto de reforma de la LGT», en *Revista Española de Derecho Financiero*, n.º 167, 2015, p. 30; RAMÍREZ GÓMEZ, S.: *Las actuaciones de la administración tributaria...*, op. cit., p. 64.

(12) *Vid.*, al respecto, entre otros, PALAO TABOADA, C.: «Los procedimientos de aplicación de los tributos en supuestos de delitos contra la Hacienda Pública en el Proyecto de Ley de modificación de la LGT», en *Revista Española de Derecho Financiero*, n.º 167, 2015, p. 46; ESPEJO POYATO, I.: «Procedimiento tributario y delito fiscal en la prevista reforma de la LGT», en *Revista de Contabilidad y Tributación*, n.º 388, 2015, p. 34; DE JUAN CASADEVALL, J.: «Actuaciones y procedimientos tributarios en supuestos de delito contra la Hacienda Pública: crónica de una reforma anunciada», en *Carta Tributaria*, n.º 5-6, 2015, p. 13.

(13) Cfr. TEJERIZO LÓPEZ, J. M.: *El procedimiento de inspección...*, op. cit., p. 25.

3. CONFIGURACIÓN Y NATURALEZA JURÍDICA DEL DELITO FISCAL

El delito fiscal, tipificado en el artículo 305 CP, se encuentra regulado en la norma penal como un tipo delictivo en blanco (14), al precisar de la normativa genérica contemplada en el Libro I del texto punitivo como de la normativa tributaria, para lograr la plenitud de su contenido, en aras de poder determinar la cuota tributaria, que no defraudada (15). Concretamente, nos ubicamos en el Título XIV del Libro II del Código Penal, «*De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*», artículos 305-310 bis CP.

Ciertamente, la regulación del delito fiscal en nuestra norma penal precisa de complemento, al tratarse de una norma penal en blanco, toda vez que no describe en el tipo todos los elementos que integran la conducta reprochable penalmente, y debemos acudir a la normativa tributaria (16) para conseguir tal objetivo y completar, de esta manera, su conceptualización (17). Y es que tal normativa de índole administrativa resulta fundamental (18), al configurarse como un estandarte para determinar la cuota tributaria defraudada y establecer el importe de la responsabilidad civil. Esta norma penal en blanco convierte al Derecho penal en una vía secundaria (19) frente al Derecho adminis-

(14) Al respecto, *vid.* SSTS 2734/2010, de 13 de mayo; 13/2006, de 2 de enero; 1505/2005, de 25 de noviembre; 539/2003, de 30 de abril.

(15) La distinción entre «cuota impagada» y «cuota defraudada» y sus consecuencias ha sido claramente reconocida en la Nota 1/2010, de 25 de enero, de la Unidad Central de Coordinación en Materia de delitos contra la Hacienda Pública de la Agencia Tributaria (Nota de Coordinación NC1/ 2010, de 25/1/2010, emitida por la Unidad Central de Coordinación en materia de delitos contra la Hacienda Pública (UCCDHP) y suscrita por la Jefa de dicha Unidad, proporcionando pautas de actuación para los casos en los que por un mismo período y concepto, concurren motivos de regularización constitutivos y no constitutivos de delito, pp. 433-445.

(16) En este sentido, es la normativa extrapenal la que resultará necesaria para efectuar la liquidación tributaria que concretará el deber incumplido, identificando al sujeto obligado y la cuantía dejada de ingresar.

(17) *Vid.*, sobre este tenor, entre otros, GÓMEZ RIVERO, M. C.: «Lección II: La norma penal», en GÓMEZ RIVERO, M. C. (Dir.): *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte General*, 3.^a ed., adaptada a la LO 1/2015, de reforma del Código Penal. Tecnos, Madrid, 2015, pp. 33 y ss.

(18) *Vid.* LINARES, M.^a B.: «Liquidación tributaria ante indicios de delito fiscal (Artículo 305.5 del Código Penal)», en *Revista General de Derecho Penal*, n.º 27, 2017, p. 2.

(19) Al respecto, *vid.*, por todos, RODRÍGUEZ RAMOS, L.: *Secundariedad del Derecho penal económico*. Colex, Madrid, 2001.

trativo sancionador en cuanto a la protección jurídico tributaria se refiere.

En este sentido, prescribe el vigente texto punitivo en su artículo 305.1 que «*El que, por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta, obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de ciento veinte mil euros será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía, salvo que hubiere regularizado su situación tributaria en los términos del apartado 4 del presente artículo.*

La mera presentación de declaraciones o autoliquidaciones no excluye la defraudación, cuando ésta se acredite por otros hechos».

Siguiendo el brillante análisis doctrinal realizado por Martínez Serna, la doctrina se muestra dividida en cuanto a la consideración del delito fiscal se refiere. Para algunos, este delito es un delito especial propio, en el que solo cabe como autor el deudor tributario (20); para otros, delito especial de infracción de un deber (21), en el que el autor será el obligado tributario que ha infringido el deber de contribuir al sostenimiento del gasto público, a tenor de los artículos 35 LGT y 31 CE, esto es, podrá defraudar aquel que esté obligado al pago de la deuda tributaria, excluyendo a los *extraneus* directamente de la autoría –*que bien pudieran ser cómplices, inductores o cooperadores necesarios*–. Esta teoría de identificación del delito fiscal como infracción de deber deja en el aire, para algunos autores, la obtención indebida de devoluciones (22), efecto contrario de la obligación de contribuir.

(20) Al respecto, *vid.* BAZA DE LA FUENTE, M. L.: *El delito fiscal...*, *op. cit.*, pp. 272 y ss.; MORALES PRATS, F./QUINTERO OLIVARES, G.: Comentarios al Código Penal Español. T. II. Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 471 y ss.; RODRÍGUEZ RAMOS, L.: «Código Penal concordado y comentado». *La Ley*, Madrid, 2011, pp. 1224 y ss.

(21) *Vid.*, en este sentido, SÁNCHEZ PEDROCHE, A.: «La responsabilidad penal, civil y administrativa del asesor fiscal». *CEF*, Madrid, 2007, pp. 155 y ss.; COLINA RAMÍREZ, E. I.: «La defraudación tributaria en el Código Penal Español». *Bosch*, Barcelona, 2010, pp. 146 y 147.

(22) *Vid.* MARTÍNEZ SERNA, I.: «El delito fiscal como delito común: Análisis del nuevo artículo 305.6. A la vez un comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2003 y 8 de abril de 2008», en *Revista General de Derecho Penal*, n.º 20, 2013, p. 4. Así, señala el autor de forma crítica, que «no habría infracción de deber porque no hay un deber de protección y favorecimiento del bien colocado dentro de la esfera jurídica en lo que se refiere a la persona especialmente obligada, la cual además de abstenerse de dañarlo debe velar por su integridad frente

Por tanto, puede lanzarse el siguiente interrogante: ¿Es el delito fiscal en realidad un delito especial? (23) A favor de tal respuesta se ha dicho y decimos que lo es, fundamentalmente, porque solo puede recaer en quienes resultan obligados a cumplir con ciertas obligaciones tributarias, a tenor de la normativa tributaria. Ahora bien, el planteamiento no ha resultado baladí, por cuanto que ello implicaría prácticamente equiparar el delito fiscal a una infracción de deber, lo cual impediría la posibilidad de concebir la figura del *extraneus* como un elemento que puede asumir responsabilidad penal, situación que sería de extrema gravedad si consideramos que algunos individuos han podido mantener cierto protagonismo en la defraudación tributaria consumada, como bien pudiera ser el asesor fiscal. El dilema delito especial *versus* delito de infracción de deber, en cambio, no parece haberse disipado pese a los distintos pronunciamientos judiciales y doctrinales.

Cabe recordar que delito especial es aquel que requiere, para poder ser autor, una específica cualificación en el agente (24). Por otra parte, delito común es aquel que no requiere reunir tal cualificación para ser autor (25). Entre los delitos especiales podemos distinguir, a su vez, entre especiales propios, que serían aquellos delitos que solo se han previsto para sujetos cualificados y no existen al margen de éstos; y delitos especiales impropios que, junto a una modalidad para sujetos cualificados admiten otra para sujetos no cualificados, en los que en el caso que nos ocupa, podría tener entrada el asesor fiscal.

Otros autores, como Silva Sánchez (26) y Martínez Buján (27) han catalogado, no exento de algunas críticas (28), el delito como infracción de deber con elementos de dominio, que viene a configurarse

a cualquier amenaza de peligro o lesión. El obligado tributario no tiene ninguna obligación de proteger a la Hacienda Pública o de evitar que sufra daños».

(23) Cuestión que es planteada, así mismo, por CHOCLÁN MONTALVO, J. A.: «Fundamento y límites del delito fiscal. Una perspectiva armonizadora del ordenamiento jurídico-tributario», en *Revista de Contabilidad y Tributación*, n.º 248, 2003, p. 116.

(24) A modo de ejemplo, el delito de malversación de caudales públicos del artículo 432 CP requiere el carácter de autoridad o funcionario; el de prevaricación judicial del artículo 446 exige ser juez o magistrado; el de falso testimonio del artículo 458 precisa reunir el carácter de testigo.

(25) Como ejemplo, citamos el delito de homicidio o el de hurto, artículos 138 y 234 CP, respectivamente.

(26) *Vid.* SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª: «El nuevo escenario del Delito Fiscal». *Atelier*, Barcelona, 2005, p. 71.

(27) MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: «Autoría y participación en el delito de defraudación tributaria», en BAJO FERNÁNDEZ, M. (Dir.): «Política Fiscal y Delitos contra la Hacienda Pública». *Ramón Aceres*, Madrid, 2007, pp. 73 y ss.

(28) Concretamente, Feijóo Sánchez no comparte la idea de diseñar categorías mixtas ni un híbrido de deberes positivos y negativos. *Vid.* FEIJÓO SÁNCHEZ, B.:

como la conjunción entre los actos concretos de organización, infracción de deberes tributario y la causación de un perjuicio. Por su parte, García Cavero (29) o Robles Planas (30) han identificado el delito fiscal como un delito de posición o de dominio, admitiendo la sanción penal en el caso del *extraneus*. En esta línea, Choclán Montalvo (31) entiende que al no ser este delito personalísimo, cabe el acceso a la posición de obligado tributario por parte de terceros, siendo relevante, por tanto, en el delito fiscal, quién tiene el dominio de la situación que permite el cumplimiento del deber. Otros, en cambio, han considerado el delito fiscal como delito de posición no institucional, entre quienes destaca Gómez Martín (32), que junto al elemento organizativo, entiende que se encuentra el deber jurídico especial de naturaleza extrapenal, siendo la naturaleza del delito mixta.

Finalmente, existe la postura de aquellos que consideran al delito fiscal como delito común, que viene a suponer que el tipo penal puede ser cometido por cualquier persona, ajena al deudor tributario, y basan el criterio en que la propia dicción del precepto, el artículo 305.1 CP, no hace referencia alguna al deudor tributario y, por tanto, cualquier persona en condiciones fácticas podría realizar la acción típica. Defensores de esta postura hallamos a Merino Jara y Serrano González (33), o Boix Reig y Mira Benavent (34), para quienes el tipo penal no exige que la conducta reprochable se ciña exclusivamente al deudor tributario, ya que otras personas también pueden dañar al erario público. En la misma línea, se ha pronunciado Pérez Royo (35), Córdoba Roda (36) y Rodríguez Mourullo (37), e incluso atendiendo a la inter-

«Imputación objetiva en el Derecho Penal Económico y Empresarial», en *Indret*, mayo, 2009, p. 20.

(29) Vid. GARCÍA CAVERO, P.: «La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: Criterios de imputación». *Bosch*, Barcelona, 1999, p. 164.

(30) Vid. ROBLES PLANAS, R.: «Garantes y cómplices». *Atelier*, Barcelona, 2007, pp. 130 y ss.

(31) Vid. CHOCLÁN MONTALVO, J. A.: «Responsabilidad de auditores de cuentas y asesores fiscales». *Bosch*, Barcelona, 2003, pp. 171 y ss.

(32) Vid. GÓMEZ MARTÍN, V.: «La responsabilidad penal del asesor fiscal: un estudio a partir de tres grupos de casos», en *La Ley Penal*, pp. 8 y ss.

(33) Vid. MERINO JARA, I./SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.: «La responsabilidad de asesor fiscal en el ejercicio de su actividad profesional», en *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, n.º 233, 1994, pp. 21 y ss.

(34) Vid. BOIX REIG, J./MIRA BENAVENT, J.: *Los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*. Tirant lo Blanch Valencia, 2000, pp. 51 y ss.

(35) Vid. PÉREZ ROYO, F.: *Los delitos y las infracciones... op. cit.*, pp. 80 y ss.

(36) Vid. CÓRDOBA RODA, J.: «El delito fiscal», en *Revista Española de Derecho Financiero*, núms. 15 y 16, 1997, p. 692.

(37) Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: «El nuevo delito fiscal», en *Revista Española de Derecho Financiero*, núms. 15 y 16, p. 259.

petación gramatical y sistemática del precepto, alejando la intención del legislador de dirigirse al obligado tributario, se ha manifestado Aparicio Pérez (38).

La jurisprudencia ha sido tajante en este sentido (39). Se trata de un delito especial propio, de los denominados de infracción de deber, restringiendo y limitando la responsabilidad de otros partícipes y, en algunos casos, del *extraneus*. Así, la STS 21 diciembre de 1992 señaló que el delito fiscal es un delito especial de propia mano que «*sólo puede ser cometido por quien esté atado con la Hacienda Pública por una relación jurídica tributaria y no por un tercero, sin perjuicio de la responsabilidad en que éstos puedan incurrir como partícipes en el delito, de acuerdo con la doctrina de la participación en los delitos especiales o propios*». De esta manera, será sujeto activo del delito fiscal «*todo aquel que esté ligado por una relación jurídicotributaria que le imponga el cumplimiento de la obligación principal de todo obligado tributario: El pago del tributo*», y será sujeto pasivo no solo el contribuyente, «*sino también el sustituto del mismo, conceptualización ésta que la tiene también el “retenedor”*».

Mostrando una línea similar, la reciente STS 499/2016, de 9 de junio, con la que identificamos el posicionamiento adecuado, ha expuesto que el delito fiscal, en su modalidad de defraudación a la Hacienda Pública eludiendo el pago de los tributos, «*es un delito especial de los llamados de infracción de deber. Concretamente en relación con el deber de contribuir a los gastos públicos mediante el*

(38) Vid. APARICIO PÉREZ, J.: «El delito fiscal a través de la jurisprudencia». Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 81.

(39) El Tribunal Supremo, al respecto, ha considerado que el delito fiscal, en su modalidad de elusión del pago de tributos, se configura como un delito de infracción de deber. Concretamente del deber de contribuir a los gastos públicos mediante el pago de los impuestos. Así se establece en la STS n.º 2069/2002, de 5 de diciembre, al disponer que «*Aunque el artículo 305 del Código Penal vigente se refiere ya al “que por acción u omisión” defraude a la Hacienda, el delito fiscal, al menos en la modalidad de elusión del pago de tributos, que aquí interesa, se configura como un delito de infracción del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos mediante el pago de tributos, conducta esencialmente omisiva. Se configura como un delito especial propio, de naturaleza patrimonial y además de resultado, siendo el bien jurídico protegido el patrimonio de la Hacienda Pública en su manifestación relativa a la recaudación tributaria (STS núm. 1940/2000, de 18 de diciembre)*». También se refieren a su consideración como delito de resultado las SSTS n.º 797/1999, de 20 de mayo; 181/1993, de 9 de marzo; STS de 3 de diciembre de 1991; STS de 27 de diciembre de 1990 y STS de 2 de marzo de 1988, haciendo referencia todas ellas a la necesidad de que el perjuicio causado supere determinadas cifras, variables en función de la legislación vigente en la fecha en que ocurren los hechos. En la misma línea, *vid.*, el Auto 984/2016, de 2 de junio de 2016, Sala de lo Penal, del Tribunal Supremo.

pago de los impuestos, establecido en el artículo 31 de la Constitución. (...) En algunas sentencias, como la STS n.º 1505/2005, de 25 de noviembre, se ha precisado que lo que penalmente se sanciona no es la omisión de la declaración por sí misma, formalmente considerada, aislada de cualquier valoración. Ni tampoco el impago, entendido como omisión del ingreso material del dinero, si ha mediado una declaración veraz. Pues el tipo exige una conducta defraudatoria y no el mero incumplimiento de deberes tributarios. De esta forma, la omisión de la declaración solo será típica si supone una ocultación de la realidad tributariamente relevante».

Por tanto, el delito fiscal puede configurarse de forma dual. A saber:

1. Delito configurado como una infracción de deber. Infracción tributaria cualificada por el *quantum* no ingresado.

Esta tesis persigue que el incumplimiento del deber de contribuir (40) se halla en un estadio superior al importe de la cuota defraudada. Así, inicialmente, el Tribunal Supremo, en virtud de la STS de 9 de marzo de 1993 (entre otras), manifestó que el delito fiscal «*consiste sencillamente en el incumplimiento del deber de pagar los tributos a los que se está obligado; y que (...) tiene como elemento subjetivo el ánimo de defraudar pero éste, que es evidente en quien no declara mal o torticeramente los datos que han de servir para la liquidación del impuesto, puede darse también en quien declara porque, siendo consciente del deber de hacerlo, omite una actuación esperada por la Administración tributaria y la omisión es susceptible de ser tomada como expresión inveraz de que no existe el hecho imponible»* (STS 1244/2003, de 3 de octubre). Por lo tanto, cabría concluir que «*la ocultación del hecho imponible o la minoración falsaria del mismo, constituye una conducta defraudatoria en tanto en cuanto implica una infracción del deber mediante una actuación de ocultación de la realidad en que el deber se basa o se origina»* (STS 801/2008, de 26 de noviembre).

En este mismo sentido, la STS 643/2005, de 19 de mayo, expuso que «*cualquier operación que evite el pago por parte del contribuyente de la carga tributaria que ha asumido voluntariamente, es una operación típica de elusión de impuestos, sancionada penalmente si*

(40) El artículo 31.1 de la Constitución Española prescribe que «*Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio*».

supera las barreras cuantitativas señaladas en los diversos tipos penales que se han sucedido en el tiempo».

2. Delito fiscal como un comportamiento defraudatorio que, además de superar 120.000 euros de cuota tributaria, exige un *modus operandi* delictivo, una conducta defraudatoria, exteriorizada en una ocultación de la realidad fiscal. En este sentido, la trascendente STS 1505/2005, de 25 de noviembre, manifestó que «*Este entendimiento del tipo objetivo encaja mejor con el texto del artículo 305 actual, en el que se sanciona al que por acción u omisión «defraude» a la Hacienda Pública eludiendo el pago de tributos, de donde no basta simplemente con omitir el pago debido, sino que es preciso defraudar, lo cual implica una infracción del deber mediante una conducta de ocultación de la realidad en la que aquél se basa o se origina.*

También se ajusta mejor a la finalidad del tipo delictivo, orientado a sancionar a quien no contribuya a los gastos públicos mediante la elusión del pago de los impuestos que le corresponden, y no a quien solamente omita el cumplimiento de obligaciones formales, como la consistente en presentar una declaración identificando el hecho imponible o en practicar la liquidación con el correspondiente ingreso. En los tributos que se gestionan en régimen de autoliquidación, la regulación tributaria establece un plazo para efectuar la autoliquidación y para hacer efectivo el pago.

El deber impuesto, deber de contribuir, se cumple, pues, atendiendo a dos aspectos: declarar y pagar. La infracción de cualquiera de ellos podría tener consecuencias de naturaleza tributaria».

En cuanto al bien jurídico protegido, aprovechando la clásica definición de Von Liszt, radica en el interés cuya salvaguarda persigue el tipo penal del delito fiscal. Así, para el autor, «llamamos bienes jurídicos a los intereses protegidos por el Derecho. Bien jurídico es el interés jurídicamente protegido. Todos los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o de la comunidad (41). El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del Derecho eleva el interés vital a bien jurídico» (42).

(41) Con buen tino apunta el profesor Sánchez Pedroche que, por consiguiente, serán sujetos pasivos del delito fiscal tanto el Estado como los demás entes territoriales con potestad tributaria, «aunque genérica e impropriamente se afirme que el titular del bien jurídico protegido no es otro que la comunidad destinataria de la política de ingresos y gastos». Cfr. SÁNCHEZ PEDROCHE, J. A.: «Delito fiscal en el IRPF y elemento objetivo del tipo», en *Revista Quincena Fiscal*, n.º 3, 2016, p. 4.

(42) Cfr. VON LISZT, F.: *Tratado de Derecho penal*. Trad. 20.ª ed., por Luis Jiménez de Asúa, adicionado con el Derecho penal español por Quintiliano Saldaña. T. II, 4.ª ed. Reus, Madrid, 1999, p. 6.

El bien jurídico protegido podría ser la recaudación tributaria –en un sentido amplio– o la recaudación tributaria de cada figura tributaria –en un sentido estricto–, o el interés público y constitucional de que se cumpla el mandato establecido en el artículo 31 de la Carta Magna, ordenando un sistema tributario justo, en virtud del cual «*todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos (...)*», si bien, estableciéndose un umbral mínimo tipificado 120.000 euros de cuota defraudada. Ciertamente, hallamos multitud de tesis divergentes entre sí que se posicionan a la hora de determinar el objeto de la tutela de los delitos de defraudación tributaria, cuestión esta que no resulta baladí (43). Se encuentran tesis vinculadas a la función del tributo o recaudación (44), las cuales han sido minoritarias frente a las que ofrecen una orientación de contenido patrimonial (45), por lo que podemos afirmar que el bien jurídico es el deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos a través del sistema tributario en armonía con el principio de solidaridad (46); el interés

(43) *Vid.*, entre otros, FERRÉ OLIVÉ, J. C.: «El bien jurídico protegido en los delitos tributarios», en *Revista Penal*, n.º 33, 2014, pp. 92 y ss.; ECHEVARRÍA RAMÍREZ, R.: «Consideraciones sobre el bien jurídico penalmente protegido por el delito de defraudación tributaria del art. 305 CP español», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 16, 2014, pp. 1-39.

(44) Entre otros, *vid.* MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*. 20.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 902; SOLA RECHE, E.: «Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social», en ROMEO CASABONA, C. M.ª/SOLA RECHE, E./BOLDOVA PASAMAR, M. A. (Coords.): *Derecho Penal. Parte Especial*. Comares, Granada, 2016, p. 469.

(45) Al respecto, *vid.* BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO SAGGESE, S.: *Derecho Penal Económico*, 2.ª ed., Ramón Aceres, Madrid, 2010, pp. 271 y ss.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: «Los objetos de protección en los delitos contra las Haciendas públicas», en VV. AA: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. III, Universidad de Coimbra, Coimbra, 2009, pp. 669 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico y de la empresa*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 283 y ss.; MORALES PRATS, F.: «De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social», en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.): *Comentarios al Código Penal español*. T. II, 7.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2016, pp. 539 y ss.

(46) *Vid.* SÁNCHEZ PEDROCHE, J. A.: *Delito fiscal en el IRPF...*, *op. cit.*, p. 1. En este sentido, señala la STC 50/1995, de 23 de febrero, que «*La solidaridad de todos a la hora de levantar las cargas públicas de acuerdo con la capacidad económica y dentro de un sistema tributario justo, aparece proclamada en el artículo 31 de la Constitución y conlleva, con la generalidad de la imposición, la proscripción del fraude fiscal, como una de las modalidades más perniciosas y reprochables de la insolidaridad en un sistema democrático, como pone de manifiesto la legislación al respecto de los países de nuestro entorno geográfico y cultural. La elevación del deber de tributar a un nivel constitucional se encuentra en los principios de generalidad y solidaridad en la contribución al sostenimiento de los gastos públicos, dentro de un sistema tributario justo (art. 31 CE) y lleva consigo la necesidad de impedir*

concretado en la «efectiva, completa, exacta y puntual» (47) recaudación tributaria, o como señala el Tribunal Supremo, el «patrimonio de la Hacienda Pública en su manifestación relativa a la recaudación tributaria» (48), o de patrimonio público (49), entendido desde una óptica funcional, que permita garantizar el cumplimiento del artículo 31 CE.

El delito en cuestión se configura como un delito de resultado que requiere para su perfección un perjuicio económico consistente en la falta de ingreso en el Tesoro de la suma debida a título de tributo, alcanzando el umbral económico mínimo para provocar la reacción penal, límite inspirado en razones de carácter política y fiscales, debiendo el dolo abarcar, para configurar el tipo subjetivo, aparte del ánimo específico de defraudar, el conocimiento de los deberes tributarios cuyo incumplimiento dio lugar a la defraudación y conciencia de la cuantía de esta última. Es por ello que consideramos que la tentativa en este delito no es concebible de ninguna manera.

El delito fiscal se legitima, según la STS de 15 de julio de 2002, en la necesidad de conferir un plus de protección a los importantes valores constitucionales en juego en la materia, cuya proyección no se agota sino que trasciende la significación estrictamente dineraria del tributo. En efecto, lo que da fundamento a la imposición de las obligaciones fiscales es el principio de solidaridad en la contribución al sostenimiento de las cargas públicas (art. 31.1 CE) —*estrechamente*

«una distribución injusta de la carga fiscal, ya que lo que unos no pagan debiendo pagar lo tendrán que pagar otros con más espíritu cívico o con menos posibilidades de defraudar. De ahí la necesidad de una actividad inspectora especialmente vigilante y eficaz, aunque pueda resultar a veces incómoda y molesta» (STC 119/1984). Aquí está la justificación profunda de tal obligación y también la antijuridicidad material del delito fiscal y de la infracción correlativa. El incumplimiento de ese deber constitucional se llama defraudación. «La lucha contra el fraude fiscales un fin y un mandato que la Constitución impone a todos los poderes públicos y singularmente al legislador y a los órganos de la Administración tributaria» (STC 76/1990)».

(47) Cfr. AYALA GÓMEZ, I.: El delito de defraudación tributaria. Artículo 349 del Código Penal. Civitas, Madrid, 1988, p. 104.

(48) Cfr. STS de 5 de diciembre de 2002. En la misma línea, la Sentencia 139/2015, de 31 de marzo, del Juzgado de lo Penal 27 de Madrid, señala que el tipo previsto en el artículo 305 CP es de naturaleza patrimonial y además de resultado, siendo el bien jurídico protegido el patrimonio de la Hacienda Pública en su manifestación relativa a la recaudación tributaria.

(49) Vid. DE LA MATA BARRANCO, N.: «El delito fiscal del artículo 305 CP después de las reformas 2010, 2012 y 2015: algunas cuestiones, viejas y nuevas, todavía controvertidas», en *Revista General de Derecho Penal*, n.º 26, 2016, pp. 5 y 6. Afirma el autor que esta garantía es la que importa, tal y como explican la existencia de la cláusula de regularización tributaria, atender el valor de lo defraudado o la concreción de la consumación del delito en el momento en que vence la obligación tributaria.

conectado a los de igualdad y justicia (SSTC 27/1981, 19/1987 y 46/2000)– de cuya efectividad depende la dimensión «social» del Estado que proclama la Constitución (art. 1)». En este sentido, y en palabras Choclán Montalvo, «en la determinación del alcance del tipo del delito fiscal el intérprete de la norma penal debe tomar en consideración los principios y las normas del Derecho tributario con la finalidad de obtener la debida armonización del ordenamiento jurídico tributario en su conjunto, como sistema de normas pertenecientes a diversas disciplinas jurídicas que concurren a la tarea común de contribuir al orden jurídico-económico y, en nuestro caso, al orden tributario, evitándose con ello la indeseada situación de que los Tribunales de distintos órdenes jurisdiccionales asuman acríticamente la existencia de antinomias legales» (50).

El hecho de que se establezca un límite fijo de punibilidad, un umbral de 120.000 euros que han de superarse como posible cuota defraudada para poder sancionarse penalmente la conducta definitoria de fraude fiscal, puede generar cierta desproporcionalidad (51) contributiva por parte del sujeto activo. Y es que se puede dar el caso de que el montante de una cuota defraudada que supere el umbral indicado represente, sin embargo, un porcentaje prácticamente irrisorio del total del impuesto satisfecho por el sujeto activo. Ciertamente, el desvalor del resultado será mayor cuanto mayor sea la cantidad proporcionalmente defraudada en relación con la cuota debida, de manera que el límite estático de punibilidad no guarda relación con el injusto del hecho. En este sentido, con acierto señala Choclán Montalvo que «el injusto penal es una forma cualificada de injusto por el especial merecimiento de pena, bien por la importancia del bien lesionado (desvalor de resultado), bien por la mayor reprobabilidad de la modalidad de acción (desvalor de acción)» (52).

Y la distinción entre el fundamento del ilícito penal y el ilícito administrativo radica en que el injusto penal debe ir en armonía con el desvalor de la acción, esto es, un comportamiento defraudatorio exteriorizado en una acción u omisión punible. Existen infracciones de diversa gravedad en el orden administrativo, pero en todo caso, la infracción penal debe de atentar al bien jurídico protegido con mayor

(50) Cfr. CHOCLÁN MONTALVO, J. A.: *Fundamento y límites del delito fiscal...*, *op. cit.*, p. 102.

(51) Al respecto, *vid.* CHOCLÁN MONTALVO, J. A.: «Sobre el fundamento del injusto del delito fiscal desde los principios constitucionales de la legalidad y proporcionalidad», en *Estudios de Derecho Judicial*, n.º 138, 2007, pp. 9-45.

(52) Cfr. CHOCLÁN MONTALVO, J. A.: *Fundamento y límites del delito fiscal...*, *op. cit.*, p. 105.

profundidad que la infracción tributaria considerada más grave. El Derecho penal no puede exigir menores condiciones objetivas de punibilidad y presupuestos objetivos merecedores de reproche sancionador que los exigibles en el Derecho administrativo sancionador, para el caso de la infracción más gravemente considerada en esta vía. Y es que en puridad, el delito fiscal es una suerte de infracción administrativa cualificada (53), que lleva pareja un plus adicional de injusto que la infracción administrativa.

Ciertamente, el Derecho administrativo sancionador se aplica a situaciones en las que la Administración puede autotutelarse, o al menos, debiera ser así. En otro caso, debería desplegar su eficacia la vía penal. Esta aparición de la esfera del *ius puniendi* no debería de alterarse, pese a que el legislador manifieste otros intereses como pudieran ser recaudatorios o políticos. En realidad, no se encuentra la necesidad de aplicar una determinada pena cuando es el propio titular de un concreto bien jurídico el que tiene la capacidad para reprocharlo y sancionarlo por sus propios medios. De esta manera, se respetan los principios penales de subsidiariedad y proporcionalidad.

Esta distinción presenta especial interés en sede de autoría y participación (54), concretamente, cuando en un delito especial intervienen sujetos cualificados y sujetos no cualificados. Para los delitos especiales propios, no todos los intervinientes en una operación podrían ser coautores, porque algunos –los no cualificados– no pueden serlo, por lo que habrán de responder por el delito cometido los no cualificados. Esta misma solución es la que debe regir en delitos especiales impropios respecto de los sujetos no cualificados. Habrá que identificar el delito y quién es su autor, para hacer responsable con posterioridad a los *extraneus* como partícipes en ese mismo delito. Sobre esta cuestión se ha manifestado Choclán Montalvo, afirmando que será relevante «a estos efectos determinar si el *extraneus* se encuentra con el bien jurídico en una relación idéntica respecto de la que tenía el *intraneus*. Lo decisivo es, por tanto, que el actuante en lugar de otro hubiera accedido al dominio social típico del delito especial correspondiente. Y en el caso que nos ocupa, en el delito fiscal, aunque es un delito especial, el elemento objetivo de la autoría no es

(53) Vid. CHOCLÁN MONTALVO, J. A.: *Fundamento y límites del delito fiscal...*, *op. cit.*, p. 106.

(54) Al respecto, *vid.*, BLANCO CORDERO, I.: *Límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito*. Comares, Granada, 2001; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Autoría y participación en el delito de defraudación tributaria...*, *op. cit.*, pp. 69-104; BACIGALUPO ZAPATER, E.: «Cuestiones de la autoría y la participación en el delito fiscal», en *Diario La Ley*, n.º 8715, 2016, pp. 1-4.

personalísimo, y cabe su delegación» (55). Téngase en cuenta, en este sentido, lo dispuesto por el artículo 65.3 CP, en virtud del cual, «*Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate*».

Sin duda alguna, podemos afirmar que para que exista delito fiscal será necesario que previamente concorra una obligación tributaria y una infracción tributaria, como presupuestos objetivos que se derivan de la normativa tributaria, y que deben extrapolarse al orden penal, para apreciar la posible existencia o no de delito. Lo que se exige para apreciar una conducta defraudatoria de ocultación fiscal será que el comportamiento del sujeto haya dirigido a la Administración Tributaria a que deba proceder a una regularización de una cuota tributaria, debiendo realizar esta una búsqueda e investigación de los hechos declarados o no, por otros medios.

Así, tal y como de forma cristalina apunta Cámara Barroso, para que podamos encontrarnos con un supuesto de delito fiscal, será necesario que tengan lugar tres requisitos: «defraudar a la Hacienda Pública (siendo necesaria la existencia de cierto «engaño»); con dolo (56); y por importe superior (en cuota) a 120.000 euros (por impuesto y año)» (57).

Finalmente, y como colofón a lo expuesto, para que el delito pueda perseguirse será necesario que la conducta típica realizada no haya prescrito y que se tenga noticia o conocimiento de los hechos delictivos llevados a cabo que, en múltiples casos, tendrá su origen mediante las actuaciones de la Administración Tributaria. Téngase en cuenta que el artículo 131 CP dispone que los delitos prescribirán, por razón de la duración de la pena impuesta, a los diez años, «*cuando la pena máxima señalada por la ley sea prisión o inhabilitación por más de cinco años y que no exceda de diez*», que sería el caso del delito fiscal agravado, contemplado en el artículo 305 bis; y a los cinco años, «*los demás delitos –entiéndanse de menor gravedad, habida cuenta que existe prescripción a los 20, 15 y 10 años, para delitos con penas de*

(55) Cfr. CHOCLÁN MONTALVO, J. A.: *Fundamento y límites del delito fiscal...*, *op. cit.*, p. 118.

(56) Habida cuenta que esta modalidad delictiva no admite la imprudencia como forma comisiva y que, en el caso de manifestarse, el supuesto de hecho se resolvería en el seno del derecho administrativo.

(57) Cfr. CÁMARA BARROSO, C.: «El «delito fiscal»», en *Revista CEFGestión*, n.º 212, abril, 2016, p. 24.

mayor duración–, excepto los delitos leves y los delitos de injurias y calumnias, que prescriben al año», que resultaría para el delito fiscal típico del artículo 305.1 CP.

En síntesis, el artículo 305 del Código Penal castiga con la pena de uno a cinco años a quien, por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública eludiendo el pago de tributos, siempre que la cuantía de la cuota defraudada exceda de 120.000 euros. Y es que tras 40 años de regulación del delito de defraudación tributaria, podemos afirmar que lo que se ha conseguido (58), por encima de todo, ha sido un incremento general de las penas establecidas y sus plazos de prescripción –*actualmente con la configuración de las agravantes–*; la introducción de la regularización tributaria que, según el momento en el que esta tenga lugar, permitirá aminorar la responsabilidad penal a modo de atenuación privilegiada o extraordinaria u ordinaria; concreción de la responsabilidad civil, afecta a deudas no procedentes del delito; y la posible comisión de esta clase de delitos por parte de las personas jurídicas.

3.1 El tipo básico del delito

Con la última redacción penal relativa al delito fiscal, se dificulta la interpretación que debe alcanzar el tipo, más aún cuando se trata de acudir a una conducta que no se encuentra expresamente definida en el texto punitivo, como pudiera ser el concepto de ingeniería financiera-tributaria, el engaño, la mendacidad, etc., conceptos que nos obligan a acudir a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en no pocos casos, para adentrarnos correctamente en el paraguas del delito y, por tanto, en la consideración de un acto como ilícito, antijurídico, culpable y punible (59). No olvidemos el carácter de *ultima ratio* que cons-

(58) *Vid.*, al respecto, DE LA MATA BARRANCO, N.: El delito fiscal del art. 305 CP..., op. cit.

(59) Acerca del análisis de este delito desde un prisma sustantivo, además de los trabajos que se citan en el presente estudio, véanse los siguientes: MERINO JARA, I./SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.: El delito fiscal. Edersa, Madrid, 2000; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L./CORTÉS BECHIARELLI, E.: Delitos contra la Hacienda Pública. Edersa, Madrid, 2002; ALONSO GONZÁLEZ, L. M.: «Análisis y valoración del tipo infractor en el delito fiscal y en la infracción tributaria grave», en *Quincena Fiscal*, n.º 5, 2003, formato electrónico, pp. 1-18; AYALA GÓMEZ, I.: «Los delitos contra la Hacienda Pública relativos a los ingresos tributarios: el llamado delito fiscal del artículo 305 del Código Penal», en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. (Dir.): Delitos e infracciones contra la Hacienda Pública. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 97-167; VIDALES RODRÍGUEZ, C.: «Derecho penal del amigo (Reflexiones críticas acerca de la reciente modificación de los delitos contra la Hacienda Pública

tituye el Derecho penal, aspecto este que no parece haber quedado patente en la visión del legislador español últimamente.

Recordemos lo dispuesto en el apartado primero del artículo 305 CP: «*El que, por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta, obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de ciento veinte mil euros será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía, salvo que hubiere regularizado su situación tributaria en los términos del apartado 4 del presente artículo.*

La mera presentación de declaraciones o autoliquidaciones no excluye la defraudación, cuando ésta se acredite por otros hechos».

Pues bien, la farragosa redacción que se desprende del artículo 305.1 CP, que regula el delito fiscal por antonomasia, recoge dos elementos de cardinal importancia, a saber, la evasión de tributos u obtención ilícita de beneficios fiscales por importe superior a 120.000 euros; y un componente defraudatorio en la conducta llevada a cabo por el sujeto activo que consigue el resultado. Por tanto, el artículo 305.1 para algunos es un elemento típico (60) y para otros una condición de penalidad (61). En este sentido, el debate queda abierto si tenemos en cuenta la literalidad ofrecida por el legislador en la Exposición de Motivos de la LO 7/2012, ya que en el apartado III se vincula la cuota tributaria del 305 con el desvalor de resultado, y el

y la Seguridad Social)» en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n.º 32, 2013, pp. 269-295; IGLESIAS RÍO, M. A.: «Título XIV. De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social. Artículo 305», en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.): *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma penal de 2012*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 809-833; MORILLAS CUEVA, L.: «Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social», en MORILLAS CUEVA, L. (Dir.): *Sistema de derecho penal. Parte especial*. 2.ª ed. Dykinson, Madrid, 2015, pp. 801-829; SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª: *El nuevo escenario del delito fiscal... Últ. op. y loc. cit.*; BACIGALUPO SAGGESE, S.: «Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social», en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (Dir.): *Memento Práctico Penal*. Francis Lefebvre, Madrid, 2016, pp. 1379-1403; MORALES PRATS, F.: *De los delitos contra La Hacienda Pública...*, op. cit., pp. 539-682; MESTRE DELGADO, E./FIGUEROA NAVARRO, C./GARCÍA VALDÉS, C.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*. 3.ª ed. Edisofer, Madrid, 2017, pp. 185-190.

(60) Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico...* op. cit., p. 284; DE LA MATA BARRANCO, N.: *El delito fiscal del artículo 305 CP...*, op. cit., p. 21.

(61) Vid. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal...*, op. cit., 2015, p. 905.

apartado IV hace referencia a la cuota defraudada del 307 como condición objetiva de punibilidad, como tendremos oportunidad de comentar.

Téngase en cuenta que toda acción u omisión contraria a la norma que suponga una lesión o atentado a un bien jurídico protegido, constituye un injusto desde el ángulo visual de la antijuricidad general. Ahora bien, solo constituirá injusto penal cuando la acción u omisión sea subsumible en un tipo penal. Y es que el delito fiscal se construye sobre la base de un comportamiento ya ilícito en el ordenamiento antes de su criminalización (62). La conducta típica, por acción u omisión, exige eludir el pago de tributos, entre otros supuestos, siempre que la cuantía de la cuota defraudada exceda de 120.000 euros, de forma que dicho resultado se erige en elemento objetivo del tipo que, como tal, habrá de ser fijado por la Jurisdicción penal en el juicio correspondiente, es decir, como señala la STS de 21 de noviembre de 1991, «*la deuda tributaria resultante del expediente administrativo no pasa al debate judicial como un dato predeterminado, intangible e invariable, inmune a la contradicción procesal*», sino que es precisamente la sentencia penal la que determina su cuantía pasando por ello en autoridad de cosa juzgada, sin posibilidad de revisión administrativa ulterior, habida cuenta el principio de preferencia de la jurisdicción penal recogido en el artículo 44 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ).

En este sentido, la expresión referida a el que «*por acción u omisión, defraude*» manifiesta cierta omnicomprensividad (63) del legislador. El elemento de la omisión ha sido una cuestión tradicionalmente compleja (64). Puede concebirse la elusión del pago de tributos como aquella evasión tributaria u omisión del pago de una cuota tributaria. O dicho de otro modo, cualquier acción u omisión tendente a evitar o aminorar el pago de los tributos. En este sentido, expone la STS 737/2006, de 20 de junio, que «*La responsabilidad penal surge no tanto del impago como de la ocultación de bases tributarias o la*

(62) Vid. CHOCLÁN MONTALVO, J. A.: *Fundamento y límites del delito fiscal...*, op. cit., p. 101; RODRÍGUEZ RAMOS, L.: *Secundariedad...*, op. cit., pp. 39 y ss.

(63) Vid. DE MOSTEYRÍN SAMPALO, R.: *El blanqueo de capitales...*, op. cit., p. 126.

(64) Vid., al respecto, CASTRO MORENO, A.: *Elusiones fiscales atípicas*. Atelier, Barcelona, 2008. Recientemente, resulta de gran interés, en este sentido, la aportación de LUZÓN PEÑA, D. M.: «Omisión impropia o comisión por omisión. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad, posiciones de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo de la creación o aumento de peligro o riesgo) y autoría o participación», en *Libertas, Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, n.º 6, 2017, pp. 145-272.

ficción de beneficios fiscales o gastos deducibles inexistentes. La introducción abierta de gastos reales como deducibles que luego no son tales, no implica engaño ni supone, por tanto, conducta «defraudatoria». Solo es delictiva la elusión del pago de tributos alcanzada a través de medios engañosos». Continúa la sentencia exponiendo que «La determinación de la cuota tributaria defraudada puede hacerse valer a través de cualesquiera medios de prueba válidos, entre los que se encuentra la estimación indirecta. Los dictámenes e informes periciales de la Inspección no constituyen documentos probatorios, a efectos casacionales, salvo que tratándose de varios dictámenes coincidentes la Audiencia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes (...)».

En cuanto a las cantidades retenidas o que se hubieran debido retener, pudiera servir de ejemplo aquel empresario que paga los salarios de sus trabajadores sin retenciones, o el empresario que realiza una retención en la nómina un trabajador en concepto de IRPF y, sin embargo, se apropia de dichas cantidades retenidas y no las ingresa ni declara a la Hacienda Pública.

Por lo que se refiere a la obtención indebida de devoluciones o disfrute ilícito de beneficios fiscales, se puede materializar con exenciones, deducciones, bonificaciones, de modo que la cuota tributaria resulta de inferior cuantía, e incluso puede generar que la Hacienda Pública realice una devolución a favor del obligado tributario, poniendo a su disposición unos fondos que, en realidad, no le pertenecen. En puridad, se trata del mismo perjuicio al erario público que cualquier otra modalidad típica, pero con un *modus operandi* diferente. En este sentido, la STS de 20 de noviembre de 1991, recuerda que este delito se comete no solo por acción, sino también por omisión, incumpliendo el contribuyente la obligación legal de presentar ante los órganos competentes de la Hacienda Pública las pertinentes declaraciones y autoliquidaciones y realizar después el correspondiente pago de las cuotas tributarias resultantes de éstas. De esta manera, indica el Tribunal Supremo que *«1.ª La regla básica en este orden de cosas, como en todos los supuestos del Derecho penal, es aplicar incondicionalmente el principio de tipicidad o regla del injusto típico y con la misma incondicionalidad el principio de culpabilidad. 2.ª La razón de ser de estas infracciones penales ha de encontrarse en la idea de justicia, valor fundamental de nuestro ordenamiento jurídico y en razón a la función que los tributos han de desempeñar en un Estado democrático y social de Derecho. En este sentido puede citarse la Recomendación sobre «criminalidad de los negocios» número R. (18) 12, del Consejo de Europa».*

El sujeto autor del delito es la persona natural o jurídica a quien la ley impone la carga tributaria derivada del hecho imponible. Es, a su vez, el que trata de desfigurar las bases tributarias con la finalidad de eludir el pago de determinados impuestos. Y es que el sistema no puede permanecer impasible cuando detecta operaciones que, sin calificarlas a priori como fraudulentas, son, por lo menos, sospechosas de maquillar la realidad tributaria. El sujeto activo de la conducta típica será el deudor tributario, por lo que nos hallamos ante un delito especial propio, ya que solo podrá ser cometido por quien ostente la condición de obligado tributario (65). Aquí pueden tener cabida, por tanto, el contribuyente, su sustituto o el beneficiario de una devolución o beneficio fiscal indebido, a modo de ejemplo.

En este sentido, la STS de 25 de septiembre de 1990, manifestó que solo puede ser sujeto activo de este delito el que sea «directamente» tributario o acreedor del impuesto o el que malgaste el beneficio fiscal obtenido, pero nunca un tercero; es decir, no todo deudor al erario público puede o debe ser considerado como agente comisario de un delito fiscal, sino solamente aquel que lo sea de la forma defraudatoria específica que señalan los referidos preceptos, ya que la punición de otras actividades defraudatorias encuentran marco adecuado en otras diferentes normas penales, cuales puedan ser, por ejemplo, las que definen el delito de apropiación indebida o el de malversación de caudales públicos.

Por lo tanto, se exige la concurrencia de una relación tributaria previa y un sujeto pasivo de la misma, que será aquella persona que la propia normativa tributaria defina como la persona obligada al cumplimiento de las prestaciones tributarias, lo que incluye la deuda tributaria, ya sea persona física o jurídica (66), contribuyente o sustituto. En este sentido, señala el artículo 35 LGT que:

«1. Son obligados tributarios las personas físicas o jurídicas y las entidades a las que la normativa tributaria impone el cumplimiento de obligaciones tributarias.

2. Entre otros, son obligados tributarios:

- a) Los contribuyentes.
- b) Los sustitutos del contribuyente.
- c) Los obligados a realizar pagos fraccionados.

(65) Vid. CHICO DE LA CÁMARA, P.: El delito de defraudación tributaria tras la reforma del Código Penal por la LO 5/2010. Reflexiones críticas y propuestas de *lege ferenda*. Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 67 y ss.; DE LA MATA BARRANCO, N.: *El delito fiscal del artículo 305 CP...*, op. cit., p. 12.

(66) Acerca de esta posible responsabilidad de las personas jurídicas, vid., los artículos 31 bis, ter, quater y quinquies del Código Penal. En este sentido, vid. CALVO VÉRGEZ, J.: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas por delito fiscal», en *Quincena Fiscal*, n.º 1, 2017, formato electrónico, pp. 1-51.

- d) *Los retenedores.*
- e) *Los obligados a practicar ingresos a cuenta.*
- f) *Los obligados a repercutir.*
- g) *Los obligados a soportar la repercusión.*
- h) *Los obligados a soportar la retención.*
- i) *Los obligados a soportar los ingresos a cuenta.*
- j) *Los sucesores.*
- k) *Los beneficiarios de supuestos de exención, devolución o bonificaciones tributarias, cuando no tengan la condición de sujetos pasivos.*

3. *También tendrán el carácter de obligados tributarios aquellos a quienes la normativa tributaria impone el cumplimiento de obligaciones tributarias formales.*

4. *Tendrán la consideración de obligados tributarios, en las leyes en que así se establezca, las herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio separado susceptibles de imposición.*

5. *Tendrán asimismo el carácter de obligados tributarios los responsables a los que se refiere el artículo 41 de esta ley.*

6. *También tendrán la consideración de obligados tributarios aquellos a los que se pueda imponer obligaciones tributarias conforme a la normativa sobre asistencia mutua.»*

En relación al contribuyente y su sustituto, el artículo 36 LGT prescribe que

«1. Es sujeto pasivo el obligado tributario que, según la ley, debe cumplir la obligación tributaria principal, así como las obligaciones formales inherentes a la misma, sea como contribuyente o como sustituto del mismo. No perderá la condición de sujeto pasivo quien deba repercutir la cuota tributaria a otros obligados, salvo que la ley de cada tributo disponga otra cosa.

En el ámbito aduanero, tendrá además la consideración de sujeto pasivo el obligado al pago del importe de la deuda aduanera, conforme a lo que en cada caso establezca la normativa aduanera.

2. *Es contribuyente el sujeto pasivo que realiza el hecho imponible.*

3. *Es sustituto el sujeto pasivo que, por imposición de la ley y en lugar del contribuyente, está obligado a cumplir la obligación tributaria principal, así como las obligaciones formales inherentes a la misma.*

El sustituto podrá exigir del contribuyente el importe de las obligaciones tributarias satisfechas, salvo que la ley señale otra cosa.»

Así mismo, no hay inconveniente alguno en que los *extraneus* puedan ser responsables del delito en cualquier otra forma de partici-

pación (67), como pudiera ser a título de inductor, cooperador necesario o cómplice. Dejamos, en este sentido, a un lado, la posible responsabilidad que pudiera emerger respecto del abogado (68) o asesor fiscal (69) respecto de las operaciones realizadas por su cliente.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido bastante precisa en relación a la exigencia de requisitos que deben darse en el delito fiscal (SSTS 891/2009 de 18 de septiembre; 801/2008, de 26 de noviembre; 774/2005, de 2 de junio; 1590/2003, de 22 de abril; 751/2003, de 18 de noviembre; 2115/2003, de 3 de enero; 2069/2002, de 5 de diciembre; 181/1993, de 9 de marzo, entre otras), y viene estableciendo la concurrencia de los siguientes elementos:

a) Una conducta activa u omisiva consistente en ocultar o desfigurar las bases tributarias. No precisa de ningún artificio o mecanismo engañoso, paralelo al exigido en el delito de estafa, puesto que en el delito fiscal no entran en relación el sujeto que engaña, ni el engañado, ni es preciso el error en el sujeto pasivo, en este caso, el erario público. Por el contrario, se considera típica la mera omisión sin necesidad de tergiversación o manipulación de los datos que configuran las correspondientes bases impositivas.

b) Un resultado lesivo para la Hacienda Pública, como consecuencia de la anterior conducta (en la norma vigente la cuota defraudada debe superar la cifra de 120.000 euros por ejercicio tributario). Se trata de un delito de resultado, consistente este en un perjuicio para la Hacienda. Corresponde al órgano judicial fijar la cuota defraudada, no a la Administración Tributaria, no pasando la cuota resultante del expediente administrativo al debate judicial como un dato predeterminado e intangible, sino que es la sentencia penal la que determina su cuantía, conforme a la valoración de la prueba practicada, realizada conforme a los principios del proceso penal.

c) Un elemento subjetivo, consistente en «una conciencia clara y precisa del deber de pagar y la voluntad de infringir ese deber». O

(67) Al respecto, *vid.*, por todos, BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO SAGGESE, S.: *Derecho Penal Económico...*, *op. cit.*, pp. 82 y ss. Se trata de un delito especial propio, en el que tiene cabida la figura del «*extraneus*» siempre que induzca, coopere o colabore en la comisión delictiva. *Vid.*, también, MUÑOZ CUESTA, J.: «La reforma del delito fiscal operada por LO 7/2012, de 27 de diciembre», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 11, 2013, p. 2.

(68) *Vid.*, entre otros, FERNÁNDEZ BERMEJO, D.: «El abogado ante el blanqueo de capitales y el secreto profesional», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 8, 2017, formato electrónico, pp. 1-39.

(69) *Vid.*, por todos, SÁNCHEZ PEDROCHE, J. A.: *Responsabilidad penal, civil y administrativa...*, *op. cit.* Con anterioridad, CHOCLÁN MONTALVO, J. A.: *Responsabilidad de auditores de cuentas...*, *op. cit.*

una voluntad dirigida a alguna de las finalidades típicas (en este caso eludir el pago de tributos). O el ánimo de defraudar el erario público, dejando de pagar impuestos. Es un delito claramente doloso, pero no exige un especial elemento subjetivo del injusto o un ánimo defraudatorio distinto del dolo, sino que bastan las exigencias generales del tipo subjetivo. El dolo así consiste en el conocimiento de las obligaciones fiscales, es decir, de las circunstancias de generar la obligación de tributar, y que la jurisprudencia ha concretado en la conciencia del deber de pagar y la voluntad de infringir ese deber, y de la conciencia de que la conducta implica la correlativa pérdida para la Hacienda, de lo que ésta habría de recaudar.

Como cualquier elemento subjetivo, por ser tal y pertenecer al fuero interno de la persona, debe ser inferido por el Tribunal de los hechos externos y objetivos que resulten probados. En este sentido el Tribunal Supremo ha señalado que ese ánimo de defraudar es evidente, no solo en quien declara mal los datos que han de servir de base para la liquidación del impuesto sino también en quien no declara porque, siendo consciente de su deber de hacerlo, omite una actuación esperada por la Administración Tributaria y la omisión es susceptible de ser tomada como expresión inveraz de que no existe el hecho imponible, bastando pues que pueda inferirse de un conocimiento seguro o muy probable de los elementos objetivos del ilícito penal, esto es, se admite el dolo eventual. En ambos casos, cabe concluir que la ocultación del hecho imponible o la minoración falsaria del mismo, constituye una conducta defraudatoria en tanto en cuanto implica una infracción del deber mediante una actuación de ocultación de la realidad en que el deber se basa o se origina. La admisión del dolo eventual elimina las dificultades prácticas que suscita la exigencia de que el dolo se proyecte sobre la cuantía defraudada, ya que aunque el autor desconozca con exactitud la cuantía de lo defraudado, acepta o consiente con dicha cuantía.

Por tanto, podemos afirmar que existirá dolo cuando no se presente declaración tributaria, lo cual lleva implícito el ánimo defraudatorio, o cuando se presente declaración pero de forma incorrecta, tergiversando el resultado, de modo que favorezca al contribuyente, salvo que se aprecie error. No ocurriría, sin embargo, cuando se presenta declaración reconociendo la cantidad que resulta correctamente a pagar, pese a que esta no llegue a pagarse.

Al respecto, nos recuerda la STS 801/2008, de 26 de noviembre, que se trata de un delito específicamente doloso, en el que el dolo

consiste en el conocimiento de las obligaciones fiscales (70), es decir, de las circunstancias que generan la obligación de tributar, y que se ha concretado en la exigencia de que la concurrencia del elemento subjetivo requiere que el autor haya obrado con «ánimo *defraudatorio*», esto es, en la conciencia clara y precisa del deber de pagar y la voluntad de infringir ese deber. También se ha indicado, como ya hemos mencionado, que sería suficiente la manifestación de dolo eventual (71), dado que el elemento «defraudación» excluye la punibilidad de la comisión imprudente.

(70) Ilustrativa ha resultado la STS de 8 de marzo de 1993, cuando exponía, con la vigencia de una norma penal anterior, pero manteniendo el mismo espíritu, que *«Tanto el anterior artículo 319, como el ahora vigente 349 del Código Penal, establecen como elemento normativo del tipo una determinada cuantía defraudada para integrar el ilícito penal, bastando, como señala la Sentencia de 27 de diciembre de 1990, que el sujeto activo conozca y quiera cometer tal defraudación sin que sea necesario, como erróneamente pretende la defensa con un argumento que supondría la necesidad de un acta de la Administración como elemento de perseguibilidad, que sea el sujeto pasivo el que concrete la deuda para la que sea conocida por el agente. En definitiva, el delito fiscal no exige otro dolo que el genérico contenido en el artículo 1.º del texto punitivo: Animo de eludir una obligación tributaria por encima de los 5.000.000 de pesetas, lo que indudablemente sabía el hoy encausado al tiempo de las correspondientes declaraciones al fisco que no reflejaban la realidad ni de la facturación de la empresa ni siquiera de la cuantía del impuesto repercutido a los clientes cuyo volumen indicio lógico y racional que permite inferir el elemento subjetivo ya indicaba una defraudación superior al mínimo penalmente fijado».*

(71) *Vid.* SSTS de 2 de marzo de 1988, 26 de noviembre y 27 de diciembre de 1990, 20 de noviembre y 3 de diciembre de 1991, 31 de octubre de 1992, y STS 10 de noviembre de 1993, así como Circular de la Fiscalía del TS 2/1978, de 20 de abril.

En este sentido, la STS 523/2015, de 5 de octubre expuso que *«(...) el propósito del acusado con el uso de las facturas falsas, es apoderarse de importantes cantidades de dinero de la sociedad que administraba, cometiendo las apropiaciones delictivas y un segundo momento en que entrega dichas facturas al encargado de realizar la declaración de los tributos para que la efectúe, incluyendo en la misma las facturas falsas. La sentencia recurrida, con error, traslada el dolo defraudatorio a un momento anterior, coincidente con la comisión del delito de apropiación indebida, en cuyo momento la voluntad inmediata es apoderarse de dinero de la sociedad las declaraciones a Hacienda se produjeron en momento posterior.*

Existió por tanto dolo, si no directo, sí indirecto y en todo caso eventual. Y es que, quien declara mal o torticeramente los datos que han de servir para la liquidación del impuesto comete el delito. La exigencia de la intención dolosa no significa que se excluya el dolo eventual, que siempre concurrirá cuando se aporten a la declaración del impuesto datos mendaces, susceptibles de ocultar o enmascarar la realidad. El hecho de que la maquinación sea burda no borra el fraude, ni éste puede limitarse a las maquinaciones difícilmente detectables, ya que ello supondría elevar a la categoría de excusa absolutoria o exención de responsabilidad penal los casos de falta de pericia del defraudador. Tampoco contribuye a la eliminación de la responsabilidad criminal del acusado después que la inspección de Hacienda descubriera el fraude (reconocer hechos, ofrecerse a regularizar la situación o provisio-

Ahora bien, no es admisible la incriminación culposa, entre otras cuestiones, porque el artículo 12 CP establece que «*Las acciones u omisiones imprudentes solo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley*», y no se refleja en la regulación del delito fiscal referencia alguna sobre esta modalidad comisiva, lo cual tampoco casaría muy bien en una conducta defraudatoria, que *per se*, debe de ser dolosa. También es cierto que la redacción del texto penal tampoco describe que la conducta debe de ser dolosa, la cual se sobreentiende, pero pudo el legislador haber matizado la redacción, indicando que «*El que, por acción u omisión, –dolosamente– defraudare a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local (...)*». Y es que, según mantiene el Tribunal Supremo, el *dolo* «*debe abarcar, para configurar el tipo subjetivo, aparte del ánimo específico de defraudar, el conocimiento de los deberes tributarios, cuyo incumplimiento dio lugar a la defraudación y la conciencia de la cuantía de esta última*» (72).

Distinto sería que pudiera apreciarse error en los actos realizados. Así, podríamos distinguir entre error de tipo y error de prohibición. El primero, que consiste en el desconocimiento de la concurrencia de algún elemento objetivo del tipo, excluye el *dolo* –*aún cuando es vencible* (73)– y, por tanto, la responsabilidad penal, mientras que el error de prohibición, que puede confundirse por el obligado tributario por el error de punibilidad, solo eximirá de responsabilidad si es invencible (74), pues en el caso de que fuere vencible, atenuará la aplicación de la pena pero no excluirá la responsabilidad criminal.

3.2 La defraudación como exigencia en el delito fiscal

Recordemos, para ubicarnos contextualmente en este apartado, nuevamente lo dispuesto en el artículo 305.1 CP: «*El que, por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta, obteniendo indebida-*

nar los impuestos debidos) y ello por cuanto tales circunstancias no se contemplan en el factum con tales actitudes se está admitiendo tácitamente la defraudación».

(72) Cfr. STS de 2 de marzo de 1988.

(73) Vencible podría definirse aquél error cuya existencia se debe a una precipitación o falta de diligencia del sujeto, al valorar ciertas circunstancias que rodean el hecho o lo integran.

(74) Invencible será aquél error que, aún con las debidas precauciones realizadas, no se pudo evitar, teniendo en consideración las circunstancias y el ambiente que rodea al individuo.

mente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de ciento veinte mil euros».

Téngase en cuenta que la cuota tributaria devengada, la cuota eludida y la cuota defraudada pueden no coincidir en el caso concreto, ya que lo realmente relevante a efectos penales será el perjuicio dolosamente producido. En este sentido, el denominado «*principio de intervención mínima*» del Derecho penal, que se asocia al carácter subsidiario o de *ultima ratio* que constituye este en el ordenamiento jurídico, debería impedir la sanción por esta vía de conductas de mero incumplimiento de pago, aún con dolo, si no van acompañadas de una conducta genuinamente defraudatoria. En este sentido, ¿a alguien se le ocurriría enviar a prisión a un individuo por incumplimiento de pago? No todos los hechos delictivos que pudieran afectar indirectamente a la Hacienda Pública pueden considerarse delitos de defraudación tributaria, como pudiera ser el caso de insolvencia punible, los cuales también pueden perjudicar al fisco.

Con acierto se pronuncia Queralt Jiménez cuando reza que ni la anterior regulación del delito fiscal ni la actual «se contentan con la elusión tributaria; requieren un plus esencial: la elusión ha de ser producto de una defraudación» (75). Y esta defraudación tiene lugar cuando los datos de los negocios o actividades que generan hechos imposables son falsos e incluso inexistentes. No obstante, será Hacienda quien conoce la existencia de la operación y el volumen económico, debiendo ser ella misma quien deba verificar si las operaciones que se declaran son realmente las que se han realizado.

Será en ese momento al que nos referimos, tras la comprobación de Hacienda de las operaciones llevadas a cabo, cuando en el caso de que no coincidan con la información o documentación que obre en poder de Hacienda, pueda girarse por parte de ésta un acta complementaria por la diferencia, junto con los respectivos intereses generados. Ahora bien, téngase en cuenta que lo que en puridad determina la apreciación de un delito es la elusión defraudatoria, el ánimo de defraudar, y no tanto la cantidad defraudada. En este sentido, y en palabras de Queralt Jiménez, «no defrauda, en fin, quien pretende optimizar al máximo los recursos legales, incluso torcidamente, pero con la suficiente habilidad para que sus números, aun mal colocados, respondan a la realidad. Si es así, no hay delito. Y, con todo, quien así

(75) Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: «Delito fiscal, un paso adelante, otro atrás», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 4, 2002, p. 2.

se comporta, en el expediente administrativo lleva la penitenciaría. De sobras» (76).

Sin embargo, lo que penalmente se sanciona no es la omisión de la declaración por sí misma, formalmente considerada, aislada de cualquier valoración. Ni tampoco el impago, entendido como omisión del ingreso material del dinero, si ha mediado una declaración veraz, pues el tipo exige una conducta defraudatoria y no el mero incumplimiento de deberes tributarios. En este sentido, el Tribunal Supremo ha declarado en Sentencia de 2 de marzo de 1988 que *«la omisión es a efectos de la defraudación un hecho concluyente, pues no puede ser de mejor condición quien omita la total declaración que quien desfigura o manipula las bases tributarias para pagar menos de lo debido»*. De esta forma, la omisión de la declaración solo será típica si supone una ocultación de la realidad tributariamente relevante. En esta línea descrita, la STS 1046/2009, de 27 de octubre, sostuvo que *«la sanción penal está prevista para quien defrauda eludiendo, es decir, para quien ocultando la realidad no declara correctamente o simplemente no declara y, además, no paga. Es decir, que a los efectos de estos delitos, la defraudación consiste en ocultar la deuda o los hechos que la generan, impidiendo así a la Hacienda Pública o a la Seguridad Social conocer su existencia y su alcance, y evitando que pueda poner en funcionamiento las prerrogativas que el ordenamiento jurídico pone a su disposición para hacer efectivos el cobro de aquello que corresponde»*. En este sentido, relevante ha resultado igualmente el Auto del Juzgado de Instrucción, n.º 15 de Valencia, de 22 de marzo de 2017, al exponer que *«ciertamente, el Derecho Penal no puede admitir artificios o trampas que puedan enmascararse bajo lo que, eufemísticamente, se conoce como ingeniería financiera o tributaria que, en definitiva, no es otra cosa que elevar el fraude o engaño a la categoría de arte o ciencia matemática (...)»*.

Y es que según la RAE, defraudar significa *«eludir o burlar el pago de los impuestos o contribuciones»*, entendimiento que debe ser rechazado para evitar la reiteración de dos términos con el mismo significado. Pero también significa *«privar a alguien con abuso de su confianza o con infidelidad a las obligaciones propias, de lo que le toca de derecho»*, lo cual coincide con el sentido que se propone, en cuanto que las obligaciones del contribuyente o de quien debe ingresar las cuotas a la Seguridad Social vienen precedidas del deber de declarar, que es, precisamente, el primero que se incumple, dando lugar a la elusión del pago de la cantidad debida.

(76) Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *Delito fiscal, un paso adelante...*, op. cit., p. 3.

Ciertamente, lo que exige el tipo penal, en puridad, es una puesta en escena, un mecanismo defraudatorio, una ocultación, llevada a cabo por una acción u omisión que impida conocer a las distintas Haciendas una situación concreta, ya sea porque se ha ocultado una actividad o negocio jurídico, ya porque se ha falsificado algún dato fiscalmente relevante. Y es que defraudar exige engañar, simular, y no meramente dañar el patrimonio de la Hacienda Pública ni atentar contra el deber jurídico de pago (77). Y esos elementos que deben concurrir en la conducta fraudulenta deben de probarse para que pueda ser reprochable penalmente.

Se trata de eludir el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta, obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma. Es decir, se trata de impagar u obtener beneficios de forma fraudulenta. Así, podremos considerar que existe ocultación cuando sea la Hacienda Pública la que deba investigar para poder conocer un determinado hecho imponible cuya obligación de declarar concernía al obligado tributario.

Por lo tanto, puede afirmarse con rotundidad, siguiendo el criterio de García Díez, que no por el mero hecho de que una cuota tributaria liquidada supere 120.000 euros puede identificarse *ipso iure* con una conducta defraudatoria, ya que será necesario que la Administración Tributaria aisle e identifique con precisión no solo el impago de la cuota, sino, «además, de una conducta genuinamente elusoria, entendiendo por tal aquella que suponga una verdadera ocultación de la realidad fiscal por parte del contribuyente; que deberá ser concretada por la Inspección al confeccionar la liquidación vinculada al delito» (78).

Es por ello que el mero impago de un tributo no constituye delito, como tampoco lo constituye un impago quebrantando el deber jurídico de pago ni incumplir con las obligaciones tributarias (79), sea cual sea el montante total. Es decir, el hecho de no presentar una declaración obligatoria por parte de un obligado tributario no tiene por qué constituir delito y, por otro lado, presentar una declaración obligatoria en el plazo establecido sí podría constituir una infracción penal del artículo 305 CP, si se demuestra que el elemento doloso concurrió

(77) No obstante, en un sentido opuesto, *vid.* BOIX REIG, J./MIRA BENAVENT, J.: *Los delitos contra la Hacienda Pública...*, *op. cit.*, p. 53.

(78) Cfr. GARCÍA DíEZ, C.: «La descomposición de la obligación tributaria en las liquidaciones vinculadas al delito», en *Gaceta Fiscal*, n.º 375, 2017, p. 37.

(79) *Vid.* DE LA MATA BARRANCO, N.: *El delito fiscal del artículo 305 CP...*, *op. cit.*, p. 15.

en el sujeto pasivo ante unos datos declarados que poco o nada tienen que ver con la realidad, y siempre que se alcance el umbral económico que configura el tipo penal. Tampoco sería delictiva la mera conducta relativa a no practicar la retención por parte de quien hubiera debido retener, pues aunque sí sería sancionable administrativamente, si no va acompañada de una ocultación, de un engaño, no es reprochable penalmente.

En todos estos casos descritos no debe aparecer la maquinaria pesada del Derecho penal, sino el ordenamiento jurídico en su vertiente sancionadora del Derecho administrativo, ante la responsabilidad tributaria del obligado tributario. Es ahí donde se contemplan diversas sanciones ante infracciones cometidas por el obligado tributario (80).

3.3 La conducta defraudatoria: la puesta en escena

Cuándo se defrauda o cuándo no es una cuestión que ha motivado a realizar el análisis de este delito, y forzosamente nos dirige a la rele-

(80) Es en la LGT donde se contemplan las referidas infracciones. En su artículo 191 se regulan las infracciones tributarias por dejar de ingresar la deuda tributaria que debiera resultar de una autoliquidación. En el artículo 192, las infracciones tributarias por incumplir la obligación de presentar de forma completa y correcta declaraciones o documentos necesarios para practicar liquidaciones. En el 193, las infracciones tributarias por obtener indebidamente devoluciones. En el 194, las infracciones tributarias por solicitar indebidamente devoluciones, beneficios o incentivos fiscales. En los preceptos posteriores, desde el 195 al 206 bis, se recogen las infracciones tributarias por determinar o acreditar improcedentemente partidas positivas o negativas o créditos tributarios aparentes; infracción tributaria por imputar incorrectamente o no imputar bases imponibles, rentas o resultados por las entidades sometidas a un régimen de imputación de rentas; por imputar incorrectamente deducciones, bonificaciones y pagos a cuenta por las entidades sometidas a un régimen de imputación de rentas; por no presentar en plazo autoliquidaciones o declaraciones sin que se produzca perjuicio económico, por incumplir la obligación de comunicar el domicilio fiscal o por incumplir las condiciones de determinadas autorizaciones; por presentar incorrectamente autoliquidaciones o declaraciones sin que se produzca perjuicio económico o contestaciones a requerimientos individualizados de información; por incumplir obligaciones contables y registrales; por incumplir obligaciones de facturación o documentación; por incumplir las obligaciones relativas a la utilización y a la solicitud del número de identificación fiscal o de otros números o códigos; por resistencia, obstrucción, excusa o negativa a las actuaciones de la Administración tributaria; por incumplir el deber de sigilo exigido a los retenedores y a los obligados a realizar ingresos a cuenta; por incumplir la obligación de comunicar correctamente datos al pagador de rentas sometidas a retención o ingreso a cuenta; por incumplir la obligación de entregar el certificado de retenciones o ingresos a cuenta; e infracciones en supuestos de conflicto en la aplicación de la norma tributaria.

vante jurisprudencia que con buen tino ha venido configurándose a lo largo del tiempo. Vemos, pues, reiterando lo expuesto, que en algunas sentencias, como la STS 28 de junio de 1991, la simple elusión o falta de abono de un impuesto podrá cumplir el tipo objetivo del delito fiscal, pero en ningún caso bastará, empero, para considerar al omitente como autor de un delito contra la Hacienda. Se exige algo más: El ánimo de defraudar. Y mal puede darse este ánimo en quienes en la contabilidad empresarial hacen constar el auténtico soporte de la base imponible. Así, la STS 1505/2005, de 25 de noviembre, ha precisado que *«lo que penalmente se sanciona no es la omisión de la declaración por sí misma, formalmente considerada, aislada de cualquier valoración. Ni tampoco el impago, entendido como omisión del ingreso material del dinero, si ha mediado una declaración veraz. Pues el tipo exige una conducta defraudatoria y no el mero incumplimiento de deberes tributarios. De esta forma, la omisión de la declaración solo será típica si supone una ocultación de la realidad tributariamente relevante»*. También, en la STS 737/2006, de 20 de junio, se afirmaba que de acuerdo con *«el Ministerio Fiscal al apoyar el motivo, para que se produzca la conducta tipificada en el artículo 305 del Código Penal, no basta el mero impago de las cuotas, en cuanto el delito de defraudación tributaria requiere, además, un elemento de mendacidad, ya que el simple impago no acompañado de una maniobra mendaz podrá constituir una infracción tributaria, pero no un delito. La responsabilidad penal surge no tanto del impago como de la ocultación de bases tributarias o la ficción de beneficios fiscales o gastos deducibles inexistentes»*. De forma más reciente, pero sosteniendo idéntico criterio, la STS 801/2008, de 26 de noviembre, reitera que se requiere, además, un elemento de mendacidad para constituir una infracción delictiva. Así, la responsabilidad penal surge no tanto del impago como de la ocultación de las bases tributarias. A modo ilustrativo, señala la última sentencia mencionada que *«los acusados ocultaron a la Hacienda la verdadera situación a que venían obligados presentando a sabiendas unas declaraciones o autoliquidaciones mendaces, pues la propia documentación contable de que disponían los gestores de la sociedad evidenciaba la falsedad de los datos aportados por los acusados, y esta actuación engañosa fue lo que justificó falazmente que respecto del ejercicio de 1995 dejaran de ingresar 21.488.022 pesetas, y en el de 1996, 21.034.828 pesetas»*.

Adentrándonos en el concepto genuino de defraudación, la STS de 2 de marzo de 1988, estableció que la conducta típica consiste en defraudar a la Hacienda, esto es, eludir el pago de impuestos, que es una de las formas de comisión alternativa del entonces artículo 319,

aceptándose paladinamente la posibilidad de otros comportamientos en que se halle presente el ánimo defraudatorio (81), suscitándose

(81) Vamos a citar algunos ejemplos seleccionados procedentes de la más relevante doctrina jurisprudencial relativa a diseños defraudatorios. En este sentido, la STS 9 de febrero de 1991, recoge que *«La venta por “Bodegas..., SA” a..., de una determinada clase de vino a precio inferior al que le correspondía, por debajo del límite de 130 pesetas litro, no tenía otra finalidad que establecer unos precios en origen que no estuvieran sujetos al Impuesto sobre el Lujo, con el consiguiente fraude a la Hacienda Pública. “..., SA” emanación de... y... era el instrumento creado por el procesado para defraudar a la Hacienda Pública.*

El eventual fraude de ley consistente en vender un producto a un precio inferior a aquel que obliga a pagar un tributo, se convierte en fraude penal al instrumentalizarse tal evasión fiscal mediante la creación de una sociedad de comercialización con ese único fin.

El procesado, por último, era Presidente del Consejo de Administración y Consejero Delegado de “Bodegas..., SA” y “...” su instrumento: En ambas sociedades ostentaba un poder de decisión.

El motivo no puede prosperar».

Desestimatoria también resultó, en relación a un escrito de defensa basado en que no hay delito fiscal por el hecho de no llevar libros y registros de contabilidad y que no se ha acreditado perjuicio patrimonial a la Hacienda Pública, la STS de 31 de octubre de 1992, al manifestar que *«Existe una doctrina consolidada, constante y reiterada de esta Sala cuya proyección, interpretando los preceptos invocados como indebidamente aplicados, conduce a la desestimación. En efecto, para la existencia del delito son necesarios los elementos objetivo y subjetivo y por tanto, es imprescindible el ánimo de defraudar (S. 2861991), pero esa intención defraudatoria, evidente en quien de propósito declara mal o torticeramente, puede darse también en quien no declara porque, siendo consciente de este deber específico, omite una actuación esperada por la Administración Tributaria que puede ser tomada como expresión inveraz de no existir hecho imponible (SS. 27121990, 2011 y 3121991).*

Y esta idea es aplicable a todo tipo de supuestos porque el presupuesto es igual en todos y, por tanto, también en el viejo Impuesto general sobre el Tráfico de las Empresas, porque en todos ellos la plataforma delictiva está construida sobre la base de una declaración inveraz o falseada o una no declaración y, paralelamente, un ánimo de defraudar que, como todo elemento anímico, interno, es solo captable por los Jueces y Tribunales en función de inferencias que, si son lógicas y conformes a las reglas de la experiencia, como aquí sucede, han de ser mantenidas, pues no es tarea de la Sala reconstruir el material probatorio, además sin el dato esencialísimo de la inmediación. Del hecho probado de no declarar un empresario en tres ejercicios consecutivos el Impuesto general sobre el Tráfico de las Empresas, conocedor de las obligaciones fiscales y, en consecuencia, no ingresar más de 17.000.000 de pesetas, no es nada contrario al sentido común y a las normas de la experiencia deducir el ánimo defraudatorio. La circunstancia de que la declaración fuera obligatoria en nada obstaculiza la existencia del hecho penal. Procede la desestimación».

Por su parte, en la STS 1244/2003, de 3 de octubre, se manifestó que *«El acusado transmitió la posesión y administración de siete fincas propiedad de la mercantil O... del L..., S. A., de la que era administrador único, al Banco... para que las vendiese y se hiciese pago de un préstamo que el primero, en nombre de la citada entidad, había recibido del Banco con la garantía hipotecaria de las citadas fincas. Un mes más tarde el*

como factible la construcción del concepto de defraudación partiendo de la simple omisión del sujeto tributario, sin la concurrencia de artifi-

Banco, actuando en calidad de fiduciario de O... del L..., S. A. vendió las fincas mencionadas a otra empresa por lo que, habiendo sido repercutido el importe del IVA a que estaba legalmente sometida la operación, ascendente a 75.020.863 pesetas, en la entidad compradora, su importe fue seguidamente ingresado en una cuenta corriente que mantenía O... del L..., S. A. en el Banco..., de la que únicamente el acusado tenía facultad de disposición. Aprovechando el acusado tal situación, retiró de la citada cuenta, en fechas muy cercanas, 62.000.000 de pesetas por ventanilla y 12.000.000 mediante cheque bancario, no presentando la declaración del IVA correspondiente a 1995 la transmisión descrita se había celebrado en septiembre de 1994 y omitiendo en definitiva el pago del impuesto cuya cuantía superaba, con notorio exceso, el límite de los quince millones que marca la frontera a partir de la cual la defraudación fiscal pasa de ser mera infracción administrativa a delito. La parte recurrente niega la tipicidad del hecho alegando que la simple falta de ingreso del impuesto no integra la figura delictiva y que, por otra parte, el acusado no dispuso de la suma que estaba destinada al pago del mismo. Pero, con independencia de que esta última alegación es incongruente con la declaración de hechos probados, debe recordarse la naturaleza de tipo de omisión que tiene el delito fiscal que consiste sencillamente en el incumplimiento del deber de pagar los tributos a los que se está obligado. Como se dice en la Sentencia de esta Sala de 9 de marzo de 1993, recogiendo la doctrina establecida en las de 2 de marzo de 1988, 27 de diciembre de 1990, 3 de diciembre de 1991 y 31 de octubre de 1992 entre otras, el delito contra la Hacienda Pública tiene como elemento subjetivo el ánimo de defraudar pero éste, que es evidente en quien no declara mal o torticeramente los datos que han de servir para la liquidación del impuesto, puede darse también en quien declara porque, siendo consciente del deber de hacerlo, omite una actuación esperada por la Administración tributaria y la omisión es susceptible de ser tomada como expresión inveraz de que no existe el hecho imponible. Si el delito fiscal existe por el mero hecho de no declarar el hecho imponible, no puede pretender el acusado que su actuación ha sido indebidamente subsumida en el artículo 394 del CP habiendo precedido a su omisión de declarar, la acción claramente fraudulenta de disponer; no importa en provecho de quien, de la suma que había sido puesta a su disposición para el pago del impuesto. Procede rechazar el primer motivo del recurso y con ello queda éste desestimado en su integridad».

Finalmente, en la STS 586/2014, de 23 de julio, se puso de manifiesto que «La reiteración abrumadora del recurrente en el mecanismo de extraer dinero de unas cuentas para, según el recurso, su ingreso en efectivo en otras, por cuantía que el periodo considerado excede de tres millones de euros, mediante 599 ingresos exigiría una acreditación de estadísticas en la experiencia bancaria, que desde luego no se aportan. Antes al contrario, la más cautelosa intuición sugiere precisamente que tales prácticas, en esa frecuencia y envergadura, se compadece más con pretensiones de ocultación del origen de las rentas antes que con cualquier exótica costumbre o modo de actuación de un usuario de banca, que con tanta reiteración busque trasladar los efectivos de una entidad a otra. De ahí que no podamos tener sino como mera proclamación gratuita de defensa la alusión que el recurso hace a la similitud de prácticas como «habituales en bastantes familias», tanto más si se aúna a los demás datos que la sentencia toma en consideración entre ellos la singular desproporción entre la renta declarada en un año, en torno a 60.000 euros, cuando en ese año 1999 se efectúan 774.000 euros de ingresos en efectivo, o cuando, como recuerda la sentencia de instancia, se llegan a efectuar ingresos en número de 18 por importe que no supera las 500.000 pts., tope de indudable trascendencia en cuanto al control fiscal bancario».

cio, con mecanismos engañosos que parecen ser consustanciales, comportamiento omisivo que reviste singular importancia por ser cada vez mayor el número de tributos que exigen del contribuyente alguna declaración e, incluso, la liquidación. El Tribunal Supremo sostiene que es defraudatoria una conducta cuando *«adquiera o pueda adquirir el valor de engaño cuando infringe el deber de verdad reconocido y sancionado por el ordenamiento jurídico; y falta al deber de verdad o de manifestar la realidad no solo quien tergiversa o manipula los datos que configuran las bases impositivas para pagar insuficientemente, sino quienes, sabedores del deber de declarar, omiten la declaración, porque la Hacienda puede tomar este hecho facta concludentia como afirmación de que el sujeto obligado no tenía nada que declarar; aunque de algunas y recientes resoluciones de esta Sala puede inferirse que la defraudación corresponde a la ocultación o desfiguración de las bases tributarias, queda claro el comportamiento omisivo como forma de comisión en la Sentencia de 29 de junio de 1985 al expresar que «la ausencia de la declaración fiscal devendrá al delito cuando concluyentemente incida en quienes conscientemente conozcan y sepan de su obligación con el Erario Público», y es patente añadimos que quien omite la declaración exigida con intención de eludir el impuesto «totalmente» no debe ser de mejor condición de quien, en su declaración, desfigura o manipula las bases tributarias para pagar «menos de lo debido», en ambos casos se advierte una falta de verdad o actitud engañosa, sin que deba relacionarse casualmente el error; es decir la falsa interpretación de la realidad por la Administración, a la inactividad o ineficacia de sus mecanismos inspectores, prescindiendo o desvalorizando la actitud omisiva del sujeto pasivo del impuesto, de suyo engañosa e idónea para crear el error y arranque causal del mismo».*

No olvidemos que el verbo nuclear del tipo penal es el de defraudar. Así, y siguiendo el criterio de la STS de 3 de diciembre de 1991, el delito fiscal exige un elemento subjetivo específico ánimo de defraudar, como ya se ha dicho, para evitar que la intervención punitiva lleve a la abusiva y denostada prisión por deudas, pero esa intención defraudatoria, *«evidente en quien declaraba de propósito mal o torcidamente, podía darse en quien no declaraba porque, siendo consciente de este deber específico, omitía una actuación esperada por la Administración Tributaria, que podía ser tomada como expresión inveraz de no existir hecho imponible; semánticamente «eludir» (del latín ludere, jugar) es huir o escapar de una obligación o compromiso con habilidad o artificio, y puede hacerse con referencia al supuesto enjuiciado mediante la ocultación o desfiguración de alguno*

de los datos necesarios para la ajustada cuantificación de la deuda tributaria, o mediante la omisión de la declaración que los oculta «todos» con tendencia defraudatoria, pues así lo imponen de consuno exigencias lógicas y razones de eficacia del precepto penal» (82). En idéntico sentido, la STS de 20 de noviembre de 1991, destacaba que «El ánimo defraudatorio es desde luego por la simple omisión, es decir, por no presentar la obligada declaración el sujeto tributario, aunque en la omisión obviamente no concurra ningún tipo de artificio o mecanismo engañoso: Se limita a no declarar. Falta al deber de verdad o de manifestar la realidad no solo quien tergiversa o manipula los datos que configuran las bases impositivas para no pagar o pagar menos de lo debido, sino también quienes, sabedores del deber de declarar, omiten la declaración». Así mismo, continúa ilustrando que «esto es una cosa y otra muy distinta es que de ese silencio cualquier medio comisivo está en condiciones de integrar la plataforma de hecho del delito haya de obtenerse, con una especie de presunción indestructible, la existencia de dolo. Por eso enseguida hay que añadir que siempre que se halle presente el ánimo defraudatorio (S. de 2 de marzo de 1988) habrá delito, no cuando este animus no esté presente, pues otra interpretación conduciría a la resurrección de la definitivamente destruida prisión por deudas.

De tal manera que, frente a una declaración inexacta o una no declaración, el Juzgador debe descubrir, en una investigación psicológica, difícil pero necesariamente imprescindible, si hubo o no ánimo de defraudar y si la conclusión que se obtiene en un sentido u otro, es decir, en que existe animus defraudandi o en que no existe, es lógica, razonable y no arbitraria, ha de aceptarse en este trance procesal casacional. No solo es aplicable la doctrina cuando el Tribunal a quo se convence razonada y razonablemente a través de la correspon-

(82) Continúa la sentencia exponiendo que «La Sala no ha descuidado este aspecto subjetivo del delito evitando parificar, en términos absolutos, falta de declaración e intención defraudatoria, ni lo desatiende en esta ocasión cuando advierte en los impuestos aludidos, Impuesto General sobre el Tráfico de Empresas e Impuesto sobre el Valor Añadido, que no recaen sobre el patrimonio sino sobre fondos ajenos de los que el sujeto es recaudador y depositario una más acuciante conciencia de declarar para traspasar las cuotas al Erario Público, su legítimo propietario; pero es que, además, la omisión se repite durante dos ejercicios económicos, con conocimiento del descubierto al consignar las sumas adeudadas en los estados de situación del Impuesto sobre Sociedades y en la propia contabilidad; y culmina este ánimo o tendencia elusiva cuando en el año 1986 declara mendazmente la base tributaria del Impuesto sobre el Valor Añadido 94.224 ptas., y al mismo tiempo cifra la deuda a favor de la Hacienda por el mismo concepto en 19.314.388 pesetas en el balance de situación que acompaña a la declaración del Impuesto sobre Sociedades, coincidente con la señalada por los servicios de la Administración Tributaria».

diente inferencia, por tratarse de un elemento del ánimo, interno del sujeto, de que la intencionalidad existe, sino también con igual o mayor razón cuando estima que no se da.

El delito fiscal es una infracción penal tendencial, como sucede en general con los delitos llamados económicos, y este ánimo no puede presumirse, aunque, como acaba de decirse, puede ser inferido o deducirse de los hechos probados a través de los llamados juicios de valor o inferencias lógicas y coherentes que desde luego son impugnable en casación, como en efecto lo está siendo en este caso.

No admitiendo este delito la modalidad culposa o por imprudencia, el examen de los hechos descubre, y así lo recoge con acierto la sentencia de instancia, un propósito de ser transparente con la Administración, por eso no se engaña, al contrario, se manifiesta que la deuda tributaria existe pero en ese momento falta liquidez en la tesorería de la empresa, los libros de contabilidad reflejan la realidad y alega, aunque no se haya podido probar por causas ajenas a él mismo, que en anteriores ejercicios había ocurrido otro tanto. El problema de las posibles infracciones al Derecho Tributario no son objeto de este recurso en el ámbito penal».

Por su parte, la STS de 3 de octubre de 2003, en la que después de decir que *«debe recordarse la naturaleza de tipo de omisión que tiene el delito fiscal que consiste sencillamente en el incumplimiento del deber de pagar los tributos a los que se está obligado»*, recuerda que el delito contra la Hacienda Pública tiene como elemento subjetivo el ánimo de defraudar pero éste, que es evidente en quien declara mal o torticeramente los datos que han de servir para la liquidación del impuesto, puede darse también en quien no declara porque, siendo consciente del deber de hacerlo, omite una actuación esperada por la Administración Tributaria y la omisión es susceptible de ser tomada como expresión inveraz de que no existe el hecho imponible. Señala la sentencia que, *«En ambos casos, cabe concluir, la ocultación del hecho imponible o la minoración falsaria del mismo, constituye una conducta defraudatoria en tanto en cuanto implica una infracción del deber mediante una actuación de ocultación de la realidad en que el deber se basa o se origina»*.

Ciertamente, el delito fiscal o contra la Hacienda Pública puede ser, pues, cometido bien por completa omisión de la declaración de la renta, sin exteriorizar ningún ingreso, como por comisión, consistente en declarar menos de lo debido, de tal forma que, siendo las dos actitudes rechazables, es la primera, como se ha anticipado, la que supone un mayor grado de reprochabilidad penal, ya que representa un máximo (no decir nada y, por tanto, defraudar todo) frente a una

declaración en la que exista una parte mayor o menor ocultada (83). El Tribunal Supremo, en virtud de STS de 27 de diciembre de 1990, destacó que *«tanto engaña o defrauda quien oculta la declaración como quien la presenta, si en ella se falsean los correspondientes datos»*.

Ahora bien, como cuestión relevante que ha suscitado alguna complejidad práctica para la Administración Tributaria, el Tribunal Supremo tiene dicho que *«no hay nada en la Ley que prohíba que quienes son sujetos pasivos del IRPF por razón de rendimientos del trabajo puedan serlo, así mismo, por rendimientos de actividades profesionales, aunque unos y otros se rindan al mismo sujeto pagador, siempre que tengan su origen en relaciones jurídicas distintas»* (STS de 13 de noviembre de 1999).

En este sentido, el artículo 16 LGT regula la simulación en los siguientes términos:

«1. En los actos o negocios en los que exista simulación el hecho imponible gravado será el efectivamente realizado por las partes.

2. La existencia de simulación será declarada por la Administración tributaria en el correspondiente acto de liquidación, sin que dicha calificación produzca otros efectos que los exclusivamente tributarios.

3. En la regularización que proceda como consecuencia de la existencia de simulación se exigirán los intereses de demora y, en su caso, la sanción pertinente.»

En cambio, no se establece ningún tipo de procedimiento para que la Administración Tributaria declare la simulación, sino que la apreciación de que concurre se realiza en el propio acto de liquidación, que debe ser motivado. Corresponde a la Administración Tributaria la prueba de la simulación y su debida concreción en el acto por el que practique la liquidación que proceda. Y puesto que la simulación se fundamenta en la inexistencia o falsedad de la causa del acto o negocio, es necesario destruir la presunción.

No existe un principio que establezca que las actividades económicas deban organizarse en la forma más rentable y óptima para la Hacienda, cuestión que no parece comprender la Administración Tributaria y, por el contrario, en nuestro Ordenamiento existe la libre configuración de la economía de opción, que faculta al contribuyente para elegir, de entre las distintas posibilidades que ofrece la ley, por aquella que le resulte más rentable o de menor carga impositiva. Eso no significa que se legitimen conductas elusivas del deber de tributar.

(83) *Vid.* STS 27 de diciembre de 1990.

El sistema normativo tributario es de configuración legal, siendo las leyes y reglamentos tributarios los que han de configurar el marco tributario, sin que sin más haya que acudir al artículo 31.1 CE –*obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos*–. Por otro lado, la elusión no puede basarse sobre meras interpretaciones de las normas tributarias, de manera que cuando exista concurrencia de normas tributarias, no existe infracción del deber de contribuir cuando los sujetos se amparan en la normativa más favorable y así evitar la más onerosa (84).

En esta misma línea, en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 marzo 2012 y, en la más reciente del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, sala 2.^a de lo Contencioso administrativo, 53/2015, de 30 de enero, se dispone que «(...) *en este momento debe aclararse lo que debe entenderse por la llamada economía de opción, esto es, la posibilidad de que el contribuyente busque la alternativa fiscal que, dentro de la legalidad, le permite reducir su coste fiscal. La opción de encarar la actividad empresarial como persona física, o como persona jurídica, es una opción legítima, amparada por la normativa mercantil y fiscal, y en la que el cálculo de los costes, también fiscales, puede ser importante. Esto es economía de opción, que no persigue defraudar la ley, sino utilizar la forma jurídica que conlleva menor carga fiscal. El problema reside en que la regulación del conflicto en la aplicación de la norma, antes fraude de ley, es tan amplia, y al propio tiempo tan imprecisa, sobre todo en términos de discrecionalidad de la Administración tributaria, que reduce considerablemente el ámbito de economía de opción. El legislador coloca bajo sospecha la utilización de una forma jurídica con la finalidad de obtener un ahorro fiscal y sacrifica la legalidad tributaria y la seguridad jurídica, con un uso abusivo de conceptos jurídicos indeterminados, como ha sostenido el propio Consejo de Estado en la fase prelegislativa de elaboración del texto*». Con anterioridad, la STS 643/2005, de 19 de mayo, manifestó que «*La opción por el régimen de transparencia fiscal en determinadas sociedades exige, como contraprestación, una absoluta lealtad en los contribuyentes que se acogen a esta modalidad tributaria. Conocen, en el momento de adoptar su decisión, que el impuesto de sociedades es menor que les correspondería pagar como persona física pero, a su vez, ofrece las ventajas propias de la mejor manejabilidad de la sociedad y de sus beneficios. Cualquier artificio destinado a sustituir, sin causa o justificación alguna, la obligación asumida por otra más beneficiosa y, a su vez, más onerosa*

(84) Vid. Sentencia 139/2015, de 31 de marzo, del Juzgado de lo Penal, n.º 27, de Madrid.

para el erario público, debe estar sólidamente justificada por situaciones de estado de necesidad en los que la antijuricidad de la conducta pueda ser justificada. Fuera de este supuesto excepcional, cuya realidad o aparición en este caso descartamos tajantemente, cualquier operación que evite el pago por parte del contribuyente de la carga tributaria que ha asumido voluntariamente, es una operación típica de elusión de impuestos, sancionada penalmente si supera las barreras cuantitativas señaladas en los diversos tipos penales que se han sucedido en el tiempo.

Frente a una discutible optimización fiscal basada en manejos y artificios que, en cierto modo, tiene una cobertura o amparo en la complejidad de las normas tributarias, no se puede compartir o tolerar los fraudes y las trampas cuya única finalidad es eludir el pago de las cuotas generadas y debidas.

(...) Si tenemos en cuenta que el tipo delictivo se ve sometido a una condición objetiva de perseguibilidad y lo que es más importante de punibilidad, uno de los elementos componentes para hacer surgir el hecho criminal, es que la elusión supere una determinada cantidad, lo que es imposible precisar si previamente no se ha realizado la liquidación. Desde una perspectiva culpabilística se puede admitir que la intención defraudatoria surge en el momento en que el sujeto obligado decide causar un perjuicio a la Hacienda pero lo cierto es que, aunque le anime este propósito, su comportamiento ni será perseguible ni será punible si no alcanza la suma defraudada la cantidad establecida en el Código Penal, una vez realizada la pertinente liquidación.

Es evidente que los acusados conocieron en todo momento, cuál era el porcentaje de beneficios y sabían y fueron informados sobre la obligación de tributar por el régimen de la renta de las personas físicas.

Precisamente en el momento de conocer cuál sería el alcance de la cuota a pagar, se pone en marcha un mecanismo defraudatorio consistente en una tosca maniobra de cesión, por precio irrisorio, de una sociedad que había generado los beneficios a otra con cuantiosas pérdidas, en lenguaje coloquial, en ruina. Esta sociedad participando por medio de su administrador en la operación fraudulenta se convierte en autoliquidador y autocompensador, al margen de las disposiciones legales que regulan la compensación tributaria. En todo caso, si el negocio hubiera sido lícito y válido habría que justificar una deuda tributaria líquida y liquidada y una vez realizada esta operación ofrecer el pago por compensación que incuestionablemente dependería de la aceptación por parte de la Administración Tributaria. No solo no se hizo así sino que no se puso en conocimiento de esta

entidad la maniobra de elusión y no puede mantenerse seriamente que Hacienda la aceptó porque no reaccionó hasta que la descubrió».

3.4 Una novedad relevante: la mera presentación de declaraciones no excluye la defraudación

Muy relevante ha resultado la introducción en el segundo párrafo del artículo 305.1 CP la premisa basada en que «*La mera presentación de declaraciones o autoliquidaciones no excluye la defraudación, cuando ésta se acredite por otros hechos*».

Quizá se haya planteado el lector cuál es la trascendencia de esta introducción en el texto punitivo. Tenemos que decir que posiblemente el legislador haya caído en la cuenta de los múltiples casos que en la práctica consistían en presentar autoliquidaciones sin el ingreso correspondiente. Y es que no cabría apreciar delito al no existir el componente defraudatorio siempre que la declaración realizada haya sido completa y se ajuste a la realidad. En cambio, si se realiza una autoliquidación sin ingreso, siempre que se ajuste a la realidad, esta cantidad podría reclamarse en vía ejecutiva administrativa. Es evidente que si la autodeclaración no responde a la realidad tributaria, siendo esta inferior a la cuota que correspondería si se hubiera realizado correctamente, si podríamos estar en presencia de una conducta fraudulenta por el contribuyente. Pareciera que el legislador, con este párrafo, lo que pretende es asegurar la calificación de un posible delito fiscal ante aquellos hechos que, aun correctamente declarados, no satisfagan el interés recaudatorio de la Administración, y con independencia de la correspondiente denuncia formulada por la Administración como presunto delito de insolvencias punibles –*si concurren los presupuestos penales*–, si se aprecia una mala administración del patrimonio del contribuyente, o haya dispuesto sus bienes con interés manifiesto en perjudicar a la Administración Tributaria como institución acreedora, también pudiera ser responsable de delito fiscal, abriéndose la vía del concurso de delitos. Al respecto, ha señalado Martínez-Buján Pérez que esta aclaración del legislador, relativa a que la mera presentación de declaraciones no excluyen una posible defraudación, «carece de todo sentido en lo que atañe al delito del artículo 305, puesto que es completamente obvio que la presentación de una declaración no excluye la defraudación, dado que puede cometer datos falsos» (85).

(85) Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico... op. cit.*, p. 286.

Ciertamente, podríamos plantearnos que este párrafo obedece a una irresponsable administración del patrimonio personal con el que podría responder el obligado tributario ante los acreedores, para lo que habría que distinguir, en lo que concierne en nuestro estudio en relación con la Administración Tributaria, por un lado la fase de comprobación e investigación, en la que la Administración podrá regularizar una situación a tenor de los hechos comprobados, en el caso de que la cuota tributaria procedente de la liquidación o autoliquidación por parte del sujeto pasivo sea diferente a la que realmente resultaría de aplicación, tras la comprobación administrativa; y por otro lado, la fase de recaudación tributaria, en virtud de la cual, es posible que esta no se vea satisfecha porque no existan bienes o fondos propiedad del obligado tributario con los que pueda responder. Por tanto, el legislador penal español ha caído en la cuenta de que un obligado tributario hasta la fecha podría presentar correctamente una autoliquidación de un tributo, por lo que a priori no cabría hablar de defraudación –y, por tanto, tampoco de delito fiscal–, pero, sin embargo, este se ha asegurado, aun con el propósito doloso de conseguir el resultado, la insuficiencia o inexistencia de fondos o bienes con los que responder. ¿Estaríamos en el presente caso ante una defraudación tributaria?, ¿por qué si no hay ocultación o engaño a la Administración Tributaria, no podría, en todo caso, perseguirse tales hechos como un delito de insolvencia punible?

3.5 La consumación del delito fiscal

El delito contra la Hacienda Pública se trata de una relación jurídica tributaria, esto es, un conjunto de obligaciones, deberes, derechos y potestades (86) que, a su vez, exige el presupuesto de la tipicidad para que sea posible su consumación delictiva. Determinar con precisión el momento de consumación del delito fiscal tiene consecuencias de una gran magnitud en el ámbito penal con vistas al posible inicio de actuaciones por parte de la Administración tendentes a denunciar el hecho o remitir el expediente al Ministerio Fiscal y, sobre todo, de cara al cómputo del plazo de prescripción de la infracción penal. Así mismo, será en el momento en el que el delito se encuentre consumado cuando podrá determinarse la legislación aplicable (87).

(86) Vid. MUÑOZ CUESTA, J.: *La reforma del delito fiscal...*, op. cit., p. 2.

(87) En este sentido, prescribe el artículo 7 CP que «A los efectos de determinar la ley penal aplicable en el tiempo, los delitos se consideran cometidos en el

Ahora bien, ¿cuándo se entiende producido el perjuicio que genera el delito, o cuándo se perfecciona éste?

Si acudimos a lo dispuesto en el artículo 305.2. a) CP, «*Si se trata de tributos, retenciones, ingresos a cuenta o devoluciones, periódicos o de declaración periódica, se estará a lo defraudado en cada período impositivo o de declaración, y si éstos son inferiores a doce meses, el importe de lo defraudado se referirá al año natural. No obstante lo anterior, en los casos en los que la defraudación se lleve a cabo en el seno de una organización o grupo criminal, o por personas o entidades que actúen bajo la apariencia de una actividad económica real sin desarrollarla de forma efectiva, el delito será perseguible desde el mismo momento en que se alcance la cantidad fijada en el apartado 1.*

En el apartado b), por su parte, se establece que «En los demás supuestos, la cuantía se entenderá referida a cada uno de los distintos conceptos por los que un hecho imponible sea susceptible de liquidación».

Empero, ha resultado relevante la doctrina constante y uniforme del Tribunal Supremo, al respecto. Así, la STS de 9 de marzo de 1994 indicaba que el delito fiscal, al igual que el resto de los delitos, existe y se consuma (88) con independencia del ejercicio de las acciones penales por parte de la acusación. Desde el momento en que el hecho punible se consuma, surge la responsabilidad penal del sujeto activo, sin que un acto procesal posterior (querrela del Ministerio Fiscal o de

momento en que el sujeto ejecuta la acción u omite el acto que estaba obligado a realizar».

(88) Señaló la STS 28 de junio de 1991 que «*la propia Agencia Tributaria y los especialistas en la materia han establecido que salvo en el caso de pagos anticipados, el devengo del impuesto determina la exigencia de la totalidad del IVA correspondiente al valor del bien o del servicio recibido, aunque no se haya producido el pago en su totalidad. Y que la obligación del empresario que vende el bien o presta el servicio (hecho imponible) de repercutir e ingresar el tributo correspondiente, surge con independencia de que el cliente que ha recibido la prestación pague el precio de ésta y soporte la repercusión del impuesto.*

A lo que cabe añadir, que esta obligación admite puntuales excepciones en la Ley reguladora del impuesto del IVA, como la que permite al contribuyente modificar la base imponible del impuesto por impago de las facturas (art. 80 Ley IVA) mediante el oportuno procedimiento regulado en la Ley. Lo que no hicieron los acusados en ningún caso.

Pero es que, por otra parte, el amparo que busca el recurrente en las facturas que se dicen no cobradas, (...) unos simples asientos contables en la Cuenta de Clientes, no acreditan suficientemente que éstos no hubieran satisfecho a la empresa el importe de las facturas por los servicios recibidos. La obligación tributaria, como se ha dicho, surge en el momento de la prestación del servicio, con independencia de que el cliente que lo recibe satisfaga su importe en un momento u otro».

cualquier otra parte acusadora) tenga eficacia material en orden a la existencia o no de la infracción penal.

En consecuencia, habrá que *«concretar cuál fue el momento consumativo del delito para así determinar si se produjeron entonces todos los elementos y condiciones de punibilidad contenidos en el mismo»*. En aquellos tributos que requieren autoliquidación, hay que referirla al momento en que se presenta la declaración/liquidación con el *«coetáneo pago que implique la causación, en ese momento, de un perjuicio patrimonial superior»* a los 120.000 euros; y en los casos en que el delito se realice mediante la omisión de presentación de las declaraciones/autoliquidaciones, cuando expira el plazo legalmente establecido al efecto.

Ciertamente, cuando se trata de elusión del pago de tributos, y concretamente de autoliquidaciones, el delito fiscal se entenderá cometido cuando finaliza el período voluntario de pago (89), de manera que coincide con el momento del inicio de la prescripción tributaria. En esta modalidad delictiva *–elusión–* se permite tanto la acción, consistente en presentar una autoliquidación incorrecta de forma fraudulenta; como la omisión, que bien pudiera manifestarse en aquellos casos en los que no se realiza declaración ni autoliquidación tributaria. Téngase en cuenta, como especificidad, que en aquellos tributos instantáneos de declaración periódica *–IVA, IGIC, retenciones e ingresos a cuenta–*, la consumación delictiva tendrá lugar cuando finalice el plazo voluntario de pago de la última autoliquidación anual, al referirse el cómputo de la cuantía al año natural.

Tratándose de una obtención indebida de devoluciones, la consumación se producirá cuando efectivamente se perciba la devolución, y para el caso del disfrute ilícito de beneficios fiscales, se producirá cuando dicho beneficio indebidamente *atribuido «se aplique y plasme en una cuota tributaria defraudada o devolución obtenida»* (90).

A modo ejemplificativo, en el impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (IIVT), conocidos como plusvalía, la consumación se produce el último día hábil del período de pago *–si el obligado tributario ha presentado declaración, sea esta falsa u omita algún dato relevante, ya que será la Administración tributaria la que cuantifique la cuota tributaria–*. En impuestos periódicos *stricto sensu*, el devengo tendrá carácter anual. Aquí tendrían cabida impuestos como el de la Renta de Personas Físicas (IRPF), de Sociedades (IS), Municipal de Bienes Inmuebles (IBI), o impuesto de actividades económicas (IAE). Salvo excepciones, en tales supuestos

(89) *Vid.* STS 26 de julio de 1999.

(90) *Cfr.* STS de 3 de febrero de 2005.

la cuantía que puede englobar la posible cuota defraudada se referirá al año natural. Conviene destacar que en aquellos impuestos que requieran de una autoliquidación (IRPF, IS, IAE), el plazo también será el último día de pago, ya que hasta ese momento el obligado tributario podrá modificar la declaración conforme a los valores que pudieran corresponder en realidad, pese a que con anterioridad hubiera insertado o declarado algún dato erróneo o falso, y pese a que ya hubiera ingresado alguna cantidad por este concepto. Y es que siempre que nos encontremos en período voluntario podremos realizar las modificaciones pertinentes, apartándonos de una conducta aparentemente delictiva *–falsificar, ocultar, engañar–*.

En aquellos impuestos de declaración periódica de liquidación anual no se observa ninguna especificidad distinta a lo ya comentado, pero sí resulta interesante detenerse en aquellos supuestos de declaración periódica trimestral, con devengo instantáneo, como el Impuesto del Valor Añadido (IVA), habida cuenta de que la presunta defraudación debería referirse al año natural, como se desprende del art. 305.2.a) CP, en virtud del cual, «*Si se trata de tributos, retenciones, ingresos a cuenta o devoluciones, periódicos o de declaración periódica, se estará a lo defraudado en cada período impositivo o de declaración, y si éstos son inferiores a doce meses, el importe de lo defraudado se referirá al año natural*». Sin embargo, es posible que puede existir ocultación o engaño en una liquidación trimestral, y que por sí misma no supere el umbral mínimo económico para que sea delito, por lo que habría que esperar a que en los siguientes períodos *–hasta agotar el año natural–* pudiera alcanzar ese mínimo de 120.000 de cuota «defraudada». Por tanto, aquí sí se pueden acumular las defraudaciones de las liquidaciones trimestrales realizadas, y ello en base a que el *quantum* del impuesto, en puridad, se refiere al año natural. Un caso similar sería el de las retenciones, que se devengan con cada pago pero cuya declaración e ingreso se produce trimestralmente por el retenedor. Como se ha dicho, no basta con el impago o con la solicitud de un aplazamiento en el pago, sino que exista una ocultación o una defraudación y que esta supere una cuota de 120.000 euros.

Por cuanto se refiere a los impuestos instantáneos *stricto sensu*, como pudieran serlo el impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos y Documentados (ITPAJD), o el impuesto de Sucesiones y Donaciones (ISD), el importe de la defraudación obedecerá exclusivamente a la cuota tributaria de cada hecho imponible de forma independiente, no pudiendo acumularse distintas defraudaciones de esta clase entre sí.

Vemos, pues, que solamente será posible la acumulación de distintas cuotas tributarias que resultan ser objeto de defraudación cuando nos hallamos ante impuestos de devengo instantáneo pero con declaración periódica, como se ha expuesto, y siempre que se refieran a un idéntico año natural. Téngase en cuenta que no cabe acumular —a diferencia de lo que sucede en el Derecho penal, con la acumulación jurídica y acumulación material de las penas— tributos diferentes entre sí, ni períodos distintos, ni Haciendas diferentes, ni cuotas ni hechos distintos para poder determinar la cuota tributaria. Es decir, el umbral mínimo de los 120.000 euros debe de alcanzarse exclusivamente con la defraudación de un tributo, en un mismo período y ante una misma Administración tributaria. Y no debe incluirse en ese umbral la deuda tributaria, sino que debe de tenerse en cuenta a efectos de delito simplemente la cuota tributaria —excluyendo, por tanto, los intereses y recargos—, que se determinará conforme a lo dispuesto en la normativa tributaria. En este sentido, y a modo de ejemplo que puede resultar ilustrativo, podríamos señalar el de un residente en el extranjero que no tenga establecimiento permanente en España y vende un inmueble en España obteniendo una ganancia (91), debiendo declararla por el impuesto sobre la renta de los no residentes, sin atenerse a ningún período impositivo, y si comete otra infracción que no supere por sí misma los 120.000 euros, el hecho no será delictivo aunque en el mismo año cometa otra infracción que tampoco supere los 120.000 euros pero que en su conjunto —la suma de las dos infracciones— sí superen dicha cifra. Ahora bien, si la misma operación la realiza un residente en España sí sería delito —caso de que supere 120.000 euros— al aplicarse el IRPF que es un impuesto de periodicidad anual, y entraría la suma de las infracciones cometidas en dicho impuesto y para ese año natural.

Finalmente, y en relación a las defraudaciones cometidas en el seno de organizaciones o grupos criminales, o por personas o entidades que actúen bajo la apariencia de una actividad económica real sin desarrollarla de forma efectiva, conforme a lo dispuesto en el artículo 305.2 (92) y apartado 3 (93), no será necesario esperar a la conclusión

(91) Vid. DE MOSTEYRÍN SAMPALO, R.: *El blanqueo de capitales...*, op. cit., p. 134.

(92) Señala el inciso segundo de la letra a) que «No obstante lo anterior, en los casos en los que la defraudación se lleve a cabo en el seno de una organización o grupo criminal, o por personas o entidades que actúen bajo la apariencia de una actividad económica real sin desarrollarla de forma efectiva, el delito será perseguible desde el mismo momento en que se alcance la cantidad fijada en el apartado 1 —120.000 euros—».

(93) Señala el precepto que «Las mismas penas se impondrán cuando (...) se cometan contra la Hacienda de la Unión Europea, siempre que la cuantía defrau-

del año natural, sino que al alcanzar el umbral mínimo defraudado a efectos penales –en estos casos, 120.000, o bien 50.000 euros, caso de defraudación fiscal a la Unión Europea–, podrá automáticamente perseguirse.

4. CONCLUSIONES

Tras analizar el desarrollo evolutivo de la configuración del delito fiscal desde sus orígenes y hasta nuestros días, y poder distinguir las distintas fases por las que ha transcurrido el delito fiscal, se aprecia cómo progresivamente el legislador español ha desviado su interés en que la norma penal sea la encargada de sancionar aquellas conductas defraudatorias que más daño pueden ocasionar al interés general y al erario público, como es el caso de la defraudación tributaria. Sin embargo, se trata de una norma penal en blanco que ha precisado de diversas interpretaciones por parte de la doctrina y jurisprudencia, en relación a conceptos y términos de materias *extra penales* que vienen a configurar el tipo delictivo.

El presupuesto previo del delito se caracteriza por una relación jurídico-tributaria entre la Hacienda Pública y el obligado tributario como deudor. Resulta necesario atender al tipo básico del delito contemplado en el artículo 305.1 CP, y estudiarlo, para comprender la esencia de la naturaleza jurídica de esta infracción penal, su elemento objetivo, subjetivo, su bien jurídico protegido, y la idoneidad del momento de consumación del delito fiscal, que se halla al albur de la figura impositiva de que se trate. La conducta típica básica consiste en defraudar a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta, obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de ciento veinte mil euros.

dada excediera de cincuenta mil euros en el plazo de un año natural. No obstante lo anterior, en los casos en los que la defraudación se lleve a cabo en el seno de una organización o grupo criminal, o por personas o entidades que actúen bajo la apariencia de una actividad económica real sin desarrollarla de forma efectiva, el delito será perseguible desde el mismo momento en que se alcance la cantidad fijada en este apartado».

Se trata de un delito especial propio, de los denominados de infracción de deber, y concretamente en relación con el deber de contribuir a los gastos públicos mediante el pago de los impuestos, establecido en el artículo 31 de la Constitución Española, restringiendo y limitando la responsabilidad de otros partícipes y, en algunos casos, del *extraneus*. Así, el delito solo puede ser cometido por quien esté atado con la Hacienda Pública por una relación jurídica tributaria y no por un tercero, sin perjuicio de la responsabilidad en que éstos puedan incurrir como partícipes en el delito, de acuerdo con la doctrina de la participación en los delitos especiales o propios. De esta manera, será sujeto activo del delito fiscal todo aquel que esté ligado por una relación jurídico-tributaria que le imponga el cumplimiento de la obligación principal de todo obligado tributario: el pago del tributo, y será sujeto pasivo no solo el contribuyente, sino también el sustituto del mismo, conceptualización ésta que la tiene también el retenedor.

El delito que tratamos es un delito doloso, en el que el dolo debe abarcar, para configurar el tipo subjetivo, aparte del ánimo específico de defraudar, el conocimiento de los deberes tributarios, cuyo incumplimiento dio lugar a la defraudación y la conciencia de la cuantía de esta última. Por tanto, se admite el dolo no solo en su vertiente directa sino que también se admite el dolo eventual, tal y como tiene reconocido la jurisprudencia, aunque se descarta la imprudencia e incluso, podríamos afirmar, que la tentativa inacabada. En cambio, sí tendría cabida el error de tipo o error de prohibición, según los casos. En este sentido, cabe concluir que la ocultación del hecho imponible o la minoración falsaria del mismo, constituye una conducta defraudatoria en tanto en cuanto implica una infracción del deber mediante una actuación de ocultación de la realidad en que el deber se basa o se origina. La admisión del dolo eventual elimina las dificultades prácticas que suscita la exigencia de que el dolo se proyecte sobre la cuantía defraudada, ya que aunque el autor desconozca con exactitud la cuantía de lo defraudado, acepta o consiente con dicha cuantía. En definitiva, podemos afirmar que existirá dolo cuando no se presente declaración tributaria, lo cual lleva implícito el ánimo defraudatorio, o cuando se presente declaración pero de forma incorrecta, tergiversando el resultado, de modo que favorezca al contribuyente, salvo que se aprecie error. No ocurriría, sin embargo, cuando se presenta declaración reconociendo la cantidad que resulta correctamente a pagar, pese a que esta no llegue a pagarse.

Al esbozarse y analizarse los elementos típicos del delito fiscal, resulta necesario detenerse en la conducta defraudatoria, materializada en cualquier «acción u omisión» tendente a defraudar, conducta

esta que no aparece descrita en el tipo. Así, sobre la acción o efecto de defraudar, siendo palabra polisémica, puede concluirse que consiste en ocultar o desfigurar el hecho tributario o las bases tributarias con el fin de eludir la obligación de satisfacer determinados impuestos y con la evidente intención defraudatoria consiguiente, manifestada en una puesta en escena, a lo que cabe agregar que es requisito indispensable, para la criminalización de la conducta fraudulenta, que la elusión del pago de impuestos conseguida supere una cuota defraudada de 120.000 euros. La defraudación tributaria requiere, además, un elemento de mendacidad, ya que el simple impago no acompañado de una maniobra mendaz podrá constituir una infracción tributaria *—por muy grave que sea—*, pero no un delito. La responsabilidad penal surge no tanto del impago como de la ocultación de bases tributarias o la ficción de beneficios fiscales o gastos deducibles inexistentes

Ciertamente, el elemento subjetivo del tipo es el ánimo de defraudar, pero éste, que como tiene dicho el Tribunal Supremo es evidente en quien no declara mal o torticeramente los datos que han de servir para la liquidación del impuesto, puede darse también en quien declara porque, siendo consciente del deber de hacerlo, omite una actuación esperada por la Administración tributaria y la omisión es susceptible de ser tomada como expresión inveraz de que no existe el hecho imponible. De esta forma, la omisión de la declaración solo será típica si supone una ocultación de la realidad tributariamente relevante.



Delitos acumulativos y delitos de peligro abstracto: el paradigma de la acumulación en derecho penal

DR. MIGUEL BUSTOS RUBIO

Profesor Contratado Doctor de Derecho Penal y Criminología
Universidad Internacional de La Rioja

RESUMEN

El proceso de expansión del Derecho Penal en las últimas décadas ha sumido a los Códigos Penales en un reconocido proceso de administrativización de sus normas. Al albur de tal proceso se ha consolidado la protección de estados de seguridad y de bienes jurídicos colectivos, se ha tendido a la despersonalización, y se ha adelantado paulatinamente la barrera de intervención punitiva. Es precisamente respecto de esta última cuestión donde se encuentran dos figuras de interés cuyos aspectos esenciales, su interrelación y divergencias, analizamos en este trabajo: los delitos de peligro abstracto y los delitos acumulativos. ¿Puede un sujeto ser penalmente sancionado cuando lleva a cabo un comportamiento que el legislador presume como abstractamente peligroso, aún no existiendo, en el caso concreto, un efectivo riesgo para el interés jurídicopenalmente tutelado? ¿Puede el Estado responsabilizar penalmente al sujeto por la realización de comportamientos inocuos respecto del bien jurídico, apoyándose en la probabilidad de realización a futuro de ese mismo comportamiento por otros sujetos? ¿Las penas, en tales casos, devienen desproporcionadas? Estas y otras cuestiones son las que se analizan en esta investigación, centrando el foco de atención en la similitud y en las diferencias que, pensamos, existen entre los delitos de peligro abstracto y los injustos por acumulación.

Palabras clave: *delitos de peligro, delitos de peligro abstracto, delitos acumulativos, expansión penal, Derecho Penal, Derecho Administrativo.*

ABSTRACT

In the last decades, the Criminal Law expansion's process has plunged the Penal Codes into a recognized process of administering their norms. The protection of secu-

rity states and collective interests has been consolidated; the tendency has been towards depersonalization; and the punitive intervention barrier has been gradually advanced. It is precisely in this last idea where two figures of interest are found, whose essential aspects, their interrelation and divergences, we analyze in this work: abstract danger crimes and cumulative harms. Can a subject be criminally punished when carries out a behavior that the legislator presumes to be abstractly dangerous, even if there is not an effective risk for the legally protected interest? Can the State hold the subject criminally responsible for carrying out innocuous behavior with respect to the interest protected, relying on the likelihood of future performance of that same behavior by other subjects? Do penalties, in such cases, become disproportionate? These and other questions are the ones analyzed in this investigation, focusing the attention on the similarity and differences that, in our opinion, exist between the abstract danger crimes and the cumulative harms.

Key words: *danger crimes, abstract danger crimes, cumulative harms, criminal expansion, criminal law, administrative law.*

SUMARIO: I. La expansión del Derecho Penal actual: delitos de peligro abstracto y delitos por acumulación.–II. Definición, contenido y límites de los delitos de peligro abstracto.–III. Definición, contenido y límites de los delitos acumulativos.–IV. Tensiones de los delitos acumulativos con los principios garantistas del modelo de imputación penal personal.–V. Delitos de peligro abstracto y delitos acumulativos: coincidencias y divergencias.

I. LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL ACTUAL: DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO Y DELITOS POR ACUMULACIÓN

Existe hoy un claro consenso (mayoritario cuanto menos) a la hora de afirmar que el Derecho Penal ha tendido a endurecerse y ampliar sus fronteras mucho más allá de lo inicialmente imaginado. Se habla así de la existencia de un *Derecho penal moderno*, de un *Derecho penal de la sociedad del riesgo*, o de una *administrativización del Derecho penal*, ya casi sin tapujos, lamentándonos del rumbo adoptado en las últimas décadas por nuestros legisladores, pero aceptando, implícitamente (aún de manera crítica), esta nueva realidad. Este Derecho penal que pudiéramos denominar *moderno* posee hoy una

serie de características que pueden ser sintetizadas del siguiente modo (1):

- Tiende a la protección de bienes jurídicos de carácter colectivo, que a veces consiste, simplemente en la tutela de funciones desarrolladas por la Administración.
- Por la difuminación de las líneas que separaban al Derecho penal del administrativo sancionador, se produce lo que se ha venido a llamar *administrativización* del Derecho penal.
- Se amplía el recurso a leyes sectoriales muy técnicas y se prioriza el empleo de normas penales en blanco. A su vez, se tienden a disminuir las garantías procesales.
- Se produce una anticipación generalizada de la intervención penal, un excesivo adelanto de las barreras punitivas, consecuencia, primordialmente, de un agotamiento de exigencias preventivas.

Precisamente de esta última característica, la que se refiere al adelanto de la barrera de punibilidad y a la anticipación generalizada del empleo del Derecho penal, se deriva una utilización, cada vez más desenfrenada, de técnicas como la de los delitos de peligro abstracto, o la del delito acumulativo (*kumulationsdelikte* o *kumulationstabes-tänden* en el sistema germano; *acumulative harms* en el sistema anglosajón).

Algunos autores han considerado que este género de delitos (los acumulativos) vendrían a conformar un subtipo o subespecie de los ya más que asentados delitos de *peligro abstracto* (*abstrakte gefähr-dungsdelikte*). Entiende así Mendoza Buergo que los delitos de acumulación suponen «un supuesto especial de tipos de peligro abstracto en los que la acción individual que se castiga no muestra siquiera la peligrosidad abstracta que se presume o se considera motivo de la punición de las conductas individuales en los supuestos tradicionales de delitos de peligro abstracto»; y añade la autora: «la particularidad estriba en que si habitualmente, según la interpretación mayoritaria, no se considera necesario en los delitos de peligro abstracto la constatación de la efectiva peligrosidad de la acción concreta para afectar al bien jurídico, en el caso de los delitos acumulativos ni siquiera tendría sentido tal comprobación, ya que la acción individual no es por sí sola capaz de llegar a afectar al bien jurídico» (2).

(1) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: *Viejo y nuevo Derecho penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy*, Ed. Iustel, Madrid, 2012, p. 194.

(2) MENDOZA BUERGO, B.: *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Ed. Comares, Granada, 2001, p. 61. Continúa la autora: «ello es así, no porque el autor u otro hayan tomado medidas de precaución para evi-

En este trabajo queremos centrarnos en realizar un análisis comparativo para comprobar si realmente esta premisa es cierta, es decir, si los denominados «delitos acumulativos» son por sí mismos «delitos de peligro abstracto» caracterizados por una fundamentación apoyada en la reiteración o acumulación de conductas a futuro, o si se trata de categorías distintas, aún compatibles entre sí. Para ello partiremos del estudio de la definición y características de (1) los injustos de peligro abstracto, y (2) los delitos acumulativos, así como de las principales críticas que se han producido contra los mismos, para realizar un *tertium comparationis* que nos permita arribar a conclusiones sólidas sobre esta cuestión.

II. DEFINICIÓN, CONTENIDO Y LÍMITES DE LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO

Sobre los delitos de peligro, en general, y peligro abstracto, en particular, se ha pronunciado la doctrina desde antiguo (3). Ello, segu-

tar el peligro, sino por la nula carga lesiva de la acción aislada o, al menos, por la escasísima entidad de la peligrosidad que puede implicar, irrelevante en sí misma para el bien jurídico. Solo en consideración a la acumulación de múltiples acciones individuales repetidas puede apreciarse una afectación del bien jurídico protegido. Se plantea así respecto de algunas conductas, una desproporción entre el ataque o el menoscabo que pueden representar aisladamente para el bien tutelado y la entidad de éste, de modo que resulta necesaria la repetición en serie de la conducta para llegar a afectar realmente al bien jurídico protegido». Sobre la definición, *in extenso*, de este género de delitos, nos remitimos a nuestra obra: BUSTOS RUBIO, M.: *Delitos acumulativos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017. En adelante, en este trabajo, profundizaremos algo más en esta categoría.

(3) Entre muchos otros, y por citar trabajos de mayor proximidad en el tiempo, *vid.*: RODRÍGUEZ MEDINA, M. M.: «Problemática de los delitos de peligro abstracto. Especial consideración de los delitos contra el medio ambiente», en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n.º 38, 2015, pp. 109 y ss.; MARTÍNEZ BUJÁN, C.: «Los delitos de peligro en el Derecho penal económico y empresarial», en *Revista Penal México*, n.º 4, 2013, pp. 107 y ss.; DONNA, E. A.: «La sociedad del riesgo y los delitos de peligro abstracto», en VV. AA.: *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Ed. Edisofer, Madrid, 2008, pp.863 y ss.; CRUZ BOTTINI, P.: «Principio de precaución, Derecho Penal y sociedad de riesgos», en *Revista General de Derecho Penal*, n.º 7, 2007; FUENTES OSORIO, J. L.: «Formas de anticipación de la tutela penal», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 8, 2006; GÓMEZ TOMILLO, M.: «Contribución a la teoría de los delitos de peligro hipotético aptitud abstracta. Los delitos de tenencia como paradigma de peligro abstracto puro», en *Revista de Derecho*, Vol. 6, n.º 6, 2005, pp. 11 y ss.; CEREZO MIR, J.: «Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho Penal del riesgo», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 10, 2002, pp. 47 y ss.; MENDOZA BUERGO, B.: «La configuración del injusto

ramente, ha propiciado que esta modalidad sea más extendida en su conocimiento (después comprobaremos si también lo ha sido en lo referente a su *empleo* en nuestro Código Penal) que la que hoy denominamos *delito acumulativo*. Pero precisamente en aras a delimitar ambas (objetivo prioritario de este trabajo, como advertimos), para conocer sus coincidencias y divergencias, se hace necesario, siquiera sea brevemente, apuntar una definición de lo que entendemos por delito de peligro abstracto, así como sus razones de ser o fundamentos en el seno del actual Derecho Penal.

Los delitos de peligro se consuman, como es sabido, sin necesidad de constatar una efectiva lesión o menoscabo del bien jurídico tutelado por el delito que se trate. Es la puesta en peligro de ese bien jurídico la que fundamenta el tipo de injusto, suponiendo pues, siempre y en todo caso, un adelanto de la barrera de intervención del *ius puniendi*, en términos preventivos, pues el legislador no espera para intervenir a ese menoscabo de bien jurídico, sancionando una conducta que considera peligrosa. Como también es sabido, en los delitos de peligro *concreto* se exige, ya desde el propio tipo penal, la creación de una situación de peligro concreto y real para un determinado bien jurídico (véase, por ejemplo, el delito de conducción temeraria poniendo en concreto peligro la vida o la integridad de las personas, del artículo 380.1 CP (4)). En estos delitos el peligro concreto forma parte del tipo, por lo que, en cada caso, será necesaria siempre su comprobación como elemento típico. Por su parte, los delitos de peligro *abstracto* abarcan conductas que de un modo presunto se consideran ya *abstractamente* peligrosas para un determinado interés jurídico-penal, sin necesidad de que el tipo exprese que la conducta deba generar un determinado peligro para ese o esos intereses (véase, como ejemplo, el artículo 379.1 CP (5), delito de conducción bajo la

(objetivo) de los delitos de peligro abstracto», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 9, 2002, pp. 39 y ss.; o La Misma: *Límites dogmáticos y político-criminales...*, *cit.*

(4) «El que condujere un vehículo a motor o un ciclomotor con temeridad manifiesta y *pusiere en concreto peligro la vida o la integridad de las personas* será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta seis años» [cursivas añadidas].

(5) «El que condujere un vehículo de motor o un ciclomotor a velocidad superior en sesenta kilómetros por hora en vía urbana o en ochenta kilómetros por hora en vía interurbana a la permitida reglamentariamente, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o con la de multa de seis a doce meses o con la de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días, y, en cualquier caso, con la de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años».

influencia del alcohol o las drogas, donde la conducta ya se presume peligrosa *per se*). En definitiva, en este género de delitos se presume que la situación es peligrosa en sí misma, sin que sea por tanto necesaria la demostración de tal estado de peligro en cada caso concreto. Como expresa Gómez Pavón «en ellos, el legislador, partiendo de datos empíricos y estadísticos, incrimina la conducta, que se ha demostrado experimentalmente que en la mayoría de los casos resulta peligrosa, con independencia de que haya sido [así] en el caso concreto. El peligro es la *ratio essendi* del precepto, que no se halla incorporado al tipo legal; es la razón que ha movido al legislador para declarar punible la conducta» (6).

Siguiendo a Mendoza Buergo podemos encontrar dos grandes grupos de teorías fundamentadoras en los delitos de *peligro abstracto*: por un lado, la teoría del peligro abstracto o de la relevancia lesiva abstracta (presunción de peligro), y por otro, la teoría del peligro general o de la relevancia lesiva general (peligrosidad como «motivo del legislador»). A pesar de las diferencias existentes entre una y otra, en realidad la conclusión a la que llegan ambas es similar, pues se apoya en una consideración *general* y no *particular* del hecho que se imputa al autor, por lo que es habitual encontrar fundamentaciones mixtas, que intercalan ingredientes de una y otra teoría (7).

La primera de estas tesis, la llamada *teoría de la presunción del peligro*, considerada prácticamente superada en Alemania (mantenida, si acaso, de forma minoritaria) y tradicionalmente predominante en España e Italia, defiende que a través de una presunción de carácter general establecida por el legislador, es posible afirmar que el comportamiento típico implica en todo caso un peligro. En ocasiones, y dependiendo del autor al que se acuda, tal presunción puede venir referida a la producción de un peligro a través de la realización de la acción típica, o por el contrario referirse exclusivamente a la peligrosidad de la propia acción típica. En su construcción original se trataría, además, de una presunción *iuris et de iure*, toda vez que no es posible hacer prueba en contrario de tal presunción cuando el legislador ha configurado así el tipo penal. Como explica Mendoza Buergo «esta teoría [...] parte de la necesidad de atribuir al hecho concreto una relevancia lesiva manifestada en la producción de un peligro o en la peligrosidad no meramente estadística de una conducta, de modo

(6) GÓMEZ PAVÓN, P.: *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*, Ed. Bosch, 5.ª edic., Barcelona, 2015, pp. 115-116.

(7) *Vid.*: MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos y político-criminales...*, *cit.*, p. 67.

que ante las dificultades de prueba que surgen en los procesos implicados se recurre a la presunción de que siempre que se dan unas condiciones mínimas descritas en el tipo correspondiente, se considera producido el peligro» (8). De esta forma, la explicación del porqué del castigo en estos supuestos no se apoya en una relación de frecuencia estadística entre dos sucesos, sino en la concurrencia en el supuesto de las condiciones que hacen que una conducta sea considerada peligrosa para el bien jurídico, de tal manera que *en todo caso* cuando se comprueba la concurrencia de tales condiciones se puede afirmar (*iuris et de iure*) la existencia de peligro. Esta teoría, por tanto, no acepta que en un caso particular pueda estar ausente la peligrosidad de la conducta o el peligro que ello supone para el bien jurídico que se trate, pues precisamente el tipo está describiendo las condiciones *necesarias* para que nazca tal peligro, sin exigir, en el caso concreto, la puesta en peligro efectiva de un determinado bien jurídico. En palabras de la autora «en los delitos de peligro abstracto la ley parte de que se produce siempre un peligro, sin tomar en cuenta si en el caso individual se da la presencia de las personas u objetos que puedan ser puestos en peligro» (9). Dado que el énfasis, en esta teoría, está puesto en la idea de *presunción*, no es de extrañar que varios autores prefieran la denominación de «peligro presunto» antes que «peligro abstracto», si bien la opción por una u otra denominación no implica aceptar de *lege ferenda* el establecimiento de presunciones en Derecho penal, sino que en todo caso se limita a explicar una realidad legislativa existente (10). En los últimos tiempos se ha observado un particular interés doctrinal en demostrar que esta presunción legislativa tiene carácter *iuris tantum*, y por tanto permite probar que, en un determinado caso particular, no existió peligro (con las dificultades que ello conlleva, toda vez que tengamos en cuenta que la formulación típica de estos delitos no alude a dicho peligro, siendo éste meramente una consideración tomada en cuenta por el legislador de turno). En esta línea (que compartimos) señala la autora últimamente citada lo siguiente: «la peligrosidad de la conducta se entiende, pues, elemento imprescindible del injusto y solo ha de afirmarse éste cuando la conducta, además de coincidir con la descrita en el tipo, constituya un acción antinormativa por ser potencialmente lesiva o peligrosa para el bien jurídico protegido: en suma, el desvalor objetivo material de la acción peligrosa constituye el elemento central de la constitución del tipo de injusto. En consecuencia, solo cabe adelantar la tutela penal de

(8) *Ibidem.*, p. 69.

(9) *Ibidem.*, p. 70.

(10) *Ibidem.*, p. 71.

forma legítima al momento en que pueda apreciarse que el comportamiento prohibido es objetivamente capaz de afectar al bien jurídico; teniendo además en cuenta las exigencias propias de la atribución de responsabilidad penal, ello no debe determinarse en abstracto por la pertenencia a una clase de acciones, sino que exige que sea evidente tal peligrosidad objetiva, al menos en el momento de realizar la conducta» (11). Resulta obvio, a nuestro juicio, que los delitos de peligro abstracto demostrarán una mejor adhesión y respeto por el principio de lesividad en sede penal si comprobamos que en el supuesto de hecho *realmente* se ha producido una afectación al bien jurídico que protege la norma, sin que tal afectación deba presumirse *iuris et de iure*. En todo caso, coincidimos plenamente con Mendoza Buergo cuando señala que, pese a que esta tesis pueda ser una posible interpretación del modo de operar en este modelo delictivo, en ningún caso constituye una fórmula que, *per se*, sirva de base para justificar la punición de los delitos de peligro abstracto.

En este sentido, verbigracia, se ha manifestado Luzón Peña en relación con el ejemplo del delito de conducción bajo los efectos del alcohol o sustancias psicotrópicas: no es posible establecer una presunción *iuris et de iure* de peligro en estas situaciones, pues de hacerlo se estaría menoscabando el principio de ofensividad y exclusiva protección de bienes jurídicos. En efecto, pueden acontecer casos en los que, a pesar de existir en el sujeto tasas de alcohol superiores a las permitidas, sin embargo no se ponga en peligro el bien jurídico tutelado (la seguridad del tráfico). Aunque los delitos de peligro abstracto, como lo es el que está siendo analizado, precisamente se caracterizan por eso, por la abstracción e inconcreción del peligro, entendemos, no obstante, que deberían suponer un *mínimo de peligrosidad real* de la conducta (12). El hecho de superar unas concretas tasas de alcohol bien puede acreditar que el sujeto se encontraba bajo la influencia de las mismas, como hace el tipo. Pero no puede suponer, sin más, que lo anterior de lugar en el caso concreto a una situación de peligro, aún siendo el tipo de peligro abstracto. Si esto no es así, y se entiende que en todo caso lo anterior presume *iuris et de iure* el peligro, pueden existir supuestos en los que se esté violando uno de los principios básicos de nuestro sistema penal: el principio de ofensividad, lesivi-

(11) MENDOZA BUERGO, *La configuración del injusto... cit.*, pp. 70-71. En el mismo sentido, cfr.: GIMBERNAT, E.: *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid 1966, p. 35

(12) LUZÓN PEÑA, D. M.: «Posibles reformas de los delitos de circulación», en De Vicente Martínez (dir.), *Derecho penal y seguridad vial*, Ed. CGPJ, Navarra, 2007, p. 32.

dad, o exclusiva protección de bienes jurídicos. Como también alerta Muñoz Conde, a pesar de que del texto de la ley se infiere que la intención es sancionar a quien conduce superando las tasas permitidas, «si no queremos caer en lo absurdo de castigar conductas como la del beodo que a las tres de la madrugada circula por una playa desierta unos metros, habría que exigir un mínimo de peligro para los bienes jurídicos» (13).

Según alcanzamos a ver, además de tener en cuenta siempre el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos del Derecho Penal (principio que, además, legitima la intervención punitiva del Estado), también habrá de acogerse, como criterio de solución ante estos casos, las categorías de «riesgo desaprobado» y de «riesgo permitido», dimanantes de la teoría de la imputación objetiva, que racionalmente ponderados y aplicados al supuesto concreto podrían conducir a la solución de que en estos casos la conducta finalmente debe ser declarada atípica. A nuestro parecer, los supuestos de riesgo permitido desplazan directamente la tipicidad de la conducta, no la antijuridicidad, como reclama algún sector (14). Y ello porque no debe caerse en el error de confundir los supuestos de «riesgo permitido» y los supuestos de «riesgo apoyado en el equilibrio de intereses»: el primero se mueve en el plano de la tipicidad mientras que el segundo es propio del estado de necesidad. Por tanto, en el primer caso se excluye el tipo; en el segundo, se desplaza la antijuridicidad de la conducta.

Desde la teoría de la imputación objetiva es perfectamente posible considerar que aquellos supuestos como el expuesto por Muñoz Conde y similares, en los que no puede decirse que acontezca un *real peligro* (abstracto) emanado de la conducta del sujeto, no suponen creación de un riesgo jurídicamente desaprobado (15), pues no se ha superado el límite del riesgo permitido, en atención al bien jurídico protegido (16). Para que estas conductas resulten imputables al sujeto

(13) MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal parte especial*, Ed. Tirant lo Blanch, 18.ª edición, Valencia, 2010, p. 705.

(14) Como señala LÓPEZ-BARJA DE QUIROGA, citando a Jakobs, «lo que, sin tener en cuenta el contexto, no defrauda expectativas, ya no realiza un tipo». Vid.: LÓPEZ-BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho Penal parte general*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2010, p. 437.

(15) Vid. ampliamente: PAREDES CASTAÑÓN, J. M.: *El riesgo permitido en Derecho Penal*, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1995; y VARGAS PINTO, T.: *Delitos de peligro abstracto y resultado. Determinación de la incertidumbre penalmente relevante*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2007.

(16) Resulta de aplicación la teoría del riesgo jurídicamente desaprobado y el riesgo permitido también en delitos de peligro, sin necesidad de resultado. Y ello

será necesario que las mismas puedan calificarse como un riesgo jurídicamente desaprobado. Y no está jurídicamente desaprobado el riesgo que todavía se mueve dentro de los límites de lo permitido (17). Clarificar, en cualquier caso, que no se trata de convertir estos delitos en delitos de peligro *concreto*, sino de exigir que el peligro *abstracto* sea *real*.

La segunda de las teorías construidas para fundamentar el delito de peligro abstracto recibe el nombre de *teoría del peligro general*, y entiende que la razón de ser de estos delitos estriba en que el legislador quiere prohibir aquellos tipos de comportamientos que, de un modo genérico, conducen a un menoscabo de un determinado bien jurídico, por lo que son desvalorados de manera general. El legislador parte aquí de la peligrosidad típica de cierta clase de conductas, formulando finalmente preceptos que solo van a describir el comportamiento desvalorado, sin incluir en ellos el carácter del «peligro» como resultado. En esta segunda teoría, la peligrosidad sería la *ratio legis* que conduce al legislador a incriminar aquellas acciones que, de modo general, típicamente, pueden lesionar bienes jurídicos. El comportamiento típico, según este entendimiento, no está prohibido porque *de hecho* venga a lesionar o a poner en efectivo peligro un bien jurídico, sino por pertenecer a una clase de comportamientos que *generalmente* (con una frecuencia relevante) tienen como consecuencia determinadas lesiones de bienes jurídicos (18). La peligrosidad aquí sería una característica de un grupo de acciones, no de la acción individual. La acción no se castiga por ser peligrosa, sino porque regularmente muestra propiedades típicas que la caracterizan como peligrosa *in genere*. De nuevo en palabras de Mendoza Buergo, «lo decisivo es la experiencia —que el legislador toma como base para la tipificación— acerca de la regularidad con la que determinadas acciones conllevan un peligro y no la configuración de tal máxima de experiencia» (19). Y añade la autora: «con esta fundamentación queda abierto el camino a la consideración, bastante extendida, de que al ser la peligrosidad general de la acción mero *motivo* del legislador para la tipificación, la tipicidad y

porque, más allá de cómo se califique el delito concreto que se trate, todo ilícito penal lo es porque ha de suponer una ofensa o ataque a un determinado bien jurídico (sea un delito de peligro o no). Es en relación con este principio de ofensividad con el que debe ponerse en conexión la teoría del riesgo permitido: no se ofende ni se pone en peligro un bien jurídico cuando nos encontramos ante supuestos de riesgo permitido (entre los que es posible encuadrar los casos que estamos analizando), por lo que no podrá afirmarse la tipicidad.

(17) LÓPEZ-BARJA DE QUIROGA, *Tratado... cit.*, p. 436.

(18) MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos y político-criminales...cit.*, p. 75.

(19) *Ibidem*, p. 77.

el propio injusto del hecho en el caso concreto van únicamente anudados a la constatación de la realización del comportamiento descrito en el tipo, con independencia de que tal conducta no sea en absoluto peligrosa, pues se trata de tipos que no necesariamente en el caso individual, sino más bien como fenómeno en serie, o en masa (*'Massenerscheinung'*) significan peligro y por ello no pueden ser permitidos» (20). Debemos advertir que esta línea de fundamentación se aproxima, en mucho, a las características que conforman los delitos acumulativos, a los que de inmediato nos referiremos, pues se está aludiendo a la existencia de fenómenos en serie o en masa, que serían los que traerían como consecuencia un efectivo peligro (en el caso del delito acumulativo: la repetición, a futuro, del comportamiento por un cúmulo de personas), más allá de que la conducta individual pueda resultar o no ciertamente peligrosa para el bien jurídico que se pretenda proteger. En definitiva, esta segunda teoría pretende establecer una relación de implicación necesaria entre la consideración de la peligrosidad como simple razón de la incriminación de la conducta (que no se integra, por tanto, como elemento típico en la figura delictiva que se trate), y la afirmación de que por ello aquélla no debe ser nunca comprobada por el juez (21).

Expuestos (muy en síntesis) los postulados básicos de los delitos de peligro abstracto, a continuación nos detenemos a analizar el contenido y fundamento (en su caso) de los delitos acumulativos, que, como vimos *supra*, según ciertos sectores de la doctrina vendrían a ser una subespecie o subtipo de delitos de peligro abstracto.

III. DEFINICIÓN, CONTENIDO Y LÍMITES DE LOS DELITOS ACUMULATIVOS

Por razones de economía de espacio, en adelante nos referiremos someramente a la definición del delito acumulativo, sin adentrarnos en consideraciones de mayor calado, pues el objeto directo de la investigación es comparar esta modalidad de delito con los de peligro abstracto. Para un estudio en profundidad sobre la materia, nos remitimos expresamente a un trabajo anterior de nuestra autoría (22).

La figura de la acumulación, a diferencia de los delitos de peligro abstracto, nos presenta a un nuevo protagonista, el *actor colec-*

(20) *Idem.*

(21) *Idem.*

(22) BUSTOS RUBIO, M.: *Delitos acumulativos, ob. cit.*

tivo (23), ya no meramente individual, pues se establece como potencial destructor de un bien jurídico valioso para la vida en sociedad a un conjunto de esa misma sociedad, o a la sociedad en su conjunto, lo que proyecta una responsabilidad colectiva o vicarial, en que se pretende atribuir la responsabilidad por los grandes riesgos globales reorientados a acciones que podríamos denominar «mínimas» (en principio), dado que tales daños de conjunto se producen como causa de una suma o acumulación de varios actos individuales (*per se* de dudosa capacidad lesiva) (24). Partimos, pues, de una idea básica: la tendencia a lo global, dejando a un lado la estricta lesividad individual a que nos tiene acostumbrado el Derecho penal tradicional (sea como injusto efectivamente lesivo o de peligro), sosteniéndose que lo determinante es la visión macroeconómica o macrosocial más allá de la imputabilidad personal de un sujeto por su actuación individual.

Los partidarios de los delitos por acumulación sostienen que es posible (y admisible) tipificar comportamientos individuales que no pueden considerarse por sí mismos lesivos del bien jurídico que se trata de proteger, teniendo en cuenta la existencia de una *posibilidad*, más o menos amplia, pero siempre hipotética, de que tal conducta pueda ser realizada, a futuro, por otras personas, llegándose a una situación (ahora sí) peligrosa para dicho bien jurídico. Se trata, en puridad, de un adelanto extremo de las barreras punitivas: se conmina al agente individual con una sanción penal que responde ya no solo a su actuación individual, por sí no lesiva ni efectivamente peligrosa respecto a un determinado bien jurídico, teniendo en cuenta la posibilidad futura (y en gran medida dependiente del azar: *Zufallsbeherrschung*) de que otras personas repitan dicha conducta, lo que (ahora sí) conduciría a una efectiva puesta en peligro o total destrucción de dicho bien jurídico protegido. O, como se preguntaba Feinberg, «*What if everybody did it?*», ¿qué pasaría si todos lo hicieran? (25). Ejemplo claro de esta situación sería el de los delitos medioambientales [vid., v. gr., art. 325,1 CP (26)]. Haciéndonos con el ilustrativo ejemplo pro-

(23) TRUCCONE BORGOGNO, S.: «Delitos acumulativos ambientales: una aproximación desde el republicanismo», en *Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Palermo*, año II, n.º 2, noviembre de 2013, p. 62.

(24) ALCÁCER GUIRAO, R.: «La protección del futuro y los daños cumulativos», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 4, 2002, p. 8.

(25) FEINBERG, J.: *Harm to others. The moral limits of the criminal law*, Vol. I, Ed. Oxford University Press, New York, 1987, pp. 225-226.

(26) «Será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años, multa de diez a catorce meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a dos años el que, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emi-

puesto por Silva Sánchez, «los vertidos de una empresa –de una sola– por mucho que superen ampliamente los grados de concentración de metales pesados establecidos en la normativa administrativa, no tienen por qué poner en peligro –por ellos solos– el equilibrio de los sistemas naturales. Si solo se tratara de los vertidos de una empresa, no existiría problema medio-ambiental. El problema se deriva de la generalización de vertidos con ciertos grados de concentración de metales» (27). O como añade Ochoa Figueroa analizando el ejemplo anterior, «un solo vertido resultaría inocuo tanto para el medioambiente, como para la salud de las personas. Por lo tanto, es posible que no se llegue a producir el riesgo grave que el tipo del artículo 325 CP exige, solo llegando a ese nivel mediante la repetición de las acciones contaminadoras» (28). En igual sentido se pronuncia Hefendehl cuando apunta que «el Derecho Penal debe quizá ocuparse realmente de riesgos futuros, puesto que una acción típica aislada nunca producirá un atentado real e inmediato contra bienes jurídicos colectivos [...]. Si desde una industria situada en la costa se arrojan un día determinado los vertidos generados al mar, no se producirán en la mayoría de los casos los efectos contaminantes en el mismo momento del vertido puesto que los desechos industriales podrán ser relativamente asimilados por el agua sin causar un grave perjuicio. El verdadero problema vendrá en el futuro, es decir, en el caso hipotético de que todas o la mayoría de las instalaciones o fábricas cercanas hiciesen lo mismo o esta conducta se convirtiese en regla para la industria costera de una zona. Encontrar normas para el futuro, actuar con miras a lo que puede acontecer, sería, según determinados pronósticos, más acertado que querer reaccionar *a posteriori* ante errores, omisiones o catástrofes del presente» (29). Como fácilmente puede colegirse, el recurso al ejemplo del delito medioambiental es el más repetido en la

siones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, subterráneas o marítimas, incluido el alta mar, con incidencia incluso en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que, por sí mismos o conjuntamente con otros, cause o pueda causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas».

(27) SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Ed. Edisofer, 3.ª edición, Madrid, 2011, p. 141.

(28) OCHOA FIGUEROA, A.: *La tutela del agua mediante el Derecho Penal y el Derecho Administrativo*, Ed. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2015, pp. 75-76.

(29) HEFENDEHL, R.: «¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto», en *Anales de Derecho: Universidad de Murcia*, n.º 19, 2001, p. 151.

doctrina a la hora de aproximarse al contenido de los delitos acumulativos. Sin embargo no es el único: también se configuran como acumulativos los delitos contra la Hacienda Pública [art. 305 CP. (30)], los delitos de fraude contra los presupuestos de la Unión Europea [art. 306 CP. (31)] y de defraudación a la Seguridad Social (art. 307 CP. (32)), el delito de tráfico de drogas [art. 368 CP. (33)], el delito de blanqueo de capitales [art. 301 CP. (34)], o las diferentes modalidades de insolvencias punibles, si consideramos que lo realmente protegido es el correcto funcionamiento del sistema de crédito (35). Todos estos

(30) «El que, por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta, obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de ciento veinte mil euros será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía, salvo que hubiere regularizado su situación tributaria en los términos del apartado 4 del presente artículo».

(31) «El que por acción u omisión defraude a los presupuestos generales de la Unión Europea u otros administrados por ésta, en cuantía superior a cincuenta mil euros, eludiendo, fuera de los casos contemplados en el apartado 3 del artículo 305, el pago de cantidades que se deban ingresar, dando a los fondos obtenidos una aplicación distinta de aquella a que estuvieren destinados u obteniendo indebidamente fondos falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubieran impedido, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía y la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años».

(32) «El que, por acción u omisión, defraude a la Seguridad Social eludiendo el pago de las cuotas de ésta y conceptos de recaudación conjunta, obteniendo indebidamente devoluciones de las mismas o disfrutando de deducciones por cualquier concepto asimismo de forma indebida, siempre que la cuantía de las cuotas defraudadas o de las devoluciones o deducciones indebidas exceda de cincuenta mil euros será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía salvo que hubiere regularizado su situación ante la Seguridad Social en los términos del apartado 3 del presente artículo».

(33) «Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplio del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos».

(34) Se castiga a quien «adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos».

(35) *Vid.* artículos 259 y ss. CP.

delitos responden a la dinámica propia de la acumulación: la ejecución de uno solo de estos comportamientos resulta inocua para el bien jurídico supraindividual que pretende tutearse con la norma, más la repetición a futuro de dichos comportamientos por un conjunto de sujetos sí podría poner en peligro real tales intereses.

La figura de la acumulación es propia del Derecho penal de las sociedades postindustriales, y proviene de la idea, ampliamente asumida, de la posible lesividad global derivada de un cúmulo de conductas, o de acumulaciones o repeticiones, si bien este modo de proceder del legislador se ha desarrollado propiamente en el seno del Derecho administrativo (36). Es característica del ilícito acumulativo, por tanto, su natural acomodo en el seno del Derecho administrativo sancionador: como subraya Navarro Cardoso «en tanto en cuanto la conducta en sí misma considerada se entienda que no es susceptible de afectar de manera directa al contenido esencial de un derecho fundamental, debe proponerse su ubicación fuera del Derecho Penal; esto es, en el ámbito administrativo sancionador» (37).

Parece claro que entre el Derecho penal y el administrativo sancionador existen diferencias que no pueden obviarse (38). En este último sector de nuestro ordenamiento jurídico es perfectamente posible que la conducta individual de un sujeto no sea relevantemente perturbadora de un determinado bien jurídico, como tampoco es necesario, en tal ámbito, un análisis concreto de la *lesividad* del hecho específico en el caso particular; a ello hay que añadir que en esta rama de nuestro sistema es perfectamente posible que la sancio-

(36) SEELMAN, «Verantwortungszuweisung, Gefahrensteuerung und Verteilungsgerechtigkeit. Zielkonflikte bei der Akzessorietät des Strafrechts gegenüber anderen Rechtsgebieten», en ORSI/SEELMAN/SCHMID/STEINWORTH (hrsg.), *Gerechtigkeit*, Frankfurt, 1993, pp. 109 y ss. Cfr. Igualmente: FERNÁNDEZ ILLANES, S.: «Las acciones preventivas por daños cumulativos en el Derecho internacional público», en *Ars Boni et Aequi*, Vol. 6, n.º 2, 2010, pp. 17 y ss., señalando este autor cómo la idea de acumulación, extraña y de difícil encuadre en el Derecho penal tradicional, data de antiguo, sin problemas de peso, en el ámbito del Derecho internacional público.

(37) NAVARRO CARDOSO, F.: *Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del Derecho penal*, Ed. Colex, Madrid, p. 113. Posteriormente el autor ha explicado que uno de los posibles métodos que coadyuvarían en la delimitación entre «derecho penal» y «derecho administrativo» pasa por examinar si el riesgo a afrontar es coyuntural o estructural (de tal manera que el Derecho penal nunca podría enfrentarse a riesgos estructurales, sino solo a fenómenos coyunturales); cfr.: NAVARRO CARDOSO, F.: «El Derecho penal del riesgo y la idea de seguridad. Una quiebra del sistema sancionador», en PÉREZ ÁLVAREZ, F. (edit.), *Serta. In Memoriam Alexandri Baratta*, Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2014,

(38) De manera extensa y detallada, *vid.*: NAVARRO CARDOSO, *Infracción administrativa y delito... cit.*, pp. 13 y ss.

nabilidad de un hecho individual no se rija, exclusivamente, por criterios de legalidad en la persecución de un determinado ilícito, sino de manera más próxima a criterios de oportunidad, lo que no debería ocurrir en el Derecho penal. Como explica Silva Sánchez en referencia al ilícito administrativo, «lo que es necesario, más bien, es que el género de conductas represente, en términos estadísticos, un peligro para el modelo sectorial de gestión o, si se quiere, en términos menos tecnocráticos, para el buen orden del sector de actividad determinado» (39). O, en palabras de Feijoo Sánchez, «se trata de un método de imputación estadístico para problemas macrosociales o sistemáticos que intenta evitar la creación de riesgos difusos que no tienen una única fuente» (40). Esta dinámica, propia del administrativo sancionador, parece, como advertíamos al inicio en este mismo trabajo, haber superado los límites de aquél y haberse acomodado en el seno del Derecho penal, en aquello que se ha llamado *administrativización* de este último. Como ha sabido identificar magistralmente Silva Sánchez (41), «la modificación, de la propia estructura y del contenido material de los tipos penales» es una de las más significativas expresiones de lo que el mismo autor denomina *expansión y administrativización* del Derecho penal contemporáneo. En efecto, hemos pasado de un modelo básico del delito de lesión de bienes individuales al modelo de delitos de peligro presunto para bienes jurídicos supraindividuales, con todas las escalas intermedias entre uno y otro. En palabras del autor, «esta orientación a la protección de *contextos* cada vez más genéricos (en el espacio y en el tiempo) del disfrute de los bienes jurídicos clásicos, lleva al Derecho penal a entrar en relación con fenómenos de dimensiones estructurales, globales o sistémicas, en los que las aportaciones individuales, autónomamente contempladas, son, por el contrario, de “intensidad baja”. Con ello, se ha producido seguramente la culminación del proceso: el Derecho penal, que reaccionaba *a posteriori* contra un hecho lesivo individualmente delimitado (en cuanto al sujeto activo y al pasivo), se ha convertido en un Derecho de gestión (punitiva) de riesgos generales y, en esa medida, se ha “administrativizado”».

Sentado lo anterior (y de nuevo sintéticamente) podemos concluir que el delito acumulativo es aquella conducta individual acompañada de sanción penal que, aún no poseyendo capacidad lesiva ni *per se*

(39) SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, *cit.*, p. 138.

(40) FEJOO SÁNCHEZ, B.: «Sobre la “administrativización” del derecho penal en la “sociedad del riesgo”. Un apunte sobre la política criminal a principios del siglo XXI», en *Revista Derecho Penal Contemporáneo*, n.º 19, 2007, p. 130.

(41) SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, *cit.*, pp. 132 y ss.

efectivamente peligrosa (real) respecto a un bien jurídico, se apoya en la *posibilidad* de que dicha conducta sea a su vez realizada, a futuro, por otros sujetos individuales, con lo que el conjunto de comportamientos, valorado en efecto sumativo, sí termina lesionando o menoscabando de forma efectiva el bien jurídico (42). Son, en definitiva, supuestos en que la conducta considerada desde una perspectiva meramente individual no muestra por sí misma un riesgo relevante (es *harmless*), mientras que, de otro lado, se admite que *general performance would be harmful*, con lo que la realización de ese mismo acto por un conjunto de sujetos no viene a constituir simplemente una hipótesis remota sino una realidad más o menos inminente (43).

IV. TENSIONES DE LOS DELITOS ACUMULATIVOS CON LOS PRINCIPIOS GARANTISTAS DEL MODELO DE IMPUTACIÓN PENAL PERSONAL

Al momento de valorar el contenido de los delitos de peligro abstracto la doctrina se ha detenido a analizar las tensiones que presentan aquéllos con ciertos principios sustentadores del actual modelo penal de imputación personal heredado de la Ilustración. Obviamente, «cuanto mayor es el adelantamiento respecto a la efectiva lesión de un bien jurídico concreto, mayores problemas se presentan desde el punto de vista de los principios constitucionales que informan y configuran el Derecho penal, a la vez que se confronta al Juez con la difícil situación del eventual solapamiento con un ilícito administrativo» (44).

Los delitos acumulativos van a presentar, con mayor firmeza si cabe, semejante tensionamiento con tales principios. No en vano en esta última modalidad, y atendiendo a la formulación dada en el epígrafe anterior, estamos ante un verdadero *peligro del peligro*. Por ello, y porque en el caso de los delitos de peligro abstracto la cuestión ha sido ya muy estudiada y discutida, en adelante describimos los principales problemas que, a nuestro juicio, presentarían los injustos acumulativos con respecto a tales principios.

(42) KUHLEN, L.: «Umweltstrafrecht auf der Suche nach einer neuen Dogmatik», *ZStW*, n. 105, 1993, pp. 697 y ss.

(43) En estos términos: SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, cit., p. 144.

(44) Así: DEMETRIO CRESPO, E.: «Tipicidad», en VV. AA., *Curso de Derecho Penal Parte General*, Ed. Experiencia, 3.ª edic., Barcelona, 2016, p. 214.

En primer lugar, queremos referirnos al principio de culpabilidad en Derecho Penal. Del mismo dimanar una serie de subprincipios o exigencias que no dejan de constituir férreas garantías de nuestro modelo de Estado (sintéticamente: principio de personalidad de las penas, principio de responsabilidad por el hecho, principio de dolo o imprudencia, y principio de culpabilidad en sentido estricto). De este principio se derivan restricciones tan importantes como la prohibición de la responsabilidad objetiva (45) o colectiva (46), la prohibición de sanción por el modo o conducción de vida (47), o la *prohibición de castigar a una persona por un hecho ajeno*. De esta última restricción, en concreto, es de la que se van a derivar dificultades con el delito acumulativo.

En efecto, el principio de personalidad de las penas impide sancionar a un sujeto por la comisión de hechos ajenos a él o por parte de terceras personas. De manera flagrante violaría este principio la tipificación de alguna conducta que hiciese responder penalmente a un sujeto que no hubiera intervenido en modo alguno en el hecho que se le imputa, pues la responsabilidad penal se circunscribe siempre al autor de un hecho delictivo y, en su caso, a los partícipes que contribuyen de manera accesoria (48). No es este el caso del injusto acumulativo: en este sí hay una contribución al hecho de parte del sujeto, por lo que existe una cierta intervención en el hecho que se le atribuye. Sin embargo, más allá de esa contribución individual, no puede olvidarse que según la estructura del delito acumulativo es determinante el efecto sumativo que se deriva de la ejecución, en el futuro, de la

(45) El principio *versari in re illicita*, de origen canónico, hacía responder al autor de un hecho delictivo por todos los resultados ulteriores que estuvieran conectados causalmente con el acto inicial, independientemente de si el sujeto los quería o no. Tras la reforma del Código Penal español de 1983 en estos delitos, conocidos como *delitos cualificados por el resultado*, se exige al menos que dicho resultado esté producido por imprudencia. *Vid.*: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (COORD.) / PÉREZ CEPEDA, A. I. / ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Introducción al Derecho Penal (Tomo I)*, Ed. Iustel, 2.^a edición, Madrid, 2015, p. 105.

(46) Antaño, por ejemplo, se permitía castigar a todos los miembros de una familia o pueblo por el hecho individual cometido por uno de ellos. *Vid.*: MIR PUIG, S.: *Bases constitucionales del Derecho penal*, Ed. Iustel, Madrid, 2011, p. 127.

(47) Lo que no deja de constituir aquello que se ha denominado *derecho penal de autor*. Del artículo 10 de nuestra Constitución se deriva la idea de que nadie puede ser castigado por su forma de ser o por la forma en que conduce su vida, sino que es preciso que se cometa algún hecho típico penado por la ley (derecho penal del hecho). *Vid.*: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE / PÉREZ CEPEDA / ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal... cit.*, p. 105.

(48) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE / PÉREZ CEPEDA / ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal... cit.*, pp. 105-106.

misma conducta por parte de otros sujetos, y los peligros reales que de esa acumulación se producen, por lo que no puede negarse que el sujeto que contribuye con su actuación al «futuro –hipotético– efecto sumativo» está respondiendo, con la pena, además de por su propia contribución individual, por la actuación de terceras personas.

Esta situación innegablemente produce tensiones importantes con el principio de personalidad aducido, en tanto en cuanto, como hemos expuesto, esta exigencia impide responsabilizar penalmente a un sujeto por comportamientos delictivos ajenos (49). Del aludido principio de culpabilidad se deriva un claro presupuesto de la pena: que pueda «culpase» (o mejor: atribuirse responsabilidad penal) a quien la sufra, por el hecho concreto que la motiva (50). En el delito acumulativo, la razón última de la imposición de la sanción penal se identifica en el efecto acumulativo que se produciría (futurible) si todos lo hiciéramos, por lo que el sujeto, como sujeto culpable, se verá abocado a sufrir una pena no por el concreto hecho que debiera motivar su imposición (que sería exclusivamente el hecho individual del autor, o del partícipe), sino porque otros sujetos lleven a cabo el mismo hecho en un determinado *contexto*, de cuyo efecto sumativo o acumulativo sí se derivarían peligros reales e importantes para un determinado bien jurídico. Nótese el bárbaro adelanto de la intervención penal en estos casos: no se trata de una atribución *real* de responsabilidad penal por el hecho ajeno (como sí ocurre, por ejemplo, con el modelo vicarial de responsabilidad penal de la persona jurídica, que hace responder a ésta por los delitos *cometidos* en su nombre o por cuenta de ellas): en el injusto acumulativo al sujeto individual se le atribuye *parte* de responsabilidad penal por hechos ajenos que resultan futuribles e hipotéticos. Solo puede imputarse como típica aquella conducta que represente la creación o el aumento de un riesgo *previsible* y jurídicamente desaprobado. Si el riesgo, en el caso concreto (por ejemplo, en conductas contra el medioambiente) se deriva propiamente del efecto acumulativo, y no de la acción individual de un sujeto, dicho riesgo no será *normalmente previsible* para cada uno de los agentes individuales que intervienen en el proceso acumulativo, entre otras cosas porque ese efecto peligroso derivado de contribuciones individuales dependerá, en la mayoría de los casos, de factores accidentales, futuribles e inciertos (verbigracia: cantidad de personas involucradas, dimensión cuantitativa y cualitativa de sus intervenciones individuales, etc.). Factores que, en fin, escapan a la previsibilidad de un hombre medio

(49) CARUSO FONTÁN, V. / PEDREIRA GONZÁLEZ, F., *Principios y garantías del Derecho penal contemporáneo*, Ed. B de F, Buenos Aires, 2014, p. 206.

(50) MIR PUIG, S.: *Bases constitucionales del Derecho penal*, *cit.*, p. 125.

en el contexto que se trate. En definitiva: el concepto de imputación jurídico-penal de que parte la doctrina más actual, que conforma una teoría del sujeto penalmente responsable, no puede admitir que se le atribuya a un sujeto algo más allá de lo producido por su propia acción (51). Y eso es precisamente lo que acontece con el paradigma de la acumulación: asume una nueva orientación en la estructura de atribución de la responsabilidad penal, otorgando prioridad al poder causal de destrucción frente a la capacidad individual de previsión del agente en su obrar (52).

En segundo lugar, nos queremos centrar en tratar el principio de lesividad. Como es conocido, este principio implica que el Derecho penal solo debe intervenir si existe una amenaza de lesión o de peligro para un determinado bien jurídico. En un sentido negativo, con apoyo en este principio no estaría permitido elevar a la categoría de delito una mera desobediencia o infracción formal, ni intereses del funcionamiento del sistema que no incidan de algún modo en la vida en sociedad (53).

A pesar de las críticas que se han llevado a cabo contra este principio (54), así como de la discusión sobre su encuadramiento social o

(51) SILVA DÍAS, A.: «¿Y si todos lo hiciéramos? Consideraciones acerca de la “(in)capacidad de resonancia” del Derecho penal con la figura de la acumulación», en *ADPCP*, n.º 56, 2003, p. 465.

(52) ALCÁCER GUIRAO, R.: «La protección del futuro y los daños cumulativos», en *ADPCP*, Vol. LIV, 2001, p. 151. *Vid. tb.*: LÜBBE, W. (edit.): *Kausalität und Zurechnung: über Verantwortung in komplexen kulturellen Prozessen*, Ed. Walter de Gruyter, 1994.

(53) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/PÉREZ CEPEDA/ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal... cit.*, p. 90.

(54) Así, por ejemplo, desde el funcionalismo sistémico de Luhmann. Recientemente Jakobs reduce la función del Derecho penal al simple restablecimiento de la vigencia de la norma, desde la teoría de la infracción del deber y la infidelidad del sujeto, o su insubordinación, al ordenamiento jurídico. Sin embargo, como bien ha expresado Gimbernat: «el Derecho penal pretende, naturalmente, confirmar la validez de la norma, pero esa confirmación de la validez de la norma como tal no nos dice nada sobre cuál es (o, al menos, debería ser) el contenido de ésta cuando de lo que se trata es de normas jurídico-penales: si se quiere atribuir al Derecho penal algo más que una tarea estrictamente formal y fantasmagórica, es decir: algo más que una tarea incolora, inodora e insípida, si se quiere saber cuál es (o debería ser) en un Estado del Derecho pluralista su contenido, entonces tiene que ser definida como la rama del ordenamiento jurídico que pretende confirmar la validez de las normas (aspecto formal) que castigan la puesta en peligro o lesión de los bienes jurídicos más importantes mediante comportamientos típicos, antijurídicos y culpables (aspecto material)»; *vid.*: GIMBERNAT, E.: en, *prólogo a* Alcácer Guirao, R.: *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, Ed. Atelier, Barcelona, 2003, pp. 12-13. Compartimos plenamente la reflexión de Gimbernat: la norma no es ni puede ser un fin en sí mismo, pues en el caso del Derecho penal son siempre un «mal necesario» al que acudir cuando no

constitucional (55), la mayoría de nuestra doctrina asume el mismo como base y fundamento de nuestro *ius puniendi*. Es cierto, sin embargo, que a la hora de decidir el legislador qué intereses pretende tutelar en el ámbito penal cuenta con cierto margen de libertad en virtud de la política criminal que considere más oportuna llevar a cabo (de ahí que en los últimos años la tendencia a la *expansión* del Derecho penal haya alumbrado nuevos tipos penales, o reconfigurado los ya existentes, dando a luz a bienes jurídicos de carácter colectivo o intereses difusos, que por otra parte, es donde va a tener su ámbito propio de operatividad el injusto acumulativo).

Del planteamiento anterior se deriva la idea de que la creación de un determinado tipo penal debe dirigirse siempre a lograr la tutela o intangibilidad de un bien jurídico, describiéndose en el tipo comportamientos que sean capaces de generar, al menos, un peligro para los mismos (56). Esto es lo que históricamente ha permitido destipificar de nuestros Códigos Penales los delitos de homosexualidad, adulterio o blasfemia, por ejemplo, o poner en tela de juicio los supuestos de tentativa irreal o de delitos de peligro configurados exclusivamente en torno a la desobediencia (v. gr., el delito de negativa al sometimiento a prueba alcoholimétrica).

Formalmente, podemos considerar que en los delitos acumulativos existe un bien jurídico que se pretende tutelar (véase, por ejemplo, el medioambiente, la salud pública, la función recaudatoria de la Hacienda Pública o la Seguridad Social, la institución del crédito o su buen funcionamiento...); bienes jurídicos dignos, susceptibles y necesitados de protección. Debemos precisar que a nuestro juicio no es negativo el recurso a la tutela de estos bienes jurídicos de carácter colectivo, siempre que tras los mismos subyazca una verdadera tutela o protección de intereses reconducibles a la esfera individual o ciudadana, o que al menos no caiga en un modelo de protección transpersonalista completamente desvinculado de los derechos de las personas. Sin embargo, la proximidad de estas conductas contempladas en el Código Penal y en la legislación administrativa hace que quede condicionado el *cómo* de la protección de tales intereses: en el ámbito del Derecho penal tal protección debe construirse siempre sobre la *lesivi-*

existe otro remedio menos lesivo, y cuando dicha protección resulta eficaz, necesaria y proporcionada.

(55) *Vid.* ampliamente: ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.: «Bien jurídico y Constitución», en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 43, 1991, pp. 5 y ss. Siguiendo el pensamiento de este autor: CARUSO FONTÁN / PEDREIRA GONZÁLEZ, *Principios y garantías del Derecho penal contemporáneo*, *cit.*, pp. 192 y ss.

(56) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE / PÉREZ CEPEDA / ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal... cit.*, p. 91.

dad del comportamiento (lesión o puesta en peligro), mientras que en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, el criterio del interés jurídico, aún estando presente, no es esencial, pues su papel, aún pudiendo resultar efectivamente protegido, está subordinado a un elemento central, cual es la desobediencia a la ordenación sectorial que pretende hacer la Administración, basada en datos de índole muy variada (57). El Derecho penal, por tanto, puede y debe ser empleado para la tutela de bienes jurídicos de carácter colectivo, pero dicha utilización no puede tener un contenido que invierta el modelo social, acogiendo exigencias vinculadas a una concepción *transpersonalista*, y superando (cuando no conculcando frontalmente) los principios esenciales de nuestro Derecho penal (58).

Lo anterior, formalmente. Materialmente es más que discutible que los hechos contemplados en estos tipos penales sean aptos, por sí solos (esto es, de manera individual) para producir un daño u ofensa a tales intereses. Y todo hecho que no sea susceptible de lesionar o poner en peligro un bien jurídico no puede comulgar, sin tensionarse, con este principio de lesividad.

En el delito acumulativo los daños se producen como causa de una suma o acumulación de varios actos individuales de dudosa lesividad. El paradigma de la acumulación se apoya en la tipificación de comportamientos individuales que no pueden considerarse *per se* lesivos del bien jurídico que se trata de proteger, teniendo en cuenta la existencia de una posibilidad, más o menos amplia, de que tal conducta pueda ser realizada, a futuro, por otras personas, llegándose a una situación que entonces sí resultaría peligrosa para dicho bien jurídico. Son supuestos en que la conducta considerada desde una perspectiva meramente individual no muestra por sí misma un riesgo relevante (es *harmless*) (59). Como ha expuesto Berdugo Gómez de la Torre, «aisladamente el potencial de lesión o puesta en peligro para el bien jurídico de la conducta tipificada es mínimo o irrelevante, pero adquiere una gran lesividad si se acumulan a ella la realización de la misma conducta por otros miembros de la sociedad»; por lo tanto, en estos delitos, «la legitimación de la respuesta penal y su intensidad no se hace depender de la entidad de la conducta concreta sino de la agrega-

(57) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Viejo y nuevo Derecho penal...*, cit., p. 221.

(58) *Idem.*, pp. 223-224.

(59) Sin embargo, sobre la distinción entre esta falta de capacidad lesiva (o peligrosa) y el criterio de la «insignificancia» en Derecho Penal, *vid.*: BUSTOS RUBIO, *Delitos acumulativos*, cit., pp. 32 y ss.

ción a la misma de posibles daños producidos por comportamientos futuros de otras personas» (60).

Para Silva Sánchez, el criterio de la acumulación «es inadmisibles como criterio para la imputación penal de responsabilidad a un determinado sujeto por el concreto significado de la conducta aislada que ha realizado; pues una sanción así fundamentada no deja de ser, desde la perspectiva del Derecho penal, una sanción *ex iniuria tertii*. No hay en ella ninguna posibilidad de introducir elementos de lesividad concreta: ni lesión, ni peligro concreto, ni peligro abstracto entendido como peligro realmente existente, constatable en la conducta en virtud de un juicio *ex ante*. Simplemente, peligro presunto, peligro estadístico o –todavía mejor– peligro global» (61). O, en otros términos: realizados en una sola oportunidad estos comportamientos no afectan a ningún bien jurídico, pues carecen de todo poder ofensivo considerable (son *microlesiones*) (62).

Por último, los defensores de la estructura de la acumulación resultan deudores de algunas explicaciones cuando enfrentamos al injusto acumulativo con el principio de proporcionalidad. Fruto del aquél principio que se ha venido a llamar *proporcionalidad en sentido estricto*, el requerimiento de proporcionalidad de la pena opera fundamentalmente en la puesta en relación de la conducta típica (dimanantes del juicio de proporcionalidad en sentido amplio) con las consecuencias jurídicas que se derivan de la misma. O, en palabras de Hassemer, el principio aludido se traduce en «la sanción equitativa y justa del delincuente» (63). Una vez comprobada la idoneidad (capacidad de protección) y la necesidad (ausencia de mecanismos menos lesivos para conseguir la protección buscada) de la conducta, es necesario constatar que la consecuencia jurídica que se deriva de la comisión del hecho delictivo resulte proporcionada a la gravedad del mismo (del ataque) (64).

Este principio puede operar en dos fases o momentos distintos: primero, en la fase de previsión y determinación legislativa de la pena; y segundo, en la fase de aplicación judicial. A nuestros efectos inte-

(60) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Viejo y nuevo Derecho penal...*, cit., p. 222.

(61) SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, cit., p. 139. En semejante sentido: SILVA DÍAS, *¿Y si todos lo hiciéramos?...*, cit., p. 457.

(62) RÍOS, L.: «Aproximación a los delitos acumulativos», en VV. AA., *X Encuentro de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal*, Ed. Infojus, Buenos Aires, 2013, p. 45.

(63) Cfr.: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE / PÉREZ CEPEDA / ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal...*, cit., p. 102.

(64) MIR PUIG, S.: *Bases constitucionales del Derecho penal*, cit., p. 121.

resa la primera de estas fases: aquella en la cual el legislador asigna una pena a un determinado hecho, requiriéndose una adecuación entre la gravedad de aquélla y la relevancia del ataque al bien jurídico protegido por la norma, lo que se resuelve con una valoración o ponderación de intereses, que debe encontrar apoyo en la escala de valores de contenido material recogida en nuestra Constitución. Esta exigencia de proporcionalidad evidentemente tiene relevancia en lo que se refiere a la eficacia preventiva de la norma, pues solo penas proporcionadas a la gravedad del delito estarán en condiciones de motivar a los ciudadanos a respetar la norma (65).

Como han identificado Caruso Fontán/Pedreira González, «parece posible convenir que la afirmación de que debe existir una proporción o correspondencia entre la entidad o gravedad del delito y la entidad o gravedad de la pena, aunque no es nada despreciable, resulta excesivamente genérica» (66). Por ello la doctrina ha centrado sus esfuerzos en dibujar de un modo más preciso los contornos de este principio de proporcionalidad de las penas; así, este se atiene a la importancia del bien jurídico en nuestro sistema (criterio fundamental de medición de esa proporcionalidad), el modo subjetivo del ataque (dolo o imprudencia), el grado de ejecución, las formas de participación delictiva y, en un plano muy destacable a los efectos de este trabajo, la gravedad del ataque o el grado de ofensa al bien jurídico protegido.

Muy directamente ligado con lo anterior se encuentra otro principio que ya hemos mencionado anteriormente y que vuelve a entrar en escena en este punto: el principio de culpabilidad. Del mismo se desprende una idea de función límite de las penas: en el caso de que la cantidad de la pena supere la medida de pena adecuada a la culpabilidad del autor, quebraría dicho principio. O lo que es lo mismo, la medida de la pena nunca podrá sobrepasar la medida de la culpabilidad del autor. El principio de culpabilidad se opone a que la pena vaya más allá del marco superior de la culpabilidad (67). Es obvio, pues, que excediéndonos de la proporcionalidad entre la gravedad del ataque y la medida de la pena a imponer, se puede conculcar también el

(65) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE / PÉREZ CEPEDA / ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal...*, cit., p. 103.

(66) CARUSO FONTÁN / PEDREIRA GONZÁLEZ, *Principios y garantías del Derecho penal contemporáneo*, cit., p. 203.

(67) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE / PÉREZ CEPEDA / ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal...*, cit., p. 108.

principio de culpabilidad, que impide que la pena sobrepase la medida de la culpabilidad del autor (68).

Parece claro que en la dinámica de la acumulación se quiebra el principio de proporcionalidad de las penas y, consecuentemente, el principio de culpabilidad que exige un límite de la pena apoyado en la medida de la culpabilidad del autor. En el delito acumulativo, ante un hecho individual de carácter nimio o de desvalor tan reducido en relación con el bien jurídico que se pretende tutelar (como vimos) el legislador acompaña al hecho de penas que por lo general (basta con echar un vistazo a la regulación de los delitos que hemos indicado *supra* como ejemplo de ilícitos acumulativos en el Código Penal) serán privativas de libertad, y además muy elevadas; penas que no parecen a priori compatibles con la *entidad* del acto individual ejecutado. Si el peligro real para el interés jurídico se deriva del efecto sumativo y futuro derivado de la repetición de estos actos en sociedad, entonces nos encontramos con un sujeto que, pese a contribuir de manera individual a tal peligro, lo hace mediante la ejecución de un acto que por sí solo no es susceptible de poner en peligro ningún bien jurídico, y al que se le va a poder aplicar una pena a todas luces desproporcionada, por superarse la medida de la gravedad del ataque (principio de proporcionalidad en sentido estricto) y por superarse la medida de la culpabilidad del autor (principio de culpabilidad y límite de la pena) (69).

(68) Tradicionalmente se ha defendido que si la medida de la pena supera la culpabilidad del autor, entonces se está atentando contra la dignidad de éste, que devendría como mero instrumento a los fines preventivos de la pena. De ahí que ya ROXIN tomase un único aspecto de las teorías retribucionistas de la pena, en su teoría dialéctica de la unión: el límite según el cual la pena no puede nunca sobrepasar la medida de la culpabilidad del autor. Como puede leerse a este autor «a pesar de la renuncia a toda retribución, un elemento decisivo de la teoría de la retribución debe pasar a formar parte también de la teoría preventiva mixta: el principio de culpabilidad como medio de limitación de la pena. El defecto que les es propio a todas las teorías preventivas, cual es que su enfoque no entraña en sí las barreras del poder sancionador, necesarias en el Estado de Derecho, se remedia óptimamente mediante una prohibición de rebasamiento de la culpabilidad. Según esto, la pena tampoco puede sobrepasar en su duración la medida de la culpabilidad, aunque intereses de tratamiento, de seguridad o de intimidación revelen como deseable una detención más prolongada [...] la mayoría de las veces se admite incluso que una pena que sobrepasa la medida de la culpabilidad atenta contra la dignidad del hombre, de forma que según esto el principio de culpabilidad tendría un rango constitucional en su función limitadora de la pena». *Vid.: ROXIN, C.: Derecho penal, parte general, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, Ed. Thomsom Civitas, Madrid, 2003, pp. 99-100.

(69) En este sentido, *vid.: Ríos, Aproximación a los delitos acumulativos, cit.*, pp. 51-52.

V. DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO Y DELITOS ACUMULATIVOS: COINCIDENCIAS Y DIVERGENCIAS

Como expusimos en el epígrafe anterior, aún haciéndose patente la confrontación de los principios aludidos con la dinámica propia de los delitos acumulativos, también aquéllos tensionan (o pueden llegar a hacerlo) con la estructura de los delitos de peligro. Es esta la mayor de sus semejanzas, junto a su estructura (sobre todo si apoyamos el fundamento de estos injustos penales en la *presunción*, como ya adujimos *supra*).

La coincidencia principal deviene del hecho de que en los delitos de peligro abstracto (tanto desde el prisma de la teoría de la presunción del peligro, como desde el entendimiento de que es la *clase* de acción lo peligroso) la fundamentación del castigo de una conducta *individual* es muy diferente a la que tradicionalmente se emplea para explicar la razón de ser de los delitos de lesión (o de peligro concreto): en estos últimos no es necesario, en ningún caso, apelar a presunciones ni generalidades para explicar la punición del comportamiento individual, ni para fundamentar el contenido material del injusto. Por el contrario, en los delitos de peligro abstracto «la idea del peligro como motivo del legislador para incriminar ciertos comportamientos puede explicar la razón por la que una determinada clase de conductas, al estar estadísticamente relacionada con ciertos acontecimientos dañosos, resulta indeseable, pero no ofrece una explicación plausible sobre el *contenido de injusto* del *concreto comportamiento* del autor» (70). Exactamente igual que ocurre en los denominados «delitos acumulativos».

Obviamente los delitos de peligro abstracto van a suponer una fricción cuando no una completa confrontación con el principio de lesividad, ofensividad o exclusiva protección de bienes jurídicos, pues el alejamiento de la lesión real de tal interés jurídico, o mejor, de su concreto peligro (al menos el tipo, como vimos, no lo exige), hace que podamos encontrarnos en situaciones en las que el bien jurídico no se va a ver puesto en peligro *real o efectivo*, aproximando la figura a las meras desobediencias o infracción de deberes, y consecuentemente alejando a esta figura del principio de lesividad aludido. De ahí que nos adhiriésemos expresamente a aquellas posturas que, en los últimos tiempos, vienen a considerar que la presunción del peligro en los delitos de peligro abstracto debe ser *iuris tantum*. No es menos cierto

(70) MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos y político-criminales...*, cit., p. 80.

que, como expresa Mendoza Buergo, «por hipótesis son imaginables supuestos en los que la *acción formalmente típica*, sin embargo, no sea una acción individualmente peligrosa, aunque pertenezca a una *clase* de acciones que, según una máxima de experiencia, son peligrosas en el sentido de que frecuentemente van seguidas de lesiones a bienes jurídicamente protegidos» (71). Lo anterior, en el caso de los delitos acumulativos, no es meramente una hipótesis: la acción *formalmente típica* en estos injustos no es nunca *per se* una acción individualmente peligrosa (en su caso, solo la reiteración a futuro de la misma puede generar un daño o peligro de lesión para un bien jurídico). Por lo tanto, se trata de un primer problema que no es solo compartido entre los delitos de peligro abstracto y los acumulativos, sino que, incluso, en el caso de estos últimos, es siempre ciertamente constatable la inexistencia de un peligro o lesión derivado de una acción individual (mientras que en aquellos primeros puede o no acontecer un peligro real). En cualquier caso, y siguiendo a la autora citada, esta pretendida fundamentación de la dañosidad general «ha llevado a un *descrédito* de estos delitos, en la medida en que las afirmaciones sobre una *peligrosidad general no permiten ninguna conclusión* –aplicable también con carácter general– *sobre la concreta peligrosidad de una determinada conducta* y, de hecho en muchos casos, la puesta en práctica de comportamientos incluidos en delitos de peligro abstracto resultan, en concreto, no peligrosos» (72) (en el caso de los acumulativos, más que «en muchos casos», en todos). Comparten, pues, los delitos acumulativos y la técnica del peligro abstracto, un primer y esencial problema (ya incluso de legitimidad): el de considerar típicos y antijurídicos ciertos comportamientos que no conllevan (o pueden no conllevar) peligrosidad real alguna para el bien jurídico que se pretende salvaguardar, lo que resulta evidente tanto desde el punto de vista del propio autor del hecho, como desde la óptica de la esfera del profano. La aplicación de la sanción penal, en ambos casos, deriva de la realización de una determinada acción que pertenece a una clase de acciones que general o normalmente (en el caso de los delitos de peligro abstracto), o bien reiteradas por otros sujetos en el futuro (en el caso de los delitos acumulativos), pueden resultar peligrosas o lesivas de un bien jurídico. Pero, como sabemos, «la imputación personal de injustos específicamente penales requiere [...] algo más que fundamentaciones basadas en generalizaciones y en relaciones estadísticas entre dos clases de acontecimientos, no necesariamente aplicables al comportamiento individual; requiere que el

(71) *Ibidem.*, pp. 80-81.

(72) *Ibidem.*, p. 81.

contenido de injusto propio del hecho realizado por el autor sea claro en cada caso concreto y, bajo este aspecto, lo sea también la *culpabilidad* por la comisión de ese injusto y, con ello, el *fundamento* de la *imposición* al autor de una *pena criminal*» (73).

Desde el primer momento en que surge la categoría de delitos de peligro abstracto en Alemania, la polémica giró en torno a la discusión sobre si la punición de este tipo de comportamientos (individualmente *no necesariamente peligrosos*) resultaba compatible, o por el contrario vulneraba, el principio de culpabilidad. Así pues, la doctrina se detuvo a discutir en profundidad si era posible, y en su caso cómo, hacer compatible en castigo de tales acciones con el principio de culpabilidad, legitimante y sostenedor del Derecho penal actual, ya desde el propio contenido material del injusto (74). Con lo anterior, además, se venía a infringir el principio de responsabilidad subjetiva en Derecho penal: «la imputación subjetiva de un hecho cuya peligrosidad no se constata en el caso concreto, sino que se da por supuesta a través de una presunción o de la existencia de una regla general de experiencia, viola el principio de culpabilidad entendido en el sentido de que solo puede hacerse responsable al autor de un injusto realizado de manera culpable» (75).

En definitiva, y siguiendo con palabras de Mendoza Buergo, «la cuestión finalmente implicada en las objeciones dogmáticas dirigidas contra los delitos de peligro abstracto es la referida a su posible conciliación con un Derecho Penal cuya función es la protección de bienes jurídicos y, por tanto, de represión de comportamientos que evidencien su lesividad para aquellos» (76). Y es esta una cuestión compartida, como hemos podido comprobar, entre los delitos de peligro abstracto y los delitos por acumulación.

En cuanto al principio de proporcionalidad, puede que también se produzcan ciertas tensiones en la estructura típica de los delitos de peligro abstracto, aunque lo más acertado en este punto seguramente sea analizar cada figura particular para valorar esa extralimitación (o no), lo que por razones ya aludidas de economía de espacio nos hace exhortar al lector a un contraste de la regulación, en el Código Penal, de los delitos de peligro abstracto con especial observancia de sus penalidades.

(73) *Ibidem.*, pp. 83-84.

(74) *Vid.* ampliamente: MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos y político-criminales...*, *cit.*, p. 86.

(75) *Ibidem.*, p. 87.

(76) MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos y político-criminales...*, *cit.*, p. 88.

Quizá la mayor de las diferencias entre los delitos de peligro abstracto y los acumulativos estriba en el principio de personalidad, derivado del principio de culpabilidad, pues como vimos, en los delitos de peligro abstracto se reprocha al sujeto por su propia actuación o contribución *peligrosa* individual, mientras que en los delitos acumulativos, la contribución individual era insuficiente, por sí misma, para ocasionar un auténtico peligro para el bien jurídico tutelado, y la razón de la incriminación provenía del posible o hipotético efecto sumativo o acumulativo de *otras conductas* de terceros (que en nada influyen en el supuesto del delito de peligro abstracto). Pero, pensamos, hay otras diferencias añadidas que no pueden pasarse por alto a la hora de delimitar los delitos de peligro abstracto de los acumulativos.

Como vimos, algunos autores han considerado a los delitos acumulativos como una *subespecie* o *supuesto especial* de delitos de peligro abstracto, con la particularidad de que en aquéllos primeros la acción individualmente considerada no muestra siquiera la peligrosidad abstracta que se considera motivo de punición en estos últimos. O, como aducía Mendoza Buergo, en los delitos por acumulación «la particularidad estriba en que si habitualmente, según la interpretación mayoritaria, no se considera necesario en los delitos de peligro abstracto la constatación de la efectiva peligrosidad de la acción concreta para afectar al bien jurídico, en el caso de los delitos acumulativos ni siquiera tendría sentido tal comprobación, ya que la acción individual no es por sí sola capaz de llegar a afectar al bien jurídico» (77).

Nuestra interpretación difiere de la de la autora: delito de peligro abstracto y delito acumulativo no son lo mismo, ni éste último es, por tanto, un subtipo de aquellos primeros. A nuestro modo de ver, el delito acumulativo debe ser entendido como un concepto eminentemente *dogmático* y no como un *instrumento de técnica legislativa*. Esta característica, más que constituir un elemento caracterizador del ilícito acumulativo, es un mero dato o apunte previo al contenido de aquél, pero sumamente necesario para entender su dinámica y su ámbito de operatividad dentro del Derecho penal [que puede resultar de utilidad crítica, sin que, por supuesto, venga a legitimar el empleo de estos ilícitos en nuestro Código Penal (78)]. En efecto, el delito acumulativo no es un tipo penal incriminatorio expreso, como tampoco es resultado de aplicar una regla específica de la Parte General del Código Penal a un tipo de la Parte Especial, que amplíe la tipicidad o la penalidad de éste, sino que, por el contrario, remite a la

(77) MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos y político-criminales...*, cit., p. 61.

(78) En este sentido, *vid.*: BUSTOS RUBIO, *Delitos acumulativos*, cit., pp. 45 y ss.

calificación de ciertos comportamientos como típicos y punibles. En definitiva, la figura de la acumulación es un concepto de carácter y creación dogmática, de corte y configuración políticocriminal (*ex ante* a la tipificación del hecho), que puede servirnos para proceder a la interpretación de determinados tipos penales y, consecuentemente, para afirmar la imputación de un determinado comportamiento (79). Se trata, en puridad, de una categoría dogmática al servicio de la comprensión e interpretación (crítica) de la dinámica delictiva en determinados sectores de la vida en sociedad.

Silva Días ha querido ver la similitud del delito acumulativo con el concepto, más familiar aunque todavía difuso, de adecuación social (80) en Derecho Penal. Para este autor, el uso de la técnica de la acumulación «se asemeja al de la adecuación social y se aparta de nociones como la de peligro concreto –que es también y sobre todo una técnica legislativa– o la comisión por omisión –que es una regla de imputación presente en la Parte General del Código Penal–» (81).

No estando, por tanto, ante una técnica legislativa más, a nuestro juicio entonces puede extraerse una conclusión clara: la figura de la acumulación va a poder resultar, *a priori*, perfectamente compatible con el empleo de cualquier técnica legislativa que se precie (y que se encuentre hoy construida y fundamentada en nuestro sistema de Derecho penal); o, a la inversa, cualquier técnica legislativa que se adecue a los caracteres de la acumulación podrá ser utilizada para legislar sobre la base de este paradigma. Con ello estamos queriendo decir que, en principio y, reiteramos, siempre que no aparezcan obstáculos dados los caracteres propios de la figura del injusto por acumulación, será perfectamente posible que

(79) Ríos, *Aproximación a los delitos acumulativos*, *cit.*, p. 50: «el diagnóstico y la crítica acerca de los delitos acumulativos se encuentran aún preservadas en el ámbito político-criminal o de criminalización [...] siendo necesario trasladar o descender la discusión a los planos analíticos de las estructuras de antijuridicidad y sancionabilidad».

(80) Concepto aparecido, como categoría del sistema del hecho punible, por primera vez en WELZEL, H.: «Studien zum System des Strafrechts», en *ZStW*, n. 58, 1939, pp. 491 y ss.

(81) SILVA DÍAS, *¿Y si todos lo hiciéramos?... cit.*, p. 435. Añade el autor «del mismo modo que la (in) adecuación social, la figura de la acumulación se conforma a partir de la concepción existente en la comunidad jurídica acerca de los límites de la tipicidad y, por extensión, de la imputación jurídico-penal. En ambos casos se plantea la misma cuestión de fondo: hasta dónde está permitido llegar en la atribución de responsabilidad penal. En el primer caso, se trata de saber si un comportamiento es poseedor de significado social, en cuanto aparece como lesivo de un determinado bien jurídico; en el segundo caso, la cuestión a decidir es si son admisibles formas de imputación individual basadas en la idea de acción colectiva, o sea, si pueden constituir un tipo de injustos los comportamientos cuya relevancia se asienta en una lógica de masas, en el hecho de ser practicados por un gran número de individuos».

un delito acumulativo sea calificado, a su vez, como delito de peligro abstracto, pero en ningún caso serán idéntica cosa. En tales supuestos nos encontraremos ante un comportamiento tipificado por el legislador como delito de peligro abstracto mediante esa técnica legislativa, pero a su vez dogmáticamente clasificado como delito acumulativo, si es que efectivamente en ese caso concreto nos encontramos ante el paradigma de la acumulación y su dinámica propia, y si el fundamento de tal figura delictiva proviene de la acumulación (82).

Ciertos sectores de la doctrina, aun reconociendo la proximidad entre el injusto acumulativo y los delitos de peligro abstracto (e incluso las críticas que ambas instituciones compartirían desde la óptica del actual modelo de imputación penal personal), consideran que el delito acumulativo no permite siquiera hablar de *peligro abstracto*, tal y como lo conocemos en Derecho penal, sino en su caso de un peligro que denominaban *global, estadístico o presunto* (83). Obviamente, parece claro que cuando hablamos de delito acumulativo hablamos de *algo más* que del tradicional delito de peligro abstracto: si las coincidencias entre una y otra institución fueran absolutas, no tendría sentido indagar en la problemática de aquéllos y en su posible fundamento, bastando con extrapolar mecánicamente la justificación de los delitos de peligro abstracto a estos últimos. Sin embargo, como hemos comprobado, las coincidencias son elevadas, como lo es la problemática que plantean ambas figuras cara al principio de lesividad u ofensividad y, en general, con el sistema de imputación penal. Ese «algo más» implicaría que un tipo acumulativo no exige, al contrario que el delito de peligro abstracto, que la acción individual conlleve una puesta en peligro, sino solamente que ésta pertenezca a una clase de acciones que, cuando se realizan un número muy elevado de ocasiones (por sujetos indeterminados), puede dar lugar a una efectiva puesta en peligro, de manera que incluso tal aportación individual ni siquiera es abstractamente peligrosa (84).

(82) En contra, considerando que los delitos por acumulación pueden constituir auténticas *técnicas de tipificación*, cfr.: RÍOS, *Aproximación a los delitos acumulativos*, cit., p. 45. En sentido similar, puede leerse a FEIJÓO SÁNCHEZ, *Sobre la “administrativización” del derecho penal...*, cit., p. 132: «los denominados delitos cumulativos o por acumulación o, con la terminología que prefiero, la tipificación de daños acumulativos es una técnica de protección de bienes jurídicos colectivos o supra individuales que debe pertenecer en exclusiva al Derecho administrativo, pero que resulta ilegítima en el Derecho penal en la medida en la que al penado se le imputan personalmente consecuencias de su acción que no son suyas [...]».

(83) SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, cit., p. 139.

(84) MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos y político-criminales...*, cit., p. 62.

Pero, como hemos dicho, cuando hablamos de «delitos acumulativos» no estamos hablando de una técnica legislativa más, sumativa, por ejemplo, a la técnica de los delitos de peligro. No es, por tanto, una técnica legal de tipificación, sino una concepción o construcción dogmática (que, por supuesto, tiene utilidad a la hora de comprender el sentido y fundamento de ciertas figuras delictivas). De ahí que hayamos concluido que la figura de la acumulación puede resultar *a priori* perfectamente compatible con el empleo de cualquier técnica legislativa que se precie. Desde la perspectiva anterior estamos en disposición de afirmar que la institución de la acumulación, en Derecho penal, no se sitúa tanto en el nivel del tipo (ya configurado), sino más bien en el nivel de la criminalización (*ex ante*), imbricada con las más variadas decisiones políticocriminales del legislador (85).

Siendo en principio compatible el delito acumulativo con cualquier técnica legislativa hemos de confirmar, no obstante, que un mero vistazo a los que hemos considerado como ilícitos penales acumulativos en nuestro Código Penal permite concluir que los mismos se han configurado en todo caso como *delitos de peligro abstracto* (al menos desde nuestra propia concepción), lo que no resulta de ningún modo extraño si tenemos en cuenta la proximidad y las semejanzas existentes entre uno y otros, como dijimos. Así ocurre, por ejemplo, con el fraude a la Hacienda Pública, la Seguridad Social y los presupuestos de la Unión Europea (86), el delito contra el medioambiente, el delito de tráfico de drogas, el delito de blanqueo de capitales (87), o los delitos de insolvencias punibles (88). Por lo tanto, mediante un silogismo básico (y partiendo siempre de los ejemplos expuestos por nosotros) podemos concluir que *todo delito acumulativo constituye un delito de peligro abstracto*, si bien hay que especificar que no todo delito de

(85) Ríos, *Aproximación a los delitos acumulativos*, cit. p. 57: «el “riesgo de sumación” como criterio de peligrosidad adicional debe ser demostrado estricta y acabadamente en el momento legisferante [...] la idea de acumulación no opera en el nivel de la configuración típica sino solo en el nivel de la criminalización».

(86) A nuestro juicio se trata de delitos de peligro abstracto, y no de lesión, porque para afirmar el tipo basta con la puesta en peligro del correcto funcionamiento del sistema recaudatorio de la Hacienda Pública o la Seguridad Social, en ambos casos.

(87) Al menos en el primer párrafo, que a nuestro juicio constituye un tipo de mera actividad y de peligro abstracto, pues el núcleo de la conducta típica consiste en llevar a cabo actividades que puedan ocasionar o producir la introducción en el mercado de bienes procedentes de la comisión de un delito, sin ser preciso que esto se logre.

(88) Lo cierto es que un solo delito, por sí solo, no es susceptible de lesionar la institución del crédito o su correcto y normal funcionamiento (a nuestro juicio, bien jurídico tutelado en este delito).

peligro abstracto tiene que verse apoyado por fuerza en la dinámica propia de la acumulación.

Ejemplo claro (a nuestro juicio) de esta última idea lo sería el ya aludido delito de conducción bajo la influencia del alcohol o las drogas u otras sustancias estupefacientes. El artículo 379,2 CP. castiga al que «condujere un vehículo de motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas. En todo caso será condenado con dichas penas el que condujere con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro». Estos límites establecidos por el legislador, que suponen la barrera entre la sanción administrativa y la penal, tienen pleno sentido desde perspectivas estadísticas en aras a la ordenación de un sector concreto: el correcto y seguro tráfico viario.

Para Silva Sánchez el delito de conducción bajo los efectos del alcohol o las drogas sería un nuevo ejemplo de delito acumulativo, pues «una mayoría de personas representa un peligro para la circulación si su sangre muestra dicho contenido de alcohol». El autor, avalando esta posibilidad en el plano administrativo («en términos de gestión administrativa del riesgo de la circulación –reducción de las enormes cifras anuales de muertes en carretera– puede tener incluso sentido el límite absoluto de 0 mg de alcohol por litro de sangre, cuya superación conduciría a la infracción administrativa»), entiende sin embargo que este criterio no debería ser, por sí solo, operativo en Derecho penal, pues en este no interesa el aspecto estadístico, sino si el sujeto puso en peligro un determinado bien jurídico o no (89). A juicio del autor, en el citado precepto el legislador realiza una presunción *iuris et de iure* basada en datos estadísticos que le permiten establecer un límite cuantitativo que, superado, conduce a la sanción penal. ¿Hasta qué punto una conducción superando estos límites de alcohol en aire espirado o en sangre es susceptible de poner en serio peligro la seguridad del tráfico? ¿Qué pasaría si todos lo hiciéramos? Lo realmente importante, a juicio de Silva Sánchez, sería aquí el peligroso efecto sumativo de proceder a la conducción de un vehículo a motor o ciclomotor superando ciertas tasas de alcohol (o drogas) (90).

(89) SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, *cit.*, p. 140.

(90) Cabe advertir que, sin embargo, la razón del establecimiento de este concreto tipo penal puede variar. Así por ejemplo, Roxin entiende que «aquí hay que afirmar la punibilidad incluso aunque según la situación de las cosas (...) estuviera totalmente excluida una puesta en peligro. Ello se debe a razones preventivogenerales (didácticas), pues de lo contrario se pondría en peligro el carácter de absoluto tabú que el legislador pretende que tengan determinadas conductas»; *vid.*: ROXIN, C.: *Derecho penal, parte general, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del*

Por nuestra parte, y por el contrario, consideramos que el delito de conducción bajo la influencia del alcohol o las drogas, aun constituyendo un *delito de peligro abstracto*, no se apoya en la dinámica de la *acumulación*: la conducción de vehículos a motor o ciclomotor en tales circunstancias da lugar a un concreto tipo de conducción peligrosa, que de por sí ya genera un atentado (a modo de peligro abstracto) contra el bien jurídico *seguridad del tráfico*, sin que la razón (ni el verdadero peligro) deriven de una futura e hipotética conducción de terceros en semejantes circunstancias (91). Como alerta Hefendehl: «decidan ustedes mismos si estamos ante casos tan semejantes cuando hablamos de conducir bebidos sin provocar ninguna situación crítica, o de verter el aceite usado de nuestro coche en el lecho de un río [...]» (92). Indudablemente, a nuestro juicio, uno y otro ejemplo, aun constituyendo delitos de peligro abstracto, no responden por igual a la idea de «acumulación», como aducimos. Conducir bajo la influencia del alcohol o de las drogas constituye generalmente un aumento del riesgo; como ha señalado Gómez Pavón «la probabilidad de un resultado dañoso es mayor, ya que [...] el sujeto que conduce en tales circunstancias tiene aminoradas o alteradas una serie de aptitudes necesarias para realizarlo con seguridad» (93). Pero la conducta de conducir bajo los efectos del alcohol o las drogas resulta ya *per se* abstractamente peligrosa para la seguridad del tráfico, sin que sea precisa una repetición o acumulación futura para afirmar esa peligrosidad intrínseca a tal comportamiento. Por lo tanto, como vemos, nos encontramos aquí con un delito de peligro abstracto que no puede por sí mismo ser calificado como delito acumulativo.

Delito, Ed. Thomsom Civitas, Madrid, 2003, p. 410. Sobre la peligrosidad de mantener razones preventivas para explicar la criminalización de ciertas conductas, sin respeto por los principios básicos del Derecho penal, ya se ha pronunciado ampliamente la doctrina. En este sentido Gómez Pavón, al hilo del delito en examen, señala lo siguiente: «posiblemente la denominada sociedad de riesgo obligue de una u otra forma a la adopción de determinadas medidas legislativas, pero ello no debería significar el abandono de principios básicos y sobretodo limitadores del *ius puniendi*, y sin que ello lleve al abandono de la prevención de estos hechos que posiblemente pueda conseguirse, al menos en algunos supuestos, por medios alternativos menos gravosos e igual de eficaces»; *vid.*: GÓMEZ PAVÓN, *El delito de conducción...*, *cit.*, p. 11.

(91) Y ello sin olvidar, como defedimos *supra*, la posibilidad real de que en ciertos supuestos la conducta se lleve a cabo por el sujeto activo sin suponer una puesta en peligro real del bien jurídico tutelado ni, en definitiva, un aumento o creación de riesgo prohibido, lo que nos hizo compartir, como expusimos, la visión de aquellos sectores que consideran *iusis tantum* la presunción legislativa del peligro.

(92) HEFENDEHL, *¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros?...*, *cit.*, p. 152.

(93) GÓMEZ PAVÓN, *El delito de conducción...*, *cit.*, p. 103.

El hecho de que un delito de peligro abstracto pueda apoyarse (o no) en la idea de acumulación no es en modo alguno incompatible si recordamos que son cosas distintas: lo uno es una construcción dogmática (o, si se quiere, una categoría dogmática) apoyada en un razonamiento concreto, y lo otro es una auténtica técnica legislativa. No se trata tanto, como parece extraerse del pensamiento de Mendoza Buergo, de que el delito acumulativo sea un tipo o una clase de delito de peligro abstracto. Se trata más bien de que dentro de los tradicionalmente conocidos como delitos de peligro abstracto la *ratio* de la tipificación o criminalización de la conducta peligrosa puede provenir de la razón de la acumulación (explicada por nosotros páginas atrás), lo que ya de por sí hace variar el fundamento y la razón de ser de estos últimos. En el mismo sentido que nosotros, Hefendehl insiste en que en los verdaderos delitos acumulativos no existe meramente un peligro abstracto, sino que hay (de nuevo se alude a ello) «algo más»; en concreto, alude el autor a la idea de la acumulación (94), y al planteamiento de que aquéllos serán siempre delitos en los que la sucesión de acciones de sujetos diversos es la que verdaderamente permite hablar de un *peligro*. Y esto, como señalamos, puede ocurrir en algunos delitos de peligro abstracto, y no en otros. En todo caso, lo que puede concluirse es que todo delito acumulativo será delito de peligro abstracto en lo que a la concreta técnica de tipificación se refiere (más no al revés, como explicamos). Por esta razón, seguramente, son coincidentes muchos de los problemas que presentan ambas categorías: porque la técnica legislativa o de tipificación que más se adapta a la estructura y características del ilícito acumulativo es la del delito de peligro abstracto. Pero entonces habrá de reconocerse que dicho delito de peligro abstracto no muta en su naturaleza, aún viniendo a ser, a su vez, un delito acumulativo, al responder el fundamento de su tipificación a la dinámica de la acumulación.

(94) HEFENDEHL, *¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros?...*, *cit.*, p. 156. Para este autor, la clave determinante para conocer cuándo hay «algo más» en un delito de peligro abstracto pasa por analizar cada tipo penal, caso por caso, siempre que se trate de delitos contra bienes jurídicos colectivos: «se hace necesaria en todos los casos una explicación clara acerca de cómo acción típica y bien jurídico se conectan o relacionan».



Análisis del nuevo delito de autoadoctrinamiento del artículo 575.2 del Código Penal incorporado con la Ley Orgánica 2/2015 (1)

JOSÉ DAVID MORENO HUERTA
Graduado en Derecho y Criminología
Universidad de Valencia

RESUMEN

El fenómeno terrorista ha experimentado una notable evolución como consecuencia de la aparición de las nuevas tecnologías e internet, lo que permite la difusión de su mensaje a lo largo de todo el planeta, y facilita la internacionalización de su causa. Estas ventajas han sido asumidas por la amenaza terrorista más letal de nuestro tiempo, el yihadismo. Ante esta situación, los Estados amenazados han emprendido una tarea de revisión legislativa y tipificación de nuevas conductas para luchar contra los procesos de radicalización islamista. En este sentido, nuestro país ha llevado a cabo la tipificación de conductas delictivas como el autoadoctrinamiento, lo que significa el castigo penal de sujetos que experimentan una radicalización terrorista por sí mismos. Un nuevo delito que traspasa los límites punitivos y principios que definen nuestro Derecho penal, y que choca frontalmente con derechos fundamentales recogidos en nuestra Constitución.

Palabras clave: *terrorismo, yihadismo, internet, radicalización, auto-adoctrinamiento.*

(1) Proyecto elaborado bajo el marco de las «Ayudas para la iniciación a la investigación 2016/2017» otorgadas por la Universidad de Valencia. Bajo la tutorización de la Profesora doña Vicenta Cervelló Donderis, Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Valencia.

ABSTRACT

The phenomenon of terrorism has experienced a remarkable evolution as a consequence of the appearance of new technologies and the internet, which allows the spread of its message through the world, and facilitates its internationalization. These advantages have been assumed by the most lethal terrorist threat of our times: jihadism. Against this background, the threatened states have begun a task of legislative review and characterization of new behaviors in order to fight the process of islamist radicalization. For that matter, our country has performed a characterization of criminal behaviors like self-indoctrination, which means the criminal punishment of the subjects who experience a terrorist radicalization by themselves. A new felony that crosses the punitive limits and the principles that define our Criminal law, and that conflicts quite strongly with the fundamental rights provided by our Constitution.

Key words: *terrorism, jihadism, internet, radicalization, selfindoctrination.*

SUMARIO: I. Introducción.–II. Cuestiones político-criminales. 1. Derecho penal del enemigo y razones que explican la nueva regulación antiterrorista. 1.1 Carácter internacional. 1.2 Uso de las nuevas tecnologías e internet. 2. El fenómeno de radicalización yihadista. 3. Perfil del potencial yihadista. 4. Medios o vías de radicalización. 4.1 Entorno físico. Especial referencia a las prisiones. 4.2 Entorno virtual.–III. El delito de autoadoctrinamiento. 1. Antecedentes de la LO 2/2015 y conducta típica. 2. Bien jurídico protegido. 3. Elementos objetivos del tipo. 4. Elementos subjetivos del tipo. 5. Sujetos. 6. Problemas concursales 7. Derecho comparado. El caso alemán.–IV. Propuestas.–V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El terrorismo yihadista, tal y como hoy lo conocemos, ha evolucionado de forma alarmante en los últimos años, siendo muy diferente a aquellas modalidades terroristas que lo originaron. Esta nueva tipología del terrorismo se aleja mucho de otros escenarios del miedo que en occidente tuvimos ocasión de conocer hace relativamente poco, como, por ejemplo, del terrorismo impartido por ETA o los GRAPO, en nuestro caso.

Este nuevo terrorismo islamista, como se expondrá, se caracteriza y diferencia de otras tipologías anteriores en su clara vocación de expansión global y el uso de las nuevas tecnologías e internet como

medio para difundir su mensaje radical y así poder llegar a todos sus adeptos a lo largo y ancho del planeta. Son precisamente estos nuevos elementos los que justifican y hacen necesaria una revisión de las conductas que se encuentran castigadas penalmente respecto a lo que conocemos como Derecho penal del enemigo.

En virtud de lo anterior, nuestro legislador llevó a cabo en 2015 una de las más polémicas reformas del ordenamiento punitivo en la que, por un lado, se han introducido modificaciones que, sin duda alguna, se reputaban totalmente necesarias para luchar contra la nueva amenaza yihadista de carácter internacional y virtual, al precisarse una adaptación de las herramientas penales que en su momento sirvieron para dar respuesta al terrorismo doméstico, actualmente desfasadas frente a la nueva amenaza islamista; pero, por otra parte, con algunas de las novedades incluidas, se ha llevado a cabo un exacerbación punitiva traducida en un adelantamiento de las barreras de protección en detrimento de varios derechos fundamentales recogidos en nuestra Constitución.

En este último extremo es donde ubicamos la figura del delito de autoadoctrinamiento, objeto de análisis del presente proyecto, cuya creación como figura típica ha levantado no pocas ampollas en el sector doctrinal y, también, duras críticas por parte de la jurisprudencia en las escasas oportunidades en las que, de momento, ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto ante lo que parece ser una figura que atenta directamente contra no pocos principios y derechos constitucionales.

Así pues, en la presente investigación se tratará de abordar las cuestiones político-criminales que rodean esta figura delictiva, el análisis en profundidad de la misma, así como las posibles propuestas que su aplicación puede plantear. Para ello, en un primer acercamiento, se buscará abordar con la mayor exhaustividad posible las razones que en el contexto del Derecho penal del enemigo han desembocado en la creación de esta figura delictiva destacando, como ya se ha comentado, la internacionalización y modernización en los medios de expansión y comunicación de la que se sirven las actuales organizaciones terroristas. Seguidamente se tratará el fenómeno de radicalización yihadista conforme al que se intentará esbozar un concepto de este complejo término, así como diseminar las causas que pueden originar dicho fenómeno, las clases o tipos de radicalización y las fases del proceso. Dentro de este ámbito, resultará también de especial importancia abordar la cuestión de si existe, o no, un perfil tipo de sujetos potencialmente yihadistas u objetivos de radicalización. Para ello resultará fundamental acudir a estudios sociodemográficos, evalua-

ciones psicológicas y casos bibliográficos que nos permitan esbozar una serie de características comunes, pero también resultará preciso estudiar las motivaciones que empujan a un individuo hacia el ideario extremista, donde tendrán especial relevancia los sentimientos y emociones, las experiencias personales y otros motivos básicos. Finalmente, cerraremos este estudio criminológico con el análisis de los medios de radicalización a través de los cuales puede llevarse a cabo el adoctrinamiento yihadista, centrándonos dentro del entorno físico en las prisiones y abordando el entorno virtual en su conjunto.

Una vez concluido el estudio de las cuestiones político-criminales entorno a las cuales se estructura el nuevo delito de autoadoctrinamiento, pasaremos al elemento nuclear del presente proyecto que no es otro que el análisis de esta figura delictiva. Para comenzar dicho análisis traeremos a colación los antecedentes que dan origen a la Ley Orgánica 2/2015, en la que se tipifica este nuevo delito, así como sus primeros choques con la normativa internacional. Seguidamente se abordará la controvertida cuestión de los bienes jurídicos protegidos, en primer lugar, por los delitos de terrorismo y, en segundo lugar, por el tipo de autoadoctrinamiento, donde no se alcanza a ver con claridad cuáles son realmente los valores jurídicamente relevantes que se busca proteger con su inserción en el texto penal; así como lo concerniente a la expansión de los delitos de peligro y el avance de la intervención punitiva. Cerrada esta cuestión, se abordará la conducta típica, diseminado los elementos objetivos y subjetivos exigidos por el tipo en interrelación con las posturas doctrinales y jurisprudenciales al respecto. Este análisis concluirá con la problemática concursal que se ha generado en torno a esta nueva tipificación y con un breve apunte de derecho comparado respecto a la misma.

Tras conocer en profundidad este nuevo delito y todos los interrogantes que plantea, se abrirá un apartado correspondiente a las posibles propuestas que pueden originarse en atención al fenómeno de la radicalización yihadista y, como no, al castigo penal de dicha radicalización mediante la punibilidad del autoadoctrinamiento. En este sentido se explicará la importancia y necesidad de estructurar una contranarrativa eficaz frente al mensaje islamista radical, analizando las características que ésta debe presentar para poder socavar el relato yihadista. Por otro lado, también se abordan los distintos planes de lucha contra la radicalización tanto a nivel europeo como nacional y, en especial, los llevados a cabo en prisión para evitar la radicalización de los internos. Además, también se esbozan posibles medidas a seguir respecto al adoctrinamiento de los menores y, finalmente, se plantea una interpretación restrictiva del tipo objeto de estudio.

En definitiva, el presente trabajo aportará un mayor y mejor conocimiento del problema de la radicalización yihadista y su actual sanción penal, así como de las cuestiones periféricas que afectan a este problema y las medidas y propuestas llevadas a cabo para luchar contra el mismo.

II. CUESTIONES POLÍTICO-CRIMINALES

1. Derecho penal del enemigo y razones que explican la nueva regulación antiterrorista

En palabras de Kant, según Jakobs, separarse de los enemigos es protegerse contra ellos, y, en este sentido, hablar de terrorismo es hablar de Derecho penal del enemigo (2). Esta doctrina distingue entre ciudadanos y enemigos, teniendo que los primeros son aquellas personas que, aun quebrantando la ley, cabe entenderse su asunción y fidelidad al ordenamiento jurídico, imponiéndoseles un castigo tras la transgresión de la norma y lesión del bien jurídico protegido que se entiende como «una especie de indemnización que es ejecutada forzosamente a costa de la persona del delincuente»; los segundos, en cambio, son aquellos sujetos negadores del ordenamiento jurídico y del sistema de gobierno, el cual buscan destruir, frente a los cuales el *ius puniendi* (3) del Estado se adelanta mediante una reducción de garantías, y un adelantamiento de las barreras de protección, así como a través de la imposición de penas que «tienen más bien el cometido de garantizar la seguridad, que el de mantener la vigencia del ordenamiento jurídico» (4).

Así, el hecho de considerar a determinados individuos como enemigos legitima el castigo de los mismos no por los actos cometidos, sino por la peligrosidad que alberga su condición, aun cuando ni siquiera han dado inicio a la ejecución delictiva. Peligrosidad que justificará por sí misma el endurecimiento punitivo de las sanciones que se apliquen a los considerados enemigos, una vez hayan infringido la norma, en comparación con las sanciones impuestas a los ciudadanos infractores, donde no se dará tal endurecimiento. Vemos pues la apli-

(2) JAKOBS, G.; CANCIO MELIÁ, M.: *Derecho Penal del enemigo*, ed. Thomson-Civitas, 2006, pp. 47-48.

(3) La expresión latina *ius puniendi* hace referencia a la facultad sancionadora del Estado. Se traduce literalmente como derecho a penar o derecho a sancionar. Esta acepción se utiliza en referencia al Estado frente a los ciudadanos.

(4) JAKOBS, G.; CANCIO MELIÁ, M.: *Derecho Penal del enemigo*, ed. Thomson-Civitas, 2006, *op. cit.*, pp. 71-72.

cación de una doble vara de medir en lo que podría denominarse un Derecho penal a distintas velocidades donde, como manifiesta Silva Sánchez (5), en la aplicación de este Derecho penal del enemigo se da «una amplia relativización de garantías político-criminales, reglas de imputación y criterios procesales».

El nuevo terrorismo de corte yihadista se configura como una modalidad, podríamos decir, mejorada o perfeccionada de los tradicionales episodios terroristas que otrora tuvimos oportunidad de conocer. Centrándonos en nuestro país, con anterioridad a la irrupción del terrorismo yihadista fuimos testigos, por desgracia, del terrorismo infringido por organizaciones como el grupo terrorista ETA o los GRAPO (6). No obstante, estas circunstancias nos hicieron adquirir amplio bagaje y experiencia en materia antiterrorista, situándonos a la cabeza de nuestros vecinos europeos en lo que a legislación contra el terrorismo se refiere.

Una legislación que, desde la aprobación y entrada en vigor de nuestra Constitución en 1978, ha sufrido continuas modificaciones, tanto ideológicas como estructurales o formales. Cambios que, en su mayoría, han venido motivados por los ataques terroristas que han generado gran alarma social y sentimiento de insatisfacción legislativa, lo cual se traduce en un endurecimiento y adelantamiento de las barreras de protección respecto de las normas penales en la materia. Así, esta trayectoria político criminal cambiante puede datarse, desde el origen del actual sistema democrático, en los Reales Decretos-ley 3/1979 y 19/1979, o las Leyes Orgánicas 8/1984 y 3/1988 (7), hasta la aprobación con la Ley Orgánica 10/1995 del conocido como «Código Penal de la Democracia» y todas sus reformas posteriores que lo hacen distar de su redacción original (8), y que en materia antiterrorista son

(5) SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, ed. Civitas, 2001, pp. 163-166.

(6) Las siglas ETA hacen referencia a la expresión en euskera «Euskadi Ta Askatasuna», que se traduce como «País Vasco y Libertad». La organización terrorista vasca de carácter nacionalista, en la actualidad inactiva, tuvo como objetivos prioritarios la independencia del País Vasco, para lo cual se sirvió de los más cruentos ataques terroristas desde 1958 hasta el cese de su actividad en 2011. Las siglas GRAPO hacen referencia a los Grupos de Resistencia Antifascista Primero de Octubre, organización terrorista española nacida en 1975 cuyo objetivo radicaba en la instauración de un Estado socialista.

(7) TERRADILLOS BASOCO, J. M., en el prólogo de *Represión Penal del Terrorismo. Una visión jurisprudencial* (dir. J. C. Campo Moreno), ed. General del Derecho, Valencia, 1997.

(8) GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., en el Prefacio de *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015* (coord. J. L. González Cussac), ed. Tirant Lo Blanch. Reformas, Valencia, 2015.

las Leyes Orgánicas 7/2003, 5/2010 y la última, motivadora de estos párrafos, 2/2015.

De este modo, el nuevo terrorismo yihadista adquiere unas notas fundamentales que lo diferencian de las anteriores modalidades terroristas de carácter doméstico, circunscritas al ámbito territorial de la nación en la que se gestaron (9). Las diferencias esenciales que caracterizan este nuevo terrorismo, y que precisan una revisión de las herramientas previstas para la lucha antiterrorista, son, por un lado, el hecho de que se trata de un terrorismo internacional o supranacional, no constriñendo su actuación en un determinado territorio sino con vocación de expansión a nivel mundial; y, por otro lado, de igual forma que la sociedad evoluciona y se adapta al uso de las nuevas tecnologías, también lo hacen los terroristas de nuestro tiempo, quienes hacen suyos los nuevos medios de comunicación globales a través de la red y el uso de las nuevas tecnologías para la difusión mundial de su discurso del odio (10).

La STC 199/1987, de 16 de diciembre, destacó como nota fundamental del terrorismo, por aquel entonces, el elemento organizacional consistente en que las actividades propias del terrorismo se configuran como propias de organizaciones o bandas armadas (11). No obstante, si bien esta puntualización resultaba efectiva para luchar contra el terrorismo tradicional, tenemos que, en la actualidad, el nuevo terrorismo de corte yihadista tiende a la descentralización y al llamamiento a cometer atentados terroristas individuales en todas partes del mundo y con los medios que sean disponibles. Por tanto, la nota organizacional en esta nueva época pierde su valor primordial que la configuraba como uno de los elementos imprescindibles para poder considerar una acción como terrorista (12).

(9) Ejemplos de grupos terroristas de carácter doméstico, es decir, que solo operaban en el territorio nacional, lo son ETA y los GRAPO en España, el IRA (Ejército Republicano Inglés) en Irlanda o las Brigadas Rojas (Brigate Rose) en Italia.

(10) CAMPO MORENO, J. C.: *Comentarios a la Reforma del Código Penal en materia de terrorismo: la LO 2/2015*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 18.

(11) Conforme a la STC 199/1987, de 16 de diciembre, «el terrorismo característico de nuestro tiempo, como violencia social o política organizada, lejos de limitar su proyección a unas eventuales actuaciones individuales susceptibles de ser configuradas como «terroristas», se manifiesta ante todo como una actividad propia de organizaciones o de grupos, de «bandas», en las que usualmente concurrirá el carácter de «armadas». Característico de la actividad terrorista resulta el propósito, en todo caso el efecto, de difundir una situación de alarma o de inseguridad social como consecuencia del carácter sistemático, reiterado, y muy frecuentemente indiscriminado de esta actividad delictiva».

(12) GARCÍA ALBERO, R., en *Comentarios al Código Penal Español. Tomo II* (dir. G. Quintero Olivares), ed. Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 1888-1889.

Así pues, parece ser que estas razones político-criminales justifican una labor de revisión de la regulación antiterrorista para adaptarla a las nuevas amenazas que se plantean con el terrorismo yihadista. Revisión que se ha llevado a cabo, sin duda con la nueva reforma penal de 2015 con la introducción, entre otros, del delito de autoadoc-trinamiento que analizaremos más adelante.

1.1 CARÁCTER INTERNACIONAL

Como ya se ha adelantado, la nueva amenaza yihadista se caracteriza principalmente por su vocación de alcance internacional. Su mayor potencial radica en la descentralización a lo largo y ancho del planeta.

Tras el surgimiento de Al-Qaeda en 1988, su líder Osama Bin Laden promovió la idea de un movimiento terrorista que sobrepasara las fronteras islámicas, centrándose en la expansión de la yihad en toda la nación musulmana, el adiestramiento y práctica militar del personal necesario en el mundo musulmán, el respaldo y apoyo a los movimientos yihadistas en todo el mundo y de todas las formas posibles, y la coordinación con esos movimientos para crear un movimiento yihadista global. Esta expansión de la yihad busca golpear a los considerados infieles en su propio territorio, tal y como manifiesta la declaración del «*Frente Islámico Mundial Contra Judíos y Cruzados*» (13), cuyo principal objetivo será EEUU, alcanzando su mayor éxito tras el ataque del 11 de septiembre de 2001 contra las Torres Gemelas y el Pentágono. Este golpe supuso un estímulo para los yihadistas, demostrando la capacidad de poder atentar contra cualquier enemigo, en cualquier lugar y con independencia de su poder, mientras que provocó un cambio radical en las estrategias de seguridad occidentales, lo cual no evitó la comisión de nuevos ataques tal y como desgraciadamente hemos podido atestiguar (14).

Este proceso de expansión global del terrorismo yihadista ha seguido evolucionando hasta el punto de desarrollar la figura de los mediáticamente denominados lobos solitarios (15). Conforme a este

(13) La declaración del «Frente Islámico contra Judíos y Cruzados» fue emitida el 23 de febrero de 1988 en Al-Quds Al-Arabi, un periódico árabe editado en Londres, y fue firmada por Osama Bin Laden y Ayman al-Zawahiri, entre otros líderes terroristas. Consiste en una auténtica declaración de guerra contra los americanos que ocupan la tierra de los lugares sagrados, así como contra sus aliados.

(14) BALLESTEROS MARTÍN, M. A.: *Yihadismo*, ed. La Huerta Grande, Madrid, 2016, pp. 46-50.

(15) El origen del concepto de «lobo solitario» surge a principios del siglo xx con el supremacismo blanco de la extrema derecha norteamericana y, posteriormente,

concepto, todo buen musulmán debe llevar a cabo la yihad allí donde se encuentre y con los medios que tenga al alcance (16).

1.2 USO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS E INTERNET

La internacionalización y expansión del movimiento yihadista en ningún caso hubiera sido posible de no ser gracias a las posibilidades que ofrece el mundo de las nuevas tecnologías de la comunicación e información. Esto no ha escapado al intelecto de los terroristas quienes, como afirman Zaragoza y Delgado han hecho suyo el uso de estos nuevos medios como arma principal para la difusión y propaganda de su ideario radical, lo cual favorece exponencialmente la aparición de individuos, más o menos autónomos, o grupos decididos a llevar por su cuenta y ventura ataques terroristas en nombre de la yihad (17). Y es que las organizaciones terroristas precisan inexorablemente mantener abierta la comunicación para ocupar cerebros mediante el terror, lo cual les permita disponer de recursos tanto humanos como financieros (18).

Los ideólogos de este terrorismo consideran que la difusión del ideario yihadista a través de internet forma parte de lo que se denomina la yihad mediante la palabra, cuya realización supone una recompensa espiritual similar a aquella que reciben quienes combaten en el terreno real (19). En este sentido, los propios líderes yihadistas han manifestado en diversas ocasiones que la batalla también se desarrolla en los medios de comunicación, donde existe también el deber de combatir (20).

rebrotó en la década de los años 60 respecto a la lucha por los derechos civiles de las minorías, entre ellas la negra. Esta ideología enseñaba a sus seguidores que se debía perseguir y acabar con toda persona que no fuese de raza blanca, utilizando para ello los medios individuales que fuesen necesarios.

(16) BALLESTEROS MARTÍN, M. A.: *Yihadismo*, ed. La Huerta Grande, Madrid, 2016, *op. cit.*, pp. 46-50.

(17) ZARAGOZA, J.; DELGADO, D.: «El nuevo rostro del terrorismo» (9 de marzo de 2015), Artículos de opinión, *El Mundo*. Accesible en www.elmundo.es

(18) BORDAS MARTÍNEZ, J.: *El terrorismo yihadista en la sociedad calidoscópica (Aproximación criminológica al nuevo terrorismo del siglo XXI)*, ed. Edisofer, Madrid, 2006, p. 207.

(19) LEJARZA ILLARO, E.: «Terrorismo islamista en las redes – La yihad electrónica», *Documentos de Opinión del Instituto Español de Estudios Estratégicos* (www.ieee.es), Ministerio de Defensa, 2016, p. 5.

(20) TORRES SORIANO, M. R.: «Evaluación del impacto de la propaganda de Al Qaeda sobre la opinión pública musulmana», *Inteligencia y Seguridad: Revista de Análisis y Prospectiva*, n.º 7, 2009-2010, pp. 165-196.

Todo esto ha llevado a una agitada tendencia de modificación legislativa en aras a abordar estas nuevas modalidades de terrorismo a las que nos enfrentamos sirviendo como motivos para alterar un Código penal amplio y exhaustivo, incorporando nuevas tipologías delictivas y, con ello, adelantando las barreras penales. Cambios algunos que, por un lado, se han precisado necesarios para poder adaptar las herramientas penales que en su momento sirvieron para dar respuesta a un terrorismo clásico, pero que actualmente han quedado desfasadas. Mientras que, por otro lado, algunas de estas modificaciones han sido hartamente criticadas por suponer un adelantamiento de las barreras de protección, en detrimento de determinados derechos fundamentales y del carácter fragmentario y subsidiario que debe presidir nuestro Derecho penal (21).

El delito de autoadoctrinamiento, que se examinará en detalle más adelante, forma parte de esa disyuntiva de exceso penalizador que se ha llevado a cabo con la reforma penal de 2015. No obstante, antes de abordar este tipo delictivo, debemos atender a otras cuestiones político-criminales conforme a las que cabría fundamentarse la existencia del mismo. Estas son las relativas al fenómeno de radicalización yihadista, o lo que es lo mismo, el procedimiento por el cual se lleva a cabo el mentado autoadoctrinamiento, el perfil de los potenciales yihadistas o sujetos proclives a experimentar dicho autoadoctrinamiento y, finalmente, los medios por los cuales puede llevarse a cabo esta radicalización, tanto físicos como virtuales.

2. El fenómeno de radicalización yihadista

Uno de los mayores problemas que, sin duda, se plantean en la sociedad globalizada del siglo XXI es el de la radicalización violenta en el ideario del terrorismo yihadista. El punto detonante lo marcaron los atentados del 11 de septiembre de 2001 en EEUU, momento, a partir del cual, comenzó a abordarse el fenómeno de radicalización yihadista y todo lo relacionado con el mismo, a fin de evitar la comisión de actos tan atroces como el acontecido (22). No obstante, la experiencia ha demostrado que queda un largo recorrido todavía, pues

(21) CAMPO MORENO, J. C.: *Comentarios a la Reforma del Código Penal en materia de terrorismo: la LO 2/2015*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, *op. cit.*, pp. 20-21.

(22) MELLÓN, J. A.; PARRA, I.: «Concepto de radicalización» en *Islamismo yihadista: radicalización y contraradicalización* (dir. Joan Antón Mellón), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 17-18.

los ataques terroristas, en vez de estancarse, siguen un ritmo preocupantemente exponencial en el momento en que vivimos.

Un concepto tan amplio como el de radicalización debe circunscribirse a un determinado contexto para poder alcanzar un consenso firme y ajustado a la realidad del momento y situación en la que se aplica, además de ser entendido como un proceso, un fenómeno vivo y mutable (23).

En el ámbito yihadista, el concepto de radicalización debe atender a múltiples variables complejas e interrelacionadas entre sí. Si abordamos las causas de este fenómeno, desde estudios tradicionales podemos establecer tres: individuales, relacionales y ambientales (24). Esta clasificación atiende, paralelamente, a tres niveles. En primer lugar, tendríamos el nivel micro que hace referencia las causas individuales, donde destacan elementos racionales, emocionales, normativos e identitarios (25), pudiéndose diferenciar entre causas teológicas y psicológicas. Las primeras consisten en el conjunto de creencias religiosas compartidas por los creyentes extremistas, rechazadas por aquellos que son considerados moderados; las segundas, hacen referencia a las pautas del comportamiento y la psique, que hacen más o menos propensos a ser objetivo de radicalización a unos individuos frente a otros. En segundo lugar, el nivel meso se identifica con las causas relacionales, que son aquellas que se centran en las relaciones familiares y de amistad como elemento nuclear en la radicalización del individuo. Y, en tercer y último lugar, el nivel macro hace referencia a las causas ambientales, que son aquellas referidas a la situación económica, social y política de la comunidad. Solamente puede llegarse a entender la radicalización yihadista si tenemos muy presente todas y cada una de estas causas como factores interrelacionados entre sí y no excluyentes (26).

Así pues, en atención a lo expuesto, podemos hacer nuestro el concepto de radicalización yihadista de Mellón y Parra, entendida ésta como *«aquel proceso por el cual un individuo o grupo tiende a asumir puntos de vista políticos intransigentes y doctrinarios. En la medida en que dichos puntos de vista pueden vincularse con ideologías extremis-*

(23) *Ibid.*, pp. 22-23.

(24) DE LA CORTE IBÁÑEZ, L.: «¿Qué sabemos y qué ignoramos sobre la radicalización yihadista?», en *Islamismo yihadista: radicalización y contraradicalización* (dir. Joan Antón Mellón), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, *op. cit.*, p. 41.

(25) JORDÁN, J. «Procesos de radicalización yihadista en España. Análisis sociopolítico en tres niveles», *Revista de Psicología Social*, Fundación Infancia y Aprendizaje, 2009, p. 201.

(26) MELLÓN, J. A.; PARRA, I.: «Concepto de radicalización» en *Islamismo yihadista: radicalización y contraradicalización* (dir. Joan Antón Mellón), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, *op. cit.*, pp. 25-29.

tas o creencias fundamentalistas y determinadas prácticas y dinámicas de grupo, los individuos pueden fanatizarse y llegar a liderar, apoyar o ejecutar acciones antidemocráticas y terroristas» (27). En esta misma línea se pronunció la Comisión Europea en 2005 al definir la radicalización como el «*fenómeno en virtud del cual las personas se adhieren a opiniones, puntos de vista e ideas que pueden conducirles a cometer actos terroristas»* (28).

Como se adelantaba, este fenómeno no puede ser entendido sino como un proceso, es decir, una sucesión gradual de diferentes fases o estadios cada vez más cercanos a ideas radicales y próximos al activismo. Una incubación más o menos rápida e inadvertida o no, según los casos, de los postulados y doctrinas terroristas. No obstante, no existe un consenso generalizado en lo relativo al número de fases ni definición de las mismas, pero, expone De La Corte Ibáñez, que sí es común, en todos los estudios relativos a este proceso, una primera fase de apertura mental, de predisposición, en la que se da una sensibilización con la visión del mundo yihadista, a partir de la cual se producirá un paulatino avance e interiorización de sus postulados, que se harán propios y servirán para interpretar y juzgar la realidad que les rodea. Extremo más controvertido es el del punto y final de este proceso, donde los expertos no alcanzan un consenso firme, habiendo quienes lo consideran concluido con la adopción de una mentalidad y actitud favorables a la violencia, mientras que otros precisan un paso a la acción, al activismo terrorista, siendo esto último algo más controvertido ya que supone entender la radicalización consumada en un estadio muy lejano como es el de la actuación, cuando realmente puede y debe darse por completada antes de ese momento (29).

Este punto no resulta, en absoluto, pacífico, llevándonos a la distinción entre una radicalización cognitiva y otra conductual, o lo que es lo mismo, a diferenciar entre un extremismo a secas y un extremismo violento. Conforme al primero, el individuo adopta ideas que están muy en desacuerdo con las de la corriente de pensamiento principal, refutando la legitimidad del orden social existente y buscando

(27) MELLÓN, J. A.; PARRA, I.: «Concepto de radicalización» en *Islamismo yihadista: radicalización y contraradicalización* (dir. Joan Antón Mellón), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, *op. cit.*, p. 29.

(28) «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la captación de terroristas: afrontar los factores que contribuyen a la radicalización violenta», Bruselas, 21 de septiembre de 2005, COM (2005) 313 final, Comisión de las Comunidades Europea, p. 2.

(29) DE LA CORTE IBÁÑEZ, L.: «¿Qué sabemos y qué ignoramos sobre la radicalización yihadista?», en *Islamismo yihadista: radicalización y contraradicalización* (dir. Joan Antón Mellón), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, *op. cit.*, pp. 45-47.

reemplazarlo por una nueva estructura basada en un sistema de creencias; mientras que el extremismo violento supone un paso adicional de emplear la violencia para promover las opiniones derivadas del radicalismo cognitivo (30).

Antes de entrar en el análisis del proceso radicalizador, debe añadirse que, tal y como apunta Cohen Villaverde, existen dos formas diferenciadas en la adquisición u obtención de dicha ideología extremista, directa e indirecta. La radicalización directa requiere el contacto con un foco o elemento ya radicalizado, esto es, cuando el individuo entra en contacto con organizaciones o grupos terroristas, individuos extremistas, partidos radicales, etc., se correspondería en nuestro ámbito penal con la figura del adiestramiento o adoctrinamiento pasivo. La radicalización indirecta, en cambio, hace referencia a aquella llevada de forma solitaria por el individuo gracias a la posibilidad de acceso a diversos materiales a través de los medios de comunicación e internet, como puede ser la lectura y visionado de material propagandístico, vídeos, búsquedas online, etc., lo cual no hace sino referencia a las figuras de autoadiestramiento o autoadoctrinamiento (31).

Varios estudios demuestran que esta radicalización indirecta o autónoma es relativamente reciente, al igual que lo denotan las pocas y recientes, pero cada vez más, resoluciones judiciales en la materia; lo cual viene avalado por la exponencial y rápida evolución que han sufrido las nuevas tecnologías de la información y comunicación en los últimos años, especialmente internet. Hasta 2012, el total de individuos condenados o muertos en acciones terroristas en nuestro país habían sido radicalizados directamente a través de un agente de radicalización y en compañía de otros individuos. Entre estos agentes destacan, por orden de relevancia, los activistas carismáticos (normalmente ya vinculados con organizaciones o células terroristas), líderes religiosos que profesan el salafismo radical en las mezquitas y, en menor medida, educadores, amigos y compañeros de trabajo, previamente radicalizados (32).

Dentro de estos procesos de radicalización directa, podemos distinguir tres submodalidades: la primera hace referencia a aquella radicalización de arriba hacia abajo o *top-down*, en la que destaca el

(30) BRANDON, J.; VIDINO, L.: «Countering Radicalization in Europe», *International Centre for the Study of Radicalisation and Political Violence (ICSR)*, King's College London, London, 2012, p. 9.

(31) COHEN VILLAVARDE, J.: «Terrorismo yihadista individual», en *Islamismo yihadista: radicalización y contraradicalización* (dir. Joan Antón Mellón), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, *op. cit.*, p. 135.

(32) GARCÍA-CALVO, C.; REINARES, F.: «Procesos de radicalización violenta y terrorismo yihadista en España: ¿cuándo? ¿dónde? ¿cómo?», *Documentos de Trabajo Real Instituto Elcano*, Madrid, 2013, p. 15.

propio agente radicalizador, que se encarga de la búsqueda y reclutamiento, en ámbitos de congregación, de individuos vulnerables potencialmente radicales, a los que posteriormente atrae a círculos más restringidos junto con otros sujetos que comparten el ideario extremista. La segunda, de abajo hacia arriba o *bottom-up*, es aquella en la que la iniciativa parte de los propios individuos quienes buscan ambientes y personalidades con las que implicarse y desarrollar al máximo su ideología radical. Y la tercera, horizontal, respondería a un término medio entre las dos anteriores donde el foco de atención lo pondríamos en las redes interpersonales del individuo que lo conectan con su entorno social (33). En nuestro país, la modalidad de arriba hacia abajo fue, en un primer momento, la más prolifera en los procesos radicalizadores, sin embargo, en los últimos años, esta técnica está cediendo paso a las de abajo hacia arriba y horizontal, circunstancia que puede venir explicada por la posibilidad hoy en día de acceder y obtener material de todo tipo con el mínimo esfuerzo a través de la red, lo cual ha transmutado las formas de actuar de los tradicionales reclutadores, del entorno físico al virtual, en el cual cobra una gran relevancia la figura del potencial sujeto radical (34).

Dentro del proceso de radicalización, como tal, debemos distinguir varios niveles progresivos a través de los cuales el individuo va asumiendo los distintos postulados extremistas, desde una posición inicial de simpatía hasta alcanzar el grado máximo de justificación de los ataques terroristas o, incluso, ser agente causante de los mismos. Es destacable el hecho de que cada proceso de radicalización es distinto dado que se trata de un fenómeno que se desarrolla en el seno de un ser social, el cual está influenciado por una serie de variables únicas y diferentes, según el caso. Además, se trata de un fenómeno totalmente reversible siendo posible que, una vez iniciado, quede suspendido para más tarde volverse a activar o, directamente, se desista del mismo desechando toda intención de continuar con tal proceso y asunción ideológica (35).

En virtud del protagonismo que durante los últimos años ha adquirido la radicalización indirecta, donde la iniciativa del propio sujeto resulta esencial y se ha visto muy favorecida por la accesibilidad que

(33) BOKHARI, L.; HEGGHAMMER, T.; LIA, B.; NESSER, P.; TONNESSEN, T.: «Paths to Global Jihad: Radicalisation and Recruitment to Terror Networks», *Proceedings from a FFI Seminar*, Oslo, 2006, p. 26.

(34) GARCÍA-CALVO, C.; REINARES, F.: «Procesos de radicalización violenta y terrorismo yihadista en España: ¿cuándo? ¿dónde? ¿cómo?», *Documentos de Trabajo Real Instituto Elcano*, Madrid, 2013, *op. cit.*, p. 18.

(35) ALONSO, R.: «Procesos de radicalización de los terroristas yihadistas en España», Área: Terrorismo Internacional, Real Instituto Elcano, Madrid, 2007, p. 2.

ofrece la red, trataremos ahora, en especial, el proceso de radicalización on-line. Para ello, nos remitiremos a las periciales desarrolladas por la Oficina Central de Inteligencia de la Ertzainza, las cuales sirvieron de prueba para fundamentar los fallos de algunas de las sentencias de la Audiencia Nacional respecto al delito de autoadoctrinamiento (36). Conforme a estos estudios, el proceso de radicalización yihadista a través de la red se desarrolla en cuatro estadios de distinto grado de asunción doctrinal: victimismo, culpabilización, solución y activismo (37).

En la primera etapa (victimismo), se presenta a la comunidad musulmana como el sujeto pasivo de los graves y múltiples agravios que contra ella ejercen los déspotas y corruptos gobernadores de las regiones musulmanas, apoyados por los países occidentales, una especie de «conspiración cruzado-sionista» liderada por EEUU como la «cabeza de la serpiente» que hay que destruir para poder acabar con el resto de países que la sustentan (38). En esta etapa el sujeto hace suyos todos los supuestos males que se vierten contra su comunidad, generando un sentimiento de solidaridad y compromiso que tiende a la des-individualización. Es a partir de aquí donde se incrementa la actividad en la red del sujeto comenzándose una simpatía con las actividades terroristas gracias a la metanarrativa del complot contra el mundo árabe desarrollada por las organizaciones y grupos yihadistas, a partir de la cual han desarrollado el grueso de su propaganda terrorista (39).

En la segunda etapa (culpabilización), el objetivo primordial es señalar a los chivos expiatorios responsables del complot contra los musulmanes. Conforme a esto, en primera instancia tachan de culpables a los países occidentales, pero la acusación no frena ahí, extendiéndose a los musulmanes chiitas (minoría musulmana en contraposición a los sunitas, rama a la que pertenece el grupo terrorista DAESH (40)), así como a los propios musulmanes sunitas que se

(36) Para conocer las valoraciones y aplicación de las periciales de inteligencia al caso concreto por la Audiencia Nacional, léase el Fundamento Jurídico Tercero de las SSAN 39/2016, de 30 de noviembre y 38/2016, de 7 de diciembre.

(37) ECHANIZ CARASUSAN, R.: «Ertzaintza, periciales y autoadoctrinamiento», *Biblioteca Gesi*, Granada, 2017.

(38) TORRES SORIANO, M. R.: «Bases doctrinales e ideológicas del terrorismo yihadista», en *Islamismo yihadista: radicalización y contraradicalización* (dir. Joan Antón Mellón), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, *op. cit.*, pp. 111-112.

(39) TORRENS, X.: Teoría de la conspiración como metanarrativa del islamismo yihadista», en *Islamismo yihadista: radicalización y contraradicalización* (dir. Joan Antón Mellón), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, *op. cit.*, pp. 72-73.

(40) BALLESTEROS MARTÍN, M. A.: *Yihadismo*, ed. La Huerta Grande, Madrid, 2016, *op. cit.*, p. 24.

alejan del islam, considerándolos *takfíres* (41) (apóstatas contra los que la violencia está legitimada). Este segundo estadio lo que busca es que se produzca en el individuo en fase de radicalización un sentimiento de deshumanización respecto a quien será la futura víctima del ataque terrorista, que no será otra que la considerada como culpable de los supuestos agravios, lo cual quedará justificado bajo principios de orden moral y justicia superior (42).

En la tercera etapa (solución), es donde, una vez ha germinado la propaganda yihadista propia de las etapas anteriores, el propio sujeto busca dar respuesta a su propia identidad desde la óptica yihadista. Se produce aquí una asimilación ideológica de los postulados radicales que se asumen ya como propios, dando paso a la última fase (43).

Finalmente, la última etapa (activismo), aquella en la que el sujeto, una vez ha interiorizado completamente los ideales terroristas, pasa a justificar la violencia como única respuesta y se identifica con dichos métodos, los cuales son plenamente válidos y, es más, necesarios para acabar con los responsables de la situación de agravio sufrida (44). En este estado el sujeto ya se encuentra plenamente radicalizado cognitivamente, quedando como último escalón el paso a la acción terrorista.

Con todo, diversos estudios coinciden en afirmar que, entre el inicio del proceso de radicalización yihadista hasta la efectiva implicación del sujeto radicalizado en actividades terroristas, transcurren una media de entre 4 y 5 años, no obstante, este periodo es extraordinariamente variable y tiende a ser cada vez menor, lo cual resulta, como poco, alarmante (45).

3. Perfil del potencial yihadista

En este apartado nos centraremos en intentar abordar una cuestión nada baladí como es la relativa al esbozo del perfil del sujeto yihadista.

(41) CASTIEN MAESTRO, J. A.: «Las corrientes salafíes. Puritanismo religioso, proselitismo y militancia». En Cuadernos de estrategia, n.º 163 (Ejemplar dedicado a: Islamismos en (r)evolución: movilización social y cambio político), Ministerio de Defensa, 2013, *op. cit.*, p. 132.

(42) ECHANIZ CARASUSAN, R.: «Ertzaintza, periciales y autoadoctrinamiento», *Biblioteca Gesi*, Granada, *op. cit.*, 2017.

(43) *Ibid.*

(44) *Ibid.*

(45) GARCÍA-CALVO, C.; REINARES, F.: «Procesos de radicalización violenta y terrorismo yihadista en España: ¿cuándo? ¿dónde? ¿cómo?», *Documentos de Trabajo Real Instituto Elcano*, Madrid, 2013, *op. cit.*, p. 20.

dista. En el estudio de conductas criminales, la determinación de los perfiles ha constituido, desde siempre, un elemento fundamental, no siendo el terrorismo una excepción. Para ello, suelen llevarse a cabo análisis sociodemográficos, evaluaciones psicológicas y estudios de casos o biográficos. No obstante, debe apuntarse que la elaboración de un perfil concreto en esta materia no es sencilla, llegando a la afirmación de que no existe un único perfil de sujetos que puedan albergar una potencial conducta terrorista (46).

En atención a los datos disponibles, podemos determinar que la mayoría de sujetos propensos al radicalismo y actividad yihadista en nuestro país son hombres, cuyos coqueteos con el ideario radical yihadista comenzaron a edades muy tempranas, entre los 16 y 25 años, y cuya radicalización se pudo dar por completada entre los 25 y 35 años, siendo en la mayoría de los casos menores de 30 años. Estos datos denotan que los procesos radicalizadores tienen lugar, principalmente en la adolescencia, etapa más vulnerable respecto a la posibilidad de influencia por parte de terceros y a la consolidación de determinadas interpretaciones sobre la realidad social, lo cual no ha pasado inadvertido por parte de los propios terroristas, quienes dirigen su propaganda principalmente a los jóvenes (47). Pese a la relevancia masculina, debe destacarse el hecho de que en los últimos años la figura de las mujeres está adquiriendo más protagonismo en el entorno yihadista, aunque, en tintes generales, siguen relegadas a una figura secundaria y marginal (48).

Respecto a los orígenes, la mayoría e individuos radicalizados son sujetos nacidos en suelo occidental, pero con ascendencia islámica, aunque también se pueden dar casos atípicos, cada vez más comunes, como son los de los conversos o inmigrantes de primera generación.

Destaca que la mayoría de sujetos radicalizados en suelo occidental no han recibido una formación religiosa y doctrinal sólida, siendo habitual que estos sujetos, hasta su radicalización, no respetasen las normas centrales del islam e infringiesen sus costumbres. No obstante, no deben desecharse aquellos casos de personas profundamente religiosas que se han embarcado en un proceso de radicalización yihadista.

(46) DE LA CORTE IBÁÑEZ, L.: «¿Qué sabemos y qué ignoramos sobre la radicalización yihadista?», en *Islamismo yihadista: radicalización y contraradicalización* (dir. Joan Antón Mellón), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, *op. cit.*, p. 43.

(47) GARCÍA-CALVO, C.; REINARES, F.: «Procesos de radicalización violenta y terrorismo yihadista en España: ¿cuándo? ¿dónde? ¿cómo?», *Documentos de Trabajo Real Instituto Elcano*, Madrid, 2013, *op. cit.*, pp. 3-4.

(48) GARCÍA CALVO, C; REINARES, F.: «Estado Islámico en España», *Real Instituto Elcano*, Madrid, 2016, pp. 21-23.

dista. Casos estos últimos que, siendo menores, también deben ser tenidos en consideración.

En el plano educativo y socioeconómico, tampoco existe un perfil cerrado. El abanico es amplísimo, desde casos de individuos radicalizados con formación universitaria y estudios de posgrado hasta sujetos sin estudios, desde individuos en familias acomodadas, con empleo estable y considerables salarios, hasta personas sin trabajo y rentas mínimas. Además, en lo que respecta a la situación familiar, tampoco hay un perfil consensuado, siendo más comunes sujetos solteros y sin hijos, figura esta que en los últimos años ha perdido relevancia en pro de parejas sentimentales, casados, e incluso con hijos menores (49). Ejemplo de esto último lo encontramos en la SAN 5/2017, de 28 de febrero, en la que se condena por delito de autoadoctrinamiento a los cónyuges de un matrimonio con un hijo menor de edad, en base a la prolífera prueba documental, testifical y pericial; siendo dicha condena rebajada, que no anulada, en casación por la STS 661/2017, de 10 de octubre, al atender principalmente que los hechos probados se produjeron en un contexto familiar (50).

Finalmente, en atención al perfil psicológico del potencial yihadista, los estudios demuestran que, por regla general, estos sujetos no presentan ningún trastorno psicopatológico ni de personalidad (51). Se trata de sujetos totalmente imputables con plena consciencia de sus actos, tanto a nivel intelectual, como a nivel volitivo, es decir, conocen la ilicitud de su conducta y aun así deciden llevarla a cabo. No obstante, pese a carecer de trastornos mentales o de personalidad, algunos psicólogos han llegado a acuñar en estos sujetos el término de «patología social o política» al caracterizarse por falta de sentimientos de culpa, debido a sus creencias ideológicas y religiosas, que dominan lo que hacen y piensan y conforme a las cuales sus actuaciones están plenamente justificadas por un fin mayor (52).

Lo anterior nos lleva a determinar que, si bien no existe un perfil único de individuos yihadistas o potenciales, sí podemos esbozar unas

(49) GARCÍA-CALVO, C.; REINARES, F.: «Los yihadistas en España: perfil sociodemográfico de condenados por actividades terroristas o muertos en acto de terrorismo suicida entre 1996 y 2012», *Documentos de Trabajo Real Instituto Elcano*, Madrid, 2013, pp. 6-14.

(50) Véase la SAN 5/2017, de 28 de febrero, y la STS 661/2017, de 10 de octubre.

(51) DE LA CORTE IBÁÑEZ, L., JORDÁN, J.: *La yihad terrorista*, ed. Síntesis, Madrid, 2007, pp. 204-206.

(52) LEGANÉS GÓMEZ, S.: «Los terroristas islamistas en las prisiones españolas», *Diario La Ley*, núm. 8962, Sección Doctrina, Ed. Wolters Kluwer, 2017, p. 4.

características comunes, aunque muy abiertas y variables entre sí. Por tanto, debemos movernos ahora en el campo de las motivaciones para poder comprender qué empuja a estos sujetos, dispares entre sí, a radicalizarse en el ideario yihadista. En este punto tampoco encontramos una única respuesta, sino una combinación de varios elementos entre los que destacan los motivos básicos, los sentimientos y emociones, y las experiencias vitales y personales (53).

Dentro de los motivos básicos destacan las necesidades de pertenencia y reconocimiento social y las necesidades de significación o sentido. Éstos aparecen como desencadenantes del proceso radicalizador, consistiendo, por un lado, en la búsqueda de integración en grupos sociales para obtener la admiración y aceptación por parte de los integrantes de los mismos y, por otro lado, en el descubrimiento del significado y valor de la propia existencia (54). Aparte de estos dos motivos principales, también deben tenerse en cuenta aquí los relativos a la búsqueda de aventuras y sensaciones fuertes, o el afán de protagonismo.

Los sentimientos y emociones que se asocian a los sujetos en proceso de radicalización son principalmente la frustración, humillación, indignación, ira, odio y culpa. Éstos generan en el individuo deseos de venganza o justicia que alimentan su potencial radicalismo favoreciendo la apertura e interiorización profunda de los postulados extremistas (55).

En atención a las experiencias vitales, las cuales, junto con los dos factores anteriores, desembocan el proceso de radicalización del individuo, tenemos que destacar los episodios de exclusión social o marginación, abuso por parte de las autoridades, discriminación, racismo, xenofobia, islamofobia, crisis familiares o personales, empatía con casos ajenos, etc.

En definitiva, nos encontramos en un escenario en el que existe un entresijo de características físicas, psicológicas, económicas, sociales, familiares y motivacionales, variables, pero a su vez concretas que, en su correcta medida, pueden dar como resultado la seducción e inclinación hacia los postulados de ideario yihadista.

(53) DE LA CORTE IBÁÑEZ, L.: «¿Qué sabemos y qué ignoramos sobre la radicalización yihadista?», en *Islamismo yihadista: radicalización y contraradicalización* (dir. Joan Antón Mellón), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, *op. cit.*, pp. 47-49.

(54) GARCIA CALVO, C; REINARES, F.: «Estado Islámico en España», *Real Instituto Elcano*, Madrid, 2016, *op. cit.*, pp. 52-54.

(55) *Ibid.*, pp. 54-56.

4. Medios o vías de radicalización

4.1 ENTORNO FÍSICO. ESPECIAL REFERENCIA A LAS PRISIONES

Tal y como ha demostrado la experiencia, la radicalización yihadista se ha gestado en múltiples entornos físicos, siendo de mayor relevancia los lugares de culto islámico como mezquitas y oratorios, legales o clandestinos. La mayoría de casos registrados tienen lugar en barrios urbanos, en los que existe una gran proporción de ciudadanos de religión musulmana. En menor medida destacan ambientes de ocio como locutorios, cibercafés, librerías, sedes de asociaciones, etc. En este epígrafe, nos centraremos en abordar uno de los ambientes físicos que, en los últimos años, junto con la radicalización online, se ha convertido en uno de los objetivos más preocupantes respecto a la lucha contra la radicalización yihadista: las prisiones (56).

Los establecimientos penitenciarios son el lugar de confluencia del más variado entorno delictivo. En atención al tema estudiado tenemos que en estos lugares se da el acercamiento entre sujetos condenados o preventivos por delitos de terrorismo, tanto de auténticos terroristas condenados por llevar a cabo los más atroces ataques y/o pertenecer a organizaciones o células terroristas, como, ahora, de aquellos sujetos condenados o en prisión provisional por delitos de autoadoctrinamiento. Tenemos pues, un escenario idóneo en el que se dan las características clave para que reclutadores yihadistas puedan llevar a cabo su labor de captación y proselitismo dentro de prisión hacia potenciales radicales que han ingresado por delitos tendentes a esa radicalización. Es decir, juntamos en un mismo entorno al instructor y al que busca instrucción, a quien el mero hecho de ingresar en prisión no hace más que aumentar su sentimiento de odio y rechazo a la sociedad occidental y, en contraposición, buscará un mayor acercamiento a posturas islamistas más radicales en las que sentirse integrado y aceptado (57).

La radicalización en estos ámbitos puede venir de diversos focos como por ejemplo de los propios internos extremistas influyentes dotados de carisma para ello, como también de imanes radicales que puedan tener acceso a prisión. Así pues, esta situación deja la mitad del trabajo hecho a quienes se encargan de culminar el proceso de

(56) DE LA CORTE IBÁÑEZ, L.: «¿Qué sabemos y qué ignoramos sobre la radicalización yihadista?», en *Islamismo yihadista: radicalización y contraradicalización* (dir. Joan Antón Mellón), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, *op. cit.*, pp. 49-51.

(57) BORDAS MARTÍNEZ, J.; MARTÍN DE POZUELO, E.; YITZHAK, E.: *Objetivo: Califato Universal. Claves para comprender el yihadismo*, ed. La Vanguardia, Barcelona, 2015, pp. 150-154.

radicalización de los nuevos presos. Éstos buscarán principalmente aquellos sujetos que hayan entrado con condenas de corta duración o preventivos, y raramente se dirigirán a aquellos con largas condenas, lo que obedece principalmente al hecho y necesidad de que estos sujetos, una vez radicalizados y reclutados en prisión, les reste el menor tiempo posible para salir a la calle y así poder llevar a cabo las instrucciones y teorías radicales de las que se han estado nutriendo durante su estancia entre rejas (58).

A todo esto, hay que añadir que esta labor de radicalización en prisión se ve ampliamente favorecida por el hecho de que la mayoría de nuevos reclusos musulmanes no tienen una gran formación ni educativa ni religiosa que les permita afrontar los intentos de adoctrinamiento por parte de los proselitistas, ni tampoco contar con las destrezas suficientes que les permitan rechazar las interpretaciones más extremas de su credo. Circunstancias estas que, unidas al sentimiento de desamparo y abandono que genera el ingreso en prisión, no hacen más que favorecer la inmersión de estos sujetos en el discurso del odio (59).

4.2 ENTORNO VIRTUAL

Como veníamos apuntando al inicio de la redacción de este trabajo, el uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación por parte del terrorismo yihadista es una de las razones fundamentales de política criminal que motivan la aparición de la reforma antiterrorista de 2015 y, sobre todo del nuevo delito de autoadoctrinamiento, que tendremos ocasión de analizar en el siguiente epígrafe.

La irrupción de internet y el gran desarrollo que ha experimentado en los últimos años ha hecho que se convierta en una de las herramientas fundamentales de la cual se sirven los grupos yihadistas, principalmente por el anonimato y seguridad que ofrece la red, así como la posibilidad de intermediación y difusión de contenidos en tiempo real. De esta forma, la red se ha convertido en el medio para inspirar y movilizar a un amplísimo número de usuarios en todo el mundo siendo a su vez la mayor fuente de información sobre las técnicas y ataques terroristas, convirtiéndose en lo que bien podría denominarse un

(58) LEGANÉS GOMEZ, S.: «Los terroristas islamistas en las prisiones españolas», *Diario La Ley*, núm. 8962, Sección Doctrina, Ed. Wolters Kluwer, 2017, *op. cit.*, p. 6.

(59) LEGANÉS GOMEZ, S.: «Los terroristas islamistas en las prisiones españolas», *Diario La Ley*, núm. 8962, Sección Doctrina, Ed. Wolters Kluwer, 2017, *op. cit.*, p. 7.

«campo de entrenamiento virtual» (60). Estamos pues, ante el medio a través del cual tiene lugar principalmente la comisión del delito de autoadoctrinamiento, objeto de este proyecto.

La radicalización de potenciales yihadistas a través del entorno virtual de la red se lleva a cabo a través de una comunicación directa y ausente de intermediarios que convierte este medio en el idóneo para la difusión del mensaje extremista. Esto es así porque la transmisión se produce sin censuras u opiniones ajenas que puedan obstaculizar su impacto (61). En este sentido, las organizaciones yihadistas han revolucionado el concepto propagandístico en materia de terror, a través de campañas cuya elaboración e impacto se podrían asemejar a las que en su momento llevó a cabo con indudable éxito el movimiento nazi (62).

La red global ofrece una amplia variedad de instrumentos mediante los cuales las organizaciones pueden perseguir sus objetivos, ya sea a través del contacto virtual en foros o redes sociales con individuos que comparten la misma ideología, bien mediante la lectura de revistas y artículos propios de las organizaciones terroristas, bien por medio del visionado de archivos en formato audiovisual o la escucha de cánticos incitadores o, también, a través de la navegación por el lado más oscuro, amplio y difícil de acceder de la red (63).

Dentro de estas múltiples opciones, son realmente destacables las labores de proselitismo que desarrollan los grupos terroristas a través de los foros y redes sociales como Facebook o Twitter (64), donde publican y comparten múltiples textos e imágenes de ideario radical, así como videos producidos por los propios terroristas, los cuales destacan por su alto nivel de profesionalidad y calidad al ser realizados con los medios más avanzados del mercado como cámaras profesionales, uso de drones para tomas aéreas, softwares de edición, efectos

(60) BORDAS MARTÍNEZ, J.; MARTÍN DE POZUELO, E.; YITZHAK, E.: *Objetivo: Califato Universal. Claves para comprender el yihadismo*, ed. La Vanguardia, Barcelona, 2015, *op. cit.*, pp. 141-150.

(61) TAPIA ROJO, M. E.: «Análisis de la estrategia comunicativa del terrorismo yihadista: el papel de las redes sociales». *Documentos de Opinión del Instituto Español de Estudios Estratégicos* (www.ieee.es), Ministerio de Defensa, 2016, pp. 1-5.

(62) ORTIZ MOYANO, A.: *#YIHAD. Como el Estado Islámico ha conquistado Internet y los medios de comunicación*, ed. UOC, Barcelona, 2015, p. 13.

(63) CANO PAÑOS, M. A.: «Odio e incitación a la violencia en el contexto del terrorismo islamista. Internet como elemento ambiental», *Revista para el análisis del Derecho* (www.indret.es), Granada, 2016, pp. 4-9.

(64) En 2014 se llegaron a registrar un total de 46.000 cuentas de miembros de DAESH las cuales desarrollaban una prolifera actividad que permitía la distribución en todo el mundo y de forma instantánea de las últimas noticias sobre la yihad global con la publicación de la friolera cifra de 200.000 tuits diarios

especiales, etc (65). Producciones al más puro estilo hollywoodiense, cuidadas al milímetro para alcanzar el mayor calado posible en sus receptores, motivo por el cual se acompañan de sonidos de fondo consistentes en cantos religiosos a capella, llamados *nasheeds*, los cuales han conseguido instaurar un estilo musical propio dentro del contexto yihadista, siendo también objeto de transmisión por sí solos a través de internet (66).

Si lo anterior no fuese suficiente, las organizaciones yihadistas han elaborado documentos propios que podrían asimilarse a revistas o manuales, los cuales difunden a través de internet de forma periódica. Entre las más destacables encontramos *Inspire*, con un total de 14 números hasta la fecha, *Dabiq* y *Technical Mujahid* (67). Nos encontramos ante publicaciones diseñadas para un público occidental, lo cual se evidencia en primer lugar en el idioma en el que se emiten que no es otro que el inglés; además, basta con visualizar por encima dichos documentos para detectar que su diseño persigue asemejarse en lo máximo posible a los más populares magazines de los que se nutre nuestra sociedad. A nadie escapa que un producto se vende en primer lugar por su estética y diseño, lo cual ha sido tenido muy en cuenta por los yihadistas a la hora de elaborar estos contenidos en los que las cuadrículas, fuentes, imágenes y efectos gráficos han sido cuidados minuciosamente para buscar la mayor impresión y atención por los potenciales simpatizantes ubicados en suelo occidental (68).

Con todo ello, expuestas hasta este punto las cuestiones político-criminales más relevantes del fenómeno yihadista en relación con el proceso de radicalización yihadista, pasamos a abordar en el siguiente punto el nuevo delito de autoadocctrinamiento de carácter yihadista, inserto en el artículo 575.2 del Código penal, tras la reforma antiterrorista de 2015. Modalidad delictiva que no hace sino intentar dar res-

(65) BARRANCOS LARRÁYOZ, D.: «Los Community managers del terror: la propaganda online de ISIS y su ofensiva sobre Irak» *Documentos de Opinión del Instituto Español de Estudios Estratégicos* (www.ieee.es), Ministerio de Defensa, 2014, p. 7; RODICIO, A.: *Las novias de la yihad. ¿Por qué una adolescente europea decide irse con el Estado Islámico?*, ed. Espasa, Barcelona, 2016, p. 87.

(66) TORRES SORIANO, M. R.: «Como contener a un califato virtual». En Cuadernos de estrategia, n.º 180 (Ejemplar dedicado a: Estrategias para derrotar al DAESH y la reestabilización regional), Ministerio de Defensa, 2016, p. 171.

(67) CANO PAÑOS, M. A.: «Odio e incitación a la violencia en el contexto del terrorismo islamista. Internet como elemento ambiental», *Revista para el análisis del Derecho* (www.indret.es), Granada, 2016, *op. cit.*, p. 10; RODICIO, A.: *Las novias de la yihad. ¿Por qué una adolescente europea decide irse con el Estado Islámico?*, ed. Espasa, Barcelona, 2016, *op. cit.*, p. 91.

(68) ORTIZ MOYANO, A.: #YIHAD. *Como el Estado Islámico ha conquistado Internet y los medios de comunicación*, ed. UOC, Barcelona, 2015, *op. cit.*, pp. 98-102.

puesta al problema expuesto de los procesos de radicalización de potenciales individuos terroristas, todo ello reforzado por el carácter internacional de este tipo de terrorismo y el uso de las redes e internet para la difusión de su ideología. No obstante, como veremos, esta figura penal no resulta nada pacífica, pues con su tipificación se adelantan de forma patentemente descarada las barreras de protección y se vulneran derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente.

III. EL DELITO DE AUTOADOCTRINAMIENTO

1. Antecedentes de la LO 2/2015 y conducta típica

Con fecha 2 de febrero de 2015, las fuerzas políticas mayoritarias de nuestro país (PP y PSOE), suscribieron un pacto antiterrorista conocido como el «Acuerdo para afianzar la unidad en defensa de las libertades y en la lucha contra el terrorismo» (69). Dicho texto establece, en el primero de sus ocho compromisos, lo siguiente:

«1 Promover la modificación del Código Penal en materia de delitos de terrorismo, a través de una Proposición de Ley Orgánica que ambas fuerzas suscribimos, y a cuya firma o apoyo convocamos al resto de fuerzas parlamentarias.

La modificación del Código Penal que esta Proposición recoge tipificará [...] las conductas propias de las nuevas formas de terrorismo, especialmente en aspectos como la captación y el adiestramiento de terroristas, incluido el adiestramiento pasivo, el uso de las redes de comunicación y tecnologías de la información a estos efectos, [...] (70).»

Así pues, como fruto de este concierto de voluntades, surgió la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo. Esta nueva y última reforma de nuestra legislación penal antiterrorista, al igual que sus numerosas predecesoras, ha visto la luz a consecuencia del ciclo acción terrorista-reacción legislativa (71), en concreto vino motivada tras los atentados islamis-

(69) GAREA, F.: «Gobierno y PSOE firman el cuarto acuerdo antiterrorista en democracia» (2 de febrero de 2015), *El País*. Accesible en www.elpais.es

(70) Compromiso número 1 del *Acuerdo para afianzar la unidad en defensa de las libertades y en la lucha contra el terrorismo*. Accesible en www.lamoncloa.gob.es

(71) Así apunta LAMARCA PÉREZ, C. en *Análisis penal, político-criminal y criminológico del terrorismo yihadista*, en ponencia del «IV Congreso de Seguridad,

tas de 2015 en Francia (72). Dicha modificación ha traído consigo innumerables críticas por parte de la doctrina más autorizada en la materia, todo ello en base a la oscuridad y rapidez de su tramitación, lo que apenas dejó tiempo para poder estudiarla con anterioridad a su entrada en vigor (73); así como por su innecesaridad y más que evidente fractura con no pocos derechos y libertades fundamentales recogidos en nuestra Constitución, tal y como tendremos ocasión de comprobar. A mayores, el hecho de que se tramitase de forma separada a la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que vino a modificar el Código Penal con carácter general, ha hecho que se rescaten en nuestro ordenamiento jurídico los enterrados matices de ‘legislación especial’ o ‘de excepción’ (74).

Centrándonos en el delito de autoadoctrinamiento objeto del presente estudio, tenemos que esta mentada reforma, ya en su Exposición de Motivos, so pretexto de dar cabida a esta nueva modalidad delictiva, anticipa el uso de nuevos instrumentos de captación, adiestramiento y adoctrinamiento en el odio como una de las características del actual terrorismo internacional de corte yihadista. Instrumentos ante los que se hace especial hincapié, principalmente, en el uso de internet y las redes sociales, a través de las cuales los líderes carismáticos difunden sus mensajes y cuyos destinatarios pueden convertirse en potenciales terroristas que, tras su radicalización, más o menos acelerada (es decir, tras su autoadoctrinamiento), traten de llevar a cabo acciones terroristas. Nuevas amenazas todas estas que, tal y como anuncia el legislador de 2015, deben ser combatidas con la herramienta más eficaz de la que disponemos como país democrático: la ley (75).

Justicia y Sistema Penal: Prevención e intervención frente al terrorismo yihadista en el ciberespacio», Instituto de Investigación en Criminología y Ciencias Penales e Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Valencia, 2017.

(72) Entre los días 7 y 9 de enero de 2015 se sucedieron en Francia una serie de atentados yihadistas que estremecieron a la comunidad internacional. En concreto, el día 7 de enero tuvieron lugar los ataques contra la sede del periódico satírico Charlie Hebdo en París, cobrándose 12 vidas y dejando 11 heridos. El día 8 de enero un policía resultó muerto de un disparo en Montrouge quedando otra persona gravemente herida; el autor de este último incidente asaltó un supermercado al día siguiente en París matando a 4 personas antes de resultar abatido por las fuerzas de seguridad.

(73) CAMPO MORENO, J. C.: *Comentarios a la Reforma del Código Penal en materia de terrorismo: la LO 2/2015*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, *op. cit.*, p. 62.

(74) CANO PAÑOS, M. A., en *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)* (dir. L. Morillas Cueva), ed. Dykinson, Madrid, 2015, p. 909.

(75) BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015, p. 27.177.

Esta nueva figura delictiva, pese a su corta vida, cuenta ya con cuatro resoluciones judiciales en primera instancia y dos sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en casación, las cuales son especialmente relevantes pues suponen una verdadera crítica judicial respecto este nuevo tipo penal (76). Conforme a las primeras, se trata, como no podría ser de otra manera, de resoluciones dictadas por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, al ser este órgano quien ostenta la competencia respecto a la instrucción y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo. Concretamente, estamos hablando de la SAN 39/2016, de 30 de noviembre, la SAN 38/2016, de 7 de diciembre, la SAN 5/2017, de 28 de febrero, y la SAN 6/2017, de 9 de marzo. Por otro lado, el Tribunal Supremo ha tenido también ocasión de pronunciarse a este respecto en la STS 354/2017, de 17 de mayo y en la STS 661/2017, de 10 de octubre, resolviendo recursos de casación contra dos de las cuatro resoluciones anteriores.

Volviendo al cuerpo de la reforma penal, es destacable el hecho de que esta nueva modificación antiterrorista, casi antes de su sanción por S. M. Felipe VI, comienza ya escudándose en la normativa europea, concretamente en la Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas número 2178. No obstante, si bien es cierto que la mayoría de modificaciones traídas con esta nueva ley pueden encontrar amparo bajo dicha norma comunitaria y sus predecesoras, en el supuesto que nos atañe, tenemos que nada dice el texto europeo en relación al castigo de las conductas de autoadoctrinamiento como si bien lo hace respecto al hecho de «recibir adiestramiento con fines de terrorismo», conducta ésta castigada, como veremos, en el mismo precepto y con la misma pena que el hecho de recibir adoctrinamiento, tanto por un tercero como de forma autodidacta (77).

Por tanto, podemos adelantar ya aquí que la legislación penal nacional ha llevado a cabo, en este punto, una extralimitación punitiva respecto a la normativa europea bajo la que se justifica, no pudiendo quedar amparado el castigo del autoadoctrinamiento en base a las exigencias comunitarias de «prevención de la radicalización» y de «con-

(76) MARRACO, M.: «El Supremo revoca la primera condena por autoadoctrinamiento yihadista y critica la reforma legal» (18 de mayo de 2017), *El Mundo*. Accesible en www.elmundo.es

(77) CANO PAÑOS, M. A.: «La nueva amenaza terrorista y sus (negativas) repercusiones en el ordenamiento penal y constitucional. Comentario a la sentencia de la Audiencia Nacional núm. 39/2016, de 30 de noviembre». *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 27, ed. Thomson-Reuters, 2017. Accesible en: www.ugr.es/~redce/

trarrestar la retórica del extremismo violento que pueda incitar a la comisión de actos terroristas» (78).

En este sentido ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Supremo en su primera sentencia al respecto, la número 354/2017, de 17 de mayo, doctrina desarrollada también en la STS 661/2017, de 10 de octubre, manifestando que este nuevo delito de autoadoctrinamiento tipificado por el legislador español no encuentra amparo alguno en el contenido de los instrumentos y resoluciones internacionales que, en cambio, sí exigen claramente el castigo de otras conductas. Añade la Sala que, si bien eso no impediría a un Estado tipificar una determinada conducta, sí que debería haberse tenido presente el hecho de que «*diversas instancias europeas encontraron dificultades para la tipificación de conductas atinentes exclusivamente a una actividad individual de contenido meramente ideológico*», lo cual ya no hacía sino atisbar la dificultad e improcedencia del castigo penal de este tipo de conductas. Los magistrados hacen un análisis exhaustivo de las distintas resoluciones europeas, nombrando entre ellas la ya citada Resolución 2178 de 2014, además de otros instrumentos como la Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, y la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, concluyendo que en ninguno de todos estos instrumentos se incluye la tipificación del autoadoctrinamiento. Acreditada pues «*la falta de cobertura en los instrumentos internacionales mencionados en el Preámbulo de la LO 2/2015 de las modalidades de adoctrinamiento pasivo y de autoadoctrinamiento*», añade el Tribunal que, resulta, cuanto menos, imprescindible, llevar a cabo una interpretación restrictiva de estos tipos penales para garantizar su existencia sin menoscabar los derechos fundamentales a la libertad ideológica y a la información (79).

Debe añadirse que el adoctrinamiento como tal ha encontrado, desde la Ley Orgánica 2/2015, castigo en todas sus formas posibles e imaginables, esto es, se pune tanto al que adoctrina (como una modalidad de colaboración con grupos u organizaciones terroristas), como al que se adoctrina, ya lo haga este último por medio de un tercero (relación alumno-profesor) o por sí mismo de forma autodidacta. Como se puede ver, no se ha dejado resquicio alguno a la impunidad

(78) Resolución 2178 (2014). Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 7272.^a sesión, celebrada el 24 de septiembre de 2014. Accesible en www.un.org

(79) Véase SSTS 354/2017, de 17 de mayo y 661/2017, de 10 de octubre.

respecto a la transmisión o adquisición de valores, ideas o doctrinas radicales extremistas (80).

Puestos en antecedentes, aquí nos centraremos básicamente en estudiar y analizar el nuevo delito de autoadocctrinamiento, que ha encontrado cabida a través del artículo 575.2 del Código Penal (81), el cual se estructura de la siguiente manera:

« Con la misma pena [prisión de dos a cinco años] se castigará a quien, con la misma finalidad de capacitarse para cometer alguno de los delitos tipificados en este Capítulo, lleve a cabo por sí mismo cualquiera de las actividades previstas en el apartado anterior [reciba adoctrinamiento o adiestramiento militar o de combate, o en técnicas de desarrollo de armas químicas o biológicas, de elaboración o preparación de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o específicamente destinados a facilitar la comisión de alguna de tales infracciones].

Se entenderá que comete este delito quien, con tal finalidad, acceda de manera habitual a uno o varios servicios de comunicación accesibles al público en línea o contenidos accesibles a través de internet o de un servicio de comunicaciones electrónicas cuyos contenidos estén dirigidos o resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines. Los hechos se entenderán cometidos en España cuando se acceda a los contenidos desde el territorio español.

Asimismo, se entenderá que comete este delito quien, con la misma finalidad, adquiera o tenga en su poder documentos que estén dirigidos o, 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 (82).»

2. Bien jurídico protegido

Respecto a la teoría del bien jurídico debemos hacer nuestras las palabras de Hassemer, conforme a las cuales *«la conducta humana*

(80) PUENTE RODRIGUEZ, L.: «El nuevo delito de adoctrinamiento terrorista», *Diario La Ley*, núm. 8967, Sección Doctrina, Ed. Wolters Kluwer, 2017, p. 9.

(81) Este delito de autoadocctrinamiento, así como todos los englobados en el artículo 575 del Código Penal, son catalogados por LUZÓN CUESTA, J. M., en *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, ed. Dykinson, Madrid, 2015, pp. 480-482, como «delitos de simple conducta y peligro en relación con organizaciones o grupos terroristas» y, dentro de esta clasificación, como «delitos de preparación para incorporarse a una organización o grupo terrorista». En este sentido discrepamos con la clasificación expuesta, pues, como se verá, dichos delitos pueden llevarse a cabo para cometer actos terroristas de forma individual sin necesidad de mantener relación alguna con organizaciones o grupos terroristas.

(82) BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015, p. 27.181.

solamente puede ser injusto punible si lesiona un bien jurídico». Por tanto, nos encontramos ante una noción fundamental en Derecho penal cuya conceptualización no ha sido siempre pacífica. De forma sucinta diremos que, tradicionalmente, el concepto de bien jurídico se formuló desde una perspectiva formal, como la mera desobediencia a las normas legales, identificándose así con los fines previstos en las mismas. Más tarde se acuñaron definiciones materiales que entendían al bien jurídico como un derecho subjetivo, interés o valor, que trajo consigo la idea del daño causado al mismo. Dejando atrás estas discusiones doctrinales que se extienden hasta nuestros días, podríamos atisbar, como definición más acertada, que los bienes jurídicos son todo aquello, material o inmaterial, que posee valor para las personas, que es significativo o importante para el desarrollo de su vida individual o colectiva (bien) y que, evidentemente, queda protegido por el Derecho (jurídico) (83).

Respecto a la función que desempeña la noción estudiada, en un primer estadio tenemos que el bien jurídico supone el límite inicial al ius puniendi del Estado para poder llevar a cabo la sanción de determinadas conductas, esto es, el ordenamiento jurídico ha de justificar la necesidad de socavar la libertad de los ciudadanos, y ello únicamente puede hacerse cuando el castigo penal de una determinada acción esté amparado por la protección de un bien jurídico determinado, o varios. Esto es lo que se conoce como el principio de ofensividad o lesividad (84).

Centrándonos ahora en los delitos de terrorismo, recogidos en nuestro código penal en el capítulo VII del título XXII del libro II estamos ante delitos pluriofensivos, lo que significa que los supuestos tipificados como tal, lo son porque con su sanción se pretende proteger varios bienes jurídicos. Dicho de otra forma, la perpetración de cualquiera de estos delitos llevaría consigo el daño o lesión de más de un bien jurídico protegido (85).

Así, estos delitos se incardinan en el Título de los delitos contra el orden público, lo que nos permite atisbar que el bien jurídico protegido será el de la paz y seguridad públicas. No obstante, bien es sabido que los delitos de terrorismo, en su mayoría, consisten en delitos

(83) ORTS BERENGUER, E.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *Compendio en Derecho Penal. Parte general*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 218-219.

(84) *Ibid.*, pp. 220-221; Véanse las SSTC 11/1981; 62/1982; 105/1988; 51/1996 y 161/1997, donde se establece que toda pena debe justificarse bajo la finalidad de protección de bienes jurídicos.

(85) GARCÍA VALDÉS, C., et al.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, ed. Edisofer, Madrid, 2015, p. 293.

comunes calificados como graves, tal y como se enumeran en el artículo 573 del Código Penal, siempre y cuando su ejecución persiga una de las finalidades que prevé dicho precepto (86). Por tanto, los bienes jurídicos protegidos por los delitos de terrorismo serán, por un lado, la paz y seguridad públicas (de carácter colectivo y afectadas de forma mediata), y por otro, el bien jurídico tutelado por cada delito común perpetrado en contexto terrorista (de carácter individual y afectadas de forma inmediata) (87). Por ejemplo, en un atentado con una bomba, se verán afectados la paz y seguridad públicas, así como la vida de las personas (en los casos de muerte) y la integridad física (en las lesiones provocadas).

De esta forma, parece claro que el principal objeto de protección de estos delitos es el bien jurídico de la paz y seguridad públicas, pues la finalidad última de las actuaciones terroristas es su alteración; y, de forma subsidiaria, se busca proteger aquellos bienes jurídicos que, colateralmente, hayan resultado lesionados con la actuación terrorista (88). No obstante, el apartado tercero del precepto citado considera como delitos de terrorismo todos los incluidos en el Capítulo VII del meritado Título, de forma que también tienen cabida aquí actuaciones que, si bien, pueden llegar a alterar la paz y seguridad públicas de algún modo, rara vez lesionan otros bienes jurídicos distintos. Que-

(86) Artículo 573 del Código Penal:

Se considerarán delito de terrorismo la comisión de cualquier delito grave contra la vida o la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, el patrimonio, los recursos naturales o el medio ambiente, la salud pública, de riesgo catastrófico, incendio, contra la Corona, de atentado y tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, previstos en el presente Código, y el apoderamiento de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de mercancías, cuando se llevaran a cabo con cualquiera de las siguientes finalidades:

Subvertir el orden constitucional, o 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.

Alterar gravemente la paz pública.

Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional.

Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella.

Se considerarán igualmente delitos de terrorismo los delitos informáticos tipificados en los artículos 197 bis y 197 ter y 264 a 264 quater cuando los hechos se cometan con alguna de las finalidades a las que se refiere el apartado anterior.

Asimismo, tendrán la consideración de delitos de terrorismo el resto de los delitos tipificados en este capítulo.

(87) CORCOY BIDASOLO, M., en *Manual de Derecho Penal Parte Especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados. Tomo I*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 769

(88) VILLEGAS DÍAZ, M.: «Los delitos de terrorismo en el Anteproyecto de Código Penal» *Revista de Política Criminal*, núm.2, CEDEP, 2006, pp. 1-31.

remos referirnos con esto al controvertido delito de autoadoctrinamiento terrorista ante el cual, determinar qué bienes jurídicos se protegen, resulta más complicado.

Este delito se consuma únicamente con la intervención del sujeto activo, al acceder a contenidos en la red o poseer documentos, sin que dicha acción suponga lesión alguna a bienes jurídicos individuales. Nos encontramos por tanto ante un delito de peligro, pues su consumación queda verificada con la creación de un riesgo determinado para el bien o bienes jurídicos puestos en peligro. Hilando más fino todavía, se trataría de un tipo de peligro abstracto dado que la conducta punible no supone una probabilidad efectiva de producción del daño, sino que se castiga dicha conducta por ser considerada en sí misma peligrosa y por eso mismo queda desvalorizada siendo la punibilidad independiente del mayor o menor riesgo que con la conducta se pueda producir, pues la peligrosidad de ésta ya completa la acción típica (89).

En definitiva, el hecho de que un sujeto se adoctrine a sí mismo de forma autodidacta albergando con su acción intencionalidad terrorista, supone una conducta en sí misma peligrosa que entraña un riesgo abstracto dirigido, en primer término, a bienes jurídicos individuales de las personas que pudieran verse afectadas por el paso a la acción del sujeto una vez adoctrinado (un estadio extremadamente lejano a la auténtica puesta en peligro de los bienes jurídicos individuales expresados y, por tanto, hartamente criticable) y, en segundo término, hacia los meritados bienes jurídicos colectivos de la paz y seguridad públicas.

Una extremada lejanía de la puesta en peligro de bienes jurídicos que viene determinada por las tendencias político-criminales de los Estados modernos de sancionar cada vez más tipos de peligro, en lo que supone un desmesurado adelantamiento de las barreras de punición. Nos encontramos ante el castigo de conductas que no van más allá de actos preparatorios o, como apunta Campo Moreno, de simples «*preactos preparatorios*» (90), muy alejados de la verdadera puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos, pues se trata de actuaciones que se sitúan en la más alejada periferia de los concretos delitos terroristas que, en su caso, se tuviera intención de cometer, no aproxi-

(89) ORTS BERENGUER, E.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *Compendio en Derecho Penal. Parte general*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, *op. cit.*, p. 223.

(90) CAMPO MORENO, J. C.: *Comentarios a la Reforma del Código Penal en materia de terrorismo: la LO 2/2015*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, *op. cit.*, 2015, p. 60.

mándose en lo más mínimo a su comisión en grado de tentativa y, cuanto menos, a su consumación (91).

Con esto, lo que se está consiguiendo es un total desdibujamiento de lo que debe entenderse por delitos de terrorismo. Parece ser que, a la luz de las últimas reformas penales en esta materia, la conceptualización clásica de lo que debía entenderse por terrorista ha mutado a formas y manifestaciones donde la violencia deja de ser el elemento nuclear y se echa a un lado para dejar paso a nuevas manifestaciones que, desde una visión *ex ante*, carecen de toda peligrosidad en atención a la protección que se persigue con la tipificación de esta clase de delitos (92). A mayores, un argumento de indudable peso que apoya esta teoría del progresivo desenfoco del concepto de terrorismo lo encontramos en el mero hecho de que actualmente lo terrorista se desprende del elemento estructural u organizativo que había presidido dicho concepto desde siempre (93).

Así pues, deben ser traídas a colación las palabras de Terradillos Basoco, a quien, en atención a todo lo expuesto, parece ser que no le falta razón al afirmar que en materia de terrorismo «*el expansionismo comienza en la fase de tipificación, en la que el concepto ha experimentado un crecimiento pluridireccional, que refleja que es terrorismo lo que el legislador ha decidido que lo sea, atendiendo más que a contenidos materiales, al objetivo de justificar las especialidades penales, procesales, policiales de la política criminal antiterrorista*» (94).

(91) GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A.: «Sobre el concepto jurídico-penal de terrorismo», en *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, núm. 3, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 34-58.

(92) Además del analizado delito de autadoctrinamiento, y a título de ejemplo, tenemos que, con esta reforma, pasan a considerarse delitos de terrorismo los tipos informáticos de los artículos 197 bis y 197 ter y 264 a 264 quarter del Código Penal cuando se lleven a cabo persiguiendo las finalidades terroristas. Esto no hace más que apoyar la teoría de CORCOY BIDASOLO, M., en *Manual de Derecho Penal Parte Especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados. Tomo I*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, *op. cit.*, p. 770, quien apunta que «podría parecer que incluso la violencia ha dejado de ser un elemento sustancial al concepto de terrorismo».

(93) El concepto clásico de terrorismo giraba en torno a dos exigencias, el elemento estructural y el elemento teleológico. El primero atendía a que los delitos debían llevarse a cabo por una organización o grupo terrorista, mientras que el segundo exigía que dichos actos se llevasen a cabo persiguiendo una de las finalidades tipificadas en el Código Penal. Véase al respecto GARCÍA ALBERO, R., en *Comentarios al Código Penal Español. Tomo II* (dir. G. Quintero Olivares), ed. Aranzadi, Navarra, 2016, *op. cit.*, pp. 1888-1889.

(94) TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Terrorismo yihadista y política criminal del siglo XXI», *Nuevo Foro Penal*, núm. 87, 2016, p. 32.

Adelantamiento que nos lleva a preguntarnos si en efecto estas conductas castigan al sujeto por el difuso y lejano peligro que genera su acción de autoadoctrinarse para el conjunto de posibles bienes jurídicos que podrían verse afectados con su futura acción o, si realmente, estos tipos penales han descuidado las exigencias tradicionales de la intervención penal relativas a la protección de bienes jurídicos y el principio de lesividad para centrarse en la peligrosidad subjetiva de aquellos sujetos que se erigen como terroristas o potenciales terroristas (95), volviendo a una manifestación de Derecho penal del enemigo donde se prioriza la protección de bienes jurídicos en momentos anteriores a su puesta en peligro o lesión, todo ello en detrimento de las esferas de libertad de quienes no deben ser considerados ciudadanos, pues no prestan fidelidad al ordenamiento jurídico y sistema democrático bajo el que se encuentran y que tratan de destruir (96).

Respecto al Derecho penal de la peligrosidad, tenemos que el terrorismo es, sin duda, uno de los mayores exponentes que sustenta esta línea doctrinal. Así pues, conforme a este punto, existen diversas voces procedentes del derecho anglosajón que tienden a tipificar penalmente la peligrosidad del sujeto, algo que, en un principio, se presume inaceptable en nuestro ordenamiento jurídico. No obstante, debemos ser críticos y plantearnos si con esta nueva figura delictiva se castiga al terrorista por la peligrosidad que incardina su condición como tal, o si lo que realmente se hace es que se pena a aquellas personas que, sin llegar a serlo todavía (no son terroristas, ergo no son peligrosos), pueden poseer esa intencionalidad. Así pues, con ello se castiga a sujetos que ni siquiera han alcanzado esa condición de peligrosidad, yendo quizá con ello mucho más lejos que los postulados procedentes del entorno anglosajón (97).

Con lo expuesto ¿podemos decir que con el castigo del autoadoctrinamiento se produce una efectiva protección de bien jurídico alguno (98)? ¿no resulta cuestionable el castigo de este tipo

(95) GALÁN MUÑOZ, A.: «¿Leyes que matan ideas frente a las ideas que matan personas? Problemas de la nueva represión de los mecanismos de captación terrorista tras la reforma del Código Penal de la LO 2/2015», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 15, UNED, 2016, pp. 95-138.

(96) JAKOBS, G.: «Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico», en JAKOBS, G., *Estudios de Derecho Penal*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, pp. 293-324.

(97) PUENTE RODRIGUEZ, L.: «El nuevo delito de adoctrinamiento terrorista», *Diario La Ley*, núm. 8967, Sección Doctrina, Ed. Wolters Kluwer, 2017, *op. cit.*, p. 3.

(98) CASTRO LIÑARES, D.: «Política criminal y terrorismo en el Reino de España. ¿tiempos nuevos o «déjà vu»?», *Revista Penal*, núm. 39, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 23.

de conductas en contraposición a la protección constitucional de los no pocos derechos fundamentales que con su aplicación se ven vulnerados?

Concluyendo este punto, resulta obligado traer a colación la reflexión de Muñoz Conde al respecto, quien denota la complicada cuestión de encontrar el equilibrio entre los principios fundamentales que sustentan un Estado de Derecho y una respuesta contundente y eficaz ante las amenazas más graves a la sociedad, donde se encuentra, sin lugar a duda, la del terrorismo. Con ello, añade este autor *«la respuesta no debe consistir en ningún caso en una exasperación de la represión punitiva más allá de la idea de proporcionalidad y del principio de culpabilidad o responsabilidad subjetiva, criminalizando conductas periféricas sólo indirectamente relacionadas con actividades terroristas o que incluso constituyen el ejercicio de derechos fundamentales como el de expresión o información»*. De este modo, resultaría inadmisibles que en un estado como el nuestro se articulase un Derecho penal incompatible con los principios y derechos fundamentales previstos en nuestra Constitución y en otras normas internacionales de especial relevancia en relación con la protección de los derechos humanos (99).

En definitiva, nos encontramos ante una modalidad delictiva que tipifica una actividad consistente en el mero ejercicio de derechos fundamentales, algo que choca frontalmente con nuestra Carta Magna y que, aun salvando de algún modo su más que patente inconstitucionalidad, en ningún caso debería valerse del Derecho penal para punir los comportamientos analizados. Un Derecho penal que, como última ratio, solo debe articularse para castigar las conductas más graves y que atenten de forma directa contra bienes jurídicos. Aquí, el delito de autoadoctrinamiento tiene una finalidad meramente preventiva, totalmente desproporcionada y que se confunde con actividades que, en todo caso, deberían incardinarse en el Derecho policial o de investigación, nunca en el castigo penal.

3. Elementos objetivos del tipo

Atendiendo pues al tenor literal, tenemos que la conducta típica o elemento objetivo del tipo consiste en el hecho de llevar a cabo de forma autónoma la recepción de una determinada doctrina sin intervención de terceras personas. Conducta que se castiga exactamente

(99) MUÑOZ CONDE, F. J.: *Derecho Penal. Parte Especial*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 788.

igual (prisión de dos a cinco años) que el hecho de adiestrarse uno mismo en técnicas militares o de combate, en desarrollo armamentístico o en fabricación de explosivos o sustancias inflamables, incendiarías o asfixiantes, entre otros.

Resulta merecido en este extremo, traer a colación el ya conocido principio de proporcionalidad en sentido estricto, conforme al cual, la gravedad de las penas debe corresponderse con la gravedad del hecho cometido y con la peligrosidad del sujeto (100). Pensemos aquí la enorme diferencia existente entre las conductas castigadas, por ejemplo: por un lado, el hecho de formarse en una determinada doctrina radical islámica, como puede ser el wahabismo o el takfirismo (101); y, por otro lado, el hecho de instruirse en la fabricación del explosivo conocido como ‘madre de Satán’ (102), o en técnicas de decapitación. Existe un abismo en tanto en cuanto hablamos de la peligrosidad presente en tales conductas y, aun así, nuestro legislador decidió en su momento que tanto las unas como las otras deberían recibir el mismo castigo, olvidando totalmente con ello el ya mencionado principio, que debe presidir nuestro derecho penal. Y en este sentido también ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Supremo en la primera de las sentencias dictadas sobre esta modalidad delictiva, la número 354/2017, de 17 de mayo, entendiendo la Sala que existe una patente desproporcionalidad entre el castigo con idéntica pena de conductas tan dispares y de tan diferencial riesgo (103).

Continuando la lectura del artículo, vemos como en sus párrafo segundo y tercero, el legislador nos advierte de dos conductas que

(100) GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; ORTS BERENGUER, E.: *Compendio de Derecho Penal Parte General*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, *op. cit.*, p. 161.

(101) El wahabismo es una corriente radical extremista que busca reislamizar la sociedad mediante la vuelta a las fuentes sagradas y su interpretación literal, así como la afirmación de Alá como verdadero y único dios, combatiendo el politeísmo mediante la yihad. El takfirismo consiste en denominar infiel tanto a quien no profesa el islam como a aquellos que, haciéndolo, se desvían de la interpretación salafista del mismo, quedando legitimada la violencia contra ellos. En este sentido, véase CASTIEN MAESTRO, J. I.: «Las corrientes salafíes. Puritanismo religioso, proselitismo y militancia». En *Cuadernos de estrategia*, n.º 163 (Ejemplar dedicado a: Islamismos en (r) evolución: movilización social y cambio político), Ministerio de Defensa, 2013, pp. 117-154.

(102) El explosivo conocido como «madre de Satán» hace referencia al peróxido de acetona. Era la sustancia que estaban preparando los individuos que componían la célula terrorista que atentó en Barcelona y Cambrils. Fue bautizado con ese nombre por las fuerzas armadas israelíes, ya en la década de los 80. El grupo Daesh lo ha utilizado en varias ocasiones en sus ataques ya que es de fabricación doméstica, aunque bastante compleja por ser sus componentes extremadamente volubles (agua oxigenada, acetona y ácido sulfúrico).

(103) Véase STS 354/2017, de 17 de mayo.

se entenderán incardinadas en el tipo delictivo objeto de estudio, conductas que también se ha tenido oportunidad de desarrollar en sede jurisprudencial, a través de la reciente STS 661/2017, de 10 de octubre (104).

En primer lugar, se considerará autoadoctrinamiento el hecho de acceder reiteradamente a servicios de comunicación públicos en línea, contenidos en la red o servicios de comunicaciones, es decir, se castiga el acceso habitual a través de la red global a foros, redes sociales (Twitter, Facebook, Instagram, etc.), páginas web, servicios de mensajería cerrados (WhatsApp, Telegram, etc.), siempre y cuando los contenidos a los que se accede estén dirigidos o resulten idóneos a la incitación a la pertenencia o colaboración con organizaciones o grupos terroristas, o con sus fines.

En este sentido ¿qué debemos entender por acceso habitual? ¿a partir de cuántos accesos debe considerarse que se cumple la conducta típica? ¿es extrapolable a este supuesto el desarrollo jurisprudencial que se ha realizado respecto a la habitualidad predicada del delito de violencia doméstica previsto en el artículo 173 del Código Penal? No cabe duda de que las respuestas a los interrogantes que plantea este concepto jurídico indeterminado tendrán que venir de mano de las resoluciones judiciales que se vayan dictando al respecto en esta materia, circunstancia que rompe con el principio de taxatividad del derecho penal y genera no poca inseguridad jurídica (105).

En segundo lugar, el precepto analizado entiende como conducta de autoadoctrinamiento la adquisición o tenencia de documentos dirigidos o idóneos a la incitación a la pertenencia o colaboración con organizaciones o grupos terroristas, o con sus fines (106).

Esta otra modalidad se desprende de la nota de habitualidad predicada anteriormente, sin embargo, sigue exigiéndose que el contenido de los documentos sea idóneo o esté dirigido a..., de igual forma que los contenidos de los accesos descritos en la primera conducta. Por tanto, nos encontramos ante otro concepto jurídico indeterminado que deberá ser perfilado en sede judicial para poder entender a partir de qué extremos nos encontramos ante contenidos que cumplan las exigencias típicas.

(104) Véase STS 661/2017, de 10 de octubre.

(105) Respecto al principio de taxatividad, la STC 62/1982, de 15 de octubre, establece que «las leyes sancionadoras deben configurarse llevando a cabo el máximo esfuerzo posible para garantizar la seguridad jurídica».

(106) LLOBET ANGLÍ, M., en *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial* (dir. J.M. Silva Sánchez), ed. Atelier, Barcelona, 2015, p. 435.

4. Elementos subjetivos del tipo

Analizada la conducta típica, debemos adentrarnos ahora en el elemento subjetivo del tipo que este delito exige, un elemento teleológico redoblado tal y como lo define la jurisprudencia (107), y que es quizás el punto más oscuro y a la vez más claro. Decimos esto porque, para que puedan ser castigadas las acciones descritas *supra*, es totalmente necesario que el sujeto o sujetos que las llevan a cabo lo hagan con la finalidad de capacitarse para llevar a cabo delitos de terrorismo, cualquiera de ellos (108). Así pues, no se trata de un mero delito de posesión o adquisición como lo es el previsto en el artículo 189.5 del Código Penal (109), vemos aquí una exigencia subjetiva de difícil carga probatoria (110) a la que, en la inmensa mayoría de los casos, necesaria y desgraciadamente, solo se podrá llegar vía indiciaria, es decir, dicha finalidad de capacitarse se entenderá probada a partir de la acreditación como ciertos de otros hechos relacionados inequívocamente con la misma, pues, como reza la STS 1511/2005, de 27 de diciembre, entre otras, «*como lo subjetivo y personal aparece escondido en los pliegues de la conciencia, puede ser inducido únicamente por datos externos, concluyentes y suficientemente probados en la causa*» (111).

En este sentido, todas y cada una de las resoluciones judiciales en las que se ha condenado por delito de autoadoctrinamiento se han basado en la valoración de la prueba documental, testifical y pericial para poder dar por acreditada esta finalidad de autocapacitarse.

Decimos que este punto alberga luces y sombras simultáneamente porque, por un lado, supone el límite básico y esencial para distinguir entre aquellas conductas que se enmarcan dentro de las más absoluta cotidianeidad de cualquier persona relacionada con el uso de las nuevas tecnologías de la comunicación y la información, de aquellas otras

(107) Véase STS 661/2017, de 10 de octubre.

(108) GÓMEZ TOMILLO, M.; JAVATO MARTÍN, A.: *Comentarios Prácticos al Código Penal. Tomo VI*, ed. Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 642-643.

(109) Se castiga con pena de tres meses a un año de prisión o multa de seis meses a dos años al que para su propio uso adquiriera o posea pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

(110) Elemento subjetivo cuya carga probatoria corresponde, obviamente, a la acusación tal y como señala CUERDA ARNAU, M. L., en *Derecho Penal. Parte Especial* (coord. J. L. González Cussac), ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, *op cit.*, p. 771.

(111) Véase SSTS 1511/2005, de 27 de diciembre; y 394/1994, de 23 de febrero.

que, siendo idénticas a las anteriores, se consideran delictivas al estar presididas por la intencionalidad de capacitación terrorista cuando se llevan a cabo; y, por otro lado, nos encontramos ante la incertidumbre de poder demostrar dicha intencionalidad que dependerá de la mayor o menor benevolencia de los órganos judiciales al considerar la misma probada, pues, al tratarse de un elemento meramente interno, la inseguridad jurídica está servida.

Por otro lado, no son pocas las críticas recibidas a este respecto por quienes consideran que el delito de autoadoctrinamiento constituye una manifestación de Derecho penal de autor, al castigar formas de pensar, algo totalmente prohibido en nuestro ordenamiento jurídico. El propio Tribunal Constitucional ha reconocido el principio de culpabilidad y responsabilidad por el hecho como principio estructural básico de nuestro ordenamiento penal (112). Asimismo, la STC 59/2008, de 14 de mayo, establece que «*la responsabilidad penal es personal, por los hechos y subjetiva: que sólo cabe imponer una pena al autor del delito por la comisión del mismo en el uso de su autonomía personal. La pena sólo puede imponerse al sujeto responsable del ilícito penal; no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal ‘de autor’ que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos; y no cabe la imposición de sanciones por el mero resultado y sin atender a la conducta diligente del sujeto sancionado, a si concurría dolo, culpa o negligencia grave y culpa o negligencia leve o simple negligencia*» (113).

En el presente caso nos encontramos con que autoadoctrinarse no va más allá de una conducta llevada a cabo en el fuero interno del propio sujeto, sin intervención de terceras personas. Algo personal basado en la interiorización de ideas, doctrinas y valores que, por muy execrables que puedan resultar y se encuentren rechazados por el conjunto de la sociedad, no van más allá de la esfera interna del individuo que decide nutrirse de sus postulados y, por tanto, se trata de acciones que suponen el ejercicio de derechos fundamentales a la libertad ideológica o religiosa.

En virtud de la máxima latina *cogitationem poenam nemo patitur*, partimos de la base de que los pensamientos y formas de ser de un sujeto no delinquen y, por ende, no pueden ser castigados penalmente

(112) Véase SSTC 150/1991, de 4 de julio; 44/1987, de 9 de abril; 150/1989, de 25 de septiembre; y 246/1991, de 19 de diciembre.

(113) Véase SSTC 59/2008, de 14 de mayo; 92/1997, de 8 de mayo; 146/1994, de 12 de mayo; 76/1990, de 26 de abril; 164/2005, de 20 de junio.

en un estado de Derecho como es el nuestro (114). No obstante, nuestro currículum legislativo denota experiencias pasadas en las que se ha desembocado en la tipificación de acciones consistentes en la mera expresión de ideas, sin ir más lejos podemos hablar de los delitos de enaltecimiento del terrorismo y de justificación del genocidio (115); sin embargo, la injerencia en el ámbito de la libertad que supone el castigo de estas conductas mencionadas, responde a la idea de que las mismas consistan en incitaciones, cuanto menos indirectas, a la comisión de delitos de semejante enjundia como son los de genocidio y terroristas. No obstante, en el caso presente, tenemos que el autoadoctrinamiento no supone una incitación de ningún tipo a cometer actos delictivos en tanto en cuanto nos encontramos ante un pensamiento íntimo del sujeto, no comunicado, y que, por tanto, no tiene cabida alguna en los ejemplos que se acaban de mencionar (al no haber incitación de ningún tipo), quedando abierta la cuestión de su más que probable inconstitucionalidad

Conforme a esta dificultad de apreciar el elemento subjetivo del tipo y a las críticas al mismo por enmascarar un Derecho penal de autor, debemos traer a colación la primera resolución dictada en la materia, la SAN 39/2016, de 30 de noviembre, en la que la condena al acusado a 2 años y 6 meses de prisión, se sustentó en la valoración de la prueba documental (publicaciones en Facebook y contenidos extraídos de la memoria del teléfono móvil del acusado), pericial (basada en informes de la Oficina Central de Inteligencia de la Ertzaintza, que han diseminado el proceso de radicalización yihadista en varias fases, tal y como se expuso con anterioridad) y testifical, de los agentes que llevaron a cabo la investigación (116). La Sala se apoya en el argumento de que las publicaciones del acusado demuestran la asunción del mismo de la doctrina terrorista de DAESH, no quedándose únicamente en una actividad de proselitismo sino llegando a amenazar a todos aquellos que no compartiesen sus postulados o a los países que lucharan contra el terrorismo. Respecto a considerar probado el elemento subjetivo del tipo que, como ya sabemos, es la finalidad de

(114) CANO PAÑOS, M. A.: «La reforma penal de los delitos de terrorismo en el año 2015. Cinco cuestiones fundamentales», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 23, ed. Iustel, 2015, p. 27.

(115) El castigo de conductas de justificación del genocidio, en base al artículo 510.2.b) del Código Penal fue considerado totalmente lícito por la STC 235/2007, de 7 de noviembre, que, en cambio, declaró inconstitucional el castigo penal de conductas de difusión de ideas o doctrinas tendentes a negar actos de genocidio.

(116) «Condenan por primera vez a yihadista por adoctrinarse a sí mismo en internet» (1 de diciembre de 2016), *Agencia EFE*. Accesible en www.efe.com.

capacitarse, el Tribunal entiende que el acusado ya había asumido plenamente los postulados de DAESH, colaborando activamente en la difusión de sus actividades, fines y doctrinas, llegando a rayar el delito de colaboración, o incluso el delito de pertenencia, motivo por el cual entendió la Sala que los hechos desbordaban el delito de enaltecimiento, inicialmente calificado por el Ministerio Fiscal, y que nos encontramos ante un caso de autoadoctrinamiento terrorista, precisamente por existir un plus de gravedad y antijuridicidad. (117)

Esta pionera resolución no tardó en levantar ampollas en el sector doctrinal, muy reacio como ya hemos visto respecto a esta figura delictiva. En concreto merecen ser traídas aquí las valoraciones negativas de Cano Paños respecto a esta sentencia, quien entiende que se ha llevado a cabo una aplicación de un derecho penal de autor al calificar y penar formas de ser y de comportarse del sujeto, o incluso percepciones subjetivas que se puedan tener al respecto sobre una determinada ideología (118). Afirma que las valoraciones de la prueba realizadas por los magistrados para llegar a la conclusión de que los contenidos y publicaciones cumplían los requisitos típicos de «estar dirigidos» o «resultar idóneos», se basan en «*una serie de expresiones para cimentar jurídicamente la existencia de un delito de autoadoctrinamiento yihadista y, en buena lógica, acreditar el cumplimiento del elemento del tipo; expresiones que, no obstante, están en las antípodas de un Derecho penal, tanto sustantivo como procesal, dirigido a subsumir una determinada conducta en un tipo delictivo y a lograr acreditar la verdad material y formal de los hechos. Expresiones que, no cabe duda, crean altas dosis de inseguridad jurídica*» (119).

Debe decirse que, a favor de estas opiniones, no estaría del todo equivocado su autor cuando fue finalmente el Tribunal Supremo quien acabó anulando en casación la criticada sentencia, en su resolución número 354/2017, de 17 de mayo. Los motivos por los cuales se sustanció el recurso de casación fueron dos: el primero, «*por infracción de Ley del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por entender que dados los hechos probados, se ha infringido un precepto de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que*

(117) Véase SAN 39/2016, de 30 de noviembre.

(118) CANO PAÑOS, M. A.: «La nueva amenaza terrorista y sus (negativas) repercusiones en el ordenamiento penal y constitucional. Comentario a la sentencia de la Audiencia Nacional núm. 39/2016, de 30 de noviembre». *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 27, ed. Thomson-Reuters, 2017, *op. cit.* Accesible en: www.ugr.es/~redce/

(119) CANO PAÑOS, M. A.: «La actual amenaza yihadista y las controvertidas respuestas desde el derecho penal» (6 de marzo de 2017), *Crónica Seguridad*. Accesible en www.cronicaseguridad.com

debe ser observada en la aplicación de la ley penal, por aplicación indebida de la misma»; y, el segundo, «por infracción de precepto constitucional, por el cauce de los artículos 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del derecho a libertad de pensamiento y de expresión de los artículos 16.1 y 20 de la Constitución Española» (120).

Respecto al primer motivo, es en el elemento subjetivo del tipo donde el Tribunal entiende que se produce la infracción del precepto que da lugar a la estimación parcial del mismo. Esto es porque dicho elemento subjetivo debe quedar suficientemente probado, sin que pueda considerarse como tal la acreditación del contenido de los accesos o documentos. Aun llevada a cabo la conducta objetiva, si no se acredita la finalidad perseguida, los comportamientos serían inocuos y no punibles, más aún si se puede justificar una finalidad investigadora (como el presente trabajo) o de simple curiosidad. Es más, simplemente, si no quedase acreditada dicha finalidad, la conducta sería atípica, y ello en virtud del elemental principio a la presunción de inocencia que preside nuestro ordenamiento jurídico (in dubio pro reo).

Así pues, concluye el Tribunal añadiendo que, en el caso de autos, no ha quedado ni siquiera acreditada tal finalidad, no siendo exigible que se predicase para un atentado o actividad terrorista concreta, sino, al menos, para la comisión (en abstracto) de otro delito diverso de terrorismo. Por tanto, el motivo primero es estimado parcialmente y se concluye con la inexistencia de la comisión de un delito de auto doctrinamiento. En este sentido, la propia Sala trae a colación la STS 503/2008, de 17 de julio, sobre los atentados del 11-M (121).

(120) Recurso de casación número 10778/2016 P.

(121) La STS 503/2008, de 17 de julio, en su Fundamento Preliminar establece: «La acción terrorista es, pues, algo más que la expresión de ideas. La libre expresión y difusión de ideas, pensamientos o doctrinas es una característica del sistema democrático que debe ser preservada. Incluso, en el momento actual y en la mayoría de los países democráticos, es posible la defensa de tesis que propugnen la sustitución del sistema democrático por otro sistema político que no lo sea. La condición esencial es que esa defensa se lleve a cabo a través de vías admisibles en democracia.

Esto excluye las vías y medios violentos. Salvo los casos de apología del terrorismo o provocación al delito, incluso la mera expresión de ideas violentas, sin otras finalidades, no es todavía un delito. Puede justificar, en función de las circunstancias, y siempre con respeto al principio de proporcionalidad, una investigación, un control policial e incluso una restricción temporal de algunos derechos individuales, como por ejemplo, el derecho al secreto de las comunicaciones, en la medida en que tal forma de expresarse representa un indicio razonable de la existencia de un peligro, constituido por la posibilidad cierta de que algunos de los que participan de una u otra forma en la expresión o en la difusión de tales ideas puedan avanzar hacia la acción, o de que ya lo hayan hecho, lo que generalmente se traduce en el primer paso

Desvirtuado pues el delito de autoadoctrinamiento por la interpretación jurisprudencial expuesta, debe añadirse que el Tribunal si apreció, en cambio, la existencia de un delito de enaltecimiento del terrorismo, por lo que el acusado quedó absuelto del primer delito y, en cambio, fue condenado en casación por el segundo delito.

Respecto al segundo motivo del recurso, basado en la vulneración de los derechos fundamentales a la libertad de pensamiento y de expresión, éste fue desestimado por el Tribunal, quien expuso en la resolución un amplio repertorio jurisprudencial tanto nacional como europeo, al traer a colación doctrina tanto del propio Tribunal Supremo, como del Tribunal Constitucional (SSTC 214/1991, de 11 de noviembre; 235/2007, de 7 de noviembre; y 112/2006, de 20 de junio) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Norwood c. Reino Unido; Leroy c. Francia). En resumen, entiende la Sala que no se produjo en el caso examinado la vulneración de los derechos fundamentales alegada por el recurrente dado que las expresiones enjuiciadas se incardinan en un delito de enaltecimiento del terrorismo, la cuales, por el contenido públicamente expuesto, suponen una «*incitación indirecta y riesgo o peligro de aptitud (abstracto-concreto) de comisión de infracción terrorista*». Conductas que justifican una legítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión de sus autores,

para la constitución de un grupo más o menos organizado orientado al favorecimiento en una u otra forma, o incluso a la ejecución directa de actos terroristas.

Consecuentemente, para afirmar la existencia de una banda armada, grupo u organización terrorista, no basta con establecer que los sospechosos o acusados sostienen, y comparten entre ellos, unas determinadas ideas acerca de una religión, un sistema político o una forma de entender la vida. Es preciso acreditar que quienes defienden esas ideas, convirtiéndolas en sus fines, han decidido imponerlas a los demás mediante medios violentos, como ya se ha dicho, orientados a intimidar a los poderes públicos y a intimidar y aterrorizar a la población.

Dicho de otra forma, es preciso establecer que, desde la mera expresión y defensa de unas ideas, han iniciado de alguna forma, incluso con la decisión efectiva de llevarlo a cabo, su paso a la acción con la finalidad de imponer sus ideas radicales fuera de los cauces pacíficos, individualmente y como grupo. Tal cosa puede manifestarse de múltiples formas, aunque a efectos penales siempre será preciso algún hecho verificable y significativo, que acredite al menos el inicio de acciones encaminadas a la obtención de medios idóneos para el logro efectivo por ellos mismos o por terceros de aquella finalidad, o bien que ya han procedido de alguna forma, mediante acciones de captación, adoctrinamiento o apoyo, suministro de efectos, sustento ideológico o en cualquiera otra de las muy variadas formas en que tal clase de cooperación puede manifestarse, a colaborar con quienes ya desarrollan efectivamente tales actividades, se preparan para hacerlo o ya lo han hecho.

No basta, pues, demostrar que el acusado piensa de una determinada manera, o que contacta o se relaciona con otros de la misma o similar ideología. Es necesario, mediante la constatación de hechos significativos, probar, al menos, que ha decidido pasar a la acción».

en tanto en cuanto pueden ser definidas como manifestaciones del discurso del odio, al incitar, aun indirectamente, riesgos para las personas o para el propio orden constitucional democráticamente establecido.

Concluyendo este apartado, en consonancia con el principio de proporcionalidad, ya citado al hablar de los elementos objetivos del tipo, son totalmente acertadas las palabras de Puente Rodríguez al plantear que quien se adoctrina debe hacerlo con la finalidad de capacitarse para llevar a cabo un delito de terrorismo, y que, el enaltecimiento del terrorismo constituye un tipo delictivo de tal. Por tanto, podríamos encontrarnos en la situación de que una persona buscase adoctrinarse a sí misma con el objetivo de capacitarse para llevar a cabo posteriores actos de enaltecimiento, todo ello con la paradoja de un castigo mucho mayor para el acto preparatorio (prisión de 2 a 5 años) que para el delito para el que se ha llevado a cabo tal preparación, una vez consumado (prisión de 1 a 3 años). Es cierto, no obstante, que se está planteando una retorcida situación, pero más cierto es que dicha situación queda abierta si atendemos a la redacción del precepto objeto de estudio; por tanto, otra vez más nos encontramos ante una merma del principio de proporcionalidad probablemente provocada por el mínimo detenimiento y estudio llevado a cabo por el legislador al crear este nuevo delito y ponderar su gravedad en comparación con los ya existentes (122).

Una posible solución a este extremo podría radicar, por un lado, en determinar respecto a qué delitos de terrorismo tendría cabida este delito de autoadoctrinamiento (cuestión un tanto ardua en tanto en cuanto el tenor literal reza «*capacitarse para cometer alguno de los delitos tipificados en este Capítulo*», de forma que de esa redacción se entienden incluidos todos los delitos de terrorismo), lo cual vendría a solucionar la absurda situación de castigar el autoadoctrinamiento para enaltecer; y, por otro lado, también sería interesante que se debiese probar el concreto delito para el cual el sujeto se estaba adoctrinando, escapando así a una punición genérica del autoadoctrinamiento para delinquir, sin determinar qué tipo de delito se buscaba concretamente. No obstante, todas estas cuestiones deberán ser necesariamente atendidas, más pronto que tarde, en sede judicial (123).

(122) PUENTE RODRÍGUEZ, L.: «El nuevo delito de adoctrinamiento terrorista», *Diario La Ley*, núm. 8967, Sección Doctrina, Ed. Wolters Kluwer, 2017, *op. cit.*, p. 3.

(123) PUENTE RODRÍGUEZ, L.: «El nuevo delito de adoctrinamiento terrorista», *Diario La Ley*, núm. 8967, Sección Doctrina, Ed. Wolters Kluwer, 2017, *op. cit.*, p. 9.

5. Sujetos

Hablando ahora de los sujetos intervinientes en el delito de autoadoctrinamiento tenemos que, en primer lugar, atendiendo al sujeto activo de estas conductas, nos encontramos ante un delito común. Esto significa que la conducta típica puede ser llevada a cabo por cualquier persona física, lo cual viene reforzado por la redacción del tipo que penaliza a «*quien lleve a cabo*», expresión totalmente indeterminada que acredita la posibilidad de que dichas conductas puedan ser realizadas por cualquier individuo (124).

Por otro lado, la introducción en el Código Penal del terrorismo individual unida a la no exigencia del elemento estructural para los delitos de terrorismo, lo que significa que puede existir la figura del elemento terrorista sin necesidad de pertenencia a organización o grupo (125), nos lleva a desembocar en un delito unisubjetivo, conforme al que únicamente se precisará la intervención de un sujeto activo para entenderse realizado, aunque eventualmente puedan contribuir más (126).

Cuestión algo más controvertida es la de determinar el sujeto pasivo de estas conductas, que se corresponderá con el titular del bien jurídico protegido mediante la tipificación del presente delito. En este sentido, como ya se ha expuesto más arriba, estamos ante una conducta muy alejada de la verdadera puesta en peligro de bienes jurídicos algunos, siendo que con el autoadoctrinamiento difícilmente puede apreciarse un riesgo para la paz y seguridad públicas y, más complicado todavía, para los bienes jurídicos individuales contra los que se tuviese intención de atacar mediante el concreto delito terrorista en virtud del cual se llevó a cabo el autoadoctrinamiento. No obstante, pese a estas dificultades, tenemos que en un primer término el sujeto pasivo titular del bien jurídico colectivo sería la sociedad y el Estado, mientras que, en segunda instancia, tendríamos como sujetos pasivos aquellos titulares de los bienes jurídicos individuales que se viesen en peligro con estos preactos preparatorios (127).

(124) ORTS BERENGUER, E.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *Compendio en Derecho Penal. Parte general*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, *op. cit.*, p. 214.

(125) FERNÁNDEZ REQUENA, J.: *El delito de terrorismo urbano o de baja intensidad. Análisis del artículo 577 C. P.*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 65.

(126) ORTS BERENGUER, E.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *Compendio en Derecho Penal. Parte general*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, *op. cit.*, p. 215.

(127) CAPITA REMEZAL, M.: *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, ed. Colex, Madrid, 2008, pp. 215-216.

6. Problemas concursales

Las relaciones concursales que puedan derivarse, a consecuencia de la aplicación de este nuevo delito, no son de fácil solución. Como ya hemos visto, para que se entienda cometido el tipo, se exige una finalidad de autocapacitación para llevar a cabo cualquier delito de los recogidos en el Capítulo, cualquiera de ellos. De este modo, lo más frecuente será que quien incurre en esta modalidad delictiva también haya llevado a cabo uno o varios delitos de carácter terrorista, ya que se estaba capacitando para ello y, si no ha sido detenido a tiempo, habrá llevado a cabo la ejecución de aquellos actos para los que se estaba preparando o, cuanto menos, lo habrá intentado (128).

Así pues, en el caso de que se hayan llevado a ejecución otros actos terroristas, nos encontraríamos ante un concurso de leyes penales que debería resolverse a favor de la aplicación del delito terrorista consumado, en virtud del principio de consunción, previsto en el artículo 8.3.º del Código Penal (129), de forma que el delito de autoadoctrinamiento (acto preparatorio autónomo), quedaría absorbido en el delito terrorista que se hubiera llevado a cabo como consecuencia del primero.

Esto parece claro, pero debido a la vaguedad y poca cautela con la que se redactó el artículo 575 del Código Penal, la finalidad de capacitarse se prevé para todos los delitos de terrorismo, incluso para los que poseen una pena inferior al delito de autoadoctrinamiento, por ejemplo, la ya comentada paradójica situación de autoadoctrinarse para enaltecer. En estas situaciones, el autoadoctrinamiento no podría ser absorbido por el posterior delito cometido, precisamente por estar castigado éste con una pena inferior. Esta situación podría quedar solventada en aplicación de la norma prevista en el artículo 8.4.º del

(128) PUENTE RODRÍGUEZ, L.: «El nuevo delito de adoctrinamiento terrorista», *Diario La Ley*, núm. 8967, Sección Doctrina, Ed. Wolters Kluwer, 2017, *op. cit.*, pp. 4-5.

(129) Artículo 8 del Código Penal:

Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas:

- 1.ª *El precepto especial se aplicará con preferencia al general.*
- 2.ª *El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible.*
- 3.ª *El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél.*
- 4.ª *En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor.*

Código Penal, conforme a la cual el precepto más grave excluye a aquellos que se castiguen con una pena inferior; sin embargo, esta previsión tiene carácter subsidiario y solamente es de aplicación cuando no lo sean las anteriores.

Otra situación que, sin duda, se dará habitualmente en la práctica, es aquella en la que el sujeto, una vez consumado el delito de autoadoctrinamiento, haya llevado a cabo la tentativa, que no consumación, de los posteriores actos terroristas. De este modo, en virtud del artículo 62 del Código Penal (130), la tentativa se castiga con la pena inferior en uno o dos grados a la señalada para el delito consumado. Podría darse la situación de que un sujeto busca autoadoctrinarse para colaborar con una organización o grupo terrorista, pero dicha colaboración no llega a consumarse quedando en grado de tentativa; ante esta tesitura nos encontraríamos con que se castigaría de igual forma el autoadoctrinamiento con finalidad de autocapacitarse para colaborar con grupo u organización terrorista (prisión de 2 a 5 años), que la tentativa de colaboración con grupo u organización terrorista del artículo 577.1 del Código Penal (131) (el delito consumado se castiga con pena de prisión de 5 a 10 años, cuya pena inferior en grado, para el caso de la tentativa, sería de prisión de 2 años y 6 meses a 5 años).

Ante estas complejas situaciones que derivarían de un concurso de normas, resulta obligado plantearse si podríamos estar hablando de un concurso de delitos, de manera que se podría entender que el posterior delito cometido al de adoctrinamiento, pero como consecuencia del mismo, no absorbe todo su desvalor. Así, la aplicación de un concurso real de delitos, previsto en el artículo 73 del Código Penal (132), traería consigo una pena desmesurada al tener que sumar, a la correspondiente al delito posterior consumado o intentado, una pena de prisión de 2 a 5 años por el autoadoctrinamiento.

(130) Artículo 62 del Código Penal:

A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado.

(131) Artículo 577.1 del Código Penal:

Será castigado con las penas de prisión de cinco a diez años y multa de dieciocho a veinticuatro meses el que lleve a cabo, recabe o facilite cualquier acto de colaboración con las actividades o las finalidades de una organización, grupo o elemento terrorista, o para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo.

(132) Artículo 73 del Código Penal:

Al responsable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas.

Brecha más que evidente con el principio de proporcionalidad, cuestión ya expuesta anteriormente.

De otro modo, en términos dialécticos y a la vista de que no cabría en estos casos la aplicación de un concurso ideal, conforme al cual se exige una unidad de hecho, que no existiría, junto con una pluralidad de infracciones; defendemos aquí la hipotética aplicación de un concurso medial de delitos, el cual se encuentra regulado en el artículo 77 del Código Penal (133), habida cuenta que, la conducta de autoadoctrinamiento de la cual se exige la finalidad de capacitarse para cometer otro acto o actos terroristas, constituiría, en todo caso, el medio necesario para llevar a cabo el posterior delito. En estos supuestos, la doctrina mayoritaria entiende el concurso medial como un supuesto de concurso real cuyo tratamiento penológico es el de concurso ideal por sus particularidades (134).

Finalmente, deberá también solventarse la cuestión de si las conductas castigadas en el artículo 575.2, son de aplicación alternativa o se trata de conductas autónomas en las que cabe su aplicación conjunta. Lo último nos llevaría a la inverosímil situación de tener que castigar por un lado los accesos habituales a los contenidos idóneos o dirigidos, y sumarle a ello la misma pena prevista para la posesión de documentos idóneos o dirigidos, en el caso de que se hubieran realizado ambas conductas. Esto nos llevaría a un escenario totalmente desproporcionado en el que se podría alcanzar, en el peor de los casos, una pena de 10 años de prisión.

En definitiva, la resolución de todas estas cuestiones planteadas, de no fácil salida, corresponderá en última instancia a los órganos judiciales que deban aplicar al caso enjuiciado el controvertido pre-

(133) Artículo 77 del Código Penal:

1. *Lo dispuesto en los dos artículos anteriores no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro.*

2. *En el primer caso, se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado.*

3. *En el segundo, se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos. Dentro de estos límites, el juez o tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el artículo 66. En todo caso, la pena impuesta no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo anterior.*

(134) ORTOS BERENGUER, E.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *Compendio en Derecho Penal. Parte general*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, *op. cit.*, pp. 429-435.

cepto. Atestiguaremos, con el tiempo, si dichas controversias pueden ser, o no, solventadas.

7. Derecho comparado. El caso alemán

Concluyendo el presente análisis, viajaremos ahora a nuestro entorno comunitario para reparar brevemente sobre alguna de las legislaciones que, en materia antiterrorista, han llevado a cabo nuestros vecinos europeos, y comprobar si así podemos llegar a entender mejor esta tendencia punitiva a la que hemos arribado en nuestro país. En concreto, trataremos en este punto la modificación que se introdujo en 2009 en el Código Penal alemán con la aprobación de la Ley Para la Persecución de la Preparación de Graves Delitos Violentos contra la Seguridad del Estado, de 30 de julio de 2009 (*Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten*) (135).

De esta reforma, merece especial atención la inclusión, en el texto penal alemán, del artículo 91.1 2) (§ 91 I núm. 2 StGB, en alemán). Este precepto castiga al sujeto que, de forma autónoma, y con la intención de llevar a cabo un ataque grave contra la seguridad del estado, obtiene publicaciones de las previstas en el apartado primero de dicho artículo (publicaciones que, por su contenido, resulten adecuadas para servir de instrucción a los delitos violentos graves contra la seguridad del estado, entre otros, asesinato, homicidio, extorsión mediante secuestro y toma de rehenes) (136). Dicha conducta se encuentra castigada, no obstante, con pena de prisión de hasta 3 años o una multa (137).

A la vista de la redacción típica germana, tenemos que se exige un elemento objetivo, consistente en la obtención de determinados documentos idóneos, y un elemento subjetivo, consistente en que dicha obtención se haga con la intención de llevar a cabo un delito violento grave contra la seguridad estatal. Vemos, por tanto, que el legislador español de 2015 recogió el guante que su colega alemán le tendió en 2009, pues, dicha conducta es idéntica a la que se prevé en el artículo 575.2, párrafo tercero, del Código Penal (posesión o tenencia de

(135) PUENTE RODRÍGUEZ, L.: «El nuevo delito de adoctrinamiento terrorista», *Diario La Ley*, núm. 8967, Sección Doctrina, Ed. Wolters Kluwer, 2017, *op. cit.*, p. 2.

(136) CANO PAÑOS, M. A.: «La reforma penal de los delitos de terrorismo en el año 2015. Cinco cuestiones fundamentales», *Revista General de Derecho Penal*, núm.23, ed. Iustel, 2015, *op. cit.*, pp. 23-24.

(137) Artículo 91.1 2) del Código Penal alemán.

documentos idóneos, sumado a la finalidad de llevar a cabo delitos terroristas). No obstante, y en la línea que nos caracteriza, la legislación española ha ido, como puede apreciarse, mucho más allá, castigando como conductas de auto-doctrinamiento el acceso habitual a contenidos online. Una modalidad delictiva de nueva creación, made in Spain.

IV. PROPUESTAS

Lejos de la respuesta penal que, en virtud de su carácter fragmentario y última ratio, en absoluto debería operar frente a las conductas estudiadas, la mayoría de académicos y profesionales expertos en la materia afirman que la mejor respuesta al fenómeno radicalizador en el ideario yihadista no es otra que atacar de raíz el problema, incluso antes de su inicio, mediante la articulación de una contranarrativa eficaz diseñada para neutralizar el extremismo islamista.

No obstante, la creación, desarrollo y puesta en práctica de esta respuesta al ideario radical es sumamente compleja. Sí que es posible, sin embargo, esbozar una serie de principios que deberían estar presentes en una contranarrativa eficaz. En primer lugar, firma Miravillas Pous que el objetivo de las contranarrativas debe ser el de «*afectar a la función de las narrativas radicales como factores de intensificación de los procesos de radicalización como elementos clave del ciclo vital de las organizaciones violentas*». Con esta finalidad como punto de partida, todo contrarrelato que pretenda prosperar debe cumplir con una serie de criterios encaminados a maximizar y evaluar la eficacia de su discurso (138).

En un primer momento, resulta fundamental conocer los puntos fuertes de la narrativa yihadista, evaluando su influencia en el entorno para poder construir una alternativa opuesta. Esto consiste en conocer la influencia de los líderes mediáticos, sus recursos discursivos y las contradicciones presentes en su relato para poder utilizarlas en contra del propio discurso yihadista (por ejemplo, las organizaciones terroristas se postulan a favor de los musulmanes agraviados por los continuos ataques contra el islam, no obstante, las propias organizaciones

(138) MIRAVILLAS POUS, E.: «Inteligencia sociocultural: narrativas, contranarrativas y extremismo islamista» en *Islamismo yihadista: radicalización y contrarradicalización* (dir. Joan Antón Mellón), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, *op. cit.*, pp. 191-206.

terroristas no distinguen entre musulmanes y no musulmanes en sus ataques) (139).

Tras ello, es imprescindible determinar correctamente quién será el receptor del mensaje que pretendemos articular, evitando generalizaciones y teniendo presente que, a causa de la sociedad de la información en la que vivimos, nuestro discurso puede tener diversos destinatarios, algunos no intencionados que no forman parte del objetivo. Dependiendo de la naturaleza de nuestro discurso, éste deberá dirigirse, o bien, a quienes formando parte de la comunidad musulmana no llevan a cabo acciones políticas o lo hacen dentro de los cauces legales (discurso meramente preventivo), o bien, frente a aquellos que se mueven en acciones políticas ilegales y llegan al uso de la violencia (discurso reactivo). No obstante, nos encontramos aquí frente a dos grupos de receptores bien diferenciados conforme a los que, en el caso de terroristas y radicales, resulta muy complejo llegar a través de una contranarrativa debido al alto grado de asunción del ideario terrorista, algo que es muy difícil desmontar una vez se ha consolidado; sin embargo, frente a los simpatizantes y justificadores, los efectos del contradiscurso tienen muchísimas más posibilidades de prosperar habida cuenta de que su proceso radicalizador se encuentra en una fase inicial o intermedia, siendo más posible su reversión (140).

Definidos los pilares de la narrativa que se pretende atacar y los destinatarios a los que nos vamos a dirigir con el contrarrelato, es fundamental asegurar que el mismo es lo suficientemente competitivo para desvirtuar la supremacía del relato islamista. Esta contranarrativa debe ser capaz de levantar las emociones del público al que se enfoca, hundir los mitos que hacen atractiva la narrativa extremista, crear nuevos mitos más potentes con nuestro discurso y, muy importante, demostrar conocimiento sobre la cultura de la población donde se busca influir (141).

Alcanzado todo lo anterior, debemos centrarnos en dar credibilidad al mensaje, y para ello resulta fundamental escoger bien el sujeto o sujetos que canalizarán su transmisión, es decir, debe emitirse a través de un narrador creíble. Para contrarrestar el extremismo yihadista, lo conveniente sería articular la comunicación del contradiscurso por

(139) *Ibid.*, pp.194-195

(140) MIRAVITLAS POUS, E.: «Inteligencia sociocultural: narrativas, contranarrativas y extremismo islamista» en *Islamismo yihadista: radicalización y contrarradicalización* (dir. Joan Antón Mellón), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, *op. cit.*, pp. 195-198.

(141) CASEBEER, W. D: «Identity, culture and stories: Empathy and the war on terrorism», *Minesota Journal of Law, Science & Technology*, 2008, pp. 653-688.

medio de autoridades religiosas, académicas, antiguos terroristas arrepentidos, líderes islámicos, etc. Una elección adecuada de las personas que emitirán el mensaje resulta fundamental para que éste tenga la credibilidad suficiente para que los receptores del mismo desechen de su ideología el ideario extremista. En occidente, resulta fundamental que los propios musulmanes que aquí se encuentran asuman el papel de interlocutores del discurso antiyihadista (142).

Finalmente, y en consonancia con todo lo anterior, el relato articulado debe ser capaz de adaptarse y modificarse en atención a los cambios sociales y políticos. Con el devenir de la sociedad, debe someterse a evaluaciones periódicas para examinar qué deja de funcionar y qué continúa teniendo efecto, para poder modificarlo y adaptarlo a las circunstancias actuales. Un mensaje inflexible tiene pocos visos de prosperidad y, por tanto, poca probabilidad de causar el efecto buscado. Además, debe tenerse presente que la creación de una contranarrativa desencadenará, con toda seguridad, la articulación de contranarrativas por parte de los ideólogos del mensaje que pretendemos socavar y que buscarán destruir nuestro discurso, por tanto, la flexibilidad y capacidad de adaptación de nuestro mensaje le hará más resistente a los posibles ataques que contra el mismo pudieran devenir (143).

En este sentido, y acudiendo ahora al terreno práctico, tenemos que en nuestro entorno occidental, desde los atentados del 11 de septiembre de 2001, los mecanismos de contraterrorismo se han visto incrementados exponencialmente, no obstante, el problema, lejos de desaparecer, también se ha visto incrementado y ha evolucionado con la aparición de nuevas amenazas cada vez más heterogéneas. Todo ello ha puesto de manifiesto la necesidad de incrementar los esfuerzos de los distintos países en la lucha antiterrorista, centrados sobre todo en la prevención de la radicalización de futuros potenciales yihadistas. En el seno europeo, se presentó en 2005 la *Estrategia Europea de Lucha Contra el Terrorismo*, documento articulado en torno a cuatro ejes principales que son la prevención, protección, persecución y respuesta, que todavía marca la estrategia europea pese a haber sido objeto de varias revisiones. Asimismo, en apoyo al pilar preventivo, el Consejo Europeo adoptó ese mismo año la *Estrategia de la Unión*

(142) MIRAVITLAS POUS, E.: «Inteligencia sociocultural: narrativas, contranarrativas y extremismo islamista» en *Islamismo yihadista: radicalización y contraradicalización* (dir. Joan Antón Mellón), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, *op. cit.*, pp. 203-204.

(143) MIRAVITLAS POUS, E.: «Inteligencia sociocultural: narrativas, contranarrativas y extremismo islamista» en *Islamismo yihadista: radicalización y contraradicalización* (dir. Joan Antón Mellón), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, *op. cit.*, pp. 204-205.

Europea para Combatir la Radicalización y el Reclutamiento Terrorista, donde se focaliza el riesgo de radicalización de potenciales terroristas en Europa.

Con el transcurso de los años, y a la vista de la mutación y heterogeneización de las amenazas terroristas comentada, estas estrategias fueron evolucionando paralelamente. En 2011 tenemos que se crea la *Red para la sensibilización frente a la radicalización (RAND)*, basada en el intercambio intereuropeo de información sobre medidas y respuestas para la lucha contra el terrorismo y la radicalización. Más actual resulta la ya mencionada *Resolución 2178 (2014) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas*, en la que se exhorta a todos los Estados Miembros a que adopten las medidas necesarias para prevenir la radicalización terrorista y, en especial, a través del uso de las nuevas tecnologías e internet (144). En este sentido, un último documento relevante a nivel europeo lo constituye el *Comunicado de Prensa de la Comisión Europea de 14 de junio de 2016*, en el cual se recogen una serie de medidas de actuación a nivel de la Unión para combatir con eficacia la radicalización violenta que conduce al terrorismo, destacando la lucha contra la propaganda terrorista y el discurso ilegal del odio en internet, la lucha contra la radicalización en los centros penitenciarios, el fomento de la educación inclusiva y los valores comunes de la Unión, el fomento de una sociedad inclusiva, abierta y resiliente, el refuerzo de la cooperación internacional, el fomento de la investigación y la focalización en la seguridad.

A nivel nacional, además de la tipificación de las conductas de adoctrinamiento pasivo y autoadoctrinamiento en un ámbito totalmente desacertado, como es la respuesta penal, tenemos que también se están implantando propuestas y medidas de lucha contra la radicalización yihadista menos restrictivas de derechos fundamentales como las nuevas tipificaciones delictivas que hemos analizado. En este sentido destaca el *Plan Estratégico Nacional de Lucha Contra la Radicalización Violenta (PEN-LCRV)*, puesto en marcha por el Ministerio de Interior, aprobado el 30 de enero de 2015 en aras al cumplimiento de las directrices de la Unión Europea, y cuyo objetivo primordial se centra en «*constituir un instrumento eficaz de detección temprana y neutralización de los brotes y focos de radicalismo violento, actuando sobre aquellas comunidades, colectivos o individuos en situación de riesgo o vulnerabilidad*» (145).

(144) Resolución 2178 (2014). Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 7272.^a sesión, celebrada el 24 de septiembre de 2014. Accesible en www.un.org

(145) Desarrollo del *Plan Estratégico Nacional de Lucha Contra la Radicalización Violenta (PEN-LCRV)*. Accesible en www.interior.gob.es.

Una de las características principales de este plan se basa en la colaboración ciudadana, a través de la que se ha articulado una campaña conocida como Stop Radicalismos conforme a la que se crea el Centro de Coordinación de Información sobre Radicalización (CCIR) dentro del Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el Crimen Organizado (CITCO) de la Secretaría de Estado, donde los ciudadanos pueden, (a través de internet, teléfono, correo electrónico o aplicación móvil) informar sobre cualquier caso de radicalización, ayudando con ello a prevenir, detectar y neutralizar dichos procesos (146).

Asimismo, este plan incluye una serie de acciones formativas dirigidas a los diferentes actores implicados en la ejecución y desarrollo del mismo. Esta formación se dirige tanto a los funcionarios de la Administración como a los colectivos vulnerables o en riesgo de radicalización, así como a la sociedad civil en su conjunto. Destaca especialmente la implantación de una formación específica dirigida a los integrantes de colectivos en riesgo, a la comunidad educativa, a educadores sociales y trabajadores del ámbito penitenciario y a la comunidad sanitaria. Formación encaminada a que estos colectivos obtengan una respuesta precisa a sus necesidades, en materia de radicalización y lucha antiterrorista.

En materia penitenciaria tenemos que, en nuestro país, existe el *Programa de Intervención y Prevención para evitar la radicalización en prisión*, aprobado por la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias (SGIIPP) en 2014, conforme al cual se persigue un mayor control sobre los yihadistas en prisión, así como evitar la captación de otros presos. Este programa se centra en los presos que muestran planteamientos extremistas y violentos o buscan valerse de la prisión como un medio para reclutar potenciales terroristas. Grosso modo, las características de este programa pivotan sobre la separación de los terroristas yihadistas en distintos módulos para evitar la propagación del ideario terrorista, examen de las visitas y comunicaciones con el exterior, control de las cuentas de peculio donde los presos tienen depositado su dinero durante su estancia en prisión, registros y cacheos para

(146) La articulación del programa Stop Radicalismos, de cooperación ciudadana se articula a través de las siguientes vías de información disponibles al ciudadano:

- Página web: stop-radicalismos.es (rellenar formulario de comunicación de información).
- Aplicación ALERTCOPS
- Correo electrónico: stop-radicalismos@interior.es
- Teléfono de Colaboración: 900 822 066.

evitar la introducción al centro de documentos de ideología radical y, finalmente, inclusión en el Fichero de Internos de Especial Seguimiento (FIES), el cual cuenta con un apartado separado para los presos islamistas, a los que se les realiza un seguimiento individualizado y específico por parte de funcionarios especializados pertenecientes a la inteligencia penitenciaria. Únicamente apuntar que este fichero contiene, respecto a los presos islamistas, tres categorías, A (altamente radicalizados), B (medianamente radicalizados y potencialmente radicalizadores, esto es, sujetos que condenados por otros delitos poseen dotes de liderazgo que les caracterizan para ejercer como captadores y, por tanto, su control resulta necesario) y C (susceptibles de radicalización) (147).

En relación con lo anterior, resulta de vital relevancia el *Programa Marco de Intervención en radicalización violenta con internos islamistas*, aprobado en 2016 por la SGIIPP, conforme al que se tratará de evitar la radicalización de los presos islamistas y de los comunes en prisión. Para ello se utilizarán imanes moderados que tendrán acceso a los internos y que promoverán una contranarrativa basada en una interpretación moderada del credo religioso, desechando la justificación de actuaciones violentas y promoviendo la integración cultural y mejora del nivel educativo. Este programa atenderá a los internos FIES de categoría A de forma individualizada e intensiva con continuidad temporal, mientras que a los de categoría B y C se les llevará a cabo un tratamiento conjunto. Por otro lado, para frenar la radicalización de los potenciales sujetos en prisión, es decir, los de categoría C, se implantará un programa con tres partes que consta de un total de 19 pasos mediante los cuales se buscará el fomento del autoconocimiento, una propuesta de cambio personal y, finalmente, la inmersión en cuestiones culturales y religiosas. En definitiva, este programa busca desarticular la radicalización de los internos terroristas y evitar que esta se lleve a cabo frente a aquellos sujetos susceptibles de serlo (148).

Saltando ahora al ámbito de la minoría de edad, y habida cuenta de que el fenómeno radicalizador se gesta cada vez más en sujetos en fases previas a la mayoría de edad, son destacables las ideas vertidas por Castro Antonio, Juez Central de Vigilancia Penitenciaria y de Menores, quien aboga por la implantación de un programa de tratamiento de

(147) LEGANÉS GOMEZ, S.: «Los terroristas islamistas en las prisiones españolas», *Diario La Ley*, núm. 8962, Sección Doctrina, Ed. Wolters Kluwer, 2017, *op. cit.*, pp. 8-10.

(148) LEGANÉS GOMEZ, S.: «Los terroristas islamistas en las prisiones españolas», *Diario La Ley*, núm. 8962, Sección Doctrina, Ed. Wolters Kluwer, 2017, *op. cit.*, pp. 10-12.

menores yihadistas en el que participen víctimas de ataques terroristas. El proponente afirma que los últimos casos de menores radicalizados éstos denotan un alto grado de adoctrinamiento a través de internet, donde «consultan vídeos que justifican la yihad con alabanzas y cánticos» y «tienen la imagen del guerrero islámico como un héroe y creen que eso no es terrorismo sino la idea de un mundo más justo», siendo necesario articular un tratamiento con estos menores con carácter previo a la condena, es decir, cuando existan medidas cautelares, incluso antes todavía si fuera posible. Propuesta ésta que, no siendo todavía de aplicación, considera su Señoría que, en virtud de la Ley Orgánica 5/2000, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, debe primar siempre el interés del menor desde una perspectiva educativa, y que, por tanto, tendría grandes probabilidades de éxito en lo que respecta a la lucha contra la radicalización terrorista (149).

En definitiva, pese a todo lo expuesto, no debemos alejarnos de la realidad que nos atañe, la cual no es otra que la actual vigencia del controvertido delito de adoctrinamiento en nuestro ordenamiento penal. Si bien es cierto que el problema de la radicalización yihadista debe atacarse de raíz mediante la estructuración de una contranarrativa eficaz que desvirtúe el mensaje extremista y mediante programas de prevención tanto a nivel europeo como nacional en distintos ámbitos y cada vez a edades más tempranas, lo también cierto es que hasta que no exista una resolución sobre la constitucionalidad o no del delito de adoctrinamiento, estas conductas, lejos de atacarse en sede judicial o preventiva, son atendidas con la sanción penal. Por tanto, hasta que ese momento no llegue, lo ideal sería plantear una interpretación restrictiva de tal precepto que deberá ser tenida en cuenta por los órganos judiciales encargados de aplicarlo. Restricción que podría pasar por objetivar al máximo el concepto típico de capacitación o por limitar los delitos terroristas conforme a los cuales se podría cometer el delito de adoctrinamiento (150).

V. CONCLUSIONES

En lo que respecta a la lucha antiterrorista, nuestro país se vio obligado años atrás a hacer frente a diversas amenazas de índole

(149) «El juez Castro aboga por un programa para tratar a menores yihadistas en el que participen las víctimas del terrorismo» (30 de junio de 2017) *Europapress*. Accesible en www.europapress.es

(150) PUENTE RODRÍGUEZ, L.: «El nuevo delito de adoctrinamiento terrorista», *Diario La Ley*, núm. 8967, Sección Doctrina, Ed. Wolters Kluwer, 2017, *op. cit.*, pp. 13-14.

doméstica, lo cual le convirtió en uno de los Estados europeos pioneros en esta materia. No obstante, la nueva amenaza yihadista se erige sobre características diferenciadoras de los anteriores terrorismos, que son su clara vocación de expansión internacional y el manejo de las nuevas tecnologías e internet, lo que favorece la posibilidad de que esta amenaza surja en cualquier momento y lugar, poniendo con ello en jaque a los sistemas de inteligencia y seguridad de cualquier país.

Los procesos de radicalización en el ideario yihadista son complejos y atienden a diversas causas y variables interrelacionadas entre sí. En líneas generales, consisten en un procedimiento pautado en el cual se va evolucionando a través de distintas fases en el ideario islamista hasta alcanzar el punto máximo de radicalización y rallar el paso a la actuación terrorista.

No existe un perfil único de yihadista o de sujeto potencialmente radical, pero sí es posible esbozar una serie de características personales, sociales y ambientales, así como de motivaciones y emociones que pueden propiciar a los sujetos en quienes concurren a establecer un acercamiento con las doctrinas radicales.

Los entornos en los que se lleva a cabo la radicalización terrorista están mutando en los últimos años, produciéndose un traslado del mundo físico al mundo virtual. Resulta fundamental conocer y estudiar las distintas vías on-line a través de las cuales se lleva a cabo el proceso de autoadoctrinamiento de los potenciales terroristas, pero ello no debe hacernos caer en el error de olvidarnos de otros entornos físicos de radicalización que son verdaderos campos de captación y proselitismo, como es el caso de los centros penitenciarios.

Asimismo, estas nuevas amenazas hacen preciso que se lleve a cabo una revisión de las regulaciones existentes en lo que se conoce como el Derecho penal del enemigo, lo cual, sin embargo, no debería desembocar en una desmesurada regulación de figuras delictivas que caigan en la inobservancia de los principios y fundamentos de un Derecho penal propio de un Estado de Derecho, y por ende, que atenten contra derechos y libertades que con tanto esfuerzo y dificultad se lograron consagrar en nuestra Constitución.

La lucha contra la radicalización yihadista no puede ni debe tener como herramienta la punición penal de los derechos constitucionales a la libertad de información, ideológica y religiosa, extremo al que se ha llegado con la tipificación del delito de autoadoctrinamiento. Un tipo que ha venido de la mano de una de las más despistadas y atropelladas reformas en materia antiterrorista, que ha resucitado viejos conceptos de legislación de excepción y que, sin duda alguna, ha sido

resultado de los vaivenes legislativos e intereses políticos provocados por los atentados terroristas que dieron luz verde a su tramitación.

Este nuevo delito reencarna a la perfección la desmesurada expansión que en nuestro Estado moderno están experimentando los delitos de peligro, y dentro de éstos, los de peligro abstracto. Asimismo, supone un descarado adelantamiento de las barreras de intervención penal en fases extremadamente alejadas de la verdadera puesta en peligro de bienes jurídicos protegidos. Bienes jurídicos protegidos que, en contraposición con aquéllos que se protegen con la tipificación de los delitos de terrorismo clásicos, en este nuevo delito se difuminan hasta el extremo de no atisbar con exactitud qué valores jurídicamente relevantes se busca respaldar con la sanción de la interiorización autónoma de ideas y doctrinas, y si realmente existe puesta en peligro alguna de aquellos que, en teoría, se pretenden defender.

Por otro lado, la lectura de la conducta típica del delito de autoadoctrinamiento no lleva más que a la conclusión de que nos encontramos ante una patente vulneración del principio de proporcionalidad, pues dentro de esta figura se castigan con idéntica pena conductas cuya peligrosidad intrínseca es escandalosamente dispar. Además, lo que se castiga es la mera asunción de ideas e ideologías por el propio sujeto activo que, por muy execrables que sean y no se acepten socialmente, no van más allá del fuero interno y en ningún caso deberían recibir una respuesta penal, convirtiéndose esto en la articulación de un prohibido Derecho penal de autor. Un castigo de ideas y formas de pensar que tilda de inconstitucionalidad a esta nueva modalidad delictiva y que, en consecuencia, atenta de forma directa contra el derecho fundamental a la libertad de información, religiosa e ideológica.

Un delito cuyas conductas típicas están inundadas de conceptos jurídicos indeterminados, cuya precisión se reputará necesaria por las resoluciones judiciales que se dicten al respecto y que, precisa además la exigencia de un elemento subjetivo de difícil acreditación al que, en la mayoría de los casos, solo se podrá llegar a través de la vía indiciaria, lo cual no hace más que ahondar en una gran inseguridad jurídica. Así, este tipo, a pesar de las numerosas críticas doctrinales, también ha sido atizado por la jurisprudencia, que entiende que esta tipificación excede totalmente las exigencias internacionales bajo las cuales pretendía escudarse. Y, si lo expuesto no fuese suficiente, no son pocos los problemas concursales que plantea la aplicación del meritado tipo, lo cual precisará resolverse necesariamente en sede judicial.

En definitiva, estamos asistiendo a una figura desproporcionadamente represiva que arrasa con no pocos aspectos esenciales de nuestra identidad constitucional y democrática, bajo riesgo de restringir la

libertad en aras a una mayor seguridad que, por muchas limitaciones que se impongan, nunca será plena. Un tipo penal que únicamente debería desembocar en la declaración de su propia inconstitucionalidad y relegar la actuación contra la radicalización yihadista no a la represión, sino a la prevención, mediante la articulación de medidas que desvirtúen el mensaje radical a través de contranarrativas eficaces con las que se atacase de raíz el problema o, una vez iniciado el proceso radicalizador, lograse frenarse y ser revertido.

La amenaza de la sanción penal en estos casos no es más que contraproducente y únicamente podría llevar a acelerar el proceso de inmersión en el odio de aquellos sujetos que, sin poder ser considerados terroristas, se ven golpeados con una pena que los trata como tal.

Historia del Derecho penitenciario español

SERGIO VELÁZQUEZ MARTÍN

Universidad de Alcalá

RESUMEN

El presente trabajo versa sobre el estudio y análisis de la evolución histórica de la pena privativa de libertad en nuestro ordenamiento jurídico, así como de las distintas evoluciones de ejecución penitenciaria que se han desarrollado en nuestro país desde su origen como penalidad autónoma. El momento de inflexión en la prisión, tanto desde el punto de vista normativo como desde el punto de vista material, se producirá durante su etapa decimonónica, consiguiendo una autonomía propia que irá aparejada a la progresiva humanización en el trato de los reos. La finalidad preventivo-especial surgirá, por tanto, de un modelo de ejecución penal propio, único por sus circunstancias, configurado a través de la práctica autóctona y de la necesidad de solventar la falta de medios arquitectónicos y presupuestarios destinados a este fin.

Palabras clave: *Derecho Penitenciario. Ejecución penal. Historia del Derecho. Pena privativa de libertad. Reforma penitenciaria española.*

ABSTRACT

The main point of the present work is the study and analysis of the historical evolution of imprisonment in our legal system, as well as the different evolutions of penitentiary execution that developed in our country since its origin as an autonomous penalty. The moment of inflection in prison, from both normative and material points of view, occurred during the nineteenth century, achieving its own autonomy, which is linked to the progressive humanization of the treatment of prisoners. Therefore, special preventive finality arises from a criminal execution model, unique by its circum-

stances and established through native practice and the need to solve the lack of architectural and budgetary means for this purpose.

Key words: Prison Law. Criminal execution. History Law. Imprisonment. Spanish penitentiary reform.

SUMARIO: I. Antecedentes históricos de la pena privativa de libertad. 1. Nacimiento y lugares primitivos de cumplimiento durante la historia antigua. 2. Medios de reclusión en el derecho medieval español.–II. Bases ideológicas de la reforma. Utilitarismo, correccionalismo y humanitarismo (siglos XVI-XVIII). 1. La humanización de la pena privativa de libertad. 2. Estado, militarismo y utilidad. 3. La corrección del delincuente. 4. Conceptualización y génesis del humanitarismo. 5. La filosofía y el pensamiento ilustrado: Beccaria, Lardizábal y Bentham.–III. Los sistemas penitenciarios en España. 1. Origen de los sistemas norteamericanos. 2. El teniente general Francisco Xavier Abadía. 3. El coronel Montesinos y el sistema progresivo.–IV. La reforma penitenciaria española. El binomio protagonista: Cadalso-Salillas (siglos XIX-XX). 1. La Década Moderada y el Sexenio Democrático: El Código Penal de 1848 y las Leyes especiales de prisiones. 2. La Restauración Borbónica y la normativa correccional-tutelar.

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

1. **Nacimiento y lugares primitivos de cumplimiento durante la Historia Antigua**

Los orígenes remotos de la pena privativa de libertad son inciertos, no es posible determinar cómo surge en el ánimo de los pueblos la «*reacción social carcelaria*» como respuesta a la delincuencia. Lo que sí es posible es corroborar mediante el estudio de sus leyes como en todas las civilizaciones, de una u otra forma, cuando se adquiría cierto grado de evolución o sofisticación en la ejecución penal se recurría a ella. En un principio su utilización es tosca y solo se concibe como una vía de excepción a la generalidad de los castigos corporales o la pena de muerte; surge como una modalidad de detención procesal hasta la ejecución de la pena sobre la persona del reo. Pero si obviamos esto, el fenómeno de la prisión existió como pena autónoma, minoritaria en su uso, pero utilizada. Esta institución se fraguó a lo

largo de miles de años adquiriendo una carta de naturaleza propia, dejando una huella indeleble en los pueblos del mundo antiguo cuyos valores conformaron la cultura occidental y el pensamiento jurídico penal moderno.

En este sentido, Téllez Aguilera sostiene que en el Antiguo Egipto y en Israel ya existían prisiones donde se producía el cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad. En Egipto, este fenómeno se produjo con el surgimiento de las Prisiones de Estado pertenecientes al Faraón. Por su parte en Israel, surgirá por influencia babilónica, a partir de la promulgación del decreto del Rey Artejes dado a Esdras, donde se instituían como castigos a la Ley de Dios: la pena de muerte, el destierro, la confiscación de los bienes y la cárcel. En Oriente, la referencia más remota se encuentra en la China Imperial, en torno al año 2600 antes de Cristo, en el libro sagrado del «*Chou-King*»; en él, consta como el Emperador *Yao* impuso como castigo a un perturbador el encierro en la prisión de *Yuchan*; por otro lado, el libro del «*Lun-Yu*» ya refiere la existencia y utilización de prisiones preventivas (1). En la Grecia Clásica, no existió la pena de prisión como pena principal; sin embargo sí existió la prisión por deudas como pena subsidiaria a su impago, siendo posteriormente heredada por el Derecho Romano. Era una modalidad coactiva cuya pretensión era inducir a pagar al deudor moroso, en la que cuando se cumplía el pago quedaba en libertad. Cabe citar, en este sentido, como Platón ya sostenía la necesidad de que la pena privativa de libertad pasase a ser una pena autónoma; postulando tres tipos de prisión: la de custodia, la correctiva y la destinada a suplicios (2).

En Iberia, no existen pruebas fehacientes de la existencia de este tipo de penalidad entre los pueblos celtas e íberos, debiendo esperar hasta la conquista por parte de Roma de la Península y, con ello, a la llegada de sus Instituciones (3). La penalidad romana no concebía la idea de la privación de libertad dentro de su catálogo punitivo, si bien existieron distintas manifestaciones de encierro que exceptuaron esta norma general. La custodia del reo era la única finalidad de la reclusión, sirviendo como cárcel procesal o como lugar donde mantener al condenado hasta la ejecución de la sentencia. Esta concepción jurí-

(1) Vid. TÉLLEZ AGUILERA, A.: «Calístrato frente a Ulpiano. Reflexiones sobre la pena de encarcelamiento en el Mundo Antiguo». *Revista de estudios penitenciarios*. Número Extra 2013, pp. 237 a 256. pp. 240 a 241.

(2) Vid. TÉLLEZ AGUILERA, A.: *Los sistemas penitenciarios y sus prisiones. Derecho y realidad*. Editorial Edisofer. Madrid, 1998, pp. 25 y 26.

(3) Cfr. DORADO MONTERO, P.: *Contribución al estudio de la historia primitiva de España (El derecho penal en Iberia)*. Madrid, 1901. Reedición Editorial Kessinger Publishing, 2010, pp. 07 a 50.

dico-procesal se preceptúa con la máxima de Ulpaino de «*Carcer enim ad continendos homines non ad puniendos haberi debet*» (4). Centrándonos en esas excepciones, podemos citar como antecedentes romanos de la prisión las siguientes formas de ejecución penal. En primer lugar, cabe mencionar la prisión por deudas; esta forma de penalidad se ejecutaba en una prisión privada, donde se retenía al deudor durante sesenta días para posteriormente, en caso de no pagar, venderlo más allá del Tiber o matarlo (5).

La segunda modalidad de prisión nace durante la etapa del Bajo Imperio, como forma de trabajos forzados, existiendo dos variantes en las que se desarrolló la misma. Una consistió en el trabajo de los penados en canteras de mármol o minas de azufre, o en otros destinos realizando trabajos accesorios de menor penosidad («*damnatio in opus metalli*», «*damnatio in metallum*» y «*damnatio in ministerium metalli*», respectivamente); la otra, consistió en la ejecución forzosa de obras y vías públicas, las tareas de limpieza del alcantarillado y de los baños públicos («*damnatio in opus publicum*»). La nota característica de esta penalidad era que su imposición al reo llevaba aparejada la pérdida de la ciudadanía y, con ello, la privación de su capacidad jurídica, la disolución de su vínculo matrimonial, la confiscación de todos sus bienes y el derecho de recibir por testamento. Su condición se veía reducida a ser un mero siervo de la pena («*servus poenae*») (6).

Como tercera forma de privación de libertad, encontramos la institución del «*ergastulum*», que consistía en la reclusión ya fuera temporal, ya fuera perpetua, de los esclavos en un lugar destinado al efecto. El *paterfamilias* tenía la potestad de disciplinar o la delegación judicial de ejecutar la pena para los delitos cometidos por los esclavos que se encontraban bajo su autoridad. En caso de no realizar su cometido, se entendía que renunciaba a la propiedad de este, siendo por lo tanto enviado el esclavo a trabajos forzados de forma perpetua (7). Otra figura propia del derecho penal romano era la de la casa de dueñas, donde se recluía a las mujeres que habían cometido adulterio por un período de dos años o donde se las internaba a perpetuidad, en función de si sus maridos decidían perdonarlas o no (8). Por último, hay que mencionar todas aquellas «excepciones» que se producían en la prác-

(4) Cfr. TÉLLEZ AGUILERA, A.: *Los sistemas penitenciarios...*, op. cit., p. 27.

(5) Vid. MELCHOR Y LAMANETTE, F.: *Estudio histórico sobre la penalidad en los pueblos antiguos y modernos*. Madrid, Imprenta de la Revista Legislación, 1877, p. 26.

(6) Vid. TÉLLEZ AGUILERA, A.: *Los sistemas penitenciarios...*, op. cit., pp. 27 y 28.

(7) *Ibidem*, p. 28.

(8) En origen el tipo delictivo del adulterio iba aparejado a la pena capital, por decisión del emperador Constantino; siendo más tarde reducida la pena de la mujer a

tica jurisdiccional, que contravenían el principio de la custodia procesal de la cárcel. Así, podemos encontrarnos casos en que la privación de libertad fue la pena impuesta por el Senado, u otras ocasiones en que la falta de plazos legales para la ejecución de las sentencias conllevaba de facto una condena a cadena perpetua (9).

En cuanto a los lugares donde se confinaba a los penados, existían dos clases de prisiones: una era la «*lutumiae*», donde los presos podían moverse libremente en su interior; otra era la «*lapidicinae*», en la cual los reos permanecían encadenados. Los lugares destinados a su uso como cárceles o prisiones no eran lugares creados al efecto, sino que estaban previamente destinados a otros usos o destinos. Una de las prisiones más importantes de este estilo es la cárcel más grande de Roma, la Mamertina, construida por el Rey Anco Marcio. Esta prisión estaba construida con grandes piedras de talla sobrepuestas y ajustadas, en forma de una gran sala cuadrangular que recibía la luz de una reja colocada sobre la puerta. Bajo esta construcción, en un aljibe o colector de aguas, posteriormente se desarrolló un calabozo subterráneo denominado «*Tullianum*». Consistía aquel en una fosa con espesos muros y una bóveda cónica a modo de techo, accediéndose a la misma por un agujero circular situado en el centro de la bóveda, por donde eran descolgados los prisioneros mediante una cuerda (10).

2. MEDIOS DE RECLUSIÓN EN EL DERECHO MEDIEVAL ESPAÑOL

En la Europa del Medievo, el Derecho germánico se erigió como ejemplo de la venganza de sangre («*Bultrache*») y de la escenificación penal como formas de aplicación del castigo, eclipsando así cualquier atisbo de surgimiento de la pena privativa de libertad. Este Derecho basado en la costumbre, en los juicios de Dios y falto de cualquier garantía judicial, propició el uso de la cárcel como una medida de custodia aplicada de forma arbitraria por los reyes y señores feudales; aunque siguieron existiendo, como excepciones a la generalidad, ejemplos o formas de ejecución penal que tendrían como base la figura de la prisión. Junto a estas excepciones, se configuraron otras

la de azotes y encierro en un convento. Cfr. MELCHOR Y LAMANETTE, F.: *Estudio histórico sobre la penalidad...*, *op. cit.*, p. 39.

(9) Vid. TÉLLEZ AGUILERA, A.: *Los sistemas penitenciarios...*, *op. cit.*, p. 28 *in fine* y 29.

(10) *Ibidem*, pp. 29 y 30; y MELCHOR Y LAMANETTE, F.: *Estudio histórico sobre la penalidad...*, *op. cit.*, pp. 23 y 24.

tres modalidades de pena privativa de libertad: la prisión por deudas; la prisión de Estado; y la prisión eclesiástica (11).

El desarrollo de la penalidad medieval en el mundo hispánico surge con el «*Liber Iudiciorum*», texto jurídico vigente en el Reino visigodo de Toledo durante los siglos VI y VII. En la aplicación de la legalidad visigoda, cabe citar que los altos estamentos de la nobleza y el clero gozaban de una serie de prerrogativas cuyos privilegios les eximían de todo arresto o entrada en la cárcel, siendo respetado en la mayoría de delitos. Al margen de lo que algunos autores han denominado un «*privilegio procesal*», la figura de la cárcel procesal estuvo muy extendida en el tiempo, siendo usada como una forma de garantizar la comparecencia ante los tribunales. Bajo la rúbrica «*De custodia et sententia damnatur*», se promulgaron tres leyes referentes a supuestos relacionados con la prisión preventiva. La primera ley era de aplicación a aquellos que hubieran ayudado a fugarse a un detenido, declarando que la pena que se impondría sería similar a la del huido; la segunda, regulaba los derechos de carcelaje y gastos de custodia del reo; y la tercera se centraba en las sanciones que se impondrían a los jueces so pena de dejar libres a los detenidos. Otro supuesto interesante en el Derecho Visigodo es el de la prisión por deudas, aunque su aplicación es más infrecuente que la modalidad de custodia. Esta detención «*pro debito*» no tuvo una aplicación extensiva, ya que la falta de bienes para hacer frente al pago se resolvía en la época visigoda con la servidumbre del deudor (12).

En cuanto a la existencia de cárceles o prisiones privadas en el mundo visigodo, a diferencia de la concepción privatista romana y, pese a que en un principio concurrieron ambos fenómenos, la legislación visigoda luchó por reprimir y frenar estas prácticas extrajudiciales, limitando el uso de las fórmulas privadas o semiprivadas de resolución de conflictos. De todo esto cabe observar que, al igual que en el Derecho Romano, el Derecho Visigodo no concebía la pena privativa de libertad como una pena autónoma. La libertad como bien jurídico no tenía cabida en su mentalidad, no derivándose del encierro

(11) Ejemplos de estos «*atisbos de encierro*» son: el Edicto de Luitprando, Rey de los Longobardos, el cual establecía que debían existir en cada ciudad cárceles para que cumplieran pena de prisión los ladrones durante un período de uno o dos años; la Capitular de Carlomagno del año 813, para la corrección de los «*Boni generi*»; o el Ordenamiento de Alcalá de 1348, el cual imponía una pena de medio año de prisión para aquellos que pusieren trampas para cazar venados. Cfr. TÉLLEZ AGUILERA, A.: *Los sistemas penitenciarios...*, op. cit., pp. 30 a 34.

(12) Vid. RAMOS VÁZQUEZ, I.: *Arrestos, cárceles y prisiones en los derechos históricos españoles*. Ministerio del Interior, Dirección General de Instituciones Penitenciarias, Madrid, 2007, pp. 31 a 35.

ningún valor retributivo ni expiatorio (13). Si bien, sí pudieron existir manifestaciones de la prisión como castigo, aunque sin un desarrollo propio como sanción. Esta penalidad se aplicaba con carácter subsidiario, de forma perpetua o ilimitada, por ejemplo, a las relaciones endogámicas o la sodomía. En muchos casos la sanción secular se entrelazaba con la canónica, siendo decretado que la condena se cumpliera en un monasterio a modo de penitencia. Es a partir de este momento en el que surgirán las primeras manifestaciones de la prisión eclesiástica, como cita Ramos Vázquez: «*en el siglo XIII, cuando la jurisdicción eclesiástica asumió un abanico cada vez más amplio de causas entre seglares de las que podía conocer “ratione peccati”*» (14).

En base a este Derecho Visigodo se configuró el posterior Derecho Medieval hispánico, que se caracterizó por la «*patrimonialización*» de las penas; esto era así por lo costoso de mantener un sistema de ejecución penitenciaria, siendo más fácil establecer un sistema penal basado en penas corporales o de muerte, que en algunos casos podían conmutarse por una sanción pecuniaria o por el destierro (15). En la posterior versión del Fuero Juzgo, se mantuvo el uso de la prisión eclesiástica, basada en el encierro temporal o perpetuo del reo-pecador para su penitencia, influyendo posteriormente en el ámbito secular. Pero la concepción de la prisión y su uso siguió siendo similar en los distintos reinos de la Península, pues se trataba de una pena de derecho público que se aplicaba de forma excepcional. Su previsión legal siguió siendo la de mera custodia procesal del preventivo o condenado; si bien su uso como penalidad sustitutiva fue creciendo, así como su vertiente privada, que siguió aplicándose y siendo un problema que conllevó a las monarquías, siglos después, la apropiación y publicación del «*ius puniendi*» (16).

En la Alta Edad Media la fenomenología de la prisión privada fue en paralelo a las modalidades de reclusión que eran decretadas por la Administración de Justicia pública, dada la «*fragmentación de poderes*» típica del sistema feudal. La prisión privada surgió en la Baja Edad Media tanto como una forma de autotutela ante la falta de medios materiales de la Administración de Justicia, como de los abusos cometidos por los señores feudales sobre sus vasallos. En algunos casos, las leyes permitían el uso de las prisiones privadas para la custodia, coacción o castigo de los reos; sin embargo fue otra excepción propia de la dispersión legal y política del Medievo. A partir del

(13) *Ibidem*, pp. 35 y 36.

(14) *Ibidem*, p. 37.

(15) *Ibidem*, pp. 71 y 72.

(16) *Ibidem*, pp. 76 y 77.

siglo XI los señoríos alcanzaron mayor poder por la delegación de funciones por parte del monarca, ejerciendo la justicia real con una libertad desmedida que siguió produciéndose hasta la posterior reducción de su poder, al devenir en una manifestación ordinaria de la justicia en los siglos XIV y XV (17).

II. BASES IDEOLÓGICAS DE LA REFORMA. UTILITARISMO, CORRECCIONALISMO Y HUMANITARISMO (S. XVI-XVIII)

1. La humanización de la pena privativa de libertad

La cuestión en este sentido, como indica García Valdés, no es otra que el «*ascenso progresivo de la libertad humana*». (18). Ascenso que se irá configurando paulatinamente desde la Edad Media; la ruptura de la mentalidad ordálica dará como resultado un pensamiento más crítico, donde el convencimiento se opone al orden y lo cuestiona. Esta crisis del principio de autoridad será una de las claves por las cuales se irá forjando una nueva mentalidad que, con base en el liberalismo y en movimientos culturales como la Reforma y el Renacimiento, dotará al hombre de nuevos derechos y libertades susceptibles de ser aprehendidos, al no ser solo dueño de su cuerpo; los castigos corporales y penas infamantes comenzarán paulatinamente a desaparecer (19). Por otro lado, la penalidad evoluciona debido a una serie de «*causas ambientales*» de corte político criminal, penológicas, socioeconómicas y religiosas. Desde el punto de vista de la política criminal, como resultado de la crisis del feudalismo, del desarrollo del urbanismo en las ciudades, de las dificultades en la agricultura y, a su vez, debido también a los resultados desastrosos ocasionados por las guerras, se produjo una nuevo estrato de la población, una caterva itinerante compuesta por contingentes de menesterosos que deambulaban sin rumbo fijo por toda Europa (20). Desde una perspectiva penológica, se produce un decrecimiento en la aplicación de esta vieja penalidad, debido a que su uso estaba demasiado

(17) *Ibidem*, pp. 79 a 80; 85; y 91 y 92.

(18) Vid. GARCÍA VALDÉS, C.: *Teoría de la pena*. Editorial Tecnos, Madrid, 3.^a ed., 1985, p. 72.

(19) *Ibidem*, p. 73.

(20) Cfr. PEÑA MATEOS, J.: «Antecedentes de la prisión como pena privativa de libertad en Europa hasta el siglo XVII» en VV. AA, García Valdés (Dir.), *Historia de la Prisión. Teorías Economicistas*. Crítica. Editorial Edisofer. Madrid, 1997, pp. 70 a 71.

extendido; la reiteración en su aplicación no producía un descenso en la creciente criminalidad y, por ello, al perder su faceta intimidante, surge la mentalidad utilitaria del penado para aprovechar el producto de su trabajo en beneficio del Estado (21). Como causas a nivel socioeconómico, cabe citar lo expuesto en las últimas líneas, pues mayor es la utilidad de estas gentes sirviendo al Rey que desocupados y sin una adscripción espacial fija. Esto provocó profundos cambios en aspectos filosóficos, morales y religiosos en los cuales la visión de la pobreza se tornó como un aspecto digno de ser criminalizado (22). Por último, se encuentra el resurgimiento de la tradición eclesiástica y su unión con la dogmática protestante, que dieron lugar a la aparición de una mentalidad basada en la redención y en la posibilidad de enmienda del reo (23).

2. Estado, militarismo y utilidad

2.1 LA PENA DE GALERAS

Las galeras consistían en un servicio de naturaleza penitenciaria, en el cual se empleaba a presos rematados como galeotes para su utilización en barcos de guerra donde servían «*a remo y sin sueldo en los barcos del Rey*»; esta penalidad alcanzó su máximo desarrollo y adquirió una carta de naturaleza propia como pena privativa de libertad entre los siglos XIII a XVIII. Sus principales notas características fueron que los penados adscritos a este servicio consistían en su mayoría en civiles que habían sido sentenciados por Tribunales y Audiencias Ordinarios y, en algunos casos, por el Santo Oficio; eran custodiados por personal civil en los establecimientos terrestres (depósitos de hombres), y por personal militar en las embarcaciones (cárceles flotantes); por último, cabe citar que las normas jurídicas que regulaban su régimen de vida eran civiles, militares o administrativo-penitenciarias, en función del lugar de retención y del momento histórico que se estudie (24).

Los orígenes remotos de las galeras tienen su inicio en Francia, donde fue ideada por el armador de galeras Jacques Coeur el 22 de

(21) Vid. GARCÍA VALDÉS, C.: *Teoría de la pena*, op. cit., p. 25.

(22) Cfr. ROLDÁN BARBERO, H.: *Historia de la Prisión en España*, Instituto de Criminología de Barcelona, Barcelona, 1988, pp. 29 a 30.

(23) Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: *Teoría de la pena*, op. cit., p. 74.

(24) Vid. GARCÍA VALDÉS, C.: «Derecho penitenciario militar: una aproximación histórica». *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 39, 1986, pp. 771-836, p. 775.

enero de 1443. Carlos VII, ante la escasez de remeros voluntarios, le concedió el derecho de tomar por la fuerza a todos aquellos vagabundos, menesterosos y ociosos que encontrase. Posteriormente, en 1490, se dispuso que los tribunales franceses debieran condenar a galeras a todos aquellos delincuentes sentenciados por delitos castigados con penas de muerte o castigos corporales, conmutándoles las penas por el servicio a galeras (25). En relación a la aplicación de esta penalidad en el entorno hispano, parecen hallarse en distintos medios de ejecución penal que se aplicaban ya en el Reino de Aragón por Pedro IV en 1349, permitiendo a ciertos delincuentes conmutar su pena; o en la Ordenanza de Alcalá de 1384, como pena ante ciertos tipos delictivos. Otro antecedente previo lo encontramos en la Real Cédula de 14 de noviembre de 1502, promulgada por los Reyes Católicos, en virtud de la cual se conmutaba la pena de muerte por el servicio en las embarcaciones de la Marina Real. El verdadero desarrollo de las galeras como una penalidad estructurada, al servicio de la utilidad pública, se produce con la Pragmática de Carlos I de 31 de enero de 1530, donde se impondrá la conmutación a todo un nuevo catálogo perfectamente sistematizado de penas (penas de muerte, corporales y de destierro) (26), que vendrá a ser complementado por otras disposiciones como las Pragmáticas de 16 de mayo de 1534 y de 23 de febrero de 1535 (27).

Otros monarcas posteriores, como Felipe II, promulgaron normativas similares; en este reinado, se dicta la Pragmática de 3 de mayo de 1566, que aumentaba los años de galeras para ladrones y rebajaba la edad mínima para servir en galeras a diecisiete años. A partir de la Ordenanza para la administración y gobierno de las galeras de España, de 4 de junio de 1607, se produce la «*edad dorada*» del servicio a galeras. Los factores que según Cadalso propiciaron este desarrollo fueron: el mayor impulso de las nuevas embarcaciones; el aumento de la utilidad legislativa, según la cual si el sentenciado carecía de bienes ejecutables se le destinaba a trabajos de remo; el aumento del humanismo en la penalidad; y, por último, la concepción de la defensa

(25) Vid. RODRÍGUEZ RAMOS, L.: «La pena de galeras en la España moderna». *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 31, 1978, páginas. 259-276, p. 263.

(26) Vid. SERRANO PATIÑO, J. V.: «Del sistema de aglomeración al sistema de individualización». *Revista de Estudios Penitenciarios*. Revista núm. 259, 2016, pp. 137-256, p. 183.

(27) RODRÍGUEZ RAMOS discute, desde una perspectiva revisionista, la posibilidad de que esta sanción aparezca en las versiones directas del Ordenamiento de Alcalá, entendiéndolo que son añadidos posteriores insertos en la Novísima Recopilación. Cfr. RODRÍGUEZ RAMOS, L.: *La pena de galeras...*, op. cit., pp. 263 y 264; en relación a SANZ DELGADO, E.: *El Humanitarismo...*, op. cit., pp. 58 y 59.

social, frente al enemigo extranjero y el pirata berberisco (28). Desde 1653 se impondrá un límite temporal a su condena, limitándolo en 10 años de servicio. El servicio en galeras permaneció como pena hasta el 28 de noviembre de 1748, momento en que fue abolido por el Rey Fernando VI, por lo costoso de su mantenimiento y su falta de utilidad práctica; pasando los reos a cumplir sus penas en las minas de Almadén y en los presidios de los arsenales de Marina. Años después será restablecida la pena de galeras por Carlos III, mediante Real Orden de 31 de diciembre de 1784, desapareciendo, ya sí para siempre, mediante la Real Orden de 30 de diciembre de 1803 de Carlos IV (29).

2.2 LA GALERA DE MUJERES

Esta idea de penalidad utilitaria que se extendía a los hombres, no llegó a arraigar en el ámbito de la penalidad femenina; dadas sus limitaciones físicas y la falta de otro lugar de destino al que condenarlas a reclusión, esto llevó aparejado que se siguieran aplicando los formas de ejecución penal medievales a las que la sociedad estaba acostumbrada: muerte, penas corporales, destierro, etc. Esto imposibilitaba la conmutación de las penas por lo que, junto con el hecho de que la penalidad pública había perdido sus efectos intimidantes, derivó en la necesidad de crear una penalidad distinta, con un lugar de encierro propio y con características similares al régimen de trabajo de los galeotes, donde se recluirlía a mujeres que hubieran delinquido o pecado para que purgasen su culpa a través del arrepentimiento mediante la disciplina, la severidad y el rigor en el trato al que se verían destinadas (30). Los orígenes de esta forma de privación de libertad se remontan al Derecho Romano y en parte, al Derecho Canónico. Ejemplos de esto son la «*detrusio in monasterio*», donde se internaba a las mujeres que transgredían la moralidad imperante en la época; o la «*casa de dueñas*» romana, donde se encerraba a las mujeres adúlteras por un período que podía ser temporal (dos años) o perpetuo (31).

Las primeras Casas Galera siguen la estructura fijada por Magdalena de San Jerónimo en su «*Obrecilla*» dedicada a Felipe III en 1608,

(28) Cfr. LLORENTE DE PEDRO, P. A.: «Modalidades de la ejecución penitenciaria en España hasta el siglo XIX». *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 57, 2004, páginas 311 a 386, pp. 317 a 319.

(29) Vid. SANZ DELGADO, E.: *El Humanitarismo...*, op. cit., pp. 61 a 63.

(30) Vid. MARTÍNEZ GALINDO, G.: *Galerianas, corrigendas y presas. Nacimiento y consolidación de las cárceles de mujeres en España (1608-1901)*. Editorial Edisofer, Madrid, 2002, pp. 40 a 42.

(31) *Ibidem*, p. 42.

texto de naturaleza marcadamente religiosa y con un carácter muy rigorista sobre la conceptualización del pecado-delito y de la enmienda. Su obra se centra en las ideas de represión de la prostitución y del castigo de las formas de vida que van contra la integridad y la virtud propia de la concepción recalcitrante de la Contrarreforma (32). La finalidad principal de su sistema era preventivo general, buscaba apartar de la sociedad a las mujeres perdidas, sin perder de vista cierto toque retribucionista como castigo de la conducta inmoral pasada (33). Pero la finalidad última es la preventivo especial; de corrección y enmienda de las galerianas a través de su regeneración moral (34). El Rey Felipe III decide apoyar su obra y le asigna una dotación presupuestaria para que funde Casas Galera en las ciudades más importantes de España. La primera Galera en construirse fue la Galera de Valladolid, en 1605, concebida a partir de la idea de Casa Pía de Santa María Magdalena de la Aprobación de Valladolid; a esta le siguieron la Galera de Madrid en 1608; la Galera de Valencia en 1651, realizada en una de las Torres de Cuarte; y, por último, la Galera de Barcelona, que comenzó a funcionar entre 1709 y 1710 (35). Para terminar, cabe citar al respecto cómo se desarrollaba el trabajo en estos centros: dejando a un lado la penalidad asimilada del trabajo utilitario de las galeras de hombres, es decir, la artificiosidad de su dureza, lo que caracterizaba a este trabajo «*presidial*» era su intento de evitar la ociosidad y de sufragar los costos de las propias internas, con labores características de su condición femenina (36).

2.3 LAS MINAS DE ALMADÉN

La penosidad era el eje central en la realización de los trabajos extractivos en las minas de Almadén, donde se empleaba a los penados para conseguir el polvo de azogue. El origen de esta pena de trabajos forzados hunde sus raíces en el Derecho Romano, en concreto en la pena de «*damnatio ad metallum*», y sigue su desarrollo medieval con Alfonso X, quien prescribirá en la Partida Séptima, que los reos sirvan «*cavando en los metales del Rey*»; incluso los Reyes Católicos, el 22 de junio de 1497, dispusieron enviar delincuentes a trabajar en las minas de la Isla Española (Santo Domingo) a propuesta de Cristóbal Colón. Pero, sin perder de vista estos antecedentes, hay que tener

(32) *Ibidem*, pp. 46 a 48.

(33) *Ibidem*, p. 83.

(34) *Ibidem*, p. 51.

(35) *Ibidem*, pp. 49, 59 y 62 a 69.

(36) *Ibidem*, p. 100.

en cuenta que el trabajo en minas no se aplicará como pena separada o autónoma en España hasta el siglo xvi (37). A finales del primer cuarto de este siglo, poco después de 1525, Carlos I se vio obligado a arrendar la concesión de minas de Almadén a los banqueros Fúcares (Familia Fugger) para comprar los votos de los príncipes electores y alcanzar el trono de Emperador.

El período de vigencia de esta concesión duró desde 1565 a 1645. Este período fue el primer caso de trabajos forzados documentados en nuestra historia moderna, donde los mismos se hayan gestionados por «intereses privados»; es decir, se trataría de la primera empresa industrial con intervención de penados dentro de la penalidad hispana (38). Las condiciones de los «galeotes» (término que se extendió a los trabajadores de las minas por ser este su destino primigenio) rozaban la inmoralidad por la dureza de los trabajos asignados y por los suplicios que provocaban la falta de garantías en las galerías y hornos (39). A partir de 1645, la Hacienda Real volvería a asumir la dirección de las minas, reduciéndose paulatinamente el número de penados en los siguientes años. No será hasta la Ordenanza de 31 de enero de 1735 de Felipe V, cuando se organice el trabajo en las minas y se produzca una clasificación de todos los forzados y esclavos, que durará hasta su ya definitiva extinción por Real Orden de 22 de mayo de 1799 (40).

2.4 LOS ARSENALES DE MARINA

La modernización en las técnicas de construcción naval propició la abolición de las galeras en el año 1748. La desaparición de este «redituable» modelo de ejecución penal conllevó para la Monarquía su sustitución por otro en el que mantener y así aprovechar la mano de obra de los penados; este lugar donde extinguir las condenas serán los arsenales de Marina. A partir del año 1765 comenzarán los delincuentes condenados por delitos graves a ser sentenciados de forma significativa a arsenales, pero no se estructurará esta penalidad como la de los presidios hasta después de 1771. A partir de 1750 comienza la política de los arsenales, bajo la dirección orgánica del Ministerio de Marina, con la decisión del gobierno de construir los arsenales de El Ferrol y de Cartagena; e iniciar las ampliaciones del Arsenal de La

(37) Vid. LLORENTE DE PEDRO, P. A.: *Modalidades de la ejecución...*, op. cit., p. 320; y SANZ DELGADO, E.: *El Humanitarismo...*, op. cit., p. 70.

(38) Cfr. ROLDÁN BARBERO, H.: *Historia de la Prisión en España*, op. cit., pp. 52 a 60.

(39) Cfr. LLORENTE DE PEDRO, P. A.: *Modalidades de la ejecución...*, op. cit., pp. 321 y 322.

(40) Vid. SANZ DELGADO, E.: *El Humanitarismo...*, op. cit., pp. 71 y 72.

Carraca. La construcción de estos provocó la movilización de una gran cantidad de penados, pese a que en un principio eran reacios a enviar a presos por delitos graves; por esta razón no serían enviados hasta después de 1765. La mano de obra será primeramente sustituida por «*vagos, gitanos e indeseables*» (41). La utilización práctica de este estrato social fue decayendo progresivamente hasta 1769, año en que desapareció. Los problemas de seguridad, junto con la mala calidad de su trabajo, provocaron que la autoridad apartase a vagos y gitanos de los arsenales al ver como el programa de formación no era efectivo y como estos, tras su condena, volvían a reincidir. El decrecimiento en el uso de mano de obra esclava provocó que a partir del Decreto de 1765 se enviase a delincuentes a extinguir su pena a los arsenales en lugar de a los presidios; llegándose a especificar por Real Orden de ese mismo año que se enviasen específicamente a arsenales a presos fuertes para ser asignados a las bombas de achique (42).

La Pragmática de 1771 fue un evento imprescindible de la historia del Derecho Penal español, puesto que estableció el primer criterio de separación de delincuentes en función de sus crímenes (o mejor dicho «*de la ofensividad del reo*») (43). Se procedió a dividir a los penados en dos categorías: los de primera categoría serían destinados a presidios; los de segunda a arsenales, convirtiéndose este destino en la principal forma de ejecución penal de la península hasta su supresión en el siglo XIX (44). En cuanto al trabajo que realizaban los «*desterrados*» o «*presidarios*», este se caracterizaba por su dureza, por la extenuación que producía debido a la falta de raciones para alimentarse y por el uso de cadenas para mantenerlos controlados. El uso de estas cadenas imposibilitaba que realizasen correctamente sus tareas, por lo que se requerían dos presos para realizar el trabajo de un solo hombre. En cuanto al trabajo de los presos destinados en las bombas de achique, debían trabajar constantemente; eran forzados a trabajar de doce a catorce horas diarias, ya que el dique seco nunca estaba libre de agua. Aparte, sus condiciones de vida eran peores, se les separaba de los demás prisioneros y se les alojaba cerca de uno de los cascós de la galera en una sala cercana a las bombas de achique, donde las condi-

(41) Vid. PIKE, R.: *Penal Servitude in Early Modern Spain*. The University of Wisconsin Press, Wisconsin, first printing, 1983, pp. 66 y 67.

(42) *Ibidem*, pp. 68 a 70.

(43) Vid. SANZ DELGADO, E.: *El Humanitarismo...*, *op. cit.*, pp. 118 a 121. Vid. GARCÍA VALDÉS, C., *Régimen penitenciario en España*. Instituto de Criminología, Madrid, 1975, p. 24.

(44) Cfr. PIKE, R.: *Penal Servitude...*, *op. cit.*, pp. 70 y 71.

ciones de habitabilidad eran paupérrimas, debido a la estrechez y a la humedad (45).

Con la promulgación de la Ordenanza de Presidios Navales de 1804, surge el primer antecedente directo del sistema progresivo de cumplimiento de condenas. El aspecto organizativo y el sistema de clasificación servirán al penitenciarismo civil futuro para definir aspectos esenciales de su sistema de tratamiento correccional; elementos como son la regresión del penado a una clase inferior («*restitución*»), o la abolición del tormento. El desastre de Trafalgar en 1805 significó la ruina de la Armada española, produciendo el declive de esta penalidad. Para el año 1818, los arsenales de Cartagena y El Ferrol dejaron de estar operativos como presidios, trasladando a los internos a otras dependencias. En lo que respecta a La Carraca, siguió como destino de cumplimiento de condenas, pero nunca alcanzaría otra vez esa misma visibilidad penal (46).

2.5 LOS PRESIDIOS NORTEAFRICANOS

El presidio es «*el origen de un particular sistema. Y esa es la relevancia penal de tal modo de reclusión*» (47). Es una localización que surge como respuesta a la política de intervención española en el norte de África, sirviéndose de la labor de los penados con una finalidad utilitaria-defensiva de servicio de armas, de labores de edificación, de obras y otras afines (48). Hasta el siglo XVIII, la figura del presidio no comienza a despuntar frente a otras formas de penalidad (49), convirtiéndose con posterioridad en una experiencia propia e innovadora en el penitenciarismo europeo, al dejar en manos de los propios penados la defensa y construcción de las fortificaciones, completándose posteriormente con actividades artesanales ante la falta de civiles que cubriesen esos oficios (50). Los presidios nacieron como una penalidad propia del Antiguo Régimen, enmarcada dentro de las pretensiones de los Reinos de Castilla y Portugal para expandirse a través del norte de África durante finales del siglo XV y el resto del XVI; posteriormente se configuró como una medida de dominio del mediterráneo, a través del control de las plazas africanas se pretendía interferir

(45) Vid. PIKE, R.: *Penal Servitude...*, *op. cit.*, pp. 82 a 85.

(46) Cfr. PIKE, R.: *Penal Servitude...*, *op. cit.*, pp. 86 a 87; y SANZ DELGADO, E.: *El Humanitarismo...*, *op. cit.*, pp. 189 a 197.

(47) Vid. SANZ DELGADO, E.: *El Humanitarismo...*, *op. cit.*, p. 73.

(48) *Ibidem*, p. 74 a 76.

(49) *Ibidem*, p. 77.

(50) Cfr. ROLDÁN BARBERO, H.: *Historia de la Prisión en España*, *op. cit.*, pp. 25 y 26.

las actividades de piratería turco-berberiscas en la zona (51). Estos enclaves se dividirán en dos grupos, en virtud de su importancia: presidios mayores (Ceuta y Orán-Mazalquivir) y presidios menores (Melilla, Vélez de la Gomera y Alhucemas). La diferencia entre ambos se encontraba en la forma de cumplir la condena entre unos y otros, siendo las condiciones de vida mejores en los presidios mayores, al tener cierto comercio interior; por otro lado, los presidios menores dependían enteramente de la península, incluso de su agua (52). Es por tanto necesario en este punto dividir el análisis histórico-jurídico de los presidios norteafricanos en estas dos clasificaciones.

En lo concerniente al presidio de Ceuta, cabe señalar durante el siglo XVIII parte de la normativa que rigió la ejecución penitenciaria de los penados. El Reglamento general de la plaza de Ceuta que entró en vigor el 1 de enero de 1716, introducía diferentes grados en que podía dividirse la pena, siendo una pena de mayor entidad el envío a presidios norteafricanos; y aún más gravoso el envío para cumplirlo en el Peñón de Vélez. Otros dos importantes reglamentos a tener en cuenta de este presidio son los Reglamentos de 1743 y de 1791. Respecto del Reglamento de 1743, este no tiene un contenido propiamente correccional, siendo únicamente visible una progresiva suavización de los preceptos. En cuanto al Reglamento de 1791, este sí que refleja un mayor contenido correccional, sobre todo con los jóvenes penados. Sobre ellos indicaba que si servían como aprendices de un oficio, podían llegar a recibir un adelantamiento para servir en la Península los años de aprendizaje del mismo; también existía una política de separación de los internos frente a estos presos jóvenes, para que no pudieran influenciarlos (53).

En cuanto a los presidios menores, será a partir del siglo XVII cuando se acentúe el aislamiento y la decadencia de estos presidios; el posterior declive económico provocado por los constantes enfrentamientos con el Sultanato de Marruecos derivó en la incomunicación comercial de los presidios menores por los constantes cercos a los que se veían sometidos (54). Durante el siglo XVIII la nueva dinastía de Borbón seguirá una política similar a la de los Austria. En el plano reglamentario, hay que citar dos normativas que regirán los presidios

(51) Vid. LLORENTE DE PEDRO, P. A.: «La pena de presidio en las plazas menores africanas hasta la Constitución Española de 1812». *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 61, 2008, pp. 265 a 330, pp. 269 a 275.

(52) *Ibidem*, pp. 266 a 269.

(53) Vid. LLORENTE DE PEDRO, P. A.: *La pena de presidio...*, *op. cit.*, pp. 297. También es necesario ver SANZ DELGADO, E.: *El Humanitarismo...*, *op. cit.*, pp. 82 a 84.

(54) *Ibidem*, pp. 275 a 279.

menores: el Reglamento para los presidios menores de 23 de marzo de 1717 y el Reglamento de Presidios de 10 de diciembre de 1745. El primero era un reflejo exacto del Reglamento de Ceuta de 1716, si bien su aplicación en los distintos presidios menores fue distinto, al sacrificar «una cierta clasificación penitenciaria» inherente al ceutí por la «disponibilidad» (55). En cuanto al segundo, de carácter genérico, estableció una reducción de personal dada la calma producida por la ausencia de conflictos armados en ese momento; pasando a centrarse en la composición y sueldos de las distintas figuras que conformaban el presidio como el estado eclesiástico, la guarnición, la marinería, el hospital, o la maestranza, siendo esta última el núcleo fundamental de la disposición (56).

Durante los siglos XIX y XX, se produce el declive de la figura presidial en el norte de África. En el ámbito del presidio ceutí, el «*rigor retributivo*» de los códigos de 1848 y 1870 chocaba directamente con la eficacia propia de su modelo de ejecución penitenciaria, que permitía la implicación de los penados en la vida laboral, militar y civil de Ceuta. Con el Real Decreto de 23 de diciembre de 1889, Ceuta pasaba a convertirse en una colonia penitenciaria, configurando así por vez primera la implantación legislativa de un sistema progresivo. Con el Real Decreto de 6 de mayo de 1907, se decretará el traslado de los presidios a la Península, siendo suprimido definitivamente el presidio de Ceuta en 1911 (57).

2.6 LA PENA DE DEPORTACIÓN Y LA IDEA DE LA COLONIZACIÓN PENITENCIARIA

En base al desarrollo del racionalismo jurídico dentro de nuestras fronteras, surgió una idea de colonización exterior tomando como ejemplo los intentos foráneos de los demás países de nuestro entorno. Si bien es cierto que esta forma de penalidad se sistematizó entre los siglos XIX y XX, su práctica surge entre los siglos XVI y XVII, como forma de aprovechamiento utilitario de los penados (58). Los antecedentes de esta penalidad son diversos; según Cadalso, los antecedentes próximos se hallan en Inglaterra, Francia y Portugal. El Reino de Portugal ya estableció en Angola la primera colonia penitenciaria en 1434, si bien su presencia fue escasa y su acción se redirigió pronto

(55) *Ibidem*, p. 286.

(56) *Ibidem*, pp. 279 a 296.

(57) Vid. SANZ DELGADO, E.: *El Humanitarismo...*, *op. cit.*, pp. 85 a 88.

(58) Cfr. RAMOS VÁZQUEZ, I.: *La colonización exterior penitenciaria en España: proyectos y realidades*, en GLOSSAE. European Journal of Legal History, 09 (2012), pp. 171-202, pp. 174 y 175.

hacia el continente americano (59). Por su parte Inglaterra fue el primero de los Estados en la época moderna en codificar la deportación y en ejecutarla de forma práctica; la «*transportation*» comenzó durante los siglos XVI y XVII, concentrándose hacia el continente americano. Tras la independencia de Norteamérica en 1776 y, gracias a los descubrimientos en Oceanía del navegante Cook, el gobierno británico (mediante Decreto de 06 de diciembre de 1786) manda organizar una expedición comandada por el Gobernador Arthur Phillip, en la que se hallaban 565 penados, arribando en Nueva Gales del Sur, el 20 de enero de 1788. Hacia 1790, en vista de la falta de suministros por parte de la Metrópoli, el Gobernador Arthur Phillip decidió empezar a distribuir tierras entre los oficiales, soldados y deportados; a los reos con buena conducta o que extinguían su condena les concedió el indulto; fundando así las colonias de Rose Hill y de Norkfolk. Gracias a estas prácticas, la colonización logró prosperar (60).

Respecto a la colonización llevada a cabo por Francia, esta partía de un contexto ideológico propio, basado en el iluminismo y en las ideas revolucionarias; en base a esto, hay dos impulsos prácticos en la línea de utilitarismo penitenciario, a saber: las ideas previas surgidas a partir de 1828, a favor de la deportación en las colonias de ultramar y, la iniciativa de Napoleón III, según la cual nombraría una Comisión para este tema el 21 de febrero de 1851. La comisión decidió el 20 de febrero de 1852 establecer una colonia penal en la Guayana, en Cayena, con los reclusos que estaban internos en el penal de *Roche-fort*, el cual se suprimiría; los penados se clasificarían en dicha Colonia a partir del sistema de clasificación que establecía el Decreto de 27 de marzo y la Ley de 25 de mayo, dividiéndose los presos en tres grupos: miembros de sociedades secretas, condenados a deportación, y los presos que extinguían su condena con la traslación. Posteriormente, en 1863, se elaboraría un Decreto por el cual los penados a más de ocho años de condena deberían ser enviados a Nueva Caledonia, siendo clasificados en cuatro grupos: colonia agrícola, granja modelo, servicios públicos e incorregibles. Con este sistema de deportación penal lo que Francia pretendía era establecer un castigo más grave y eficaz que el del presidio, dada la crisis a la que se enfrentaba esta forma de privación de libertad; por otro lado, pretendía utilizar a los presos como herramientas en la colonización, y, con ello, que los mismos se establecieran allí una vez extinguida su pena; el último paso que planeaba Francia, en este sentido, para que prosperase su

(59) *Ibidem*, p.176.

(60) Vid. CADALSO y MANZANO, F.: *La Pena de deportación y la colonización por penados*, Madrid, 1895, pp. 05 a 09.

plan de modelo colonial, era que se asentara a su vez una población civil que absorbiera a los penados (61).

Por su parte, España no llegó a alcanzar ninguna experiencia en relación a la colonización penitenciaria en sus colonias (62). El primer intento de deportación a colonias se encuentra en el Real Decreto de 21 de enero de 1834, que conllevaba la expulsión a Cuba, Puerto Rico y Filipinas de las facciones opositoras al legítimo gobierno liberal, que fue suspendida en 1836 por trabajos en la Península. De nuestra historia, el único envío continuo de presos a territorios de ultramar fue el de las colonias norteafricanas, si bien nunca fue un sistema de colonización penitenciaria, sino presidial (63). A favor de esta modalidad colonial hubo multitud de argumentos; cabe destacar en este sentido a Lastres, quien recomendaba la colonización penitenciaria, por razones utilitarias, de la Guinea española, en concreto de la isla de Fernando Poo; así como también de las Islas Marianas del Océano Pacífico. La elección de la isla de Fernando Poo surge por la fertilidad de su suelo, lo cual permitiría crear una colonia agrícola con amplias plantaciones para distribuir entre los penados, así como buenas condiciones climatológicas. En cuanto a las enfermedades, indicaba que las expediciones españolas solo habían explorado las costas, si hubiesen entrado hasta la planicie interior habrían descubierto que se encontraba a gran altura sobre el nivel del mar, y allí la propagación era menor.

En cuanto a las islas Marianas, el autor cita su excelente clima y su falta de enfermedades. La dificultad partía de la lejanía de la Metrópoli; también, entre otros factores a tener en cuenta, estaba la política de maltrato sistematizado a los locales por la que el gobierno español no era bien recibido en las islas. El problema residiría en la falta de comercio y de industria en la zona y en su necesidad de emancipar la dependencia de estas colonias del gobierno de las Filipinas, para conseguir así una visibilidad propia y una autonomía que permitiesen el establecimiento de las colonias penales (64). Sin embargo, contra estos intentos colonizadores, se alzaron voces como la de Concepción Arenal, la cual postulaba que atentaba contra cualquier criterio huma-

(61) *Ibidem*, pp. 09 a 13.

(62) *Vid.* RAMOS VÁZQUEZ, I.: *La colonización exterior...*, *op. cit.*, p. 185.

(63) *Ibidem*, pp. 186 y 187.

(64) Una de las razones que imposibilitaban la creación de colonias en esta zona de Guinea era la creencia infundada de que las mujeres quedaban estériles en ese lugar, debido a las enfermedades locales. Esto impidió realizar envíos de familias de civiles para homogeneizar la población. Cfr. LASTRES, F.: *La Colonización penitenciaria de las Marianas y Fernando Poo*, Madrid, 1878, pp. 08 y 59 a 68; y también su obra *Estudios Penitenciarios*, Madrid, 1887, pp. 132 a 143.

nitario el hecho de la deportación, por la cantidad de muertes y enfermedades que llevaba aparejada; por el hambre; por lo elevado del coste del proyecto; y, en definitiva, por la falta de funcionarios que se pudieran encargar seriamente del mismo (65).

3. La corrección del delincuente

3.1 LA REDENCIÓN DEL PENADO MEDIANTE EL TRABAJO

La idea de corrección surge con Séneca, sigue con los teólogos y moralistas de los siglos XVI a XVII y se desarrolla a lo largo de la Ilustración, si bien su vertiente práctica deriva de la doctrina cristiana y se desenvuelve sobre el penitenciarismo eclesiástico. Con el correccionalismo se buscaba unir a la pena el bien del delincuente; se convertía así en medio para su enmienda. Si bien es cierto que las ideas de enmienda cristianas jamás tuvieron, como finalidad principal de la pena privativa de libertad, la corrección del delincuente, siendo supe- ditada a las demás finalidades de la pena e intereses de la sociedad (66). La finalidad preventivo-especial de la pena de prisión, unido a la humanización del trato y del entorno penitenciario, derivó en una penalidad alejada de la mera aflicción para buscar una concepción que, siglos después, se orientará hacia la corrección tutelar-tratamental (67). La aparición de las primeras Casas de Corrección se produce desde el principio como antítesis a la ociosidad imperante en las cárceles y presidios de la época. Esto parte sin duda de la moral calvinista que fue la que sentó la idea del trabajo y del esfuerzo redentor del alma a través del sacrificio personal y del arrepentimiento del culpable; todo ello en connivencia con la unión de las fórmulas de prisión eclesiástica como la «*detrusio in monasterio*» en la cual se aplicaba la máxima agustiniana de «*Ecclesia non sinit sanguinem sed contritio cordis: poenitentia*», por la que el castigo no se producía en el cuerpo del reo sino que se trasladaba a su alma, volviéndose el condenado en un penitente, que debía expiar sus pecados en un régimen de meditación en celda bajo la forma del confinamiento en solitario (68).

Los primeros ejemplos de Casas de Corrección surgieron entre los siglos XVI y XVII en Inglaterra, Holanda, Alemania y Suiza. La pri-

(65) Cfr. ARENAL, C.: *Las colonias penales de la Australia y la pena de deportación*, Madrid, 1895, pp. 133 a 150.

(66) Ver los autores citados por SANZ DELGADO en SANZ DELGADO, E.: *El Humanitarismo... op. cit.*, p. 47.

(67) Cfr. SANZ DELGADO, E.: *El Humanitarismo... op. cit.*, pp. 46 a 48.

(68) Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: *Teoría de la pena, op. cit.*, pp. 71 y 72; 75 a 79.

mera Casa de Corrección que se creó fue la «*House of Correction*» de Bridewell, en Londres, en el año 1552, y se ideó para la enmienda y corrección de aquellos vagos, indigentes y menesterosos que, aptos para el trabajo, se dedicaban a pedir limosnas. Aparecieron otras Casas similares a la de Bridewell en Oxford, Salisbury, Gloucester y Norwich; pero no será hasta la segunda mitad del siglo xvii cuando surjan las «*Workhouses*», otra modalidad de Casa de Corrección, que si extenderá su modelo con mayor éxito. Por otro lado, surgirán en Holanda, en 1596, otra serie de instituciones destinadas a la corrección de los internos mediante trabajos de hilado y raspado; estas serán las «*Rasphuis*» o Casas de Raspado, donde eran destinados al trabajo los hombres, y las «*Spinhuis*» o Casas de Hilado, donde se destinaría a las mujeres, con un régimen de trabajo equiparable al de los hombres. La finalidad del régimen interior era la de mantener al recluso bajo un trabajo constante e ininterrumpido, con un estricto régimen disciplinario para conseguir así educarle a través de una férrea instrucción religiosa. En 1600 se crea una tercera modalidad de Casa de Trabajo, destinada a jóvenes rebeldes, bajo un sistema de sentencia indeterminada. En base a esta experiencia holandesa, se construyeron en distintas ciudades de la Liga Hanseática, otros establecimientos penales con una filosofía afín, como el de Lubeck en 1613 o Hamburgo en 1629; también cabe citar siguiendo este ejemplo de Casas de Trabajo la creación del modelo de «*Shellenwerke*» suizo (69).

3.2 LA OBRA DE JOHN HOWARD: «THE STATE OF THE PRISONS» (1777)

La influencia que tuvo la figura de John Howard aún sigue emitiendo ecos en la doctrina penitenciaria actual. Nacido el 2 de septiembre de 1726, en Iower Clapton, cerca de Hackney, uno de los arrabales de la ciudad de Londres; este británico sentaría el inicio y las bases para la reforma penitenciaria posterior que se desarrollaría en la mayoría de Estados europeos. Su obra «*The state of the prisons in England and Wales*» obtuvo una visibilidad y una difusión espacial y temporal como pocas obras han tenido en el mundo de la ciencia penitenciaria. Sus primeros acercamientos a la problemática de la prisión se producen por dos experiencias concretas: primero, su cautiverio en la prisión francesa de *Brest*, donde experimentó en primera persona los problemas del hacinamiento y la falta de salubridad que existían

(69) Vid. PEÑA MATEOS, J.: «Antecedentes de la prisión como pena privativa de libertad en Europa hasta el siglo xvii», en VV. AA, García Valdés (Dir.), *Historia de la Prisión. Teorías Economicistas*. Crítica. Editorial Edisofer. Madrid, 1997, pp. 72 a 76.

entorno a los presos. El segundo hecho que encauzaría su vida hacia la reforma de las cárceles sería su elección como *Sheriff de Bedfordshire* en 1773. Bajo ese cargo se dedicó a realizar visitas periódicas a las cárceles del condado, donde criticó la falta de clasificación entre las distintas clases de penados e intentó establecer salarios para los carceleros a fin de extinguir los diversos derechos de encarcelaje existentes (70). Howard ha sido denominado en muchas ocasiones como «*el creador del Derecho Penitenciario*»; la clemencia y la misericordia que desprendía su obra sustituían así a la utilidad como elementos de la penalidad. Su obra era un compendio de la situación de todas las cárceles, casas de corrección, hospicios y prisiones de la Europa del momento. El principal fundamento de su ideario era el de la humanización del encierro en base a principios de utilidad, sencillez, higiene, economía y decoro; pretendía por primera vez subjetivizar la penalidad, poniendo el foco de atención en la persona del reo (71). Otras de las bases de su sistema reformador eran las de instaurar un régimen de educación moral y religiosa para todos los penados; imponer el trabajo e instrucción obligatorios; la posibilidad de erigir un sistema celular dulcificado y, a su vez; la eventual oportunidad de realizar acortamientos de condenas y de expedir certificados de conducta a los detenidos al salir de su encierro (72).

Su periplo para la reforma de las cárceles comenzó en primer término con visitas a los establecimientos radicados en Inglaterra e Irlanda. Con las anotaciones que había realizado de las condiciones de reclusión de los reos tenía pensado publicar una memoria en 1775, para denunciar la situación existente; pero decidió organizar un segundo viaje para conocer la realidad penitenciaria de Francia, Flandes, Holanda, Alemania y Suiza, durante el año 1776. Posteriormente, hizo en 1778 un tercer viaje cuyo destino serán las cárceles del resto de Estados europeos como Austria, Italia, Suecia, Rusia o Polonia. Todas estas experiencias las recogerá con posterioridad en la segunda edición de su obra, publicada en 1780. Seguirá de forma incansable visitando las prisiones europeas durante el resto de su vida, como demuestra su visita a España y Portugal en 1783 o su última y fatídica visita a Rusia en 1790 (73). Volviendo a lo anteriormente citado, en

(70) Vid. BEJERANO GUERRA, F.: *John Howard: Inicio y Bases...*, op. cit., p. 115 y 116. Vid. GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F.: *Crónica de la vida de John Howard...*, op. cit., pp. 104 a 115.

(71) Cfr. RAMOS VÁZQUEZ, I.: *La reforma penitenciaria...*, op. cit., p. 43.

(72) Vid. GARCÍA VALDÉS, C.: *Teoría de la pena*, Editorial Tecnos, Madrid, 3.^a ed., 1985, p. 83.

(73) Vid. BEJERANO GUERRA, F.: *John Howard: Inicio y Bases...*, op. cit., p. 117.

1777 escribirá la primera edición de su obra «*The state of the prisons in England and Wales*», fruto de su primer viaje a las cárceles de Inglaterra e Irlanda, que iría expandiéndose en sucesivas ediciones con las visitas posteriores de Howard. En cuanto al estado generalizado de las prisiones, las críticas de Howard se centraron en el estudio directo a través de la observación de las condiciones de vida de los penados, llegando a denunciar el uso común de cadenas, la falta de alimentos, las enfermedades y los castigos corporales que en ellas se venían desarrollando (74).

3.3 LA CASA DE CORRECCIÓN DE SAN FERNANDO DEL JARAMA Y LA FIGURA OLVIDADA DE PABLO OLAVIDE

La fundación de la Casa de corrección de San Fernando del Jarama tiene su origen en el Motín de Esquilache, provocando la transformación del edificio de la Real Fábrica en Hospicio. Se buscó un lugar donde mantener encerrados a vagos, mendigos y pedigüños para destinarlos al trabajo fabril a fin de volverlos «*hombres útiles*», de ahí que en 1766 se iniciara el acondicionamiento de la Real Fábrica por decisión del conde de Aranda bajo Real Orden de 01 de junio de 1766 (75), dictando que la gobernanza del Hospicio quedara bajo la dirección de Pablo Olavide. La elección del lugar se decidió por sus características insalubres (el río Jarama se desbordaba con frecuencia en época de lluvias en septiembre u octubre y esto, unido a los trabajos de tratamiento del cáñamo y de limpieza de lana en su ribera provocaba que la potabilidad del agua fuese escasa) por lo que el emplazamiento tenía un carácter provisional (76).

Las reformas en la Real Fábrica se tasaron en principio en 540.000 reales, dado que en inicio el Hospicio se diseñó para mil internos; si bien Olavide, como administrador del Hospicio y del Real Sitio de San Fernando, tuvo que reducir costes pues la cuantía inicial era exorbitante. El siguiente presupuesto realizado se cerró en 60.000 reales, iniciando las obras de reforma el arquitecto don José Gómez. En cuanto al presupuesto para el funcionamiento del Hospicio, este se tasó en 189.500 reales, buscando en principio la economía dada la ingente cantidad de internos que iban a estar destinados en él (77).

(74) *Ibidem*, p. 118 a 122.

(75) Vid. SANZ DELGADO, E.: *El Humanitarismo...*, op. cit., p. 153.

(76) Vid. RABANAL YUS, A.: *El Real Sitio de San Fernando. Historia, arquitectura y urbanismo*. Ayuntamiento de San Fernando de Henares, Madrid, 1983, pp. 64 y 65.

(77) Vid. RABANAL YUS, A.: *El Real Sitio de San Fernando...*, op. cit., pp. 67 y 297 a 301.

Olavide se encarga de establecer el régimen interior y dedica parte del presupuesto a los penados para dotarlos de salario; con posterioridad a la creación del hospicio decidirá llevar a cabo la creación de un «*hospitalillo*» para tratar el «*mal gálico*» que venía aquejando a la mayor parte de las internas. También establece una firme educación moral a través de la formación religiosa. Toda esta iniciativa se lleva a cabo con el dinero previsto para quinientos reclusos, habiendo mil internos para el mes de septiembre (78). Después de un periodo de enfermedad durante el otoño de 1766, por una breve intoxicación micológica, Olavide se centra en conseguir que los talleres del Hospicio fabricasen nuevos productos para ampliar la productividad, pero su proyecto deviene irrealizable por ser ascendido a nuevos cargos en 1767 como subdelegado de Sevilla y, posteriormente, Superintendente de las Nuevas Poblaciones (79). El 24 de julio 1767 se produce la rendición de cuentas del Hospicio y se otorga dicho puesto a don Nicolás de Rivera quien estaría al frente del mismo hasta 1770, siendo sustituido por don Tomás Anzano.

A partir de 1773 el funcionamiento del hospicio decae en su productividad de las manufacturas y empiezan a oírse voces pidiendo su traslado; las enfermedades vuelven a aparecer cada cierto tiempo y los gastos en relación a los beneficios son excesivos (80). El impulso original de Olavide se está desvaneciendo con el paso del tiempo (81). En cuanto a la mención acerca de la visita de John Howard a la Casa de corrección de San Fernando del Jarama, dicha visita se produjo en la primavera de 1783, obteniendo grandes elogios por parte del visitador de cárceles debido a las características propias del modelo sanfernandino. El régimen interno constituido en ella era inusitado para la época; la limpieza del establecimiento, la separación de sexos, la ocupación constante y el cumplimiento de los deberes religiosos, fueron los pilares de los cuales se valieron para la reforma de los internos (82). Los últimos días del Hospicio no tienen la misma visibilidad que su etapa inicial; el 22 de febrero de 1786 se produce la fuga de nueve reclusas, como causa del estado de desesperanza alcanzado por el uso de sentencias indeterminadas y de cláusulas de retención al que se veían sometidas, siendo instruido el 28 de marzo de ese mismo año

(78) *Ibidem*, pp. 68 y 69.

(79) *Ibidem*, pp. 70 y 71.

(80) *Ibidem*, pp. 71 y 72.

(81) *Vid.* RABANAL YUS, A.: *El Real Sitio de San Fernando...*, *op. cit.*, pp. 301 a 306.

(82) *Vid.* HOWARD, J.: *The state of the prisons in England and Wales with preliminary observations and an account of some Foreign Prisons*. London, 4th. ed. 1792, pp. 156 y 157.

expediente solicitado por Campomanes y Floridablanca ante Carlos III, quedando sin efecto a la muerte del Rey (83). A partir de 1800 aparece una epidemia de «*calenturas*» y el estado de la economía provoca que los internos sean llevados al Hospicio de Madrid; en 1806 se derivan a San Fernando algunos mendigos, pero pronto son trasladados. De forma definitiva, los últimos internos que tendría el Hospicio serían un grupo de quinientos soldados franceses heridos, retenidos bajo la consideración de prisioneros de guerra (84). El caso de la Casa de corrección de San Fernando es uno de los primeros ejemplos hispanos del intento de reinserción social y de resocialización, llegando a ser considerada por Garcíá Valdés como «*el origen de la pena privativa de libertad en nuestro país*» (85).

3.4 LA CORRECCIÓN DE LOS JÓVENES

En los albores de la pena privativa de libertad, el encierro y su ejecución se practicaba de forma similar frente a todos los penados. En esencia, no existía ningún tipo de criterio de clasificación interior, siendo destinados en los mismos espacios de confinamiento tanto preventivos como penados en los que recaía sentencia firme; no había separación por sexos entre hombres y mujeres y, desde luego; no se diferenciaba el trato entre adultos e infantes. Este último criterio de separación será el último en producirse históricamente, y vendrá apoyado por la labor asistencial de los Hospitales y Cofradías de la Misericordia. Estas organizaciones de profunda inspiración religiosa, basadas en una interpretación pietista del cristianismo, concentraron sus esfuerzos en evitar la miseria de los presos surtiéndoles de enseres tales como vestimenta o alimentos, ayudándoles mediante limosnas y encargándose de organizar sus sepelios cuando llegase la hora de su muerte (86).

Las Cofradías españolas surgieron de la imitación del modelo establecido en la Cofradía primitiva de Florencia creada en 1244 por Pedro Borsi. Ejemplos de este tipo en nuestro país serán el Hospital de la Misericordia de Barcelona, creado en 1583 y el Hospital de la Misericordia de Zaragoza, creado a su vez en 1669. Su estructura, objetivos y funcionamiento estaban encaminados a ejercer una acción protectora del menor, buscando lograr su enmienda y tutela. Tras su paso por

(83) Vid. SANZ DELGADO, E.: *El Humanitarismo...*, op. cit., p. 151.

(84) Cfr. RABANAL YUS, A.: *El Real Sitio de San Fernando...*, op. cit., pp. 89 y 90.

(85) Vid. GARCÍA VALDÉS, C.: *Teoría de la pena*, op. cit., p. 78.

(86) Vid. GARCÍA VALDÉS, C.: *Los presos jóvenes (Apuntes de la España del XIX y principios del XX)*. Ministerio de Justicia. Madrid, 1991, pp. 21 a 22.

estos centros, al acreditar que habían adquirido buenas costumbres y aprendido un oficio, se les otorgaba la libertad a través de una licencia expedida por el Director que certificaba la finalización de este periodo tutelar. Tras esto, el interesado debía presentar este certificado a la Justicia de la vecindad donde se estableciese a vivir (87). Toda esta mentalidad tiene a su vez origen en otra figura propia, particular de nuestra orografía penitenciaria, que no es otro que el Padre de Huérfanos; esta institución de carácter tutelar y correccional se desarrolló durante siglos para disciplinar a jóvenes mendigos u holgazanes a fin de educarlos moralmente e instruirles en algún oficio mecánico. Sus funciones eran tanto de protección o curatela del menor, como de asistencia social; al mismo tiempo también se encargaba de la corrección disciplinaria de los jóvenes y tenía una potestad de protección social cuasi-policial; siendo su figura una institución de naturaleza jurídica fundamentalmente administrativa (88).

Pero esta situación de regímenes tratamentales separados no fue sino la excepción. Desde el siglo xv al siglo xviii el encierro de estos niños y jóvenes se vino realizando en los mismos lugares donde se mantenían cautivos a adultos y delincuentes peligrosos. Pese a que se abrieron Hospicios y asilos para estos jóvenes, el principio más extendido siguió siendo el del encarcelamiento aglomerado. El avance de la Reforma penitenciaria se materializó en España a través de la fundación de las primeras Casas de refugio; este tipo de instituciones tomaron, al igual que sucedió con las Cofradías, su inspiración de las instituciones correctivas de origen italiano. En cuanto a lo extendido del modelo hospicial, si bien es cierto que se constituyó como un avance frente a las modalidades de ejecución penal previas, en la práctica se siguieron sirviendo de los menores para destinarlos al servicio de bajeles, arsenales u obras públicas (89). La falta de evidencias claras, junto con la imposibilidad arquitectónica de muchos edificios, nos lleva a pensar que, salvo en casos puntuales, no llegó a producirse la separación entre niños y adultos, siendo esta una necesidad latente (90).

(87) Real Cédula de 11 de enero de 1784; Novísima Recopilación, L. 2, Tít. 32, Lib. 12. Vid. GARCÍA VALDÉS, C.: *Los presos jóvenes*, op. cit., pp. 22 in fine a 24.

(88) Figura que tiene origen en el Privilegio otorgado por Pedro IV de Aragón a la ciudad de Valencia, el día 06 de marzo de 1337. Posteriormente, esta figura será ratificada y perfeccionada por los Reyes Carlos I, Felipe II y Felipe IV. Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: *Los presos jóvenes*, op. cit., pp. 11 a 21.

(89) Como expone la Real Orden de 27 de junio de 1791 promulgada por Carlos IV, los condenados de más de doce años de edad, siempre que fueran robustos, se destinarán para el cumplimiento de sus condenas a los Batallones de Marina.

(90) Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: *Los presos jóvenes*, op. cit., pp. 25 a 28.

El último apartado al que haremos referencia dentro de la corrección de los jóvenes será el de la figura de don Toribio Velasco, fundador de «*Los Toribios de Sevilla*», institución que fue el antecedente directo de todas las Casas de reforma. Este lugar se concibió como un edificio donde recoger a los jóvenes vagos, huérfanos, y demás desamparados para realizar una labor correccional basada en la formación educativa y religiosa y en el aprendizaje de un oficio. Su labor llegó a ser tan ampliamente valorada que se le atribuyó la posibilidad de detener y recluir en la casa a aquellos vagos y mendigos menores que tuviese por conveniente. A partir de 1766, cuando la Dirección unipersonal del centro se cambió por una Comisión de treinta personas, se modificó el régimen interior pasando de unos principios flexibles de bondad y enmienda a un régimen mucho más estricto al que serían destinados jóvenes incorregibles y peligrosos (91).

4. Conceptualización y génesis del Humanitarismo

La mejor forma de conocer este movimiento ideológico, esta modalidad de ejecución penal y penitenciaria, es a través de su definición: «*El Humanitarismo se expresa en la reducción y dulcificación de las sanciones, disminuyendo la aplicación de la pena de muerte y la crueldad de sus formas de ejecución, casi desapareciendo los castigos corporales y, por el contrario, desarrollándose sensiblemente las penas de prisión, reflejo de una nueva sociedad que valora como modelo e ideal de bien personal la libertad*» (92). Así, los elementos constitutivos que darán lugar al Humanitarismo son las ideas abolicionistas de la pena de muerte y de la dulcificación de las demás formas de penalidad, propuestas por el movimiento ilustrado; la pena vista solo desde la finalidad retributiva cederá ante otras consideraciones, la mera aflicción dará lugar a una nueva visión del mundo tras el iluminismo del último tercio del siglo XVIII (93). La tesis retribucionista «*quia peccatum est*» se abrirá permitiendo dar paso a las teorías de la prevención «*sed ne peccetur*» (94). Por ello, el siglo XIX será la etapa determinante donde se impondrá la aplicación de estos postulados ilustrados y humanitarios de finales del siglo XVIII, con este proceso «*toma carta de naturaleza la reacción social carcelaria, como reme-*

(91) *Ibidem*, pp. 84 y 85.

(92) Vid. SANZ DELGADO, E.: *El Humanitarismo... op. cit.*, p. 23, citando a FIGUEROA NAVARRO, M. C. en *El proceso de formación de nuestra legislación penal*, p. 329.

(93) *Ibidem*, p. 45.

(94) Vid. GARCÍA VALDÉS, C.: *Teoría de la pena, op. cit.*, p.13.

dio punitivo acorde con la nueva época que empieza a anunciarse» (95). A partir de este momento es cuando se produce el declive de la penalidad eliminatória y se establecen los principios que permitirán sentar las bases del régimen penitenciario posterior que permitirán el desarrollo de la reforma penitenciaria (96). Como efecto de este proceso de cambio, la humanización del trato a los reclusos terminaría por configurarse a principios del siglo xx, en donde el estímulo y la recompensa de las instituciones regimentales premial y gracial llegaron a perfilarse como el principal mecanismo de ayuda a la función penitenciaria correccional, frente al miedo al castigo del régimen disciplinario (97).

5. La filosofía y el pensamiento ilustrado: Beccaria, Lardizábal y Bentham

5.1 EL PENSAMIENTO DE BECCARIA EN «DE LOS DELITOS Y DE LAS PENAS» (1764)

En primer lugar, cabe contextualizar el pensamiento beccariano, si no como el origen primigenio, sí como el germen de los futuros postulados de la ciencia penal moderna, siendo considerado por muchos autores como el padre de la Escuela Clásica del Derecho Penal (98). Su principal logro fue sistematizar de forma coherente los principios racionalistas de los pensadores ilustrados de la época, criticando la oscuridad de las leyes absolutistas, la dureza de las penas y la arbitrariedad judicial existentes (99). En cuanto al pensamiento de Beccaria, este reside en la obra «De los delitos y las penas». En esta obra desarrolló una nueva conciencia jurídica (100) que nace del fundamento del contrato social, de la necesidad que tiene cada individuo de sacrificar parte de sus derechos y libertades para poder unirse en sociedad y gozar de la tranquilidad que proporciona la protección de este ente colectivo (101). Estas porciones de libertad sacrificadas forman la soberanía nacional, de la cual emana el derecho de castigar de los

(95) *Ibidem*, p. 72.

(96) *Vid.* SANZ DELGADO, E.: *El Humanitarismo... op. cit.*, p. 16.

(97) *Ibidem*, pp. 50 y 51.

(98) RAMOS VÁZQUEZ, I.: *La reforma penitenciaria..., op. cit.*, p. 95.

(99) *Cfr.* MORENO CASTILLO, M. A.: *Estudio del pensamiento de Cesare Beccaria..., op. cit.*, pp. 95 a 98.

(100) En atribución a Mondolfo, R.: «Cesare Beccaria y su obra» *cfr.* CASTILLO, M. A.: *Estudio del pensamiento de Cesare Beccaria..., op. cit.*, p. 99.

(101) *Cfr.* BECCARIA, C.: *De los delitos y de las penas*, 1764. Alianza Editorial. Madrid, 2014, p. 41.

soberanos (102). Beccaria entiende que la pena debe guardar una proporción geométrica, aritméticamente perfecta con el delito; la pena existe para «*impedir el mal efecto sin destruir la causa impelente, que es la propia sensibilidad inseparable del hombre*» (103), por tanto no debe existir error en la graduación de las mismas (104), para que la pena sea efectiva basta con que «*el mal exceda al bien que nace del delito*», todo lo que rebasa esto no es más que un acto innecesario y cruel (105).

La finalidad de la pena es la de prevenir el delito (prevención general y especial), evitar que el penado reincida y a su vez que la ejecución de esta sirva como ejemplo al resto de individuos de la sociedad (106). Otro elemento sobre el que Beccaria pone énfasis es el de la prontitud en el castigo; equipara prontitud a justicia pues con ello se evita prolongar el tormento y la incertidumbre en los hombres. La cárcel ha sido concebida como elemento de custodia, es una medida cautelar que se impone a un ciudadano y este, bajo esa condición, sigue siendo libre. La prontitud a su vez sirve para asociar términos en la mente del penado, pues delito y pena, acto y consecuencia, se asocian cuanto menor lapso de tiempo pase entre uno y otro (107). Los últimos dos pilares del pensamiento de Beccaria a los que vamos a hacer alusión son las figuras de la pena de muerte y la prisión. La primera, suplicio execrable reiterado en el tiempo por el hombre; la segunda, mal necesario sin remedio aparente. Beccaria razona que el hombre ha cedido a la colectividad porciones de su libertad para configurar la soberanía nacional; si bien, continúa, nadie daría el mayor de sus bienes (la vida) para que otros se la arrebatasen, por lo que la pena de muerte no se puede configurar «*como derecho [...] sino como una guerra de la nación contra un ciudadano*». Beccaria solo acepta en dos casos la pena de muerte: por seguridad de la nación, o en el caso de que la muerte del individuo pueda frenar la comisión de delitos o las revueltas de otros ciudadanos (108). En cuanto a la prisión, se centra en el concepto de cárcel procesal, y postula que deberían huma-

(102) *Ibidem*, pp. 42 y 43.

(103) *Ibidem*, pp. 51 y 52.

(104) Para la graduación a la que hace alusión BECCARIA se ha de tomar en consideración como criterio de gravedad del injusto el daño ocasionado a la nación y no la intencionalidad del autor o la dignidad del ofendido. De ello deriva el concepto de utilidad común de la justicia y sin dicha graduación no puede existir una verdadera clasificación de los delitos. Cfr. BECCARIA, C.: *De los delitos...*, op. cit., pp. 55 y 56.

(105) *Ibidem*, pp. 96 y 97.

(106) *Ibidem*, p. 64.

(107) *Ibidem*, pp. 82 a 85.

(108) *Ibidem*, pp. 98 a 107.

nizarse las penas, mejorar la sanidad y la salubridad de los lugares de reclusión y proceder a la separación de los que están a la espera de juicio respecto de los condenados (109).

La llegada de esta obra a España se produjo una década después de su redacción en italiano. En 1774 Juan Antonio de las Casas inicia un arduo proceso burocrático para su impresión, ya que para ello tuvo que conseguir un dictamen favorable de la Real Academia de Historia que llegaría el 17 de junio de ese mismo año (110). El fiscal Campomanes del Consejo de Castilla autorizó su impresión, si bien Juan Antonio de las Casas realizó un prólogo a la obra para desvincularse de las posibles objeciones de la Inquisición; la cual, el 20 de junio de 1777, promulgó un edicto en el que se prohibía su lectura (111). Esta obra supuso un avance en el pensamiento de los ilustrados españoles como Jovellanos, Meléndez Valdés, Vizcaíno Pérez o Lardizábal; incluso el gobierno de Carlos III promovió su publicación en castellano puesto que deseaba la consecución de reformas en la legislación penal, por lo que promovió paulatinamente estos pensamientos de utilidad en la pena y de menor tormento para el reo (112).

5.2 MANUEL DE LARDIZÁBAL Y URIBE Y SU «DISCURSO SOBRE LAS PENAS» (1782)

El pensamiento de Lardizábal, aunque tomaba elementos surgidos de la ideología de Beccaria, es distinto en cuanto a su concepción, pues las bases de sus sistemas son distintas (113). No solo esto, también el contexto cultural y social de cada uno era diferente, pues Beccaria es un joven aristócrata lombardo, de Milán, y está sometido al gobierno despótico de Viena; Lardizábal, en cambio, es un magistrado experto del Derecho, maduro y experimentado, proveniente de México y afín al régimen absolutista castellano (114). Pese a que los pensamientos de Beccaria eran innovadores en este contexto iluminista de finales del siglo XVIII, el Discurso de Lardizábal aventajaba al de Bec-

(109) *Ibidem*, pp. 108 a 111.

(110) *Vid.* DELVAL, J. A.: *Beccaria en España*, en BECCARIA, C.: *De los delitos y de las penas*, 1764. Alianza Editorial. Madrid, 2014, pp. 209 y 210.

(111) *Ibidem*, pp. 211 a 213.

(112) *Cfr.* DELVAL, J. A.: *Beccaria en España...*, *op. cit.*, p. 211 en relación a MORENO CASTILLO, M. A.: *Estudio del pensamiento de Cesare Beccaria...*, *op. cit.*, pp. 108 a 110.

(113) *Ibidem*, pp. 217 y 218.

(114) *Vid.* GARCÍA VALDÉS, C.: «Una nota acerca de los orígenes de la prisión», en VV. AA, García Valdés (Dir.), *Historia de la Prisión. Teorías Economicistas. Crítica*. Editorial Edisofer. Madrid, 1997., p. 400.

caria al desenvolver la concepción utilitaria de la pena con un elemento ético: la corrección del penado. Este elemento era propio de la tradición senequista y cristiana española; la idea pietista de la enmienda en atención a la persona del reo es el modelo que tendrá futuro en el desarrollo de la configuración de los distintos sistemas penitenciarios venideros (115).

El pensamiento absolutista de Lardizábal (116) coincidía con el de Beccaria en que el origen mismo de la soberanía (y con esto el derecho de castigar) surgía del contrato o pacto social; si bien Lardizábal entendía que los hombres, para unirse en sociedad, habían decidido ceder todos sus derechos y libertades a la figura del monarca pues este había sido elegido por la divinidad para su entera protección (117). En desarrollo de sus ideas, explica que el castigo debe ser público, pronto, y no debe volverse cruel ni atroz, pues el reo se acostumbraría al mismo y se endurecería. La pena ha de ser irremisible pues tal crueldad deriva en la inaplicación por parte del juez y en el miedo de la víctima a entregar a sus semejantes a la justicia (118). La finalidad de la pena es la de mantener la seguridad de los ciudadanos y también la de cuidar la «salud de la república» (119); es decir, debe tender a la reparación del daño social causado por el penado y, a su vez, servir para proteger y garantizar la seguridad de los ciudadanos. Pero, a este fin se subordinaba otro, pues su carácter público y ejemplarizante debía equilibrarse con la finalidad correctiva de la pena (120).

La medida con la que debían aplicarse las penas era correlativa a los fines que se perseguían, la obtención de los mismos no requería de exceso en el castigo, pues más que corregir la conducta del reo o servir como advertencia para la generalidad de la sociedad, la ejecución penal se tornaba en un espectáculo cruel y dantesco, que excedía todo límite de justicia y equidad (121). Frente a la medida que determinaba Beccaria para establecer el límite de los castigos y las penas (el daño

(115) Vid. SANZ DELGADO, E.: *El Humanitarismo...*, op. cit., pp. 156 y 157.

(116) La moral tradicionalista de Lardizábal y su adscripción a la monarquía absolutista se recoge en varios pasajes de su obra, en este caso ver como ejemplo: L. 6, Tít. 25, Partida 7: «les confirió Dios el Señorío de los pueblos, porque la justicia fue guardada por ellos». Vid. LARDIZABAL Y URIBE, M.: *Discurso sobre las penas*, 1782. Editorial Comares, Granada, 1997, p. 11.

(117) Vid. RAMOS VÁZQUEZ, I.: *La reforma penitenciaria...*, op. cit., p. 127.

(118) Cfr. LARDIZABAL Y URIBE, M.: *Discurso sobre las penas*, 1782. Editorial Comares, Granada, 1997, pp. 33 a 35; 39 a 41.

(119) *Ibidem*, p. 46.

(120) Vid. RAMOS VÁZQUEZ, I.: *La reforma penitenciaria...*, op. cit., pp. 130 a 131.

(121) Cfr. LARDIZABAL Y URIBE, M.: *Discurso sobre las penas...*, op. cit., pp. 48 y 49.

hecho a la sociedad), Lardizábal creía que con ello se destruía la moralidad de las acciones pues «*para imputarse debe atenderse principalmente al conocimiento y deliberación con que se ejecutan*». La verdadera medida y cantidad de la pena debe tener en cuenta el daño a la sociedad pero también la seguridad y tranquilidad de los particulares (122). En cuanto a los diversos géneros de penas, existen cuatro variedades: «*la vida del hombre, su cuerpo, su honra y sus bienes*». En base a estas cuatro variedades de pena, Lardizábal establece que tipos de pena son útiles para la sociedad (123). La pena capital para Lardizábal era necesaria, pues entendía que el contrato social era desigual, al permitir a los hombres no ceder su derecho a la vida pero sí tener la posibilidad de cercenársela a otros. La muerte en su vertiente ejemplarizante permitía dejar una impronta indeleble en la mentalidad colectiva; Lardizábal la muestra como una institución más útil que la prisión (*o esclavitud perpetua*) y más fácil de realizar, dado que la custodia de los reos exige una vigilancia y atención constante (124).

Después de la vida del hombre está su cuerpo, si bien la aflicción y el dolor no son útiles salvo para satisfacer la venganza (125). En vez de corregir al delincuente, que es la finalidad de la pena, lo corrompe y martiriza; tanto las mutilaciones como los azotes son inútiles pues de ellos no se puede obtener beneficio alguno (126). En cuanto a los presidios y arsenales, la crítica surge de reducir a todos los penados a la misma situación infame; los penados vuelven igual o más incorregibles. La cualidad de la pena es la misma para todos los presos, no hay diferencia de trato por la condición de estos en base a una previa clasificación (127). Para ello propone como sustitutivo las casas de corrección, donde la pena se desarrollaría de forma individualizada en atención al penado, buscando una proporcionalidad entre el delito cometido y la pena (128). Por último, cabe citar de su Discurso la crítica que hace a la figura de la cárcel; si bien la cárcel es una forma de custodia, para algunos delitos se venía utilizando como pena. Allí los preventivos sufrían toda clase de torturas y vejaciones, su moral se

(122) *Ibidem*, pp. 53 a 55.

(123) *Ibidem*, p. 75.

(124) *Ibidem*, pp. 83 a 88.

(125) «*Ad vindictam veniendum, non quasi dulce sit vindicare sed quasi utile*»
La venganza se ha de tomar, no porque sea dulce el vengarse; sino porque es útil.
Séneca *De Ira* l.2 c.23.

(126) Cfr. LARDIZABAL Y URIBE, M.: *Discurso sobre las penas...*, op. cit., pp. 91 a 95.

(127) *Ibidem*, p. 95.

(128) Vid. RAMOS VÁZQUEZ, I.: *La reforma penitenciaria...*, op. cit., p. 132.

pervertía y los vicios que no tenían antes los adquirirían de los presos que si tenían sentencia condenatoria (129).

5.3 JEREMY BENTHAM Y LA INFLUENCIA DEL UTILITARISMO EN LA PENA: EL PANÓPTICO (1821)

Su principal aportación al Derecho es la creación del principio de utilidad, según el cual la utilidad general de las leyes es el principio básico del legislador; a través de la aplicación de este principio en la creación de las leyes se puede conseguir el fin último que todo gobernante debe perseguir que no es otro que la felicidad pública de los ciudadanos. La crítica a la utilidad fundada en el binomio utilidad-justicia no puede ser sino errónea, pues la política y la moral no se diferencian más que en los destinatarios, la virtud y la justicia no pueden subsistir sin aquella, pues ambas son útiles; una dirige los gobiernos y otra la conducta de los individuos, pero ambas buscan como resultado la felicidad (ya sea colectiva o individual), por tanto «*lo políticamente bueno no puede ser moralmente malo*» (130). Los hombres están sujetos desde su origen al imperio de dos fuerzas, el placer y el dolor; en base a ellas se conforman nuestras ideas morales y con ello se determina nuestra voluntad y, en base a estos dos elementos, se vertebraba el principio de utilidad (131).

Su obra busca un cambio en la mentalidad absolutista y, con ello, promover una reforma en la legislación, principalmente en el ámbito del Derecho penal. La idea de utilidad que acabamos de citar se medía en términos de efectividad, en base a la suma de los placeres o dolores que provocase su aplicación (132). En el ámbito de las penas, se debía seguir esta operación aritmética de placeres y dolores, donde la pena fuese proporcional al delito cometido. En base a esta construcción filosófica y a sus teorías sobre la ejecución penal, la pena privativa de libertad comenzó a tener mayor preeminencia sobre las demás penalidades (133). En este sentido, Jeremy Bentham concibe la pena en su vertiente privativa como una sanción política o legal, una pesadumbre

(129) Cfr. LARDIZABAL Y URIBE, M.: *Discurso sobre las penas...*, op. cit., pp. 100 a 104.

(130) Vid. BENTHAM, J.: *Compendio de los tratados de legislación civil y penal*. Traducido por don Joaquín Escriche. Segunda edición, Madrid, 1839. Principios generales de la legislación, pp. 1 a 11.

(131) Vid. BENTHAM, J.: *Principios de la ciencia social o de las ciencias morales y políticas*, Traducido por don Toribio Núñez, Imprenta Real, reeditado como *La ciencia social según los principios de Jeremías Bentham*, Madrid, 1835, pp. 01 a 03.

(132) Vid. RAMOS VÁZQUEZ, I.: *La reforma penitenciaria...*, op. cit., p. 103.

(133) *Ibidem*, pp. 104 y 105.

producida por la pérdida del bien poseído (en este caso la libertad) (134). La pena privativa de libertad pretende «*incomodar*» al sujeto, siguiendo el principio de utilidad a través de la privación de sus placeres (135). El confinamiento del recluso le mantendría latente el dolor por el daño causado y serviría para preservar su espíritu de reforma (136).

Por otro lado, Jeremy Bentham define el Panóptico como: «*el establecimiento propuesto para guardar los presos con más seguridad y economía, y para trabajar al mismo tiempo en su reforma moral, con medios nuevos de asegurarse de su buena conducta, y de proveer á su subsistencia después de su soltura*» (137). La prisión debía seguir los principios de eficacia y utilidad sobre la base de una construcción fundada en la idea de inspección central (138), en la que el alcaide o vigilante puede controlar a todos los presos a través de la vigilancia o inspección visual, al no existir espacio en las celdas donde no estuvieran a la vista (139). En un primer momento del proyecto sobre la posible construcción del Panóptico, Bentham había ideado un sistema de tubos mediante los cuales se posibilitaba escuchar a todos los penados y procurar así un sistema de vigilancia acústica; pero esta idea se descartó posteriormente porque producía problemas de asimetría en la construcción arquitectónica y porque era un arma de doble filo, al permitir a los reos el escuchar a sus vigilantes (140). Otro elemento del sistema es el trabajo voluntario de los presos, buscando evitar la ociosidad y consiguiendo así que se convirtiera en un estímulo, en un placer si se prefiere, para capacitarles en el futuro con vistas a su reinserción en la sociedad; por último, cabe citar que el uso de castigos disciplinarios era excepcional, ya que lo que se buscaba en último término era la reforma del penado, consiguiendo de él un hombre nuevo, ajeno a las tentaciones (141). Como ventajas de este sistema penitenciario, cabe citar su efecto disuasorio sobre el ánimo del reo, así: «*estar incesantemente á la vista de un inspector, es perder en efecto el poder de hacer mal, y casi el pensamiento de intentarlo*» (142).

(134) Vid. BENTHAM, J.: *Compendio...*, pp. 15 a 17.

(135) Vid. RAMOS VÁZQUEZ, I.: *La reforma penitenciaria...*, *op. cit.*, p. 106.

(136) *Ibidem*, p. 107.

(137) Vid. FOUCAULT, M.: «El ojo del poder. El Panóptico de J. Bentham, reproducción parcial de Tratados de legislación civil y penal», *Colección Genealogía del Poder*, Editorial La Piqueta, Madrid, 1979, p. 33.

(138) *Ibidem*, p. 35.

(139) Cfr. TÉLLEZ AGUILERA, A.: *Los sistemas penitenciarios...*, *op. cit.*, p. 54.

(140) *Ibidem*, p. 55.

(141) Cfr. GONZÁLEZ PARRA, R.: *Jeremy Bentham...*, *op. cit.*, pp. 139 a 142.

(142) Vid. FOUCAULT, M.: *El ojo del poder. El Panóptico de J. Bentham...*, *op. cit.*, p. 37.

Las críticas a la figura del Panóptico provienen en su mayor parte de lo que la doctrina ha denominado «*Teorías Economicistas*». El máximo exponente de este movimiento es el afamado filósofo y psicólogo Michael Foucault, quien entendía el panoptismo como la inducción en el preso de una consciencia permanente de visibilidad, que permitía que la vigilancia se volviera automática sin necesidad de continuidad en la acción del vigilante y creaba una relación de poder en la que el penado se transformaba en su propio carcelero, en el guardián de su conducta. En palabras del propio Foucault: «*Desde el punto de vista del guardián está remplazada por una multiplicidad enumerable y controlada; desde el punto de vista de los detenidos, por una soledad secuestrada y observada*» (143). El Panóptico es un dispositivo que automatiza el poder y que a su vez lo vuelve más rápido, se deriva de una disciplina excepcional, a una vigilancia generalizada (144). El problema estriba en que la tecnología correctiva en la que se funda su sistema se apoya entonces en un poder disciplinario de vigilar que no surge de la conciencia del propio penado, este no interioriza la corrección sobre la base de la ley, sino que solo respeta un sistema de poder difuso que puede castigarle sin necesidad de materializarse de forma corpórea (145).

Fuera de esta discusión teleológica, entre los conceptos de utilidad y de poder, lo que está claro es la dimensión histórica de este sistema de ejecución penal. En un primer momento, su proyecto sobre el Panóptico no pudo realizarse en Inglaterra debido a las desavenencias que mantenía con el entonces rey Jorge III. En el año 1791 remite una memoria resumida con su proyecto al señor Garrau de Goulou, miembro de la Asamblea Legislativa francesa, con la intención de que fuera aprobada por esta, pero fue desestimado por su inviabilidad. Pese a su primer desencuentro, en 1811 el parlamento inglés inició una comisión a fin de construir un modelo de prisión siguiendo los diseños de Bentham que concluiría con la edificación de la prisión de *Millbank*, reutilizando en ella el principio de inspección central. Su recepción en otros Estados también fue extensiva: como ejemplos de esta arquitectura en Europa podemos citar las de *Breda* y *Arnheim* en Holanda; pero será en los Estados Unidos donde calará con mayor profundidad su ideario utilitarista (146).

(143) Vid. FOUCAULT, M.: *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, 1975. Editorial Siglo veintiuno editores, Argentina, 2002, p. 185.

(144) Cfr. FOUCAULT, M.: *Vigilar y castigar...*, *op. cit.*, pp. 186 a 193.

(145) *Ibidem*, pp. 206 y 207.

(146) Vid. GONZÁLEZ PARRA, R.: *Jeremy Bentham...*, *op. cit.*, pp. 142 a 144, en relación a TÉLLEZ AGUILERA, A.: *Los sistemas penitenciarios...*, *op. cit.*, pp. 55 a 58.

III. LOS SISTEMAS PENITENCIARIOS EN ESPAÑA

1. Origen de los sistemas norteamericanos

1.1 SISTEMA FILADÉLFICO O PENNSILVÁNICO

Los primeros desarrollos penitenciarios en Norteamérica surgen de las iniciativas del colectivo cuáquero y están ampliamente inspirados en sus principios religiosos (147). En la colonia de Pensilvania, la comunidad cuáquera había arraigado debido a la persecución religiosa sufrida en Inglaterra. En este contexto moralizante surgen las primeras asociaciones para la reforma de las prisiones como la *Philadelphia Society for Alleviating the Miseries of Public Prisons* surgida en 1787, cuya finalidad era buscar alternativas al sistema de aglomeración existente. En Pensilvania la legislación británica dejó de aplicarse desde que apareció la figura de William Penn. Este hecho se debía a que las leyes inglesas eran mucho más duras en términos punitivos, por lo que chocaban frontalmente con las concepciones de William Penn y sus seguidores. Este cambio en la concepción de la penalidad surgirá de la deriva espiritual del movimiento cuáquero por lo que, en base a su ideología pacifista, se procederá a dulcificar las penas y, con ello, se desarrollará una nueva clasificación de las mismas, suprimiéndose la pena de muerte salvo para el homicidio premeditado (148). Las ideas de William Penn giraban en torno a la necesidad que debía existir en el penado de reflexionar sobre su culpa y medrar a través del arrepentimiento. Para ello desarrolló una teoría humanitaria sobre cómo debería organizarse el aislamiento y custodia de los detenidos, estableció los criterios de clasificación e internamiento que debían regirlos y su régimen sancionador. Dichas teorías serían posteriormente de aplicación en la prisión de *Walnut Street* en 1790 (149). Esta penitenciaría se terminaría de acomodar a los principios arquitectónicos del sistema filadélfico en 1792, consistiendo en un bloque de dieciséis celdas individuales divididas en dos plantas (150).

Posteriormente, en 1818, se decide comenzar la construcción de una nueva penitenciaría siguiendo el esquema señalado para la de

(147) Vid. RAMOS VÁZQUEZ, I.: *La reforma penitenciaria...*, op. cit., p. 110.

(148) Vid. TÉLLEZ AGUILERA, A.: *Los sistemas penitenciarios...*, op. cit., pp. 60 a 61.

(149) Vid. RAMOS VÁZQUEZ, I.: *La reforma penitenciaria...*, p. 111.

(150) Vid. TERCERO ARRIBAS, F.: «Sistemas Penitenciarios Norteamericanos» en VV. AA., GARCÍA VALDÉS (Dir.), *Historia de la Prisión. Teorías Economicistas*. Crítica. Editorial Edisofer. Madrid, 1997, p. 150.

Walnut Street. Así comenzarán las obras en Pittsburgh por parte del arquitecto William Stickland, finalizando la construcción en 1826. La penitenciaría constaba de un módulo con 190 celdas formando un semicírculo, siendo dicho módulo rodeado por un muro. Pese a todos los esfuerzos, no se logró la idea principal del sistema pensilvánico: el aislamiento absoluto del reo. Al inspirarse ligeramente en el Panóptico de Bentham, su diseño permitió comunicarse a los internos a través de las paredes (151). En último lugar cabe citar, dentro de las principales penitenciarías en las que se desarrolló este sistema, a la *Eastern Penitentiary* o penitenciaría de *Cherry Hill*. En este caso la dirección del proyecto se encomendó a John Haviland, cuya planificación de la prisión dio lugar a un edificio con planta de forma de estrella, con un puesto de vigilancia central desde donde partían siete alas donde se encontraban todas las celdas. El número de celdas fue de quinientas ochenta y dos situadas en dos plantas por cada ala, teniendo las de la planta baja un patio (de reducidas dimensiones) y las de la planta superior se construyeron como dobles celdas (152). En cuanto al sistema, se basaba en los siguientes principios: primero, en el aislamiento nocturno en celdas individuales; ausencia de contacto con personas del exterior, salvo visitas puntuales del Director de la prisión, el maestro o capellán, y en algunos casos la visita de miembros de sociedades filantrópicas. El recluso destinaba todo su tiempo de reclusión a la lectura de la Biblia y al arrepentimiento si bien, posteriormente, se permitió el trabajo en celda a fin de que el penado mitigara la soledad (153). Las críticas a este sistema no tardaron en aparecer, puesto que se demostró que este sistema era perjudicial para la salud física y mental de los penados, ya que el aislamiento en celda conducía al suicidio y existía una clara relación entre la locura y el aumento de casos donde este sistema se implantaba (154).

1.2 SISTEMA AUBURNIANO

Este sistema tiene su origen directamente en una serie de reformas penitenciarias que se desarrollaron en el Estado de Nueva York en el

(151) *Ibidem*, p. 151.

(152) *Ibidem*, pp. 151 *in fine* y 152.

(153) *Vid.* TÉLLEZ AGUILERA, A.: *Los sistemas penitenciarios...*, *op. cit.*, p. 61.

(154) En relación a los problemas que producía este sistema filadélfico en la salud del reo, basta citar el ejemplo de la prisión de Auburn, donde en 1819 se decidió encerrar a ochenta criminales en régimen de aislamiento absoluto. De ellos, cinco murieron el primer año, otro se volvió loco y el resto acabaron con síntomas graves de deterioro cognitivo y problemas físicos. Cfr. RAMOS VÁZQUEZ, I.: *La reforma penitenciaria...*, *op. cit.*, pp. 111 a 113.

siglo XVIII. En 1816 una Comisión seleccionó la ciudad de Auburn para construir la próxima penitenciaría del Estado. La prisión de Auburn inició su andadura en 1818 aplicando a sus internos el sistema filadélfico, si bien derivó en una corriente penitenciaria *sui generis* con la llegada en 1821 del capitán Elam Lynds. Este hombre, de carácter fuerte e inquebrantable, vinculó a partir de 1823 la dureza de su persona a los métodos de encierro y ejecución penal que se comenzarían a aplicar en esa prisión y, posteriormente en 1828, en la penitenciaría de *Sing Sing*. Para él conseguir la reforma de los penados y que estos no volvieran a quebrantar la legalidad penal era una cuestión casi imposible, pudiendo evitarse solo a través de una rígida disciplina a base de azotes y demás tipos de castigos corporales; si bien no pensaba así en relación con los presos jóvenes, puesto que entendía que su enmienda podía producirse a través del trabajo presidial y de la educación moral («*Sunday School*») (155).

En este punto conviene desarrollar las bases más características de este sistema auburniano: su método no deriva de una ideología correcional de corte religioso, de enmienda o reflexión como el sistema filadélfico, diseñado por los cuáqueros; partía de una mentalidad mercantilista con vista al desarrollo económico que generaría la producción de los talleres penitenciarios. Los principios que lo regían eran los de aislamiento nocturno en celda y trabajo común diurno bajo la regla del «*silent system*» (156). La relación del preso con los demás penados bajo esta norma de silencio absoluto era nula: para almorzar comían en una mesa larga, en una única fila para evitar todo contacto visual, comiendo con la cabeza inclinada hacia el plato; en los traslados se les colocaba capuchas para evitar la visión del resto del grupo (157); etc. En 1825 dado el aumento de la criminalidad en el Estado de Nueva York las autoridades deciden que el Director Lynds dirija la futura penitenciaría de *Sing Sing*. La construcción la llevaron a cabo cien de los reos de Auburn, siguiendo el estilo arquitectónico que imperaría en este tipo de presidios: el de pabellones laterales con celdas interiores (158).

(155) Cfr. TERCERO ARRIBAS, F.: *Sistemas Penitenciarios Norteamericanos*, *op. cit.*, p. 152 en relación a TÉLLEZ AGUILERA, A.: *Los sistemas penitenciarios...*, *op. cit.*, pp. 73 a 74.

(156) Vid. TÉLLEZ AGUILERA, A.: *Los sistemas penitenciarios...*, *op. cit.*, p. 74.

(157) Vid. TERCERO ARRIBAS, F.: *Sistemas Penitenciarios Norteamericanos*, *op. cit.*, pp. 152 y 153.

(158) Vid. TERCERO ARRIBAS, F.: *Sistemas Penitenciarios Norteamericanos*, *op. cit.*, pp. 153 y 154 en relación a TÉLLEZ AGUILERA, A.: *Los sistemas penitenciarios...*, *op. cit.*, p. 74 *in fine*.

1.3 SISTEMA REFORMATARIO DE BROCKWAY-ELMIRA

El origen de este sistema se encuentra en un modelo anterior, concretamente, en la colonia penitenciaria de Mettray. Esta colonia penal comenzó a funcionar en 1839, aunque oficialmente abrió sus puertas en enero de 1840; el ideólogo del proyecto fue el penalista Charles Lucas, famoso por sus ideas humanitarias y por su oposición al sistema celular que imperaba en la época. Junto a él, se encontraban los verdaderos fundadores, el abogado Frédéric-Auguste Demetz y el arquitecto Guillaume-Abel Blouet; quienes se decantaron por utilizar en la colonia los sistemas mixtos o de vida en común, así como los modelos de origen europeo como el modelo alemán de la institución privada de «*RahueHaus*», que se desarrolló en Hamburgo. Sin embargo, por lo que respecta al modelo de Mettray, este fue más allá de las experiencias previas. A diferencia del modelo alemán, el modelo de Mettray estaba destinado a una prisión, no a una casa de corrección; iba a ser un espacio destinado para jóvenes delincuentes y, además, su concepción era la de una colonia agrícola, por lo que se situaba en el campo, diseñada de forma abierta, diáfana y sin muros. En cuanto al régimen de vida, se basaba en una forma de vida comunitaria o familiar, centrandó el tiempo de la pena en el desarrollo de trabajos agrícolas, en la escuela o en talleres, donde los jóvenes se repartirían en grupos homogéneos. Los jóvenes se dividirían formando «*familias*» de aproximadamente cuarenta internos divididos en diez pabellones o casas comunes, reservándose la celda individual para el aislamiento en solitario como forma de castigo disciplinario (159).

Posteriormente, este modelo alcanzaría una fama internacional y sería usado como inspiración en distintos lugares de Europa. La difusión de esta nueva ideología reformatoria arraigaría en los Estados Unidos de América a través del Congreso de Cincinnati de 1870 (160). El sistema reformativo surge, como un esbozo de sistema penitenciario, en 1866 en el Estado de Nueva York. El origen es la construcción en Elmira de una nueva prisión donde se siguen los principios arquitectónicos de *Sing Sing*. Pero no será hasta diez años después, cuando inicie su actividad el Director Zebulon Reed Brockway, quien será nombrado Director gracias a su experiencia previa en la prisión de Detroit (161), e inicie su nuevo sistema en el que el penado logre

(159) Vid. RAMOS VÁZQUEZ, I.: «El sistema de reformativo (reformatory system). Antecedentes, influencias y primeras experiencias en España». *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, Tomo 68, 2015, pp. 145-184, pp. 160 a 162.

(160) *Ibidem*, pp. 163 a 169.

(161) Vid. TERCERO ARRIBAS, F.: *Sistemas Penitenciarios Norteamericanos*, *op. cit.*, p. 154.

obtener la enmienda a través del trabajo y del buen comportamiento (162). Lo más característico del sistema de Elmira era su régimen cuasi militar, destinado a jóvenes entre dieciséis y treinta años, estableciendo tres categorías de internos en conjunción con la utilización de la sentencia indeterminada (163). Se buscaba que el preso joven pudiera adaptarse a su vuelta a la sociedad a través de la instrucción moral, el ejercicio físico y el trabajo (164). A este trabajo se dedicaban ocho horas al día en los talleres o en el campo (siendo normalmente destinados a estas labores presos de zonas rurales), para que no estuvieran ociosos y aprendieran un oficio a través de la «*enseñanza industrial*» (165).

2. El Teniente General Francisco Xavier Abadía

Su figura se ha diluido en el caudal del tiempo, pero su obra y su depurada técnica normativa y reglamentaria marcaron uno de los puntos de inflexión de la Reforma penitenciaria, al iniciar la estela de las iniciativas personales que se vieron ligadas al desarrollo de la normativa penitenciaria de la época. A partir de su figura se desarrollaría durante el siglo XIX un proceso poco común; la asociación de la figura del Comandante-Director a nuevos modelos de ejecución penal, innovadores y entusiastas que se acometerán en los presidios industriales siendo sus máximos exponentes los de Cádiz y Valencia (166). El contexto en el que inicia su etapa nuestro protagonista venía precedido por la desaparición de la Cárcel Real de Esclavos y Forzados de Almadén en 1801 y por la desaparición, poco tiempo después, de la pena de galeras en el año 1803 (167). El inicio de su andadura penitenciaria se produce en Ceuta, donde pasaría tres años destinado y se familiarizaría con la práctica penitenciaria (168). Desde allí es trasladado al presidio de Cádiz, a donde se le destinará en marzo de 1803, como sargento mayor de la plaza con treinta y tres años. En este lugar

(162) Vid. TÉLLEZ AGUILERA, A.: *Los sistemas penitenciarios...*, op. cit., p. 89.

(163) *Ibidem*, p. 90.

(164) Cfr. Tercero Arribas, F.: *Sistemas Penitenciarios Norteamericanos*, op. cit., pp. 155 y 156.

(165) Vid. RAMOS VÁZQUEZ, I.: Un siglo de estudios de derecho penitenciario comparado en España (ss. XIX-XX), en GLOSSAE. *European Journal of Legal History* 12 (2015), p. 717.

(166) Cfr. SANZ DELGADO, E.: *El Humanitarismo penitenciario...*, pp. 161 a 162.

(167) Vid. SANZ DELGADO, E.: *Los Orígenes del Sistema Penitenciario español...*, p. 120.

(168) Vid. Cfr. SANZ DELGADO, E.: *El Humanitarismo penitenciario...*, p. 164.

de destino, será donde creará el Reglamento de 26 de marzo de 1805 (teniendo en cuenta el «*contenido correccional propio*» del Reglamento anterior de 1802, del Capitán General Tomás Morla) donde comenzará a forjar sus principios sobre la enmienda del reo. Algunos de los principios de su ideología correccional son: el criterio clasificatorio; elementos para enmendar y corregir al penado como son la rebaja de condena, la sentencia indeterminada, el trato a los jóvenes corrigendos y el sistema de gratificaciones y recompensas; generando un modelo de organización fabril que se extenderá a otros presidios y dará lugar al concepto de presidio industrial, por la contribución que tendrá en ellos el uso de talleres y manufacturas (169).

Posteriormente, el Teniente General Abadía elaboraría el Reglamento General de los Presidios Peninsulares de 12 de septiembre de 1807, para la formación de presidios correccionales en las Capitales y pueblos grandes del Reino. No nos detendremos a hablar de él ni entraremos a desarrollarlo en profundidad, pero simplemente mencionaremos que esta normativa, aunque ejemplar, devino inútil por la relajación de los elementos del sistema y por la inaplicación de sus formulaciones, hasta que cayó prácticamente en desuso (170). El 16 de abril de 1821 presenta su proyecto de Reglamento, que entregó a la Comisión para la elaboración del Código Penal en 1822, a fin de que dispusieran del mismo y lo tuviesen en consideración en su redacción. En el año 1822, por Orden de 21 de diciembre, se le manda presidir la Junta encargada de organizar interinamente las cárceles, presidios y casas de corrección, que no conllevó ninguna reforma por el regreso al trono en España de Fernando VII y la consiguiente reaparición del régimen absolutista. En el ocaso de su carrera, en 1831, a su vez, presidió la Junta para el completo arreglo de los presidios del Reino (171). Los trabajos de esta Junta sirvieron con posterioridad para la redacción de la Ordenanza General de los Presidios del Reino de 1834 que comenzaría a redactarse en 1832 (172). Importante respecto a la elaboración de la Ordenanza de 1834 es que, pese a que la composición de la Junta redactora en 1831 era mayoritariamente militar, se respetó

(169) Vid. SANZ DELGADO, E.: *Los Orígenes del Sistema Penitenciario español...*, pp. 127 a 131.

(170) Cfr. SANZ DELGADO, E.: *Los Orígenes del Sistema Penitenciario español...*, p. 132, en relación a SANZ DELGADO, E.: *El Humanitarismo penitenciario...*, p. 166.

(171) Vid. SANZ DELGADO, E.: *Los Orígenes del Sistema Penitenciario español...*, pp. 132 *in fine* a 134.

(172) Cfr. RAMOS VÁZQUEZ, I.: *La reforma penitenciaria...*, p. 152.

que las prisiones dependieran del Ministerio de Fomento (173), con lo que a partir de ese momento se consigue la centralización administrativa de los presidios (174).

3. El Coronel Montesinos y el sistema progresivo

Manuel Montesinos y Molina, militar de carrera, inició su vida castrense con la Guerra de Independencia en la Batalla de Bailén. En 1809 fue capturado y convertido en prisionero de guerra, siendo trasladado a Francia donde sería mantenido, bajo esa misma condición, en el arsenal de Tolón hasta 1814 (175). Pese a su falta de conocimiento teórico o formación penitenciaria, la experiencia previa como cautivo le serviría en el futuro en su carrera, incorporándose el 6 de septiembre de 1834 al Presidio de Valencia con el cargo de Comandante interino, tomando el cargo en propiedad el 25 de julio de 1837 (176). Será allí, primero, en el penal de las Torres de Cuarte y, posteriormente, en el Convento de San Agustín, donde logrará ascender al rango de coronel y donde el 11 de enero de 1841, mediante Real Orden, será nombrado Visitador General de los Presidios del Reino (177).

En primer lugar, el mérito de Montesinos reside en poner en práctica su sistema aplicando de forma personal la Ordenanza General de Presidios del Reino de 1834 (178), norma que le servirá de base legislativa para iniciar su modelo de ejecución penal. La modulación de un sistema de clasificación y separación del delincuente; un régimen de vida en común diurno y nocturno; en conjunción a su vez con un sistema premial de gratificaciones y recompensas, se convirtieron en los elementos constitutivos e identificadores de la ideología de Montesi-

(173) En relación a la Instrucción de 30 de noviembre de 1833, adscribiendo la titularidad de las cárceles y presidios a la Administración Civil del estado.

(174) Vid. RAMOS VÁZQUEZ, I.: *La reforma penitenciaria...*, pp. 171 y 172.

(175) Vid. CARRILLO DE LAS HERAS, M. T.: «La pena privativa de libertad en la España del siglo XIX», en VV. AA., GARCÍA VALDÉS (Dir.), *Historia de la Prisión. Teorías Economicistas. Crítica*. Editorial Edisofer. Madrid, 1997, pp.188 a 189.

(176) Vid. RAMOS VÁZQUEZ, I.: *La reforma penitenciaria en la historia contemporánea española*. Ed. Dykinson. Madrid, 2013, p.252.

(177) Sobre esto GARCÍA VALDÉS clarifica que posteriormente se vuelve a confirmar el cargo de Visitador del Coronel Montesinos en la Real Orden de 21 de marzo de 1848. Vid. GARCÍA VALDÉS, C.: *Del presidio a la prisión modular*. Opera Prima, 3.^a ed., Madrid, 2009, pp. 38 y 39; y también GARCÍA VALDÉS, C.: *La Ideología Correccional de la Reforma Penitenciaria española del siglo XIX*. Editorial Edisofer. Madrid, 2006, pp. 28 a 37.

(178) Vid. GARCÍA VALDÉS, C., *Régimen penitenciario...*, op. cit., p. 30.

nos (179). Como criterio objetivo para determinar la eficacia de su sistema, podemos tomar en consideración los índices de reincidencia de los penados. En este sentido, esa ideología reformadora y humanista que se trasluce de la finalidad de mantener las relaciones del penado con el resto de la sociedad a través del contacto con la población civil servirá como elemento clave para evitar la reincidencia y, a su vez, como garantía del sistema (180). Su visión de la pena privativa de libertad no se basaba en una finalidad retributiva o de mera prevención general o preventivo especial (en su vertiente negativa) (181). No creía en el simple castigo del reo sino que la pena debía destinarse a la corrección moral de los mismos, estableciendo en ellos patrones o criterios axiológicos sanos como el trabajo o la disciplina (182). El sistema progresivo se diferenciaba de los demás sistemas de la época por centrarse en el tratamiento individualizado del sujeto, entendiendo que, en cada caso, se debía atender al penado de forma particular (183). Esa iniciativa personal e individualizadora, de profundo corte humanista, se extrae del lema del propio Montesinos: «*La prisión solo recibe al hombre. El delito queda a la puerta*» (184).

Pasemos ahora a desgranar en qué consistía dicho sistema. El sistema se desarrollaba en tres períodos: el primero, conocido como «*de los hierros*», consistía en que al interno debían de imponérsele unos grilletes cuyo grosor y extensión se veían fijados por la longitud de la respectiva condena, todo ello previa entrevista con el comandante del presidio a fin de conocer su personalidad para, posteriormente, ser asignado a trabajar a una brigada cuyo destino eran las labores de limpieza y las demás relativas al trabajo interior (185). Este elemento del régimen puede verse poco humanitario, sobre todo si lo enlazamos con los términos que hemos expuesto anteriormente en relación a la ideología de Montesinos; pero si nos atenemos a un criterio histórico en relación al contexto de aplicación de dicho sistema, podemos aseverar que la implantación de los hierros no se acerca, ni por asomo, a la dureza y excesos cometidos en los demás sistemas de origen nortea-

(179) Vid. TÉLLEZ AGUILERA, A.: *Los sistemas penitenciarios y sus prisiones. Derecho y realidad*. Editorial Edisofer. Madrid, 1998, pp. 84 a 85.

(180) Vid. SANZ DELGADO, E.: *El Humanitarismo Penitenciario Español del siglo XIX*. Editorial Edisofer. Madrid, 2003, pp.168 a 174.

(181) En relación al objeto y fines de las penas cfr. SERRANO BUTRAGUEÑO, I.: «Introducción» en LARDIZABAL Y URIBE, M.: *Discurso sobre las penas*, 1782. Editorial Comares, Granada, 1997, pp. XXIV a XXXI.

(182) Vid. RAMOS VÁZQUEZ, I.: *La reforma penitenciaria...*, op. cit., p. 253.

(183) Vid. FIGUEROA NAVARRO, M. C.: *Los orígenes...*, op. cit., p.82.

(184) Vid. SANZ DELGADO, E.: *El Humanitarismo...*, op. cit., pp.172 a 173.

(185) Vid. TÉLLEZ AGUILERA, A.: *Los sistemas penitenciarios...*, op. cit., p. 85.

mericano, mucho más rigurosos. Dichas cadenas o grilletes no se colocaban a modo de retención física del penado, sino que su objeto y finalidad era la de «asegurar» al penado haciéndole entender la gravedad de su situación y su confinamiento. Prima su carácter simbólico; la vergüenza pública y la humillación para el reo son más efectivas que la reclusión en celda (186). En segundo lugar, aparece el período llamado de trabajo en común, en el cual el reo pasaba a desarrollar labores o actividades más cualificadas, permitiéndole la asistencia a talleres (mediante elección voluntaria del penado) y cuya finalidad era la de prepararles para un oficio o profesión de cara a su futura reintegración en la sociedad (187). El trabajo se planteaba como una actividad «obligatoria, aflictiva, formativa, útil, remunerada y adaptada a la vida libre» (188) y fue vital para la reforma de los penados, pues les capacitaba y a la vez hacía nacer en ellos un afán por trabajar que facilitaba su corrección moral mediante actividades intramuros, a fin de fomentar la manufactura.

Por último existía un tercer período, denominado intermediario o de libertad intermediaria, el cual permitía la salida al exterior de los reos, siempre por periodos breves de tiempo bajo la custodia de un vigilante, a modo de atestiguar y evidenciar su adaptación a la vida en el exterior de la prisión (189). Pese a que era una de las bases del sistema, desde un principio Montesinos se mostró crítico con las actividades extramuros de los penados y llegó a hacérselo saber al Ministerio de Fomento, para intentar modificar el sistema de trabajo de los penados en brigadas de obras públicas o en la fortificación de presidios peninsulares o norteafricanos (190). Para el Coronel, el trabajo extramuros era menos importante que el de los talleres, debiéndose destinar a trabajos exteriores solo a aquellos reclusos que no pudieran realizar las actividades en el interior, dejándose el primero a aquellos penados que, por una u otra razón, no fueran adaptables (191). En este sentido, García Valdés explica que el sistema progresivo ideado por Montesinos cimentó las bases de las nuevas ideas legislativas que pos-

(186) Cfr. SANZ DELGADO, E.: *El Humanitarismo...*, op. cit., pp.176 a 177.

(187) Vid. TÉLLEZ AGUILERA, A.: *Los sistemas penitenciarios...*, op. cit., pp. 85 a 86.

(188) Vid. SANZ DELGADO, E.: *El Humanitarismo...*, op. cit., p. 180, citando a BUENO ARUS, F en *Ideas y realizaciones...*, p. 130.

(189) Vid. TÉLLEZ AGUILERA, A.: *Los sistemas penitenciarios...*, op. cit., p. 86.

(190) Vid. RAMOS VÁZQUEZ, I.: *La reforma penitenciaria...*, op. cit., p. 255.

(191) Vid. SANZ DELGADO, E.: «Los orígenes del sistema penitenciario español: Abadía y Montesinos», en *Marginalidad, cárcel, las «otras» creencias: primeros desarrollos jurídicos de «La Pepa»*. (Coord.) Juan María Terradillos Basoco, 2008, Cádiz, pp. 149-150.

teriormente aportaría el Reglamento, de 5 de septiembre de 1844, de desarrollo de la Ordenanza General de 1834 (192). Pero su sistema progresivo no llegó a desarrollarse por completo, topándose con un grave impedimento; la promulgación del Código Penal de 1848. Luego de esta legislación obstruccionista se desarrolló la Ley de Bases de 21 de octubre de 1869, cuya Base quinta estableció el denominado «*sistema mixto*» mediante el cual se producía un confinamiento en solitario nocturno del reo y una vida común diurna, sin tener en cuenta nada de la experiencia del Coronel Montesinos ni de sus sistema (193), utilizando solo las ideas y principios traídos del mundo penitenciario norteamericano (194).

Con el Código Penal de 1848 la situación en el panorama de la ejecución penal se torna más rígida e inflexible. Se alarga la duración de las penas, la posibilidad del Jefe del establecimiento de conceder mejoramientos y gratificaciones se ve cercenada. Otro aspecto determinante en relación a esto, es que al mismo tiempo se produjo el nombramiento de personal con escasa cualificación técnica y carente de las capacidades necesarias para la dirección de los presidios. Ante esto, el Coronel Montesinos abandonó sus funciones por la imposibilidad de desarrollar a nivel nacional su política de enmienda del penado (195). Pero esta experiencia española no fue solo una quimera momentánea, el ideario de Montesinos será recogido por otros muchos personajes del entorno penitenciario de esa época. El desarrollo de los sistemas progresivos se extenderá a lo largo del mundo en varios lugares y etapas de forma paulatina. Esa denominación genérica, o más bien global, de los sistemas penitenciarios progresivos se produce por concurrir en todos ellos una modulación gradual o por fases del interno, a fin de ir avanzando en un «*itinerario penitenciario*» en distintos módulos que convergen en la salida al mundo exterior con la libertad condicional (196).

Este desarrollo posterior a Montesinos de modelos de ejecución penal que se inspirarán en su obra, será seguido por distintos Directores de prisiones europeos. El primero de esta lista de Directores de

(192) Vid. GARCÍA VALDÉS, C.: *Del presidio...*, op. cit., p. 40.

(193) Respecto a esto, SANZ DELGADO afirma que el sistema de Montesinos se anuló con la Real Orden de Gobernación de 1 de agosto de 1857. Esta disposición ordenaba que se cumpliera el Real Decreto de 26 de marzo de 1852, que declaraba que el Reglamento de 1844 (en lo relativo a la aplicación de los hierros en el régimen interior), quedaba modificado por el Código Penal de 1848. Vid. SANZ DELGADO, E.: *El Humanitarismo...*, op. cit., p. 185.

(194) Vid. FIGUEROA NAVARRO, M. C.: *Los orígenes...*, op. cit., pp. 84 y 85.

(195) *Ibidem*, p. 86.

(196) Cfr. TÉLLEZ AGUILERA, A.: *Los sistemas penitenciarios...*, op. cit., p. 80.

prisiones que siguieron la estela del militar español es Alexander Maconochie. Este militar de profesión, conocido reformador de las instituciones penitenciarias británicas llegó a ser, entre otros cargos, Director de la prisión de Birmingham (197). A él se le encomendará en 1840 la dirección de la prisión de la isla de Norfolk en Australia como Colonia Penal de reos que habían reincidido o «*doubly convict*», castigados con la pena de deportación. El sistema de Maconochie se fundamentaba en los siguientes elementos: la duración de la pena se medía a través de una relación proporcional de trabajo y buena conducta. Posteriormente al penado se le asignaba una cantidad de marcas o boletas «*mark system*», equitativo en cuanto a la gravedad del delito y de la pena que cumplía. El condenado debía de conseguir la cantidad de marcas que le habían sido impuestas para poder alcanzar la libertad (198). El sistema permitía que, tras la consecución de dos fases iniciales, como eran las fases de aislamiento celular absoluto y el trabajo común diurno en total silencio, el reo pudiera adquirir la libertad condicional cuando hubiere cumplido la mitad o, llegado el caso, la tercera parte de la condena (199).

El siguiente personaje al que debemos hacer referencia en esta evolución de la idea de progresividad en la ejecución de la condena es Sir Walter Crofton. Inspector de prisiones de Irlanda desde 1854, será este quien modifique el sistema de Maconochie para añadirle un cuarto periodo, previo a la libertad condicional, al que se referiría como «*período intermedio*». Este cuarto período estriba en los siguientes elementos: trabajo en el exterior de la prisión, de naturaleza principalmente agrícola, que debería realizarse en prisiones especialmente habilitadas para ello. La semejanza de su idea con las aportaciones de Montesinos es más que evidente, siendo la paternidad de este periodo intermedio ampliamente discutida por su atribución inicial a Crofton (200). Por último cabe citar en esta lista las aportaciones realizadas por George Michael Von Obermayer. Su trayectoria comienza como Director de prisiones en 1830, comenzando a aplicar las ideas de su modelo progresivo en 1842. Dividido en tres etapas, la primera se desarrollaba bajo un régimen de vida común donde primaba la regla del silencio. La segunda etapa era la de agrupación del reo en un grupo de una treintena de reclusos con distintas características, a fin de que fuera heterogéneo y analizar su interacción entre ellos. La etapa definitiva de este sistema es la de la libertad anticipada,

(197) Vid. GARCÍA VALDÉS, C.: *Del presidio, op. cit.*, 41.

(198) Vid. TÉLLEZ AGUILERA, A.: *Los sistemas penitenciarios..., op. cit.*, p. 81.

(199) *Ibidem*, p. 82.

(200) *Idem*, p. 82 *in fine*.

que se obtenía mediante una relación de trabajo y buena conducta (201).

Volviendo al ámbito nacional, el desarrollo posterior de este sistema progresivo se apreciará, tiempo después, en una gran variedad normativa. Pudiendo citar, en este sentido, de forma sucinta algunas normas como el Real Decreto de 3 de junio de 1901, reformando el Régimen de las Prisiones destinadas al cumplimiento de condenas, que conllevó la implantación del sistema progresivo en todas las cárceles españolas (202). También en esta línea mantuvo el sistema progresivo el Real decreto de 18 de mayo de 1903, apostando más por la tutela y tratamiento correccional del penado bajo una inspiración salillista; o los posteriores Real Decreto de 5 de mayo de 1913, o el Decreto de 23 de julio de 1914, por el que se implantaba en nuestro Ordenamiento la figura de la libertad condicional (203).

IV LA REFORMA PENITENCIARIA ESPAÑOLA. EL BINOMIO PROTAGONISTA: CADALSO-SALILLAS (S. XIX-XX)

1. La Década Moderada y el Sexenio Democrático: El Código Penal de 1848 y las Leyes especiales de prisiones

Con la promulgación del Código Penal de 1848 y la Ley de Prisiones de 26 de julio de 1849, la situación legislativa en el ámbito penitenciario sufrió una etapa de bloqueo, que se vio sorteada por los penitenciaristas del momento dada la poca eficacia práctica de estas dos normas. El Código Penal de 1848 renunció al «*espíritu mitigador propio del Despotismo Ilustrado*» (204); sus tendencias hacia la retribución, al igualitarismo en la pena y su riguroso legalismo, provocaron un obstáculo en el avance progresivo de la ciencia penitenciaria, dada su orientación hacia la intimidación. La prevención general y la

(201) *Ibidem*, p. 83.

(202) De forma complementaria a esta norma, se promulgó el Real Decreto de 17 de junio de 1901 transformando el Penal de Alcalá de Henares en escuela central de reforma y corrección penitenciarias; en este Real Decreto era de aplicación el sistema progresivo de cuatro periodos. Cfr. FIGUEROA NAVARRO, M. C.: *Los orígenes...*, *op. cit.*, p. 87 y 88.

(203) *Vid.* CARRILLO DE LAS HERAS, M. T.: *La pena privativa de libertad en la España...*, *op. cit.*, pp. 195 a 197.

(204) *Vid.* ANTÓN ONECA, J.: «El Código penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco». *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 18, 1965, pp. 473-496, p. 473.

retribución iban unidas en este período perteneciente a la década moderada (205). Superado así el criterio previo a este Código, de mera utilidad penal, las penas se dividieron en dos tipos: afflictivas o correccionales.

Las penas de reclusión perpetua y temporal, la de presidios, etc. pertenecían a la primera categoría, si bien en la segunda se concentraban la pena de presidio correccional o arresto mayor; todavía no existía un cambio en la mentalidad de los penalistas de la época, como es el caso de Pacheco (206). Respecto a las penas correccionales, la diferencia entre penas de presidios y prisiones «*mayores, menores y correccionales*» es el del fin mismo del trabajo que realizaban los presos; en el presidio el beneficio era únicamente para el Estado, mientras que en la prisión era para el reo, siendo además este de carácter no obligatorio. Por otro lado es importante comentar la Disposición Transitoria que permitía el cumplimiento de la pena en caso de imposición de penas correccionales de hasta dos años en las cárceles de partido, junto a los demás internos preventivos, dado los costes que derivaban del traslado de los presos entre centros. Esta situación se presenta para algunos autores como «*inquietante*», y es muestra de la nueva economía de penas del régimen liberal (207).

En lo que a la Ley de Prisiones de 1849 se refiere, esta significó la separación y diferenciación de los presidios civiles de los militares, «*de forma gradual y progresiva*», pues las cárceles civiles seguirán siendo dirigidas por personal militar, hasta que se crea el Cuerpo Especial de Empleados de Establecimientos Penales, el 23 de junio de 1881. En base a esta Ley de 1849 la dependencia orgánica de los presidios quedaba de la siguiente manera: unas del Ministerio de la Gobernación (y desde 1887, por Ley de Presupuestos, del Ministerio de Gracia y Justicia), y otras del Ministerio de Guerra; quedando Marina inalterable con su competencia de los presidios navales. La Ley de Prisiones constaba de treinta y seis capítulos, que a su vez se dividían en siete títulos: Régimen general, depósitos municipales, cárceles, alcaides de prisiones, establecimientos penales, gastos de las prisiones y atribuciones de autoridades judiciales (208).

(205) *Ibidem*, pp. 477 a 491.

(206) *Vid.* RAMOS VÁZQUEZ, I.: *La reforma penitenciaria...*, *op. cit.*, p. 264.

(207) *Cfr.* RAMOS VÁZQUEZ, I.: *La reforma penitenciaria...*, *op. cit.*, p. 274; en relación a BURILLO ALBACETE, F. J.: *El nacimiento de la pena privativa de libertad*. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1999, pp. 137 a 141.

(208) *Vid.* GARCÍA VALDÉS, C.: *Derecho penitenciario militar...*, *op. cit.*, p. 776, 778 y 779; y GARCÍA VALDÉS, C.: *Del presidio...*, *op. cit.*, pp. 19 a 22. *Cfr.* RAMOS VÁZQUEZ, I.: «La administración civil penitenciaria: militarismo y administrativismo

Esta Ley surgió como medio para permitir la ejecución penitenciaria del Código Penal de 1848, pues la normativa previa (reglamentos especiales como la Instrucción de 20 de noviembre de 1833, la Ordenanza General de Presidios de 1834, el Reglamento Provisional de Cárceles de 1835, la Real Orden de 6 de abril de 1844, la Ley de 8 de enero de 1835, o el Reglamento de 1847) se mostraba insuficiente ante la situación penal del momento y su dispersión legal la convertía en inaplicable en muchas ocasiones. La Ley de Prisiones de 1849 supuso un avance a nivel técnico y práctico, pues según Cadalso, esta norma unificó normativamente, por primera vez, la problemática de las cárceles y de las prisiones; consolidó el uso del término «*prisión*» para designar estos establecimientos; y se decantó a favor del sistema penitenciario español, mostrándolo como un sistema propio, bajo las ideas de clasificación y progresividad (209). Además, esta Ley mostraba «*un interés legislativo proteccionista ante prácticas denostadas por conocidas*». En este sentido, cabe citar como un avance garantista su artículo 19.º, pues este prohibía taxativamente: «*agrarar á los presos con encierros ni con grillos y cadenas*». Esto es prueba de la muestra de clara humanización que de los «*yerros*» se venía haciendo. Otro artículo a destacar en este sentido reformador es el artículo 21.º, el cual establece: «*Los alcaides no podrán recibir dádivas de los presos ni retribución de ningún género, limitándose sus emolumentos á la dotación de su empleo, y derechos establecidos en los aranceles*». Con ello se estaba erradicando «*ex lege*» la práctica de los derechos de carcelaje, sin embargo su desarrollo efectivo seguirá existiendo largo tiempo (210).

La Ley de Bases para la reforma y mejora de las cárceles y presidios, y para el planteamiento de un buen sistema penitenciario, de 21 de octubre de 1869, fue una norma de efímera aplicación en el ámbito que nos acontece, pero que introdujo una útil clasificación de los establecimientos penales. Con la Revolución de la Gloriosa, se produjo un «*furor legislativo*» que derivó en el Proyecto del nuevo Código Penal, y en la inmediata reforma del ramo penitenciario, que tendría como resultado la promulgación de la segunda norma con rango de ley relativa a la cuestión penitenciaria. La norma supuso un «*ejemplo indivi-*

en los orígenes del Estado de derecho». *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 82, 2012, pp. 471-520, pp. 482 a 488. Vid. BURILLO ALBACETE, F. J.: *El nacimiento de la pena privativa de libertad...*, *op. cit.*, pp. 190 a 193.

(209) Vid. RAMOS VÁZQUEZ, I.: *La reforma penitenciaria...*, *op. cit.*, pp. 274 y 275.

(210) Cfr. SANZ DELGADO, E.: *El Humanitarismo...*, *op. cit.*, pp. 259 a 262. En relación al texto íntegro de la Ley, estableciendo un régimen general de prisiones, cárceles y casas de corrección, de 26 de julio de 1849.

dualizador», ya que abogaba por la inserción del sistema auburniano como único modelo de ejecución penitenciaria en nuestro país. Ello se infería de la Base 5.^a, la cual exponía que debía establecerse: «*el sistema mixto, [...]; por grupos y clases*». Con ello, este artículo ya daba a entender un *príus* de clasificación penitenciaria en torno a la idea de la posibilidad de corrección de los internos. Sin embargo, desde un punto de vista técnico fue criticada en parte por su «*abigarrado e informe conjunto sin principio generador*», dadas las pocas precisiones dedicadas a la vida regimental de los presos; permaneciendo solo como un viso normativo que sirviese de orientación para el futuro. Esta Ley fue derogada por el artículo 4.º de la Ley de 23 de julio de 1878, quedando nuevamente en vigor la Ley de Prisiones de 1849 (211). El posterior Código Penal de 1870, bajo las inspiraciones de la escuela Clásica del Derecho Penal, volvió a impregnar la ejecución penal de un carácter «*eminente expiatorio*», obstaculizando todo intento de enmienda, basado en una finalidad meramente retributiva (212).

2. La Restauración Borbónica y la normativa correccional-tutelar

El antecedente legislativo previo en este sentido será el Real Decreto de 23 de diciembre de 1889, según el cual se organizaba la población penal de Ceuta como Colonia Penitenciaria; esto supuso para la doctrina «*la justificación de todo un sistema, de toda una cultura penitenciaria propia y, por ello, reivindicable*». Esta Colonia penal serviría de destino a condenados a penas perpetuas y temporales de cadena o reclusión, cuyo número habría de rondar los 4.000 reclusos. El sistema progresivo de aplicación en la Colonia ceutí disponía cuatro períodos para conseguir un plan «*razonablemente correccional*», representando estos el grado de adelanto del penado en su adaptación a la vida libre. El primer período sería en régimen celular, de aislamiento absoluto, de separación individual, trabajo en celda y asistencia de las Sociedades de Patronato. El segundo período será el «*instructivo*», de concurrencia a la escuela y trabajo en común de los condenados en los talleres presidiales o en las obras y servicios públicos. A este le seguía un tercer período, denominado «*intermediario*»,

(211) Vid. SANZ DELGADO, E.: *El Humanitarismo...*, op. cit., pp. 262 a 264; Vid. BURILLO ALBACETE, F. J.: *La cuestión Penitenciaria. Del Sexenio a la Restauración. Prensas Universitarias de Zaragoza*, Zaragoza, 2011, pp. 33 a 53.

(212) Cfr. ANTÓN ONECA, J.: «El Código penal de 1870». *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 23, 1970, pp. 229-252.

de trabajo libre de los penados en la ciudad, siempre bajo autorización, en obras o en el campo contiguo, siendo limitada a determinadas horas del día.

Por último, existía un cuarto grado o período, conocido como de «*circulación libre*», en el cual los presos podían dedicarse a cualquier oficio o actividad dentro de los límites de la Colonia, pero con la contrapartida de tener la obligación de pernoctar en el lugar designado y, teniendo además la obligación de presentarse a revista periódicamente, cada siete o quince días. En cuanto a la duración de cada período, el artículo 9.º del Real Decreto establecía que la duración del segundo, tercero, y cuarto serán iguales; y que cada uno representará una tercera parte del tiempo total de condena, descontando la duración del primero. Por lo que respecta al modo de progresión de las distintas etapas, se fijaba por el Real Decreto un sistema de marcas o boletos con el que se fomentaba su obtención a través de la buena conducta del penado, similar al modelo inglés previo de Maconochie utilizado en la Colonia Penal de Australia (213). Será a partir de este Real Decreto de 1889, cuando empiece el turnalismo normativo y la pugna, entre nuestros dos protagonistas, por establecer el modelo que regirá el sistema penitenciario español a principios del siglo xx. Esta controversia doctrinal y legislativa surge de sus distintos caracteres; uno conservador, el otro progresista. Cadalso será más continuista, heredero de una tradición oficialista centrada más en el administrativismo y la vida regimental de las prisiones; mientras que Salillas, por su parte, estará inspirado por el Positivismo criminológico italiano y tendrá como base de sus planteamientos una óptica basada en el estudio de los «*caracteres propios de los delincuentes españoles*» a través de ciencias como la medicina y la sociología (214).

Fernando Cadalso inició su actividad en el Ramo de Prisiones el 20 de septiembre de 1883, a la edad de 23 años, como Oficial de Contabilidad de la Cárcel Modelo de Madrid. Posteriormente el 31 de octubre de 1885 fue trasladado a Cartagena pero volvió a ser enviado a Madrid en 1886 y, tras ese destino, le fue asignado un puesto en Burgos en 1887. Será a partir de este año cuando comience su «*meteórico ascenso*», siendo nombrado Vigilante de Segunda el 17 de mayo de 1887 en la Cárcel Modelo de Madrid. Un mes después ganará por oposición la plaza de Director de Establecimiento Penal de Segunda Clase, siendo enviado al Penal de Valladolid, en junio de ese año, con

(213) Vid. SANZ DELGADO, E.: *El Humanitarismo...*, op. cit., pp. 264 a 268.

(214) Cfr. RAMOS VÁZQUEZ, I.: *La reforma penitenciaria...*, op. cit., pp. 328 y 329.; y, a su vez, Vid. ANTÓN ONECA, J.: «Don Rafael Salillas». *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 27, 1974, pp. 205-220, p. 210.

el cargo de Director del establecimiento. A partir de julio de 1890, Cadalso será trasladado al Establecimiento Penal de Alcalá de Henares, a petición propia; en este puesto como Director permanecerá menos de un año. Durante el desarrollo de su actividad como Director de la Modelo, uno de los hechos más importantes de su gestión fue la elaboración del Reglamento de la Prisión Celular de Madrid aprobado por Real Orden de 23 de febrero de 1894; estando el cuerpo reglamentario constituido por cuatrocientos seis artículos, divididos en doce títulos, en los cuales se establecía la vida regimental del centro (215).

Siguiendo, a modo de ejemplo, el antecedente normativo ceutí de 1889, Cadalso logró un «salto sistemático» en el ámbito de la ejecución penal que significó, en los albores del siglo XX, la generalización a toda la estructura penitenciaria española de la figura del sistema progresivo de cumplimiento de condenas, a través de la aprobación del Real Decreto de 03 de junio de 1901. Con esto, el modelo español introdujo en nuestros presidios los principios básicos de la ciencia penitenciaria contemporánea, con lo que se vino a derogar la Ordenanza General de Presidios del Reino de 1834, decantándose por un modelo de sistema penitenciario definido y concreto, es decir, por el sistema «irlandés» o de «Crofton». El régimen progresivo que se establecía en este Real Decreto de 1901 se correspondía con un sistema celular progresivo, siendo subsidiario el sistema de clasificación para el caso de que no pudiera implantarse el mismo en algunos de los establecimientos penitenciarios existentes, debido a la falta de medios económicos o estructurales.

En cuanto a la división de los distintos períodos de este sistema, el tiempo de condena se repartía en cuatro (celular o de preparación; industrial o educativo; intermediario; y el último de gracias y recompensas) que se modulaban, en base al artículo 9.º del Decreto, en función de la progresión o regresión del reo mediante una serie de parámetros como la conducta moral o las recompensas obtenidas; todo ello a través de unas reglas de cómputo predeterminadas. En el primer período, el régimen que se aplicaba a los reclusos era el celular o de «preparación», que consistía en el aislamiento en celda del penado con una duración máxima de «siete á doce meses para penas aflictivas, y de cuatro á siete para correccionales»; siendo posible su reducción a través de los citados elementos de progresión (trabajo y buena conducta), que permitían, en ocasiones, su disminución. Así el

(215) Vid. NÚÑEZ, JORGE A.: *Fernando Cadalso y la reforma penitenciaria en España* (1883-1939). Universidad Carlos III, Madrid, 2014, pp. 104 a 157; Vid. NÚÑEZ, Jorge A.: *Fernando Cadalso y Manzano: medio siglo de reforma penitenciaria...*, op. cit., pp. 128 a 201.

artículo 5.º establece que se reduce: «á seis meses para los que extinguen penas aflictivas, y á dos para las correccionales, siempre que se hagan acreedores á esta gracia por su aplicación al trabajo y buena conducta». Además, en este sentido, los presos podían dedicarse en las celdas a «trabajos apropiados á su situación y compatibles con el régimen del establecimiento», y el propio establecimiento debía proveerles también libros si estos los necesitaban para el estudio. Mientras cumpliesen la pena en este primer período existía la obligación por parte de los capellanes, maestros, sociedades de patronato, y demás personas autorizadas, de visitarles con frecuencia para ayudarles en su regeneración moral y contribuir a su progresión en el sistema. Por último, los internos podían comunicarse con sus familias y escribirles varias veces al mes, dependiendo el número de veces si la pena se considerase aflictiva o correccional.

En cuanto al segundo período, el denominado «*industrial*» o «*educativo*», este no disponía de ninguna causa de reducción tal y como se declaraba en el artículo 6.º, salvo causas «*excepcionales y justificadas*»; siendo la duración normal de este período «*igual á la mitad del tiempo de condena que le falte por cumplir el recluso*». El régimen de vida del penado era mixto, con aislamiento celular por la noche y trabajo diurno, mediante asistencia a talleres formativos o a la escuela. Por lo que se refiere a las comunicaciones, estas se basaban en «*dos comunicaciones mensuales para los sentenciados á penas aflictivas; y de tres comunicaciones para los penados correccionales, y podrán escribir cuatro veces en el mismo tiempo*». El tercer período (conocido como el «*intermediario*») se caracterizaba por su similitud con el segundo, de vida mixta, dictando la norma, al igual que en el período previo, que el tiempo de condena será «*igual á la mitad del tiempo de condena que falte por cumplir al penado*», sin introducir por tanto ninguna fórmula de acortamiento. En lo que sí diferían estas dos etapas del sistema progresivo era en el «*atemperamiento*» y suavidad de los trabajos que se les encomendaban a los condenados, mucho menos penosos, y en el aumento de privilegios que conllevaba su paso a este tercer período. Esto es así puesto que implicaba un aumento de confianza por parte de los funcionarios de prisiones en la efectividad de la progresión del reo, por lo que llevaba aparejado algunas mejoras como el aumento de comunicaciones tanto escritas como orales.

Por lo que respecta al cuarto período, de «*gracias y recompensas*», el artículo 8.º convenía que regiría «*en equivalencia al de libertad condicional que existe en otros países, y regirá hasta tanto que se promulgue una ley que la conceda*»; en clara alusión a la futura, y codiciada por Cadalso, Ley de 23 de julio de 1914 de Libertad

Condicional (216). Es por todo lo expuesto, que este Real Decreto de 1901, tanto desde un punto de vista práctico como teórico, ha supuesto el «*resultado de un largo proceso*» que consagró el modelo localista del Real Decreto de 1889 del sistema progresivo desarrollado «*de facto*» en Ceuta, a base de la práctica presidial consuetudinaria (217).

Por lo que respecta a Rafael Salillas, en 1880, tras dedicarse un breve tiempo al ejercicio de la medicina, comienza a trabajar en la Dirección General de Establecimientos Penales, como oficial de quinta. Cinco años después, se pondrá al mando del Negociado de Higiene y Antropología del Ministerio de la Gobernación. En 1887 es trasladado del Ministerio de la Gobernación al de Gracia y Justicia, donde se le encargará la preparación de la sección penitenciaria de la Exposición Universal de Barcelona; también durante este tiempo el ministro Manuel Alonso Martínez le encomendará el Proyecto de la Ley de Prisiones. Un año después, en 1888, publica una recopilación de sus artículos bajo el título de «*La vida penal en España*», obteniendo con ella el reconocimiento nacional y extranjero, tanto desde el punto de vista de la antropología criminal como desde el mundo del Derecho Penitenciario. Ese mismo año, el 6 de diciembre, realizará una disertación en el Ateneo de Madrid titulada «*La antropología en el Derecho Penal*» centrada en la defensa de los postulados de la Escuela Positiva y, también ese mismo año, contribuirá a la redacción del Anuario penitenciario de 1888 por petición expresa del ministro José Canalejas y Méndez; así como su participación activa en el Negociado, en la trascendente elaboración del Real decreto de 23 de diciembre de 1889 de Ceuta.

En 1891, el ministro de Gracia y Justicia Fernando Cos Gayón le encomienda reorganizar el Registro central de penados y rebeldes, encargándose así otra vez Salillas del Negociado. Posteriormente Salillas comenzó su etapa docente, siendo en 1897 nombrado profesor en la Escuela Superior del Ateneo de Madrid, impartiendo la asignatura de Antropología criminal; dos años después, en 1899, también asumirá la dirección de las clases en el Laboratorio o seminario de Criminología

(216) Vid. FERNÁNDEZ BERMEJO, D.: Individualización científica y tratamiento en prisión. Ministerio del Interior, Dirección General de Instituciones Penitenciarias, Madrid, 2013, pp. 197 a 205; en relación a este Real Decreto de 3 de junio de 1901 véase también a SANZ DELGADO, E.: *El Humanitarismo...*, op. cit., pp. 268 a 274; y también Cfr. BURILLO ALBACETE, F. J.: *La cuestión Penitenciaria...*, op. cit., pp. 177 a 181.

(217) Cfr. SANZ DELGADO, E.: «Dos modelos penitenciarios paralelos y divergentes: Cadalso y Salillas». *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. Extra 1, 2006 (Ejemplar dedicado a: Homenaje al profesor Francisco Bueno Arús), pp. 191-224, pp. 202 a 206.

de la Cátedra de Derecho Penal de la Universidad de Madrid. El 5 de abril de 1904 se crea por Real Decreto el Cuerpo Consultivo en asuntos de administración, régimen y reforma penitenciaria, a instancia del ministro Joaquín Sánchez Toca. Con base en este Consejo se creó posteriormente, por Real Orden de 24 de mayo de 1904, la Revista Penitenciaria; publicación ideada como órgano para la difusión de las ideas e iniciativas reformadoras nacidas en el seno del mismo Consejo. En el año 1906, por acta de 20 de enero, es nombrado Director de la Escuela de Criminología y, por Real Decreto de 12 de noviembre de ese mismo año, es nombrado también Director de la Prisión celular de Madrid (218).

Será durante esta primera década del siglo xx, cuando la impronta de Salillas quede indeleble en nuestra legislación. El Decreto de 18 de mayo de 1903 significará una ruptura con el diseño normativo previo que permitirá flexibilizar el sistema progresivo de cumplimiento de condenas (219). Esta norma introdujo como criterios de ejecución penitenciaria la figura de la individualización (art. 2.º) para la progresión del reo en base al avance o retroceso del penado con el tratamiento, basado en la observación de la conducta, el conocimiento de sus circunstancias personales, y su posterior tratamiento penitenciario (*«obedecería a las indicaciones derivadas del conocimiento de los antecedentes y del estado actual del penado»*), todo ello imbuido de una perspectiva criminológica, nunca vista con anterioridad en nuestra legislación penitenciaria. También sostenía que la finalidad de la norma era la de la búsqueda de su reinserción, a través del mencionado sistema gradual, sustitutivo del modelo militarizado de la Ordenanza de 1834 por el de clasificación indeterminada (art. 6.º); bajo una ideología tutelar correccional cuyo único fin era el de *«evitar el delito aplicando a los delincuentes un tratamiento reformador»*, como indicaba su artículo 1.º; llegando a ser definida la cuestión tratamental en el propio articulado como una *«función social»* (220).

Con ello Salillas buscaba la ruptura con la tradición penal previa; consiguió con este Decreto de 1903 *«preceptuar el estudio del hombre en toda su vida penal [...] haciendo al individuo más apto para la vida de lo que antes lo era, dotándolo de medios más eficaces que los que tenía»*. Los principios, por tanto, que el gran criminólogo pensó para

(218) Vid. SANZ DELGADO, E.: «Rafael Salillas y Panzano penitenciario». *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 65, 2012, pp. 155-177, pp. 159 a 162. Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. D.: *El pensamiento penitenciario y criminológico de Rafael Salillas*. Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1976, pp. 75 a 84.

(219) Cfr. SANZ DELGADO, E.: *Rafael Salillas y Panzano...*, op. cit., pp. 163 a 164.

(220) Vid. SANZ DELGADO, E.: *El Humanitarismo...*, op. cit., pp. 274 a 281. Y también SANZ DELGADO, E.: *Rafael Salillas y Panzano...*, op. cit., pp. 164 a 165.

su sistema fueron los de «*permanencia, individualización, historial y actualización del expediente del penado y, para su aplicación, división en diferentes etapas o grados*». El artículo 7.º establecía la creación de un expediente individualizado, que permitiese el estudio de las circunstancias y características del delincuente, en el que se incluirían: su hoja penal; testimonio de la sentencia; circunstancias de comisión del delito; antecedentes individuales; informe psicofísico; informe de cultura literaria y profesional; informe de ideas morales, sentimentales y religiosas; y anotación testimonial del desarrollo de su vida penitenciaria, en el que se aportarían las observaciones del médico, partes de vigilancia, notas de la escuela y el taller, etc. El artículo 11.º, por su parte, realzaba la importancia de la figura del médico de la prisión, encomendándole la misión de realizar el examen psicofísico, el examen de salud mental, y de elaborar a su vez informe de antecedentes patológicos y del estado de sanidad general. En cuanto a los últimos documentos que conformaban el expediente del recluso, los artículos 15.º y 16.º se centraban en el informe elaborado por el profesor de educación primaria, y englobaba aspectos tales como la alfabetización, instrucción elemental, capacidad intelectual o el grado de conocimiento cultural o profesional.

El siguiente punto de interés en este texto normativo es la creación en los establecimientos penitenciarios de una Junta correccional, que será integrada por el Director de la prisión, el inspector, el médico, el profesor de educación primaria y el capellán (art. 20.º). Dicho órgano debía reunirse una vez cada semana y, de forma extraordinaria, «*cuantas veces considerase indispensable*» (art. 22.º). Por otro lado, hay que enumerar las funciones por las que se creó dicho órgano correccional, que no eran otras que la conformación del expediente correccional de los internos de forma individualizada; decidir el sistema de clasificación que regiría e implantarlo, teniendo en cuenta la disposición del edificio (art. 24.º). Estas reuniones se sintetizaban en los referidos informes, expresando en ellos la clasificación del reo; la concesión de dádivas o prerrogativas; las correcciones disciplinarias; o todo los aspectos referentes al tratamiento correccional (art. 26.º); reflejándose, además, las observaciones aportadas por los miembros de la Junta en un acta. La determinación del sistema de clasificación se elaboraba en función del estado de «*sanidad*» o «*intelectualidad*» del penado; quedando los sujetos sometidos a un tratamiento especial en virtud de su afectación a estas cualidades (art. 28.º y siguientes). Para terminar, la Junta también implantaría el orden de progresión dentro de la Escuela, para el paso a los distintos niveles de enseñanza, completándose esta disposición con la creación de dos grupos en los

que se dividirían los presos problemáticos, separándose por un lado a los ineptos y, por otro, a los indisciplinados (arts. 38.º y 39.º) (221).

Casi una década después de este innovador Decreto de 18 de mayo de 1903, se aprobó el Real Decreto de 5 de mayo de 1913, el cual supuso «*un punto de inflexión*» en el terreno penitenciario. Esta norma consolidó los anteriores visos del sistema progresivo, al suponer en el terreno del Derecho comparado, una «*homologación*» con los sistemas penitenciarios foráneos, con la única carestía de la figura de la libertad condicional (figura que deberá de esperar hasta la Ley cadalsiana de 23 de julio de 1914). Además, introdujo nuevas modificaciones que supusieron, por primera vez, la creación de un auténtico cuerpo normativo que, debido a lo extenso de su articulado, giraba en torno a una idea codificadora; tanto es así que para algunos autores nos encontramos ya ante un «*verdadero Código penitenciario*». Lo que se pretendía, a grandes rasgos, era clarificar e intentar dar univocidad a un *corpus* jurídico laberíntico, plagado de normas derogadas o contrapuestas, que devenían en un conjunto legal inabarcable por su extensión y complejidad. El Real Decreto trataba de perfeccionar el tratamiento que se venía aplicando sobre los presos, intentando que sus actos se encaminasen «*por la propia reflexión hacia el bien*»; es decir, su sentido y finalidad era que los mismos penados mejoraran a través de la obtención de gratificaciones o recompensas, alcanzando el tratamiento un marcado «*sentido aperturista premial [...] de mayor contenido humanitarista*», como se puede extraer del artículo 252º (concesión de comunicaciones; exención de servicios mecánicos no retribuidos; concesión extraordinaria de prendas; avance en los períodos de la condena; traslados a destinos de confianza; donación de herramientas o libros; aumentos de las raciones de comida e incrementos monetarios del peculio; propuestas de indultos; etc) y de la prohibición de cualquier tipo de malos tratos (art. 259º).

La individualización del tratamiento se encomendaba directamente a los funcionarios de la sección directiva, encargados de las labores criminológicas y de régimen penitenciario. Los funcionarios encargados de la custodia, por su parte, tenían encargada la labor de conocer las circunstancias de los reos para así aprovecharlas en su beneficio, redactando los informes para sus superiores, tratando de conocer al interno de forma particular (arts. 102.7.º y 107.11.º). La separación

(221) Vid. FERNÁNDEZ BERMEJO, D.: *Individualización científica...*, op. cit., pp. 205 a 214. Vid. GARCÍA VALDÉS, C.: *La Ideología Correccional...*, op. cit., pp. 119 a 121. Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: *Apuntes Históricos del Derecho Penitenciario español*. Editorial Edisofer. Madrid, 2014, pp. 19 a 26. Cfr. BURILLO ALBACETE, F. J.: *La cuestión Penitenciaria...*, op. cit., pp. 181 a 185.

interior y la clasificación se recogía en los artículos 99.4.º, 214.º y 227.º, dictándose que esta acción correspondería a los Directores o Jefes de Prisiones provinciales, procurando la separación por sexos, edades y tipo de delito (graves o leves; contra la propiedad o contra las personas; primerizos o reincidentes), clasificándolos en departamentos diferentes. Los artículos 236.º a 240.º constituían el régimen de cumplimiento de condenas, que seguirá las pautas del sistema progresivo irlandés o de Crofton, con una división en cuatro períodos.

El primer período será el celular o de preparación; el segundo el industrial o educativo; el tercero el intermediario; y un cuarto y último período de gracias y recompensas. La potestad para la regresión o la progresión de un período a otro pertenecía a la Junta de disciplina (art. 241.º), teniendo en cuenta las aptitudes del penado, su aplicación en el trabajo y en el estudio o su buena o mala conducta. Así mismo, el artículo 248.º del Real Decreto, en relación a esta misma Junta de disciplina, permitía que los internos que se encontraran en el cuarto período y que mostraran una conducta intachable, pudieran ser propuestos para un indulto total o parcial (resolviendo el Ministerio sobre la mencionada posibilidad de indulto, con el límite de perdonar tan solo al diez por ciento de la población reclusa en cuarto grado que hubiera en la prisión). Dicho lo cual, podemos entender que, como conclusión al análisis de este texto penitenciario, las instituciones más representativas de esta normativa serían «*los derechos de los reclusos, la obligatoriedad del trabajo y educación penitenciaria, los servicios médicos y religiosos, las normas mínimas de higiene y, en fin, la adopción del régimen progresivo de tratamiento del reo, en unión de la exigencia de un personal funcionario apto y vocacionado para la misión prisional*» (222).

(222) Vid. FERNÁNDEZ BERMEJO, D.: *Individualización científica...*, op. cit., pp. 241 a 248. Vid. SANZ DELGADO, E.: *El Humanitarismo...*, op. cit., pp. 293 a 297. Cfr. GARCÍA VALDÉS, C., *Régimen penitenciario...*, op. cit., pp. 36 y 37.

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

GEMA MARTÍNEZ GALINDO

Doctora en Derecho
Abogada

CONSTITUCIÓN

ARTÍCULO 17

Motivación de las resoluciones que afectan a la libertad

«Que la decisión del órgano judicial no pueda reputarse directamente lesiva del derecho fundamental previsto en el artículo 17 CE no significa que la afectación del valor superior de la libertad no tenga un importante influjo en el examen de la eventual lesión del derecho a obtener tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), pues, según hemos declarado, hay resoluciones judiciales que, sin lesionar dicho derecho, afectan a la libertad como valor superior del ordenamiento constitucional en cuanto “modalizan la forma en que la ejecución de una restricción de libertad se llevará a cabo” (SSTC 320/2006, de 15 de noviembre, FJ 4, y 226/2015, de 2 de noviembre, FJ 4).

En esos casos cualificados de afectación del valor superior de la libertad, hemos afirmado que debe “entenderse reforzado el canon normalmente exigible en relación con el derecho contenido en el art. 24.1 CE” (SSTC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3, y 43/2008, de 10 de marzo, FJ 4) “de manera que la motivación exigible a cualquier resolución judicial que afecte a ese valor superior no se reduce a la mera expresión de las razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales, fundamentadores de la decisión... sino que debe extenderse a las circunstancias que constitucionalmente justifican la situación de privación de libertad. Por decirlo en otros términos: en la medida en que está en juego el valor superior de la libertad, el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión no solo exige resoluciones judiciales motivadas, sino motivaciones concordantes con los supuestos en los que la Constitución permite la afectación de ese valor superior” (SSTC 2/1997, de 13 de enero, FJ 3; y 226/2015, FJ 4). Esta exigencia se hace aún más evidente desde la perspectiva resocializadora que debe presidir la ejecución de las penas privativas de libertad de acuerdo con el artículo 25.2 CE (SSTC 43/2008, FJ 4, y 226/2015, FJ 4)

(.../...)

De acuerdo con nuestra doctrina, “para verificar... si una resolución que afecta al valor libertad está motivada en los términos requeridos por el artículo 24.1 CE, este Tribunal no debe limitarse a constatar que el órgano judicial ha exteriorizado una razón sin incurrir en arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente. Sin abandonar el plano externo de enjuiciamiento que caracteriza el examen constitucional de la motivación de las resoluciones judiciales, debemos, antes bien, asegurarnos de que el órgano judicial ha cumplido el deber reforzado de motivación que sobre él pesaba plasmando en su resolución razones acordes a la regulación legal del beneficio penitenciario solicitado y específicamente ligadas al concreto supuesto de hecho planteado” (STC 226/2015, FJ 4), de modo que pueda comprobarse “la relación directa y manifiesta existente entre la norma que el juzgador declara aplicable y el fallo de la resolución, exteriorizada en la argumentación jurídica de la misma” (STC 112/1996, de 24 de junio, FJ 2).

Dicho en otros términos, “la resolución judicial cumple con el canon de motivación reforzada si su mera lectura evidencia, sin necesidad de mayor indagación, que el órgano judicial ha ponderado las circunstancias particulares del recurrente de las que legalmente depende la concesión o denegación del beneficio penitenciario en juego. El deber de motivación reforzada no es, así, sino una manifestación cualificada del test de razonabilidad que es propio, con carácter general, del deber de motivación resultante del artículo 24.1 CE” (STC 226/2015, FJ 4), ya que se trata, en definitiva, de “comprobar la razonabilidad de la fundamentación de las resoluciones recurridas... desde la perspectiva del derecho fundamental a la libertad (art. 17.1 CE)” (SSTC 31/1999, de 8 de marzo, FJ 3; y 226/2015, FJ 4)».

(STC 96/2017, de 17 de julio de 2017. Recurso de amparo 6485-2015. Ponente: D. Antonio Narváez Rodríguez. BOE 11-8-2017).

ARTÍCULO 17.3

Derecho a la asistencia letrada durante la detención y a entregarle al Letrado el expediente para que pueda impugnarse aquélla. Desestimación de habeas corpus

«La respuesta la ofrece nuestra reiterada doctrina, contenida por ejemplo en la STC 339/2005, de 20 de diciembre, FJ 4, con cita de otras anteriores, en la que se sostiene la prevalencia del derecho del artículo 17.3 CE: “hemos de recordar, en cuanto al derecho fundamental alegado que, con arreglo a la doctrina de este Tribunal [STC 165/2005, de 20 de junio, FJ 11 a)], “es necesario distinguir entre la asistencia letrada al detenido en las diligencias policiales y judiciales que la Constitución reconoce en el artículo 17.3 como una de las garantías del derecho a la libertad personal protegido en el apartado 1 de ese mismo artículo, y la asistencia letrada al imputado o acusado que la propia Constitución contempla debido”; de modo que esta doble proyección constitucional del derecho a la asistencia letrada, que guarda paralelismo con los textos internacionales sobre la materia (artículos 5 y 6 del Convenio europeo de derechos humanos, CEDH, y artículos 9 y 14 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, PIDCP), no permite asignar un mismo contenido a los derechos a la asistencia letrada que se protegen de forma individualizada y autónoma en los artículos 17.3 y 24.2 CE (en sentido similar desde las SSTC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 4; 188/1991, de 3 de octubre, FJ 2; 7/2004, de 9 de febrero, FJ 6, y 165/2005,

FJ 11 a)”. Con posterioridad también, SSTC 219/2009 y 220/2009, de 21 de diciembre, ambas FJ 7, y 87/2010, de 3 de noviembre, FJ 5.

Es pues el derecho fundamental del artículo 17.3 CE, aquel cuya vulneración requiere ser aquí verificada, sin perjuicio de que una estimación del recurso acarrearía también la declarada lesión del derecho a la libertad personal del artículo 17.1 CE, al no haberse producido la detención de los recurrentes “con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley”.

Como enseña nuestra STC 199/2003, de 10 de noviembre, FJ 4: “el derecho del detenido a la asistencia letrada en las diligencias policiales y judiciales, reconocido en el artículo 17.3 CE, adquiere relevancia constitucional como una de las garantías del derecho a la libertad protegido en el apartado primero del propio artículo. En este sentido su función consiste en asegurar que los derechos constitucionales de quien está en situación de detención sean respetados, que no sufra coacción o trato incompatible con su dignidad y libertad de declaración y que tendrá el debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios, incluida la de guardar silencio, así como sobre su derecho a comprobar, una vez realizados y concluidos con la presencia activa del Letrado, la fidelidad de lo transcrito en el acta de declaración que se le presenta a la firma (por todas, SSTC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 5; 252/1994, de 19 de septiembre, FJ 4, y 229/1999, de 13 de diciembre, FJ 2)” (.../...)

El Auto se limita a señalar que el acceso al expediente no era posible porque el equipo de policía judicial se encontraba “practicando diligencias, sin haber podido finalizar”, hasta el punto de añadir que “no existe, como tal, dicho expediente, pues los agentes se encuentran practicando diligencias y confeccionando el atestado”, por lo que no resulta de aplicación el artículo 7 de la Directiva invocada.

Pues bien, la propia lógica de los hechos narrados en el atestado policial desvirtúan esta afirmación: si la detención se desencadenó a resultas de un operativo policial contra personas señaladas por la comisión de diversos delitos en varias localidades, como pone en evidencia el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones, al menos debían existir bajo algún soporte (papel o informático) las denuncias de tales delitos, así como la documentación de los registros efectuados al detenerles, cuya entrega, precisa el Fiscal, “no parece problemática por conllevar una amenaza para la vida o derechos fundamentales de otra persona y que hubiera sido aconsejable no entregar por razones de interés público”.

No había motivo amparable en la Directiva 2012/13/UE para dilatar esa entrega: ese retraso solo se contempla por el apartado núm. 3 del artículo 7, hasta el momento anterior en que se presenta la acusación ante el tribunal, cuando se trata del derecho de acceso para la defensa ante el órgano judicial. Pero como bien precisa dicho apartado, ello procede: “sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1”. Esto es, sin perjuicio de que en los casos de detención o privación de libertad del apartado 1, el acceso de los elementos fundamentales para impugnar la medida, en este caso la detención no admite dilaciones. En concreto, en este caso, para poder ser consultados con tiempo suficiente para poder asesorar el abogado a los detenidos, antes de su interrogatorio.

La negativa sin justificación alguna del instructor a la entrega del material del que ya disponía, trajo consigo así la vulneración del derecho a la asistencia de letrado (art. 17.3 CE), el cual incluye en su contenido el derecho del detenido y su letrado a acceder a los elementos fundamentales (entonces, artículo 7.1 de la Directiva 2012/13/UE) para impugnar su situación privativa de libertad. Al desestimar posteriormente la solicitud de *habeas corpus* de los recurrentes, pese a partir de la premisa correcta de

la aplicación directa de la Directiva tantas veces citada, el Auto de 13 de julio de 2014 dejó de reparar la lesión de aquel derecho fundamental.»

(STC 13/2017, de 30 de enero. Recurso de amparo 7301-2014. Ponente: D. Ricardo Enríquez Sancho. BOE 10-3-2017).

ARTÍCULO 20

Libertad de expresión y derecho a comunicar información

«Procede traer a colación la doctrina recopilada, entre otras, en la STC 177/2015, de 22 de julio, FJ 2 e), en la cual sostuvimos que “el órgano judicial debe valorar, como cuestión previa a la aplicación del tipo penal y atendiendo siempre a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, si la conducta que enjuicia constituye un ejercicio lícito del derecho fundamental a la libertad de expresión y, en consecuencia, se justifica por el valor predominante de la libertad de expresión. Pues “es obvio que los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito” (por todas, últimamente, STC 89/2010, de 15 de noviembre, FJ 3). Por ese motivo, como también hemos repetido en múltiples ocasiones, “la ausencia de ese examen previo al que está obligado el Juez penal o su realización sin incluir en él la conexión de los comportamientos enjuiciados con el contenido de los derechos fundamentales y de las libertades públicas no es constitucionalmente admisible” (STC 29/2009, de 26 enero, FJ 3), y, por lo mismo, “constituye en sí misma una vulneración de los derechos fundamentales no tomados en consideración” (SSTC 299/2006, de 23 de octubre, FJ 3, y 108/2008, de 22 de septiembre, FJ 3). En suma, en casos como el presente, “no estamos en el ámbito de los límites al ejercicio del derecho, sino en el previo de la delimitación de su contenido” (SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 2, y 127/2004, de 19 de julio)”.

(.../...)

Procede recordar nuestra doctrina acerca del ámbito de aplicación de las respectivas libertades, no siempre fácil de deslindar, que aparece compendiada, entre otras, en la STC 79/2014, de 28 de mayo, FJ 4, en los siguientes términos: “[e]ste Tribunal viene distinguiendo, desde la STC 104/1986, de 17 de julio, entre el derecho que garantiza la libertad de expresión, cuyo objeto son los pensamientos, ideas y opiniones (concepto amplio que incluye las apreciaciones y los juicios de valor) y el derecho a comunicar información, que se refiere a la difusión de aquellos hechos que merecen ser considerados noticiables. Esta distinción entre pensamientos, ideas y opiniones, de un lado, y comunicación informativa de hechos, de otro, tiene una importancia decisiva a la hora de determinar la legitimidad del ejercicio de esas libertades, pues mientras los hechos son susceptibles de prueba, las opiniones o juicios de valor, por su misma naturaleza, no se prestan a una demostración de exactitud, y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación, que condiciona, en cambio, la legitimidad del derecho de información por expreso mandato constitucional, que ha añadido al término “información”, en el texto del artículo 20.1 d) CE, el adjetivo “veraz” (SSTC 278/2005, de 7 de noviembre, FJ 2; 174/2006, de 5 de junio, FJ 3; 29/2009, de 26 de enero, FJ 2; y 50/2010, de 4 de octubre, FJ 4). Asimismo, el Tribunal ha subrayado que en los casos reales que la vida ofrece, no siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones de la simple narración de unos hechos, pues a menudo el mensaje

sujeto a escrutinio consiste en una amalgama de ambos, y la “expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa, la comunicación de hechos o de noticias no se da nunca en un estado químicamente puro y comprende, casi siempre, algún elemento valorativo o, dicho de otro modo, una vocación a la formación de una opinión” (SSTC 6/1988, de 21 de enero, FJ 5; 174/2006, de 5 de junio, FJ 3; 29/2009, de 26 de enero, FJ 2; y 50/2010, de 4 de octubre, FJ 4)”.

Por su parte, la STC 29/2009, de 26 de enero, FJ 2, ofrece un criterio útil para distinguir, en supuestos no fáciles, entre lo que fundamentalmente resulta ser una exteriorización de pensamientos, ideas u opiniones, de aquello otro que, en esencia, constituye una narración o descripción de acontecimientos: “[l]a expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa, la comunicación de hechos o de noticias no se da nunca en un estado químicamente puro y comprende, casi siempre, algún elemento valorativo o, dicho de otro modo, una vocación a la formación de opinión (STC 6/1988, de 21 de enero, FJ 5). En tales casos hemos considerado, que para determinar cuál es el derecho fundamental efectivamente en juego en cada supuesto, será necesario atender “al que aparezca como preponderante o predominante” (STC 4/1996, de 19 de febrero, FJ 3). Y a tal efecto nuestra doctrina considera determinante el que del texto se desprenda un “afán informativo” (STC 278/2005, de 7 de noviembre, FJ 2) o que predomine intencionalmente la expresión de un “juicio de valor”.»

(STC 38/2017, de 24 de abril. Recurso de amparo 7430-2015. Ponente: D. Pedro José González-Trevijano Sánchez. BOE 27-5-2017).

ARTÍCULO 24.1

Derecho a la tutela judicial efectiva. Incongruencia de las resoluciones judiciales

«Se hace preciso recordar aquí la doctrina establecida por este Tribunal en torno a la prohibición de incongruencia omisiva o *ex silentio*, recopilada, entre otras muchas, en las SSTC 52/2005, de 14 de marzo; 4/2006, de 16 de enero; 85/2006, de 27 de marzo; 138/2007, de 4 de junio; 144/2007, de 18 de junio; y 165/2008, de 15 de diciembre. Como se dijo en la STC 44/2008, de 10 de marzo, FJ 2, “[l]a congruencia viene referida desde un punto de vista procesal al deber de decidir por parte de los órganos judiciales resolviendo los litigios que a su consideración se sometan, a su *potestas* en definitiva, exigiendo que el órgano judicial ofrezca respuesta a las distintas pretensiones formuladas por las partes a lo largo del proceso, a todas ellas, pero solo a ellas, evitando que se produzca un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones, concediendo más o menos o cosa distinta de lo pedido (SSTC 124/2000, de 16 de mayo, FJ 3; 114/2003, de 16 de junio, FJ 3; o 174/2004, de 18 de octubre, FJ 3; entre muchas otras). Recordaba en ese sentido la STC 130/2004, de 19 de julio, que desde pronunciamientos aún iniciales, como la STC 20/1982, de 5 de mayo (FFJJ 1 a 3), hemos definido en una constante y consolidada jurisprudencia el vicio de incongruencia como aquel desajuste entre el fallo judicial y los términos en los que las partes han formulado su pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso en los escritos esenciales del mismo”.

En concreto, la incongruencia omisiva o *ex silentio* se produce cuando el órgano judicial deja sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución, y sin que sea necesaria, para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen por las partes como fundamento de su pretensión, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales (STC 40/2006, de 13 de febrero, por todas). A tales efectos, se plantea la necesidad “de distinguir entre las que son meras alegaciones o argumentaciones aportadas por las partes en defensa de sus pretensiones y estas últimas en sí mismas consideradas, pues si con respecto a las primeras puede no ser necesaria una respuesta explícita y pormenorizada de todas ellas y, además, la eventual lesión del derecho fundamental deberá enfocarse desde el prisma del derecho a la motivación de toda resolución judicial, respecto de las segundas la exigencia de respuesta congruente se muestra con todo rigor siempre y cuando la pretensión omitida haya sido llevada al juicio en el momento procesal oportuno” (STC 44/2008, de 10 de marzo, FJ 2).

En todo caso, este Tribunal ha puesto de relieve la complejidad que supone distinguir “cuándo la invocación por el demandante o el demandado de unos hechos o de una norma integra la pretensión y cuándo se trata, por el contrario, de una alegación meramente accesoria. A los estrictos efectos de delimitar el contenido del derecho fundamental invocado, baste ahora con señalar que, en el extremo atinente a las alegaciones de las partes, existirá incongruencia omisiva siempre que se produzca una falta de respuesta a la invocación de unos hechos jurídicamente determinantes del sentido del fallo, pudiendo decirse que es la incidencia en el fallo la que cualifica a la alegación haciendo que la falta de respuesta judicial a la misma ostente relevancia constitucional” (STC 25/2012, de 27 de febrero, FJ 4)».

(STC 128/2017, de 13 de noviembre. Recurso de amparo 7369-2015. Ponente: D.^a María Luisa Balaguer Callejón. BOE 20-12-2017).

Derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratos inhumanos o degradantes: investigación insuficiente de una denuncia de torturas que se dicen sufridas bajo custodia policial

«Como señala la citada STC 130/2016, FJ 2, esa doctrina constitucional se encuentra en sintonía con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que viene insistiendo en la necesidad de aplicar un canon reforzado de investigación cuando se trata de denuncias de torturas y malos tratos por parte de agentes de los cuerpos de seguridad del Estado (SSTEDH de 28 de septiembre de 2010, asunto San Argimiro Isasa c. España, § 34; y de 16 de octubre de 2012, asunto Otamendi Eiguren c. España, § 38, solo por citar algunas referidas a España). En sus pronunciamientos más recientes, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos hace especial hincapié en que una investigación efectiva se lleve a cabo con mayor rigor cuando el denunciante se encuentra en una situación de detención incommunicada; un contexto tal exige un mayor esfuerzo, por parte de las autoridades, para esclarecer los hechos denunciados (SSTEDH de 7 de octubre de 2014, asunto Atan Rojo c. España; de 7 de octubre de 2014, asunto Etxebarria Caballero c. España; de 5

de mayo de 2015, asunto Arratibel Garcíandía c. España, y de 31 de mayo de 2016, asunto Beortegui Martínez c. España).

En todo caso, de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no se infiere la necesidad de llevar a cabo un elenco cerrado y taxativo de diligencias de investigación en los casos de denuncia de torturas o malos tratos de personas bajo custodia policial, pero sí se desprende que, incluso en aquellos casos en que los informes médicos no revelan indicios claros de la comisión de un delito de tortura, han de practicarse otros medios de prueba adicionales, agotando cuantas posibilidades de indagación resulten útiles para aclarar los hechos denunciados. El artículo 3 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales tiene una doble vertiente sustantiva y procesal y puede producirse una violación de esta última cuando la imposibilidad de determinar, más allá de toda duda razonable, que el denunciante fue sometido a malos tratos se desprende en gran medida de la ausencia de una investigación oficial exhaustiva y efectiva tras la denuncia presentada.

(.../...)

La doctrina constitucional ha resaltado que la inexistencia de datos en los informes médicos que avalen la sospecha de maltrato (o su debilidad para sustentar la condena) no excluye la necesidad de investigar. Puede existir otro tipo de datos que –desde la perspectiva del deber de profundizar en la investigación– genere un panorama sospechoso potencialmente conectado con la existencia de torturas o malos tratos, incluso aunque los mismos fueran claramente insuficientes para sustentar una condena penal por delito de torturas o malos tratos (SSTC 123/2008, de 20 de octubre, FJ 3; 12/2013, de 28 de enero, FJ 3; 153/2013, de 9 de septiembre, FJ 4, y 144/2016, FJ 3)

(.../...)

En el momento del cierre de la instrucción, tal como también ha señalado el Ministerio Fiscal, existían todavía medios de investigación disponibles para tratar de esclarecer los hechos denunciados por el demandante de amparo, diligencias probatorias que fueron solicitadas por este y rechazadas por los órganos judiciales sin justificación suficiente.

Entre esos medios de investigación se cuenta, de forma destacada, la declaración del denunciante ante el juez instructor, diligencia que constituye, según reiterada doctrina constitucional, un medio de indagación especialmente idóneo en la averiguación de las denuncias por malos tratos, pues la evaluación de la credibilidad del relato expuesto en la denuncia exigía valorar directamente –con intermediación– el testimonio del recurrente sobre los hechos denunciados en presencia judicial, sin que se adivine obstáculo alguno a la práctica de tal diligencia en el presente caso (por todas, SSTC 107/2008, FJ 4; 131/2012, FJ 5; 153/2013, FJ 6; y 144/2016, FJ 4; también STEDH de 16 de octubre de 2012, asunto Otamendi Egiguren c. España, § 41).

Asimismo se revela como una diligencia de investigación útil la declaración de los médicos-forenses que practicaron los diferentes reconocimientos médicos al recurrente en Pamplona primero y luego en Madrid, a fin de aclarar el contenido de algunos aspectos recogidos en sus informes y la situación observada en el detenido en los sucesivos reconocimientos practicados (STC 130/2016, FJ 4).

De utilidad instructora podría resultar también, en este contexto típico de escasez probatoria, la declaración del abogado de oficio que asistió al denunciante durante su detención incomunicada, quien podía haber expuesto su percepción de la situación como único tercero presente en esa declaración policial; de ella se desdijo el recurrente con la acusación de que fue preparada y se obtuvo tras previos malos tratos policiales (SSTC 52/2008, de 14 de abril, FJ 5; 130/2016, FJ 5, y 144/2016, FJ 4).

También, habida cuenta de la situación de detención incomunicada en que se producen supuestamente los hechos denunciados, donde el fin de eficacia policial debe cohonestarse con la prevención de abusos y su represión, hubiera podido procederse a identificar y tomar declaración a los agentes de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado encargados de la custodia del recurrente. Se habría seguido así la exigencia de agotamiento de medios útiles de investigación en tales supuestos indicada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su jurisprudencia más reciente anteriormente citada. La pertinencia de esta diligencia instructora ha sido destacada también por este Tribunal Constitucional, salvo previa justificación de que su práctica pueda suponer un riesgo para la vida o integridad de esos agentes (SSTC 107/2008, FJ 4; 40/2010, FJ 3, y 144/2016, FJ 4, por todas).»

(STC 39/2017, de 24 de abril. Recurso de amparo 332-2016. Ponente: D. Andrés Ollero Tassara. BOE 27-5-2017).

ARTÍCULO 24.2

Derecho a la defensa y a la asistencia letrada

«En aquellos procesos donde la ley exige la intervención de profesionales (abogado y procurador), la STC 7/2011, de 14 de febrero, FJ 2, recuerda que: “Este Tribunal ha reiterado que entre el haz de garantías que integran el derecho a un proceso justo se incluye el derecho a la defensa y a la asistencia letrada (art. 24.2 CE), que debe ser reconocido no solo para el proceso penal sino también para el resto de los procesos y cuya finalidad es la de asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción, que impone a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes o limitaciones en la defensa que puedan inferir a alguna de ellas un resultado de indefensión. Igualmente se ha destacado que en el supuesto de que la intervención de Letrado sea legalmente preceptiva, esta garantía constitucional se convierte en una exigencia estructural del proceso tendente a asegurar su correcto desenvolvimiento, lo que determina que la pasividad del titular del derecho deba ser suplida por el órgano judicial para cuya propia actuación, y no solo para el mejor servicio de los derechos e intereses del defendido, es necesaria la asistencia del Letrado, debiendo los órganos judiciales considerar la ausencia de Letrado como un requisito subsanable, ofreciendo al interesado una oportunidad de reparar tal omisión (por todas, STC 189/2006, de 19 de junio, FJ 2)”. En el mismo sentido, anteriormente ya, las SSTC 225/2007, de 22 de octubre, FJ 3, y 174/2009, de 16 de julio, FJ 2; con posterioridad, las SSTC 22/2016, de 15 de febrero FJ 4.a), y 50/2016, de 14 de marzo, FJ 4 a)”.

(STC 31/2017, de 27 de febrero. Recurso de amparo 5030-2015. Ponente: D. Ricardo Enríquez Sancho. BOE 7-4-2017).

Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa

«Sobre este derecho fundamental existe ya un amplio cuerpo doctrinal (entre otras muchas, SSTC 1/1996, de 15 de enero, FJ 2; 26/2000, de 31 de enero, FJ 2; 246/2000, de 16 de octubre, FJ 3; 133/2003, de 30 de junio, FJ 3; 88/2004, de 10 de mayo, FJ 3; 4/2005, de 17 de enero, FJ 3; 359/2006, de 18 de diciembre, FJ 2; 77/2007, de 16 de abril, FF.JJ. 2 y 3; y 86/2008, de 21 de julio, FJ 3), en el que se ha

afirmado que presenta una estrecha relación con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), así como con el derecho de defensa (art. 24.2 CE), del que es realmente inseparable. Precisamente esta inescindible conexión nos ha permitido afirmar que el contenido esencial del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa se integra por el poder jurídico que se reconoce a quien interviene como litigante en un proceso de provocar la actividad procesal necesaria para lograr la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos relevantes para la decisión del conflicto objeto del proceso.

De acuerdo con esa doctrina, las notas caracterizadoras de este derecho fundamental y de su protección constitucional son, esencialmente, en cuanto aquí interesa, las siguientes:

a) El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa es un derecho de configuración legal, por lo que su ejercicio habrá de ajustarse a las normas reguladoras de cada orden jurisdiccional. Por ello, para que se produzca su lesión se requiere que la prueba no admitida, o no practicada, se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos. En concreto, no se puede considerar lesionado dicho derecho cuando una prueba haya sido inadmitida en aplicación de normas legales cuya legitimidad constitucional no pueda ponerse en duda.

b) Este derecho no es absoluto, de manera que no faculta para exigir la admisión de todas las pruebas que puedan proponer las partes en el proceso, sino que atribuye únicamente el derecho a la recepción y práctica de aquellas que sean pertinentes, correspondiendo a los órganos judiciales efectuar siempre la valoración de la pertinencia y legalidad de las pruebas solicitadas.

c) La denegación de las pruebas propuestas ha de ser motivada por los órganos judiciales, pudiendo vulnerarse el derecho fundamental cuando se inadmitan pruebas relevantes para la resolución final del litigio sin motivación o con motivación insuficiente, o bien cuando dicha inadmisión sea el resultado de una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable.

d) La garantía constitucional del artículo 24.2 CE no cubre cualquier irregularidad u omisión procesal, sino únicamente aquellos casos en los cuales la prueba fuera decisiva en términos de defensa. En concreto, para que este derecho pueda entenderse vulnerado, la denegación de la prueba debe ser imputable al órgano judicial y, además, la prueba denegada debe ser decisiva en términos de defensa, siendo carga del recurrente la de justificar la indefensión sufrida. Esta exigencia implica, por una parte, que el recurrente debe demostrar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas; y, por otra parte, que debe argumentar el modo en que la admisión y la práctica de la prueba objeto de la controversia habrían podido tener una incidencia favorable a la estimación de sus pretensiones. Sólo en tal caso –comprobado que el fallo del proceso a quo pudo, tal vez, haber sido otro si la prueba se hubiera practicado–, podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo solicita el amparo constitucional.

e) Finalmente, hemos venido señalando también que el artículo 24 CE impide a los órganos judiciales denegar una prueba oportunamente propuesta y fundar posteriormente su decisión en la falta de acreditación de los hechos cuya demostración se intentaba obtener mediante la actividad probatoria que no se pudo practicar. En tales supuestos lo relevante no es que las pretensiones de la parte se hayan desestimado, sino que la desestimación sea la consecuencia de la previa conculcación por el propio órgano judicial de un derecho fundamental del perjudicado, encubriéndose tras una aparente resolución judicial fundada en Derecho una efectiva denegación de justicia.»

(STC 128/2017, de 13 de noviembre. Recurso de amparo 7369-2015. Ponente: D.ª María Luisa Balaguer Callejón. BOE 20-12-2017).

Derecho a un proceso con todas las garantías. Valoración de las pruebas en segunda instancia penal.

«Como con extenso pormenor se expone en la STC 88/2013, de 11 de abril, del Pleno (FFJJ 7 a 9), a cuya fundamentación hemos de remitirnos, la cuestión planteada ha sido abordada por este Tribunal en una jurisprudencia reiterada, complementaria y progresivamente ampliada que, rectificando pronunciamientos anteriores, tiene su momento inicial en la STC 167/2002 de 18 de septiembre (FFJJ 9 a 11), también del Pleno. En dicho pronunciamiento, con el objetivo de “adaptarse más estrictamente a las exigencias del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales”, fijó este Tribunal una nueva interpretación del contenido del derecho a un proceso con todas las garantías. Más específicamente, la referencia fue entonces la jurisprudencia interpretativa del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el contenido del artículo 6.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH), tal y como en esta materia se venía estableciendo desde la STEDH de 26 de mayo de 1988 (caso Ekbatani contra Suecia). El Tribunal europeo, partiendo de la idea de que “el proceso penal constituye un todo y la protección del artículo 6.1 CEDH no termina con el fallo de primera instancia”, había señalado que, conforme a su propia jurisprudencia, “el Estado que organiza tribunales de apelación o casación tiene el deber de asegurar a los justiciables las garantías fundamentales del citado precepto” (ap. 24); señalando al mismo tiempo que, en la determinación de cuales sean en cada caso esas garantías, es necesario examinar el papel que ha de desempeñar la jurisdicción de revisión y la manera en la que los intereses del acusado fueron realmente expuestos y protegidos ante el Tribunal a la vista de las cuestiones que éste tiene que juzgar. Ya en aquel lejano supuesto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos concluyó que era necesario un debate público, con presencia y participación del acusado, cuando el órgano de revisión “conoce tanto de cuestiones de hecho como de Derecho” y “estudia en su conjunto la culpabilidad o inocencia del acusado”, pues en tales casos no puede resolverse la pretensión de revisión sin un examen directo y personal del acusado que afirma no haber cometido la acción delictiva que se le imputa.

Asumiendo dicho contenido, reiteramos desde entonces que resulta contrario a un proceso con todas las garantías que, conociendo a través de recurso, un órgano judicial condene a quien ha sido absuelto en la instancia, o agrave su situación, como consecuencia de una nueva fijación de los hechos probados que encuentre su origen en la reconsideración de pruebas –como es el caso de las declaraciones de testigos, peritos y acusados– cuya correcta y adecuada apreciación exija necesariamente que se practiquen en una vista pública, en presencia del órgano judicial que las valora y de forma contradictoria, esto es, en presencia y con la intervención del acusado.

Dicho criterio inicial fue también aplicado a aquellas decisiones de revisión que, sin alterar el relato de hechos probados declarado en la instancia, fundamentaban la condena del acusado en la distinta apreciación de la concurrencia de elementos subjetivos del delito (aquellos que tienen que ver con la intención que guía a su autor o el grado de compromiso con la acción ejecutada que cabe reprocharle). En tales casos, el canon constitucional establecido apreciaba la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías únicamente cuando, sin la celebración de vista pública y contradictoria, la distinta apreciación de elementos subjetivos se razonaba a partir del resultado de pruebas personales, quedando excluida la vulne-

ración cuando procedía de pruebas documentales (SSTC 328/2006, de 20 de noviembre, y 91/2009, de 20 de abril).

4. La STEDH de 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España, puso de manifiesto la insuficiencia de dicha perspectiva inicial y declaró que cuando una instancia de apelación debe conocer un asunto de hecho y en Derecho y tiene la facultad de estudiar en su conjunto la cuestión de la culpabilidad o de la inocencia, no puede, por motivos de equidad del proceso, decidir estas cuestiones sin valoración directa de los medios de prueba presentados en persona por el acusado que afirma no haber cometido el acto considerado penalmente ilícito. Dicha doctrina ha sido concretada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en diversos pronunciamientos posteriores que han analizado las posibilidades de revisión que ofrece nuestro ordenamiento jurídico procesal (tanto el recurso de apelación como el de casación). Así aparece expuesto y reiterado en las SSTEDH de 21 de septiembre de 2010, caso Marcos Barrios c. España, § 32; 16 de noviembre de 2010, caso García Hernández c. España, § 25; 25 de octubre de 2011, caso Almenara Álvarez c. España, § 39; 22 de noviembre de 2011, caso Lacadena Calero c. España, § 38; 13 de diciembre de 2011, caso Valbuena Redondo c. España, § 29; 20 de marzo de 2012, caso Serrano Contreras c. España, § 31; 27 de noviembre de 2012, caso Vilanova Goteris y Llop García c. España, § 33; 8 de octubre de 2013, caso Nieto Macero c. España, § 27; de 8 de octubre de 2013, Caso Román Zurdo y otros c. España, § 39; de 12 de noviembre de 2013, caso Sainz Casla c. España, § 31; de 8 de marzo de 2016, caso Porcel Terribas y otros c. España, § 24.3; de 29 de marzo de 2016, caso Gómez Olmeda c. España, § 33; y de 13 de junio de 2017, caso Atutxa Mendiola y otros c. España, § 43.

Conforme a los mismos, lo relevante es evaluar si la jurisdicción de revisión “efectúa una nueva apreciación de los hechos estimados probados en primera instancia y los reconsidera”, situándose así más allá de las consideraciones estrictamente jurídicas; lo cual ocurre siempre que la revisión exprese “una toma de posición sobre hechos decisivos para la determinación de la culpabilidad del demandante”, esto es, se pronuncie sobre circunstancias subjetivas del acusado. Y así se ha señalado que “cuando la inferencia de un tribunal se refiere a elementos subjetivos (como, en este caso concreto, la existencia de dolo), no es posible proceder a la valoración jurídica del comportamiento del acusado sin haber previamente intentado probar la realidad de este comportamiento, lo que implica necesariamente la comprobación de la intención del acusado con relación a los hechos que se le imputan” (casos Lacadena Calero, Serrano Contreras y, más recientemente Atutxa Mendiola y otros c. España).

5. La plena recepción de dicho criterio por este Tribunal se inició en la STC 184/2009, de 7 de septiembre, FJ 3, de forma que la doctrina constitucional inicial antes expuesta fue complementada con otra adicional, cuya conjunción define hoy el contenido del derecho a un proceso con todas las garantías en la segunda instancia penal.

Conforme a la misma, en aquellos casos en los que, como consecuencia de un debate sobre cuestiones de hecho y de Derecho que afectan a la declaración de inocencia o culpabilidad del acusado, se condena por primera vez en segunda instancia revocando una previa absolución, o se agravan las consecuencias de una condena previa, debe igualmente atenderse a la eventual exigencia de la audiencia personal del acusado. Se añade así una garantía específica que cabe también vincular al contenido más genérico del derecho de defensa, habida cuenta de que su objeto es posibilitar que quien ha sido absuelto en primera instancia pueda exponer su versión personal sobre su participación en los hechos que se le imputan ante el Tribunal llamado a revisar la decisión impugnada (STC 45/2011, de 11 de abril, FJ 3, in fine). En consecuencia, solo si el debate planteado en segunda instancia versa exclusivamente sobre

estrictas cuestiones jurídicas no resulta necesario oír personalmente al acusado en un juicio público, pues dicha audiencia ninguna incidencia podría tener en la decisión que pudiera adoptarse dado que, en tal caso, la posición de la parte puede entenderse debidamente garantizada por la presencia de su abogado, que haría efectivo el derecho de defensa frente a los argumentos esgrimidos por la otra parte (así, SSTC 45/2011, ya citada; 153/2011, de 17 de octubre, FJ 6, y 88/2013, FJ 9). Por ello hemos señalado que “el testimonio judicial del acusado tiene el doble carácter de prueba personal, que exige de inmediación para ser valorada, y de derecho a dirigirse y ser oído personalmente por el órgano judicial que vaya a decidir sobre su culpabilidad, lo que, lógicamente, también se concreta en su presencia ante el órgano judicial para poder someter a contradicción con su testimonio la comisión del hecho que se le imputa” (SSTC 88/2013, de 11 de abril, FJ 9, y 105/2016, de 6 de junio, FJ 5).

Resumiendo dicho doble contenido, la STC 88/2013, del Pleno, concluyó que “de conformidad con la doctrina constitucional establecida en las SSTC 167/2002 y 184/2009, vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) que un órgano judicial, conociendo en vía de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación a partir de una nueva valoración de pruebas personales o de una reconsideración de los hechos estimados probados para establecer su culpabilidad, siempre que no haya celebrado una audiencia pública en que se desarrolle la necesaria actividad probatoria, con las garantías de publicidad, inmediación y contradicción que le son propias, y se dé al acusado la posibilidad de defenderse exponiendo su testimonio personal”.

6. La evolución que ha sido expuesta ha tenido una especial incidencia sobre el tratamiento de las decisiones judiciales que revocan un pronunciamiento absolutorio o agravan una condena anterior con fundamento en la reconsideración de la concurrencia de los elementos subjetivos del delito (como dijimos, aquellos que tienen que ver con la intención que guía a su autor o el grado de compromiso con la acción ejecutada que cabe reprocharle).

Si bien desde la primera perspectiva (STC 167/2002) los debates en torno a su concurrencia fueron inicialmente valorados como debates “jurídicos” no necesitados de vista pública o inmediación, ni de la presencia del acusado, cuando se apoyaban en prueba documental, en cuanto se afirmaba que remitían a un juicio de inferencia discrepante que se formulaba a partir de hechos declarados probados (SSTC 328/2006 y 91/2009), la toma en consideración de la segunda perspectiva modificó el sentido de los pronunciamientos de este Tribunal (SSTC 184/2009, 45/2011, de 11 de abril, y 142/2011, de 26 de septiembre). Y así, a partir de la STC 184/2009, hemos afirmado reiteradamente que, en cuanto los elementos anímicos se infieren de la conducta del autor, esto es, de su manifestación externa en un contexto determinado, la apreciación de su concurrencia no solo expresa una valoración fáctica necesitada usualmente de publicidad, inmediación y contradicción, sino que, en todo caso, ha de ofrecerse al acusado, que niega haber cometido el hecho que se le imputa, la posibilidad de estar presente en un debate público donde pueda defender sus intereses contradictoriamente; exigencias éstas que, en nuestro ordenamiento jurídico, no se cohonestan con la actual estructura procesal del recurso de apelación y casación penal, cuyo ámbito de cognición ha quedado así delimitado.

Lo expuesto no quiere decir que todo pronunciamiento discrepante que, al revisar una decisión absolutoria, pueda hacerse sobre los elementos subjetivos del delito precise de un debate previo con publicidad, inmediación y contradicción en el que pueda intervenir el acusado. Así, la identificación de cuales sean los elementos subjetivos de cada delito puede corregirse en vía de recurso, incluido el de casación, si se basa precisamente en erróneas consideraciones jurídicas sobre su necesaria concurrencia, es

decir, si se trata de errores en la calificación jurídica. A modo de ejemplo cabe señalar, sin ánimo de exhaustividad, los siguientes supuestos:

(i) Si la absolución se fundamentase en la consideración errónea de que el tipo objeto de acusación exige dolo directo, absolviendo el Tribunal de instancia por apreciar la concurrencia de dolo eventual, cuando en realidad el dolo eventual sería suficiente para la condena.

(ii) Cuando se calificase por el tribunal de instancia de dolo eventual una conducta en la que, a partir exclusivamente de los datos obrantes en el relato fáctico sin reconsideración probatoria adicional alguna, ni modificación de la valoración fáctica sobre la intencionalidad del acusado realizada por aquel tribunal, fuese constatable la concurrencia de dolo directo.

(iii) Cuando el tribunal de instancia fundase su absolución en la ausencia de un elemento subjetivo específico que considerase necesario para integrar el tipo, si esta apreciación fuese jurídicamente errónea por no ser exigible para la subsunción de la conducta en el tipo objeto de acusación la concurrencia del elemento subjetivo específico exigido por el tribunal a quo.

Por tanto, los tribunales penales, que tienen asignada la función de control de la corrección jurídica de las resoluciones judiciales que se someten a su consideración en vía de recurso, pueden fundamentar su decisión discrepante modificando la valoración del tribunal de instancia sobre la necesidad y concurrencia de los elementos subjetivos del delito cuando tal revisión se basa exclusivamente en consideraciones jurídicas sobre los extremos expuestos, en un error de subsunción jurídica, cuya apreciación no precise revisar los presupuestos fácticos de dichos elementos subjetivos en el caso concreto.

En definitiva, los márgenes de la facultad de revisión de sentencias, incluidas las absolutorias, con intervención de la defensa técnica, pero sin audiencia personal del reo al no afectar a los hechos, se concretan en la corrección de errores de subsunción jurídica a partir de los elementos fácticos reflejados en la resolución impugnada, cuando tal corrección no precise ninguna nueva valoración de la prueba practicada en la instancia.»

(STC 125/2017, de 13 de noviembre. Recurso de amparo 2350-2014. Ponente: D. Cándido Conde-Pumpido Tourón. BOE 20-12-2017).

Derecho a un proceso con todas las garantías y derecho de defensa. Calificación del error de prohibición como vencible

«El derecho a un proceso con todas las garantías, que junto con el derecho de defensa se invoca por los recurrentes como vulnerado al haber sido condenados en segunda instancia, tras revisar una previa absolución, ha sido objeto en nuestra doctrina de un detenido y extenso análisis en numerosas Sentencias, inspiradas en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (entre otras, SSTEDH de 26 de mayo de 1988, asunto *Ekbatani c. Suecia*, o de 27 de junio de 2000, asunto *Constantinescu c. Rumania*). En la STC 167/2002, de 18 de diciembre, FFJJ 9 a 11, el Pleno de este Tribunal Constitucional, señaló que el respeto a los principios de publicidad, intermediación y contradicción, que forman parte del contenido del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), impone inexorablemente que toda condena articulada sobre pruebas personales se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente en un debate público, en el que se respete la posibilidad de contradicción.

A partir de ello, se ha consolidado una doctrina constitucional, reiterada en numerosas resoluciones (entre las últimas, SSTC 126/2012, de 18 de junio, FJ 2;

22/2013, de 31 de enero, FJ 4, o 43/2013, de 25 de febrero, FJ 5), según la cual resulta contrario a un proceso con todas las garantías que un órgano judicial, conociendo a través de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación como consecuencia de una nueva fijación de los hechos probados que encuentre su origen en la reconsideración de pruebas cuya correcta y adecuada apreciación exija necesariamente que se practiquen en presencia del órgano judicial que las valora –como es el caso de las declaraciones de testigos, peritos y acusados (así, entre otras, SSTC 197/2002, de 28 de octubre, FJ 4, o 1/2010, de 11 de enero, FJ 3)–, sin haber celebrado una vista pública en que se haya desarrollado con todas las garantías dicha actividad probatoria.

Por el contrario, en aplicación de esta doctrina constitucional, también se ha destacado que no cabrá efectuar ese reproche constitucional cuando la condena pronunciada en apelación o la agravación de la situación, a pesar de no haberse celebrado vista pública, tenga origen en una alteración fáctica que no resulta del análisis de medios probatorios que exijan presenciar su práctica para su valoración –como es el caso de pruebas documentales (así, STC 272/2005, de 24 de octubre, FJ 5, o 153/2011, de 17 de octubre, FJ 4), pruebas periciales documentadas (así, SSTC 143/2005, de 6 de junio, FJ 6, o 142/2011, de 26 de septiembre, FJ 3)–; o, también, cuando dicha alteración fáctica se derive de discrepancias con la valoración de pruebas indiciarias, de modo que el órgano judicial revisor se limite a rectificar la inferencia realizada por el de instancia, a partir de unos hechos que resultan acreditados en ésta, argumentando que este proceso deductivo, en la medida en que se basa en reglas de experiencia no dependientes de la inmediación, es plenamente fiscalizable por los órganos que conocen del recurso sin merma de garantías constitucionales (así, SSTC 43/2007, de 26 de febrero, FJ 6, o 91/2009, de 20 de abril, FJ 4). Por último, también se descarta una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías cuando la condena o agravación en vía de recurso, aun no habiéndose celebrado vista pública, no derive de una alteración del sustrato fáctico sobre el que se asienta la Sentencia de instancia sino sobre cuestiones estrictamente jurídicas (así, SSTC 143/2005, de 6 de junio, FJ 6, o 2/2013, de 14 de enero, FJ 6).

Más en concreto, y centrándose en la cuestión de la acreditación de los elementos subjetivos del delito, se vino considerando, también en proyección de la doctrina de la STC 167/2002, que, desde la perspectiva de la exigencia de inmediación, el elemento determinante para concluir la eventual vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías era verificar si el razonamiento judicial sobre la concurrencia de ese elemento subjetivo por el órgano judicial de segunda instancia se fundamentaba en elementos de prueba que exigieran inmediación (por todas, entre las últimas, SSTC 127/2010, de 29 de noviembre, FFJJ 3 y 4, o 126/2012, de 18 de junio, FJ 3); o, por el contrario, se vinculaba con pruebas que no tuvieran carácter personal (así, STC 137/2007, de 4 de junio, FJ 3) o sobre la base de un control de la razonabilidad de la inferencia llevada a cabo en instancia, a partir de unos hechos base que se dan por acreditados, argumentando que, en este último caso, se trata de una cuestión de estricta valoración jurídica que no exige la reproducción del debate público y la inmediación (por todas, SSTC 328/2006, de 20 de noviembre FJ 3, o 184/2009, de 7 de septiembre, FJ 2).

7. Las indicadas garantías del acusado en la segunda instancia fueron ampliadas a consecuencia de los diversos pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y en lo referente a la acreditación de los elementos subjetivos del delito, este Tribunal, perfilando el criterio de la STC 184/2009, afirmó “que también el enjuiciamiento sobre la concurrencia de los elementos subjetivos del delito forma parte, a estos efectos, de la vertiente fáctica del juicio que corresponde efectuar a los órganos judiciales, debiendo distinguirse del mismo el relativo a la estricta calificación jurídica que

deba asignarse a los hechos una vez acreditada su existencia. De este modo, si bien la revisión de la razonabilidad de las inferencias a partir de la cual el órgano *a quo* llega a su conclusión sobre la inexistencia de dolo –u otro elemento subjetivo del tipo– no precisará de la garantía de inmediación si tal enjuiciamiento no se produce a partir de la valoración de declaraciones testimoniales, sí deberá venir presidido, en todo caso, por la previa audiencia al acusado” (STC 126/2012, de 18 de junio, FJ 4).

Tal ampliación era el corolario de la recepción de las SSTEDH de 10 de marzo de 2009, asunto *Igual Coll c. España*, § 27; 21 de septiembre de 2010, asunto *Marcos Barrios c. España*, § 32; 16 de noviembre de 2010, asunto *García Hernández c. España*, § 25; 25 de octubre de 2011, asunto *Almenara Álvarez c. España*, § 39; 22 de noviembre de 2011, asunto *Lacadena Calero c. España*, § 38; 13 de diciembre de 2011, asunto *Valbuena Redondo c. España*, § 29; 20 de marzo de 2012, asunto *Serrano Contreras c. España*, § 31. A las que siguieron con posterioridad la STEDH de 27 de noviembre de 2012, asunto *Vilanova Goterris y Llop García c. España*, y la STEDH de 13 de junio de 2017, asunto *Atutxa Mendiola y otros c. España* (§ 41 a 46).

Esta última merece una especial referencia. En ella se constata que el Tribunal Supremo, pese a que reprodujo los hechos que habían sido considerados probados en la Sentencia absolutoria dictada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, efectúa una nueva valoración de los distintos elementos de prueba que ya habían sido examinados por el órgano de instancia: por una parte medios de carácter documental y, por otra, testimonios propuestos tanto por la parte acusadora como por los demandantes, así como las declaraciones de estos últimos, y concluyó que los acusados se habían negado “de manera consciente y deliberada” a acatar la resolución del propio Tribunal Supremo. La STEDH consideró que el Tribunal Supremo procedió a una nueva valoración de las pruebas sin haber tenido un contacto directo con las partes y, sobre todo, sin haber permitido que éstas últimas expusieran sus argumentos en respuesta a las conclusiones expuestas (asunto *Serrano Contreras*, anteriormente citada § 36). Finalmente, el Tribunal Europeo razonó que el Tribunal Supremo, para llegar a esa distinta interpretación jurídica del comportamiento de los demandantes, se pronunció sobre circunstancias subjetivas que conciernen a los interesados, a saber que eran conscientes de la ilegalidad de sus actos. La Sentencia entendió que ese elemento subjetivo ha sido decisivo en la determinación de la culpabilidad de los demandantes, pues el Tribunal Supremo sí que concluyó que hubo intencionalidad por parte de los demandantes sin valorar directamente su testimonio, conclusión que contradice las conclusiones de la instancia que sí había oído a los acusados y a otros testigos (§ 41 y 42). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos indicó que las cuestiones que debían ser examinadas por el Tribunal Supremo requerían la valoración directa del testimonio de los demandantes (asunto *Serrano Contreras*, anteriormente citada, § 39). Y habida cuenta de todas las circunstancias del proceso, concluyó que los demandantes han sido privados de su derecho a defenderse en el marco de un debate contradictorio, en consecuencia, por lo que ha habido violación del derecho a un proceso equitativo garantizado por el artículo 6.1 del Convenio (§§ 45 y 46).

8. La aplicación de los criterios expuestos al presente caso permite ya anticipar la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y del derecho de defensa en relación con el conocimiento que los acusados tenían o debían tener sobre el carácter prohibido de su conducta, no así en relación con la consideración de la conducta como típica.

a) Aplicando tal parámetro y atendidas las circunstancias concurrentes, es de observar, en torno a la garantía de la inmediación como pilar central de la valoración de las pruebas personales, como afirma el Ministerio Fiscal, que no ha existido una alteración sustancial de los hechos probados, ni tampoco una reconsideración de

prueba personal, en la conclusión alcanzada por el Tribunal Supremo al calificar los hechos probados como subsumibles en el tipo penal descrito en el artículo 368 CP y descartar que fuera de aplicación la doctrina del consumo compartido. En efecto, se ha expuesto en los antecedentes que la Sentencia de instancia absolvió a los demandantes al considerar que los hechos probados encajaban en la excepción de atipicidad de “autoconsumo compartido”. Planteada por el Ministerio Fiscal, en el recurso de casación, una discrepancia en la subsunción jurídica, al entender, que en atención al relato de hechos probados, no era de aplicación la doctrina del consumo compartido, el Tribunal Supremo se limitó a resolver una divergencia estrictamente jurídica, esto es, la discusión y la decisión casacional versaron sobre la concurrencia o no de los presupuestos exigidos en la jurisprudencia para apreciar la atipicidad penal derivada del consumo compartido. De tal modo que la subsunción de la conducta probada en el tipo finalmente aplicado por el Tribunal Supremo –que no consideró que concurrieran las condiciones para apreciar la exclusión de la tipicidad por consumo compartido–, se desarrolló al margen de cualquier reinterpretación o revisión de los hechos probados, y por ello, extramuros del alcance de la garantía de inmediación.

Por otra parte, tampoco era indispensable contar con una audiencia pública de los acusados, al haberse limitado el Tribunal Supremo a efectuar una interpretación diferente en derecho a la del órgano judicial *a quo* en cuanto a un conjunto de elementos objetivos, (STEDH de 10 de marzo de 2009, asunto *Igual Coll c. España*, § 36), resolviendo el debate estrictamente jurídico que le había sido planteado por el Ministerio Fiscal en su recurso de casación. El Tribunal Supremo, al fundamentar el encaje de la conducta probada en el tipo penal, se limitó a un aspecto puramente jurídico, y en tales circunstancias, tampoco el derecho de defensa de los acusados exigía que hubieran sido oídos por el Tribunal Supremo, que fue el primero en condenarles, pues tal audiencia de los recurrentes nada hubiera aportado sobre la divergencia de naturaleza estrictamente jurídica planteada (STEDH de 27 de junio de 2000, asunto *Constantinescu c. Rumanía*, §§ 58 y 59 y STC 45/2011, de 11 de abril, FJ 4).

b) Distinta conclusión debemos alcanzar en relación con la segunda de las cuestiones suscitadas, esto es, la relativa al respeto de la exigencia de inmediación en la valoración de pruebas personales y del deber de audiencia de los acusados como garantías específicas del derecho a un proceso con todas las garantías y del derecho de defensa respectivamente por el Tribunal Supremo al efectuar la inferencia sobre el conocimiento de la antijuridicidad de los recurrentes subyacente a la calificación como vencible o invencible el error de prohibición en el que incurrieron los recurrentes.

El caso planteado presenta una serie de singularidades frente a otros supuestos enjuiciados por este Tribunal Constitucional, que son las siguientes: i) el error de prohibición no había sido alegado por los recurrentes ante la Audiencia Provincial, como tampoco lo había sido en el recurso de casación; ii) la cuestión del error es analizada de oficio, en tanto que beneficiosa para los acusados, con posterioridad a estimar el primer motivo del recurso de casación, esto es, tras considerar que la conducta era típica y en consecuencia anular la Sentencia absolutoria de la Audiencia Provincial; iii) el Tribunal Supremo es quien abre un trámite para que las defensas de los acusados y el Ministerio Fiscal informen sobre si concurren los presupuestos del error previsto en el artículo 14 CP.

Son precisamente estas vicisitudes, y especialmente, el carácter favorable de la apreciación del error vencible de prohibición, lo que llevó a que el Tribunal Supremo descartara la vulneración del derecho de defensa, por no haber dado la posibilidad de oír a los acusados. Por otra parte, son precisamente esas peculiaridades las que llevaron a apreciar que concurría una especial trascendencia constitucional porque el recurso podía dar ocasión al Tribunal para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna.

Debe coincidir con el Ministerio Fiscal en que de haber limitado el Tribunal Supremo su actuación al primer motivo casacional: la tipicidad o atipicidad de la conducta probada, la condena de los inicialmente absueltos no hubiera merecido reproche constitucional alguno ni desde la garantía de inmediación ni desde la perspectiva del derecho de defensa conforme a la doctrina expuesta.

El razonamiento por el que la segunda sentencia del Tribunal Supremo descarta el carácter invencible del error de prohibición y estima que concurre el error de prohibición vencible se sustenta en la inferencia llevada a cabo a partir de unos hechos base reflejados en los hechos probados tomando en consideración el contexto sociológico, el debate suscitado en pronunciamientos judiciales y el tenor de los Estatutos de la asociación afectada. Ahora bien, el Tribunal Supremo, aunque formalmente no modifica el relato de hechos probados de la sentencia de instancia, –que había detenido su juicio en el elemento de la tipicidad penal– lo completa al introducir un nuevo elemento fáctico que imposibilita la exención de la responsabilidad penal y que a la postre será determinante de la condena en la segunda de las sentencias. Es precisamente en esta Sentencia, en la que el Tribunal Supremo llega a la convicción de que los recurrentes se representaron como posible la antijuridicidad de su actividad y no trataron de despejar esa duda, en consecuencia, aprecia el error de prohibición como vencible y excluye, por dicha razón, la invencibilidad del mismo. Ahora bien, para alcanzar tal conclusión el Tribunal Supremo, orilló cualquier ponderación de las declaraciones personales practicadas ante la Audiencia Provincial; en concreto, eludió valorar las declaraciones de los coacusados, en las que, según refieren en su escrito de alegaciones ante el Tribunal Supremo, manifestaron “su creencia absoluta y sin género de dudas de que la Asociación y sus asociados obraban conforme a derecho”. De este modo el Tribunal Supremo privó de cualquier virtualidad probatoria a las declaraciones de los coacusados por las que negaban haberse planteado la antijuridicidad de su comportamiento, pese a que no tomó conocimiento directo e inmediato con tales pruebas personales en condiciones plenas de inmediación, contradicción y publicidad.

Por otra parte cuando el Tribunal Supremo abre el debate sobre la conciencia de la antijuridicidad de la conducta y solicita a las partes que le informen sobre la concurrencia de un error del artículo 14 CP, se introduce en una realidad jurídico penal intrínsecamente vinculada con la culpabilidad de los acusados, decantando su decisión no por la solución exoneradora de la responsabilidad penal interesada por la defensa de los acusados –lo que hubiera determinado una respuesta penal absolutoria, como la de la instancia, carente por ello de esta específica problemática constitucional–, sino por una exoneración parcial, al considerar que el error padecido por los acusados era vencible, lo que a la postre lleva a que se condene a los inicialmente absueltos.

En efecto, el Tribunal Supremo, en su segunda Sentencia, condena a los acusados absueltos al descartar que el error de prohibición fuera invencible, esto es, rechaza que los acusados tuvieran la certeza firme sobre la legalidad de su actuación –tesis mantenida en el trámite de alegaciones por el letrado de los acusados–. Para alcanzar tal conclusión la Sentencia efectúa un razonamiento deductivo que partiendo de los hechos probados le lleva a afirmar que los acusados sopesaban y se representaban como posible la antijuridicidad de su actividad, lo que determina la exclusión de la invencibilidad del error y en consecuencia la revocación de la previa absolución sin atender la exigencia de la audiencia personal del acusado como garantía específica vinculada al derecho de defensa (art. 24.2 CE), y ello pese a que el núcleo de lo debatido, introducido de oficio por el Tribunal Supremo, afectaba con carácter general a la declaración de inocencia o culpabilidad y no versaba sobre estrictas cuestiones jurídicas (este era el caso de las SSTC 45/2011, de 11 de abril, FJ 3, o 153/2011, de 17 de octubre, FJ 6). El razonamiento del Tribunal Supremo versó sobre la intención de los acusados inferido de los

hechos probados completados y reinterpretados con el examen de la prueba documental, por lo que la cuestión no podía ser resuelta sin dar la posibilidad a los recurrentes de ser oídos personalmente, y sin que dicha garantía pudiera ser sustituida por el trámite de alegaciones concedido a su abogado, dada la naturaleza de las cuestiones de hecho y de derecho determinantes de la culpabilidad o de la inocencia, de los acusados.

A este respecto, cabe destacar que la reconsideración de los hechos estimados probados en primera instancia no se limitó a una mera discrepancia jurídica, sino a la apreciación de la posibilidad de conocer lo ilícito de su conducta, concluyendo con la alternativa –error vencible de prohibición– que agravaba la absolución de la instancia, por lo que la posibilidad de los condenados de ser oídos era obligada para garantizar su defensa (por todas, la reciente STEDH de 8 de marzo de 2016, asunto *Porcel Terribas y otros c. España*).»

(STC 146/2017, de 14 de diciembre. Recurso de amparo 1659-2016. Ponente: D. Santiago Martínez-Vares García. BOE 17-1-2018).

Presunción de inocencia. Vulneración cuando se valoran pruebas sin las debidas garantías

«En relación con el derecho a la presunción de inocencia, este Tribunal ha reiterado que se configura como el derecho a no ser condenado sin prueba de cargo válida, lo que determina que solo quepa considerar vulnerado este derecho cuando los órganos judiciales hayan sustentado la condena valorando una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado (por todas, STC 16/2012, de 13 de febrero, FJ 3). Igualmente también hemos puesto de manifiesto que el control que le corresponde realizar a este Tribunal sobre la eventual vulneración de este derecho se extiende a verificar si se ha dejado de someter a valoración la versión o la prueba de descargo aportada, exigiéndose ponderar los distintos elementos probatorios (así, STC 104/2011, de 20 de junio, FJ 2).

Sobre la base de la doctrina establecida sobre el derecho a un proceso con todas las garantías en la segunda instancia que ha sido antes expuesta (FFJJ 3 a 6), hemos señalado también que en los casos en que se verifique una valoración de pruebas personales sin la debida intermediación, en la medida en que se trata de la valoración de pruebas practicadas sin las debidas garantías, resultará también vulnerado el derecho a la presunción de inocencia cuando se ponga de manifiesto que dichas pruebas son las únicas tomadas en cuenta por la resolución impugnada o cuando, a partir de su propia motivación, se constate que eran esenciales para llegar a la conclusión fáctica incriminatoria, de modo que con su exclusión la inferencia de dicha conclusión se convierta en ilógica o no concluyente a partir de los presupuestos de la propia Sentencia (así, SSTC 30/2010, de 17 de mayo, FJ 5; 135/2011, de 12 de septiembre, FJ 4; 144/2012, de 2 de julio, FJ 6, y 88/2013, FJ 12).

Dicho de otro modo, en supuestos como el presente, cuando quede plenamente acreditado con la lectura de las resoluciones judiciales que la condena se ha basado de manera exclusiva o esencial en la valoración o reconsideración de pruebas practicadas sin las debidas garantías también deberá estimarse vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, ya que en tales casos el efecto de exclusión de la valoración judicial de dichas pruebas pondría ya de manifiesto que la inferencia sobre la conclusión condenatoria sería ilógica o no concluyente, consumando de esa manera la lesión del derecho a la presunción de inocencia. De ese modo, en tales casos la vulneración consecutiva de

los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia determina la anulación de la Sentencia condenatoria sin retroacción de actuaciones.»

(STC 125/2017, de 13 de noviembre. Recurso de amparo 2350-2014. Ponente: D. Cándido Conde-Pumpido Tourón. BOE 20-12-2017).

ARTÍCULO 121

Responsabilidad patrimonial de la Administración por sufrir prisión preventiva y ser posteriormente absuelto. Improcedencia de resolver la solicitud introduciendo dudas sobre la culpabilidad, pues esto produce vulneración de la presunción de inocencia

«El artículo 121 de la Constitución establece que “los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley”; mas se trata de precepto que no es de aplicación directa, como su propio tenor literal determina (“conforme a la ley”).

Como se indicara en nuestra STC 325/1994, de 12 de diciembre, FJ 4, al analizar los antecedentes del artículo 121 CE, la previsión de que los daños y perjuicios causados por error judicial conllevan una indemnización a cargo del Estado tiene su origen en la Ley de 24 de junio de 1933, durante la Segunda República, que adicionó un último párrafo al artículo 960 de la Ley de enjuiciamiento criminal para el caso de que prosperara el recurso de revisión, como consecuencia de un error judicial, y posteriormente se contempló, con mayor extensión, la responsabilidad objetiva del Estado, por el defectuoso comportamiento de la función judicial, introducida para la Administración pública el año 1957 en su Ley de régimen jurídico (artículos 40 y 41) para ser recogida, con posterioridad, por el artículo 106.2 de la Constitución.

Las dos modalidades ahora contempladas en la Constitución Española (artículos 106 y 121 CE), emanación del principio general de responsabilidad de todos los poderes públicos (art. 9.3 CE), han de ser calificadas como derechos de configuración legal, por deferir a la Ley su regulación.

La Ley Orgánica del Poder Judicial desarrolló el artículo 121 CE distinguiendo, a los efectos que aquí interesan, entre la responsabilidad patrimonial por error judicial (art. 293 LOPJ) y por prisión preventiva (art. 294 LOPJ). En ambos casos, hemos subrayado que esta Ley Orgánica no contiene una definición de lo que sea el error judicial, convirtiéndolo así en un concepto jurídico indeterminado, cuya concreción ha de hacerse casuísticamente, en el plano de la legalidad, por los jueces y tribunales (STC 325/1994, de 12 de diciembre, FJ 4, y ATC 49/2000, de 16 de febrero, FJ 3), doctrina que asimismo resulta plenamente aplicable a las reclamaciones de responsabilidad que, como la que es origen de este recurso de amparo, se basan en haber sufrido prisión provisional por unos hechos de los que luego se resulta absuelto y encuentran su especial regulación en el artículo 294 LOPJ (ATC 220/2001, de 18 de julio, FJ 2).

Según este precepto, “tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios”

(.../...)

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reiterado que el Convenio Europeo de Derechos Humanos no otorga derecho a una indemnización por razón de prisión provisional adoptada legalmente en caso de absolución, por lo que no resulta incompatible con el Convenio –con el artículo 6.2, que consagra el derecho a la presunción de inocencia, ni con ninguna otra cláusula– un régimen jurídico que la excluya o la limite a determinados supuestos [SSTEDH de 25 de marzo de 1983 (asunto *Minelli c. Suiza*), § 35-36, de 25 de agosto de 1987 (asunto *Nölkenbockhoff c. Alemania*), § 36, de 25 de agosto de 1987 (asunto *Englert c. Alemania*), § 36, de 25 de abril de 2006 (asunto *Puig Panella c. España*), § 52, de 13 de julio de 2010 (asunto *Tendam c. España*), § 36, y de 16 de febrero de 2016 (asuntos acumulados *Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni c. España*), § 39].

En esta línea afirma el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que el simple rechazo de una indemnización no es contrario, en sí mismo, a la presunción de inocencia [SSTEDH de 25 de marzo de 1983 (asunto *Minelli c. Suiza*) y de 25 de agosto de 1987 (asunto *Nölkenbockhoff c. Alemania*), antes citadas], y reafirma que la interpretación del campo de aplicación de los artículos de la Ley Orgánica del Poder Judicial relativos a la responsabilidad patrimonial del Estado corresponde a los Tribunales internos [STEDH de 23 de marzo de 2000 (asunto *Dinares Peñalver c. España*), § 2].

De ahí que el Tribunal Supremo, en la interpretación del artículo 294 LOPJ, haya declarado que nuestro sistema normativo “no avala la conclusión de una responsabilidad patrimonial automática y objetiva de tal manera que una vez producida la absolución o el sobreseimiento libre se generara en quién hubiera sufrido prisión preventiva un derecho indemnizatorio” [SSTS de 9 de abril, 23 de julio y 23 de diciembre de 2015 (recursos de casación núm. 1443-2014, 3300-2014 y 153-2015)].

6. Este Tribunal ha venido reiterando que el derecho fundamental del artículo 24.2 CE es aplicable a aquellos actos del poder público, sea administrativo o judicial, mediante los que se castiga la conducta de las personas definidas en la Ley como infracción del ordenamiento jurídico, lo que tiene su juego aplicativo en el proceso penal así como en el procedimiento y proceso contencioso-administrativo sancionador (por todas, SSTC 44/1983, de 24 de mayo, FJ 3; 276/2000, de 16 de noviembre, FJ 7; 54/2003, de 24 de marzo, FJ 3, y 272/2006, de 25 de septiembre., FJ 2). No obstante, como se ha apuntado anteriormente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido que el ámbito de aplicación del derecho a la presunción de inocencia del art. 6.2 CEDH no se limita a los procedimientos penales pendientes, sino que se extiende, proyectando determinados efectos sobre los procesos judiciales consecutivos a la absolución definitiva del acusado en la medida en que las cuestiones planteadas en dichos procesos constituyan un corolario y un complemento de los procesos penales en cuestión en los que el demandante ostentaba la calidad de acusado [por todas, STEDH de 13 de julio de 2010 (asunto *Tendam c. España*), § 36, y las allí citadas].

En concreto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado lesivas del derecho a la presunción de inocencia (art. 6.2 CEDH), resoluciones administrativas y judiciales, dictadas en esta materia de responsabilidad patrimonial, que expresaron la distinción entre absolución por haber quedado probada la no participación en los hechos y la absolución por falta de prueba de tal participación, argumentando que “tal motivación, sin matices ni reservas, deja latente una duda sobre la inocencia del demandante” [SSTEDH de 25 de abril de 2006 (asunto *Puig Panella c. España*), § 55, de 13 de julio de 2010 (asunto *Tendam c. España*), § 39, y de 16 de febrero de 2016 (asuntos acumulados *Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni c. España*), § 47].

Esta doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como se ha dejado constancia en los antecedentes, ha dado lugar a un cambio en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a partir de la Sentencia de 23 de noviembre de 2010, para excluir del ámbito del artículo 294 LOPJ los supuestos denominados de “inexistencia subje-

tiva”, cuestión, sin embargo, sobre la que no tenemos ocasión de pronunciarnos aquí, al versar el supuesto examinado sobre la concurrencia del presupuesto de “inexistencia objetiva”, como vamos a ver a continuación.

7. En el caso examinado, de cuyas vicisitudes se ha dejado constancia circunstanciada en el apartado de antecedentes, el debate judicial se centró en torno a la concurrencia o no del presupuesto de la inexistencia del hecho delictivo. La sentencia del órgano judicial, por su parte, resolvió ese debate señalando que “mantiene que el delito no existió pero la sentencia de instancia ofrece cumplida respuesta a por qué no acoge esta tesis y mantiene que el recurrente fue absuelto por aplicación del principio in dubio pro reo, vertiente del de presunción de inocencia”.

De otro lado, la propia demanda de amparo afirma que “se ha producido la inexistencia objetiva de los hechos imputados o inexistencia del hecho delictivo”, constatación de la que fácilmente se colige que, para dar solución al caso, puede ser trasladada la doctrina dimanante de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos antes citadas. A la vista de esta doctrina, el análisis del contenido de la sentencia dictada con fecha 28 de febrero de 2012 de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, y especialmente la consideración que se efectúa sobre que “la absolución [está] sustentada en la aplicación de los principios rectores del proceso penal (presunción de inocencia)”, derivando de ahí que no concurre el presupuesto de la inexistencia del hecho delictivo, conducen a estimar que dicha resolución vulnera el derecho a la presunción de inocencia, pues emite sospechas sobre la culpabilidad del recurrente y utiliza la referencia a dicho derecho como elemento integrador de la relación de causalidad del daño producido en el ámbito de la responsabilidad patrimonial, lo que se estima inadecuado, pues para determinar si concurre o no la responsabilidad de la Administración de justicia por prisión provisional no podrán utilizarse argumentos que ni directa ni indirectamente afecten a la presunción de inocencia.

En suma, se aprecia la vulneración del principio de presunción de inocencia invocado pues, a la luz la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el razonamiento de la sentencia que constituye el objeto de este recurso cuestiona y pone en duda la inocencia del demandante.»

(STC Pleno 8/2017, de 19 de enero. Recurso de amparo 2341-2012. Ponente: D. Juan José González Rivas. BOE 23-2-2017. En el mismo sentido, STC 10/2017, de 30 de enero. Recurso de amparo 7088-2012. Ponente: D. Antonio Narváez Rodríguez. BOE 10-3-2017).

CÓDIGO PENAL

ARTÍCULO 89.1

Expulsión del territorio nacional. Automatismo en su aplicación y valoración de la situación de arraigo familiar

«Este Tribunal ha reiterado que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su faceta de derecho a obtener una resolución judicial motivada y fundada en Derecho que no esté incurso en arbitrariedad, irracionalidad o error patente, alcanza también a la eficacia probatoria que los medios de prueba, de modo tal que es necesario que los órganos judiciales especifiquen el discurso que enlaza la

actividad probatoria con el relato fáctico resultante y que este permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales que fundamentan la decisión (así, STC 9/2015, de 2 de febrero, FJ 3).

Por otra parte, también el Tribunal ha reiterado, específicamente en lo que se refiere a las alegaciones en vía judicial sobre la existencia de arraigo social y familiar respecto de aquellas instituciones que implican directa o indirectamente la salida del territorio nacional, que deben ser ponderadas tanto por la Administración como por los órganos judiciales en vía de recurso “al estar en juego el derecho a la intimidad familiar (art. 18 CE), junto al de protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39 CE) en relación al mandato del artículo 10.2 CE, así como el artículo 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, de derechos del niño” (así, STC 46/2014, de 7 de abril, FJ 6, en relación con la denegación de una solicitud de renovación de un permiso de trabajo que implicaba una situación de irregularidad sobrevenida; y SSTC 131/2016, de 18 de julio, FJ 6, y 201/2016, de 28 de noviembre, FJ 3, en relación con las decisiones administrativas de expulsión y prohibición de entrada impuestas al amparo del artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero).

(.../...)

En la aplicación del sustitutivo penal de expulsión del artículo 89 CP, en la redacción dada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, vigente en el momento en que se produjeron los hechos y se decidió sobre la aplicación del sustitutivo penal de expulsión tanto en primera instancia como en apelación, resultaba necesario ponderar la existencia de una situación de arraigo familiar, en los términos en lo que después ha sido impuesto legislativamente en el artículo 89.4 CP, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

Ahora bien, partiendo de esa interpretación del artículo 89 CP, las resoluciones impugnadas han utilizado como único argumento para resolver la alegación sobre la existencia de arraigo “que aunque la acusada dice tener dos hijos con ella en España, no se ha demostrado tal extremo mediante documental alguna como tampoco que tenga trabajo, medio legal de vida o arraigo alguno en España mediante el empadronamiento o documento similar”.

No puede considerarse, tal como también sostiene el Ministerio Fiscal, que esta respuesta satisfaga las exigencias del deber de motivación de las resoluciones judiciales en cuanto a la valoración probatoria si se toma en consideración que la decisión judicial concernía a una institución en la que, tal como ha reiterado el Tribunal en la jurisprudencia constitucional anteriormente citada, está en juego el derecho a la intimidad familiar (art. 18 CE), junto al de protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39 CE) en relación al mandato del artículo 10.2 CE, así como el artículo 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, de derechos del niño.»

(STC 29/2017, de 27 de febrero. Recurso de amparo 3279-2014. Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos. BOE 7-4-2017).

ARTÍCULO 132

Interrupción del plazo de prescripción en causas anteriores a la LO 5/2010, de 22 de junio

«Las resoluciones de la Audiencia Provincial de Almería que aquí se impugnan aplican la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, inmediatamente

posterior y contraria a los postulados de la doctrina de nuestra STC 63/2005, de 14 de marzo, en torno a la insuficiencia de la mera presentación de una denuncia o querrela para considerar interrumpida la prescripción del delito. En el caso de la Sentencia que resolvió el recurso de apelación, ésta justifica tal preferencia apoyándose en la decisión del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2006, conforme al cual se ha de “mantener la actual jurisprudencia sobre la interrupción de la prescripción pese a la sentencia del Tribunal Constitucional 63/2005”. Tal criterio es ratificado por el Auto que inadmite el incidente de nulidad de actuaciones. En definitiva, la Sala consideró suficiente la presentación de la querrela dentro del plazo de prescripción del delito para interrumpir ésta, sin exigir un posterior acto de interposición judicial dictado dentro de aquel periodo. Y este Tribunal, en los casos en que se han producido pronunciamientos judiciales contrarios a nuestra interpretación sobre la naturaleza de la prescripción y el modo de considerar interrumpido su cómputo con base en el artículo 132.2 del Código penal (CP) vigente antes de su reforma por la Ley Orgánica 5/2010 (que es el precepto que expresamente aplican las resoluciones aquí impugnadas), ha concluido que tales pronunciamientos incurren en negativa manifiesta al cumplimiento del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional, lo cual supone una quiebra patente del mandato recogido en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de la que deriva la consiguiente lesión del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 CE (así, SSTC 147/2009, de 15 de junio, FJ 2; 195/2009, de 28 de septiembre, FJ 5; 206/2009, de 23 de noviembre, FJ 3; 59/2010, de 4 de octubre, FJ 4; 95/2010, de 15 de noviembre, FJ 5, y 133/2011, de 18 de julio, FJ 3; 1/2013, de 14 de enero, FJ 3; 2/2013, de 14 de enero, FJ 7; 32/2013, de 11 de febrero, FJ 4; 51/2016, de 14 de marzo, FJ 2, y 138/2016 de 18 de julio, FJ 2).

(.../...)

Debe recordarse, en primer lugar, que el artículo 132.2 CP, en la redacción vigente en el momento de cometerse los hechos que han dado lugar a las resoluciones recurridas, disponía que la prescripción “se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido cuando el procedimiento se dirija contra el culpable”. Este precepto ha sido interpretado por este Tribunal en el sentido de entender que la querrela o denuncia de un tercero “es una solicitud de iniciación del procedimiento” (SSTC 63/2005, de 14 de marzo, FJ 8, y 29/2008, de 20 de febrero, FJ 10), pero “no un procedimiento ya iniciado” (precisa la STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 10), razón por la cual aquella querrela o denuncia no tiene por sí sola eficacia interruptora del cómputo del plazo prescripción, pues tal interrupción requiere un “acto de interposición judicial” [STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 12 c)] o de “dirección procesal del procedimiento contra el culpable” (STC 63/2005, de 14 de marzo, FJ 5).

Como consecuencia, la interpretación de aquel precepto legal en el sentido de que “la simple presentación de una denuncia o querrela, sin que medie ningún acto de interposición judicial, interrumpe el plazo de prescripción, no respeta las exigencias de tutela reforzada, al no tomar en consideración ni las exigencias derivadas de la seguridad jurídica, ni el fundamento de la institución, ni la implicación del derecho a la libertad (art. 17.1 CE)” [SSTC 59/2010, de 4 de octubre, FJ 2 a); 2/2013, de 14 de enero, FJ 7, y 51/2016, de 14 de marzo, FJ 2]. También ha declarado este Tribunal que “la determinación de la intensidad o calidad de dicha actuación judicial para entender interrumpido el lapso prescriptivo de las infracciones penales corresponde a la jurisdicción ordinaria” (SSTC 59/2010, de 4 de octubre, FJ 2, y 133/2011, de 18 de julio, FJ 3).»

(STC 22/2017, de 13 de febrero. Recurso de amparo 5046-2015. Ponente: D.^a Adela Asúa Batarrita. BOE 25-3-2017).

ARTÍCULO 368

Principio de taxatividad. Legalidad penal

«a) Conviene recordar que el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), se articula a través de una doble garantía: material y formal. La primera –que es la que eventualmente se vulnera a juicio de los demandantes– es la exigencia de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes con la mayor precisión posible, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, de esta manera, las consecuencias de sus acciones (SSTC 242/2005, de 10 de octubre, FJ 2; 162/2008, de 15 de diciembre, FJ 1; 81/2009, de 23 de marzo, FJ 4, y 135/2010, de 2 de diciembre, FJ 4). Como señala la STC 145/2013, de 11 de julio, FJ 4, con cita de la STC 104/2009, de 4 de mayo, FJ 2, “la garantía material implica que la norma punitiva permita predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa, lo que conlleva que no quepa constitucionalmente admitir formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador”.

A esa exigencia de *lex certa*, a la que debe responder el legislador al definir los tipos penales, no se opone la utilización en los tipos penales de los llamados conceptos jurídicos indeterminados, máxime en aquellos supuestos en que los mismos responden a la protección de bienes jurídicos reconocidos en el contexto internacional en el que se inserta nuestra Constitución de acuerdo con su artículo 10.2 (STC 62/1982, de 15 de octubre, FJ 7), como tampoco la utilización de un lenguaje relativamente vago y versátil, pues las “normas son necesariamente abstractas y se remiten implícitamente a una realidad normativa subyacente, y dentro de ciertos límites (por todas, STC 111/1993, de 25 de marzo), el propio legislador puede potenciar esa labilidad para facilitar la adaptación de la norma a la realidad” (STC 129/2008, de 27 de octubre, FJ 3), que en ocasiones presenta aspectos difíciles de prever.

b) La redacción del artículo 368 CP (“Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines”), no contempla un tipo delictivo de formulación tan abierta que respalde el ejercicio de una decisión prácticamente libre y arbitraria. La utilización de verbos de uso habitual en el lenguaje y de conocimiento accesible como cultivar, elaborar, traficar, promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, no dejan en la indefinición la conducta típica. Al contrario, la esfera del comportamiento ilícito es perfectamente inteligible, conforme a valores socialmente arraigados, siendo razonablemente factible y previsible su concreción mediante criterios comunes a la experiencia humana. Conviene en este punto recordar que, “dado el carácter general de las leyes, el texto de las mismas no puede presentar una precisión absoluta. Una de las técnicas tipo de regulación consiste en recurrir a categorías generales en vez de listas exhaustivas. Por lo tanto, numerosas leyes utilizan, necesariamente, fórmulas más o menos imprecisas cuya interpretación y aplicación dependen de la práctica (*Kokkinakis*, antes citado, § 40, y *Cantoni*, antes citado, § 31). Por tanto, en cualquier sistema jurídico, por muy clara que sea la redacción de una disposición legal, incluso en materia penal, existe inevitablemente un elemento de interpretación judicial. Siempre será necesario dilucidar las cuestiones dudosas y adaptarse a los cambios de situación. Por otra parte, la certeza, aunque muy deseable, se acompaña a veces de una rigidez excesiva; ahora bien el derecho debe

saber adaptarse a los cambios de situación (*Kafkaris*, antes citado, § 141).” (STEDH, de 21 de octubre de 2013, asunto *Del Río Prada contra España*, § 92).

Por tales razones debe desestimarse la vulneración del principio de legalidad en su vertiente de exigencia de taxatividad (art. 25.1 CE)

(.../...)

La STS 484/2015 examina el sentido y alcance del artículo 368 CP, partiendo del análisis del elemento normativo del tipo “consumo ilegal”, bajo el prisma de la normativa extrapenal y de la jurisprudencia precedente, y lo define como: “toda utilización o ingesta de la droga por diversas vías orgánicas que no sea aquella que esté expresamente autorizada por tener finalidad terapéutica o positiva para la salud” (STS 670/1994, de 17 de marzo). Por otra parte, la Sentencia descarta que el autoconsumo, salvo que lo sea para usos médicos o de investigación científica, sea legal, pese a ser atípico penalmente. Indica que de la literalidad del artículo 368 CP resulta castigada toda actividad que promueva el consumo ilegal caracterizado por la alteridad, esto es, en cuanto tiene como destino la promoción, favorecimiento o facilitación del consumo de terceros. Ahora bien, no solo se considera atípica la conducta de facilitar o favorecer el consumo propio, sino que por la desmesurada extensión de la conducta, combinada con la atipicidad del autoconsumo, el Tribunal Supremo reconoce también la ausencia de sanción de la conducta de consumo compartido cuando concurren cuatro condiciones, reiteradas en los numerosos pronunciamientos jurisprudenciales que se indican: i) que se trate de consumidores habituales o adictos; ii) que el consumo se lleve a cabo en lugar cerrado, evitando de este modo la promoción pública y difusión de la sustancia; iii) que el consumo quede circunscrito a un grupo reducido de adictos, identificados y determinados y iv) finalmente, que la cantidad de droga no rebase la necesaria para el consumo inmediato.

El Tribunal Supremo considera, al resolver el recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el Ministerio Fiscal, que dicha doctrina no es aplicable a la actividad de la asociación Ebers apoyando su conclusión en un supuesto semejante referido a una asociación de similar naturaleza, que fue resuelto por la STS 1377/1997, de 17 de noviembre. Razona que la filosofía de la doctrina de la atipicidad del consumo compartido no es extrapolable a un supuesto como el enjuiciado, en consideración a la magnitud de las cantidades de droga manejadas, el riesgo real y patente de difusión del consumo, la imposibilidad de constatar con plena certidumbre la condición de consumidores habituales de la sustancia y la de controlar el destino que pudieran dar al cannabis sus receptores. Estas circunstancias desbordan para el Tribunal no solo los términos más literales en que se desarrolla aquella doctrina, sino sobre todo su filosofía inspiradora. Precisamente entiende el Tribunal Supremo, que la interpretación del artículo 368 CP, pretendida por los demandantes, sería la que contravendría el principio de legalidad, al expulsar de la literalidad de la ley la conducta de los recurrentes, dado el evidente encaje en el tipo. Considera que la limitación de la tipicidad solo es posible “en relación al consumo compartido (bolsa común) y al consumo (mejor dicho donación) compasivo”. Y considera que la punibilidad de la conducta era previsible al existir un precedente jurisprudencial en el mismo sentido.

El Tribunal Supremo, en el Auto desestimando el incidente de nulidad de actuaciones, descarta la aplicación del subtipo atenuado (art. 368.2 CP) a don Ignacio Agorriá Ortiz de Zárate, don Joseba Imanol Dorronsoro Ibeas y a doña Cristina Muñoz Fernández, al no ser proporcionado equiparar la conducta accesoria y episódica de doña Olga Muñoz Fernández y don Sergio Bermejo de la Peña con la de quienes han organizado la asociación destinada a producir y hacer llegar a consumidores toneladas de hachís.

Finalmente, la STS 484/2015, una vez estimado parcialmente el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal, dicta una segunda Sentencia para

individualizar la pena que debe imponerse a los acusados, y a tal fin razona que concurre error vencible de prohibición, pues, de los hechos probados, se infiere una preocupación por revestir la conducta de apariencia de legalidad, asumiendo la probabilidad de su ilicitud, que revela una actitud incompatible con el carácter invencible del error que alegan los recurrentes, pues este exige una fidelidad incondicionada y escrupulosa a la norma. Tal inferencia la sustenta la Sentencia del Tribunal Supremo en la forma en que han redactado los estatutos de la asociación, cuidando aparentemente de adaptarse a la doctrina del consumo la STS 484/2015 examina el sentido y alcance del artículo 368 CP, partiendo del análisis del elemento normativo del tipo “consumo ilegal”, bajo el prisma de la normativa extrapenal y de la jurisprudencia precedente, y lo define como: “toda utilización o ingesta de la droga por diversas vías orgánicas que no sea aquella que esté expresamente autorizada por tener finalidad terapéutica o positiva para la salud” (STS 670/1994, de 17 de marzo). Por otra parte, la Sentencia descarta que el autoconsumo, salvo que lo sea para usos médicos o de investigación científica, sea legal, pese a ser atípico penalmente. Indica que de la literalidad del artículo 368 CP resulta castigada toda actividad que promueva el consumo ilegal caracterizado por la alteridad, esto es, en cuanto tiene como destino la promoción, favorecimiento o facilitación del consumo de terceros. Ahora bien, no solo se considera atípica la conducta de facilitar o favorecer el consumo propio, sino que por la desmesurada extensión de la conducta, combinada con la atipicidad del autoconsumo, el Tribunal Supremo reconoce también la ausencia de sanción de la conducta de consumo compartido cuando concurren cuatro condiciones, reiteradas en los numerosos pronunciamientos jurisprudenciales que se indican: i) que se trate de consumidores habituales o adictos; ii) que el consumo se lleve a cabo en lugar cerrado, evitando de este modo la promoción pública y difusión de la sustancia; iii) que el consumo quede circunscrito a un grupo reducido de adictos, identificados y determinados y iv) finalmente, que la cantidad de droga no rebasa la necesaria para el consumo inmediato.»

(STC 146/2017, de 14 de diciembre. Recurso de amparo 1659-2016. Ponente: D. Santiago Martínez-Vares García. BOE 17-1-2018).

LEY ORGÁNICA 2/1979, DE 3 DE OCTUBRE, DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ARTÍCULO 49.1, IN FINE

Justificación en la demanda de la especial trascendencia constitucional

«Aunque ninguna de las partes comparecidas haya puesto en duda la especial trascendencia constitucional de este recurso, que es requisito para su admisión de conformidad con el artículo 50.1.b) de nuestra Ley Orgánica reguladora (LOTIC) y, por consiguiente, de orden público procesal (entre otras, STC 113/2012, de 24 de mayo, FJ 2, y las allí citadas), exigencias de certeza y buena administración de justicia obligan a explicitar el cumplimiento del mismo para hacer así reconocibles los criterios empleados al efecto por este Tribunal (STEDH de 20 de enero de 2015, asunto *Arribas Antón c. España*, § 46).

La decisión de admisión del presente recurso de amparo apreció que en el mismo concurría especial trascendencia constitucional, fundada en que el órgano judicial pudiera haber incurrido en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina de este Tribunal [STC 155/2009, FJ 2 f)], apreciación que, en este caso, coincide con lo manifestado por el actor en la demanda de amparo, sin perjuicio de que, como hemos declarado reiteradamente (por todas, STC 54/2015, de 16 de marzo, FJ 4), corresponde únicamente a este Tribunal Constitucional apreciar en cada caso la existencia o inexistencia de esa “especial trascendencia constitucional”, esto es, si el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo, atendiendo, conforme al artículo 50.1.b) LOTC, a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales”.»

(STC 22/2017, de 13 de febrero. Recurso de amparo 5046-2015. Ponente: D.^a Adela Asúa Batarrita. BOE 25-3-2017).

ARTÍCULO 81

Extemporaneidad de la demanda y postulación

«En relación con la extemporaneidad de la demanda este Tribunal tiene fijada doctrina, recogida por ejemplo en la STC 88/2013, de 11 de abril, FJ 4, en cuya virtud: “con carácter general, el artículo 49.1 LOTC establece que el recurso de amparo se inicia mediante una demanda. Esta previsión, puesta en relación con las exigencias de postulación establecidas en el artículo 81.1 LOTC, respecto de la necesidad de conferir representación a un Procurador y actuar bajo la representación de un Letrado –excepto para las personas que tengan título de Licenciado en Derecho que pueden comparecer por sí mismas–, determina que, en principio, se garantice una actuación profesional en la elaboración y presentación del escrito de iniciación de un proceso de amparo. Ahora bien, esta regla general de iniciación de los procesos de amparo encuentra una importante excepción en los supuestos de ejercicio del derecho a la asistencia jurídica gratuita. Así, en el acuerdo de 18 de junio de 1996, del Pleno del Tribunal Constitucional, sobre asistencia jurídica gratuita (BOE núm. 174, de 19 de julio de 1996), se prevén diferentes supuestos en los que, aun no estando garantizada la intervención de profesionales, sin embargo, se establece la aplicación de las previsiones legales sobre la interposición en plazo de los escritos de iniciación del proceso de amparo (por todos, AATC 242/1994, de 15 de septiembre, FJ 4; 36/1995, de 30 de enero, FJ 2; o 172/2005, de 22 de abril, FJ 3) y, por tanto, las previsiones del artículo 85.2 LOTC ... lo anterior se hace extensivo a quienes, alegando insuficiencia económica, pretendan interponer recurso contra resoluciones desestimatorias de solicitudes formuladas en virtud de la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, de *habeas corpus*”. Esto último, conforme a lo preceptuado en la disposición adicional segunda del precitado acuerdo de 18 de junio de 1996, del Pleno de este Tribunal.

En aplicación de tal doctrina, hemos considerado interpuesta fuera de plazo, y por ello inadmisibile, la solicitud de amparo presentada sin seguir los requisitos del mencionado acuerdo del Pleno (ATC 97/2010, de 19 de julio, FJ 2, y más recientemente, STC 94/2016, de 9 de mayo, FJ 2).»

(STC 13/2017, de 30 de enero. Recurso de amparo 7301-2014. Ponente: D. Ricardo Enríquez Sancho. BOE 10-3-2017).



Jurisprudencia del Tribunal Supremo

CARMEN FIGUEROA NAVARRO

Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Alcalá

SERGIO CÁMARA ARROYO

Profesor Ayudante Doctor (Acreditado Contratado Doctor)
de Derecho Penal y Criminología
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

ARTÍCULO 11 CP

Comisión por omisión. Requisitos de la participación omisiva. Homicidio. Inexistencia: la actitud de presenciar la agresión por amigo a la víctima, con la que se había tenido previamente relaciones sexuales, sin intervenir y dejándola abandonada hasta su muerte, no supone una comisión por omisión al no tener el deber de garante, ni haber creado la situación de peligro. Omisión del deber de impedir delito: inexistencia. No intervención ante ataque a mujer con barra de hierro que le causa la muerte, sin que sea descartable el riesgo para el omitente al haber tenido relaciones sexuales con ella previamente y ser la novia del agresor.

(...) es incuestionable desde el punto de vista jurídico que cuando el sujeto de la infracción no evita pudiendo hacerlo, que otra persona cometa un delito, existe participación por omisión si el omitente estaba en posición de garante. Tales conductas, con independencia de los típicos delitos de omisión, pueden ser valoradas como válidas en orden a la comisión de determinados delitos de resultado, doctrinalmente conocidos como delitos de comisión por omisión o delitos de omisión impropia, cuando el orden social atribuye al sujeto la obligación de evitar el resultado típico como garante de un determinado bien jurídico.

Pues bien la jurisprudencia, por ejemplo SSTS 1480/ 99 de 13 octubre, 27/2007 25 enero, ha admitido la participación omisiva en un delito de resultado, y conforme al actual artículo 11 CP, se ha admitido respecto a aquellas personas que teniendo un deber normativo, un deber jurídico, de actuar y con posibilidad de hacerlo, nada hacen para impedir un delito que se va a cometer o para impedir o limitar sus consecuencias.

Por ello, la participación omisiva parte de unos presupuestos:

- a) El presupuesto objetivo que debe ser causal del resultado típico (cooperador) o al menos favorecedor de la ejecución (cómplice)
- b) Un presupuesto subjetivo consistente en la voluntad de cooperar causalmente con la omisión del resultado o bien de facilitar la ejecución; y
- c) Un presupuesto normativo, consistente en la infracción del deber jurídico de impedir la comisión del delito o posición de garante.

A esta concreta posición de garante, formalmente, el Artículo 11, apartado b), CP, cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente. De este deber derivado de su posición de garante surge la obligación de tomar determinadas medidas de seguridad destinadas a evitar que la situación arriesgada se concrete en una lesión, imponiéndole una obligación de actuar para evitar el delito en una situación de riesgo previamente originado.

La inacción, cuando estaba obligado a actuar en defensa del bien jurídico, equivale a la realización de un acto positivo, pues una hipotética acción esperada por la norma hubiera sido causa para la no producción del resultado. No se puede olvidar que la comisión por omisión se imputa un resultado lesivo a una persona, no por su conducta activa, sino por no haberlo impedido cuando habría ese deber (norma prohibitiva), resultando equiparable la realización activa del tipo penal.

Esta equivalencia que tiene carácter esencial para la configuración de un delito impropio de omisión se debe apreciar cuando la omisión se corresponde valorativamente con el hecho positivo y posee un sentido social equivalente a la comisión activa del tipo.

En los delitos de resultado dicha equivalencia no ofrece dificultades pues no se requiere, por regla general, una acción de cualidades específicas, siendo suficiente con la aptitud causal del comportamiento.

En los delitos de omisión solo debe requerir una causalidad hipotética, es decir la comprobación de si la realización de la acción omitida hubiera evitado la producción del resultado con una probabilidad rayana en la seguridad.

El presupuesto subjetivo de la participación omisiva parte de la constatación de que el omitente conocía su especial posición de garante y conocía la posibilidad de actuar con arreglo a la posición ostentada y, sin embargo, omite el comportamiento que le era exigible cooperando así con el actuar del autor material.

(...) Como ya hemos referido más arriba la doctrina más autorizada señala que si no se quiere infringir el principio de legalidad, sin contravenir las exigencias de justicia material y el fundamento teleológico valorativo de la mayor punición de los delitos comisivos frente a los de omisión, es preciso que la realización omisiva del hecho sea estructural y materialmente idéntica a la realización activa, y que, por ello, la omisión sea directamente subsumible en el correspondiente tipo legal. La comisión por omisión, es decir, la subsunción directa de la omisión en el tipo, requiere que está equivalga exactamente a la producción activa del resultado lesivo. Y dicha equiparación e identidad estructural o material con la comisión activa no se da por el simple hecho de que sea garante quien omite evitar que el resultado se produzca por causas materiales o por la intervención de un tercero.

Cuando se realiza un tipo resultativo mediante una actividad o acción positiva, ello significa que con su hacer, interviniendo en el curso natural de las cosas, el sujeto causa de modo objetivamente imputable y con control o dominio del hecho un resultado típico. Es decir, que la acción del sujeto, modificando una situación pacífica o de no peligro, provoca, crea el riesgo de lesión para un bien jurídico que hasta entonces no estaban en peligro. Es esta la estructura de la comisión activa de un delito de resultado: la causación activa produce la lesión del bien jurídico cuando éste no estaba en peligro concreto de lesión, por eso puede decirse que esa conducta ha matado, dañado, estafado, etc.

Situación que no se produce cuando la conducta consiste en no intervención, no actuar frente a un peligro ya existente de origen diverso a la propia omisión (procedente de actuaciones de terceros y consiguientemente anterior a la misma, dejando que el peligro siga su curso natural y desemboque en una lesión del bien jurídico).

Esta omisión, no debe equivaler sin más a producir la lesión por el solo hecho de que el sujeto tenga un deber de garante de evitar el resultado respecto del bien jurídico. Nadie niega que hay casos en que la omisión constituye comisión por omisión. Los ejemplos clásicos de la madre que no alimenta a su hijo recién nacido, o el jefe de estación que no acciona la señal de parada de un tren. Pero la razón de que haya delito de comisión por omisión en estos casos radicaría en que la omisión misma en la que desencadena el peligro concreto y real que hasta entonces estaba perfectamente controlado por el sujeto activo y no en la existencia de la posición de garante. Pero cuando la omisión no crea peligro alguno para la vida, sino que se encuentra con un peligro que ya está ahí procedente de la acción de un tercero, tal omisión no supone la creación del riesgo, se trata de una omisión propia y no de comisión por omisión subsumible en el tipo de homicidio y equiparable en su desvalor a la causación del mismo.

Situación que sería la del caso que se analiza. La Sala de instancia fundamenta la condena del recurrente como autor en comisión por omisión «en la actitud de este presenciando los hechos sin hacer nada por impedirlos ni aminorizar sus consecuencias, ni tampoco avisar a las asistencias para que atendieran a Sabina Modesta tras la agresión».

Con independencia de que esta última aseveración puede cuestionarse, dado que el presupuesto subjetivo de la comisión por omisión parte de la constatación de que el omitente conocía su especial posición de garante y la posibilidad de actuar con arreglo a la posición ostentada y sin embargo, omite el comportamiento que le era exigible cooperando así con el actuar del autor. Elemento subjetivo que por ello, debe concurrir en el momento de la inacción y no en su conducta posterior, no es admisible un dolo *subsequens* –sancionable, en su caso vía artículo 195 o 450 CP–.

La mera presencia del acusado en el lugar de los hechos no supone un incremento del riesgo, una posición de garante, por vía de la injerencia, que le obliga a intervenir e impedir que el resultado se produzca, y la aplicación, caso contrario, el artículo 11 CP, cuando se desconoce cual fuera su posición en los hechos y en que pudo consistir el comportamiento esperado para impedir el resultado, no olvidemos que la presencia de sangre en su pantalón y camiseta que, según la Sala, evidencian una situación cercana con la víctima que provocó que la salpicadura de la sangre alcance tales prendas, también pudo deberse, como hipótesis favorable al recurrente, a que éste se aproximara al autor material y a la víctima para intentar convencerle de que no continuara con la agresión.

(STS 682/2017, de 18 octubre)

ARTÍCULO 13 CP

Penas leves: supuestos en los que el Código Penal contempla una degradación penológica de los distintos tipos penales que puede conducir a que la sanción impuesta a sus responsables recaiga en el espacio propio de las penas leves. Penas accesorias: prohibiciones del artículo 57

(...) el legislador no presenta ninguna regla especial que resuelva la naturaleza del delito, cuando la sanción prevista para un tipo o subtipo penal sea alternativa y una de las penas tenga la consideración de pena menos grave y la otra de pena leve.

(...) A favor de considerar estos delitos como leves, se ha expresado que si el legislador, al crear los delitos leves con la reforma operada por la LO 1/2015, considera que la disyuntiva entre pena menos grave y pena leve se resuelve a favor de la pena leve, por analogía deben aplicarse esos mismos criterios para el supuesto de penas alternativas que muestren la misma divergencia de gravamen. Entienden que el legislador ha solucionado la cuestión desde un punto de vista sustantivo para los casos de pena única, por lo que se hace tan lógico aplicar esta solución al conflicto que se plantea con las penas alternativas, como incongruente sería optar por la consideración de menos grave en el supuesto más parecido a aquel en el que el legislador desechó la opción de mayor gravamen.

(...) La solución propuesta por la Fiscalía, en su Circular 1/2015, es considerar como menos graves, a los delitos con penas alternativas, en los que una de ellas sea menos grave y la otra leve, considerando que la reacción penal más intensa es la que debe calificar la gravedad del delito, con independencia de la pena que se solicite o imponga.

(...) Y este es el posicionamiento que unánimemente proclama esta Sala. La norma recogida en el artículo 13.4 del Código Penal, no es sino una regla especial para la determinación de la naturaleza de la infracción penal, en aquellos exclusivos supuestos en los que la pena, por su extensión, no puede categorizarse conforme con las reglas expresadas en el artículo 33 del Código Penal. Únicamente cuando la extensión de la pena fijada por el legislador se sitúa a caballo entre dos categorías que vienen definidas precisamente por su duración, el desvanecimiento de las referencias legales para la graduación, justifica la regla complementaria que analizamos. Para el resto de supuestos, entre los que se incluyen aquellos delitos en los que la penalidad es compuesta (bien por fijarse de forma conjunta varias penas con distinta consideración de leves o menos graves, como acontece en el artículo 405 del Código Penal; bien en los casos en que la diversidad afecta a penas cuya imposición está prevista de manera alternativa, como el que nos ocupa), la no concurrencia de los presupuestos contemplados en la regla especial del artículo 13.4 del Código Penal, conduce a la aplicación de unas reglas generales que resultan perfectamente claras al respecto: cuando la infracción penal esté castigada por la Ley con una pena menos grave (individual, conjunta o alternativamente impuesta), la naturaleza menos grave viene también aparejada al delito, y éste solo tiene la consideración de leve, cuando la pena con la que esté castigado sea leve. Una extensión de la regla especial a supuestos distintos de los que la norma penal contempla, no solo contradice los principios inspiradores de la regla general, pues desvincula la naturaleza del delito, de la gravedad que el legislador ha atribuido a la conducta típica, sino que introduciría además una profunda ruptura en los principios de definición y estabilidad que rigen las normas atributivas

de la competencia, dado que supondría que un órgano de instrucción pudiera llegar a imponer –conjunta o alternativamente– una pena menos grave en enjuiciamientos sin conformidad (contrariamente al criterio de gravedad de la pena que apuntan los artículos 14.1, 14.3 y 14 bis de la LECRIM, en su redacción dada por la Ley 41/2015) o –de adverso– resultaría forzado a declinar su competencia cuando, en las conclusiones definitivas, se modificara la pena leve peticionada inicialmente, por una pena alternativa menos grave; lo que contradice las reglas de competencia constante e invariable que refleja el inciso último del artículo 783.2 de la LECRIM, así como en el artículo 800.1 de la misma ley.

Séptimo. Con independencia de que concluyamos en esta resolución que es menos grave el delito que tiene previsto una pena de esta entidad, aun cuando la sanción venga anunciada como alternativa a otra pena que merezca la consideración de leve, surge la cuestión de si las prohibiciones accesorias de acercamiento y comunicación con la víctima, deben ajustarse a la gravedad o levedad del delito, o por el contrario se corresponden con la gravedad de la pena principal finalmente impuesta.

Como bien indica el Ministerio Fiscal en su impugnación al recurso, las prohibiciones contempladas en el artículo 57 del Código Penal, ubicado en la Sección Quinta del Capítulo Tercero del Libro I del CP bajo la rúbrica «De las penas accesorias», es una pena accesoria impropia. No solo es una pena accesoria cuya extensión, excepcionalmente, no está vinculada a la duración de la pena principal (artículo 33.6 y 57 del Código Penal), sino que también, a diferencia del resto de penas accesorias reguladas en la misma sección, no se trata de restricciones inherentes a la imposición de otras sanciones, sino que su aplicación deriva de la condena por determinados delitos.

En consecuencia, partiendo de que el delito perpetrado ha de considerarse menos grave y que su naturaleza no muta ante la posibilidad de que el juez haya rebajado las penas principales en un grado y haya impuesto finalmente la pena de trabajos en beneficio de la comunidad en un tramo correspondiente a pena leve, resulta correcta la decisión de la Audiencia Provincial de aplicar el artículo 57-2 en relación al artículo 57.1 del CP, desechando la norma del 57.3 del Código Penal, por venir únicamente prevista para los delitos leves.

(STS 392/2017, de 31 mayo)

ARTÍCULO 22.8 CP

Reincidencia: datos necesarios que deben constar en la sentencia para aplicar la agravación: en los hechos probados siempre deben contenerse los datos como la fecha de las sentencias y los delitos objeto de condena, pudiendo las dudas sobre la aplicación de la agravante completarse con datos de contenido fáctico incorporados en la fundamentación jurídica

Si no constan en los autos los datos necesarios se impone practicar un cómputo del plazo de rehabilitación favorable al reo, pues bien pudo extinguirse la condena

impuesta por circunstancias tales como abono de prisión preventiva, redención, indulto o expediente de refundición. Ya dijo la STC. 80/92 de 26 [sic] de mayo que la resolución estimatoria de la agravante de reincidencia sin que consten en la causa los requisitos para obtener la rehabilitación y cancelación, lesiona el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva.

A falta de constancia de la fecha de extinción, que constituye el día inicial para el cómputo del plazo de rehabilitación (artículo 136 CP), este plazo deberá determinarse desde la firmeza de la propia sentencia.

2. En este caso, la sentencia dictada en apelación dio por reproducidos los hechos declarados probados por la sentencia del Juzgado de lo Penal, cuya única referencia a los antecedentes del recurrente fue «que Onésimo, mayor de edad y con antecedentes penales por delito de robo con violencia». Ningún dato respecto a la fecha de las sentencias, a la pena impuesta, ni al momento de su extinción, que tampoco podía descartarse.

Es decir, omitió cualquier referencia a la concurrencia de los presupuestos sobre los que se asienta la agravante de reincidencia, más allá de la existencia de condenas anteriores por delitos de la misma naturaleza incluidos en el mismo título del Código, sin posibilidad de deducir si a la fecha de comisión de los nuevamente enjuiciados, eran o no cancelable.

3. Respecto a la posibilidad de integrar los déficit del *factum* con datos incorporados en la fundamentación jurídica de la sentencia, dijimos en la STS 495/2015, de 29 de junio y las que ella cita, que en el relato de hechos probados de la sentencia penal deben constar todos los elementos de la conducta que son relevantes para la subsunción en un determinado tipo penal, incluidos los de carácter subjetivo. Aunque siempre de modo excepcional y nunca en perjuicio del acusado, hemos admitido que los fundamentos jurídicos puedan contener afirmaciones fácticas que complementen el hecho probado, pero también se ha puesto de relieve que se trata de una posibilidad que encierra cierto peligro para las garantías del acusado, que tiene derecho a conocer con claridad aquello por lo que se le condena, de manera que a través de este mecanismo solo será posible completar lo que ya consta debidamente expuesto en el relato fáctico en sus aspectos esenciales. Si la sentencia es o pretende ser un cuerpo sistemático y armónico, su redacción deberá respetar estos presupuestos y distinguir perfectamente los diferentes planos –fáctico y jurídico– que intervienen en su composición. Los fundamentos de derecho no son el lugar adecuado para completar o integrar el hecho probado y mucho menos para ampliarlo en perjuicio del acusado.

En lo que a la agravante de reincidencia se refiere, entre otras las SSTs 857/2016, de 11 de noviembre o 217/2016, de 15 de marzo han afirmado que las carencias en la reproducción de la secuencia fáctica no pueden suplirse en perjuicio del reo por la mención de datos concretos en los fundamentos jurídicos o la remisión a la hoja histórico penal incorporada en las actuaciones. Sin embargo se ha admitido, siempre que los datos relevantes consten en los hechos probados (la fecha de las sentencias y los delitos objeto de condena), que las dudas que pudieran surgir respecto de la interpretación y valoración de los mismos se despejen con datos de contenido fáctico incorporados en la fundamentación jurídica (STS 110/2017, de 22 de febrero).

(STS 538/2017 de 11 julio)

ARTÍCULO 31 TER Y QUATER CP

Responsabilidad penal de las personas jurídicas: posibles soluciones para resolver el conflicto de intereses entre la persona física y la jurídica cuando actúa en el proceso la primera en representación de la segunda; existencia: blanqueo de capitales por los administradores y representantes de la persona jurídica que actúan en su nombre y beneficio, careciendo de un sistema efectivo de control implementado para anular o disminuir eficazmente el riesgo de comisión en la empresa de tal delito

(...) Nos enfrentamos con ello ante un importante problema que la LO 37/2011, de 10 de octubre, sobre medidas de agilización procesal, que introdujo las reformas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal consideradas pertinentes para adaptar la regulación adjetiva a la presencia de la persona jurídica como eventual autora de delitos, no resolvió en su día.

Se trata en concreto de responder al interrogante acerca de cuál habrá de ser el régimen para designar la persona física que deba actuar en representación de esa persona jurídica en el procedimiento en el que se enjuicie su posible responsabilidad penal, no solo en el ejercicio de la estricta función representativa sino también a la hora de dirigir y adoptar las decisiones oportunas en orden a la estrategia de defensa a seguir como más adecuada para los intereses propios de la representada, lo que obviamente resulta de una importancia aún mayor.

La cuestión lógicamente se suscita especialmente en aquellos supuestos en los que pudiera existir un conflicto de intereses procesales entre los de quienes, en principio, estarían legalmente llamados a llevar a cabo tales funciones representativas (representantes y administradores) y los propios e independientes de la persona jurídica, que a su vez pudieren incluso afectar a los derechos de terceros, como sus trabajadores, acreedores, accionistas minoritarios, etc.

Más en concreto aún, cuando aquel a quien se encomiende tal tarea fuere, a su vez, posible responsable de la infracción que da origen a la condena de la representada, teniendo en cuenta, como se ha dicho, que su actuación se extiende también a las decisiones relativas a la estrategia de defensa a seguir, que incluirán la posibilidad de optar por un camino de colaboración con las autoridades encargadas de la persecución y castigo del delito cometido por la persona física en el seno de la colectiva, aportando datos y pruebas sobre la identidad de su autor y los hechos por él cometidos, con el fin de obtener para la persona jurídica los beneficios punitivos derivados de esa opción como consecuencia de la aplicación de la correspondiente atenuante (vid. artículo 31 quáter.b) CP).

En estos casos, dejar en manos de quien se sabe autor del delito originario, la posibilidad de llevar a cabo actuaciones como las de buscar una rápida conformidad de la persona jurídica, proceder a la indemnización con cargo a ésta de los eventuales perjudicados y, obviamente, no colaborar con las autoridades para el completo esclarecimiento de los hechos, supondría una intolerable limitación del ejercicio de su derecho de defensa para su representada, con el único objetivo de ocultar la propia responsabilidad del representante o, cuando menos, de desincentivar el interés en proseguir las complejas diligencias dirigidas a averiguar la identidad del autor físico de la infracción inicial, incluso para los propios perjudicados por el delito una vez que han visto ya satisfecho su derecho a la reparación.

Cuando además, de acuerdo con lo previsto en el artículo 31 ter CP (anterior artículo 31 bis.2 CP), la persona jurídica responderá «...aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella» y, según apartado 3 del mismo precepto, incluso ante el «... hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia...».

Semejante cuestión, de tanta trascendencia procesal como puede advertirse y que es resuelta en otros ordenamientos con distintas fórmulas, como la designación a estos efectos por el órgano jurisdiccional correspondiente de una especie de «defensor judicial» de la persona jurídica, la asignación de tales responsabilidades a un órgano colegiado compuesto por personas independientes junto con otras en representación de los intereses de terceros afectados por las posibles consecuencias sancionadoras derivadas del ilícito de la persona jurídica, etc. o como lo era también en nuestro propio país en el Borrador de Código Procesal Penal de 2013 (artículo 51.1) mediante la atribución de esas funciones de defensa, con carácter prioritario, al «director del sistema de control interno de la entidad» (el denominado también como «oficial de cumplimiento»), evidentemente no puede ser resuelta, con carácter general, por esta Sala.

Sin embargo nada impediría, sino todo lo contrario, el que, en un caso en el cual efectivamente se apreciase en concreto la posible conculcación efectiva del derecho de defensa de la persona jurídica al haber sido representada en juicio, y a lo largo de todo el procedimiento, por una persona física objeto ella misma de acusación y con intereses distintos y contrapuestos a los de aquella, se pudiera proceder a la estimación de un motivo en la línea del presente, disponiendo la repetición, cuando menos, del Juicio oral, en lo que al enjuiciamiento de la persona jurídica se refiere, a fin de que la misma fuera representada, con las amplias funciones ya descritas, por alguien ajeno a cualquier posible conflicto de intereses procesales con los de la entidad, que debería en este caso ser designado, si ello fuera posible, por los órganos de representación, sin intervención en tal decisión de quienes fueran a ser juzgados en las mismas actuaciones...».

(STS 583/2017, de 19 julio)

ARTÍCULO 142 CP

Homicidio imprudente. Imprudencia grave y menos grave: Caso Arena. Cursos causales irregulares y cadena causal múltiple

(...) La falta del deber de cuidado no ha de encontrarse únicamente en la infracción de las normas administrativas dictadas para la vía meramente gubernativa, sino en la conculcación del módulo de imprudencia que se tipifica en el Código Penal. Las normas administrativas establecen sanciones en tal orden, pero cuando el resultado se ha producido y la dejación de la diligencia debida es patente, entra en juego el derecho penal. La noción de imprudencia, grave o menos grave, no es un concepto administrativo, sino penal, que se interpreta como la infracción de las normas que obligan a tomar la diligencia debida no observando el deber de cuidado, por encima de cualquier infracción reglamentaria, concepto este último que hoy ya no se proclama ya en el Código Penal.

Cuando, como es el caso, se trata del curso de un proceso causal irregular, de naturaleza múltiple, este fenómeno puede ser de dos clases: a) aquellos supuestos en que concurre un suceso extraño que rompe la cadena causal, por la intervención de un tercero o de la propia víctima; b) aquellos otros que obedecen a diversas causas que confluyen todas ellas a la producción de un mismo resultado, y que no se hubiera producido sino por la adición de vectores contributivos a generar tal resultado.

Esto último es lo que ocurre en el supuesto que enjuiciamos, nos hallamos ante una cadena causal múltiple que origina la creación de un riesgo para la víctima, incrementando tal riesgo cada una de las acciones u omisiones causales.

La doctrina de esta Sala (entre otras, SSTS 865/2015, de 14 de enero de 2016, y 755/2008, de 26 de noviembre) ha señalado que cuando se producen cursos causales complejos, esto es, cuando contribuyen a un resultado típico la conducta del acusado y además otra u otras causas atribuibles a persona distinta o a un suceso fortuito, suele estimarse que, si esta última concausa existía con anterioridad a la conducta de aquél, no interfiere la posibilidad de la imputación objetiva; y si es posterior, puede impedir tal imputación cuando esta causa sobrevenida sea algo totalmente anómalo, imprevisible y extraño al comportamiento del inculpado, pero no en aquellos supuestos en que el suceso posterior se encuentra dentro de la misma esfera del riesgo creado o aumentado por el propio acusado con su comportamiento.

(...) Como acertadamente se razona, y resulta de la jurisprudencia de esta Sala, el delito imprudente exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

- 1.º La infracción de un deber de cuidado interno (deber subjetivo de cuidado o deber de previsión).
- 2.º Vulneración de un deber de cuidado externo (deber objetivo de cuidado).
- 3.º Generación de un resultado.
- 4.º Relación de causalidad.

A lo anterior debe sumarse:

- 1) En los comportamientos activos:
 - a) el nexo causal entre la acción imprudente y el resultado (vínculo naturalístico u ontológico).
 - b) la imputación objetiva del resultado (vínculo normativo): que el riesgo no permitido generado por la conducta imprudente sea el que materialice el resultado.
- 2) En los comportamientos omisivos: dilucidar si el resultado producido se hubiera ocasionado de todos modos si no se presta el comportamiento debido. Pero no que no se puede saber o conocer si el resultado se hubiera producido, o no, de haberse prestado la atención debida.

Conforme a la teoría de la imputación objetiva, se exige para determinar la relación de causalidad:

1. La causalidad natural: en los delitos de resultado éste ha de ser atribuible a la acción del autor.
2. La causalidad normativa: además hay que comprobar que se cumplen los siguientes requisitos sin los cuales se elimina la tipicidad de la conducta:

1.º Que la acción del autor ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado, lo que se entiende que no concurre en los siguientes supuestos:

- a) Cuando se trata de riesgos permitidos.
- b) Cuando se pretende una disminución del riesgo: es decir, se opera para evitar un resultado más perjudicial.
- c) Si se obra confiando en que otros se mantendrán dentro de los límites del riesgo permitido (principio de confianza).
- d) Si existen condiciones previas a las realmente causales puestas por quien no es garante de la evitación del resultado (prohibición de regreso).

2.º Que el resultado producido por la acción es la concreción del peligro jurídicamente desaprobado creado por la acción, manteniéndose criterios complementarios nacidos de la presencia de riesgos concurrentes para la producción del resultado, de forma que en estos casos hay que indagar cuál es la causa que realmente produce el resultado.

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal, ha procedido a una despenalización de la imprudencia leve, dibujando nuevos conceptos, imprudencia grave y menos grave en los tipos imprudentes de los artículos 142 y 152 del Código Penal.

Las razones de la distinción es la modulación de la imprudencia delictiva entre grave y menos grave, lo que dará lugar a una mejor graduación de la responsabilidad penal en función de la conducta merecedora de reproche, pero al mismo tiempo permitirá reconocer supuestos de imprudencia leve que deben quedar fuera del Código Penal.

Así, según se expone en el Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, el legislador considera «oportuno reconducir las actuales faltas de homicidio y lesiones por imprudencia leve hacia la vía jurisdiccional civil» por considerar que estos supuestos deben quedar fuera del Código Penal razonando que «no toda actuación culposa de la que se deriva un resultado dañoso debe dar lugar a responsabilidad penal, sino que el principio de intervención mínima y la consideración del sistema punitivo como última ratio, determinan que en la esfera penal deban incardinarse exclusivamente los supuestos graves de imprudencia, reconduciendo otro tipo de conductas culposas a la vía civil, en su modalidad de responsabilidad extracontractual o aquiliana de los artículos 1902 y siguientes del Código Civil, a la que habrá de acudir quien pretenda exigir responsabilidad por culpa de tal entidad».

Dentro de las imprudencias que se consideran por el legislador que constituyen conductas merecedoras de reproche penal se establece esa modulación de la imprudencia delictiva entre grave y menos grave, en las que se incluyen, por lo que afecta a la presente resolución, los delitos de homicidio por imprudencia grave y menos grave previstos en el párrafo primero y segundo del artículo 142 del Código Penal, respectivamente, y las lesiones por imprudencia grave del artículo 147.1 del Código Penal que se recogen en el artículo 152.1.1.º del Código Penal, no considerándose constitutivas de infracción penal las lesiones previstas en el artículo 147 del Código Penal que se cometan por imprudencia menos grave puesto que el segundo párrafo del artículo 152 del Código Penal solo sanciona al que por imprudencia menos grave comete alguna de las lesiones a que se refieren los artículos 149 y 150 del Código Penal.

Se hace, pues, necesario un esfuerzo interpretativo para delimitar los conceptos de imprudencia grave y menos grave y proyectarlos sobre la realidad social diaria.

La distinción, al menos en su nomenclatura, es novedosa en nuestro sistema penal, y en concreto la expresión y concepto de imprudencia menos grave, pudiendo ayudarnos los antecedentes histórico-legislativos en la exégesis de la misma.

Desde el Código Penal de 1848, la imprudencia se venía graduando en tres categorías: imprudencia temeraria, imprudencia simple con infracción de reglamentos y simple o mera imprudencia. Con la reforma operada por LO 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, se consideró que la llamada infracción de reglamentos, por concurrir prácticamente en todo hecho culposo, no podía ser utilizada como criterio diferenciador entre delito y falta, antes al contrario, incluso para la falta debía requerirse tal infracción reglamentaria, aun admitiendo la posibilidad de un tipo mínimo de falta en que no concurriera ese elemento; razonamiento que ha de estimarse correcto pues la esencia del injusto imprudente no está fundado solo en las infracciones de la legislación extrapenal.

La imprudencia temeraria venía definida jurisprudencialmente como la omisión de elementales normas de cuidado que cualquier persona debe observar y guardar en los actos de la vida ordinaria, o en la omisión de la diligencia que resulte indispensable en el ejercicio de la actividad o profesión que implique riesgo propio o ajeno (STS de 15 de octubre de 1991).

En la imprudencia simple se incluía dogmáticamente la omisión de la atención normal o debida en relación con los factores circunstanciales de todo orden que definen y conforman el supuesto concreto, representando la infracción de un deber de cuidado de pequeño alcance, aproximándose a la cota exigida habitualmente en la vida social (ver STS de 17 de noviembre de 1992).

El Código Penal de 1995 estableció un nuevo régimen de crimina culposa, utilizando las categorías de imprudencia grave y leve. La doctrina de esta Sala entendió que imprudencia grave era equivalente a la imprudencia temeraria anterior, mientras que la leve se nutría conceptualmente de la imprudencia simple (STS 1823/2002, de 7 de noviembre), persistiendo la culpa levisísima como ilícito civil. La diferencia radicaba en la mayor o menor intensidad del quebrantamiento del deber objetivo de cuidado que, como elemento normativo, seguía siendo la idea vertebral del concepto de imprudencia.

Como hemos dicho, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, contempla la imprudencia grave y menos grave, quedando la imprudencia leve reservada para el ámbito (civil) de la responsabilidad extracontractual.

La cuestión es pues si los conceptos imprudencia grave y menos grave son o no equivalentes a los anteriores de imprudencia grave y leve y si, por tanto, ha habido una reducción de la intervención penal.

En la doctrina científica, tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se pueden distinguir, fundamentalmente, dos posturas en torno a la elaboración conceptual de la nueva categoría de imprudencia menos grave –y su relación con la grave–. En primer lugar, la que tiende a identificar la imprudencia menos grave con la antigua leve, y junto a ella la de quienes la construyen como una tipología de imprudencia intermedia más intensa que la leve anterior, por lo que se separaría de esta última, nutriéndose de supuestos más graves y sin detraer ninguno de la imprudencia grave. En segundo lugar, la que elabora la nueva imprudencia menos grave como desgajada o separada de la grave, al alimentarse de sus conductas más leves, con las consiguientes repercusiones en el derecho transitorio centradas en la posibilidad de aplicación retroactiva de la nueva categoría como más beneficiosa.

La imprudencia menos grave no puede equipararse a la antigua imprudencia leve. Por otra parte, la nueva imprudencia menos grave tampoco se integra totalmente en la imprudencia grave, y no se nutre de las conductas más leves de la imprudencia, sino

que constituye una nueva categoría conceptual. La nueva modulación de ese nivel de imprudencia delictiva contempla un matiz diferenciador de grados o niveles de gravedad; la vulneración del deber de cuidado es idéntica en una y otra y la diferencia está en la intensidad o relevancia –la imprudencia leve atípica vendría referida, por exclusión de las otras dos categorías, a la vulneración de deberes de cuidado de insuficiente entidad o relieve y de mayor lejanía a la imprudencia grave–.

La menor gravedad significa, en estos términos, partir de una previa valoración de la entidad o intensidad en la infracción de los deberes referidos, constitutivos de la imprudencia grave, que ante las circunstancias concurrentes, se degrada o desvalora.

Proyectando estas consideraciones al derecho transitorio, no cabría hablar de retroactividad con el argumento de que el nuevo texto surgido de la reforma podría ser más favorable, dado que la imprudencia grave no ha sufrido modificación alguna.

En suma, en una aproximación hermenéutica al concepto de imprudencia menos grave, es precisa una vulneración de cierta significación o entidad de los deberes normativos de cuidado, en particular de los plasmados en los preceptos legales de singular relevancia, sin exclusión de los sociológicos.

Por tanto, la imprudencia menos grave ha de situarse en el límite superior de aquéllas conductas que antes eran consideradas como leves y que el legislador ha querido expresamente despenalizar, encontrándose supuestos que por la menor importancia y relevancia del deber de cuidado infringido, de conformidad con los requisitos objetivos y subjetivos exigidos por la jurisprudencia para ello, y a los que con anterioridad se ha hecho referencia, pueden ser considerados como menos graves.

La imprudencia menos grave puede ser definida como la constitución de un riesgo de inferior naturaleza, a la grave, asimilable en este caso, la menos grave, como la infracción del deber medio de previsión ante la actividad que despliega el agente en el actuar correspondiente a la conducta que es objeto de atención y que es la causalmente determinante, única o plural, con el resultado producido, de tal manera que puede afirmarse que la creación del riesgo le es imputable al agente, bien por su conducta profesional o por su actuación u omisión en una actividad permitida social y jurídicamente que pueda causar un resultado dañoso. Así, mientras la imprudencia grave es la dejación más intolerable de las conductas fácticas que debe controlar el autor, originando un riesgo físico que produce el resultado dañoso, en la imprudencia menos grave, el acento se debe poner en tal consecuencia pero operada por el despliegue de la omisión de la diligencia que debe exigirse a una persona en la infracción del deber de cuidado en su actuar (u omitir).

Estas nociones, naturalmente, constituyen generalmente conceptos jurídicos indeterminados, que necesitan del diseño, en el caso concreto, para operar en la realidad que ha de ser juzgada en el supuesto de autos. La imprudencia grave es, pues, la omisión de la diligencia más intolerable, mediante una conducta activa u omisiva, que causa un resultado dañoso y que se encuentra causalmente conectada normativamente con tal resultado, mediante la teoría de la imputación objetiva, que partiendo de un previo lazo naturalístico, contribuye a su tipificación mediante un juicio basado en la creación de un riesgo no permitido que es el que opera como conexión en la relación de causalidad.

(...) Ya hemos declarado anteriormente los módulos de la gravedad de la imprudencia, debiendo estar en todo caso, a las circunstancias del caso concreto, estableciendo como criterios a tener en cuenta la mayor o menor intensidad o importancia del deber de cuidado infringido, que es el criterio fundamental aunque también demasiado genérico, y la previsibilidad del resultado, elemento, por otra parte, inherente al mismo concepto de deber de cuidado, ya que solo lo que es resultado previsible puede servir para afirmar que alguien ha omitido el deber de cuidado.

Algunas sentencias de esta Sala, como la STS 598/2013, de 28 de junio, se mantienen que la gravedad de la imprudencia se determina desde una perspectiva objetiva o externa y subjetiva o interna:

1.º Perspectiva objetiva o externa: que supone la determinación de la gravedad con arreglo a la magnitud de la infracción del deber objetivo de cuidado o de diligencia en que incurre el autor directamente vinculada con:

a) el grado de riesgo no permitido generado por la conducta activa del imputado o con el grado de riesgo no controlado cuando tiene el deber de neutralizar los riesgos derivados de la conducta de terceras personas o de circunstancias meramente casuales.

b) el grado de utilidad social de la conducta desarrollada por el autor (a mayor utilidad social mayores niveles de permisión de riesgo).

c) la importancia o valor del bien jurídico amenazado por la conducta imprudente: a mayor valor, menor el nivel de riesgo permitido y mayores las exigencias del deber de cuidado.

2.º Perspectiva subjetiva o interna (deber subjetivo de cuidado): la gravedad se determina por el grado de previsibilidad o de cognoscibilidad de la situación de riesgo: a mayor previsibilidad, mayor nivel de exigencia del deber subjetivo de cuidado y más grave la vulneración.

(STS 805/2017, de 11 diciembre)

ARTÍCULO 148.4 CP

Lesiones con víctima que estuviere o hubiese estado ligada al autor por análoga relación de afectividad: evolución legislativa e interpretación de análoga relación de afectividad aun sin convivencia: lo decisivo es que exista un cierto grado de compromiso o estabilidad, aun cuando no haya fidelidad ni se compartan expectativas de futuro, excluyéndose las relaciones puramente esporádicas y de simple amistad

(...) Tras la Ley 1/2004 e incluso desde la Ley 11/2003, como diría la STS de 23.12.2011, las notas de estabilidad y convivencia carecen de apoyo legal, pues han sido eliminadas por el legislador de los tipos de los artículos 153, 173.2 y 171.4 CP. En efecto, la unión ya no ha de ser estable ni ha de tener una mínima duración. Es perfectamente posible con una estabilidad de 15 días estar hablando de una relación personal e íntima que traspasa los límites de la relación de amistad. Eso ocurre, en nuestro caso, dado que con independencia de su duración, la relación era sentimental y no amistosa. Por ello, una vez extinguida, los celos del varón disparan el sentimiento de dominación. El despecho del varón al conocer que la mujer era prostituta solo justificaba su derecho a la ruptura, pero en absoluto la exasperación de la dominación y sometimiento de la mujer repudiada.

e) El único sentido de la agresión y de las amenazas y vejaciones reside en la sumisión de la mujer como instrumento de la violencia masculina. Esta es la esencia de la violencia de género. Son hechos probados las palabras que acompañan a las amenazas vertidas y vejaciones proyectadas y éstas revelan por su profundidad hiriente y su literalidad descarnada ese oscuro rincón de la razón donde anida la marginación de la mujer como objeto, cosa o instrumento sometido al dominio del hombre. *Ex abundantia cordis loquit os. In claris non fit interpretatio*. La sola lectura de las vejaciones pone luz sobre el sentido de perverso dominio que anima al varón despedido.

f) Aunque el Tribunal ha querido ocultar esos móviles, o por lo menos silenciarlos, las acciones solo se comprenden desde el despecho y desengaño amorosos de un varón trastornado al conocer que la mujer con la que mantenía una relación sentimental se dedicaba a la prostitución. Y eso no es admisible. Su libertad para consumir la ruptura no puede extenderse al libertinaje para lesionar, perseguir, o vengar a la pareja repudiada.

g) Hay otro detalle que revela la etiología de la agresión física y verbal: la provocación de un daño moral, con padecimientos psicológicos con tratamiento durante varios meses. Esa consecuencia solo es comprensible desde el entendimiento por el sujeto pasivo de la relación como sentimental y desde el padecimiento de una conducta de sumisión y subordinación que menoscaba la integridad moral inherente a la dignidad de la persona.

En definitiva era una relación sentimental, de intensidad afectiva y con naturaleza distinta a la amistosa.

Ciertamente hemos dicho en STS 1376/2011, de 23 diciembre –referida a un caso de amenazas de género del artículo 171.4 CP que sin duda no toda relación afectiva, sentimental o de pareja puede ser calificada como análoga a la conyugal, pero sí se advierte coincidencia en los pronunciamientos de juzgados y audiencias especializados en violencia sobre la mujer, en entender que en el referido precepto estarían comprendidas determinadas relaciones de noviazgo, siempre que exista una evidente vocación de estabilidad, no bastando para cumplir las exigencias del mismo, las relaciones de mera amistad o los encuentros puntuales y esporádicos. Será, por tanto, una cuestión de hecho, sujeta a la necesaria acreditación dentro del proceso penal, la de determinar en qué supuestos la relación puede obtener tal calificación, por la existencia de circunstancias de hecho que permiten advertir ese plus que acredita la seriedad, estabilidad y vocación de permanencia de la relación.

En efecto, a través de las necesarias reformas por Leyes Orgánicas 14/99 y 11/2003, se ampliaron los sujetos pasivos del tipo penal, incorporando la análoga relación de afectividad con convivencia en la primera de ellas, y aún sin convivencia en la segunda, en coordinación con los cambios sociales aparecidos.

Dichas modificaciones tienen una sustancial importancia en relación al supuesto en estudio, por cuanto en la actualidad por LO 1/2004, se ha ampliado sustancialmente el supuesto de hecho típico. En el momento presente, y es cuestión que no ofrece duda (tanto por la propia redacción del CP como la interpretación jurisprudencial al respecto) en el tipo penal se encuentran recogidos como sujetos pasivos, tanto los cónyuges matrimoniales como las parejas «*more uxorio*», lo que usualmente se conoce como pareja de hecho. Y se ha pretendido, claramente, incluir otros supuestos de hecho que con anterioridad quedaban, en los que se denota una especial vinculación o unión más allá de la simple amistad pero que no quedaban inmersos en una unión de hecho (y mucho menos en lo matrimonial) por falta de ese elemento de convivencia que era la determinante de una estabilidad, de un proyecto de futuro y de una vocación hacia la creación de una unidad familiar.

Ahora, después de las modificaciones operadas por las LO 13/2003 y 1/2004, la analogía respecto al matrimonio en la relación de afectividad existente entre imputado y víctima ya no encuentra apoyo en las notas de estabilidad y convivencia que han sido expresamente eliminadas en la redacción legal de los artículos 153, 173.2 y 171.4. El grado de asimilación al matrimonio de la relación afectiva no matrimonial no ha de medirse tanto por la existencia de un proyecto de vida en común, con todas las manifestaciones que caben esperar en éste, como precisamente por la comprobación de que comparte con aquél la naturaleza de la afectividad en lo que la redacción legal pone el acento, la propia de una relación personal e íntima que traspase con nitidez los límites de una simple relación de amistad, por intensa que sea ésta.

Los preceptos mencionados no tienen como finalidad dispensar una especial protección a la institución matrimonial, sino justamente sancionar la aparición en la relación sentimental que es inherente a aquélla, pero que comparte con otras uniones afectivas a las que se extiende la protección, de situaciones de violencia, maltrato o dominación. Las relaciones de pareja constituyen, como refiere la Exposición de Motivos de la LO 1/2004, uno de los tres ámbitos básicos de relación de la persona con las que suele producirse la aparición de la violencia de género.

En efecto, una de las razones por las que, precisamente se extendió el círculo de los sujetos pasivos que podrían quedar afectados por los hechos previstos en los arts. 153, 171.4 y 173.2 CP, no fue otra que la de extender la especial protección del tipo a aquellas relaciones que, conforme a la legislación anterior, estaban excluidas por no concurrir el requisito de la convivencia y estabilidad en la redacción de análoga afectividad a la del matrimonio. Con ello tienen cabida no solo las relaciones de estricto noviazgo (término no empleado en el precepto penal que examinaremos) esto es, aquellas que, conforme a un estricto método gramatical, denotan una situación transitoria en cuanto proyectada a un futuro de vida en común, sea matrimonial, sea mediante una unión de hecho más o menos estable y con convivencia, sino también aquellas otras relaciones sentimentales basadas en una afectividad de carácter amoroso y sexual (y aquí radica la relación de analogía con el matrimonio/que, por no quedar limitadas a una mera relación esporádica y coyuntural, suponen la existencia de un vínculo afectivo de carácter íntimo entre las componentes de la pareja, cualquiera que sea la denominación precisa con la que quiere designarse.

La STS 510/2009, de 12 de mayo al analizar los tipos de los artículos 133.1 y 173.2 CP, recordó que no resulta fácil, desde luego, dar respuesta a todos y cada uno de los supuestos que la práctica puede ofrecer respecto de modelos de convivencia o proyectos de vida en común susceptibles de ser tomados en consideración para la aplicación de aquellos preceptos. La determinación de qué se entiende por convivencia o la definición de cuándo puede darse por existente una relación de afectividad, desaconseja la fijación de pautas generales excesivamente abstractas. No faltarán casos en los que esa relación de afectividad sea percibida con distinto alcance por cada uno de los integrantes de la pareja, o supuestos en los que el proyecto de vida en común no sea ni siquiera compartido por ambos protagonistas. En principio, la convivencia –ya sea existente en el momento de los hechos o anterior a éstos–, forma parte del contenido jurídico del matrimonio. No se olvide que conforme al artículo 69 del Código Civil, la convivencia se presume y que el artículo 68 del mismo texto señala entre las obligaciones de los cónyuges vivir juntos. La convivencia es también elemento esencial de las parejas de hecho, incluso en sus implicaciones jurídico-administrativas.

Sin embargo, no pueden quedar al margen de los tipos previstos en los artículos 153 y 173 del CP situaciones afectivas en las que la nota de la convivencia no se dé en su estricta significación gramatical –vivir en compañía de otro u otros–. De lo

contrario, excluiríamos del tipo supuestos perfectamente imaginables en los que, pese a la existencia de un proyecto de vida en común, los miembros de la pareja deciden de forma voluntaria, ya sea por razones personales, profesionales o familiares, vivir en distintos domicilios. Lo decisivo para que la equiparación se produzca es que exista un cierto grado de compromiso o estabilidad, aun cuando no haya fidelidad ni se compartan expectativas de futuro. Quedarían, eso sí, excluidas relaciones puramente esporádicas y de simple amistad, en las que el componente afectivo todavía no ha tenido ni siquiera la oportunidad de desarrollarse y llegar a condicionar lo móviles del agresor. En definitiva, la protección penal reforzada que dispensan aquellos preceptos no puede excluir a parejas que, pese a su formato no convencional, viven una relación caracterizada por su intensidad emocional, sobre todo, cuando esa intensidad, aun entendida de forma patológica, está en el origen de las agresiones.

(...) la relación de afectividad análoga a la conyugal no puede ser presumida en contra del acusado, de manera que no concurre en los hechos probados uno de los requisitos del tipo agravado del artículo 148.4 CP, puesto que no toda relación afectiva o sentimental puede ser calificada como análoga a la conyugal, precisándose para ello que la naturaleza, finalidad, intensidad, grado de compromiso, seriedad y /o duración de la misma permitan efectuar la analogía, y ello con independencia de que las circunstancias del hecho permitirían la aplicación de la actual agravante del artículo 22.4 CP, «cometer el delito por...razones de género» aplicable precisamente para aquellos supuestos que no lo era el tipo agravado del artículo 148.4 e introducida por LO 1/2015 de 30 de marzo, que no estaba en vigor cuando los hechos acaecieron.

(STS 697/2017, de 25 octubre)

ARTÍCULOS 186 Y 189.1.B) CP

Provocación sexual y pornografía infantil: integración del delito de provocación sexual en el delito continuado de exhibición de material pornográfico infantil cuando el material pornográfico en que se haya utilizado menores de edad sea a su vez exhibido a menor de edad, dada la igualdad de medio comisivo y ser preceptos de igual o semejante naturaleza

En cuanto a la aplicación conjunta a estos hechos de los dos tipos delictivos de los artículos 186 y 189.1b CP, debemos analizar cuáles son los requisitos y conductas de cada uno de ellos, así como al bien jurídico protegido.

En cuanto al delito del artículo 186 CP son sus requisitos:

a) la difusión, venta o exhibición de material calificable como pornográfico; «difundir» equivale a divulgar entre una pluralidad de personas; «vender» a enajenar a cambio de precio u otra contraprestación económica; «exhibir» a mostrar o colocar directamente a la vista del sujeto pasivo el material pornográfico correspondiente.

b) la mecánica comisiva permite que tal conducta se realice por cualquier medio directo, lo que supone que el menor debe estar físicamente presente en la conducta de difusión, venta o exhibición, exigiendo desde una perspectiva legal, la confrontación directa entre ambos sujetos.

c) que los destinatarios de la acción sean menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

d) que la conducta sea dolosa o intencional, no exigiéndose, en cambio, un elemento subjetivo del injusto especialmente determinado, como atentar contra la formación o educación de los destinatarios, aunque tal finalidad esté ínsita en el reproche penal que fundamenta tal precepto.

Y el bien jurídico protegido por este delito –comprendido en el capítulo dedicado a los delitos de exhibicionismo y provocación sexual– es la indemnidad o intangibilidad sexual de los menores destinatarios del material pornográfico, esto es una conglomeración de intereses y valores, o sea la preocupación o interés porque los menores tengan un desarrollo de la personalidad libre, sin injerencias extrañas a sus intereses, su desarrollo psicológico y moral sin traumatismos y su bienestar psíquico, esto es el derecho del menor a no sufrir interferencias en el proceso de formación adecuada su personalidad.

En cuanto al delito del artículo 189.1.b) comprendido en el capítulo V «de los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores», son sus elementos:

a) El objeto del delito ha de ser material pornográfico infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección, conforme a la definición legal de pornografía infantil de las letras a), b), c), y d), del artículo 189.1 b).

b) En cuanto las conductas que contempla, la estructura del tipo penal tienen dos apartados: uno relativo a actos directos de creación o propia exhibición, y un segundo apartado, de puesta en circulación del material de pornografía infantil. Seguir así por el primero se incrimina la producción (acto de creación), venta (acto de intermediación), distribución (acto de divulgación) o exhibición (acto de ofrecimiento visual directo).

Por el segundo, los verbos que utiliza el legislador son los mismos pero bajo una actividad de facilitación, de manera que se incrimina a quien «facilita la producción, venta, difusión, o exhibición por cualquier medio».

De ello se colige que para el legislador es lo mismo distribuir que difundir, ambos conceptos son sinónimos de divulgar, pues en el primer apartado utiliza la locución «distribución» y el segundo, el sustantivo «difusión». Y aunque es cierto que facilitar es hacer posible una cosa, en derecho penal tal facilitación no puede ser una actividad autorizada sin control del autor, sino posibilitando la misma con intención de distribución o difusión, es decir, llevando a cabo actos de difusión a terceros con la finalidad de atentar contra el bien jurídico protegido por la norma penal.

c) El bien jurídico protegido del artículo 189.1.b), debe ser entendido con un bien plurisubjetivo y colectivo que protege la indemnidad, la seguridad y la dignidad de la infancia en abstracto, en el que el legislador adelanta las barreras de protección, abarcando el peligro inherente a conductas que puede fomentar prácticas pedofilia sobre menores concretos (STS 767/2007 de 3 de octubre).

Consecuentemente mientras en el delito del artículo 186, el destinatario de la pornografía, el sujeto pasivo del delito es un menor de edad en contacto directo con el autor, y el material pornográfico no contiene menores involucrados en el mismo, en el delito del artículo 189.1.b), es el menor quien aparece en las escenas pedófilas o pornográficas y el destinatario de las mismas es un número indeterminado de personas, generalmente través de las redes sociales, mayores o menores de edad. No obstante, dada la similitud del bien protegido en ambas figuras delictivas, e incluso de comportamientos-en ambos se exhibe material pornográfico, puede existir una repetición e

innecesario solapamiento de conductas, cuando la pornografía se exhibe a un menor de edad y aquella tiene un contenido pedófilo, la posibilidad de integrar el delito de provocación sexual en el artículo 186 en el delito continuado del artículo 189.1.b, debe admitirse, cuando el material pornográfico en que se haya utilizado menores de edad sea a su vez, exhibido a menor de edad, dada la igualdad de medio comisivo y ser preceptos de igual o semejante naturaleza conforme lo preceptuado en el artículo 74.1 en relación con el artículo 8.3 y 4 CP.

(STS 826/2017, de 14 diciembre)

ARTÍCULOS 197.2 Y 198 CP

Descubrimiento y revelación de secretos: apoderarse o utilizar en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal: es necesaria una fundada y grave afectación del bien jurídico protegido, que es la autodeterminación informativa a que se refiere el artículo 18.4 CE. Concepto de en perjuicio de tercero

(...) se argumenta en la sentencia 586/2016, de 4 de julio, que «la gravedad de las penas asociadas al artículo 197.2 del CP son bien expresivas de la necesidad de una fundada y grave afectación del bien jurídico protegido, que no es la intimidad, entendida en el sentido que proclama el artículo 18.1 de la CE, sino la autodeterminación informativa a que se refiere el artículo 18.4 del texto constitucional. Se trata de una mutación histórica de innegable trascendencia conceptual, de un derecho de nueva generación que otorgaría a cada ciudadano el control sobre la información que nos concierne personalmente, sea íntima o no, para preservar, de este modo y en último extremo, la propia identidad, nuestra dignidad y libertad».

En palabras del Tribunal Constitucional, el derecho a la protección de los datos de carácter personal deriva del artículo 18.4 CE y consagra «en sí mismo un derecho o libertad fundamental» (SSTC 254/1993, de 20 de julio; y 254/2000, de 30 de noviembre, entre otras), que «excede el ámbito propio del derecho fundamental a la intimidad (artículo 18.1 CE), y que se traduce en un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. La llamada libertad informática es así el derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (*habeas data* y comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención» (STC 292/2000, de 30 de noviembre).

Así centrada la tutela del bien jurídico protegido por el artículo 197.2 del CP –prosigue diciendo la sentencia 586/2016– es entendible la ausencia de relieve penal de los hechos imputados al acusado. Y es que la nula afectación del bien jurídico –por más que la ya razonada ausencia de otros elementos del tipo objetivo sería suficiente para el desenlace absolutorio– es otra de las razones para concluir la falta de tipicidad de los hechos.

(...) el artículo 197.2 exige que el acusado actúe en perjuicio de tercero, no aceptándose que exista tal perjuicio por el solo hecho de ejercitar ante el Juzgado una acción para la tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 24 de la Constitución. Y remarca después la Audiencia, argumentando en la misma línea, con cita de alguna

sentencia de esta Sala, que no basta el mero obrar, sino que es preciso que la acción aparezca dotada de una clara orientación con el propósito de causar un daño con un determinado estándar de gravedad.

En apoyo de su argumento cita la Audiencia la sentencia 961/2016, de 20 de diciembre, en la que se afirma que en el artículo 197 del C. Penal se hace uso de los verbos apoderarse, utilizar, modificar y alterar, sugestivos del mantenimiento de una relación instrumental de cierta intensidad, incluso manipuladora, con los datos registrados, esto es, de algo o bastante más que una mera toma superficial de conocimiento, sin ulterior proyección práctica. Y por otro lado, se requiere que la acción se produzca en perjuicio de tercero. Para lo que se recurre a una de las acepciones de la preposición en que tiene la función consistente en introducir un complemento que expresa finalidad, como, por ejemplo, cuando se dice que alguien actúa «en beneficio de la comunidad», esto es, persiguiendo reflexivamente ese beneficio. Y el legislador lo hace, no por casualidad, sino para subrayar que existen formas de intervención sobre los datos de referencia que, no obstante ser legalmente inadmisibles no son perjudiciales en el sentido por el que él se decanta. De este modo, no es cierto que baste el mero obrar en el sentido indicado, sino que se requiere que la acción aparezca dotada de una cierta clara orientación, presidida por un determinado propósito que no se agota ni se confunde con la acción básica del mero acceder al archivo.

Por consiguiente, el Tribunal sentenciador, aunque no entra a examinar la expresión «en perjuicio» ni las dudas interpretativas que genera sobre si se está refiriendo a la exigencia de un elemento subjetivo del injusto o al elemento objetivo del resultado de la conducta de apoderarse o utilizar los datos del Catastro referentes a la querrelante, sí establece que no está probado ese inciso del tipo penal.

Las sentencias de esta Sala generalmente no interpretan la expresión «en perjuicio» como un elemento subjetivo del injusto. Así lo acredita la sentencia 234/1999, de 17 de junio, en la que se argumenta que esta Sala no puede compartir que la expresión «en perjuicio de» supone la exigencia de un ánimo o especial intención de perjudicar al titular de los datos o a un tercero, aunque no deja de reconocer que la preposición «en» ha sido interpretada frecuentemente en dicho sentido. En el tipo que analizamos, sin embargo, situado inmediatamente después de otro – el del artículo 197.1 – en que el ánimo específico aparece indicado con la inequívoca preposición «para», el perjuicio producido por la acción tiene que estar naturalmente abarcado por el dolo pero no tiene que ser el único ni el prioritario móvil de la acción. A esta conclusión debe conducir no solo el argumento sistemático a que se acaba de aludir, sino la propia relevancia constitucional del bien jurídico lesionado por el delito, cuya protección penal no puede estar condicionada, so pena de verse convertida prácticamente en ilusoria, por la improbable hipótesis de que se acredite, en quien atente contra él, el deliberado y especial propósito de lesionarlo. Estamos pues –dice la sentencia 234/1999– ante un delito doloso pero no ante un delito de tendencia.

Y en lo que atañe al elemento objetivo afirma la misma sentencia que parece razonable que no todos los datos reservados de carácter personal o familiar puedan ser objeto del delito contra la libertad informática. Precisamente porque el delito se consuma tan pronto el sujeto activo «accede» a los datos, esto es, tan pronto los conoce y tiene a su disposición (pues solo con eso se ha quebrantado la reserva que los cubre), es por lo que debe entenderse que la norma requiere la existencia de un perjuicio añadido para que la violación de la reserva integre el tipo, un perjuicio que puede afectar, como hemos visto, al titular de los datos o a un tercero. No es fácil precisar, «*a priori*» y en abstracto, cuándo el desvelamiento de un dato personal o familiar produce ese

perjuicio. Baste ahora con decir que lo produce siempre que se trata de un dato que el hombre medio de nuestra cultura considera «sensible» por ser inherente al ámbito de su intimidad más estricta; dicho de otro modo, un dato perteneciente al reducto de los que, normalmente, se pretende no trasciendan fuera de la esfera en que se desenvuelve la privacidad de la persona y de su núcleo familiar.

En la misma línea de no interpretar la expresión «en perjuicio» como un elemento subjetivo del injusto sino en una clave más objetiva se muestran otras sentencias de esta Sala, como la 1084/2010, de 9 de diciembre, en la que se señala que el tipo penal del artículo 197.2 exige que la conducta se lleve a cabo en perjuicio de tercero, aunque no haya un ánimo específico de perjudicar, pues basta con que la acción se realice con la finalidad dicha, sin que resulte necesario para la consumación la producción del resultado lesivo. Se trata por tanto de un delito de peligro que no requiere la ulterior producción de un resultado de lesión.

Y en la sentencia 525/2014, de 17 de junio, también se requiere solo el elemento del dolo, sin hacer referencia a un elemento subjetivo del injusto, requisito que tampoco se exige en otras sentencias de esta Sala (SSTS 532/2015, de 23 de septiembre; y 553/2015, de 6 de octubre).

En cuanto al elemento objetivo del perjuicio ocasionado por la acción delictiva, la jurisprudencia viene entendiendo (ver STS 532/2015), al contemplar las SSTS 123/2009, de 3 de febrero; 1328/2009, de 30 de diciembre y 990/2012, de 18 de octubre, que solo con relación al inciso primero (apoderamiento, utilización o modificación) y al último (alteración o utilización), menciona expresamente el legislador que la conducta se haga en perjuicio de tercero, mientras que no exigiría tal perjuicio en el caso de la conducta de acceso; si bien, resulta necesario realizar una interpretación integradora del precepto, pues no tendría sentido que en el mero acceso no se exija perjuicio alguno, y en conductas que precisan ese previo acceso añadiendo otros comportamientos, se exija ese perjuicio, cuando tales conductas ya serían punibles –y con la misma pena– en el inciso segundo.

La STS 1328/2009, de 30 de diciembre, distingue entre datos «sensibles» y los que no lo son, precisando que los primeros son por sí mismos capaces para producir el perjuicio típico, por lo que el acceso a los mismos, su apoderamiento o divulgación poniéndolos al descubierto comporta ya ese daño a su derecho a mantenerlos secretos u ocultos (intimidad) integrando el «perjuicio» exigido, mientras que en los datos «no sensibles», no es que no tengan virtualidad lesiva suficiente para provocar o producir el perjuicio, sino que debería acreditarse su efectiva concurrencia.

En definitiva, el mero acceso no integraría delito, salvo que se acreditara perjuicio para el titular de los datos o que este fuera ínsito, por la naturaleza de los descubiertos, como es el caso de los datos sensibles. Interpretación integradora, que acota el ámbito delictivo, de otro modo desmesurado y con sanciones graves para conductas en ocasiones inocuas, pero a su vez, supera la crítica de quienes entendían que al limitar la punición del mero acceso a los datos que causan un perjuicio apreciable a los datos «sensibles», suponía una restricción excesiva, pues se produce el efecto de asimilar el perjuicio a la parte más básica de la intimidad («núcleo duro de la privacidad»): salud, ideología, vida sexual, creencias, etc, que ya se castiga como subtipo agravado en el actual artículo 197.6, lo que conllevaría la práctica inaplicación del artículo 197.2 CP; tal asimilación no la predicamos, pero cuando el acceso se refiere a datos no sensibles, el perjuicio debe ser acreditado (SSTS 1328/2009, de 30 de diciembre; 532/2015, de 23 de septiembre; y 553/2015, de 6 de octubre).

(STS 803/2017, de 11 diciembre)

ARTÍCULO 235.1.7 CP

Hurto leve. Regla penológica de multirreincidencia. Condenado ejecutoriamente al menos por tres delitos comprendidos en este título: hasta que no se diga de forma específica y expresa en las normas, no pueden operar en la multirreincidencia los antecedentes penales por delitos leves; alcance: reincidencia, relación con el artículo 234 y desproporcionalidad de la pena. Voto particular

(...) El artículo 22.8.º establece que «Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza. A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo, ni los que correspondan a delitos leves».

Pues bien, si ése es el concepto de reincidencia y en él se excluye el cómputo de los delitos leves para apreciarla, no parece razonable hablar de multirreincidencia excluyendo el concepto básico de la parte general del Código de lo que debe entenderse por reincidencia.

Si el legislador parte del principio general previo de que la escasa entidad de ilicitud que albergan los delitos leves impide que operen para incrementar las condenas del resto de los delitos, no parece coherente abandonar esa delimitación del concepto de reincidencia que se formula en la parte general del Código para exasperar la pena de un delito leve hasta el punto de convertirlo en un tipo penal hiperagravado (artículo 235.1.7.º), saltándose incluso el tipo penal intermedio o básico previsto en el artículo 234.1 del C Penal.

Esa interpretación conduce a considerar que lo que ni siquiera opera en delitos graves como mera agravante sí opera en delitos nimios de forma hiperagravada, exacerbando la pena de multa hasta una posible privación de libertad de tres años de prisión.

Es cierto que en el artículo 66.1.5.ª del C Penal también se prevé una agravante de multirreincidencia de forma genérica, al disponer el precepto que «Cuando concurra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, podrán aplicar la pena superior en grado a la prevista por la ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido. A los efectos de esta regla no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo».

Sin embargo, esta norma presenta un grado de discrecionalidad en su aplicación muy importante, y además la exacerbación de la pena no tiene nada que ver con el salto cualitativo que se produce en el artículo 234 si se interpreta en el sentido que postula el recurso de la acusación pública.

Y en segundo lugar, el apartado 2 del artículo 66 excluye de la aplicación de la norma los delitos leves.

2. Así las cosas, para interpretar los artículos 234 y 235 del C Penal en un sentido que resulte congruente el concepto de multirreincidencia con el concepto básico de reincidencia y que se respete al mismo tiempo el principio de proporcionalidad de la pena, ha de entenderse que cuando el texto legal se refiere a tres condenas anteriores éstas han de ser por delitos menos graves o graves, y no por delitos leves. Y ello porque ése es el criterio coherente y acorde con el concepto básico de reincidencia

que recoge el Código Penal en su parte general, y porque, además, en ningún momento se afirma de forma específica en los artículos 234 y 235 que las condenas anteriores comprendan las correspondientes a los delitos leves.

Frente a ello se puede contraponer que en el artículo 235.1.7.º se afirma que la multirreincidencia está referida a delitos «comprendidos en este título», sin hacer ninguna distinción sobre delitos leves y menos graves. Sin embargo, esa forma genérica de expresarse el legislador, unida a la interpretación literal de la misma que se hace en el recurso, genera, al margen de otros efectos, una notable desigualdad al asignar un mismo marco punitivo al acusado que comete un delito leve que al que comete un delito menos grave cuando ambos tienen antecedentes por tres delitos leves.

Además, ese giro lingüístico que se literaliza al máximo en el escrito de recurso también es utilizado en la superaggravante genérica del artículo 66.1.5.ª del C Penal («comprendidos en el mismo título»), que fue establecida en la reforma legal de 29 de septiembre de 2003. Sin embargo, no operan en esos casos las condenas por delitos leves de la misma naturaleza para activar la aplicación de esa agravante de multirreincidencia, al quedar excluidos en el apartado 2 del precepto de las reglas prescritas en el apartado 1 cuando se trata delitos leves, y dado que ha de ponerse en relación el artículo 66 con el artículo 22.8.ª del mismo texto legal.

A mayores, también pueden traerse a colación las exorbitantes consecuencias punitivas de esa interpretación en otros delitos contra el patrimonio a los que se le aplica el mismo sistema de crear un tipo hiperaggravado de multirreincidencia específica. Por ejemplo, el caso de los delitos leves de estafa, cuando la cuantía defraudada no rebasa los 400 euros, supuesto en que el Código impone una pena de multa máxima de tres meses (artículo 249 del C Penal). Sin embargo, en el caso de que concurren tres condenas precedentes por tres delitos leves de estafa (las antiguas faltas), la pena máxima de tres meses de multa podría convertirse, siguiendo la opción hermenéutica del recurso, en el caso de cometer un cuarto delito leve en una pena con un techo de hasta 6 años de prisión, además de una pena de multa. Es decir, una pena máxima de multa de tres meses se transformaría en un nuevo marco penal que tendría un techo de nada menos que 6 años de prisión y una multa de hasta doce meses.

Ante un salto punitivo de tal calibre todavía se muestra más necesaria y razonable una interpretación como la anteriormente referida, centrada en que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 22.8.ª del C Penal, solo operen los antecedentes penales relativos a condenas cuando menos por delitos menos graves.

A todo ello podría añadirse como argumento complementario y secundario, de una entidad menor y más tangencial por su singularidad, que si siempre las faltas –actualmente reconvertidas en delitos leves– ocuparon por razones de grado de ilicitud un libro aparte dentro del C Penal hasta la última reforma de 2015, el hecho de que ahora hayan pasado a integrarse dentro de un mismo libro, título y capítulo no permite obviar que el grado de ilicitud carezca de toda relevancia a la hora de poder igualarlas cuando el legislador no lo dice de forma específica y expresa en la parte especial. Es más, el apartado 2 del artículo 66 del C Penal otorga unas connotaciones de especial naturaleza a los delitos leves al excluirlos, junto con los delitos imprudentes, de las normas generales de aplicación de las penas.

Por consiguiente, ha de entenderse que la interpretación de los artículos 234 y 235 del C. Penal (que permite acoger un sentido de la norma que resulte más restrictiva y acorde con el concepto legal de reincidencia y con las consecuencias punitivas que conlleva la multirreincidencia es el de que, hasta que no se diga de forma específica y expresa en las referidas normas, no pueden operar en la multirreincidencia los antecedentes penales por delitos leves.

(...) Resumiendo, pues, los razonamientos expuestos en los fundamentos precedentes, puede afirmarse que al reconocer el propio legislador el escaso grado de ilicitud del delito leve de hurto dada la pena de multa que le asigna, su agravación hipercualificada sobre el único soporte de otros delitos leves ya condenados nos sitúa en un terreno muy próximo a la infracción del principio de proporcionalidad de las penas e incluso cercano a la vulneración del principio *non bis in ídem*. A ello ha de sumarse la unilateralización en que puede incurrirse en orden a la operatividad de los fines de la pena, al centrarse la nueva pena hiperagravada en el fin de la prevención general positiva (aminorar la alarma social y generar la confianza en la vigencia de la norma), vaciando prácticamente de contenido el fin de la prevención especial, al mismo tiempo que se debilita sustancialmente la eficacia del principio de culpabilidad como freno a los excesos punitivos cuando se pone en relación con la ilicitud concreta del hecho que se juzga.

Los referidos argumentos y otros que se exponen en el curso de la sentencia son los que nos llevan a respetar el concepto de reincidencia que se prevé en la parte general del C Penal, y que no resulta excluido de forma específica y singularizada en los artículos 234 y 235 del C Penal. Tal opción no excluye tampoco la aplicación de la multirreincidencia del artículo 235.1.7.^a del C Penal en los supuestos en que los antecedentes penales sean por delitos menos graves de hurto, resultando así una interpretación de la norma que resulta más restringida y acorde con los principios constitucionales que se han ido citando en el cuerpo de esta resolución.

(STS 481/2017, de 28 junio)

ARTÍCULO 253 CP

Apropiación indebida: el incumplimiento de las garantías legalmente establecidas para asegurar a los compradores de las viviendas la devolución de las cantidades anticipadas, como el ingreso en cuenta especial o aseguramiento de la devolución, no es determinante del delito, sino la distracción de las cantidades no destinándolo a su construcción, sin entregar las viviendas o devolver el dinero que debería haber garantizado, al llegarse a un punto sin retorno; normativa administrativa sobre las condiciones en que deben entregarse cantidades a cuenta para la construcción y compra de viviendas; doctrina jurisprudencial sobre la entrega de dinero para la construcción de viviendas para apreciar apropiación indebida; inexistencia: acusada que promueve viviendas e incumple las previsiones de la Ley 57/1968 y Ley 38/1999 sobre ingreso del dinero en una cuenta especial y su aseguramiento, pero llevándose a cabo la construcción de aquéllas que no son entregadas a los adquirentes por ejecución de préstamo por entidad bancaria

(...) una vez derogado el artículo 6 de la Ley 57/1968, el delito de apropiación indebida, según la jurisprudencia mayoritaria, requería de la concurrencia de todos los elementos que lo caracterizan. En la STS n.º 915/2005, que recogía el sentido de la

jurisprudencia anterior y que ha sido reiterada en otras posteriores, se decía que «... cuando se trata de dinero u otras cosas fungibles, el delito de apropiación indebida requiere como elementos del tipo objetivo: a) que el autor lo reciba en virtud de depósito, comisión, administración o cualquier otro título que contenga una precisión de la finalidad con que se entrega y que produzca consiguientemente la obligación de entregar o devolver otro tanto de la misma especie y calidad; b) que el autor ejecute un acto de disposición sobre el objeto o el dinero recibidos que resulta ilegítimo en cuanto que excede de las facultades conferidas por el título de recepción, dándole en su virtud un destino definitivo distinto del acordado, impuesto o autorizado; c) que como consecuencia de ese acto se cause un perjuicio en el sujeto pasivo, lo cual ordinariamente supondrá una imposibilidad, al menos transitoria, de recuperación. Y como elementos del tipo subjetivo, que el sujeto conozca que excede de sus facultades al actuar como lo hace y que con ello suprime las legítimas facultades del titular sobre el dinero o la cosa entregada».

Por lo tanto, es necesario que el autor, una vez que ha recibido una cantidad de dinero con una finalidad establecida por el título de recepción, proceda dolosamente a darle otra distinta con vocación definitiva, superando lo que se ha llamado el punto de no retorno, y causando de esta forma un perjuicio al titular de ese patrimonio. Esta conducta tiene así un significado apropiativo equivalente al de la apropiación clásica de cosas muebles y distinta de las conductas de mero uso perjudicial, características de la administración desleal recogida en el artículo 295 del C Penal aunque exclusivamente para el ámbito societario.

Cuando se trata de cantidades entregadas de forma anticipada por los compradores para la construcción de las viviendas que adquieren, la jurisprudencia ha entendido reiteradamente que si se emplean en otras finalidades distintas a la construcción de esas viviendas y con ello se causa un perjuicio, los hechos constituirían un delito de apropiación indebida. Dejando a un lado problemas probatorios, lo que importa es si se declara probado que el autor ha recibido el dinero para emplearlo en la construcción, y que no lo ha destinado a esa finalidad, sin que importe cuál ha sido la utilización concreta del mismo. Pues resulta, a estos efectos, indiferente si lo ha gastado en atenciones personales, si lo ha ocultado, si lo ha regalado a un tercero, si lo ha empleado en otras promociones inmobiliarias o en otros negocios o si lo ha utilizado para sanear su empresa. La finalidad exclusiva de esas cantidades era la construcción de las viviendas de los compradores, y cualquier otro destino dado a las cantidades recibidas implica una distracción de las mismas.

Sin embargo, no puede considerarse constitutivo de un delito de apropiación indebida el mero incumplimiento de las previsiones de la disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, si el dinero recibido se ha utilizado en la construcción, es decir, en la finalidad para la que se recibió. Así lo acordó esta Sala en Pleno no jurisdiccional de fecha 23 de mayo de 2017.

(STS 406/2017, de 5 junio)

ARTÍCULOS 260 Y 290 CP

Insolvencias punibles. Delito societario: Caso Afinsa. Contratos de compraventa de sellos a un precio muy superior al valor que pudieran alcanzar en el mercado. Se aseguraba al cliente la posibilidad de

recomprar los mismos sellos al menos al mismo precio y una revalorización determinada, que era independiente de la que los sellos concretos experimentaran en el mercado

(...) En la redacción original del CP de 1995, el artículo 260 preveía una pena de prisión de dos a seis años y multa de ocho a veinticuatro meses, para el que fuera declarado en quiebra, concurso o suspensión de pagos, cuando la situación de crisis económica o la insolvencia sea causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúe en su nombre. La LO 15/2003, en coherencia con la Ley Concursal, modificó este precepto para referirse solamente a quien fuera declarado en concurso. Era necesario, pues, desde el 1 de setiembre de 2004, fecha de entrada en vigor, que existiera una declaración de concurso y que la insolvencia hubiera sido causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actuara en su nombre.

(...) En cuanto a la aplicación de la legislación vigente, el CP dispone que será castigado con una pena de uno a cuatro años de prisión y multa de ocho a veinticuatro meses el que encontrándose en una situación de insolvencia actual o inminente, realice alguna de las conductas que describe en los siguientes números, de los que el 6.º, 8.º y 9.º tienen interés respecto de los hechos probados, y que, como dice la sentencia de instancia, consisten en «cometer irregularidades en la llevanza de la contabilidad que fueran relevantes para comprensión de su situación patrimonial, formular las cuentas vulnerando la normativa contable de forma que se dificulte o imposibilite la valoración de la situación económica del deudor», y en el número noveno, en realizar cualquier otra conducta activa u omisiva que constituya una infracción grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos y a la que sea imputable una disminución del patrimonio del deudor o por medio de la cual se oculte la situación económica real del deudor o su actividad empresarial. Finalmente, en el número 2 de ese artículo se dispone que la misma pena se impondrá a quien mediante alguna de las conductas del apartado anterior, cause su situación de insolvencia.

De los hechos resulta sin dificultad que la conducta de los acusados es subsumible en los tres números indicados, dada la forma en la que formulaban las cuentas ocultando su situación económica y, especialmente, la ocultación de su actividad empresarial real mediante la celebración de contratos redactados de tal forma que hacían muy dificultoso conocer el verdadero significado del negocio, pues se disimulaba bajo la apariencia de operaciones mercantiles de compraventa de sellos.

(...) El artículo 290 CP sanciona a los administradores de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero. La jurisprudencia ha resaltado la especial importancia de las falsedades que pudieran cometerse en las cuentas anuales cuando, como exige el tipo delictivo, son idóneas para causar daños a terceros, incluidos los socios, en la medida en la dan lugar a una impresión errónea acerca del estado económico de la sociedad, con el consiguiente perjuicio derivado de la posible adopción de decisiones basadas en una información mendaz, (STS n.º 211/2014, de 18 de marzo). Las cuentas anuales son aquellas que el empresario debe formular al término de cada ejercicio económico y que comprenden el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria. Entre los demás documentos cuyo contenido no puede ser falseado so pena de incurrir en el tipo del artículo 290 del C. Penal se encontrarán, sin que esto signifique el cierre de la lista de los posibles objetos del delito, los libros de contabilidad, los libros de actas, los balances que las sociedades que cotizan en Bolsa deben presentar a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, los que las entidades de crédito deben presentar al

Banco de España y, en general, todos los documentos destinados a hacer pública, mediante el ofrecimiento de una imagen fiel de la misma, la situación económica o jurídica de una entidad que opera en el mercado (STS 1458/2003, de 7-11). (STS n.º 822/2015, de 14 de diciembre). En cuanto al núcleo de la conducta, se señala en esta misma sentencia, con cita de la STS n.º 655/2010, que «falsear» en el sentido del artículo 290, es mentir, es alterar o no reflejar la verdadera situación económica o jurídica de la entidad en los documentos que suscriba el administrador de hecho o de derecho, porque así es como se frustra, además, el derecho de los destinatarios de la información social (sociedad, socios o terceros) a obtener una información completa y veraz sobre la situación jurídica o económica de la sociedad. Hay que tener en cuenta que ocultar o suprimir datos es una forma de faltar a la verdad en la narración de los hechos, y por otra, que el administrador tiene el deber jurídico de cumplir con su cometido con la diligencia de un ordinario empresario y de su representante leal (artículo s 127.1 LSA y 61 LSRL), lo que, implícitamente, y en términos generales, le obliga a ser veraz con la información que suministra sobre la sociedad.

(...) La prohibición del *bis in idem* impide castigar dos veces la misma conducta. En los casos en los que la protección del mismo bien jurídico aparezca en dos preceptos penales distintos, el concurso aparente de normas habrá de resolverse con aplicación del artículo 8 CP, y no recurriendo a los preceptos relativos al concurso de delitos. Como ha señalado la jurisprudencia, (STS n.º 440/2012, de 25 de mayo, citada por el recurrente), cuando se trata de estafa e insolvencia, la utilización en beneficio propio o ajeno del beneficio obtenido del delito de estafa, y su consiguiente desaparición del patrimonio del autor, constituye la fase de agotamiento del delito, y no puede ser valorada a los efectos de una nueva sanción penal por insolvencia, de acuerdo con el anterior artículo 260 CP.

Aunque en algunos casos sea suficiente el planteamiento anterior, dada la naturaleza de los hechos, en otros es necesario examinar con más detalle la cuestión. Como se señala más arriba, para aplicar el artículo 8 CP es preciso establecer que los preceptos en aparente concurrencia protegen el mismo bien jurídico. La jurisprudencia ha entendido que el bien jurídico protegido por el delito de insolvencia se orienta hacia la tutela del patrimonio de la víctima, viniendo a representar un reforzamiento de la responsabilidad universal consagrado en el artículo 1911 Código Civil. Puede identificarse, pues, con el bien jurídico protegido en el delito de estafa. Pero, además de la protección que se pretende del derecho personal de crédito, se aprecia la concurrencia con un interés difuso de naturaleza económico-social que se sitúa en la confianza precisa para el desarrollo de las operaciones financieras, en aras a la consecución de un desarrollo económico adecuado a una economía de mercado libre (STS n.º 771/2006, de 17 de julio). En este sentido, el bien jurídico protegido aparecerá de forma más intensa y, por lo tanto, con mayor necesidad de protección, en algunos casos, especialmente cuando se trata de empresas de gran tamaño, en que el perjuicio no solo afectará a una gran cantidad de acreedores, con créditos importantes, sino también a un alto número de trabajadores y proveedores, e incluso al sector de la economía en el que desarrollara su actividad, ya que, junto a la conducta estrictamente típica del delito de estafa, aparecen otras actividades ajenas a la conducta delictiva, como contrataciones con terceros, o relaciones económicas o laborales, que por sus características resultan suficientemente relevantes. En esos casos, no es posible identificar íntegramente los bienes jurídicos protegidos por los delitos de estafa e insolvencia, por lo que no puede acudir al artículo 8 CP, sino que deben aplicarse las reglas que regulan el concurso de delitos.

2. En el caso, aunque pudiera haber sido posible, en la narración fáctica no se precisa de forma suficiente una conducta, relacionada pero independiente de la que

constituye el delito de estafa, que hubiera causado la situación económica de la compañía, dando lugar al delito de insolvencia, por lo que, cumpliéndose, como se ha dicho, con las exigencias típicas de este último, es necesario concluir que nos encontramos ante un supuesto de concurso ideal, en el que un solo hecho constituye dos o más delitos, que debe resolverse, desde la perspectiva punitiva y de acuerdo con el criterio mantenido en la sentencia impugnada, mediante la imposición de la pena prevista para la infracción más grave, en su mitad superior. Siendo ésta el delito de estafa, la pena quedaría comprendida entre 7 años, 6 meses y 1 día y 9 años de prisión y multa de 15 meses y 1 día a 18 meses, que resulta inferior a la que el Tribunal ha considerado procedente penando separadamente ambos delitos, como se desprende de la sentencia.

3. En cuanto a la concurrencia de la estafa y la insolvencia con el delito de falsedad de las cuentas, en la sentencia se señala que las inexactitudes de las cuentas anuales no aparecen necesariamente vinculadas al engaño escenificado frente a los clientes, «quienes no consultaban los estados de cuentas antes de confiar su dinero y controlar la inversión en filatelia, pues se fiaban por la imagen de solvencia y rigor empresarial de Afinsa».

Sin embargo, la valoración de la aportación de los acusados al formular las cuentas anuales en la forma en la que lo hacían, conduce a admitir que constituían un elemento esencial para que la actividad de AFINSA pudiera mantenerse en el tiempo, prolongando así su defraudación, ya que de no aparecer como una entidad solvente, o dicho de otra forma, de resultar de las cuentas anuales su situación de permanente y creciente insolvencia, no habría sido posible que continuara su actividad durante el tiempo en el que la llevó a cabo.

Por lo tanto, es posible apreciar un concurso medial, al entender que la falsedad de las cuentas era, en el caso, medio necesario para cometer el delito de estafa. Según la regulación del CP en la fecha de comisión de los hechos, la pena a imponer sería la del delito de mayor gravedad en su mitad superior. En el caso, quedaría comprendida entre 8 años, 3 meses y 1 día y 9 años de prisión, así como multa de 16 meses y 16 días a 18 meses.

(...) El artículo 290 CP sanciona a los administradores de hecho o de derecho de una sociedad constituida o en formación que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio a la misma, a los socios o a un tercero. Sin perjuicio de lo ya dicho en el FJ 7.1 de esta sentencia, según el artículo 254 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), las cuentas anuales comprenderán el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, un estado que refleje los cambios en el patrimonio neto del ejercicio, un estado de flujos de efectivo y la memoria. El artículo 172 de la Ley de Sociedades Anónimas, (LSA) en vigor al tiempo de los hechos, disponía que las cuentas anuales comprenderán el Balance, la Cuenta de Pérdidas y Ganancias y la Memoria, y añadía en su apartado 2, que esos documentos deberían ser redactados con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la Sociedad, de conformidad con esta Ley y con lo previsto en el Código de Comercio.

El artículo 171 de la LSA atribuía a los administradores la obligación de formular las cuentas anuales.

En cuanto a la responsabilidad de los administradores, el artículo 133 de la LSA disponía que los miembros del órgano de administración que realizó el acto o adoptó el acuerdo lesivo, responderán solidariamente, menos los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o conociéndola hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron

expresamente a aquél. En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la Junta general. Lo que concuerda con el artículo 237 de la LSC. Aunque esa disposición no es trasladable miméticamente al ámbito penal, esta Sala (STS 234/2010, de 11 de marzo) ha entendido que la responsabilidad de los miembros del Consejo de administración no se extiende a los hechos delictivos cometidos por otros cuando no conozcan su existencia o cuando no hubieran incumplido su obligación de vigilar una concreta conducta de los terceros autores materiales del delito. Además, es exigible la posibilidad de actuar y la eficacia de la acción impeditiva en un hipotético curso causal.

(STS 749/2017, de 21 noviembre)

ARTÍCULO 311.1 CP

Delitos contra los derechos de los trabajadores: imponer a los trabajadores condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos. Requisitos

(...) Aquí apreciamos una patente privación impuesta de un derecho básico y elemental de todo trabajador: el descanso semanal. No es una mera cuestión económica. Y acceder a esa imposición abiertamente contraria a la ley solo se entiende desde la vulnerabilidad de los trabajadores: no se trata sencillamente de personas en situación de desempleo, sino de inmigrantes marroquíes que realizaban la actividad de pastoreo, que carecían de arraigo, desconocedores del idioma y de otras relaciones en las que ampararse para subsistir y con un bajo nivel cultural. Eso es un caldo de cultivo apto para una sutil presión que cancela derechos laborales prevaliéndose de esa vulnerabilidad. La situación está descrita en la sentencia. Es muestra significativa de ese estado de presión el incidente que surge cuando se reivindica en concreto uno de esos derechos, tras años de acatar resignada y sumisamente esos excesos.

El elemento subjetivo fluye del hecho probado. No es necesario subrayar de modo expreso que esos extremos eran conocidos en detalle por los recurrentes. Basta con un conocimiento genérico de esa condición y la voluntad, aunque sea expresada a través de fórmulas reconducibles al dolo eventual, de beneficiarse económicamente de esas condiciones perjudiciales para los trabajadores que se ven compelidos a aceptar, so pena de quedarse sin trabajo, sin ingresos y en un país que no es el suyo y en el que no cuentan con otros apoyos. La incidencia con motivo de la reclamación por el descanso el día de Navidad es también elocuente a este respecto (vertiente subjetiva).

Vale como punto de referencia legal para interpretar la situación de necesidad la noción legal recogida en sede del delito de trata de seres humanos a que alude el voto particular en argumento que hace suyo el recurso y que ya se enunciaba en alguno de los precedentes citados: «Existe una situación de necesidad... cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso. Pero de esa definición hay que destacar el inciso real o aceptable». En abstracto siempre existirá otra alternativa: negarse al abuso, denunciar, resistir, oponerse, rechazar las condiciones... Pero se trata de valorar en concreto si podía exigirse razonablemente a la víctima seguir un camino distinto a la aceptación resignada de las injustas condiciones que se le imponen. Por tanto no basta con señalar posibles alternativas si estas *in*

casu no resultaban viables, atendidas las circunstancias de los hechos y de la víctima. Por supuesto que finalmente se han sacudido esas imposiciones. A ello ha contribuido la denuncia de los hechos. Pero eso no acaba sanando y legalizando toda la situación anterior. La actividad delictiva comienza y se consuma (delito de resultado cortado) ya en el momento en que se imponen esas condiciones, sin que la progresiva atenuación de esa «situación de necesidad» como consecuencia de una evolución de la situación económica y de un mayor arraigo y la creciente capacidad –finalmente demostrada– de rebelarse ante las injustas condiciones borre el carácter penal de los hechos perpetuados en el tiempo. Se hace necesaria una evaluación *ex ante*, atendiendo no a la situación final –cuando denuncian finalmente los hechos–, sino a los momentos iniciales y las fases más lejanas en el tiempo.

Esta idea desbarata buena parte de la argumentación del motivo.

El conocimiento de esa inicial condición precaria de los trabajadores, y de la ilegalidad de la ausencia de descanso y el aprovechamiento de ello para obtener un rendimiento mayor, conforma el dolo exigido por el tipo del artículo 311 CP. No es necesaria ninguna afirmación especial al respecto.

(STS 639/2017, de 28 septiembre)

ARTÍCULOS 379 Y 383 CP

Delitos contra la seguridad vial: conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas: delito de peligro abstracto: la conducción con tasa superior a la legalmente prevista no se requiere acreditar una afectación real, ni signos de embriaguez o alguna irregularidad vial; interpretación del verbo conducir: el desplazamiento de pocos metros pilotando el vehículo es suficiente. Concurso de leyes: inexistencia: condena conjunta por el delito de conducción bajo los efectos del alcohol y delito de negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia: concurso real al tratarse de dos bienes jurídicos tutelados

(...) podemos distinguir dos etapas en la regulación del delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas: una primera en la que se castigaba exclusivamente la conducción bajo el efecto de alcohol u otras drogas tóxicas, y una segunda partir de la Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre, que introdujo un tipo de carácter objetivo que presume la influencia en las facultades del sujeto en los supuestos en que el conductor supere determinada tasa de alcohol en aire o en sangre.

En el marco normativo de la primera de las etapas perfiladas, el Tribunal Constitucional, en STC (Pleno) 2/2003, de 16 de enero, señaló que «el delito contenido en el artículo 379 no constituye una infracción meramente formal, como sí lo es la que tipifica el artículo 12.1 del Real Decreto 339/1990 (Ley sobre Tráfico), pues para imponer la pena no basta con comprobar a través de la pertinente prueba de alcoholemia que el conductor ha ingerido alcohol o alguna otra de las sustancias mencionadas en el mismo, sino que es necesario que se acredite que dicha ingestión ha afectado a la capacidad psicofísica del conductor y, consecuencia de ello, a la seguridad del tráfico que es el bien jurídico protegido por dicho delito».

Según esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, entre otras, en STS 1/2002, de 22 de marzo, que «para la subsunción del hecho enjuiciado en el referido tipo penal no basta comprobar el grado de impregnación alcohólica del conductor, es menester que, además, esté igualmente acreditado que el mismo conducía bajo la influencia de tal ingestión (STS de 9 de diciembre de 1.999). Sin perjuicio, claro está, de que el Juzgador pueda inferir razonablemente dicha influencia en atención al alto grado de impregnación alcohólica del conductor.

La jurisprudencia ha declarado también que, para que proceda la aplicación del artículo 379 del Código Penal, no es necesario demostrar la producción de un «peligro concreto» ni, por supuesto, ningún resultado lesivo, como demandan otros tipos penales, por cuanto el tipo aquí examinado exige únicamente la existencia de un «peligro abstracto» que, en todo caso, ha de ser real y no meramente presunto (SSTS de 19 de mayo de 1982, 7 de julio de 1989 y 5 de marzo de 1992, entre otras)».

De igual modo, la jurisprudencia fijó los requisitos necesarios tendentes a distinguir la infracción penal de la administrativa al señalar, entre otras, en STS 867/2006, de 15 de septiembre, que «es un criterio jurisprudencial y forense consolidado, que la diferencia entre el ilícito administrativo y el penal, cuando se trata de conducción bajo ingesta alcohólica, radicaba entre otros aspectos, en el carácter meramente formal de la norma administrativa de superar una determinada ingesta alcohólica mediante las oportunas periciales, en tanto que el ilícito penal supera esa trasgresión formal para exigir la acreditación de un peligro real para la seguridad del tráfico, esto es, la influencia en las facultades psicofísicas necesarias para la conducción poniendo en peligro los bienes jurídicos protegidos en la norma».

Finalmente y en relación con esta primera etapa, la STS 636/2002, de 15 de abril, señaló que «dos son los elementos que caracterizan el tipo delictivo regulado en el artículo 379 del Código penal: Uno, objetivo, consistente en el grado de impregnación alcohólica que padece el sujeto activo, y otro subjetivo, que se refiere a la influencia que tal grado de impregnación alcohólica determina en la conducción. Ahora bien, tal influencia no tiene por qué exteriorizarse en una flagrante infracción de las normas de tráfico visible e inmediata (delito de peligro concreto), apreciada por el agente actuante, o en la producción de un resultado lesivo, sino basta el delito de peligro in abstracto, practicándose la correspondiente prueba de detección alcohólica, y apreciándose por los agentes los signos externos de donde puede deducirse después (mediante prueba indirecta) ese grado de influencia en la conducción. En este sentido, la jurisprudencia señala que no basta el dato objetivo del grado de impregnación alcohólica, sino que es preciso acreditar la influencia que la misma tenga en la conducción (STS 5/1989, de 15 de enero), no siendo necesario un peligro concreto (Sentencia de 2 de mayo de 1981), sino únicamente que la «conducción» estuvo «influenciada por el alcohol» (Sentencias de 6 de abril de 1989 y 14 de julio de 1993, entre otras muchas posteriores)».

La naturaleza objetiva del delito previsto en el inciso segundo del artículo 379.2 CP tras la reforma del 2007 fue reconocida *obiter dictum* en la STS 706/2012, de 24 de septiembre, y en un supuesto en el que las tasas de alcohol en aire espirado eran inferiores a las prevenidas en el referido inciso segundo, señaló «que (en el caso analizado, el hecho de que) la tasa sea insuficiente para generar de forma automática responsabilidad penal según el texto del artículo 379 vigente desde la Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre es una aseveración compartible: se fija la tasa objetivada en 0.60. Eso no excluye que con tasas inferiores se pueda llegar a una condena por el delito del artículo 379, si se demuestra la repercusión en la conducción.

Por su parte, la STS (Pleno) 436/2017, de 15 de junio, ha establecido que el delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas tiene, desde la reforma de 2007, una «tipicidad desdoblada». Al respecto indica:

«a) De una parte, subsiste la modalidad clásica que ha sido objeto de numerosas acotaciones y acercamientos jurisprudenciales que la conceptúan como un delito de peligro hipotético; peligro abstracto tipificado, según otra terminología.

b) A su lado se ha introducido otra descripción típica: conducción por encima de una tasa objetivada. Para algunos es éste un tipo diferenciable; para otros una simple especificación de influencia presumida basada en datos científicos y experienciales. Esta figura está más cercana a lo que es un puro delito de peligro abstracto; de peligro legalmente presumido. En esta segunda configuración queda muy diluida, si no lisa y llanamente anulada, la cierta holgura que al aplicador del derecho le proporciona la necesidad de que el alcohol tenga influencia en la acción de conducir, según venía apostillándose con un discurso característico de los delitos de peligro hipotético.

Es necesario en el tipo del artículo 379.2 inciso inicial que las bebidas alcohólicas ingeridas repercutan en la conducción. Cosa diferente es que a partir de determinadas tasas pueda afirmarse que siempre existirá esa influencia –artículo 379.2 inciso final– (es lo que en la jurisprudencia alemana se conoce como incapacidad absoluta para conducir). Aquí partimos de una conducta incluíble en el inciso final del artículo 379.2 lo que repercute sin duda, estrechándolo, en el marco de valoración del intérprete de la idoneidad en abstracto de la conducta para afectar al bien jurídico. Más margen existiría en la primera modalidad.

(...) De esa manera una nueva formulación típica complementa la modalidad clásica objetivando el peligro inherente a la conducción tras la ingesta de bebidas alcohólicas cuando de ella se deriva una tasa de alcohol en aire espirado superior a un determinado nivel. Esta segunda conducta es considerada como accesorio de la anterior; pero goza de alguna autonomía. Es descrita con fórmula y términos miméticos a la tipificación de las infracciones administrativas. La conducción con una tasa superior es en todo caso punible. Se ha tipificado una tasa objetivada de alcohol basada en un juicio de peligrosidad formulado *ex ante* por el legislador que ha ponderado la influencia estadística de esta fuente de peligro en la siniestralidad vial. No se requiere acreditar una afectación real (el legislador la presume en ese caso con la base de los conocimientos que proporcionan la experiencia y estudios científicos ligados a la toxicología); ni signos de embriaguez o alguna irregularidad vial. No es dable excluir la tipicidad intentando demostrar la inidoneidad *in casu* para afectar a la conducción. Es una infracción de peligro abstracto o conjetural: el legislador declara cuáles son los límites por encima de los cuales la conducción no resulta ya penalmente tolerable, al margen de cualquier otra circunstancia añadida, por el riesgo que incorpora.»

(...) El recurso plantea como de interés casacional el alcance del concepto de conductor susceptible de cubrir la tipicidad del artículo 379 CP. Los diferentes preceptos contenidos en el capítulo IV de título XVII del libro II del Código Penal, bajo la rúbrica «De los delitos contra la seguridad vial» (artículos 379 a 385 ter CP) describen, prácticamente todos ellos, diferentes figuras típicas cometidas con ocasión o en relación a la realización de la actividad de «conducir» (verbo típico). No obstante, la regulación penal no ofrece una definición legal de lo que deba entenderse por «conducir».

Recientemente el Pleno de esta Sala se ha pronunciado sobre la cuestión que ahora se plantea en la STS 436/2017, de 15 de junio que acabamos de reproducir en algunos de sus párrafos. Y en la misma podemos leer: «El ordenamiento penal no

ofrece al intérprete una definición propia de qué debe entenderse por conducción de un vehículo de motor. Auxilia en esa indagación la normativa administrativa. A ella acude también el Fiscal en su fundado dictamen del que tomamos prestadas algunas de las ideas que siguen. No se aprecian razones para apartarse a estos efectos de la noción extraíble de normas extrapenales.

La interpretación combinada de varios instrumentos normativos arroja luces sobre lo que debe entenderse por conducir: Veamos:

1. Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial. De él retenemos dos puntos:

1.1 Su artículo 3 señala que a los efectos de la ley y sus disposiciones complementarias, los conceptos básicos sobre vehículos, vías públicas y usuarios de las mismas son los previstos en su anexo I. En dicho anexo no se contiene una definición de «conducir», pero sí de «conductor». Es definido como «la persona que, con las excepciones del párrafo segundo del punto 4 maneja el mecanismo de dirección o va al mando de un vehículo (...)».

1.2 Sus artículos 1 («Objeto»), 10 («Usuarios, conductores y titulares de vehículos») y 13 («Normas generales de conducción»), proporcionan otras referencias no desdeñables.

1.3 El capítulo II del título II (artículos 13 a 44), fija las normas de la circulación de los diferentes tipos de vehículos y usuarios. Utiliza el verbo circular para relacionar los diferentes usos que pueden darse a las diferentes vías y caminos que enuncia. Los artículos 28 y 29 contienen previsiones referidas a las maniobras de aparcar y salir del aparcamiento.

2. El Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación para la aplicación y desarrollo del texto articulado de la Ley sobre tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo. Esta norma maneja el verbo conducir en diversos preceptos. Entre otros, su artículo 3, bajo la rúbrica «conductores», prescribe que «se deberá conducir con la diligencia y precaución necesarias para evitar todo daño, propio o ajeno, cuidando de no poner en peligro, tanto al mismo conductor como a los demás ocupantes del vehículo y al resto de los usuarios de la vía». Los artículos 72 y 73 se refieren a la acción de aparcar.

3. El Real Decreto 818/2009, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General de Conductores. Su objeto viene constituido por la regulación de la enseñanza de la actividad de conducción. Hace referencia a acciones incardinables en ella, (artículos 41, 42 y 43) y regula de manera extensa y pormenorizada las diferentes pruebas y maniobras que deben realizarse para la obtención de las autorizaciones administrativas para conducir vehículos de motor.

Con ese entorno normativo como telón de fondo podemos afirmar que, desde un punto de vista administrativo, «conducir un vehículo a motor o un ciclomotor» es la conducta que se lleva a cabo por la persona que maneja el mecanismo de dirección o va al mando de un vehículo que se desplaza.

Para el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, «conducir», es «guiar un vehículo automóvil» (acepción quinta). Y el Diccionario del Español Jurídico define la conducta «conducir un vehículo a motor o un ciclomotor» como «guiar un vehículo a motor o un ciclomotor manejando los mecanismos de dirección e impulsión del mismo, o solo los de dirección si se cuenta con inercia». Es prescindible a los efectos de este recurso pronunciarse sobre la discutida cuestión de si el

vehículo debe desplazarse auto propulsado para que podamos hablar de conducción (vid. SSTs de 23 de septiembre de 1964, 27 de septiembre de 1968 y 15 de octubre de 1968). Es tema no totalmente pacífico.

La idea de movimiento o desplazamiento está implícita en la noción de «conducir», (STS de 15 de octubre de 1986). En las primeras acepciones del Diccionario de la RALE aflora esa idea: «conducir: 1. Llevar, transportar de una parte a otra. 2. Guiar o dirigir hacia un sitio».

La acción de conducir un vehículo de motor incorpora de esa forma unas mínimas coordenadas espacio-temporales, un desplazamiento, el traslado de un punto geográfico a otro. Sin movimiento no hay conducción. Pero no es necesaria una relevancia de esas coordenadas, ni una prolongación determinada del trayecto. Actos de aparcamiento o desaparcamiento, o desplazamientos de pocos metros del vehículo colman ya las exigencias típicas, más allá de que algunos casos muy singulares y de poco frecuente aparición en la praxis de nuestros tribunales (el vehículo no consigue ser arrancado pues se cala tras el intento de ponerlo en marcha; desplazamiento nimio por un garaje particular...) puedan ser ajenos al tipo penal por razones diversas que no son del caso analizar ahora. (...)

(...) El artículo 379.2 CP exige, un movimiento locativo, cierto desplazamiento pero no una conducción durante determinado espacio de tiempo o recorriendo un mínimo de distancia. Un trayecto del automóvil, bajo la acción del sujeto activo, en una vía pública y en condiciones tales de poder, en abstracto, causar algún daño es conducción.

La conducta será delictiva si concurren el resto de presupuestos del tipo objetivo: determinada tasa de alcohol en aire espirado o acreditación de que el conductor se hallaba bajo la efectiva influencia de las bebidas alcohólicas».

(...) En segundo lugar plantea el recurso la vulneración del principio *non bis in ídem* al haber sido condenado el acusado por un delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y también por el de negativas a realizar la prueba de alcoholemia.

Es cuestión respecto a la que se mantenían por parte de las Audiencias Provinciales posiciones encontradas, fue tratada por el Pleno de esta Sala, cuya doctrina unificada condensó la STS 419/2017 de 8 de junio, que a continuación reproducimos:

«(...) la jurisprudencia del Tribunal Constitucional requiere para que concurra un supuesto de *bis in ídem* en el plano sustantivo que sea castigado un sujeto dos veces por unos mismos hechos. Y a la hora de interpretar la expresión «unos mismos hechos», considera que se da este supuesto en los casos que concurra la identidad de sujeto, hecho y fundamento (SSTC 2/1981, 154/1990, 204/1996, 177/1999, 2/2003, 180/2004, 1/2009 y 77/2010).

En el caso que se juzga es claro que el sujeto activo del delito es el mismo para ambas infracciones penales, concurriendo así la identidad de sujeto activo.

En cambio, no puede decirse lo mismo en lo concerniente a la identidad de hecho, toda vez que en el delito del artículo 379.2 del Código Penal la conducta punible consiste en conducir el vehículo de motor bajo la influencia de bebidas drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas, o de bebidas alcohólicas, o con el índice de alcoholemia que se establece en el segundo inciso del apartado 2 del precepto. En cambio, la conducta prevista en el artículo 383 del Código Penal consiste en conducir un vehículo de motor y negarse, una vez requerido por un agente de la autoridad, a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia y de la presencia de las drogas previstas en los preceptos precedentes.

A este respecto, en la sentencia del Tribunal Constitucional 1/2009, de 12 de enero, se argumenta que la identidad de autor, hecho y fundamento jurídico de las dos

infracciones (ya sean penales o administrativas) que la vulneración del indicado principio exige, no concurre en el presente supuesto, desde el momento en que el hecho sancionado en el artículo 379 CP consiste en conducir un vehículo a motor o un ciclomotor bajo la influencia de, entre otras, bebidas alcohólicas, mientras que el delito tipificado en el artículo 380 CP sanciona la negativa a someterse a pruebas legalmente establecidas para la comprobación de que se conduce bajo la influencia de bebidas alcohólicas. La disimilitud de conductas típicas excluye pues la vulneración del principio *non bis in ídem*.

Por lo cual, el supuesto de un *bis in ídem* quedaría ya descartado al no concurrir una de las tres identidades que exige reiterada jurisprudencia de la jurisdicción constitucional.

Sin embargo, todavía cabría cuestionar la aplicación del concurso real de delitos en el caso de que el bien jurídico tutelado por ambos preceptos (artículos 379.2 y 383 del Código Penal) fuera el mismo. En tal caso, aunque no se incurriera en un *bis in ídem* por no tratarse de la misma conducta en ambas acciones, sí cabría plantearse la posibilidad de que se vulnerara el principio de proporcionalidad de las penas, que se encuentra vinculado con el *non bis in ídem* y también comprendido, entre otros preceptos, en el artículo 25.1 de la CE.

3. En la Sentencia de Pleno 210/2017 de 26 de marzo, al responder al interrogante de cuál es el bien jurídico que tutela el artículo 383 del Código Penal, se argumenta que desde una perspectiva de política criminal es innegable su vinculación con la seguridad del tráfico vial. No puede dudarse de que el legislador tenía eso en mente. Pero si descendemos al terreno del derecho positivo y al plano de la estricta dogmática penal, esa conclusión tiene que ser modulada. Se trataría de un objeto de protección mediato; muy mediato. Y añade después la precitada sentencia que el bien jurídico directamente tutelado es el principio de autoridad, como en los delitos de desobediencia, aunque de forma indirecta se protege la seguridad vial. El artículo 383, por su especificidad, se ha emancipado definitivamente del genérico delito de desobediencia del artículo 556, pero no deja de ser una modalidad singularizada.

Matiza la Sentencia 210/2017 de 26 de marzo que en todas las infracciones concretas de desobediencia indirectamente se pueden estar violando otros bienes jurídicos. Así si la desobediencia lo es frente a una orden judicial estará afectado también el buen funcionamiento de la Administración de Justicia; si es ante requerimientos de la Administración encargada de la tutela del medio ambiente también se estará repercutiendo probablemente en éste; y si se produce frente a agentes en el ámbito del tráfico rodado, se ataca a la ordenada circulación vial.

Mediante el delito del artículo 383 –añade la cita jurisprudencial– el legislador ha creado un delito de desobediencia especial con unos requisitos específicos y objetivos. Se tutela básicamente el principio de autoridad, reforzando con esa protección penal la efectividad de los requerimientos legítimos de los agentes de la Autoridad para efectuar esas pruebas. Sólo indirectamente (y no siempre que se da el delito) se protege además la seguridad vial. Desde un punto de vista institucional por el efecto general de prevención positiva: conseguir el acatamiento de tales pruebas repercute en conjunto en una mayor seguridad en el tráfico viario. En concreto, también habrá ocasiones en que la realización de la prueba será el medio de conseguir atajar un peligro próximo para la seguridad vial. Pero el contenido sustancial de esta infracción no está principalmente en la tutela del tráfico viario, sino en el principio de autoridad.

4. En la STC 161/1997, de 2 de octubre (fund. juríd. 10), se argumenta que «como se desprende de la rúbrica del capítulo en el que se inscribe –«delitos contra la seguridad del tráfico»–, de la caracterización como «conductor» de su sujeto activo y de la naturaleza de la conducta que las pruebas a las que se refiere trata de verificar –

conducción de un vehículo a motor— no cabe duda de que la de protección de la seguridad en el tráfico rodado forma parte de las finalidades esenciales del artículo 380 CP. La propia expresión de esta finalidad inmediata lleva, según la jurisprudencia constitucional, a la constatación de otra mediata: el riesgo que se trata de evitar —la seguridad que se trata de proteger— lo es fundamentalmente para «la vida o la integridad de las personas» (artículo 381), bienes que se integran así en el ámbito de protección de la norma».

A estos bienes jurídicos añade también el Tribunal Constitucional los bienes tutelados en el delito de desobediencia grave: el «orden público», tal como indica el título en el que se ubica el delito, entendido como orden jurídico o como paz social, o como clima de tranquilidad en la esfera no íntima o privada de los ciudadanos, o como coexistencia social, pacífica y adecuada de las relaciones interindividuales. Y como segunda finalidad protectora propia y específica del tipo penal de desobediencia: la dignidad y las condiciones de ejercicio de la legítima función pública —también llamado, señala el TC, principio de autoridad—.

Por consiguiente, según el criterio del Tribunal Constitucional, son dos los bienes jurídicos tutelados por el artículo 380 del Código Penal (actual 383), y no uno solo, como se reseña en la sentencia impugnada, circunstancia que impide estimar que nos hallemos ante un *bis in idem*, quedando así excluido, en principio, el concurso de normas.

5. El delito previsto en el artículo 379.2 del Código Penal es un delito de peligro abstracto. No se requiere, por tanto, la existencia de un resultado de peligro concreto ni tampoco de lesión. Ello no quiere decir que pueda hablarse de delito de peligro presunto, pues ha de concurrir siempre un peligro real, aunque genérico o abstracto, caracterizado por la peligrosidad *ex ante* de la conducta, pero sin necesidad de que ese peligro se materialice en la afectación de bienes jurídicos singulares. De modo que se exige siempre la existencia de una acción peligrosa (desvalor real de la acción) que haga posible un contacto con el bien jurídico tutelado por la norma (desvalor potencial del resultado), si bien cuando este contacto llegue a darse estaremos ya ante un delito de peligro concreto.

El tipo penal del artículo 379 quedará, pues, descartado y se considerará atípica la conducta cuando esa posibilidad de afectación concreta del bien jurídico (desvalor potencial de resultado) quede excluida de antemano al no ser factible, desde una perspectiva *ex ante*, que se acaben poniendo en peligro con la conducción bienes jurídicos de ninguna índole.

Y en lo que respecta al bien jurídico tutelado por la norma, es patente que es la seguridad vial, pero considerada como bien jurídico intermedio que castiga los riesgos contra la vida y la integridad de las personas generados por la conducción de vehículos de motor, anticipando así la tutela de esos bienes personales sobre los que se materializa el injusto material que de forma indirecta o mediata se pretende evitar. (...)

6. En lo que se refiere al delito de desobediencia específica del artículo 383 del Código Penal, se consume por el hecho de negarse a someterse a las pruebas de tasas de alcoholemia y de la presencia de las drogas reseñadas en los preceptos precedentes.

El legislador ha enfatizado la relevancia que tiene la pericia de alcoholemia para averiguar y acreditar probatoriamente el delito contra la seguridad del tráfico de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, y ha querido reforzar las posibilidades de su punición obligando a los conductores a realizar la pericia mediante la amenaza disuasoria de la imposición de una pena. Se ha considerado que sin la práctica de esa pericia era difícil garantizar la aplicación del tipo penal del artículo 379.2

y que, ante la eventualidad de que no se aplicara el delito de desobediencia específica era muy plausible que disminuyera la protección de los bienes jurídicos que ampara el referido precepto: el bien inmediato supraindividual de la seguridad del tráfico y los bienes más mediatos, pero de una mayor tangibilidad y enjundia, consistentes en la vida y la salud (física y psíquica) de los ciudadanos.

El precepto cumple una importante función de prevención general negativa o disuasoria en cuanto que el conductor que pilota un vehículo evita no consumir alcohol ni otras drogas al ver bloqueadas sus posibilidades de evitar el castigo penal negándose a practicar las pruebas periciales que prevé el artículo 383 del Código Penal. Por lo cual, el precepto previene anticipadamente que los conductores ingieran esas sustancias antes de ponerse al mando de un vehículo. La imperatividad de la prueba pericial y el refuerzo que supone para la averiguación del delito cumple así una importante función disuasoria orientada a evitar que la acción principal de peligro abstracto se produzca.

A esa función preventiva general de la norma se le suma la eficacia que se obtiene en la persecución del delito una vez que el hecho que integra el tipo penal del artículo 379.2 se consuma. Máxime si se pondera que la relevancia de esa prueba pericial se ha incrementado sustancialmente con la tipificación establecida en segundo inciso del apartado 2 del precepto: «En todo caso será condenado con dichas penas (las previstas en el apartado anterior) el que condujere con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro».

Se ha cuestionado doctrinal y jurisprudencialmente la aplicación conjunta de ambos preceptos al entender que el tipo penal del artículo 383 del Código Penal presenta un carácter meramente formal que vulnera el principio de ofensividad o lesividad, al no concurrir un bien jurídico realmente afectado o vulnerado distinto a los bienes ya contemplados en el artículo 379 del mismo texto legal. Por lo cual, en el caso de que se aplicara este último precepto ya no cabría apreciar conjuntamente el delito de desobediencia. Sin embargo, a pesar de la dosis de razonabilidad que esa opción presenta, ello no tiene por qué ser necesariamente así.

En primer lugar, porque, tal como se ha expuesto *supra*, el Tribunal Constitucional ha afirmado que el delito de desobediencia tutela la dignidad y las condiciones de ejercicio de la legítima función pública –también llamado, señala el TC, principio de autoridad–. Y ello no solo lo ha admitido con anterioridad a la reforma de 2007 (SSTC 161 y 234 de 1997), sino también parece desprenderse el mismo criterio, si bien de forma indirecta o tácita, cuando entró a contemplar la posibilidad de un concurso real entre ambos delitos con posterioridad a la referida reforma, es decir, cuando el tipo de desobediencia se ubicó como específico en el capítulo IV del título XVII del Código Penal (STC 1/2009, de 18-12).

El delito específico de desobediencia del Artículo 383 del Código Penal ha sido conceptualizado por un sector doctrinal como un delito obstáculo, que son aquellos fenómenos de criminalización anticipada mediante los que se castigan conductas en un momento anterior a la lesión del bien jurídico e incluso con anterioridad a que se genere un peligro concreto o abstracto para el bien jurídico. Son por lo tanto delitos que se configuran como auténticos obstáculos que tienen como función impedir que lleguen a producirse los actos delictivos futuros que se tipifican en otros preceptos. En ellos el principio de ofensividad cede ante la necesidad de prevención general y se presentan como tipos penales formales o de mera desobediencia mediante los que se anticipa, si bien en algunos casos de forma muy cuestionable, la barrera defensiva que supone la aplicación de toda norma penal.

En el caso del artículo 383 del Código Penal el legislador ha entendido que era precisa la implantación de un delito específico de desobediencia con el fin de que no quedara desactivada o debilitada de forma sustancial la eficacia de otro tipo penal que ya de por sí es un delito de peligro abstracto, cual es el contemplado en el artículo 379.2 del Código Penal. El legislador ha sopesado que, de no reforzar con una amenaza penal la obligación de someterse a la pericia de alcoholemia, los conductores se negarían a realizarla y los bienes jurídicos que tutela el precepto principal se verían desprotegidos.

El carácter meramente instrumental y formal del tipo penal recogido en el artículo 383 y, además, su condición de precepto que a su vez tiene como fin garantizar y reforzar la aplicación de un tipo penal de peligro abstracto, así como la cuantía de la pena (superior a la del artículo 379.2), son los factores que generan cierta reservas o recelos a su aplicación, dado el vínculo lejano que muestra con respecto a los bienes jurídicos materiales que de una forma muy mediata pretende tutelar (la vida y la salud de las personas).

Pues, en efecto, si el delito del artículo 379.2 del Código Penal es un delito de peligro abstracto que protege directamente la seguridad vial e indirectamente los bienes jurídicos de la vida y la salud, el delito del artículo 383 cumple una función aún más indirecta o mediata, en cuanto que anticipa todavía más en el tiempo y de forma más mediata la tutela los bienes personales materiales a los que se orientan los delitos previstos en el capítulo IV del título VII del Código Penal.

Así las cosas, puede decirse que el componente de ofensividad material del delito para los bienes personales principales es precario, como suele suceder con otros tipos penales que amparan directamente bienes jurídicos supraindividuales e institucionales. Ello no impide que cumpla desde esa perspectiva una función de cierta relevancia, tanto desde la perspectiva de la prevención general como de la eficacia de la aplicación del delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas.

La función del artículo 383 todavía alcanza un mayor realce tras la introducción mediante la reforma legal de 2007 del tipo de conducción etílica que se cumplimenta por el mero acto de conducir un vehículo de motor después de haber ingerido bebidas alcohólicas por encima de ciertas tasas legales, que se especifican en el nuevo inciso segundo del artículo 379.2. A partir de esa reforma resulta imprescindible la práctica de la pericia de alcoholemia para constatar el elemento típico nuclear consistente en la tasa de alcoholemia. De modo que en el caso de que no operara el tipo penal del artículo 383 la eficacia preventiva del nuevo supuesto todavía quedaría más debilitada que en los casos previstos en el primer inciso del artículo 379.2 (conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas sin necesidad de que conste la tasa de alcoholemia).

Por lo demás, tampoco puede cuestionarse que el procurar que la autoridad y sus agentes ejerzan las funciones que les encomienda la sociedad en unas condiciones de legítima eficacia, prohibiéndose aquellas conductas que las dificulten u obstaculicen, constituye un bien jurídico tutelable por la norma penal.

Es cierto que se da en este caso la singularidad de que el objeto de la prueba es el propio imputado, circunstancia que genera no poca renuencia y rechazo por el ciudadano que se ve implicado como imputado en unas diligencias de investigación de esa índole. Esta contingencia, sin embargo, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, no supone ningún obstáculo de índole procesal para aplicar la norma sancionadora, toda vez que el deber de someterse al control de alcoholemia no puede considerarse contrario al derecho a no declarar, y tampoco a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, pues no se obliga al detectado a emitir una declaración que exteriorice un contenido admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia, exigiéndole una cola-

boración no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los artículos 17.3 y 24.2 CE (SSTC 103/1985, 107/1985, 76/1990, 197/1995 y 161/1997, entre otras).

Con lo cual se comprueba una vez más que lo que en gran medida genera cierto rechazo o repulsa en el supuesto que nos ocupa no es que se utilice un delito formal o instrumental para garantizar el resultado probatorio de un juicio, sino más bien que ese delito sea instrumentalizado para que colabore el acusado en la obtención de su propia condena, al prohibirle una conducta omisiva que, en principio, debiera ser entendida como lo que se conoce como un autoencubrimiento impune. Sin embargo, conviene reiterar que, una vez que el Tribunal Constitucional adopta la decisión de considerar imperativa esa colaboración al no insertarla dentro del concepto de declaración o confesión del reo, se hace ya muy difícil descartar de plano la posibilidad de que se esté incurriendo en un delito de desobediencia. Y ello a pesar de las reticencias que pueda generar desde una óptica penal, sustantiva y procesal, la punición de un imputado por el mero hecho de autodefenderse adoptando un comportamiento omisivo contrario al artículo 383 del Código Penal.

Desde otra perspectiva, y dejando al margen el bien jurídico que tutela los tipos penales de desobediencia, ha de entenderse que aunque se considerara como único bien jurídico protegido la seguridad vial y, de forma indirecta, la vida y la integridad física o la salud de las personas, lo cierto es que tampoco tendría por qué hablarse necesariamente de un *bis in ídem*. Pues puede considerarse que se está atacando un mismo bien jurídico de dos modos y con hechos diferentes: una de forma más directa mediante la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, y la otra impidiendo que se haga una investigación policial con unas garantías de eficacia para que se acabe protegiendo mediante una pena el menoscabo de la seguridad vial. A fin y al cabo, ello es lo que se hace normativamente cuando se establecen subtipos agravados que protegen el mismo bien jurídico.

7. La reforma del Código Penal por LO 15/2007 no ha conllevado una modificación sustancial del anterior artículo 380, cuyo supuesto fáctico aparece ahora regulado en el artículo 383. Se ha suprimido la referencia explícita al delito de desobediencia, tanto en lo que se refiere al nombre como en lo atinente a la remisión expresa al artículo 556 del Código Penal, pero ello no implica que se haya dejado de conceptualizar la conducta contemplada en el nuevo precepto como un delito específico de desobediencia. Tal posibilidad ha de descartarse dado que en la exposición de motivos de la nueva ley se especifica que se suprime el calificativo de delito de desobediencia por considerarlo innecesario, y no por tanto porque haya dejado de ser un delito de esa índole.

A mayores, si todo el espíritu de la reforma legislativa va encauzado a un endurecimiento punitivo y a un auténtico refuerzo penal de lo que hasta ahora eran meras infracciones administrativas (como los excesos de velocidad y la mera conducción bajo un índice de alcoholemia determinado), no cabe entender que la negativa a la práctica de la pericia de alcoholemia se haya visto suavizada mediante una redacción que permita excluir el concurso de delitos y dar pie a un concurso de normas.

Al final de todo el debate, se constata que la cuestión de fondo se centra en dirimir si el optar por un concurso real de delitos en lugar de por un concurso de normas puede vulnerar el principio de proporcionalidad de la pena. Desproporción que ha sido remarcada, tanto en el ámbito jurisprudencial como en el doctrinal, al castigar con mayor pena el delito que actúa como instrumento eficaz (artículo 383) para que opere el delito que tutela más directamente la seguridad vial (artículo 379.2), pese a lo cual este último es castigado con una pena menor.

La suma de ambas penas y su exasperación en una mayor cuantía por un tipo penal que opera como instrumento se ha considerado por importantes sectores como una respuesta desproporcionada del legislador.

Sin embargo, partiendo de la premisa incuestionable de lo complejo y difícil que resulta axiológicamente determinar cuál es la pena adecuada o proporcionada para un ilícito penal concreto, todo indica, a tenor de lo que se ha venido argumentando, que el legislador ha considerado en el presente caso que la punición acumulada de ambos tipos penales era necesaria para reforzar con una mayor eficacia la tutela penal de los importantes bienes jurídicos personales que están detrás de los riesgos de la circulación vial, según se acredita mediante las cifras negras que reiteradamente publica la Dirección General de Tráfico. Tanto por razones de prevención general como de aseguramiento probatorio de los juicios en que se dirima una condena penal por el artículo 379.2 del Código Penal.

Fundamentos para ello no se puede negar que existan, por cuanto, al margen de las razones de prevención general, probatoriamente parece importante contar con una prueba relevante para descubrir e investigar los delitos contra la seguridad del tráfico desde el primer momento, en cuanto se trata de una prueba preconstituida al inicio de la investigación que después ya no se puede practicar, quedando así el resultado del proceso al albur de la eficacia de una prueba testifical que siempre podría diluirse en el tiempo, y que en todo caso siempre estaría sustancialmente reforzada con la pericia analítica de la tasa de alcohol que presentaba el acusado en el momento de la ejecución de los hechos. Sin olvidar la imprescindibilidad de la pericia para la condena por el segundo inciso del artículo 379.2 del Código Penal.

Por lo demás, desde una perspectiva criminológica, no es lo mismo ser condenado por un delito específico contra la seguridad del tráfico como el que se contempla en el artículo 379.2 del Código Penal, que por un delito de desobediencia a un agente de la autoridad; pues aunque ambos tutelan el bien jurídico de la seguridad del tráfico, no lo hacen con las mismas connotaciones y el mismo alcance, habida cuenta de la naturaleza cuando menos mixta que presenta desde el perfil del bien jurídico el delito del artículo 383 del Código Penal, sin olvidar su tutela más indirecta o mediata de la seguridad vial y de los bienes personales primarios que se protegen a su amparo.

Así pues, descartado que nos hallemos ante una desproporción punitiva que nos desplace desde el concurso real de delitos al concurso de normas, debe también rechazarse el segundo motivo del recurso».

(STS 794/2017, de 11 diciembre)

ARTÍCULO 384 CP

Delitos contra la seguridad vial. Conducción tras pérdida total de puntos: normativa aplicable de la Unión Europea y artículo 15 del Reglamento General de Conductores respecto permisos de conducción expedidos en Estados miembros de la Unión; no pueden detentarse dos permisos y usar el que convenga en cada momento cuando se circula por un Estado de la Unión en el que no está vigente el permiso por pérdida total de puntos; la pérdida o detracción de puntos es aplicables a todos los conductores por las infracciones que se reali-

cen en territorio nacional, sea cual fuere el país en que se hubiere expedido el correspondiente permiso o autorización

(...) El canje del permiso de conducir se regula a nivel europeo por la Directiva 91/439 del Consejo, de julio de 1991, junto a la Directiva 2006/126/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006.

En realidad, en el caso enjuiciado estamos en presencia de un fraude de ley. Al amparo de tal disposición, puede obtenerse el canje del permiso de conducción para aquellas personas que residan más de medio año en otro Estado miembro de la UE, pero lo que no puede conseguirse es contar con dos permisos de conducir, uno caducado por pérdida de puntos, y otro perteneciente a país distinto del que se conduce cuando se es sorprendido sin vigencia por pérdida de puntos.

Como dice la Audiencia, lo que no cabe es que el canje se haga en defraudación de una norma penal de este carácter de un Estado miembro, y por otro lado, supone que el que se haya obtenido el canje no puede impedir las disposiciones sancionadoras de tal manera que aquella que determina la imposición de una sanción de privación de la autorización administrativa de conducir vehículos por pérdida de puntos en uno de los Estados, pueda dejar de aplicarse. En términos similares se pronunció el Tribunal Supremo español en Sentencia de la Sala de lo contencioso administrativo de 4 de junio de 2009.

Lo propio resulta del reglamento general de conductores, aprobado por RD 818/2009, cuyo artículo 15 establece en relación a los permisos de conducción expedidos en Estados miembros de la Unión Europea lo siguiente:

1. Los permisos de conducción expedidos en cualquier Estado miembro de la Unión Europea o en Estados Parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo con arreglo a la normativa comunitaria mantendrán su validez en España, en las condiciones en que hubieran sido expedidos en su lugar de origen, con la salvedad de que la edad requerida para la conducción corresponderá a la exigida para obtener el permiso español equivalente.

2. No obstante, no serán válidos para conducir en España los permisos de conducción expedidos por alguno de dichos Estados que estén restringidos, suspendidos o retirados en cualquiera de ellos o en España.

3. Tampoco serán válidos los permisos de conducción expedidos en cualquiera de esos Estados a quien hubiera sido titular de otro permiso de conducción expedido en alguno de ellos que haya sido retirado, suspendido o declarada su nulidad, lesividad o pérdida de vigencia en España.

4. El titular de un permiso de conducción expedido en uno de estos Estados que haya adquirido su residencia normal en España quedará sometido a las disposiciones españolas relativas a su período de vigencia, de control de sus aptitudes psicofísicas y de asignación de un crédito de puntos.

Cuando se trate de un permiso de conducción no sujeto a un período de vigencia determinado, su titular deberá proceder a su renovación, una vez transcurridos dos años desde que establezca su residencia normal en España, a los efectos de aplicarle los plazos de vigencia previstos en el artículo 12.

5. El titular del permiso de conducción que haya adquirido su residencia normal en España, y deba someterse a la normativa española de acuerdo con lo dispuesto en el apartado anterior, una vez superada la prueba de control de aptitudes psicofísicas, continuará en posesión de su permiso de conducción, procediéndose a la anotación en el Registro de conductores e infractores del período de vigencia que le corresponda según su edad y la clase de permiso de que sea titular.

Si del resultado de esa prueba fuera necesario imponer adaptaciones, restricciones u otras limitaciones, se procederá a su canje de oficio, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19.

A su vez, el Real Decreto 1055/2015, de 20 de noviembre, por el que se modifica el Reglamento General de Conductores, aprobado por Real Decreto 818/2009, de 8 de mayo, en correspondencia con la aplicación plena desde el día 19 de enero de 2015 de la Directiva 2006/126/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, y sin excepciones en ningún Estado miembro de la Unión Europea, supone la implantación efectiva de un modelo único de permiso de conducción en todos los Estados miembros, cuyas características y plazos de vigencia también han de ser armonizados de acuerdo a sus prescripciones.

De todo ello resulta, que no pueden detentarse dos permisos, y usar el que conenga en cada momento, sobre todo cuando se circula por un Estado cuyas autoridades impiden tal conducción como consecuencia de las infracciones cometidas, que acarrearán la caducidad de su vigencia por pérdida total de puntos.

Quinto. Debe recordarse que lo que se imputa al acusado no es conducir sin permiso, situación en la que la titularidad del permiso portugués haría la conducta atípica, sino que se le acusa de conducir en España cuando media resolución firme de pérdida de vigencia del permiso de conducción, conducta típica que concurre en el caso que nos ocupa (véanse, entre otras sentencias correspondientes a la doctrina de la AAPP, las siguientes: SAP Segovia 31 de enero de 2014, y SAP Tarragona del 7 de Noviembre del 2013).

En suma, no puede pretenderse por el hecho de detentar el referido permiso portugués mediante canje, al ser residente en el extranjero, ser de mejor condición que el resto de ciudadanos nacionales que tienen únicamente el permiso de conducir español; si pierde, como perdió, la vigencia del permiso de conducir en España no puede su conducta quedar impune, máxime teniendo en cuenta que el acusado conocía perfectamente cómo funciona el sistema de pérdida de vigencia, al habersele retirado en dos ocasiones anteriores, y en esta tercera sencillamente se adelantó a la resolución de la Jefatura de Tráfico.

Finalmente, por lo que respecta al conocimiento del acusado de la pérdida de vigencia y de las consecuencias de la misma, consta en autos que recibió personalmente tanto la comunicación de inicio del expediente, el 26 de noviembre de 2015, como la resolución del mismo, el día 12 de enero de 2016, resolución que conforme al certificado aportado por el Ministerio Fiscal al inicio de la vista no fue recurrida, y que explica con nitidez las consecuencias de conducir tras la pérdida de la vigencia.

Sexto. Las Audiencias Provinciales, salvo la de Toledo, se han pronunciado en este mismo sentido. Y por ejemplo, en un supuesto muy similar al que nos ocupa, la sentencia de la Audiencia Provincial de Orense, la número 116/2015, de 7 de abril, señala que «no afecta a la cuestión el hecho de que el canje del permiso español se hubiera efectuado con anterioridad a la resolución administrativa por la que se acuerda la pérdida de vigencia del mismo, pues lo que la norma sanciona es la falta de validez del otro permiso cuando se de tal circunstancia, al margen del momento en que haya producido la misma». En ningún caso por lo tanto el permiso sería válido, con independencia de la fecha de canje, sin perjuicio de que en el supuesto que nos ocupa puede entenderse que el cambio se realizó con la finalidad de eludir las consecuencias de la pérdida de vigencia. En los propios términos, se ha pronunciado también la sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 21 de diciembre de 2011, en un supuesto similar, así como la SAP Navarra, Sección primera, 203/2014 de 15 de julio de 2014, y SAP Pontevedra de 26 de febrero de 2014.

En estos términos, entre otras SSAP 55/2012 Zamora de 5 de octubre, 57/2013 Lugo de 12 de marzo, 9/2014 de Segovia de 31 de enero, 560/2014 Vigo de 21 de noviembre, 115/2015 Pontevedra de 21 de mayo, 79/2016 Orense de 9 de marzo, 110/2016 Tarragona de 21 de marzo, 381/2016 A Coruña de 11 de mayo, 258/2016 Madrid de 20 de mayo, 494/2012 Pontevedra de 5 de junio, 416/2016 Vigo de 1 de septiembre, 113/2016 Logroño de 30 de septiembre y 241/2016 Pamplona de 22 de noviembre. En ellas y otras muchas se recoge la doctrina antes reseñada, siendo mayoritarias las referidas a los canjes fraudulentos de permisos de conducir portugueses. Las mismas consideraciones se realizan en la jurisdicción contencioso administrativa y así en la reciente STSJ 802/2016 Sala de lo Contencioso de Valladolid de 24 de mayo se cita la STJUE antes mencionada de 23-4-2015.

Séptimo. La infracción penal consistente en la conducción de vehículo de motor o ciclomotor «... en los casos de pérdida de vigencia del permiso o licencia por pérdida de puntos...» contiene un elemento normativo del tipo que exige la remisión en su integridad al régimen jurídico-administrativo de pérdida de vigencia por pérdida de puntos de los artículos 61.3, 63 –65 y Anexo II del Texto Refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de vehículos a motor y Seguridad vial aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre y artículos 12.5, 14.2, 35 y 37– 40 del Reglamento de Conductores aprobado por RD 818/2009 de 8 de mayo. En concreto y cuando se trata de permisos de conducir expedidos por otros países, a los artículos 15-20 de este último, sobre los que razonan con corrección las sentencias del Juzgado y de la Audiencia.

De conformidad con el Art 8.1 CC, art 2 LSV («los preceptos de esta ley son aplicables en todo el territorio nacional») y el art 11.2 de la Directiva 206(sic)/126 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20-12-2006, el principio de territorialidad rige respecto de las infracciones, no solo penales sino administrativas relacionadas con el tráfico viario. En el mismo sentido la anterior Directiva 91/439/CEE del Consejo de 29-7-1981(sic). Además de la claridad de las normas de derecho interno, es antigua y consolidada en este sentido la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la UE (entre otras muchas la sentencia Weber C-107, EU. 2008:640 apartado 38) y por todo ello las normas citadas deben interpretarse desde esta perspectiva. La pérdida de vigencia por pérdida de puntos, de conformidad con la STS de la Sala Tercera, Sección Quinta de 4-6-2009 (Rec. 5[sic]/2006), no solo obedece a infracciones de la legislación de tráfico sino que tiene naturaleza sancionadora, por lo que entra de lleno en estas previsiones.

En definitiva, los comportamientos infractores del Anexo II de la LSV y la consiguiente pérdida o detracción de puntos son aplicables a todos los conductores que los realicen en territorio nacional sea cual fuere el país en que se hubiere expedido el correspondiente permiso o autorización. Así lo entiende la Instrucción 10/S-119 de 8-6-2010 de la DGT que permite la inscripción, previa constancia de los datos identificativos del conductor en los obligados términos del art 87.4 LSV, en el Registro de Conductores e Infractores del art 76 del Reglamento de Conductores, con fundado apoyo en el FJ 3 de la STS de la Sala 3.ª antes comentada. La pérdida de vigencia afecta solo y consecuentemente a la imposibilidad legal de conducir en territorio nacional para el infractor, con lo que se evita no solo la impunidad sino también la discriminación con los nacionales y se favorece el llamado espacio europeo de seguridad vial en el que avanza la Directiva UE de persecución transfronteriza de infracciones de tráfico 2015/413, de 11 de marzo.

Como dice acertadamente el Ministerio Fiscal, podría entenderse en una primera y superficial lectura de los artículos 15.4, 16 y 19 Reglamento de Conductores que solo los titulares de permisos de conducción expedidos por los Estados Miembros o Estados Parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo que hubieran adqui-

rido su residencia normal en España tienen acceso a las anotaciones en el Registro (art 16) y solo a ellos por la vía del canje de oficio les es de aplicación el régimen de pérdida de vigencia por pérdida de puntos [art 19.1.b)], pero esta interpretación olvida el texto del art 15.3: «Tampoco serán válidos los permisos de conducción expedidos en cualquiera de esos Estados a quien hubiera sido titular de otro permiso de conducción expedido en alguno de ellos que haya sido retirado, suspendido o declarada su nulidad, lesividad o pérdida de vigencia en España», del que se deduce con claridad la aplicación de esta última al margen del requisito de la residencia en nuestro país.

Véase también la STUE, de 23-4-2015 de su Sala quinta, Sevda Aykul C-260/13 en resolución de cuestión prejudicial, ha afirmado que el art 11.4, párrafo 2, de la Directiva no solamente es aplicable a los casos en que la infracción y sus consecuencias sea anterior a la obtención del permiso de conducir en el Estado Miembro correspondiente.

Al no residir el recurrente en Portugal, sino en España, según los datos fácticos de la sentencia de primer grado, podría denegarse el reconocimiento del permiso canjeado, pues en tales casos la Sentencia del TJUE 467/2010, de 1 de marzo, permite denegar el reconocimiento del permiso de conducción si se acredita que el titular no cumplía el requisito de referido de residir en él.

Octavo. Debe estudiarse ahora si el delito de conducción con suspensión temporal de su caducidad de la vigencia por pérdida de puntos, debe considerarse un delito de simple actividad o de resultado, esto es, si requiere la puesta en peligro de modo concreto del bien jurídico protegido, que lo es la seguridad vial, o es suficiente con la puesta en peligro «*in abstracto*».

El recurso interpuesto defiende que la conducta enjuiciada es atípica al estar desprovista de peligrosidad para la seguridad vial puesto que, más allá de la conducción con pérdida de licencia, no hubo ningún elemento adicional como conducción anómala, ni accidente, ni alcoholemia. Se cita en apoyo de esta tesis el Acuerdo No Jurisdiccional de la Audiencia Provincial de Toledo de 15 de enero de 2013, plasmado en diversas sentencias absolutorias de esta Audiencia Provincial entre las que cita la de 8 de febrero de 2013, 9 y 17 de marzo de 2016, 6 de abril de 2016 y 7 de julio de 2016. Afirma que este mismo criterio es seguido también por la Audiencia Provincial de Tarragona en sentencias de su Sección 2.^a, de 12 de enero y 21 de marzo de 2016.

El Acuerdo de la Audiencia Provincial de Toledo de 15 de enero de 2013 establece que «En el delito contra la seguridad en el tráfico (sic) del artículo 384 del Código Penal, se ha de ponderar, en cada caso concreto, si se ha lesionado el bien jurídico protegido».

Se basa tal Acuerdo en que es preciso diferenciar la conducción sin permiso o con permiso sin vigencia por pérdida de los puntos asignados del artículo 384 de la correlativa infracción administrativa prevista en el artículo 65.5. K) del Real Decreto Legislativo 339/90, de 2 de marzo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico [hoy artículo 77.k) del texto refundido de 30 de octubre de 2015] para evitar la vulneración del principio *non bis in idem*.

La Circular 10/2011 del FGE considera que basta el consciente conocimiento de la conducción típica, sin que deba añadirse elemento adicional alguno. La Audiencia Provincial de Toledo introduce un resultado de peligro ajeno.

Este Tribunal Supremo, en Sentencia de Pleno, ya ha declarado que el artículo 384 del Código Penal no contiene ese elemento adicional de puesta en peligro «*in concreto*» de la seguridad vial, al ser un tipo de peligro abstracto.

En efecto, la STS 369/2017, de 22 de mayo, de Pleno, de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, referida a otra modalidad de las conductas típicas del artículo 384 del Código Penal, pero de idéntico fundamento penológico, declara que no requiere,

por su naturaleza misma, la creación de un riesgo concreto para la seguridad vial; se comete por el propio riesgo generado para la circulación vial al carecer el acusado de las comprobaciones oportunas de las características físicas y la aptitud mental, así como los conocimientos teórico-prácticos que le habiliten para llevar a cabo tal conducción. Aquí, ocurre lo propio. La pérdida de puntos del permiso de conducción por las sanciones recibidas, es indicativo de que se carece de las características adecuadas para conducir un vehículo en tanto que el conductor desprecia las normas de circulación legalmente dispuestas para ello, y tal desprecio ha puesto reiteradamente en peligro el bien jurídico protegido, optando el legislador por definir este tipo legal que suprime la vigencia de su permiso de circulación, obtenido regularmente en su día.

Por ello, el Ministerio Fiscal, cita a tal efecto, con todo acierto, con respecto al delito de conducción con pérdida de vigencia como consecuencia de la pérdida de puntos –artículo 384.1-, la Sentencia de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo 480/2012, de 28 de junio, reproduciendo lo argumentado en Auto de 7 de diciembre de 2011 de esta misma Sala, por el que autoriza la interposición del recurso de revisión, declarando esta Sala Casacional que no se trata de un delito de desobediencia articulado sobre un injusto meramente formal derivado de una infracción administrativa, sino de un delito contra la seguridad vial que se cimenta sobre un pronóstico de riesgo, castigando al conductor que ha evidenciado un comportamiento peligroso para el tráfico viario con las previas infracciones por las que perdió los puntos legalmente asignados, con la finalidad preventiva de evitar los riesgos previsible para los bienes jurídicos tutelados, que no son otros que la seguridad del tráfico como bien intermedio directamente afectado y la vida e integridad física de los sujetos como bienes indirecta o mediatamente tutelables.

Similares consideraciones recoge respecto de tal delito la STS 803/2013, de 31 de octubre, al señalar que no se trata de «un delito de desobediencia o de rebeldía frente a una resolución administrativa», sino de «un delito contra la seguridad vial construido sobre la presunción de que quien ha sido privado de la licencia de conducir carece de aptitud para pilotar un vehículo de motor y por tanto su presencia en las carreteras a los mandos de un vehículo representa un peligro abstracto para la seguridad viaria», de suerte que «el bien tutelado primordialmente es la seguridad vial» y «sólo de una manera indirecta, condicionada o subsidiaria se protege el cumplimiento de la decisión administrativa», es decir, que sin negar que «indirectamente se quiere fortalecer el debido acatamiento a las decisiones de la Administración, no es ése el núcleo de la tutela penal ni el contenido sustancial de la antijuridicidad de esta infracción».

No pueden aducirse, pues, razones de ausencia de peligro concreto del bien jurídico protegido, para absolver al acusado, como no lo hizo la Audiencia correctamente.

El pronóstico de riesgo (abstracto) es lo que da base a la conducta típica.

(STS 612/2017, de 13 septiembre)

ARTÍCULO 556 CP

Resistencia a agente de la autoridad: el bien jurídico protegido lo constituye la garantía del buen funcionamiento de los servicios y funciones públicas más que el tradicional principio de autoridad; la resistencia a que se refiere el artículo 556.1 CP es para supuestos de resistencia pasiva grave y los de resistencia activa que no alcancen tal intensidad; supuestos de resistencia constitutivos de atentado,

delito de resistencia, delito leve de esa clase o conducta atípica. El dolo va ínsito en los actos desplegados cuando se conocen los elementos objetivos del tipo y no constan circunstancias concurrentes que permitan inferir otra motivación ajena a las funciones públicas del ofendido

La STS 117/2017, de 23 febrero como la jurisprudencia de esta Sala se refería a la resistencia típica, como aquella consistente en el ejercicio de una fuerza eminentemente física que supone el resultado exteriorizado de una oposición resuelta al cumplimiento de aquello que la autoridad y sus agentes conceptúan necesario, en cada caso, para el buen desempeño de sus funciones, de forma que si dicha resistencia alcanza los caracteres de «grave», y se manifiesta de forma activa, entra la figura del artículo 550, mientras que si, siendo grave, se manifiesta de forma pasiva, es aplicable el artículo 556 CP.

(...) La entrada en vigor de la reforma operada en la inicial ley sustantiva penal por efecto de la LO. 1/2015 en lo que se refiere al delito del artículo 556 CP –sigue diciendo la STS 534/2016, de 17 de junio– se compone de dos apartados: en el primero de ellos, parangonable con el precedente legislativo, las modalidades comisivas discurren por los mismos cauces y con similares contornos que en la anterior regulación. Así se incluyen los supuestos de resistencia y de desobediencia grave no abarcados por el artículo 550 CP. Este carácter residual debe entenderse formulado en relación a la resistencia, pues artículo 550 incluye como conductas nucleares la agresión, la resistencia grave o el acometimiento, comportamientos de marcado carácter activo y proyección violenta.

Queda claro que la desobediencia tipificada en el nuevo artículo 556.1 CP es la de carácter grave. Sin embargo para identificar la resistencia que el nuevo precepto no adjetiva, hemos de acudir a su techo, integrado por el artículo 550 CP. Este precepto, en su nueva redacción, incluye como modalidad de atentado la resistencia grave, entendida como aquella que se realiza por intimidación grave o violencia. El hecho de que de esta última no se califique de grave no implica que se incorporen en la nueva tipificación del atentado los supuestos de resistencia activa menos grave, que con arreglo a la jurisprudencia de esta Sala quedaban hasta ahora relegados al artículo 556 CP. La violencia es una actitud susceptible de presentar distintas magnitudes, y la intensidad de la que prevé el nuevo artículo 550 CP no puede desvincularse de la entidad que se exige a la resistencia calificada en este contexto de grave. De otro modo llegaríamos a la desproporcionada conclusión de que cualquier resistencia con un componente violento, por mínimo que éste sea, integraría un atentado.

Por ello entendemos que el nuevo esquema de punición de estos delitos, aunque ha ampliado el espectro de sujetos protegidos, en lo que a los comportamientos nucleares se refiere no ha variado en relación al anterior, salvo en la previsión respecto a los hasta ahora incorporados en la falta del artículo 634 CP, que la LO 1/2015 ha tipificado como delito leve en el apartado segundo del artículo 556 CP cuando se proyectan sobre autoridades, y expulsado de la órbita penal y reconducido al ámbito de la infracción administrativa cuando afectan a sus agentes. En consecuencia la doctrina elaborada por esta Sala respecto a los mismos mantiene toda su vigencia en los aspectos que no han sido despenalizados.

En concreto en lo que a la resistencia se refiere, siguen incorporados al artículo 556.1 CP los supuestos de resistencia pasiva grave y los de resistencia activa que no alcancen tal intensidad.

En el mismo sentido SSTS 44/2016 de febrero, 899/2016 de 30. 11, 141/2017 e 7 de marzo, 338/2017 de 11 mayo, 652/2017 de 4 de octubre. En consecuencia, cabe concluir lo siguiente:

1. La resistencia activa grave sigue constituyendo delito atentado del artículo 550 CP. En la nueva redacción del precepto se incluye como modalidad de atentado la resistencia grave, entendido como aquella que se realiza con intimidación grave o violencia.

2. La resistencia activa no grave (o simple) y la resistencia pasiva grave siguen siendo subsumibles en el delito de resistencia artículo 556 CP.

Aunque la resistencia del artículo 556 CP, es de carácter pasivo, puede concurrir alguna manifestación de violencia o intimidación, de tono moderado y características más bien defensivas y neutralizadoras, cual sucede, por ejemplo en el supuesto del forcejeo del sujeto con los agentes de la autoridad.

3. La resistencia pasiva no grave (o leve) contra la autoridad supone un delito leve de resistencia.

4. La resistencia pasiva no grave (o leve) contra agentes de la autoridad ha quedado despenalizada (y puede ser aplicable la LO. 4/2015 de 30.3, de Protección a la Seguridad Ciudadana).

(...) Consecuentemente ejerció violencia y resistencia activa, benignamente calificada en el artículo 556 CP.

En cuanto al elemento subjetivo de injusto integrado por el dolo de ofender, denigrar o desconocer el principio de autoridad, «va ínsito en los actos desplegados cuando no constan circunstancias concurrentes que permitan inferir otra motivación ajena a las funciones públicas del ofendido», entendiéndose que quien agrede, resiste o desobedece conociendo la condición del sujeto pasivo «acepta la ofensa de dicho principio como consecuencia necesaria cubierta por dolo directo de segundo grado» (o de consecuencias necesarias), matizándose que «la presencia de un animus o dolo específico... puede manifestarse de forma directa, supuesto de perseguir el sujeto con su acción la ofensa o menoscabo del principio de autoridad o de la función pública, o merced al dolo de segundo grado, también llamado de consecuencias necesarias, cuando, aun persiguiendo aquél otras finalidades, le consta la condición de autoridad o funcionario del sujeto pasivo y acepta que aquel principio quede vulnerado por causa de su proceder» (STS 431/1994, de 3 de marzo; SSTS 602/1995, de 27 de abril y 231/2001, de 15 de febrero). También esta Sala Segunda ha declarado que tal ánimo se presume y que «el dolo de este delito, en tanto conocimiento de los elementos del tipo objetivo contiene ya todos los elementos que demuestran que el autor quiso obrar contra un agente de la autoridad, pues quien atenta contra quien sabe que se está desempeñando como tal, quiere también hacerlo contra la autoridad que el agente representa», sin que se requiera «una especial decisión del autor de atentar contra la autoridad, diferente a la decisión de realizar la acción» de modo que el dolo consistirá en agresión, resistir o desobedecer a los agentes de la autoridad en el desempeño de sus funciones y deberes, con conocimiento de esa condición y voluntad de ejecutar la acción típica (STS 743/2004, de 9 de junio).

En igual sentido SSTS 328/2014 de 28 abril, 199/2015, de 3 marzo, 44/2016, de 3 febrero, 534/2016, de 17 junio, 117/2017, de 23 febrero, insisten en que ente desprestigio, el principio de autoridad representado por aquellos y el buen funcionamiento del servicio público por ellos prestado, que es el injusto de este delito. El elemento subjetivo integrado por el dolo de ofender, denigrar o desconocer el principio de autoridad, va ínsito en los actos desplegados cuando no constan circunstancias concurrentes que permitan inferir otra motivación ajena a las funciones públicas del

ofendido. Y así reiteradamente ha entendido esta Sala que quien, aun persiguiendo otras finalidades, agrede, resiste o desobedece conociendo la condición de agente de la autoridad o funcionario del sujeto pasivo, acepta la ofensa al principio de autoridad que representan como consecuencia necesaria cuando éste quede vulnerado por causa de su proceder.

(STS 837/2017, de 20 diciembre)

ARTÍCULO 575.2 CP

Auto-adoctrinamiento pasivo en terrorismo de corte yihadista: móvil con vídeos y fotografías de acciones del Estado Islámico, en el que militó su hermano, con el que hablaba a menudo sobre su forma de participación futura

(...) En la exposición de motivos de la LO 2/2015, de 30 de marzo, se afirma para fundamentar la nueva reforma de los delitos de terrorismo que la Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 2178, aprobada el 24 de septiembre de 2014, recoge la honda preocupación de la comunidad internacional por el recrudecimiento de la actividad terrorista y por la intensificación del llamamiento a cometer atentados en todas las regiones del mundo. En el catálogo de medidas que constituyen la parte dispositiva de esta Resolución, aparece en el punto sexto un recordatorio de la Resolución 1373 (2001), en virtud de la cual todos los Estados miembros deben velar por el enjuiciamiento de toda persona que participe en la financiación, planificación, preparación o comisión de actos de terrorismo o preste apoyo a esos actos. Tras este recordatorio, la Resolución 2178 pide a los Estados que se cercioren de que sus leyes y otros instrumentos legislativos internos tipifiquen delitos graves que sean suficientes para que se puedan enjuiciar y sancionar las conductas terroristas que se describen, de tal forma que quede debidamente reflejada la gravedad del delito.

Las acciones terroristas a las que alude detalladamente la Resolución 2178 constituyen el máximo exponente de las nuevas amenazas que el terrorismo internacional plantea a las sociedades abiertas y que pretenden poner en riesgo los pilares en los que se sustenta el Estado de Derecho y el marco de convivencia de las democracias del mundo entero.

El terrorismo internacional de corte yihadista –prosigue diciendo la exposición de motivos de la reforma legal– se caracteriza, precisamente, por haber incorporado esas nuevas formas de agresión, consistentes en nuevos instrumentos de captación, adiestramiento o adoctrinamiento en el odio, para emplearlos de manera cruel contra todos aquellos que, en su ideario extremista y violento, sean calificados como enemigos. Estas nuevas amenazas deben, por tanto, ser combatidas con la herramienta más eficaz que los demócratas pueden emplear frente al fanatismo totalitario de los terroristas: la ley.

Este terrorismo se caracteriza por su vocación de expansión internacional, a través de líderes carismáticos que difunden sus mensajes y consignas por medio de internet y, especialmente, mediante el uso de redes sociales, haciendo público un mensaje de extrema crueldad que pretende provocar terror en la población o en parte de ella y realizando un llamamiento a sus adeptos de todo el mundo para que cometan atentados.

Los destinatarios de estos mensajes pueden ser individuos que, tras su radicalización y adoctrinamiento, intenten perpetrar ataques contra los objetivos señalados, incluyendo atentados suicidas.

No menos importante –acaba afirmando el preámbulo de la ley– es el fenómeno de los combatientes terroristas desplazados que deciden unirse a las filas de las organizaciones terroristas internacionales o de sus filiales en alguno de los escenarios de conflicto bélico en que los yihadistas están participando, singularmente, Siria e Irak. Este fenómeno de los combatientes terroristas desplazados es, en este momento, una de las mayores amenazas a la seguridad de toda la comunidad internacional y de la Unión Europea en particular, toda vez que éstos se desplazan para adiestrarse en el manejo de armas y explosivos, adquirir la capacitación necesaria y ponerse a las órdenes de los grupos terroristas.

Esta Ley Orgánica modificó el capítulo VII del título XXII del libro II de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, de tal forma que el rigor de la respuesta penal frente a crímenes tan graves contemple, además de las modalidades de terrorismo ya conocidas, las que proceden de las nuevas amenazas.

Y al examinar en concreto el artículo 575, se afirma en la exposición de motivos de la LO 2/2015 que esa norma tipifica el adoctrinamiento y el adiestramiento militar o de combate o en el manejo de toda clase de armas y explosivos, incluyendo expresamente el adoctrinamiento y adiestramiento pasivo, con especial mención al que se realiza a través de internet o de servicios de comunicación accesibles al público, que exige, para ser considerado delito, una nota de habitualidad y un elemento finalista que no es otro que estar dirigido a incorporarse a una organización terrorista, colaborar con ella o perseguir sus fines. También se tipifica en este precepto el fenómeno de los combatientes terroristas extranjeros, esto es, quienes para integrarse o colaborar con una organización terrorista o para cometer un delito de terrorismo se desplazan al extranjero.

2. En la sentencia de esta Sala 354/2017, de 17 de mayo, se hace un recorrido por la normativa internacional sobre la materia, advirtiendo que la Resolución 2178 de Naciones Unidas, aprobada por el Consejo de Seguridad en su 7272.^a sesión, dedica su apartado sexto a las conductas objeto de tipificación en esta materia, sin que se contemplen los supuestos de auto-adoctrinamiento.

Y se destaca a continuación que tampoco se regula en los instrumentos de la Unión Europea, citando al respecto la Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, por la que se modifica la Decisión Marco 2002/475/JAI sobre la lucha contra el terrorismo; cuya innovación es la adición a las conductas contempladas entre los delitos ligados a las actividades terroristas: a) provocación a la comisión de un delito de terrorismo; b) captación de terroristas; y c) adiestramiento de terroristas.

Y también cita la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo, con entrada en vigor el 20 de abril de 2017 y plazo de transposición hasta el 8 de septiembre de 2018; donde se distingue entre delitos de terrorismo (de similar contenido, aunque con mayor concreción que nuestro artículo 573), delitos relacionados con grupo terrorista (dirección y participación) y delitos relacionados con actividades terroristas, donde se incluyen: provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo, captación para el terrorismo, adiestramiento para el terrorismo, recepción de adiestramiento para el terrorismo, viaje con fines terroristas, organización o facilitación de viaje con fines terroristas, financiación del terrorismo y otros delitos instrumentales.

Por último, especifica la referida sentencia que el Consejo de Europa rechaza de manera todavía más explícita tipificar el auto-adoctrinamiento terrorista, según se aprecia en el Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo (STCE n.º 196), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, ratificado por España por Instrumento de 23 de febrero de 2009 (BOE núm. 250, de 16 de octubre de 2009), donde se contempla la provocación pública para cometer delitos terroristas, reclutamiento con fines terroristas y el adiestramiento para fines terroristas, al margen de algunos delitos «accesorios» (complicidad, organización de su comisión o la orden de cometerlos y la contribución a su comisión). Listado que resulta incrementado con el Protocolo Adicional al Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo (STCE n.º 217), hecho en Riga el 22 de octubre de 2015, firmado pero no ratificado por España, que entra en vigor para los Estados Parte, el 1 de julio de 2017, con los delitos de participar en una asociación o grupo con fines terroristas, recibir un adiestramiento con fines terroristas (dejando en libertad a los Estados para sancionar las modalidades de autoadiestramiento), viajar al extranjero con fines terroristas, financiar viajes al extranjero con fines terroristas y organizar o facilitar de otro modo viajes al extranjero con fines terroristas.

Ello significa que mientras que para el adiestramiento con fines terroristas, entendido como «dar instrucciones para la fabricación o el uso de explosivos, armas de fuego u otras armas o sustancias nocivas o peligrosas, o para otros métodos y técnicas específicos con vistas a cometer delitos terroristas o a contribuir a su comisión», también se contempla su modalidad pasiva, incluso se posibilita sancionar el auto-adiestramiento si lo tolera el ordenamiento interno; respecto del adoctrinamiento, solo se contempla en cambio en una concreta modalidad activa del mismo, el «reclutamiento con fines terroristas» entendido como el hecho de incitar a otra persona a cometer o participar en la comisión de delitos terroristas, o a unirse a una asociación o a un grupo para contribuir a que éstos cometan uno o varios delitos terroristas, pero se evitan expresamente el reclutamiento pasivo y las de autoformación ideológica, conforme admite el Informe explicativo del Protocolo en su apartado 31, pues durante las deliberaciones para su redacción se hizo evidente que la penalización de la conducta «pasiva» («hacerse reclutar para el terrorismo») crearía problemas en algunos sistemas legales y encontrar una definición adecuada de «hacerse reclutar para el terrorismo» que comprendiera un comportamiento suficientemente «activo» también presentaba serias dificultades.

Por todo lo cual, la sentencia acaba concluyendo que ello debe llevar a una interpretación restrictiva de estas conductas típicas para posibilitar su subsistencia sin quebranto del derecho a la libertad ideológica y el derecho a la información.

3. En lo que concierne a los naturaleza, requisitos y contenido del tipo penal de auto-adoctrinamiento, se resalta en la sentencia de esta Sala 354/2017, de 17 de mayo, el alejamiento respecto de una acción concreta en estos comportamientos de auto-adoctrinamiento ideológico, donde se incrimina un acto protopreparatorio y eventualmente un acto preparatorio de un acto preparatorio, lo que determina su configuración como un delito de peligro.

Subraya esta Sala que extraña en primer lugar la equiparación punitiva en conductas de tan diferencial riesgo como las referidas al adiestramiento (la obtención de conocimientos o aptitudes prácticas militares o de combate, o en el desarrollo de armas químicas o biológicas, o para la fabricación de explosivos) y las de la mera formación ideológica, pues a falta de interpretación auténtica del término adoctrinamiento habrá de estarse al establecido en el Diccionario de la lengua española de la RAE, que en su aspecto pasivo supondría el hecho de inculcarse –infundirse con ahínco– de determinadas ideas o creencias. Equiparación que determina en todo caso

que esta actividad de aprehensión de credos debe tener una especial intensidad, sin que baste el mero acercamiento ideológico.

En cuanto al tipo objetivo, precisa la referida sentencia dos modalidades alternativas de conducta: el acceso habitual a internet o, disyuntivamente, la adquisición o tenencia de documentos donde ya no se exige habitualidad.

El contenido de las páginas electrónicas a las que se accede o de los documentos que se adquieren o se poseen, deben estar dirigidos o resultar idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines. Se trata de una exigencia objetiva predicable del contenido al que se accede, se adquiere o se posee. Ello significa que no debe ser confundido con la finalidad del sujeto, al margen de que el conocimiento de esa cualidad del contenido deba ser abarcado por el dolo.

Y en lo referente al elemento subjetivo del injusto, expresamente requerido, es diverso y contiene un elemento teleológico redoblado; de forma que el acceso habitual a internet o la adquisición o tenencia documental debe ser con la finalidad de capacitarse, donde el logro pretendido de tal aptitud, a su vez, ha de ser para llevar a cabo cualquiera de los delitos tipificados en este Capítulo.

Así lo recoge el primer párrafo del artículo 575.2 (con la finalidad de capacitarse para llevar a cabo cualquiera de los delitos tipificados en este Capítulo) y a tal expresión se remite el segundo párrafo (con tal finalidad) y se reitera en el tercero (con la misma finalidad).

Por último enfatiza la sentencia 354/2017 que no es suficiente para apreciar el elemento subjetivo el alcance significativo de las páginas de internet examinadas o de los documentos poseídos, pues su colisión con la libertad ideológica y el derecho a la información determina la dificultad de que sea integrada exclusivamente por el sesgo de la determinada ideología a la que confluyen los contenidos visitados, por aberrante que fuere, de modo que habitualmente resultará la necesidad de que esa acreditación sea externa, diversa al estricto contenido examinado.

A este respecto, se hace preciso traer a colación los argumentos de la sentencia de esta Sala 503/2008, de 17 de julio (referida a los atentados del 11-M en Madrid), en la que se hace especial hincapié en que «La acción terrorista es, pues, algo más que la expresión de ideas. La libre expresión y difusión de ideas, pensamientos o doctrinas es una característica del sistema democrático que debe ser preservada. Incluso, en el momento actual y en la mayoría de los países democráticos, es posible la defensa de tesis que propugnen la sustitución del sistema democrático por otro sistema político que no lo sea. La condición esencial es que esa defensa se lleve a cabo a través de vías admisibles en democracia. Esto excluye las vías y medios violentos. Salvo los casos de apología del terrorismo o provocación al delito, incluso la mera expresión de ideas violentas, sin otras finalidades, no es todavía un delito».

Y más adelante incide en que «para afirmar la existencia de una banda armada, grupo u organización terrorista, no basta con establecer que los sospechosos o acusados sostienen, y comparten entre ellos, unas determinadas ideas acerca de una religión, un sistema político o una forma de entender la vida. Es preciso acreditar que quienes defienden esas ideas, convirtiéndolas en sus fines, han decidido imponerlas a los demás mediante medios violentos, como ya se ha dicho, orientados a intimidar a los poderes públicos y a intimidar y aterrorizar a la población. Dicho de otra forma, es preciso establecer que, desde la mera expresión y defensa de unas ideas, han iniciado de alguna forma, incluso con la decisión efectiva de llevarlo a cabo, su paso a la acción con la finalidad de imponer sus ideas radicales fuera de los cauces pacíficos, individualmente y como grupo».

Y acaba después precisando que «No basta, pues, demostrar que el acusado piensa de una determinada manera, o que contacta o se relaciona con otros de la misma o similar ideología. Es necesario, mediante la constatación de hechos significativos, probar, al menos, que ha decidido pasar a la acción».

(STS 661/2017, de 10 octubre)

ARTÍCULO 579 BIS CP

Terrorismo: hecho de menor gravedad atendidos el medio empleado o el resultado producido. Aplicación retroactiva a delitos de terrorismo perpetrados con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el CP en materia de delitos de terrorismo: el criterio ponderativo del que se vale la norma es el del injusto del hecho, que habrá de fijarse atendiendo al desvalor de la acción y al desvalor del resultado, pero solo al primero cuando se trate de delitos de mera actividad. Voto particular

(...) el nuevo párrafo 4.º del art 579 bis CP introducido por la reforma operada por la LO 2/2015 constituye una norma penal más favorable aplicable tanto a los hechos enjuiciados tras su entrada en vigor, como a los ya sentenciados, bien por la vía de la casación o bien por la de la revisión de sentencias cuando las condenas sean firmes y se estén ejecutando. Lo que significa decir que procede la revisión de un modo imperativo –como ya había señalado esta Sala en STS 554/16, de 23 de junio-, en supuestos de sentencias firmes en fase de ejecución; del mismo modo que procede su aplicación retroactiva en fase de enjuiciamiento o casación (STS 716/2015, de 19 de noviembre).

Esta posibilidad de atenuación, puede ser calificada, desde la perspectiva de su naturaleza, como subtipo atenuado (STS 716/2015, de 19 de noviembre) o como cláusula de individualización de la pena (STS 554/16, de 23 de junio), lo que en cualquier caso nos conduce a una solución idéntica, al tratarse de una previsión normativa que amplía, en el tramo mínimo, el ámbito de la penalidad por la apreciación de los supuestos de menor gravedad en la acción o en el resultado, en atención a la necesidad de respetar el principio constitucional de proporcionalidad; lo que ya fue puesto de relieve por el Tribunal Constitucional en su STC Pleno 136/1999, de 20 de julio de 1999, referida al Caso «Mesa Nacional de Herri Batasuna» al realizar una reflexión sobre la proporcionalidad referida específicamente a los supuestos de colaboración con banda armada, pero razonablemente extensible a las condenas por delito de participación o integración en organización o grupo terrorista. Decía el Tribunal Constitucional: «en términos generales, puede afirmarse que nos encontramos ante una constante en lo que al derecho comparado se refiere en materia de legislación antiterrorista, es decir, la previsión de un tipo muy poco específico de colaboración o apoyo a grupos terroristas, condicionado por la necesidad de no dejar fuera, dentro de lo posible, ninguna forma o variedad de respaldo individual o social al fenómeno terrorista. Este coste inevitable en lo que a la determinación de la conducta típica se refiere, sin embargo, solo resulta constitucionalmente admisible en la medida en que la mencionada apertura del tipo se vea acompañada de la consiguiente ampliación, por así

decir, del marco punitivo, que haga a su vez posible la puesta a disposición del Juez de los resortes legales necesarios a la hora de determinar y adecuar la pena correspondiente en concreto a cada forma de manifestación de estas conductas de colaboración con los grupos terroristas. De otro modo, y tal como pone también de manifiesto la legislación comparada, el aplicador del derecho se situaría ante la disyuntiva ya sea de incurrir en evidente desproporción, ya sea de dejar impunes conductas particularmente reprochables».

De este modo, en nuestra STS 716/2015, de 19 de noviembre, señalábamos que el Legislador, dada la variedad de casos y de singularidades delictivas que pueden darse en la práctica, ha estimado pertinente implantar esta posibilidad de atenuación punitiva para adecuar en la medida de la posible la magnitud de la pena a las circunstancias que se dan en el caso concreto, operando al efecto con el principio de proporcionalidad. El criterio ponderativo de que se vale la norma es el del injusto del hecho, que habrá de fijarse atendiendo al desvalor de la acción («medio empleado») y al desvalor del resultado («resultado producido»). En definitiva, nos encontramos ante una manifestación del principio constitucional de proporcionalidad, que debe ser valorada retroactivamente, atendiendo al desvalor de la acción y al desvalor del resultado.

2. En segundo lugar, como se establece expresamente en el texto de la norma, y se ha acordado en el Pleno no Jurisdiccional siguiendo nuestros propios precedentes, esta atenuación es aplicable a todos los delitos previstos en el capítulo VIII referido a organizaciones y grupos terroristas y a los delitos de terrorismo, incluyendo, por tanto, los delitos de promoción o participación en organización o grupo terrorista sancionados en el artículo 572 o los de mera tenencia de explosivos del artículo 574 del CP.

(...) Por otra parte, como señala la STS 554/16, de 23 de junio, la posibilidad de atenuación por la menor gravedad no debe verse limitada por la expresión de los dos parámetros de la reducción penológica, los medios empleados y los resultados producidos, pues una interpretación literal del precepto haría que no fuera de aplicación a los tipos penales de mera actividad, que no producen un resultado como alteración de una realidad preexistente. En este sentido el término «medios empleados» ha de ser entendido como «modos de acción».

(STS 243/2017, de 5 abril)

Acuerdos del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (año 2017)

EDUARDO DE URBANO CASTRILLO

Doctor en Derecho

Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

En el año 2017, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha celebrado diversas reuniones, de conformidad con lo previsto en el artículo 264 LOPJ, en las cuales se han adoptado los siguientes acuerdos:

9 DE MARZO DE 2017

Incidencia en la competencia del Tribunal del Jurado de las reglas de conexidad tras la modificación del artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

1. De los delitos que se enumeran en el artículo 1.2 de la ley reguladora, siempre y solo conocerá el Tribunal del Jurado.

Si se ha de conocer de varios delitos que todos sean competencia del Tribunal del Jurado, como regla general se seguirá un procedimiento para cada uno de ellos sin acumulación de causas. Será excepción la prevista en el nuevo artículo 17 de la Ley de enjuiciamiento criminal: serán investigados y enjuiciados en la misma causa cuando la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resulten convenientes para su esclarecimiento y para la determinación de las responsabilidades procedentes salvo que suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso.

2. También conocerá de las causas que pudieran seguirse por otros delitos cuya competencia no le esté en principio atribuida en los casos en que resulte ineludiblemente impuesta la acumulación pero que sean conexos.

3. La procedencia de tal acumulación derivará de la necesidad de evitar la ruptura de la continencia de la causa. Se entiende que no existe tal ruptura si es posible que respecto de alguno o algunos de los delitos pueda recaer sentencia de fallo condenatorio o absolutorio y respecto de otro u otros pueda recaer otra sentencia de sentido diferente.

4. Existirá conexión determinante de la acumulación en los supuestos del artículo 5 de la LOTJ.

5. Que en el supuesto del artículo 5.2.a), se entenderá que también concurre la conexión conforme al actual artículo 17.6.º cuando se trate de delitos cometidos por diversas personas cuando se ocasionen lesiones o daños recíprocos

Cuando se atribuyan a una sola persona varios hechos delictivos cometidos simultáneamente en unidad tempo-espacial y uno de ellos sea competencia del Tribunal del Jurado, se considerarán delitos conexos por analogía con lo dispuesto en el artículo 5.2.a) de la LOTJ, por lo que, si deben enjuiciarse en un único procedimiento, el Tribunal del Jurado mantendrá su competencia sobre el conjunto,

6. En los casos de relación funcional entre dos delitos (para perpetrar, facilitar ejecución o procurar impunidad) si uno de ellos es competencia del Tribunal del Jurado y otro no, conforme al artículo 5.2.c) de la Ley del Tribunal del Jurado, se estimará que existe conexión conociendo el Tribunal del Jurado de los delitos conexos.

7. No obstante en tales supuesto de conexión por relación funcional, la acumulación debe subordinarse a un estricta interpretación del requisito de evitación de la ruptura de la continencia, especialmente cuando el delito atribuido al Jurado es de escasa gravedad y el que no es en principio de su competencia resulta notoriamente más grave o de los excluidos de su competencia precisamente por la naturaleza del delito.

8. Tampoco conocerá el Tribunal del Jurado del delito de prevaricación aunque resulte conexo a otra competencia de aquel.

Pero sí podrá conocer, de mediar tal conexión, del delito de homicidio no consumado

9. Cuando un solo hecho pueda constituir dos o más delitos será competente el Tribunal del Jurado para su enjuiciamiento si alguno de ellos fuera de los atribuidos a su conocimiento.

Asimismo, cuando diversas acciones y omisiones constituyan un delito continuado será competente el Tribunal del Jurado si éste fuere de los atribuidos a su conocimiento.

10. A los efectos del artículo 17.2.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se considerarán conexos los diversos delitos atribuidos a la misma persona en los que concurra, además de analogía entre ellos, una relación temporal y espacial determinante de la ineludible necesidad de su investigación y prueba en conjunto, aunque la competencia objetiva venga atribuida a órganos diferentes.

En tales casos, si de uno de los delitos debiera conocer el Tribunal del Jurado, se estará a lo establecido en el apartado 5, párrafo segundo, de este acuerdo.

23 DE MAYO DE 2017

Promotores de viviendas. Cantidades anticipadas.

1. En caso de cantidades anticipadas a los promotores para la construcción de viviendas, el mero incumplimiento, por sí solo, de las obligaciones previstas en la disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, en la redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio, consistentes en garantizar mediante un seguro la devolución de dichas can-

tidades para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin, y de percibir esas cantidades a través de cuenta especial en entidades de crédito, no constituye delito de apropiación indebida.

2. Cuando las cantidades entregadas no se hayan destinado a la construcción de las viviendas comprometidas con los adquirentes, podrá apreciarse un delito de estafa si concurren los elementos del tipo, entre ellos un engaño determinante del acto de disposición, o bien un delito previsto en los artículos 252 o 253 CP si concurren los elementos de cada tipo.

24 DE MAYO DE 2017

1. Documentación del soporte video-gráfico de los juicios orales.

1.1 El actual sistema de documentación de los juicios orales es altamente insatisfactorio y debería ser complementado por un sistema de estenotipia.

Dada la naturaleza de las deficiencias observadas en numerosos casos, habrá de garantizarse, en relación con lo dispuesto en el artículo 743 de la LECrim, la autenticidad, integridad y accesibilidad del contenido del soporte que se entregue a las partes y del que se remita a los Tribunales competentes para la resolución del recurso.

1.2 Cuando la documentación relativa al juicio oral sea imprescindible para la resolución del recurso, su ausencia en relación con los aspectos controvertidos, que genere indefensión material, determinará la nulidad del juicio oral o, en su caso, la absolución.

2. Valor de la droga: Fijación en los hechos probados. Acreditación.

El valor de la droga es un elemento indispensable para la fijación de la consecuencia jurídica del delito contra la salud pública y, por lo tanto, debe declararse en el relato fáctico de la sentencia.

Para su acreditación deberán valorarse los informes periciales o cualesquier otro medio que refleje el valor de la droga o el beneficio que con las mismas se ha obtenido o se pretendía obtener.

25 DE MAYO DE 2017

Sociedades mercantiles participadas por capital público.

1. Los bienes, efectos, caudales o cualesquiera otros de cualquier índole que integren el patrimonio de las sociedades mercantiles participadas por el Estado u otras Administraciones u Organismos Públicos, deben tener la consideración de patrimonio público y, por tanto, pueden ser objeto material del delito de malversación siempre que concurra alguno de los supuestos siguientes:

1.1 Cuando la sociedad mercantil esté participada en su totalidad por las personas públicas referidas.

1.2 Cuando esté participada mayoritariamente por las mismas.

1.3 Siempre que la sociedad pueda ser considerada como pública en atención a las circunstancias concretas que concurren, pudiéndose valorar las siguientes o cualesquiera otras de similar naturaleza:

1.3.1 Que el objeto de la sociedad participada sea la prestación, directa o indirecta, de servicios públicos o participen del sector público.

1.3.2 Que la sociedad mixta se encuentre sometida directa o indirectamente a Órganos de control, inspección, intervención o fiscalización del Estado o de otras Administraciones Públicas.

1.3.3 Que la sociedad participada haya percibido subvenciones públicas en cuantía relevante, cualquiera que fuera la Administración que las haya concedido, para desarrollar su objeto social y actividad.

8 DE NOVIEMBRE DE 2017

Tratamiento concursal del delito de child grooming (artículo 183 bis CP) cuando el contacto con el menor va seguido de una lesión afectiva de su identidad sexual.

«El delito de ciberacoso sexual infantil previsto en el artículo 183 ter.1 del Código Penal, puede conformar un concurso real de delitos con las conductas contempladas en los artículos 183 y 189.»

12 DE DICIEMBRE DE 2017

Nueva redacción del artículo 77.3 CP y determinación de la competencia.

«En caso de concurso medial, cuando las penas de prisión señaladas en abstracto en cada uno de los delitos que integran el concurso no superen los cinco años de duración, aunque la suma de las previstas en una y otras infracciones excedan de esa cifra, la competencia para su enjuiciamiento corresponde al Juez de lo Penal.»

CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

CARMEN FIGUEROA NAVARRO

Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Alcalá

SERGIO CÁMARA ARROYO

Profesor Ayudante Doctor (Acreditado contratado Doctor)
Universidad Nacional de Educación a Distancia

Circulares

CIRCULAR 1/2017, DE 6 DE JUNIO, SOBRE LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 183 QUATER DEL CÓDIGO PENAL

SUMARIO: 1. Introducción.–2. La edad de consentimiento sexual.–3. Fundamento de la excepción recogida en el artículo 183 quater.–4. Criterios que contempla el precepto. 4.1 La edad. 4.2 El grado de desarrollo o madurez.–5. Simetría de edades y responsabilidad penal de los menores.–6. Posibilidad de construir una atenuante analógica en relación con el artículo 183 quater.–7. Ámbito de aplicación.–8. Cláusula de vigencia.–9. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Dentro del capítulo II bis (de los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años) del título VIII (delitos contra la libertad e indemnidad sexuales) del libro II del CP, el artículo 183 quater, introducido tras la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo, establece que «el consentimiento libre del menor de dieciséis años

excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez».

El preámbulo de la citada LO (apartado XII) aclara que la elevación de la edad del consentimiento sexual se inscribe en el propósito de atender las recomendaciones del Comité de la Organización de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, subrayando que, «de esta manera, la realización de actos de carácter sexual con menores de dieciséis años será considerada, en todo caso, como un hecho delictivo, salvo que se trate de relaciones consentidas con una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez».

Destaca igualmente el referido preámbulo que las modificaciones en los delitos contra la libertad sexual obedecen a la necesidad de llevar a cabo la transposición de la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo. La Directiva especifica en sus considerandos (20) que «no regula las políticas de los Estados miembros con respecto a los actos de carácter sexual consentidos en los que pueden participar los menores y que pueden considerarse como el descubrimiento normal de la sexualidad en el proceso de desarrollo personal, habida cuenta de las diferentes tradiciones culturales y jurídicas y de las nuevas formas de entablar y mantener relaciones de los menores y adolescentes, incluso mediante tecnologías de la información y la Comunicación».

En el mismo sentido, el Memorando del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007 (BOE de 12 de noviembre de 2010) advierte que «no es la intención de esta Convención criminalizar las actividades sexuales de los jóvenes adolescentes que están descubriendo su sexualidad y se comprometen en experiencias sexuales con (...) personas de edad y madurez similar» (ap. 129).

Bajo esta premisa, el artículo 18.1.a) del referido Convenio regula la obligación de los Estados Parte de tipificar como delito la realización de «actividades sexuales con un niño que, de conformidad con las disposiciones aplicables del derecho nacional, no haya alcanzado la edad legal para realizar dichas actividades». En su ap. 2, el referido precepto aclara que «cada Parte determinará la edad por debajo de la cual no está permitido realizar actividades sexuales con un niño», insistiendo en que «las disposiciones del apartado 1.a) no tienen por objeto regular las actividades consentidas entre menores».

2. LA EDAD DE CONSENTIMIENTO SEXUAL

La Directiva 2011/93/UE define la «edad de consentimiento sexual» en su artículo 2.b) como «la edad por debajo de la cual, de conformidad con el Derecho nacional, está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor». En la actualidad, todos los países europeos cuentan con tales límites de edad.

En España, el Código Penal de 1822 estableció una pena más elevada para el caso del niño o niña víctima que «no haya cumplido la edad de la pubertad» en sus artículos 671 y 672. El artículo 354 del Código Penal de 1848 fijó el límite de edad en los doce años cumplidos, que se mantuvo invariable hasta que la reforma del artículo 181 CP operada por la LO 11/1999, de 30 de abril, lo elevó a trece años.

Con 13 años, la edad de consentimiento sexual en España era la más baja en la Unión Europea, contemplando otros países la edad de 14 años (República Federal de

Alemania, Italia, Portugal, Austria, Hungría), 15 (Francia, Polonia, Dinamarca, Suecia), 16 (Reino Unido, Bélgica, Luxemburgo, Países Bajos, Noruega), 17 (Irlanda y Chipre) y 18 años (Malta).

Atendiendo a esta realidad, el Comité de los Derechos del Niño (2007) recomendó a España considerar «la posibilidad de elevar la edad de consentimiento sexual para brindar una mayor protección contra los delitos abarcados por el Protocolo Facultativo». Siguiendo tal recomendación, el Legislador de 2015 ha fijado la edad de consentimiento sexual en los dieciséis años.

Con anterioridad a la reforma, la STS n.º 411/2006, de 18 de abril ya había señalado que el Código Penal establecía una presunción *iuris et de iure* sobre ausencia de consentimiento en el menor de trece años, que «es incapaz para autodeterminarse respecto del ejercicio de su libertad sexual, negándole toda la posibilidad de decidir acerca de su incipiente dimensión sexual» y recobrando toda su fuerza el argumento de la intangibilidad o indemnidad como bien jurídico protegido. «Este límite de edad» –continuaba la citada sentencia– «ha de referirse a la edad física resultando censurable la equiparación de tal edad de la edad mental, lo que quebraría el principio de seguridad jurídica».

Es oportuno recordar que los menores que se sitúan fuera de esta franja de edad (es decir, los comprendidos entre los 16 y 17 años) también gozan de protección penal, si bien limitada a los supuestos de engaño o abuso de posición reconocida de confianza, autoridad o influencia (art. 182 CP), actos de exhibicionismo o provocación sexual (artículos 185 y 186, que se refieren a «menores de edad» sin efectuar distinción), y delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores (arts. 188 y 189 CP).

3. FUNDAMENTO DE LA EXCEPCIÓN RECOGIDA EN EL ARTÍCULO 183 QUATER

Tras la reforma de 2015, nuestro Código Penal establece una presunción *iuris tantum* de falta de capacidad de los menores de dieciséis años para consentir relaciones sexuales. Para enervarla no será suficiente con acreditar la madurez del menor, sino que será necesaria igualmente la proximidad en grado de madurez y edad del adulto interviniente.

La eficacia del consentimiento es admitida en nuestro Derecho cuando el tipo exige, expresa o tácitamente, la oposición de la víctima. Así, en la Parte Especial, el Código Penal concede eficacia justificante al consentimiento en algunos supuestos de lesiones, pudiendo considerarse justificadas aquellas conductas típicas que aparezcan como una forma del libre desarrollo de la personalidad del que las consiente, conforme al artículo 10 de la Constitución, que declara fundamento del orden político y de la paz social el «libre desarrollo de la personalidad».

Con anterioridad a la introducción del artículo 183 quater y, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos, no existían en España reglas específicas sobre el requisito de asimetría de edades en la tipificación de los delitos contra la indemnidad sexual. La elevación de la edad de consentimiento de los trece a los dieciséis años acrecentó la necesidad de incluir en la regulación de los delitos sexuales cometidos sobre menores una cláusula de exención de la responsabilidad penal que, dentro de determinados límites, concediera relevancia al consentimiento de los menores, tal como fue sugerido por el Consejo Fiscal en su informe de 8 de enero de 2013 al Anteproyecto de reforma del Código Penal.

La Circular 9/2011, de 16 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores, ya defendió la pertinencia de esta cláusula en el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante, LORPM), manteniendo una exégesis coherente con el sistema de justicia juvenil que evitara la punición indiscriminada de conductas que, aun siendo típicas, no ponen en peligro el bien jurídico protegido. Se refrendaba así el criterio seguido en el Informe del Consejo Fiscal de 4 de febrero de 2009 al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008, que consideró que el contacto sexual entre menores de la misma o similar edad, sin la concurrencia de otros signos de abuso o intrusión, no afectaría a la indemnidad sexual y por ello no debería ser penalmente sancionable.

En el marco del Derecho Comparado tales cláusulas de asimetría se conocen como «cláusulas de Romeo y Julieta». En la tragedia de Shakespeare, Julieta Capuleto no había cumplido todavía los 14 años. La obra no precisa la edad de Romeo, aunque sí se le describe como joven. El propósito de este tipo de disposiciones consiste en evitar que la norma, al establecer límites de edad, pueda conllevar interpretaciones estrictas que impidan las relaciones sexuales consentidas entre personas jóvenes semejantes en edad y madurez.

Como ha señalado la doctrina, el núcleo del injusto en los delitos de abuso sexual infantil radica en que el sujeto activo mantiene una relación sexual con una persona que por su minoría de edad se encuentra en una situación de desigualdad madurativa que le impide decidir libremente. En estos casos, no se da en puridad una actividad sexual compartida, dada la diferencia de experiencias y expectativas en la relación sexual. Consiguientemente, la cláusula objeto de análisis devendrá aplicable precisamente cuando, pese a ser uno de los intervinientes en la relación menor de dieciséis años, hay una decisión libre y una actividad sexual compartida con una persona que, aun siendo mayor de edad, es próxima al menor en edad y madurez.

En los distintos ordenamientos tales excepciones presentan grandes diferencias debidas, entre otras razones, a que la edad del consentimiento sexual no es idéntica, lo que determina que las franjas de edad donde pueda apreciarse la excepción también sean diferentes.

4. CRITERIOS QUE CONTEMPLA EL PRECEPTO

4.1 La edad

El establecimiento de un criterio estrictamente cronológico presenta la ventaja de favorecer la seguridad jurídica y es, por ello, la forma preferida por muchos ordenamientos. Sin embargo, nuestro Legislador se ha inclinado por un sistema mixto, que deja abierto con patente vaguedad el dato cronológico. Esta flexibilidad permite dar respuesta a una realidad no susceptible de reconducción a esquemas simples, aunque impone un difícil análisis caso a caso sobre el grado de desarrollo o madurez del menor.

En el derecho comparado se observan soluciones dispares. Por ejemplo, en el Estado norteamericano de Maine, para los casos de menores de edad comprendida entre los 14 y 15 años, se establece una franja de edad del autor de hasta 5 años mayor. Otros países contemplan franjas menores, como Suiza, que fija una diferencia de edad de 3 años. Interesante es el ejemplo de Canadá, que ofrece un modelo por tramos de

edad: 2 años, en el caso de menores de edad comprendida entre 12 y 13; y 5 años, en el caso de menores con edades comprendidas entre 14 y 15 años.

El criterio de la edad fue promovido durante la tramitación parlamentaria del Proyecto por el Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia, cuya propuesta de enmienda n.º 561 (BOCG n.º 66-2, de 10 de diciembre de 2014) se apoyaba en que «la utilización del concepto «próximo» es indeterminado y dará lugar a sentencias diferentes según la apreciación del juez», considerando por ello más adecuado fijar un tiempo concreto, que se proponía de 3 años.

Por tanto, el Legislador se planteó la predeterminación de la proximidad limitándola a tres años y expresamente rechazó esta alternativa, opción de la que necesariamente deben extraerse pautas exegéticas.

Otro concepto manejado para delimitar la edad es el de «juventud». La Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes (Badajoz, 11 de octubre de 2005) constata que «los jóvenes conforman un sector social que tiene características singulares en razón de factores psico-sociales, físicos y de identidad que requieren una atención especial por tratarse de un período de la vida donde se forma y consolida la personalidad, la adquisición de conocimientos, la seguridad personal y la proyección al futuro» y considera que «debe avanzarse en el reconocimiento explícito de derechos para los jóvenes, la promoción de mayores y mejores oportunidades para la juventud y la consecuente obligación de los Estados de garantizar y adoptar las medidas necesarias para el pleno ejercicio de los mismos».

A diferencia de los bien delimitados conceptos de «niño» («todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad», según el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989), «menor» («menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de la ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad», conforme al artículo 1 LOPJM) o «mayor de edad» (dieciocho años cumplidos, de acuerdo con el artículo 315 CC) el concepto de «joven» presenta unos perfiles más difusos.

La Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes incluye «bajo las expresiones «joven», «jóvenes» y «juventud» a todas las personas, nacionales o residentes en algún país de Iberoamérica, comprendidas entre los 15 y los 24 años de edad».

Este margen es el mismo que ordinariamente emplea la Organización de Naciones Unidas a la hora de definir el término juventud. Sin embargo, en muchos países la transición hacia la edad adulta y la autonomía se extiende más allá, por lo que la edad se contempla de manera diferente en sus políticas juveniles. Así, por ejemplo, en la Carta Africana de la Juventud (2006) se define como joven a las personas que se encuentran entre la edad de 15 y 35 años.

En lo que concierne a nuestro país, esta franja se amplía respecto de la fijada por Naciones Unidas –tanto en el límite superior como en el inferior–, probablemente debido a que va asociada a la posibilidad de disfrutar de una serie de beneficios (descuentos en transportes, alojamiento, ofertas culturales, compras, ocio, etc.). Así, la inmensa mayoría de las CC.AA. acoge el tramo comprendido entre 14 y 30 años (ambos inclusive), susceptible de ampliarse para el acceso a determinadas actividades, servicios o programas. Se trata de una delimitación demasiado laxa, que se aparta del fijado en la Convención Iberoamericana, de las correspondientes orientaciones en el ámbito internacional y que, en definitiva, ofrece unos márgenes demasiado amplios para que puedan servir de pauta interpretativa del artículo 183 quater CP.

La delimitación por tramos también plantea interrogantes. Si se considera el límite inferior el determinado por el hecho biológico de la pubertad (que no obedece a una

edad fija) y el superior el establecido con carácter general por la ONU y los países iberoamericanos (24 años), podrían utilizarse las referencias de la OMS (1986).

La OMS realiza una distinción entre la adolescencia inicial (10 a 14 años), la adolescencia media (14 a 17 años) y la adolescencia final (17 a 20 años). Finalmente, se definiría un último grupo de 20 a 24 años de edad que compartiría con la adolescencia media y final el concepto de juventud, pero que estaría más orientado hacia la edad adulta.

Sin embargo, la propia OMS advierte que no puede establecerse una categorización universalmente válida. Las subdivisiones son necesariamente arbitrarias. La clasificación, por ejemplo, no reconoce las discrepancias entre la edad cronológica, la biológica y las etapas psicosociales del desarrollo, ni tampoco las grandes variaciones debidas a factores personales y ambientales.

En lo que concierne al menor protegido, puede trazarse el siguiente esquema:

- Impúberes. En ellos aún no se ha producido el proceso de cambios físicos en el cual el cuerpo del niño o niña adquiere la capacidad de la reproducción sexual. No puede establecerse una edad fija para delimitar la infancia de la pubertad pues el inicio del proceso de cambios varía de una persona a otra, dependiendo de diversos factores, entre ellos el sexo. Se trata propiamente de niños y no de adolescentes y respecto de ellos su protección debe ser absoluta. La Ley marca, además, circunstancias de agravación en los casos en que el escaso desarrollo intelectual y físico de la víctima la coloca en situación de total indefensión (la presunción de la norma es *iuris et de iure* para los menores de 4 años, pero puede darse en edades superiores cuando las circunstancias comporten un plus de vulnerabilidad, vid. SSTS n.º 398/2015, de 17 de junio y 609/2012, de 11 de julio, entre otras).
- El segundo nivel de protección abarcaría desde el inicio de la pubertad hasta los 13 años inclusive, siempre que dicho proceso fisiológico haya comenzado antes de dicha edad. En esta franja, la protección del menor es intensa por encontrarse en la primera fase de la adolescencia. El límite de los 14 años es habitualmente empleado por nuestra legislación (así, para la exigencia de la responsabilidad penal de los menores en el artículo 1 LORPM o para la capacidad de testar en el artículo 663.1.º CC). En relación con la edad del autor, el límite máximo respondería a la mayoría de edad, esto es, hasta cumplir los 18 años, por lo que -con carácter general- podría dar cobertura únicamente a las relaciones entre menores.
- 14 y 15 años, ambos inclusive. La protección debe permitir una diferencia de edad que abarque a los jóvenes hasta 20 años inclusive, moderándose en atención al segundo parámetro (grado de desarrollo o madurez).
- Excepcionalmente podrían comprenderse los jóvenes de hasta 24 años inclusive, atendiendo al grado de desarrollo o madurez tanto del menor como del joven que mantienen el contacto sexual. Esta pauta debe entenderse de carácter orientador.

En relación con las edades mínima y máxima contamos con algunos pronunciamientos del Tribunal Supremo. Así, en un supuesto de abusos sexuales en el que, en el momento de cometerse los hechos, el adulto tenía 46 años y la menor 11 años, el ATS n.º 67/2016, de 21 de enero, expresa que resulta evidente que en el caso de autos no será de aplicación la regla prevista: «Aun siendo muy generosos a la hora de interpretar los conceptos «persona próxima por edad y madurez» no puede extenderse a supuestos como el presente [...]. La diferencia de edad entre ambos es de tal magnitud que no se puede sostener la existencia de un consentimiento libremente prestado por la menor -cuya edad se aleja tanto del actual límite del consentimiento sexual, como del anterior fijado en los 13 años, y menos que exista una proximidad entre él y la menor por razones de edad o de desarrollo».

La STS n.º 782/2016, de 19 de octubre contempla un caso de relaciones consentidas entre personas de 29 años y 14, respectivamente. El TS considera dicha diferencia «abultada». Ahora bien, en el caso concreto, el nacimiento de la relación es anterior a la reforma de la LO 1/2015 y se inicia en una fecha en que se situaba dentro del margen permitido por la legislación penal (mayor de 13). Razona la sentencia: «Se produce así la paradoja de que una relación sentimental –la sentencia habla del «amor» que Laura sentía por el acusado y de su deseo de mantener una «relación de noviazgo»–, permitida por el derecho penal, se convierte en delictiva a raíz de la publicación de la reforma de 2015 en el «Boletín Oficial del Estado». De este modo, una decisión de política criminal –cuya legitimidad formal no es objetable– condena a la clandestinidad una relación afectiva que, más allá de la excepcionalidad con la que pueda contemplarse la diferencia de edad de sus protagonistas, ha nacido en un entorno social de tolerancia y, como tal, indiferente al derecho penal. Desde esta perspectiva, estimar que el error de prohibición que los Jueces de instancia reconocen como probado solo tiene carácter vencible, supone aceptar que todo aquel que mantiene una relación sentimental fronteriza con los límites en los que el derecho penal sitúa la capacidad de autodeterminación sexual, está obligado a una consulta periódica de los boletines oficiales en los que se publican las reformas legislativas, con el fin de descartar que un cambio de política criminal lo haya convertido en delincuente sexual. Se trata de una conducta no exigible que, por tanto, desborda los límites del error vencible de prohibición y genera, por su carácter invencible, la plena exclusión de la culpabilidad».

La STS n.º 946/2016, de 15 de diciembre examina un supuesto de relaciones consentidas entre persona de 11 años y otra mayor que ella en 8 años y 7 meses, en una relación de «seudonoviazgo o prenoviazgo», estimando que «la relativamente próxima edad entre los mismos» se encontraba «fuera de los límites señalados, para la exclusión de responsabilidad, por la novedosa figura introducida, por la LO 1/2015, en el artículo 183 quater del CP».

La STS n.º 1001/2016, de 18 de enero examina otro asunto en el que la relación consentida se establece con una diferencia de «más o menos, veinte años y medio del acusado y los, aproximadamente, once años y ocho o nueve meses de la menor». El TS señala que el nuevo artículo 183 quater «no establece mínimo alguno en orden a la prestación de un consentimiento libre», pero, «sin embargo sí se fijan dos premisas o circunstancias que deben concurrir conjuntamente como son la proximidad de la edad entre ambos sujetos y de su grado de desarrollo o madurez, calidad de próximo aplicable a ambos criterios». La resolución expresa que «se trata pues de tener en cuenta el equilibrio de la pareja atendiendo a las circunstancias legales, es decir, la edad y el espíritu y mentalidad de ambos, debiendo rechazarse los casos de desequilibrio relevantes y notorios desde el punto de vista objetivo pero también subjetivamente cuando aquél pueda inferirse del contexto en el que tiene lugar la relación, lo que determina un cuidadoso examen de cada caso».

El TS destaca que en los dos últimos casos «la diferencia de edad es superior a los ocho años y medio» y que «a ello debe añadirse que se produce entre jóvenes de más de veinte años y niñas que no han alcanzado todavía los doce años cuando sucedieron los hechos, lo que desde luego influye igualmente en el grado de desarrollo y madurez alejándolo de la proximidad mencionada».

Consecuentemente, en ambos supuestos el TS considera inaplicable el artículo 183 quater.

El ATS n.º 601/2017, de 23 de marzo exige que concurra conjuntamente la proximidad de edad y la proximidad madurativa.

4.2 El grado de desarrollo o madurez

Como se ha expuesto, nuestra legislación ha optado por un criterio mixto que comporta tanto el análisis de la franja de edad (criterio cronológico) como el análisis de las características individuales de desarrollo y madurez (criterio biopsicosocial). Así, constituirán factores diferenciales, tanto la acusada diferencia de edad (particularmente cuando se trata de adultos jóvenes) como los concretos factores singulares que concurren entre autor y víctima.

La esencia del artículo 183 quater CP radica en saber si, en el caso concreto y dentro de las amplias franjas de edad orientadoras (menor edad y juventud), las diferencias entre autor y víctima entrañan una explotación de la vulnerabilidad de esta última que implique una clara situación de abuso.

En lo que concierne a menores de edad, como recuerda el Comité de los Derechos del Niño, el término «madurez» hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado. Los niveles de comprensión no van ligados de manera uniforme a la edad cronológica. La información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño. Por ese motivo, tienen que evaluarse mediante un examen caso por caso.

La Instrucción 2/2006, de 15 de marzo, sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores abordó el concepto madurez: «la inexistencia de una *communis opinio* en la materia certifica el fracaso de estos intentos de precisar en abstracto y con carácter general la edad cronológica a partir de la cual puede un menor ser considerado maduro. Ello lleva a la necesidad de integrar este concepto jurídico indeterminado valorando todas las circunstancias concurrentes en cada caso, partiendo de que la capacidad general de los menores no emancipados es variable o flexible, en función de la edad, del desarrollo emocional, intelectual y volitivo del concreto menor y de la complejidad del acto de que se trate».

Del mismo modo, frente a la definición centrada exclusivamente en la edad cronológica, surge la idea de la juventud como constructo sociológico orientado a la transición hacia la edad adulta que considera la diversidad de experiencias de una persona joven, la forma en que se ve afectada por las realidades sociales y la capacidad para hacerles frente. El país y el contexto también cobran su importancia. Tanto en los países en desarrollo como en los industrializados, el concepto de «jóvenes» varía de acuerdo a factores culturales y jurídicos, al tiempo que ha experimentado importantes cambios a lo largo del siglo XX, plasmados en la fijación de una edad de escolarización obligatoria, la elevación de la edad para contraer matrimonio o la legislación laboral protectora de la niñez.

Nuestro país no ha sido ajeno a esta evolución y prueba de ello ha sido la reciente modificación legislativa derivada de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria que ha dado nueva redacción a los artículos 48, 314 (disposición final primera) y derogado el artículo 316 CC (disposición derogatoria única). Tales cambios contemplan la supresión de la dispensa de edad a partir de los 14 años para contraer matrimonio y de la posibilidad de emancipación por tal motivo, reforma reiteradamente demandada por el Comité de los Derechos del Niño.

La adolescencia merece también una referencia como etapa clave del desarrollo de las personas, condicionada por los procesos biológicos de maduración física y sexual y ligada a la experimentación, la exploración y la asunción de riesgos. El adolescente es una persona diferente del niño, pero también distinta al adulto. El desarrollo de la identidad, la transición hacia una mayor independencia, la adquisición de mayores responsabilidades, la mayor conciencia y control de los actos son algunos de

los jalones que marcan la adolescencia. El carácter vulnerable del adolescente puede verse acentuado por una pluralidad de factores, entre los que destacan los individuales (edad, conocimientos, habilidades sociales, control de sus actos...), familiares (apoyo), grupo de iguales, nivel de servicios a los que tiene acceso en su comunidad o las normas y prácticas culturales.

Al definir la franja de edad que comporta el concepto de «juventud» ya se expresaron las dificultades prácticas que entraña concretar los tramos de edad. Aunque se ha utilizado un concepto que se encuentra incorporado en nuestro ordenamiento (en la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes) y que se corresponde con el habitualmente manejado por Naciones Unidas, la franja de edad contemplada resulta demasiado amplia atendiendo a las pautas que se manejan en Derecho Comparado. Como se ha expuesto, el concepto de juventud es susceptible de ampliación o reducción en atención al contexto, que puede ser geográfico, cultural o referido, por ejemplo, a actividades específicas.

Por otra parte, conceptos tales como «juventud», «mayor edad», o «edad para el consentimiento» son construcciones sociales no estáticas. Buen ejemplo de ello es la evolución del concepto de mayor edad en nuestro ordenamiento. El Código Civil español redujo la edad que figuraba en el derecho de partidas (25 años) paulatinamente a 23 (art. 320 CC, Gaceta de Madrid de 25 de octubre de 1888, n.º 299), 21 (Ley de 13 de diciembre de 1943, sobre la fijación de la mayoría de edad civil) y, finalmente, a los actuales 18 años del artículo 315 CC (RDL 33/1978, de 18 de noviembre, sobre mayoría de edad) en concordancia con el artículo 12 CE. Actualmente es generalmente aceptada la edad de 18 años como el momento de cambio a la vida adulta, lo que no obsta para que determinadas actividades puedan ser realizadas con eficacia en una edad inferior (por ejemplo, el consentimiento a las intervenciones sanitarias) u otras requieran una edad superior (por ejemplo, la capacidad para ser adoptante, que el artículo 175 CC fija en 25 años). El marco debe tener una cierta flexibilidad.

En este sentido, debe mencionarse el todavía vigente artículo 69 CP. Es cierto que se trata de un precepto que «carece de contenido práctico», cuya existencia «obedecía solo a consideraciones preventivo-especiales y no a suponer una menor culpabilidad por el delito cometido» (STS n.º 11/2016, de 21 de enero). Ello no obstante, la equiparación que establece resulta significativa, pese a no ser aplicable en el ámbito de la LORPM. Así lo reconoce la Instrucción 5/2006, de 20 de diciembre, sobre los efectos de la derogación del artículo 4 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, prevista por Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, cuando reseña que «la definitiva aplicación de la norma derogada no impide el adecuado tratamiento de las circunstancias personales, en particular la inmadurez, de los jóvenes afectados, en el marco del Derecho Penal, la legislación penitenciaria y los instrumentos internacionales aplicables» (véase, en este sentido, la STS n.º 508/2007, de 13 de junio). Evidentemente, como recuerda la Instrucción, no se puede convertir en menores de edad a quienes legal y constitucionalmente no lo son. Ahora bien, ello no obsta a que ciertas características de su personalidad aconsejen un tratamiento especial en el marco penal.

Esta previsión del artículo 69 CP de tratamiento como menores de los jóvenes mayores de 18 años y menores de 21, permite operar con un parámetro especialmente adecuado para interpretar el artículo 183 quater CP.

La existencia de un concepto de juventud aplicable al artículo 183 quater CP, conforme se ha señalado, no impide que pueda contemplarse una subdivisión en el marco de los jóvenes adultos que abarque, por un lado, al mayor de 18 y menor de 21 y, por otro, al comprendido entre los 21 y 24 años. En este último tramo –en el que las diferencias de edad son ostensibles– las exigencias de comprobación de la similitud

de desarrollo y madurez habrán de ser evidentemente mayores, de forma que la aplicación de la excepción en tales supuestos devendrá excepcional.

5. SIMETRÍA DE EDADES Y RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES

En materia de responsabilidad penal de los menores, la aplicación de este tipo de excepciones constituía ya práctica habitual. Ya se ha citado la Circular 9/2011 que estableció como conclusión (apartado XII.2.2) que «determinados contactos sexuales entre menores de similar edad sin la concurrencia de violencia o intimidación, prevalimiento o engaño, pese a encajar formalmente en los tipos contra la indemnidad sexual, pueden demandar el archivo (art. 16 LORPM) cuando los hechos, por quedar al margen de la finalidad de protección de la norma penal, no alcancen el mínimo de antijuridicidad exigible».

La Circular precisa que «en este ámbito debe huirse de las respuestas estereotipadas para tratar de llegar en cada caso a la solución más adecuada a partir del abanico de posibilidades que la LORPM ofrece, sopesando las peculiaridades inherentes a los menores como seres en evolución y evitando operar con los esquemas propios del Derecho Penal de adultos, teniendo presente el fuerte componente de etiquetaje inherente a las condenas formales por hechos relativos a la delincuencia sexual».

Tanto la Unidad de Menores de la FGE (dictámenes 4/2011 y 2/2015) como las Jornadas de Fiscales Delegados han abordado esta cuestión, siguiendo la doctrina ya fijada en la Circular antedicha.

Por tanto, conforme a lo acordado a la Conclusión IV.3.^a de las Jornadas de Fiscales Delegados de 2015, «en la instrucción de las causas por presuntos abusos sexuales sobre menores de dieciséis años se tomará especialmente en cuenta el nuevo artículo 183 quater del CP, interpretado a partir de las directrices impartidas en la Circular 9/2011 de la FGE (apdo. III.2. Tratamiento de los delitos contra la indemnidad sexual). Se buscará la respuesta individualizada en cada caso, que puede ser el archivo (art. 16 LORPM), cuando por las circunstancias y proximidad de edad se estime que los hechos no afectan ni a la libertad ni a la indemnidad sexuales y quedan al margen del ámbito de protección de la norma penal».

6. POSIBILIDAD DE CONSTRUIR UNA ATENUANTE ANALÓGICA EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 183 QUATER

En el caso de quedar plenamente acreditadas las circunstancias previstas en el artículo 183 quater (consentimiento libre de la víctima y proximidad por edad y grado de desarrollo o madurez) debe procederse al sobreseimiento del n.º 2 del artículo 637 LECrim, «cuando el hecho no sea constitutivo de delito».

El precepto sustantivo no hace referencia a la posibilidad de que, concurriendo el consentimiento y la proximidad por edad, el grado de desarrollo o madurez concurra solo parcialmente, de forma que, aunque la vulnerabilidad de la víctima y la situación de abuso exijan la aplicación de una sanción penal, atendidas las circunstancias del adulto y del menor, esta deba ser atenuada.

En el Derecho Comparado la posibilidad de aplicar simples atenuaciones en los países que contemplan este tipo de excepciones es bastante común.

Desde luego, no parece existir inconveniente a su valoración puesto que el artículo 66.6 CP permite atender a las «circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho», cuando no concurren agravantes ni atenuantes.

Más compleja es la posibilidad de apreciar en estos casos una circunstancia atenuante de análoga significación conforme al artículo 21.7.^a CP. Con carácter general, «la doctrina jurisprudencial no acepta una minoría de edad incompleta que pueda dar lugar a la aplicación de una atenuante analógica» (STS n.º 922/2012, de 4 de diciembre). De hecho, «por sí sola, la edad del autor del delito, una vez superada la legalmente prevista para la aplicación de la legislación especial relativa a la responsabilidad penal de los menores, no puede operar influyendo en la culpabilidad del autor del ilícito» (STS n.º 154/2009, de 6 de febrero).

La primera de las resoluciones anteriormente citadas señaló: «Es cierto que el CP 95 valoró la existencia de un espacio intermedio, entre la menor edad penal y la plena madurez, entre los 18 y los 21 años, al disponer en el artículo 69 que «al mayor de dieciocho años y menor de veintiuno que cometa un hecho delictivo, podrán aplicársele las disposiciones de la ley que regule la responsabilidad penal del menor en los casos y con los requisitos que ésta disponga». Sin embargo la LO 9/2002, de 10 de diciembre suspendió la aplicación de la Ley del Menor a las personas de entre 18 y 21 años, con carácter general para cualquier infracción, hasta el 1 de enero de 2007. Y la LO 8/2006, de 4 de diciembre, derogó el artículo 4 de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor que preveía las condiciones de aplicación del artículo 69 CP, haciendo inaplicable dicho precepto». Por ello, continúa la sentencia, «en los casos de acreditada inmadurez mental del agente que ya ha cumplido 18 años lo que procede no es la atenuante analógica con la minoría de edad, sino la eximente incompleta o la atenuante analógica referidas a la anomalía o alteración psíquicas» (así, SSTS 948/2000, de 29 de mayo y 1050/2002, de 6 de junio). En definitiva, «se es o no mayor de edad desde la perspectiva penal y no cabe una mayoría de edad incompleta, con independencia de que puedan serle aplicados a la persona concernida los expedientes de atenuación recogidos en el artículo 21 CP como atenuante o eximente incompleta pero no fundadas en la edad mayor de 18 años, pero inferior a 21 años» (STS n.º 11/2016, de 21 de enero).

Sin embargo, en el ámbito del artículo 183 quater la *ratio essendi* del tratamiento especial no es la simple alegación de la edad.

El Tribunal Supremo ha considerado que pueden ser apreciadas como circunstancias atenuantes por analogía «las que se conecten con algún elemento esencial definidor del tipo penal, básico para la descripción e inclusión de la conducta en el Código penal, y que suponga la ratio de su incriminación o esté directamente relacionada con el bien jurídico protegido» (SSTS n.º 516/2013, de 20 de junio y 945/2013, de 16 de diciembre, entre otras). La propia rúbrica del capítulo II bis, al referirse a «abuso» (excluyendo las conductas de agresión sexual por no obedecer a actos consensuados, como ya se dijo), indica con claridad que nos encontramos en este supuesto. La ausencia de abuso excluye la posible responsabilidad penal, pero el caso concreto puede dar lugar a que, sin llegar a este punto, haya lugar a una modulación.

Debe, por tanto, admitirse la posibilidad de construir una atenuante analógica con relación al artículo 183 quater cuando solo parcialmente concurren sus presupuestos exoneradores. Incluso será admisible apreciarla como muy cualificada para los supuestos en los que, sin ser admisible la exoneración total, atendidas las circunstancias concurrentes, la relación entre el autor y el menor sea cercana a la simetría en el grado de desarrollo y madurez. En todo caso siempre será imprescindible la concurrencia de consentimiento.

La exención total requerirá, además del consentimiento libre, la concurrencia cumulativa de los dos presupuestos que incorpora la cláusula: proximidad en edad y proximidad en el grado de desarrollo y madurez.

Indirectamente conectado con lo anterior, la alegación del desconocimiento de la edad del sujeto pasivo suele presentarse, como argumento de defensa, en este tipo de infracciones. Dicho conocimiento equivocado o juicio falso puede constituir error de tipo (art. 14.1 CP). Es indiferente que sea vencible o invencible, «dado que el delito de abusos sexuales no contempla la modalidad culposa» (STS n.º 183/2016, de 4 de marzo), por lo que el error vencible también genera como efecto la exención de responsabilidad penal.

La regla del artículo 183 quater CP, como complemento de la fijación de la edad mínima de consentimiento sexual en los 16 años, tendrá consecuencias en relación con la posibilidad de apreciar error de tipo respecto del elemento de la edad cuando las relaciones sean consentidas.

Con la legislación precedente (en la que la edad del consentimiento sexual se fijaba en los 13 años y no existía exención de responsabilidad posible), cuando un mayor de edad mantenía relaciones con un menor de 13 años desconociendo esta condición, en algunos supuestos se admitió el error vencible de tipo. Tal es el caso de la STS n.º 58/2017, de 7 de febrero que absolvió a una mujer de 32 años que mantuvo relaciones sexuales con el hijo de su socio, de 12 años de edad, desconociendo su edad exacta. El TS subrayó que la verosimilitud de las circunstancias que condujeron al error había sido comprobada por la Sala en apelación, al haber examinado personalmente a la víctima concluyendo que el menor «presentaba una apariencia física adolescente, con una especial corpulencia y un tono de voz que dificultaría, de no conocer sus datos personales, la precisión de su edad, no descartando situar la misma en una horquilla entre los 15 y 16 años».

Tras la reforma operada por LO 1/2015, al elevarse la edad del consentimiento sexual a los 16 años e incluirse una exención de responsabilidad basada en el consentimiento del menor de esa edad, el radio de operatividad del error de tipo queda muy reducido, por cuanto el hecho de que el autor desconociera la edad exacta del menor y creyera que estaba por encima de los 16 años no tendrá consecuencias penales si efectivamente la relación fue consentida y se dan el resto de requisitos que prevé el artículo 183 quater, es decir, una simetría de edad y de grado de madurez o desarrollo. Sólo cuando no se den éstas podría, en teoría, venir en aplicación el error de tipo del artículo 14 CP.

En definitiva, si el adulto mantiene una relación sexual con un menor de 16 años en la creencia de que superaba dicha edad y se dan simetría de edad y madurez o desarrollo, el error no tendrá incidencia y resultará de aplicación la exención de responsabilidad del artículo 183 quater. Si, por el contrario, se mantienen relaciones sexuales con error sobre la edad (siempre que obviamente concurren elementos que permitan dar verosimilitud al error) y se produce una asimetría de edad o del grado de madurez o desarrollo podría apreciarse el error vencible de tipo.

Debe recordarse que el error de tipo «no ha de considerarse necesariamente como cierto por el solo hecho de su invocación» (SSTS n.º 533/2010, de 25 de marzo y 145/2011, de 21 de febrero, entre otras). Se trata de una circunstancia excepcional que ha de quedar acreditada como el hecho enjuiciado. Su apreciación depende, en cada caso, de que los datos objetivos y materiales probados permitan inferir la existencia del error como conclusión razonable.

En lo que se refiere a las simples dudas, la STS n.º 97/2015, de 24 de febrero, expresa: «Cuando el autor desconoce en detalle uno de los elementos del tipo, puede tener razones para dudar y además tiene a su alcance la opción entre desvelar su exis-

tencia o prescindir de la acción. La pasividad en este aspecto seguida de la ejecución de la acción no puede ser valorada como un error de tipo, sino como dolo eventual. Con su actuación pone de relieve que le es indiferente la concurrencia del elemento respecto del que ha dudado, en función de la ejecución de una acción que desea llevar a cabo. Actúa entonces con dolo eventual (SSTS 123/2001, 5 de febrero y 159/2005, 11 de febrero). Y el dolo eventual deviene tan reprochable como el dolo directo, pues ambas modalidades carecen de trascendencia diferencial a la hora de calibrar distintas responsabilidades criminales».

El Tribunal Supremo ha estimado que, incluso aun cuando se llegase a admitir un error sobre la edad exacta de la víctima, puede resultar aplicable otra modalidad delictiva (así, STS n.º 58/2017, de 7 de febrero, FJ 10.º, que, *obiter dicta* y refiriéndose a la regulación precedente, reseñó la posibilidad de calificar los hechos como abuso sexual con prevalimiento sobre víctima especialmente vulnerable por razón de edad).

Si el sujeto activo cree erróneamente que el menor de edad tiene 16 o 17 años, podría resultar aplicable el actual artículo 182 (que exige que la acción se realice «interviniendo engaño o abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima»). Es en este punto necesario recordar que nuestro ordenamiento se inspira en la tutela de la indemnidad sexual de los menores.

7. ÁMBITO DE APLICACIÓN

El precepto señala que «el consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este capítulo...».

El capítulo al que la norma se proyecta es el II bis, que abarca acciones típicas en las que concurre violencia, intimidación o prevalimiento. Lógicamente estas acciones en ningún caso pueden entenderse consensuadas y por tanto no cabrá ante ellas aplicar la previsión del artículo 183 quater CP.

En relación con el delito del artículo 183 ter CP apartado primero (el doctrinalmente denominado grooming) podrá teóricamente apreciarse esta cláusula en relación con el tipo básico, pero no respecto del agravado, que requiere la concurrencia de violencia, intimidación o engaño.

Tampoco podrá apreciarse la exención respecto del delito del apartado segundo del artículo 183 ter, por ser incompatible el «consentimiento libre» que se exige en el 183 quater con el «embaucamiento» propio del doctrinalmente denominado sexting.

Debe en este punto darse por reproducidas las consideraciones contenidas en el epígrafe 5.7 de la Circular 2/2015, de 19 de junio, sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por LO 1/2015. En esta Circular se llegó a la conclusión de que debía ponderarse la posibilidad de instar el sobreseimiento en «supuestos en los que el material se hubiera elaborado respecto de menores mayores de 16 años, con pleno consentimiento de éstos y en condiciones que excluyan totalmente el riesgo de difusión a terceros». Pese a que la conducta sería formalmente antijurídica, «desde un punto de vista de antijuridicidad material no se colmaría el mínimo exigible, al no lesionarse el bien jurídico protegido» (conclusión 6.2). Pues bien, los mismos razonamientos y la misma conclusión serán aplicables en los casos en los que, aun tratándose de menores de dieciséis años, se hubiera aplicado el artículo 183 quater a la relación sexual subyacente.

8. CLÁUSULA DE VIGENCIA

La presente Circular no afecta a la vigencia de las Circulares e Instrucciones anteriores.

9. CONCLUSIONES

1.^a El fundamento de la excepción contemplada en el artículo 183 quater CP radica en evitar interpretaciones estrictas que castiguen las relaciones sexuales consentidas entre adolescentes o personas jóvenes entre las que no existan diferencias sustanciales en cuanto edad y madurez. Dicha situación excluye la noción de abuso.

2.^a El Legislador, para conferir eficacia al consentimiento del menor de 16 años, ha optado por un criterio mixto fundado en dos parámetros: uno cronológico (edad similar) y otro biopsicosocial (semejante grado de desarrollo o madurez).

3.^a El artículo 183 quater no define franjas concretas de edad. Es posible, no obstante, fijar marcos de protección según la víctima sea impúber (en todo caso), haya alcanzado la pubertad y no sea mayor de 13 años (la exención se limitaría generalmente a autores menores de 18 años), y menores de 14 y 15 años (cuyos contactos sexuales podrían abarcar a sus iguales jóvenes).

4.^a Dentro de la franja de edad de los adultos jóvenes, debe precisarse entre la comprendida entre 18 y menos de 21 y la situada entre 21 y 24 años inclusive. En la última subdivisión, solo muy excepcionalmente podrá contemplarse la exclusión o la atenuación habida cuenta de la importante diferencia de edad y el alejamiento de las franjas cronológicas que, ordinariamente, resultan del derecho comparado (entre 2 y 5 años). Estos criterios deben considerarse orientadores.

5.^a La capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de los actos no va ligada, de manera uniforme, a la edad cronológica. Las diferencias en este aspecto deben constatar caso por caso y, sobre todo atender al hecho de que, cuanto mayor sea la diferencia de edad, mayor necesidad habrá de acreditar la semejanza en cuanto a desarrollo o madurez.

6.^a En lo que atañe a la LORPM, siguen manteniendo su vigencia, *mutatis mutandis*, los pronunciamientos de la Circular 9/2011, de 16 de noviembre. Se buscará la respuesta individualizada en cada caso, que puede ser el archivo (art. 16 LORPM), cuando por las circunstancias y proximidad de edad se estime que los hechos no afectan ni a la libertad ni a la indemnidad sexual y quedan al margen del ámbito de protección de la norma penal.

7.^a En el caso del autor adulto, de acreditarse las circunstancias del artículo 183 quater, procederá el sobreseimiento del artículo 637, n.º 2, LECrim.

8.^a Cabe la posibilidad de construir una atenuante por analogía en tanto que la concurrencia parcial puede excluir la idea de abuso en forma relativa. Deberá atenderse al caso concreto y la situación deberá abarcar necesariamente la proximidad por edad dispuesta en el precepto, siendo graduable el grado de desarrollo o madurez al objeto de establecer el alcance de la atenuación. Debe admitirse la posibilidad de apreciar la atenuante analógica como muy cualificada, para los supuestos en los que sin ser admisible la exoneración total, atendidas las circunstancias concurrentes, la relación entre el autor y el menor sea muy cercana a la simetría en el grado de desarrollo y madurez.

9.^a La exención no podrá aplicarse a acciones típicas en las que concurra violencia, intimidación o prevalimiento.

En relación con el delito del artículo 183 ter, apartado primero (grooming), podrá teóricamente apreciarse la exención en relación con el tipo básico, pero no respecto del agravado, que exige la concurrencia de violencia, intimidación o engaño.

No podrá apreciarse esta cláusula en el delito del apartado segundo del artículo 183 ter (sexting), por ser incompatible el «consentimiento libre» que se exige en el artículo 183 quater con el «embaucamiento» propio de este tipo.

En razón de todo lo expuesto, con el propósito de cumplir las obligaciones que impone nuestro ordenamiento jurídico al Ministerio Público, los Sres. Fiscales se atenderán en lo sucesivo a las prescripciones de la presente Circular.

CIRCULAR 3/2017, DE 21 DE SEPTIEMBRE, SOBRE LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL OPERADA POR LA LO 1/2015, DE 30 DE MARZO, EN RELACIÓN CON LOS DELITOS DE DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS Y LOS DELITOS DE DAÑOS INFORMÁTICOS

SUMARIO: Introducción.–1. Novedades introducidas en los delitos de descubrimiento y revelación de secretos. 1.1 Nueva redacción del artículo 197 CP. 1.2 El nuevo apartado 7.º del artículo 197 CP. 1.3 El nuevo artículo 197 bis CP. 1.3.1 Acceso ilegal a sistemas informáticos (art. 197 bis.1). 1.3.2 Interceptación ilegal de datos informáticos (art. 197 bis.2). 1.4 El nuevo artículo 197 ter CP. 1.5 El nuevo artículo 197 quater CP. 1.6 El nuevo artículo 197 quinquies CP. 1.7 El artículo 198 CP. 1.8 Condiciones de perseguibilidad de estas conductas.–2. Novedades introducidas en los delitos de daños informáticos. 2.1 Nueva redacción del artículo 264 CP. 2.1.1 Los subtipos agravados del artículo 264.2 CP. 2.1.2 La agravación específica del artículo 264.3 CP. 2.2 El nuevo artículo 264 bis CP. 2.3 El nuevo artículo 264 ter CP. 2.4 El nuevo artículo 264 quater CP.–Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

La reforma llevada a efecto en el Código penal por la LO 1/2015, de 30 de marzo, afecta de forma importante a la regulación hasta ahora existente en materia de delitos de descubrimiento y revelación de secretos y de daños informáticos. Los primeros encuadrados en el capítulo I del título X del libro II del CP, dedicado a «Los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», y los segundos en el capítulo IX del título XIII del libro II del CP, dedicado a los «Delitos contra el Patrimonio y contra el Orden Socioeconómico».

El Preámbulo de la citada Ley Orgánica, en su apartado XIII, se refiere a las modificaciones introducidas en estas tipologías delictivas como consecuencia de la incorporación al ordenamiento jurídico interno de la Directiva 2013/40/UE, del Parlamento y del Consejo, de 12 de agosto de 2013, relativa a los ataques contra los sistemas de información. Pero las novedades incorporadas en los tipos penales concernientes a los delitos de descubrimiento y revelación de secretos obedecen también a la voluntad del Legislador de ofrecer respuesta penal ante determinados comportamientos, concretamente los relacionados con la divulgación de imágenes o grabaciones de una persona que, aun obtenidas con su consentimiento, se difunden contra su voluntad afectando gravemente a su intimidad personal.

En cualquier caso, el análisis de las novedades incorporadas en unos y otros tipos delictivos exige previamente una reflexión sobre el sentido y alcance de la Directiva 2013/40/UE. Al respecto ha de recordarse que dicha norma europea, dictada en el marco del proceso de aproximación de las legislaciones penales de los Estados miembros en que nos encontramos inmersos, sustituye a la Decisión Marco 2005/222/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa también a los ataques contra los servicios de información, cuya publicación en febrero del año 2005 tuvo un doble objetivo: por una parte el establecimiento de normas mínimas comunes para todos los Estados en la definición de las infracciones penales para hacer frente a los ataques informáticos y las sanciones aplicables a las mismas, y de otro lado reforzar y mejorar la cooperación entre las autoridades competentes de los Estados y los organismos europeos con responsabilidad en esta materia.

La citada Decisión Marco 2005/222/JAI fue incorporada al ordenamiento jurídico español a través de la reforma operada en el Código Penal por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que dio lugar a la modificación del artículo 197 del Código Penal y concretamente a la tipificación del acceso ilegal a sistemas informáticos, en el apartado tercero del citado precepto, así como a la previsión, en el párrafo segundo de este mismo apartado, de las penas correspondientes a las personas jurídicas en los supuestos en que resultaran responsables de estos ilícitos en aplicación del artículo 31bis del mismo texto legal. También fruto de este mismo objetivo, de incorporación al ordenamiento interno de la citada norma europea, se añadió en éste mismo precepto un nuevo apartado, el número 8, en el que se contemplaba una agravación de la pena cuando los delitos hubieran sido cometidos en el seno de una organización o grupo criminal.

Asimismo, la transposición de la indicada Decisión Marco dio lugar a la tipificación específica en el artículo 264 CP de los delitos de daños informáticos, en relación con los cuales también se contempló, siguiendo las directrices de dicha norma europea, similar agravación penológica en los supuestos de actuación en el marco de una organización criminal, así como la posibilidad de extender la responsabilidad penal por estos hechos a las personas jurídicas cuando concurrieran las circunstancias previstas en el artículo 31 bis CP, estableciéndose en el apartado 4.º citado precepto, las sanciones imponibles en esos supuestos.

Pese a este esfuerzo realizado por el Legislador, tanto español como europeo, por definir los tipos delictivos que permitieran la persecución y sanción en vía penal de determinados comportamientos surgidos al hilo del desarrollo tecnológico cuyo objeto son los propios datos y sistemas informáticos, la rápida evolución de esas mismas tecnologías ha ido determinando, en pocos años, la aparición de nuevos riesgos y amenazas y, por ende, la necesidad de articular otras figuras delictivas –o modificar las ya existentes– de tal forma que sea posible actuar penalmente frente a estas nuevas situaciones cuando se estime que por su gravedad y por los riesgos que generan se hacen acreedoras de dicho reproche.

Se refiere concretamente la Directiva a la amenaza que supone para la Unión el riesgo de ataques informáticos de carácter terrorista o de naturaleza política contra los sistemas informáticos de las infraestructuras críticas de los Estados Miembros o de las Instituciones de la Unión, e igualmente a la tendencia creciente hacia ataques a gran escala a partir de nuevos métodos de actuación como la creación y utilización de redes infectadas de ordenadores (botnets). Por ello el Legislador europeo plantea la necesidad de dotarse de herramientas legales que permitan hacer frente a determinadas conductas, particularmente aquellas que se producen en fases más incipientes de la planificación y desarrollo de la actividad delictiva, así como el establecimiento de sanciones más graves en atención a la importancia o trascendencia de los sistemas afectados por los ciberataques.

De acuerdo con este planteamiento, la Directiva 2013/40/UE insta a los Estados a la tipificación penal de nuevas conductas no contempladas en la Decisión Marco 2005/222/JAI tales como la interceptación ilegal de transmisiones no públicas de datos informáticos o la producción intencional, venta, adquisición para el uso, importación, distribución u otra forma de puesta a disposición de instrumentos aptos para cometer este tipo de infracciones con la intención de que sean utilizados con esa finalidad. La Directiva también demanda de los Estados el establecimiento para esta clase de ilícitos de penas efectivas, proporcionadas y disuasorias, contemplando agravaciones en atención a circunstancias tales como la importancia de los daños causados, la afectación de sistemas de infraestructuras críticas o la utilización en la acción criminal de datos de carácter personal de otra persona.

No sería completa esta introducción sin reseñar que esta Directiva europea toma como punto de partida para la definición de los tipos penales los artículos 2 a 6 de la Convención sobre Ciberdelincuencia –también conocida como Convención de Budapest–, aprobada por el Consejo de Europa en el año 2001 y ratificada por España en Instrumento publicado en el BOE el 17 de septiembre de 2010. Ello se debe a que el Consejo Europeo, en Conclusiones adoptadas en noviembre del año 2008, consideró que cualquier estrategia de actuación sobre esta materia en el ámbito de la Unión Europea debía tener como marco jurídico de referencia la citada Convención del Consejo de Europa. Consecuentemente, la Directiva no solamente asume sus directrices en las definiciones que incorpora en su articulado sino que, en su considerando decimoquinto, también insta a los Estados Miembros que aún no lo hayan hecho a llevar a efecto el proceso de ratificación de la misma.

Esta decisión se enmarca en el objetivo –plenamente aceptado en la Unión Europea, y en menor medida en otros espacios geográficos más amplios– de hacer posible un uso seguro del ciberespacio en el que se garanticen los derechos de todos los ciudadanos y también la protección de organismos e instituciones públicos y privados y de los propios Estados. Se trata de un planteamiento abierto que pretende alcanzar a cualquier actividad que se desarrolle a través de las redes y que ha dado lugar, entre otras iniciativas, a la elaboración de una Estrategia Europea de Ciberseguridad, a la aprobación en diciembre del año 2013 de nuestra propia Estrategia de Ciberseguridad Nacional y más recientemente a la tramitación y publicación de la Directiva (UE) 2016/1148, de 6 de julio, sobre seguridad de las redes y de la Información, destinada a armonizar y coordinar las actuaciones de los

Estados de la Unión frente al desafío que supone ofrecer respuestas eficaces contra el uso irregular del ciberespacio, una de cuyas manifestaciones más perversas es precisamente la cibercriminalidad.

1. NOVEDADES INTRODUCIDAS EN LOS DELITOS DE DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS

Las modificaciones operadas en estos delitos proceden de dos momentos distintos en la tramitación parlamentaria del proyecto de ley de reforma del CP. En un primer momento las modificaciones se limitaban a la incorporación, en un apartado (4 bis) del artículo 197, de un nuevo tipo penal para sancionar las conductas de quienes sin autorización de la persona afectada difundieran o revelaran a terceros imágenes o grabaciones de carácter privado obtenidas con la anuencia de aquella cuando dicha divulgación supusiera un grave menoscabo en su intimidad y, por otro lado, a efectuar una pequeña modificación de carácter sistemático, en el apartado 7 del citado precepto.

Sin embargo, la publicación de la Directiva 2013/40/UE de 12 de agosto, antes referida, determinó la introducción, ya en trámite parlamentario, de las novedades que tienen por objeto incorporar en nuestro ordenamiento jurídico dicha Directiva, cuyo plazo de implementación finalizaba en septiembre del año 2015. A dicho fin no solo se modifica el actual artículo 197 CP sino que se añaden los artículos 197 bis, ter, quater y quinquies.

1.1 Nueva redacción del artículo 197 CP

Las novedades en el artículo 197 son las siguientes:

A) El delito de acceso ilegal a sistemas informáticos, tipificado hasta el momento, y desde la reforma operada en el Código Penal por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en el apartado tercero de este precepto, se traslada al nuevo artículo 197 bis, lo que determina la reordenación de los apartados 4, 5, 6 y 7 del anterior artículo 197 que en su vigente redacción pasan respectivamente a reenumerarse como 3, 4, 5 y 6.

Según se hace constar en el Preámbulo, siguiendo con ello el propio planteamiento de la Directiva europea, se introduce una separación nítida entre los supuestos de revelación de datos que afectan directamente a la intimidad personal y el acceso a otros datos o informaciones que pueden afectar a la privacidad pero que no están referidos directamente a la intimidad personal; no es lo mismo el acceso al listado personal de contactos que recabar datos relativos a la versión del software empleado o a la situación de los puertos de entrada a un sistema. Por ello se opta por una tipificación separada y diferenciada del mero acceso a los sistemas informáticos.

La decisión de sancionar separadamente el acceso ilegal a sistemas, adoptada por el Legislador ha de considerarse acertada, ya que su anterior ubicación resultaba perturbadora en la interpretación y aplicación de este tipo penal. Es evidente que en éstos casos el bien jurídico protegido, no es directamente la intimidad personal, sino más bien la seguridad de los sistemas de información en cuanto medida de protección del ámbito de privacidad reservado a la posibilidad de conocimiento público. Lo que sanciona este precepto es el mero acceso a un sistema vulnerando las medidas de seguridad y sin estar autorizado para ello, sin que se exija que dicha conducta permita, de lugar, o posibilite en alguna forma el conocimiento de información de carácter íntimo o reservado. Con la tipificación en un precepto independiente se solventa la incongruencia, denunciada por buena parte de la doctrina, de sancionar esta conducta en el marco de un tipo penal definido por el dolo específico de descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro.

B) El antiguo apartado quinto de este precepto, además de su reordenación numérica como apartado cuarto a la que anteriormente se ha hecho referencia, es objeto de modificación al incorporar una nueva circunstancia determinante de la elevación de la pena privativa de libertad que será, de concurrir la misma, la de tres a cinco años. Así, junto a la tradicional agravación prevista para los supuestos en que los autores del hecho ilícito sean las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros, se contempla en el nuevo texto, con igual carácter, el supuesto en que los hechos sancionados en los párrafos 1.º y 2.º del mismo artículo se lleven a cabo mediante la utilización no autorizada de datos personales de la víctima.

Lo que el Legislador pretende sancionar más gravemente son aquellas conductas en las que el autor del hecho no solo invade intencionadamente la intimidad de una persona, cometiendo alguna de las conductas típicas, sino que además lleva a efecto dicho comportamiento haciendo uso de las señas de identidad propias de la víctima, es decir, haciéndose pasar por ella como medio para lograr sus criminales propósitos. Esta agravación, aunque está contemplada para su apreciación en cualquiera de las acciones previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 197 CP, encuentra su pleno significado en las conductas de acceso, apoderamiento o modificación de información de carácter personal almacenada en archivos o registros públicos o privados, para cuya ejecución suele resultar necesario acreditar que quien actúa es el titular de la información, bien sea ante terceros encargados de su custodia bien sea para superar las barreras tecnológicas establecidas como medio de asegurar esa protección. De hecho, en este último caso, la agravación concurrirá en muchos de los supuestos, por la necesidad de hacer uso de contraseñas personales para el acceso a dichos registros o archivos.

Como ya se ha indicado, el precepto se refiere a los supuestos de utilización de datos personales. Como tales han de entenderse no solo los datos de identidad oficial, en sentido estricto, sino cualesquiera que sean propios de una persona o utilizados por ella y que la identifiquen o hagan posible esa identificación frente a terceros tanto en un entorno físico como virtual. A los efectos de integrar este concepto, el artículo 3.a) de la Ley Orgánica de Protección de Datos 15/1999, de 13 de diciembre, define los datos de carácter personal como cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables, definición que se complementa con el artículo 5.1.f) del Reglamento que desarrolla tal Ley Orgánica, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, que entiende por tales cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificables. El mismo Reglamento proporciona en el apartado 5.1 o) el concepto de persona identificable describiéndola como toda persona cuya identidad pueda determinarse directa o indirectamente, mediante cualquier información referida a su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social. Una persona física no se considerará identificable si dicha identificación requiere plazos o actividades desproporcionados.

La Directiva 95/46/CE del Parlamento y del Consejo, de 24 de octubre, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales y a la libre circulación de los mismos, definía los datos personales en su artículo 2.a) como toda información sobre una persona física identificada o identificable. Se considerará identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social.

Actualmente, el nuevo Reglamento (UE) sobre Protección de Datos, 679/2016 del Parlamento y del Consejo de 27 de abril, que deroga la Directiva antes mencio-

nada y que será aplicable a partir del 25 de mayo de 2018, precisa aún más el alcance del concepto al considerar datos personales, en su artículo 4.1), toda información sobre una persona física identificada o identificable (el interesado), indicando a continuación que se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo, un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona.

En consecuencia no solo cabría entender como tales el nombre y apellidos sino también, entre otros, los números de identificación personal como el correspondiente al DNI, el número de teléfono asociado a un concreto titular (Informe Agencia Española de Protección de Datos n.º 285/2006), el número de afiliación a la Seguridad Social o a cualquier institución u organismo público o privado, la dirección postal, el apartado de correos, la dirección de correo electrónico (apartado II recomendación (R99) 5 de 23 de febrero del Consejo de Europa), la dirección IP (STS Sala 3.ª de 3 de octubre de 2014, recurso n.º 6153/2011; SSTS de la Sala 2.ª n.º 16/2014 de 30 enero y 167/2016 de 2 de marzo, entre otras, y STJUE de 19 de octubre 2016 asunto Patrick Breyer contra Alemania) la contraseña/usuario de carácter personal, la matrícula del propio vehículo (Informe Agencia Española de Protección de Datos n.º 425/2006), las imágenes de una persona obtenidas por Videovigilancia (Dictamen 4/2007 del Grupo de Trabajo creado al amparo del artículo 29 de la Directiva 95/46/CE), los datos biométricos y datos de ADN (Dictamen 4/2007 citado), los seudónimos (Dictamen 4/2007 citado) los datos personales relativos a la salud física o mental de una persona (art 4 del Reglamento europeo sobre Protección de Datos) así como también los datos identificativos que el afectado utilice habitualmente y por los que sea conocido.

C) Se suprime el apartado 8 del vigente artículo 197 referido en su versión anterior a los supuestos en que los hechos se cometan en el seno de una organización o grupo criminal, pasando a integrar dicha circunstancia el nuevo artículo 197 quater.

D) Se incorpora un nuevo apartado séptimo al artículo 197 cuyo alcance y contenido se analiza a continuación.

1.2 El nuevo apartado 7.º del artículo 197 CP

La redacción de este nuevo apartado es la siguiente:

Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquella que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona.

La pena se impondrá en su mitad superior cuando los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, la víctima fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa.

Es este un precepto con el que el Legislador pretende hacer posible la respuesta penal ante determinadas conductas asociadas con frecuencia, aunque no necesariamente, a supuestos de ruptura en relaciones de pareja o de amistad, que se ven favorecidas por la potencialidad que ofrecen las tecnologías de la información y la comunicación (en adelante TIC) para el copiado y difusión de imágenes y contenidos.

Este tipo de conductas, que se están detectando con relativa frecuencia, resultaban hasta ahora difícilmente encuadrables en el artículo 197 CP en su redacción previa a la reforma analizada, porque el tipo penal exigía que las imágenes o grabaciones audiovisuales que posteriormente iban a difundirse se hubieran obtenido sin consentimiento de la persona cuya intimidad resulta vulnerada. Por el contrario, lo que caracteriza a los supuestos que nos ocupan es que las imágenes/grabaciones se obtienen con la anuencia de la persona afectada, sobre la base, generalmente, de una relación de confianza, disponiéndose después de ellas, en perjuicio de la víctima, muchas veces por motivos de venganza o despecho.

Por eso, hasta el momento, la única posibilidad de actuar penalmente frente a estos comportamientos -y así lo ha venido haciendo el Ministerio Fiscal- era por la vía del artículo 173.1 del CP, y aun así, solo cuando resultaba posible acreditar que la difusión pública de imágenes o grabaciones de la víctima suponía un menoscabo en su integridad moral.

El nuevo tipo penal se refiere específicamente a imágenes o grabaciones audiovisuales de otra persona. Por tales hay que entender tanto los contenidos perceptibles únicamente por la vista, como los que se captan conjuntamente por el oído y la vista y también aquellos otros que, aun no mediando imágenes, pueden percibirse por el sentido auditivo. El Legislador no excluye ninguno de estos supuestos y ciertamente la difusión inconsentida de contenidos, en cualquiera de estas formas, es susceptible de determinar un menoscabo en la intimidad del afectado.

Para que el precepto sea aplicable es necesario que la grabación objeto de difusión se haya llevado a efecto en un marco espacial de carácter reservado, circunstancia ésta que el tipo penal concreta en la exigencia de que se haya obtenido en un domicilio, o en un lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, y con consentimiento o anuencia del afectado por ello. Es decir, resulta esencial a efectos de asegurar el carácter íntimo de la imagen o grabación, el lugar de la realización o toma de la misma, que ha de tratarse de un espacio físico excluido, en ese momento, al conocimiento de terceros.

La interpretación del concepto de domicilio, a estos efectos, no ofrece dificultad y ha sido objeto de una copiosa y pacífica elaboración jurisprudencial, que resume la STS n.º 731/2013 de 7 de octubre, con cita de otras muchas, al indicar que este concepto ha de entenderse de modo amplio y flexible ya que trata de defender los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de la persona, debiendo interpretarse a la luz de los principios que tienden a extender al máximo la protección a la dignidad, a la intimidad de la persona y al desarrollo de su privacidad a través de la cual proyecta su «yo anímico» en múltiples direcciones. Entendido en este contexto, el domicilio es el reducto último de la intimidad personal y familiar (SSTC n.º 69/1999 de 26 de abril y 283/2000 de 27 de noviembre, entre otras); y, a tal fin es indiferente que se trate del correspondiente a la víctima, al agresor o a un tercero.

Más dificultades ofrece, dada su imprecisión, la expresión otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros que puede generar problemas importantes a efectos probatorios. En teoría podría incluirse en esta expresión cualquier lugar cerrado, como un local comercial no abierto al público, o también un lugar al aire libre, si bien en este caso habría que acreditar que reúne garantías suficientes de privacidad de tal forma que pueda asegurarse que las escenas/imágenes, captadas o grabadas, lo fueron en un contexto de estricta intimidad y sustraído a la percepción de terceros ajenos a ellas. En ese sentido el concepto terceros habría que entenderlo referido a personas ajenas al acto o situación objeto de grabación, pues es obvio que en dichos acontecimientos pueden intervenir más de una persona y resultaría incongruente entender que el precepto es de

aplicación únicamente en los supuestos en que en las escenas objeto de captación intervinen exclusivamente la víctima y quien después dispone de ellas.

En definitiva, lo que el Legislador parece que ha pretendido con esta expresión es dejar constancia de que las imágenes que posteriormente se difunden tenían, en su origen, un carácter estrictamente privado -aunque no necesariamente con connotaciones sexuales- y que por las condiciones en que se obtuvieron -con anuencia de la víctima-, de no haber infringido el responsable criminal el deber/compromiso de sigilo o confidencialidad contraído implícitamente con la víctima, dicho carácter estaba asegurado. El problema, no obstante, es que la fórmula empleada por el Legislador para definir esta situación de privacidad o intimidad resulta en sí misma excesivamente cerrada y puede plantear dificultades prácticas en orden a su acreditación.

La conducta típica consiste en difundir, revelar o ceder a terceros las referidas imágenes sin la autorización de la persona afectada. La falta de autorización de la víctima habrá de ser valorada en cada supuesto concreto de acuerdo con las circunstancias concurrentes. A estos efectos la declaración de la víctima constituirá, sin duda, un elemento esencial. En cualquier caso no resultará necesario acreditar una negativa expresa sino que podrá ser bastante con la no constancia de autorización, situación a la que han de equipararse los supuestos de falta de conocimiento por parte del afectado de la ulterior cesión o distribución.

Por terceros, como se ha expuesto, habrá que entender aquellas personas ajenas al círculo íntimo en el que se han obtenido las imágenes. Por su parte, personas afectadas serán aquella o aquellas cuya intimidad se vea menoscabada por la cesión o distribución inconstentida de las imágenes que protagonizan o en las que se encuentran reflejadas. Si las personas que aparecen en las imágenes fueran varias la difusión solo sería atípica si hubieran accedido a la misma todas y cada una de las personas que figuran en la imagen o grabación. No obstante a esos efectos ha de tenerse en cuenta que se trata de un delito únicamente perseguible a instancia del agraviado o de su representante legal, tal y como establece el artículo 201 CP, por lo que únicamente podría denunciar el hecho quien no habiendo autorizado la distribución se hubiera visto perjudicado por la misma.

No resulta ocioso recordar que nos hallamos ante un delito semipúblico en el que, por mor de lo dispuesto en el apartado tercero del citado artículo 201 CP, el perdón del ofendido o su representante legal extingue la acción penal sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 5.º del apartado 1.º del artículo 130 del mismo texto legal, relativo éste último a los supuestos de menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección. En consecuencia, el perdón de la persona cuya imagen hubiera sido difundida sin su autorización, producirá el indicado efecto cuando haya sido prestado en forma libre y voluntaria, circunstancia que habrán de valorar los Fiscales en cada caso concreto y en atención a las circunstancias concurrentes, especialmente en los supuestos -desgraciadamente frecuentes- en los que la conducta prevista en el artículo 197.7, se relaciona con situaciones de violencia de género y/o violencia doméstica.

Dadas las posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías de reenvío en forma casi instantánea de imágenes o grabaciones a un número ilimitado de personas -de lo que el llamado retuiteo es un excelente ejemplo-, necesariamente debe plantearse si el responsable criminal de esta conducta sería solo quien habiendo obtenido directamente la imagen íntima la difunde después, sin contar con la autorización de la víctima, o también todos aquellos que habiendo recibido dicha imagen/grabación como consecuencia del primer envío, o de una sucesión de ellos, la distribuyen a su vez a otras personas.

Teniendo en cuenta la redacción del precepto, es claro que el tipo penal del artículo 197.7 se ha configurado como un delito especial propio del que únicamente serían autores aquel o aquellos que, habiendo obtenido con la anuencia de la víctima la imagen o grabación comprometida inician, sin autorización del afectado, la cadena de difusión cediendo o distribuyendo dichos contenidos íntimos a otros, ajenos inicialmente –extranei–, a esa inicial relación con la víctima y a la obtención, por tanto, de la imagen o grabación comprometida. Ciertamente, en la conducta ilícita que examinamos pueden concurrir las diferentes formas de participación que contemplan los artículos 28 y 29 CP. Así, cabría la coautoría cuando dos o más personas comparten el dominio del hecho y obtienen las imágenes que posteriormente y sin autorización distribuyen, y la cooperación necesaria y la inducción en quienes, sin haber intervenido en la obtención de la imagen y antes de inicial transmisión, inducen o cooperan con los autores en la divulgación o cesión de los contenidos a otras personas. Es igualmente factible la participación como cómplice por parte de quien, sin estar incluido en los anteriores supuestos, colabora en la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos.

Cuestión distinta es la actuación de los terceros –extranei– que sin haber intervenido en la acción inicial antes descrita reciben en un momento posterior los contenidos comprometidos y los transmiten a otras personas distintas, conductas estas que, por mor de las posibilidades que ofrecen las herramientas tecnológicas, pueden reiterarse indefinidamente por una pluralidad de personas. Dichos comportamientos, en principio, únicamente podrían dar lugar a la utilización de los mecanismos previstos en la LO 1/1982 del protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

No obstante, en referencia a estos últimos comportamientos, habría de valorarse la posibilidad de apreciar la comisión de un delito contra la integridad moral del artículo 173.1 CP respecto de aquellos que, siendo extranei a la conducta del artículo 197.7, realizan ulteriores transmisiones a terceros de los contenidos comprometidos, a sabiendas de que la difusión se está llevando a efecto sin contar con la autorización del afectado y que la misma, en atención a la especial naturaleza de los contenidos y a las circunstancias concurrentes, puede menoscabar gravemente su integridad moral.

Esta misma posibilidad podría también ser tenida en cuenta respecto del propio autor de la conducta que es objeto de examen en aquellos supuestos en que la difusión inconsciente lesione no solo la intimidad del afectado sino que también, por la naturaleza de las imágenes difundidas, produzca una grave afección en la integridad moral de la persona concernida. En estos supuestos, al resultar afectados bienes jurídicos distintos, se produciría un concurso ideal entre el delito contra la intimidad del artículo 197.7 y un delito contra la integridad moral del artículo 173.1, ambos del CP a penar de conformidad con el artículo 77.2 del mismo texto legal.

El tipo penal exige que la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal del afectado. Es este un elemento que habrá de valorarse caso a caso, en atención a las circunstancias concurrentes, es decir, a partir del contenido mismo de la grabación, de la situación y condiciones en la que se llevó a efecto, e incluso de las propias características personales de la víctima. En realidad es un factor que, en alguna forma, impregna toda la interpretación del delito analizado, pues para que la acción sea típica será necesario que la imagen o grabación tenga una naturaleza esencialmente reservada, también que se haya tomado en un marco estrictamente privado y que su difusión pueda provocar una seria injerencia en el ámbito personal de intimidad del afectado, porque solo en ese caso el conocimiento por terceros de dichos contenidos podría generar una grave afección en su derecho a la intimidad personal. Al respecto es interesante recordar que, aun cuando normalmente las imágenes o grabaciones ten-

drán carácter sexual, las mismas pueden reflejar otros aspectos de la intimidad, tales como las creencias, la ideología, la salud física o psíquica o la situación económica del perjudicado.

Finalmente debe recordarse que el Legislador ha previsto la imposición de la pena en su mitad superior en los tres supuestos que se relacionan en el párrafo segundo de este artículo:

- a) Cuando el responsable fuera el cónyuge o la persona que esté, o haya estado unida a él (a la víctima), por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.
- b) Cuando la víctima fuera un menor o una persona con discapacidad necesitada de especial protección.
- c) Cuando los hechos se hubieran cometido con finalidad lucrativa.

A propósito de la segunda de estas circunstancias ha de plantearse la concurrencia de este ilícito con los delitos sancionados en el artículo 189 CP cuando las imágenes obtenidas y posteriormente difundidas merezcan la consideración de material pornográfico, de conformidad con lo dispuesto en el citado precepto en su actual redacción, concepto en cuya interpretación habrá de tenerse en cuenta lo establecido en la Circular 2/2015 de la Fiscalía General del Estado sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por LO 1/2015.

En estos supuestos se produciría un concurso ideal entre el delito que se examina, artículo 197.7, párrafo 2.º, y el artículo 189.1.º b) ambos del CP, a penar de conformidad con el artículo 77.2 del mismo texto legal dado que, como bien se explicaba en la Consulta 3/2006 de la Fiscalía General del Estado, la acción ilícita, no solamente lesiona la intimidad del afectado, cuya imagen se difunde sin su autorización, sino que pone también en peligro la indemnidad sexual de los menores, genéricamente considerados, como bien jurídico protegido en los delitos de pornografía infantil.

1.3 El nuevo artículo 197 bis CP

La Ley Orgánica 1/2015 incorpora este nuevo precepto que a su vez tiene dos apartados que recogen respectivamente el acceso ilegal a sistemas informáticos y la interceptación ilegal de datos informáticos.

1.3.1 ACCESO ILEGAL A SISTEMAS INFORMÁTICOS (ARTS. 197 BIS.1)

En este precepto se reubica el tipo penal previsto, hasta dicha reforma, en el artículo 197.3, que sanciona el acceso ilegal a sistemas de información, también conocido como allanamiento o intrusismo informático, y que fue incorporado por primera vez en nuestra legislación por LO 5/2010, de 22 de junio.

El precepto, aun conservando básicamente su contenido inicial, es objeto de una nueva redacción: el que por cualquier medio o procedimiento, vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo, y sin estar debidamente autorizado, acceda o facilite a otro el acceso al conjunto o una parte de un sistema de información o se mantenga en él en contra de la voluntad de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo, será castigado con pena de prisión de seis meses a dos años.

Ya se ha indicado anteriormente que, como destaca el Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, la tipificación independiente de esta figura pretende establecer una clara separación de los supuestos a los que se refiere el artículo 197 CP, de acceso, apoderamiento o conocimiento irregular de datos o informaciones que afectan a la intimidad personal, frente a aquellos otros comportamientos en los que, aun existiendo un

intromisión ilegal en datos o sistemas ajenos, no se ven afectados los datos de carácter personal o la intimidad de otro de manera directa

La actual redacción del artículo, siguiendo los parámetros de la Directiva 40/2013/UE, mantiene la exigencia para la tipicidad de la conducta de que el acceso se lleve a efecto sin autorización y vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo, y ello pese a que la necesaria confluencia de ambas circunstancias pudiera considerarse redundante. Lo que el Legislador castiga es el acceso no autorizado que se lleva a efecto desplegando una especial energía criminal, pues la aplicación del tipo requiere el quebrantamiento de medidas o códigos de seguridad, resultando atípica la intrusión no autorizada en la que no concurra dicha circunstancia.

No obstante esta doble exigencia puede ser útil para solventar las dudas que pudieran generarse en determinados supuestos. Efectivamente, en relación con esta conducta y también con las que se sancionan en el nuevo artículo 197 ter, los considerandos 16 y 17 de la Directiva 2013/40/UE destacan especialmente la necesidad de constatar que la actividad se realiza con propósito delictivo, indicando al respecto que deberían quedar al margen de una posible responsabilidad penal aquellos supuestos en que la persona desconocía que el acceso no estaba autorizado o cuando, en el marco de una relación laboral o contractual, la conducta observada únicamente supone la infracción de políticas de usuario o el incumplimiento de las normas organizativas sobre utilización de los sistemas de información de la empresa. De acuerdo con este mismo planteamiento el artículo 3 de la Directiva, en el que se define la figura que inspira la que nos ocupa, exige expresamente que el comportamiento, para ser susceptible de sanción penal, haya sido realizado intencionalmente. Por ello la necesidad de que, además de la ausencia de autorización, sean vulneradas medidas de seguridad para que el acceso pueda considerarse delictivo, minimiza de forma importante las dudas que pudieran generarse en cuanto a la intencionalidad de la conducta.

A tales efectos, tendrá la consideración de medida de seguridad toda aquella que se haya establecido con la finalidad de impedir el acceso al sistema, con independencia de que la misma sea más o menos sólida, compleja o robusta y también de que haya sido establecida por el administrador, el usuario, o por el instalador del sistema, siempre que se mantenga operativa como tal medida de seguridad por quien está legitimado para evitar el acceso.

En cuanto a lo que haya de entenderse por actuar sin autorización, resulta procedente recordar la definición que sobre ello ofrece el artículo 2.d) de la Directiva 2013/40/UE que entiende como tal aquel comportamiento al que se refiere la presente Directiva, incluido el acceso, la interferencia o la interceptación, que no haya sido autorizado por el propietario u otro titular del derecho sobre el sistema o parte del mismo o no permitido por el Derecho nacional.

En relación con este punto, no debe olvidarse que, en ocasiones, estas conductas pueden llevarse a efecto por los propios encargados/responsables de los sistemas informáticos cuando acceden, intencionadamente y superando barreras de seguridad, a una parte del sistema a la que no se extiende su autorización personal. En estos supuestos podría ser eventualmente aplicable la circunstancia genérica de agravación de abuso de confianza del art 22.6.º del C. Penal si la vulneración de las medidas de seguridad se ve facilitada por la propia posición privilegiada que ocupa el agente como usuario del sistema atacado.

Sin perjuicio de alguna variación de carácter gramatical las novedades que se introducen en el precepto son esencialmente dos:

a) Se contempla como conducta típica, además del propio acceso a un sistema informático ajeno –en las condiciones mencionadas–, la conducta de facilitar a otra

persona ese mismo acceso, en idénticas condiciones, lo que permite incluir en el tipo supuestos no previstos hasta ahora, aunque, al menos en algunos casos, podrían haber sido abarcados como formas de participación criminal.

b) El objeto de la conducta típica se concreta en el conjunto o una parte de un sistema de información, suprimiéndose la referencia del precepto, en su inicial redacción, a los datos o programas informáticos contenidos en el sistema al que se accede. Obviamente, la acción de intromisión ilegal en un sistema de información pone al alcance del invasor todo su contenido, datos, programas o cualesquiera otros elementos, por lo que la supresión de la referencia a datos o programas amplía el alcance del precepto abarcando incluso aquellos accesos que alcanzan únicamente a archivos de mera configuración del sistema. Por tanto, con la nueva redacción se evidencia que no es necesario tomar contacto con datos o programas que contengan informaciones concretas sino que la conducta se consuma con la simple entrada en el sistema o parte del mismo.

Ha de recordarse que la Directiva 2013/40/UE, en su artículo 2, define sistema de información como todo aparato o grupo de aparatos interconectados o relacionados entre sí, uno o varios de los cuales realizan, mediante un programa, el tratamiento automático de datos informáticos, así como los datos informáticos almacenados, tratados, recuperados o transmitidos por dicho aparato o grupo de aparatos para su funcionamiento, utilización, protección y mantenimiento. Al respecto, y para percibir el sentido último del precepto analizado, no ha de olvidarse que la evolución tecnológica ha determinado que existan en nuestros domicilios auténticas redes informáticas domésticas cuyo punto de acceso y comunicación al exterior se lleva a efecto a través de los routers de las operadoras de comunicación. En consecuencia, el acceso a un router –en tanto forma parte de un sistema de información–, vulnerando su contraseña de seguridad, entendida en el sentido antes indicado, podría integrar este delito.

En la práctica será frecuente la concurrencia de este tipo, acceso ilegal a sistemas, con cualquiera de las conductas previstas en el artículo 197 n.º 1 y 2, particularmente en los supuestos del párrafo segundo consistentes en el acceso a datos registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, pues habitualmente estos registros se encuentran protegidos para el acceso directo por medidas de seguridad. En estos casos, la solución habrá de venir por la apreciación, en términos generales, de un concurso medial del artículo 77 del CP, como igualmente se produciría en el caso, por ejemplo, de que acceso ilegal tuviera por objeto el descubrimiento de secretos de empresa (art 278 CP) o el descubrimiento de secretos oficiales (art. 598 y ss CP). La razón de ello hay que buscarla en la circunstancia de que el acceso ilegal a un sistema informático afecta a bienes jurídicos no exactamente coincidentes con los que son objeto de protección en los otros tipos penales, no siendo además un medio necesario para la ejecución de los delitos previstos en los artículos 197.1.º y 2.º; 278 y 598 y ss del CP. Ello no obsta a que, en supuestos concretos, en los que no sea posible el acceso a la información íntima o a los datos personales por medio distinto a la vulneración de las medidas de seguridad del sistema, pudiera considerarse la posibilidad de apreciar una progresión delictiva que llevaría a considerar el concurso de normas sancionable por la vía del artículo 8.3 CP.

En todo caso, cuando para sortear las medidas de seguridad fuera preciso utilizar datos de carácter personal de la víctima, la aplicación del artículo 197 bis 1.º junto con el artículo 197.4.b) supondría una infracción del principio *non bis in idem*, debiendo aplicarse en estos casos este último precepto, por mor del principio de especialidad establecido en el artículo 8.1 del CP.

1.3.2 INTERCEPTACIÓN ILEGAL DE DATOS INFORMÁTICOS (ART 197 BIS.2)

El segundo apartado del nuevo artículo 197 bis es un precepto de nuevo cuño que castiga con una pena de prisión de tres meses a dos años o multa de tres a doce meses al que mediante la utilización de artificios o instrumentos técnicos, y sin estar debidamente autorizado, intercepte transmisiones no públicas de datos informáticos que se produzcan desde, hacia o dentro de un sistema de información, incluidas las emisiones electromagnéticas de los mismos.

El primer antecedente de este precepto hay que buscarlo en la Convención sobre Ciberdelincuencia del Consejo de Europa del año 2001 que, en su artículo 3, bajo el epígrafe interceptación ilícita, se refiere a estas conductas, en los siguientes términos:

Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para tipificar como delito en su derecho interno la interceptación deliberada e ilegítima, por medios técnicos, de datos informáticos comunicados en transmisiones no públicas efectuadas a un sistema informático, desde un sistema informático o dentro del mismo, incluidas las emisiones electromagnéticas procedentes de un sistema informático que contenga dichos datos informáticos. Cualquier Parte podrá exigir que el delito se haya cometido con intención delictiva o en relación con un sistema informático conectado a otro sistema informático.

Por su parte y en términos similares, la Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de agosto, recoge esta misma conducta en su artículo 6, bajo el subtítulo de interceptación ilegal, en la siguiente forma:

Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que la interceptación, por medios técnicos, de transmisiones no públicas de datos informáticos hacia, desde o dentro de un sistema de información, incluidas las emisiones electromagnéticas de un sistema de información que contenga dichos datos informáticos, intencionalmente y sin autorización, sea sancionable como infracción penal, al menos en los casos que no sean de menor gravedad.

Como se explica en el Preámbulo de la LO 1/2015 la interceptación de comunicaciones personales, salvo en los supuestos de autorización judicial, ya estaba prevista como delito en el artículo 197.1 de nuestro CP por lo que, a través de esta reforma y de acuerdo con la Directiva, se sanciona la interceptación no autorizada de cualquier otra transmisión de datos informáticos que no tenga el carácter de comunicación interpersonal y que se lleve a efecto por redes no públicas. Son objeto, por tanto, de protección las comunicaciones entre dos o más sistemas informáticos, las que tienen lugar entre distintos ordenadores dentro de un mismo sistema o incluso las que median entre una persona y un ordenador, como por ejemplo, en palabras del informe preparatorio de la Convención de Budapest, las que se establecen a través del teclado.

El Preámbulo de la LO 1/2015 explica el sentido del precepto haciendo referencia a la interceptación de transmisiones automáticas –no personales– entre equipos. Curiosamente el texto del nuevo precepto no recoge el término automáticas como calificativo de las transmisiones no públicas de datos que se protegen. Sin embargo dicho término es muy clarificador y no ha de perderse de vista para entender que, tras la reforma, la protección penal alcanza también a aquellas transmisiones de datos informáticos que se producen entre sistemas o dispositivos electrónicos al margen de la intervención humana y que tienen su origen en la previa programación o el propio funcionamiento interno del sistema.

Como se constata claramente, el objeto de protección en este tipo penal –y también en los preceptos mencionados que le sirven de antecedente– es doble. En primer término, lo son los datos informáticos que se transmiten entre los distintos dispositivos de un sistema, o entre dos o más sistemas, en forma no pública, es decir aquellos

datos que, en atención a su forma de transmisión, quedan excluidos del conocimiento por parte de terceros. Como explica claramente el párrafo 54 del informe preparatorio de la Convención de Budapest el término «no públicas» matiza la naturaleza del proceso de transmisión (comunicación) y no la naturaleza de los datos transmitidos. Los datos comunicados pueden ser información que esté accesible al público, pero que las partes quieren comunicar de forma confidencial.

Habrá que atender por tanto a la forma de transmisión de los datos para concretar la información objeto de protección. Al respecto ha de recordarse que según el Anexo II de la Ley 9/2014, General de Telecomunicaciones una red pública de comunicaciones electrónicas es aquella que se utiliza, en su totalidad o principalmente, para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público y que soporta la transferencia de señales entre puntos de terminación de la red. Por el contrario, y según el glosario de la Organización Mundial del Comercio (OMC), una red (privada) no pública es aquella que se utiliza para establecer comunicaciones dentro de una organización (en contraposición a la prestación de servicios al público) o para suministrar esas comunicaciones a organizaciones basándose en una configuración de instalaciones propias o arrendadas. El término comprende las redes utilizadas por las compañías privadas, las empresas estatales o entidades gubernamentales.

En este último apartado, por tanto, se han de incluir tanto las redes de área local –denominadas Local Area Network (LAN)– que son las que conectan los ordenadores de un área relativamente pequeña y predeterminada, como una habitación, un edificio, o un conjunto de edificios, como las redes locales extensas –conocidas como Wide Area Network (WAN)– que conectan varios equipos localizados a una notable distancia entre sí, e incluso pueden conectar varias LAN, s. Pero también han de considerarse como tales las redes privadas de carácter virtual (VPN) que no son sino redes establecidas con garantías de privacidad pero utilizando la infraestructura de la red pública de comunicaciones.

En consecuencia, habrá que considerar amparadas por el precepto que se examina todas las transmisiones efectuadas por redes privadas pero también aquellas que, aun efectuadas a través de redes públicas, tengan carácter reservado o en relación con las cuales se hayan establecido, de una u otra forma, mecanismos para garantizar la privacidad y excluir a terceros del conocimiento de dicha información.

En segundo término, se protegen también en este precepto los datos informáticos susceptibles de obtenerse a partir de las emisiones electromagnéticas de un sistema de información. Al respecto ha de reseñarse que todos los dispositivos electrónicos, aun estando apagados, emiten continuamente radiaciones a través del aire o de los propios conductores, como lo son los cables que permiten establecer la conexión entre los mismos. La corriente que circula por un conductor genera un campo electromagnético alrededor de éste que es capaz de inducir esta misma señal a otros conductores que estén situados en las proximidades dentro de ese mismo campo. Por ello, si se cuenta con los equipos apropiados, es posible captar estas emisiones y reproducir, a partir de las mismas, información acerca, por ejemplo, de las transmisiones que se están llevando a efecto desde el dispositivo espiado o también de las imágenes que aparecen en la pantalla o de las pulsaciones de su teclado.

El párrafo 57 del informe antes indicado, previo a la elaboración de la Convención de Budapest, en referencia a este tema indica que las emisiones electromagnéticas no pueden ser consideradas en sí mismas datos informáticos, pero es posible que los datos puedan ser reconstruidos a partir de dichas emisiones. En consecuencia, la interceptación de los datos provenientes de las emisiones electromagnéticas de un sistema informático está incluida como delito en el artículo 3 de la citada Convención.

La conducta típica sancionada en el artículo 197 bis.2.º consiste en interceptar las indicadas transmisiones o emisiones electromagnéticas. A qué debe entenderse por interceptación se refiere el considerando 9.º de la Directiva 2013/40/UE, según el cual dicho concepto abarca la obtención del contenido de los datos bien sea directamente, mediante el acceso y recurso a ese sistema de información, o indirectamente, mediante el recurso a sistemas de escucha y grabación electrónicos por medios técnicos.

En uno y otro caso, para que la conducta sea delictiva, han de concurrir dos requisitos: que quien efectúa la interceptación no esté autorizado para ello y que la misma se realice utilizando como medio artificios o instrumentos técnicos. No define más el Legislador, por lo que pueden incluirse como tales artificios o instrumentos cualesquiera herramientas o mecanismos que hagan posible este objetivo aunque no estén específicamente destinados a ello. El Informe previo a la elaboración de la Convención de Budapest, en su párrafo 53, identifica como medios técnicos los dispositivos que se conectan a las líneas de transmisión y también los dispositivos que pueden utilizarse para obtener y grabar las comunicaciones inalámbricas. Igualmente considera como tales, a dichos efectos, el uso de software, contraseñas y códigos.

Como anteriormente se ha indicado, la ubicación de este delito en el nuevo artículo 197 bis.2.º, junto al acceso ilegal a sistemas informáticos, es coherente con la voluntad del Legislador de separar la sanción de las conductas que tutelan la privacidad protegiendo la seguridad de los sistemas de aquellas otras en las que el bien jurídico protegido es directamente la intimidad de las personas. Las conductas tipificadas en este artículo 197 bis.2.º no tienen por qué afectar a la intimidad o a los datos de personas concretas y determinadas y si así fuera entrarían en juego las normas concursales. En el supuesto de que la concurrencia se produzca entre la interceptación ilegal del artículo 197 bis 2.º y los delitos del artículo 197.1.º, el criterio a aplicar será el del concurso de normas a resolver conforme al principio de absorción dado que, como puede observarse, uno de los comportamientos típicos que reseña el último precepto citado es precisamente el de interceptar las comunicaciones o utilizar artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción de imágenes, sonidos o cualquier otra señal de comunicación, por lo que entraría en juego el artículo 8.3.º del CP a cuyo tenor el precepto legal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquel, siendo de aplicación por tanto el artículo 197.1.º

Ahora bien, en el supuesto de que la interceptación ilegal que estamos examinando (art 197 bis 2.º) concurra con alguna de las conductas ilícitas contempladas en el artículo 197.2.º habrá de apreciarse un concurso medial, del artículo 77 CP por las mismas razones y con las salvedades expuestas anteriormente en referencia a la concurrencia del artículo 197 bis 1.º con esta misma conducta.

1.4 El nuevo artículo 197 ter CP

Es este también un precepto de nuevo cuño que trae causa de la Directiva 2013/40/UE que, en su artículo 7, insta a la penalización de determinadas acciones relacionadas con los instrumentos destinados a la comisión de determinadas actividades ilícitas en los siguientes términos:

Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que la producción intencional, venta, adquisición para el uso, importación, distribución u otra forma de puesta a disposición de los siguientes instrumentos, sin autorización y con la intención de que sean utilizados con el fin de cometer cualquiera de las infracciones mencionadas en los artículos 3 a 6, sea sancionable como infracción penal, al menos en los casos que no sean de menor gravedad:

- a) un programa informático, concebido o adaptado principalmente para cometer una infracción de las mencionadas en los artículos 3 a 6;
- b) una contraseña de ordenador, un código de acceso o datos similares que permitan acceder a la totalidad o a una parte de un sistema de información

También en este caso la Directiva asume el planteamiento de la Convención de Budapest del Consejo de Europa que, en su artículo 6 y bajo el epígrafe abuso de los dispositivos, insta a los Estados-parte a sancionar penalmente este tipo de comportamientos. Lo que en uno y otro caso pretende el Legislador europeo, con la tipificación de estas conductas, es adelantar la barrera de protección penalizando la producción, adquisición o distribución de herramientas e instrumentos preparados y diseñados para cometer las diversas infracciones de acceso ilegal, interceptación ilegal, ataques a los datos y a los sistemas informáticos. La razón de ello hay que buscarla en la preocupación que está generando la tendencia creciente a la planificación y ejecución de ataques a gran escala contra sistemas informáticos. Como se explica en las consideraciones previas de la Directiva esta tendencia coincide y se aprovecha del desarrollo de métodos cada vez más sofisticados, entre ellos y muy particularmente la utilización de redes de ordenadores infectados (botnets).

Este tipo de actuaciones se realizan en diversas fases. Así, en primer término, es necesario crear la red de ordenadores a través de los cuales y mediante una acción perfectamente sincronizada sea posible ejecutar un ataque informático masivo. A dicho fin, y utilizando diversas herramientas e instrumentos tecnológicos, se procede a infectar mediante programas nocivos una pluralidad de ordenadores para hacer posible el control remoto de los mismos. Logrado este primer objetivo todos y cada uno de los dispositivos afectados pueden ser activados, sin conocimiento de su legítimo usuario, y utilizados de forma coordinada en la ejecución de un ataque informático a gran escala contra cualquier sistema de información y causar de esta forma importantes daños a los organismos, instituciones o empresas afectadas.

La Directiva 2013/40/UE llama la atención sobre el extraordinario riesgo que suponen estos ciberataques a gran escala dado que pueden producir graves perjuicios económicos, como consecuencia de los daños materiales producidos o de la paralización de actividades o servicios y, también, por la sustracción o destrucción de información sensible o de valor económico reseñable. El peligro que ello supone se entiende fácilmente al considerar la posibilidad de que puedan ser objeto de ese tipo de ataques los sistemas de información de infraestructuras críticas, de entidades u organismos sobre los que se sustenta el desarrollo industrial o empresarial o de las altas Instituciones de los Estados Miembros o de la propia Unión Europea.

En España la preocupación por esta clase de acciones ha quedado reflejada en nuestra Estrategia Nacional de Ciberseguridad que al respecto recuerda que la multiplicidad de potenciales atacantes incrementa los riesgos y amenazas que pueden poner en graves dificultades los servicios prestados por las Administraciones Públicas, las Infraestructuras Críticas o las actividades de las empresas y ciudadanos. Además, existen evidencias de que determinados países disponen de capacidades militares y de inteligencia para realizar ciberataques que ponen en riesgo la Seguridad Nacional. Todo ello está determinando algunas iniciativas de interés entre las cuales se encuentra la puesta en marcha por parte del Instituto Nacional de Ciberseguridad (INCIBE) de un Centro Antibotnets que facilita la identificación de ordenadores infectados, informa a los usuarios de esta circunstancia y les proporciona los medios adecuados para hacer posible la desinfección.

Por lo expuesto el Legislador europeo, siguiendo los parámetros de la Convención de Budapest, apuesta por la sanción penal de las fases previas de esta clase de actividades, con la finalidad de conjurar el riesgo que las mismas suponen para el interés general. Pero al hacerlo, definiendo la conductas sancionables en el artículo 7 de la Directiva, aplica ese mismo criterio no solo a los instrumentos y herramientas adecuadas para preparar y sustentar ataques masivos sino también a cualesquiera otras aptas para llevar a efecto acciones ilícitas, aun cuando sean de carácter aislado, contra datos o sistemas informáticos.

La LO 1/2015 hace suyo este planteamiento y tipifica estos comportamientos en el CP en relación con dos categorías de delitos. Por una parte en referencia a los daños informáticos, con el contenido y alcance que se analizará en esta misma Circular al estudiar dichas figuras delictivas, cuando el fin pretendido sea el sabotaje informático y de otra parte entre los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, cuando el objetivo al que se destinan dichas herramientas sea el espionaje informático. Con esta última finalidad se ha incorporado un nuevo precepto en el capítulo primero del título X, el artículo 197 ter, con la siguiente redacción:

Será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años o multa de tres a dieciocho meses el que, sin estar debidamente autorizado, produzca, adquiera para su uso, importe o, de cualquier modo, facilite a terceros, con la intención de facilitar la comisión de alguno de los delitos a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 197 o el artículo 197 bis:

- a) un programa informático, concebido o adaptado principalmente para cometer dichos delitos; o*
- b) una contraseña de ordenador, un código de acceso o datos similares que permitan acceder a la totalidad o a una parte de un sistema de información.*

La conducta típica viene definida por los verbos producir, adquirir para su uso, importar o de cualquier modo facilitar a tercero, las herramientas o instrumentos que se relacionan en los apartados a) y b) del mismo precepto. Por tanto los comportamientos objeto de sanción se encuentran definidos de una forma abierta que incluye tanto la elaboración para uso propio, o para distribución a terceros, como la importación, la adquisición y en consecuencia la ulterior posesión - aunque el precepto no lo diga expresamente, pues tal posesión se habrá alcanzado por alguna de aquellas vías - bien sea para el propio uso o la para distribución o entrega a otro u otros y en general cualquier forma de puesta a disposición de terceros de estos instrumentos/ herramientas. No obstante la posibilidad de actuar penalmente ante dichos comportamientos, se encuentra acotada por dos elementos. El primero de ellos, la falta de autorización para su elaboración, adquisición o facilitación a terceros y el segundo, de carácter teleológico, al exigirse que dichas acciones estén orientadas a facilitar la comisión de alguno de los delitos a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 197 o el artículo 197 bis.

En realidad ambos elementos son complementarios y responden a una preocupación de la que se deja constancia de forma específica en la propia Directiva europea. Muchas de las herramientas o instrumentos susceptibles de ser empleadas para cometer estos hechos ilícitos pueden haber sido creadas y comercializadas para su uso con objetivos legítimos e incluso necesarios, como los de auditar la seguridad de los sistemas, programas o aplicaciones, detectar vulnerabilidades, garantizar la solidez o fiabilidad de contraseñas o sistemas de seguridad etc. De hecho son numerosas las empresas e instituciones que habitualmente realizan pruebas o ejercicios para analizar las vulnerabilidades de sus sistemas utilizando este tipo de herramientas, y es aconsejable que así se haga pues no en vano uno de

los objetivos de la Estrategia Nacional de Ciberseguridad es garantizar un adecuado sistema de seguridad y resiliencia en los sistemas de información de las Administraciones Públicas y en los correspondientes a los organismos y empresas del sector privado.

En consecuencia, para que el hecho sea típico habrán de concurrir las dos circunstancias indicadas. Por una parte que quien así actúa no esté autorizado para ello, bien sea legalmente o porque se le haya encomendado dicha responsabilidad por quien tenga capacidad para ello en el marco concreto de la actividad de que se trate. Pero además ha de actuarse con la finalidad específica de facilitar la comisión de un delito de los indicados en el precepto, circunstancia que habrá de acreditarse en cada supuesto, atendiendo a los elementos, pruebas o indicios existentes.

El Legislador español, en consecuencia, siguiendo la línea de la Directiva, es especialmente riguroso al establecer como requisito para la persecución de estas conductas que los instrumentos o herramientas que relaciona en el precepto se adquieran, posean, importen o distribuyan con la finalidad específica de facilitar la comisión de delitos de descubrimiento o apoderamiento de datos, documentos, mensajes de correo electrónico o efectos personales; interceptación de comunicaciones personales; apoderamiento, utilización o modificación de datos de carácter personal registrados en cualquier tipo de ficheros o soportes; acceso ilegal a sistemas o interceptación de comunicaciones entre sistemas.

Los instrumentos y herramientas objeto de la acción ilícita pueden ser:

1) Programas informáticos concebidos o adaptados principalmente para cometer estos delitos.

Un programa informático o software es un conjunto de instrucciones que una vez ejecutadas realizan una o varias tareas en un ordenador o en un sistema. Según las definiciones que recoge la Directiva 2013/40/UE, los programas informáticos sirven para que el sistema de información realice una función. Dada la forma en que el precepto se refiere a ello, al exigir que sea un programa concebido o adaptado principalmente para cometer un delito, es claro que ha de tratarse de un programa malicioso, diseñado para infiltrarse, obtener información y/o dañar un dispositivo o un sistema de información sin el consentimiento de su propietario. Según el Instituto Nacional de Ciberseguridad (INCIBE) el software malicioso o malware es una amenaza que utiliza múltiples técnicas y vías de entrada: páginas web, correo electrónico, mensajería instantánea, dispositivos de almacenamiento externos (memorias USB, discos duros externos, CDs, DVDs,...), redes P2P, etc. Y puertos abiertos en un ordenador. Estas vías, entre otras, son utilizadas por el malware para infectar los sistemas informáticos y propagarse por ellos, afectando de distintas formas el uso para el que están destinados (impidiendo acciones, vigilando usos, ralentizando sistemas, ejecutando acciones no permitidas,...).

Entre ellos se encuentran los programas espía (spyware) creados con el objetivo de recolectar, sin su conocimiento, información personal de una pluralidad de usuarios o, en su caso, información de interés más general, almacenada en un sistema informático, para enviarla al atacante o a un tercero vía internet con finalidades diversas. Un ejemplo característico de este tipo de malware es el conocido como Zeus utilizado en los ataques de phishing bancario y cuyo objeto es el robo de credenciales de usuarios de banca electrónica para su utilización posterior en transacciones fraudulentas. También pueden producir un efecto similar los programas llamados keyloggers que registran las pulsaciones en un teclado y de esta forma permiten apoderarse de contraseñas personales.

En otras ocasiones, sin embargo, el programa malicioso está diseñado para un uso más selectivo, orientado a controlar o espiar a personas concretas. Así es conocido –y su uso ha dado lugar a la incoación de diversos procedimientos judiciales– el denominado cerberus que, instalado directamente por el agresor en el teléfono móvil de su víctima, hace factible el control y vigilancia de la actividad del terminal y, en consecuencia de la persona afectada, a través del conocimiento de la llamadas entrantes y salientes, la geolocalización del dispositivo e, incluso, la obtención de fotografías o de grabaciones en video y audio realizadas desde la cámara del móvil controlado.

El requisito exigido por el precepto de que se trate de programas concebidos o adaptados principalmente para cometer alguno de los delitos sancionados en los apartados 1 y 2 del artículo 197 o en el artículo 197 bis, con exclusión de otro tipo de programas que no reúnan esta característica aunque puedan ocasionalmente servir para esa misma finalidad, hará necesario generalmente un informe pericial en orden a acreditar esta circunstancia.

2) Contraseñas de ordenador, código de acceso o datos similares que permitan acceder a la totalidad o a una parte del sistema.

En este apartado se incluyen cualquier tipo de contraseñas o códigos establecidos como medios para hacer posible el acceso a un sistema o a una parte del mismo. Se trata, por tanto, de medidas de seguridad para evitar la intromisión en archivos, partes de un sistema o en el sistema mismo, por quien no se encuentra habilitado para ello. En este apartado, a diferencia del anterior, el precepto no hace referencia a supuestas herramientas elaboradas específicamente para hacer posible la intromisión ilegítima en un sistema sino a la disponibilidad de las legítimamente creadas y utilizadas para el acceso regular al mismo.

En realidad, en estos casos, el Legislador, siguiendo los criterios de la Directiva, hace acreedoras de sanción penal situaciones claramente diferentes de las reseñadas en el apartado anterior. Se trata en definitiva de castigar la adquisición, en cualquier forma, para el propio uso o para facilitarla a terceros, de contraseñas o códigos de acceso ajenos con la finalidad de emplearlas en la ejecución de las actividades ilícitas a las que se refiere el artículo examinado. Es por ello que, en este caso, la conducta típica producir, difícilmente será aplicable, porque no se trata de fabricar algo nuevo sino de lograr la disponibilidad de algo ya existente. En cuanto a la adquisición para el propio uso ha de entenderse incluye tanto los supuestos de obtención a través de otra persona como aquellos en los que la disponibilidad de las claves se logra irregularmente por el propio poseedor. Lo importante a esos efectos es que dicha adquisición y/o posesión o facilitación a terceros se lleve a efecto en las condiciones antes indicadas, es decir, sin autorización de la persona o personas legítimamente autorizadas para acceder al sistema y con la finalidad específica de cometer alguno de los delitos a que se refiere el precepto.

En el supuesto de que la misma persona que haya producido, importado o adquirido estas herramientas o instrumentos sea quien comete posteriormente el delito concreto, bien se trate de un delito contra la intimidad del artículo 197 apartados 1 y 2 o bien de alguno de los delitos previstos en el artículo 197 bis, es decir acceso ilegal a sistemas informáticos o interceptación ilegal de transmisiones de datos entre sistemas, utilizando esos mismos medios fabricados, adquiridos o poseídos a dicho fin, ha de entenderse que se produce un concurso de normas, a resolver de acuerdo con el criterio de absorción previsto en el artículo 8.3 del CP.

1.5 El nuevo artículo 197 quater CP

Establece este precepto que si los hechos descritos en este Capítulo se hubieran cometido en el seno de una organización o grupo criminal, se aplicarán respectivamente las penas superiores en grado.

Además de la nueva ubicación sistemática el precepto refiere la aplicación de la agravante a todos los delitos recogidos en el capítulo I del título X, dedicado a los delitos de descubrimiento y revelación de secretos. La precisión es importante porque en la anterior redacción, vigente hasta el 1 de julio, la agravación incluida en el apartado 8 del artículo 197 alcanzaba únicamente a los hechos descritos en los apartados precedentes de ese mismo precepto.

Esta modificación determina que la agravación sea susceptible de apreciarse, además de en todos los supuestos hasta ahora mencionados, en los previstos en el artículo 199 CP, referidos a la revelación de secretos ajenos conocidos por razón del propio oficio o de las relaciones laborales y a la que lleva a efecto el profesional incumpliendo sus obligaciones de sigilo o reserva, que en la regulación derogada, y por su ubicación sistemática, quedaban al margen de la aplicación de dicha circunstancia, sin perjuicio de que pudiera ser tenida en cuenta por la vía de los artículos 570 bis y ss del CP.

Como ya se indicó en la Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado, sobre la Reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, en estas ocasiones cuando el sujeto activo de estos delitos sea, al tiempo, integrante y/o dirigente del grupo u organización en cuyo seno se lleva a efecto la acción ilícita se produce un concurso de normas con los artículos 570 bis o 570 ter del CP. Es procedente por tanto recordar aquí el criterio establecido en dicha Circular que, en aplicación de lo establecido en artículo 570 quater in fine, remite en estos casos a la regla 4.^a del artículo 8.^o CP, y por tanto establece que en tales supuestos los Sres. Fiscales cuidarán de aplicar, de acuerdo con lo dispuesto en el art 570 quater CP, conforme al criterio de alternatividad, un concurso de delitos entre el artículo 570 bis o el artículo 570 ter, en su caso y el tipo correspondiente al delito específicamente cometido con todas sus circunstancias si bien prescindiendo de la agravación específica de organización, cuando la pena así aplicada sea superior a la que prevé el subtipo agravado.

Además del estudio que se contiene en dicha Circular son numerosas las Sentencias del Tribunal Supremo que, tras la entrada en vigor de los citados artículos, han ido perfilando la distinción entre los supuestos de organización y grupo criminal y los de simple codelincuencia. Pueden citarse entre otras, las SSTS n.º 544/2012 de 2 de julio; 719/2013 de 9 de octubre; 576/2014 de 18 de julio y 603/2014 de 23 de septiembre.

Fiel exponente de esta doctrina es la STS n.º 798/2016 de 25 de octubre que haciendo suya la doctrina fijada por la STS n.º 644/2015 de 13 de octubre señala al respecto que la organización y el grupo criminal tienen en común la unión o agrupación de dos o más personas y la finalidad de cometer delitos concertadamente. Pero mientras que la organización criminal requiere, además, la estabilidad o constitución por tiempo indefinido y que se repartan las tareas o funciones de manera concertada y coordinada (necesariamente ambos requisitos conjuntamente: estabilidad y reparto de tareas), el grupo criminal puede apreciarse cuando no concurra ninguno de estos dos requisitos o cuando concurra uno solo.

De esta forma se reserva el concepto de organización criminal para aquellos supuestos de mayor complejidad en la estructura organizativa, pues es, precisamente,

la estabilidad temporal y la complejidad estructural lo que justifica una mayor sanción en atención al importante incremento en la capacidad de lesión.

Por su parte la STS n.º 787/2014, de 26 de noviembre, en orden a fijar la diferencia entre el grupo criminal y los supuestos de simple codelinquencia o coparticipación recuerda que es conveniente tener en cuenta lo expresado en la Convención de Palermo al definir el grupo organizado: un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito. Tanto la organización como el grupo están predeterminados a la comisión de una pluralidad de hechos delictivos. Por ello cuando se forme una agrupación de personas para la comisión de un delito específico, nos encontraremos ante un supuesto de codelinquencia, en el que no procede aplicar las figuras de grupo ni de organización.

En igual sentido la más reciente STS n.º 128/2015, de 25 de febrero, recuerda que la mera pluralidad de personas aun con una cierta -y obvia- planificación para la comisión de un ilícito penal, no constituye una organización criminal ni menos un grupo. La codelinquencia viene a ser un simple consorcio ocasional para la comisión de un delito en tanto que tanto la organización criminal como el grupo criminal constituye un aliud en relación a la codelinquencia, sin perjuicio de recordar, a su vez, las diferencias entre la organización y el grupo a las que ya se ha hecho referencia.

1.6 El nuevo artículo 197 quinquies CP

La LO 1/2015 incorpora este nuevo precepto para establecer las penas correspondientes a las personas jurídicas cuando éstas resulten responsables de alguno de los delitos que se mencionan en el propio artículo, conforme a lo dispuesto en el artículo 31 bis del CP.

Esta previsión ya estaba contemplada en el párrafo segundo del artículo 197-3.º CP, en su versión anterior a la reforma, tal y como quedó redactada por Ley Orgánica 5/2010 de 22 de Junio, y era de aplicación a todos los supuestos recogidos en el artículo 197 CP.

La redacción del nuevo precepto es la siguiente:

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en los artículos 197, 197 bis y 197 ter, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33

Nótese que la reubicación sistemática del precepto, en coherencia con las modificaciones que se han introducido en el Capítulo y que se han venido comentando, ha ido acompañada de una variación en la indicación de los tipos penales a los que es aplicable de tal forma que la posibilidad de exigir responsabilidad a las personas jurídicas se hace extensiva a los nuevos delitos incorporados por la LO 1/2015.

1.7 El artículo 198 CP

Este precepto no se ha visto afectado por la reforma operada por la LO 1/2015, y mantiene íntegramente su redacción en los siguientes términos:

La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley, sin mediar causa legal por delito, y prevaliéndose de su cargo, realizare cualquiera

de las conductas descritas en el artículo anterior, será castigado con las penas respectivamente previstas en el mismo, en su mitad superior y, además, con la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años.

Este precepto, en la regulación precedente, se encontraba situado a continuación del artículo 197 CP, por lo que la mención del artículo anterior era una clara remisión a la totalidad de las conductas sancionadas en el mismo. Sin embargo, la nueva regulación que incorpora los artículos 197 bis, ter, quater y quinquies y la consiguiente reubicación sistemática del que se analiza, tras el artículo 197 quinquies, hace que la referencia al artículo anterior, resulte incongruente ya que dicho precepto se refiere a las sanciones que, en su caso, procedería imponer a las personas jurídicas por este tipo de conductas.

En consecuencia, una interpretación sistemática de la norma lleva necesariamente a entender que dicha referencia lo es a todos los tipos penales de los que también pueden ser responsables las personas jurídicas, y que concretamente se mencionan en el artículo 197 quinquies, es decir los hechos ilícitos tipificados en los artículos 197, 197 bis y 197 ter CP.

En relación con este tema, resulta conveniente traer a colación las diferencias entre el precepto que nos ocupa que sanciona al funcionario que fuera de los casos permitidos por la ley realiza cualquiera de las conductas indicadas y, entre ellas, la prevista en el artículo 197.3 consistente en revelar o ceder a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores y el artículo 417 que sanciona a la autoridad o funcionario público que revelare secretos o informaciones de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados.

En el primer caso se trata de revelación o cesión a otros de información que se ha obtenido ilícitamente, en cualquiera de las formas previstas en el artículo 197.1 y 2, por el propio funcionario o autoridad o por un tercero, teniendo quien desvela el secreto conocimiento de la ilicitud de su obtención, en tanto que en el segundo supuesto, las informaciones o secretos que se revelan habrían llegado a conocimiento previo del funcionario o autoridad en el ejercicio de sus funciones y por razón de su oficio o cargo. Es decir, en este último supuesto, el acceso a la información se encuentra plenamente amparado por la ley, produciéndose la acción delictiva como consecuencia del incumplimiento por parte del propio funcionario o autoridad de sus deberes de sigilo.

En igual sentido se ha pronunciado la Sala Segunda del Tribunal Supremo en sus sentencias, entre otras n.º 377/2013 de 3 de mayo y 525/2014 de 17 de junio, a cuyo tenor la diferencia esencial entre las conductas contempladas en los artículos 197 y 198 y el artículo 417 del CP cometidos por un funcionario o autoridad, se centra en la legalidad del acceso a la información reservada a la que se refieren dichos preceptos. El artículo 197 parte de la exigencia de que el autor no esté autorizado para el acceso, el apoderamiento, la utilización o la modificación en relación a los datos reservados de carácter personal o familiar y castiga en el artículo 198 a la autoridad o funcionario público, que fuera de los casos permitidos por la ley, sin mediar causa legal por delito y prevaliéndose de su cargo, realizare cualquiera de las conductas descritas en el artículo anterior. Mientras que el artículo 417 castiga la revelación de secretos o informaciones que no deben ser divulgados y de los que la autoridad o funcionario público haya tenido conocimiento por razón de su oficio o cargo.

1.8 Condiciones de perseguibilidad de estas conductas

La incorporación de los nuevos preceptos examinados, artículo 197 bis y ter, al capítulo I del título X del libro II del CP hace que la previsión establecida en el artículo 201 del Código penal –a cuyo tenor para proceder por los delitos previstos en este capítulo será necesaria denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, sin perjuicio de las facultades asignadas al Ministerio Fiscal cuando el agraviado fuera una persona menor de edad o en situación de discapacidad– extienda sus efectos sobre los mismos. Indica igualmente dicho precepto que esta denuncia no será exigible cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas o cuando el delito fuera cometido por autoridad o funcionario público prevaleciendo de su cargo (art 198 CP). A su vez el apartado 3.º del precepto examinado atribuye al perdón del ofendido o de su representante legal la capacidad de extinguir la acción penal.

La exigencia de denuncia previa del agraviado es plenamente coherente con las necesidades de protección penal frente a conductas que atentan contra bienes de carácter estrictamente personal, como el derecho a la intimidad, pero no lo es tanto en referencia a estos nuevos tipos penales en los que lo que se sanciona es, en palabras del Preámbulo de la norma, el acceso a otros datos o informaciones que pueden afectar a la privacidad pero que no están referidos directamente a la intimidad personal, pues, como claramente se explica, no es lo mismo la pretensión de apoderarse o tomar conocimiento del listado de contactos de una persona que realizar la acción ilícita con el objeto de averiguar las características de un determinado programa informático.

En cualquier caso, esta exigencia de denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, como requisito de procedibilidad, tiene como consecuencia respecto de los supuestos –conocidos como hacking ético o hacking blanco– en que la intrusión ilegal se lleva a efecto con la finalidad de descubrir las vulnerabilidades del sistema para informar de ello al titular del mismo, que la posibilidad de actuar penalmente frente a estas conductas quede a expensas de la efectiva presentación de denuncia –o de la ausencia de perdón– por parte de quien se ha visto afectado por ese comportamiento que, en ocasiones, puede reportarle un beneficio al permitirle conocer y subsanar los fallos de seguridad del propio sistema.

Al margen de ello, ha de indicarse que el planteamiento de la Directiva 2013/40/UE, que se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico a través de estos preceptos, se articula en torno a la necesidad de proteger no tanto intereses de carácter particular como aquellos de carácter más general o colectivo que pueden verse afectados seriamente por la utilización de los avances tecnológicos en la comisión de actividades ilícitas, particularmente cuando las nuevas herramientas e instrumentos sirvan como medio para la planificación y ejecución de ataques a los sistemas informáticos con el objetivo de obtener información de organismos e instituciones de carácter público o encargados de gestionar intereses esenciales para los ciudadanos.

Por ello, la exigencia de denuncia del agraviado para proceder por estos delitos puede resultar perturbadora en la aplicación de algunos de los nuevos preceptos, especialmente en lo que se refiere al artículo 197 ter CP, dado que en los supuestos que en él se sancionan –actos preparatorios del ataque informático en sí mismo– no resulta necesario, para integrar todos los elementos del tipo penal, que la acción se haya concretado en datos o sistemas informáticos específicos, y por tanto que la conducta ejecutada haya llegado a agraviar –al menos directamente– a persona o personas determinadas.

Esta circunstancia, no obstante, se solventa, en buena medida, con la previsión recogida en el apartado segundo del citado artículo 201 CP que hace innecesaria dicha denuncia previa en los supuestos en que la comisión del delito afecte a inte-

reses generales o a una pluralidad de personas, circunstancia que habrá de valorarse en atención al número o características del sistema o sistemas informáticos objeto de acceso o interceptación ilegal o, en los supuestos del artículo 197 ter, cuando, en el curso de la investigación, se haya podido concretar –en mayor o menor medida– el fin a que se destinaban las herramientas o instrumentos o, dicho de otro modo, los sistemas o dispositivos en relación con los cuales se preparaba el ataque o el acto de espionaje informático.

En cuanto a lo que haya de entenderse por pluralidad de personas la reciente STS 201/2017 de 21 de marzo precisa que pluralidad indica algo más que varios unos, añadiendo que la utilización de dicho término sería sinónimo de multiplicidad. Desde este planteamiento no sería necesaria la denuncia previa cuando el objeto de la acción ilícita fuera el espionaje informático de organismos e instituciones del Estado, o cuando lo que se pretenda sea la obtención masiva de credenciales bancarias de una pluralidad de ciudadanos o acciones de similar naturaleza planificadas para afectar a muchas personas.

2. NOVEDADES INTRODUCIDAS EN LOS DELITOS DE DAÑOS INFORMÁTICOS

Las variaciones incorporadas por la LO 1/2015 en los delitos de daños informáticos son el resultado de la implementación en nuestro ordenamiento jurídico penal de la Directiva 2013/40/UE del Parlamento y del Consejo, de 12 de agosto, relativa a los ataques contra los sistemas de información. A su vez, esta Directiva, hace suyos los planteamientos de la Convención de Budapest. En los estudios previos a la elaboración de dicha Convención se dejó constancia de que lo que se pretende a través de estos preceptos legales es otorgar a los datos y programas informáticos una protección similar a la que tienen los objetos corpóreos frente a daños causados de forma deliberada.

Ha de recordarse que el artículo 264 CP, en su redacción previa a esta reforma, había sido introducido en el CP por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, para dar cumplimiento a la Decisión Marco 2005/222/JAI del Consejo, de 24 de junio. La sustitución de dicha Decisión Marco por la Directiva del año 2013 ha determinado la necesidad de acomodar nuestra legislación criminal a los parámetros fijados por esta última con la finalidad de ofrecer respuestas a los problemas y situaciones derivados de las novedosas manifestaciones de ataques masivos y coordinados a sistemas de información.

Destaca en primer término la reorganización sistemática de los artículos en los que se definen y sancionan este tipo de conductas. Efectivamente, el Legislador, apartándose del criterio seguido en la anterior regulación, ha estimado oportuno tipificar y sancionar en artículos separados las conductas ilícitas dirigidas contra datos informáticos, programas informáticos y documentos electrónicos ajenos, de aquellas otras cuyo objeto es el de obstaculizar o interrumpir el normal funcionamiento de sistemas informáticos; recogiendo las primeras en el artículo 264, que recibe nueva redacción, e incorporando un nuevo precepto, el 264 bis, para los delitos relativos a los daños sobre sistemas informáticos. Con ello se realiza una adaptación de nuestra normativa interna más fiel a la Directiva europea, que contempla separadamente los dos tipos de conductas: las primeras en el artículo 5 subtítulo como Interferencia ilegal en los datos y las segundas en el artículo 4 bajo el epígrafe Interferencia ilegal en los sistemas de información.

2.1 Nueva redacción del artículo 264 CP

De acuerdo con este criterio el artículo 264 CP queda redactado en la siguiente forma:

1. *El que por cualquier medio, sin autorización y de manera grave borrase, dañase, deteriorase, alterase, suprimiese o hiciese inaccesibles datos informáticos, programas informáticos o documentos electrónicos ajenos, cuando el resultado producido fuera grave, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años.*

2. *Se impondrá una pena de prisión de dos a cinco años y multa del tanto al décuplo del perjuicio ocasionado, cuando en las conductas descritas concurra alguna de las siguientes circunstancias:*

1.^a *Se hubiese cometido en el marco de una organización criminal.*

2.^a *Haya ocasionado daños de especial gravedad o afectado a un número elevado de sistemas informáticos.*

3.^a *El hecho hubiera perjudicado gravemente el funcionamiento de servicios públicos esenciales o la provisión de bienes de primera necesidad.*

4.^a *Los hechos hayan afectado al sistema informático de una infraestructura crítica o se hubiera creado una situación de peligro grave para la seguridad del Estado, de la Unión Europea o de un Estado Miembro de la Unión Europea. A estos efectos se considerará infraestructura crítica un elemento, sistema o parte de este que sea esencial para el mantenimiento de funciones vitales de la sociedad, la salud, la seguridad, la protección y el bienestar económico y social de la población cuya perturbación o destrucción tendría un impacto significativo al no poder mantener sus funciones.*

5.^a *El delito se haya cometido utilizando alguno de los medios a que se refiere el artículo 264 ter.*

Si los hechos hubieran resultado de extrema gravedad, podrá imponerse la pena superior en grado.

3. *Las penas previstas en los apartados anteriores se impondrán, en sus respectivos casos, en su mitad superior, cuando los hechos se hubieran cometido mediante la utilización ilícita de datos personales de otra persona para facilitarse el acceso al sistema informático o para ganarse la confianza de un tercero.*

Se mantienen como conductas típicas las de borrar, dañar, deteriorar, alterar, suprimir y hacer inaccesibles, ya contempladas en la legislación precedente, siguiendo también en este aspecto la relación de comportamientos que recogen la Directiva 2013/40/UE en su artículo 5, relativo a la interferencia ilegal en los datos, y la Decisión Marco 2005/22/JAI en su artículo 4. De esta forma el Legislador pretende abarcar todas las posibles conductas susceptibles de afectar a los elementos informáticos, tanto aquellas que impliquen su destrucción, bien sea total o parcial, como aquellas otras que comporten una modificación -alteración- de los mismos que igual podría producirse por eliminación, supresión o borrado parcial del elemento afectado como por la incorporación de nuevos datos que impliquen la variación del alcance o contenido inicial de aquellos.

La conducta de hacer inaccesible abarca aquellos supuestos en los que la acción ilícita, ejercida sobre los datos y/o programas informáticos o documentos electrónicos, produce como consecuencia, sin afectar a la existencia o esencia de los mismos, la imposibilidad de acceder a ellos ya sea para conocer su contenido, para operar con ellos o, en general, para utilizarlos en cualquier modo. Un buen ejemplo de este efecto es el que produce el programa malicioso conocido como ransomware, que restringe el acceso a determinadas partes o archivos del sistema infectado, generalmente a través de su cifrado, situación que, en principio, solo podría solventarse, y

así lo suele plantear el atacante informático, abonando el rescate que con esa finalidad reclama a sus víctimas.

La reforma operada en este precepto por LO 1/2015, además de limitar su aplicación a los ataques contra datos, programas informáticos y documentos electrónicos ajenos, ofrece novedades destacables en las sanciones imponibles por dichos ilícitos y también en la definición de los subtipos agravados.

2.1.1 LOS SUBTIPOS AGRAVADOS DEL ARTÍCULO 264.2 CÓDIGO PENAL

La LO 1/2015 mantiene la primera de las agravaciones que ya contemplaba el artículo 264.3.º CP, en su redacción anterior al 1 de julio de 2015, en iguales términos aunque con modificaciones penológicas, y sustituye la segunda de las agravaciones previstas en el mismo apartado, referida a los supuestos en que se hubieran ocasionado daños de especial gravedad o afectado a los intereses generales, por las recogidas en los números 2.º a 5.º del apartado segundo del nuevo precepto.

Pese a su ubicación, estos subtipos agravados son aplicables tanto a los delitos de daños en datos, programas informáticos o documentos electrónicos ajenos como a las conductas de interrupción u obstaculización de sistemas informáticos, por mor de la remisión que el apartado segundo del artículo 264 bis hace al precepto analizado.

Por tanto, tras la reforma, la configuración de los subtipos agravados es la siguiente:

1.º *Se hubiera cometido en el marco de una organización criminal.*

Se trata de una circunstancia de agravación plenamente conforme con el criterio que fija al respecto la Directiva europea en su decimotercer considerando, al recordar a los Estados la conveniencia de establecer sanciones más severas cuando el ataque se cometa en el contexto de una organización delictiva tal y como se define en la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada.

En relación con esta circunstancia habrán de tenerse en cuenta los criterios establecidos en la Circular 2/2011 anteriormente comentados, en los casos en que concurran en una misma persona el carácter de sujeto activo de este delito y de alguno de los hechos ilícitos contemplados en el artículo 570 bis del CP.

Nótese, no obstante, que la referencia lo es, exclusivamente, a organización criminal, no a grupo criminal, por lo que en este último supuesto habría de aplicarse un concurso real de delitos, entre el que nos ocupa y sus circunstancias y el del artículo 570 ter, cuando el sujeto activo del delito de daños constituya, financie o integre a su vez un grupo criminal, en las circunstancias y condiciones que se establecen en dicho precepto.

2.º *Haya ocasionado daños de especial gravedad o afectado a un número elevado de sistemas informáticos.*

El primer inciso de este subtipo estaba ya contemplado en la anterior redacción, añadiéndose en el nuevo texto la inclusión de los supuestos en que hayan resultado afectados un número elevado de sistemas informáticos. Ambas circunstancias se encuentran enlazadas por la conjunción disyuntiva «o», lo que ha de interpretarse en el sentido de que no han de concurrir conjuntamente sino que la agravación puede aplicarse aun cuando solo sea apreciable una u otra de ellas. Puede tratarse por tanto de daños de especial gravedad causados en uno solo o en una pluralidad de sistemas de información o de una acción que genere efectos en un número importante de sistemas, aun cuando el daño causado en cada uno de ellos no sea de especial gravedad, si el volumen de sistemas afectados justifica la aplicación de la agravación.

En relación con ambas circunstancias ha de reseñarse en primer lugar la imprecisión de los términos empleados por el Legislador, lo que obligará a una labor exegética que habrá de ser completada por los criterios jurisprudenciales que se vayan elaborando al respecto.

Particularmente llama la atención que en el precepto examinado el parámetro gravedad, en referencia a la acción, al resultado, al daño causado o a los hechos en su conjunto, se utilice con tres finalidades distintas: en el apartado primero al definir los requisitos del tipo, ya que la acción solo será delictiva si la conducta se realiza de manera grave y si el resultado producido fuera grave; en el apartado segundo, circunstancia segunda, para delimitar la aplicación de agravante a los supuestos en que se hayan ocasionado daños de especial gravedad, y en el inciso último de este mismo apartado para hacer posible la imposición de la pena superior en grado cuando los hechos hubieran resultado de extrema gravedad. Es decir la gravedad de la acción y de su resultado no solamente es determinante de la tipicidad de la conducta sino también de la aplicación de un subtipo agravado y de un posterior incremento punitivo en grado, en los casos más extremos. Sin embargo, y pese a su trascendencia a estos efectos, la determinación de criterios en orden a una adecuada valoración de dicho calificativo presenta cierta dificultad.

Al respecto, se hace necesario destacar que tanto en el tipo básico como en el párrafo último del apartado 2.º, que como cláusula de cierre contempla los efectos penológicos en los supuestos de extrema gravedad, el uso de este calificativo se refiere al delito en su conjunto. Así en el tipo básico se concreta tanto en el modo de ejecución - manera grave- como en el resultado de la acción y en los casos de extrema gravedad en una referencia genérica a los hechos resultantes. Sin embargo en el subtipo que se examina dicho criterio valorativo se pone en relación con los daños ocasionados, es decir, en los efectos, materiales e inmateriales, derivados de la acción ilícita, si bien, no ha de olvidarse, que para que la conducta sea típica es imprescindible que la misma se lleve a efecto de manera grave y que además el resultado sea grave. Quiere decirse con ello que procedería la aplicación de esta agravante cuando, concurriendo los requisitos del tipo básico, los efectos lesivos causados por el delito merecieran por su entidad la consideración de especialmente graves y además no estuvieran incluidos en ninguno de los supuestos previstos en los restantes subtipos contemplados en el mismo artículo.

En el análisis de esta cuestión no puede prescindirse del alcance y sentido de la acción típica. Es decir, en ningún caso puede obviarse que lo que se sanciona en este precepto son las conductas de borrar, dañar, deteriorar, alterar, suprimir o hacer inaccesibles datos o programas informáticos y/o documentos electrónicos ajenos y que dichas conductas no tienen por qué estar vinculadas a actos materiales que impliquen alteración, destrucción o inutilización de soportes físicos, es más, en la mayoría de los supuestos no se verán afectados por la actividad ilícita dichos elementos o soportes físicos. Ha de tenerse en cuenta que el objeto de la acción típica no son las herramientas, dispositivos o elementos externos (hardware), a través de las cuales operamos informáticamente, sino los elementos lógicos o de carácter inmaterial (software) de un sistema de información. En relación con ello es importante recordar que tanto la Decisión Marco 2005/222/JAI del Consejo, de 24 de febrero, de cuya implementación deriva el artículo 264 CP en su inicial redacción, como la Directiva 2013/40/UE, incorporada por la Ley Orgánica 1/2015, tienen por objeto el establecimiento de criterios comunes para sancionar penalmente los ataques contra los sistemas de información que se llevan a efecto en el ciberespacio a través, por tanto, de las tecnologías de la información y la comunicación y en el ámbito de realidades de carácter virtual.

A los efectos de definir el objeto de la acción ilícita, debe recordarse que la citada Directiva 2013/40/UE en su artículo 2.º b) considera como datos informáticos, toda representación de hechos, informaciones o conceptos de una forma que permite su tratamiento por un sistema de información, incluidos los programas (informáticos) a los que, a su vez, se refiere como aquellos que sirven para hacer que dicho sistema de información realice una función.

Por su parte el documento electrónico ha sido definido por el art 3.5 de la Ley 59/2003 de 19 de diciembre, sobre firma electrónica como la información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico, según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado. La Norma Técnica de Interoperabilidad del Documento Electrónico, aprobada por resolución de 19 de julio de 2011 de la Secretaría de Estado para la Función Pública, establece los componentes de estos documentos incluyendo contenido, firma electrónica y metadatos mínimos obligatorios así como su formato y las condiciones para su intercambio y reproducción.

Por tanto, los resultados derivados de este tipo de acciones no tienen por qué afectar a la integridad física de uno o varios objetos sino que, en muchas ocasiones, sus consecuencias serán de carácter exclusivamente inmaterial concretándose en definitiva, y en palabras de la Convención de Budapest, en la disponibilidad y/o integridad de la información que, en su caso, se haya visto dañada alterada, suprimida o haya resultado inaccesible, o en la propia funcionalidad u operatividad del programa o programas que se hayan visto afectados como consecuencia de la actividad ilícita.

Es decir, el delito de daños informáticos no requiere un ataque a la integridad física del objeto sino que la acción sobre los elementos lógicos puede ejecutarse a través de procedimientos informáticos. Por eso mismo para valorar la gravedad de la conducta y/o de su resultado no puede trasladarse a los delitos informáticos la cuantía diferenciadora de los 400 euros, prevista en el artículo 263 CP a efectos punitivos para los daños clásicos, pues esta cuantía se refiere al menoscabo que sufre un objeto material, mientras que los delitos informáticos tienen por objeto, como se ha dicho, elementos inmateriales.

Todo ello ha de considerarse en la valoración de los daños causados en orden a la aplicación de esta circunstancia de agravación. En consecuencia, los criterios que pueden ser apreciados, con el fin de cuantificar ese daño funcional, van desde el valor de la destrucción definitiva de los datos informáticos –con la dificultad que entraña esta valoración– al valor económico cuantificable del coste de restablecimiento de la operatividad de los datos, programas o, en su caso, del sistema afectado. Derivado de este último criterio está el del perjuicio económico que haya supuesto para la víctima o el afectado el periodo de tiempo en que los sistemas han permanecido inutilizados y/o el necesario para restaurar su funcionamiento, factores que estarán íntimamente ligados a la pérdida de capacidad de actuación o al lucro cesante sufrido por la imposibilidad de uso de los datos o sistemas durante ese lapso temporal, daños que serán más evidentes y graves para las entidades que tienen por objeto una actividad económica. No han de olvidarse tampoco, como criterio para la valoración del resultado de la acción típica, las consecuencias que podrían derivarse, a efectos de la reputación de una determinada empresa, entidad o persona física, del hecho de haber sido objeto de un ataque informático pues ello puede conllevar un perjuicio intangible por el daño causado a la imagen pública de aquéllas. Ha de recordarse al respecto que en ocasiones el atacante no tiene como objetivo ocasionar un daño patrimonial, sino producir un daño a la imagen de una determinado organismo o entidad provocando una pérdida de credibilidad o una desconfianza social hacia el mismo.

Finalmente habrán de tenerse en cuenta los perjuicios ocasionados no solamente para el directamente ofendido sino también para el interés general, los bienes jurídicos afectados por la acción ilícita, o el riesgo que se genera para intereses públicos o privados por causa de la pérdida de los datos, programas o documentos etc.. En definitiva, todas estas consecuencias deberán analizarse caso a caso y en atención a las circunstancias concurrentes, lo que en muchos supuestos determinará la necesidad de recabar dictámenes técnicos y/o informes periciales en relación con los extremos antes indicados.

En orden a definir el límite a partir del cual un resultado puede considerarse grave o especialmente grave, a los efectos de la aplicación de esta circunstancia, es interesante reseñar, con carácter ilustrativo, que la Directiva europea al referirse en su quinto considerando a los ataques masivos, realizados a gran escala y susceptibles de causar graves daños, deriva a los Estados la competencia para delimitar dicho concepto de acuerdo con los criterios de los respectivos ordenamientos y prácticas nacionales, si bien ofrece algunas pautas para su valoración tales como interrumpir los servicios del sistema de una importancia pública relevante o causar importantes costes económicos o pérdidas de datos de carácter personal o de información sensible. A su vez, al referirse en su undécimo considerando a aquellos otros supuestos que pueden considerarse como de menor gravedad, y que en consecuencia pudieran quedar excluidos de sanción, facilita también algunos otros parámetros de valoración como la insignificancia del daño causado o del riesgo generado para intereses públicos o privados o para los derechos o intereses de las personas que resulten afectadas o, en su caso, el escaso nivel de afección en la integridad de los datos o de los sistemas.

En consecuencia y, a partir del indicado planteamiento, habrían de considerarse graves y, por tanto, encuadrables por su resultado en el artículo 264.1.º CP, todas aquellas acciones ilícitas, sobre los elementos lógicos, que tuvieran trascendencia significativa o generaran consecuencias apreciables en datos, programas informáticos o documentos electrónicos o en los intereses en juego. Por su parte, procedería la aplicación del subtipo que nos ocupa en los supuestos en que los efectos del delito fueran especialmente relevantes y no se hicieran merecedores por su intensidad de la calificación de extrema gravedad a que se refiere el inciso último del mismo precepto. A los efectos de aplicar uno u otro precepto y como criterios de valoración habrían de tenerse en cuenta los anteriormente indicados y, en particular, como señala la SAP de Madrid 480/2017, de 10 de enero, la posibilidad o no de recuperar los datos informáticos, la pérdida definitiva de los mismos o la posibilidad de recuperación y, en este último caso, el coste económico de la reparación del daño causado, la complejidad técnica de los trabajos de recuperación, la duración de las tareas de recuperación, el valor del perjuicio causado al titular de los datos, bien como lucro cesante o como daño emergente.

En relación con el segundo inciso de este mismo apartado, que hace depender la agravación del elevado número de sistemas afectados, ha de reseñarse que la Directiva 2013/40/UE se refiere específicamente al sentido último de esta circunstancia al indicar en su considerando decimotercero que es conveniente establecer sanciones más severas cuando el ciberataque se realiza a gran escala y afecta a un número importante de sistemas de información, en particular, cuando el ataque tiene por objeto crear una red infectada o si el ciberataque causa un daño grave, incluido cuando se lleva a cabo a través de una red infectada. Es decir, que la razón de ser de la agravación, que se deriva directamente de dicha norma europea, está en el especial riesgo que generan aquellos ataques en los que se ven afectados un número considerable de

ordenadores que a su vez, y tras ser infectados, pueden servir para poder llevar a efecto un posterior ataque masivo y coordinado.

Por ello, y con independencia de que la cantidad de sistemas informáticos afectados pueda ser un factor a tener en cuenta a efectos de integrar el primer inciso de este mismo apartado del artículo 264.2 por ocasionar daños de especial gravedad, la circunstancia recogida en el segundo inciso habría de aplicarse más específicamente en los supuestos en los que se vieran afectados un número tal de sistemas de información que pudieran generar el riesgo de un ataque masivo de dichas características.

3.º *El hecho hubiera perjudicado gravemente el funcionamiento de servicios públicos esenciales o la provisión de bienes de primera necesidad.*

La STC n.º 26/1981, de 17 de julio, refiere el concepto de servicio esencial del artículo 128.2 de la Constitución Española a aquellas actividades industriales o mercantiles de las que derivan prestaciones vitales o necesarias para la vida de una comunidad. Esta doctrina se completa con la establecida en STC n.º 8/1992, de 16 de enero según la cual antes que a determinadas actividades industriales y mercantiles, de las que se derivarían prestaciones vitales y necesarias para la vida de la comunidad, la noción de servicio esencial de la comunidad hace referencia a la naturaleza de los intereses a cuya satisfacción la prestación se endereza, entendiéndose por tales los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos con la consecuencia de que a priori ningún tipo de actividad productiva puede ser considerado en sí mismo como esencial (STC 51/1986) solo lo será en aquellos casos en que la satisfacción de los mencionados exija el mantenimiento del servicio y en la medida y con la intensidad que efectivamente lo exija. Por su parte, la Ley 8/2011, de 28 de abril, por la que se establecen medidas para la protección de infraestructuras críticas, define, en su artículo 2, los servicios esenciales como aquellos necesarios para el mantenimiento de las funciones sociales básicas, la salud, la seguridad, el bienestar social y económico de los ciudadanos, o el eficaz funcionamiento de las Instituciones del Estado y las Administraciones Públicas.

Según el artículo 128.2 CE los servicios esenciales podrán reservarse por ley al sector público y también podrá acordarse la intervención de empresas en la prestación de los mismos, cuando así lo exija el interés general. Se trata, por tanto, de servicios indispensables para el funcionamiento de la sociedad que en ocasiones pueden prestarse por el sector público o también encomendarse a la iniciativa privada sometidos a una adecuada reglamentación, como es el caso de las telecomunicaciones, el transporte aéreo o la energía.

En cuanto a la referencia a bienes de primera necesidad, es claro que el Legislador alude a aquellos que son fundamentales para el desarrollo de la vida de los ciudadanos y para la atención de sus necesidades primarias. En relación con ello la STS n.º 432/2003 de 26 de marzo, a propósito de un supuesto de estafa, recuerda que la Sala viene entendiendo que son bienes de primera necesidad los alimentos, medicamentos, viviendas y otros productos de consumo necesario para la subsistencia y salud de las personas. También son de interés a estos efectos la STS n.º 232/2012, de 5 de marzo, a cuyo tenor la categoría de «cosas de primera necesidad» se encuentra referida a aquellas «de las que no se puede prescindir», según el diccionario de la Real Academia, lo que esta Sala viene vinculando a productos de consumo imprescindible para la subsistencia o la salud de las personas, y también la STS n.º 1307/2006, de 22 de diciembre, que recuerda como doctrina del Tribunal, a efectos de la aplicación del delito de estafa del artículo 250.1 CP, que por cosas de primera necesidad o bienes de utilidad social,

además de las viviendas expresamente mencionadas, habrá que entender todas aquellas que resulten imprescindibles para la subsistencia y salud de las personas.

Por tanto, la agravación será aplicable cuando el ataque informático a datos, programas o documentos afecte gravemente a la prestación ordinaria de los indicados servicios esenciales o a la provisión de bienes de primera necesidad. También en este subtipo la utilización del adverbio gravemente supone la introducción de un criterio de valoración indeterminado, cuya concurrencia habrá de analizarse individualizadamente y en función del servicio o prestación de que se trate, pero que excluye en todo caso la aplicación de esta circunstancia cuando los efectos de la acción ilícita hayan resultado intrascendentes o no se hubiera generado una alteración apreciable en el funcionamiento de dichos servicios.

4.º *Los hechos hayan afectado al sistema informático de una infraestructura crítica o se hubiera creado una situación de peligro grave para la seguridad del Estado, de la Unión Europea o de un Estado Miembro de la Unión Europea. A estos efectos se considerará infraestructura crítica un elemento, sistema o parte de este que sea esencial para el mantenimiento de funciones vitales de la sociedad, la salud, la seguridad, la protección y el bienestar económico y social de la población cuya perturbación o destrucción tendría un impacto significativo al no poder mantener sus funciones.*

En relación con esta circunstancia es el propio Legislador el que define lo que ha de entenderse por infraestructura crítica. A estos efectos ha de tenerse en cuenta que la Ley 8/2011 prevé la existencia de un Catálogo Nacional de Infraestructuras Estratégicas, que es un registro de carácter administrativo en el que se recoge la información completa y actualizada de todas las infraestructuras estratégicas ubicadas en el territorio nacional, entre las que se hallan incluidas aquellas clasificadas como críticas o críticas europeas que afecten a España. No obstante, la concurrencia de dicha cualidad en el organismo u entidad cuyo sistema es atacado, en principio, podría no ser conocida por el autor del hecho, dado que el contenido del referido Catálogo tiene la consideración oficial de secreto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.3 del Real Decreto 704/2011, de 20 de mayo, que aprueba el Reglamento de Protección de Infraestructuras Críticas. Por ello, y sin perjuicio de la posibilidad de obtener a posteriori una certificación oficial sobre dicho extremo, a los efectos de acreditar dicha condición en referencia al organismo e institución específicamente atacado, el hecho de que el Legislador haya optado por definir en el propio artículo 264.2. 4.º lo que ha de entenderse por infraestructura crítica facilita la interpretación del precepto sin necesidad de acudir a otras fuentes.

La Directiva 2013/40/UE se refiere también a esta circunstancia agravatoria en los siguientes términos: existen en la Unión una serie de infraestructuras críticas cuya perturbación o destrucción tendría repercusiones transfronterizas importantes. De la necesidad de incrementar en la Unión la capacidad de protección de estas infraestructuras se desprende que las medidas contra los ataques informáticos deben complementarse con penas estrictas que reflejen la gravedad de tales ataques. A estos efectos la Directiva utiliza una definición muy similar a la que recoge el precepto que nos ocupa y que ilustra citando, a modo de ejemplo, las centrales eléctricas, las redes de transporte y las redes de los órganos de gobierno.

La agravación operará con la simple afección al sistema informático de una infraestructura de esta naturaleza, siempre que concurren los requisitos del tipo básico, sin precisar para su apreciación que la incidencia en datos o programas o en el propio sistema haya afectado, en forma grave, al funcionamiento o normal actividad de la entidad u organismo atacado. Por el contrario, y en relación con el segundo inciso

referido a la creación de un peligro para la seguridad del Estado, de la Unión Europea o de un Estado Miembro de la Unión Europea, el Legislador exige para la estimación de esta circunstancia que el peligro sea efectivamente grave.

A propósito de la interpretación de este precepto no ha de olvidarse que, según establece el artículo 573.2 CP, se considerarán delitos de terrorismo los delitos informáticos tipificados en los artículos 197 bis y 197 ter y 264 a 264 quater cuando los hechos se cometan con alguna de las finalidades recogidas en el artículo 573.1 del mismo texto legal. Este último precepto, en su redacción derivada de la reforma operada por LO 2/2015, considera que concurre la citada finalidad cuando, a través de cualquiera de las conductas indicadas, lo que se pretende es alguno de los siguientes objetivos:

- 1.º *Subvertir el orden constitucional, o 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.*
- 2.º *Alterar gravemente la paz pública.*
- 3.º *Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional.*
- 4.º *Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella.*

Por tanto, cualquiera de los delitos que menciona el artículo 573.2 CP, integraría un delito de terrorismo si se lleva a efecto con una de las finalidades indicadas. Ahora bien, va a ser precisamente en los supuestos en que concurren alguna o algunas de las agravaciones que se están examinando cuando dicha posibilidad resultará más evidente, ya que si un ataque informático perjudica gravemente la prestación de servicios esenciales, afecta a infraestructuras críticas o implica un grave peligro para la seguridad de los Estados o de la Unión Europea, es muy probable que la finalidad que se pretende con el ataque informático pueda considerarse de carácter terrorista. En estos casos se generará un concurso de normas a resolver por el principio de especialidad de conformidad con lo establecido en el artículo 8.1.º del CP y en el propio artículo 573.2 CP, solución legal con efectos no solamente en orden a la calificación jurídica y sanción de la conducta sino también de competencia objetiva, ya que la instrucción y enjuiciamiento de esas tipologías delictivas viene asignada en exclusividad a los órganos de la Audiencia Nacional, en aplicación de lo establecido en la Disposición Transitoria de la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

- 5.º *El delito se haya cometido utilizando alguno de los medios a que se refiere el artículo 264 ter.*

El precepto sanciona más gravemente la comisión del acto ilícito cuando en la acción se utilizan algunas de las herramientas a que se refiere el nuevo artículo 264 ter, es decir: programas informáticos concebidos o adaptados principalmente para cometer estos delitos o contraseñas de ordenador, códigos de acceso o datos similares que permitan acceder a la totalidad o a una parte de un sistema de información. Ya se ha indicado anteriormente, al comentar el artículo 197 ter, de similar redacción, cual ha de ser la interpretación de estos conceptos y también cuales son las razones por las que el Legislador europeo ha estimado conveniente adelantar la barrera de protección y sancionar penalmente determinadas conductas relacionadas con la elaboración, adquisición o transmisión a terceros de estas herramientas o instrumentos informáticos.

La Directiva, que se refiere a la concurrencia de esta circunstancia en su artículo 9.º y en sus considerandos 13.º y 16.º, reflexiona acerca de la especial gravedad de la utilización de programas maliciosos (malware) diseñados y/o adaptados para

cometer estas conductas de forma masiva e indiscriminada. Al respecto ha de indicarse que cuando este sea el supuesto que determina la aplicación de la agravación, y ello dé lugar a la infección de un número elevado de sistemas, dicha circunstancia pudiera concurrir con la prevista en el inciso segundo del artículo 264.2.2.º CP, como anteriormente ya se ha señalado.

Ahora bien, distinto será el supuesto en el que las herramientas utilizadas sean programas informáticos maliciosos concebidos para efectuar ataques informáticos de carácter aislado o individualizado o, cuando lo que se usa sean contraseñas de ordenador, códigos de acceso o datos similares que hagan factible la intromisión en un sistema de información perfectamente determinado. El empleo de estas herramientas o de las claves y códigos, en principio diferentes en cada uno de los sistemas, no tiene por qué estar vinculado a ataques informáticos plurales. Ello es especialmente claro en lo que respecta al uso de contraseñas o claves de acceso ajenas, que es el mecanismo que se utilizará con frecuencia en muchas de las acciones ilícitas cuyo objeto sean datos, programas o sistemas informáticos aisladamente considerados. Por esta razón llama la atención que el Legislador haya optado por penalizar la utilización de estas claves, perfectamente individualizadas, con una sanción considerablemente más elevada que la correspondiente al tipo básico, en el cual, por definición legal, la acción de borrar, dañar, deteriorar, alterar, suprimir o hacer inaccesibles los efectos inmateriales protegidos puede llevarse a efecto por cualquier medio. En atención a ello, los Sres. Fiscales deberán valorar con especial cautela la aplicación de este subtipo en estos últimos supuestos restringiendo su apreciación a aquellos casos en los que el uso de dichas claves o contraseñas implique efectivamente un incremento en el plus de antijuridicidad de la conducta.

2.1.2 LA AGRAVACIÓN ESPECIFICA DEL ARTÍCULO 264.3 CP

Finalmente el apartado tercero del artículo 264 CP establece, de forma preceptiva, la imposición de las penas en su mitad superior, tanto respecto al tipo básico como a los subtipos agravados, cuando los hechos se hubieran cometido mediante la utilización ilícita de datos personales de otra persona para facilitarse el acceso informático o para ganarse la confianza de un tercero.

La incorporación de esta agravación en los delitos contra los datos y programas informáticos y documentos electrónicos ajenos responde a los parámetros de la Directiva 2013/40/UE que, en su considerando decimocuarto, llama la atención sobre la conveniencia de establecer medidas eficaces contra la usurpación de identidad y otras infracciones relacionadas con la identidad y que incluye esta circunstancia, en su artículo 9.5.º, como una de las que ha de ser tenida en cuenta para la agravación de las penas por los ilícitos que nos ocupan.

El Legislador no ha incorporado la agravante de forma exacta a como se configura en la Directiva. Recordemos que en el artículo 9.5 de aquella la circunstancia se concreta en la comisión de la infracción utilizando ilícitamente datos de carácter personal de otra persona con la finalidad de ganar la confianza de un tercero, causando así daños al propietario legítimo de la identidad. Sin embargo, en nuestro ordenamiento la aplicación de esta circunstancia se hace depender de la utilización ilícita de dichos datos para facilitarse el acceso al sistema o para ganarse la confianza de un tercero.

Obsérvese en primer término que en estos delitos la circunstancia se integra por la utilización de datos de carácter personal de cualquier persona - que por la dicción de precepto hay que entender como realmente existente - y no exclusivamente los de la propia víctima del delito, como ocurre en el supuesto del artículo 197.4, lo cual posibilita un marco mucho más amplio de aplicación de esta circunstancia. Dicha utilización

ha de ser ilícita, es decir, no autorizada ni consentida por el titular de la identidad suplantada. Respecto al alcance del concepto de datos personales, debe atenderse al análisis efectuado anteriormente a propósito de la aplicación de la circunstancia similar en los delitos de descubrimiento y revelación de secretos (apartado 1.1.B)

En cuanto a los restantes requisitos, el texto legal omite acertadamente la exigencia, que establece la Directiva, de que se cause un perjuicio al titular de la identidad usurpada, extremo que parece incongruente en este contexto teniendo en cuenta los bienes jurídicos protegidos. En cualquier caso, dicho resultado pudiera quedar amparado por otros preceptos penales y dar lugar la correspondiente indemnización civil. Sin embargo, en sentido contrario, el legislador español ha decidido ampliar el ámbito de aplicación de la agravación haciéndola extensiva también a los supuestos en los que el uso de datos personales ajenos tiene por objetivo facilitarse el acceso al sistema informático, circunstancia ésta especialmente adecuada en atención a la naturaleza de las conductas ilícitas a las que es aplicable.

En todo caso, la finalidad del uso irregular de los datos personales de otro es el de servir de medio para la ejecución de la acción típica prevista en el apartado primero del precepto examinado, bien sea haciendo posible el acceso al sistema objeto de ataque o para conseguir la confianza de un tercero que, a su vez, favorezca o facilite la causación de daños en los elementos del sistema.

2.2 El nuevo artículo 264 bis CP

Como ya se ha indicado, la LO 1/2015, siguiendo también en este punto el criterio de la Directiva europea, aborda en preceptos separados la descripción y sanción de las acciones ilícitas contra datos, programas informáticos y documentos electrónicos ajenos y aquellas otras cuyo objeto son los sistemas, en sí mismos considerados, como conjunto interconectado de elementos informáticos. Por ello y en referencia a estas últimas articula un nuevo precepto cuyo tenor es el siguiente:

1. *Será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años el que, sin estar autorizado y de manera grave, obstaculizara o interrumpiera el funcionamiento de un sistema informático ajeno:*

- a) *realizando alguna de las conductas a que se refiere el artículo anterior;*
- b) *introduciendo o transmitiendo datos; o*
- c) *destruyendo, dañando, inutilizando, eliminando o sustituyendo un sistema informático, telemático o de almacenamiento de información electrónica.*

Si los hechos hubieran perjudicado de forma relevante la actividad normal de una empresa, negocio o de una Administración pública, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose alcanzar la pena superior en grado.

2. *Se impondrá una pena de prisión de tres a ocho años y multa del triplo al décuplo del perjuicio ocasionado, cuando en los hechos a que se refiere el apartado anterior hubiera concurrido alguna de las circunstancias del apartado 2 del artículo anterior.*

3. *Las penas previstas en los apartados anteriores se impondrán, en sus respectivos casos, en su mitad superior, cuando los hechos se hubieran cometido mediante la utilización ilícita de datos personales de otra persona para facilitarse el acceso al sistema informático o para ganarse la confianza de un tercero.*

También en este caso, y a efectos de facilitar la exégesis del nuevo precepto, resulta de interés traer a colación la regulación que hace la Directiva europea de esta materia y que se recoge en su artículo 4 en estos términos: Los Estados miembros adoptarán las

medidas necesarias para que la obstaculización o la interrupción significativas del funcionamiento de un sistema de información, introduciendo, transmitiendo, dañando, borrando, deteriorando, alterando, suprimiendo, o haciendo inaccesibles datos informáticos, intencionadamente y sin autorización, sea sancionable como infracción penal, al menos en los supuestos que no sean de menor gravedad

El Legislador ha optado por definir de forma muy abierta, e incluso reiterativa, la conducta típica que consiste básicamente en lograr un resultado concreto, cual es la obstaculización o interrupción de la normal actividad de un sistema informático ajeno, de manera grave y a través de alguna de las acciones indicadas en el precepto.

Se trata, por tanto, de un delito de resultado en el que el elemento esencial es que se produzca la efectiva y grave obstaculización o interrupción respecto de un sistema informático concreto. Por sistema informático debe entenderse, a tenor de la Directiva 2013/40/UE, que sigue el criterio de la Decisión Marco precedente, todo aparato o grupo de aparatos interconectados o relacionados entre sí, uno o varios de los cuales realizan, mediante un programa, el tratamiento automático de datos informáticos, así como los datos informáticos almacenados, tratados, recuperados o transmitidos por estos últimos para su funcionamiento, utilización, protección y mantenimiento.

En cuanto a la interpretación del término grave, que cualifica la interrupción/obstaculización del sistema, resulta también de interés acudir a la terminología empleada en el texto original de la propia Directiva que utiliza a dicho fin la expresión *seriously* (seriamente) en referencia al alcance de la interferencia. Quiere decirse con ello que no toda obstaculización o interrupción del funcionamiento de un sistema informático se haría acreedora por sí sola de una sanción penal, sino únicamente aquella que afectara realmente y de forma significativa la funcionalidad del sistema atacado, circunstancia que será necesario analizar en cada supuesto en particular y que, en un buen número de ocasiones, precisará de los correspondientes informes técnicos.

El texto que se examina, al igual que el del artículo 264, en su versión inicial y en la derivada de la reforma, acota la conducta típica con el requisito, no contemplado en la Directiva, de que el sistema informático, o en su caso los datos, programas o documentos electrónicos, sean ajenos. Este requisito resulta sin duda perturbador por la dificultad de concretar qué ha de entenderse por ajenidad en referencia no ya a objetos físicos sino a elementos de carácter inmaterial, concebidos para operar y ser utilizados en un entorno virtual en muchas ocasiones diseñado con el objetivo específico de compartir información y gestionarla para su mejor aprovechamiento colectivo. Ciertamente habrá supuestos en que esa ajenidad resulte incuestionable, como aquellos en los que la agresión provenga de un agente completamente externo, pero en muchos supuestos el origen del ataque puede estar en la acción ilícita de personas o colectivos que interactúan o son usuarios del propio sistema y a dicho fin incorporan o comparten información a través del mismo. En estos casos acreditar el requisito de la ajenidad puede entrañar dificultades. Por esta razón

dicho elemento habrá de integrarse e interpretarse conjuntamente con el de la falta de autorización o, dicho de otra forma, con la falta de disponibilidad de los contenidos o del sistema sobre el que se actúa; de tal forma que serían típicas aquellas acciones que se realizan intencionadamente sobre los mismos, con los objetivos indicados, sin estar habilitado para ello. En consecuencia, solo la actuación no necesitada de autorización sobre sistemas informáticos propios, respecto de los cuales su titular tiene pleno control y disposición, quedarían al margen de la aplicación de este precepto.

El Legislador español dedica tres apartados a describir las conductas típicas a través de las cuales se pretende lograr el resultado de obstaculizar o interrumpir el normal

funcionamiento de un sistema informático. En el primer apartado incluye todos los comportamientos del artículo 264.1 CP: borrar, dañar, deteriorar, alterar, suprimir, o hacer inaccesibles datos, programas informáticos o documentos electrónicos ajenos. Es decir cuando a través de las indicadas acciones el efecto que se pretende y se produce afecta no solo a los elementos aislados que integran el sistema sino que incide en la operatividad funcional del sistema de información mismo.

En el segundo apartado el precepto incluye las conductas de transmitir o introducir nuevos datos en el sistema, que habrán de entenderse referidas a aquellas que, no estando comprendidas en la relación recogida en el apartado anterior, puedan también causar como efecto la interrupción u obstaculización del funcionamiento del sistema. En realidad la acción de alterar datos, programas o documentos recogida en el artículo 264.1.º puede llevarse a efecto introduciendo nuevos datos, por lo que muchos de estos comportamientos pudieran ser reconducidos al apartado anterior. El ejemplo más característico de este tipo de actuaciones son los ataques de denegación de servicio, conocidos vulgarmente como DDoS (Distributed Denial of Service).

Finalmente, en el tercero de los apartados, se relacionan los comportamientos de destruir, dañar, inutilizar, eliminar o sustituir pero dirigidos directamente y en su conjunto al sistema de información o de almacenamiento masivo afectados por la acción ilícita.

Como puede constatarse, muchas de las conductas que contempla el artículo 264 bis son reconducibles a las acciones típicas sancionadas en el artículo 264. 1 CP, por lo que en una pluralidad de ocasiones la aplicación de una u otra figura típica vendrá determinada por la capacidad de la acción ilícita para afectar a la operatividad del sistema informático en su conjunto.

El párrafo segundo del apartado primero del artículo 264 bis CP establece la imposición de la pena en su mitad superior, que incluso podrá elevarse hasta el grado superior, cuando la interrupción u obstaculización grave del sistema informático haya tenido como consecuencia un perjuicio relevante en la empresa, negocio u organismo de la Administración Pública al que –según ha de entenderse– sirve el sistema afectado. Esta circunstancia, obviamente, deberá acreditarse en cada supuesto y la mayor o menor relevancia del perjuicio dependerá del tipo de actividad y de la entidad de la empresa, organismo o institución de que se trate.

A su vez, el apartado segundo del mismo precepto hace extensivos los subtipos agravados del artículo 264 a las acciones ilícitas contra los sistemas informáticos, por lo que debe hacerse una remisión a las reflexiones efectuadas al respecto al comentar el citado precepto, en el apartado 2.1.1 de esta misma Circular.

Únicamente debe reseñarse la diferencia penológica entre ambos supuestos, ya que en el artículo 264 CP la sanción privativa de libertad prevista para estos subtipos es de dos a cinco años y multa del tanto al decuplo del perjuicio causado, con posibilidad de elevarse en grado si es apreciable extrema gravedad, en tanto que en el artículo 264 bis el marco de la pena privativa de libertad es de tres a ocho años y multa del triplio al decuplo del perjuicio causado.

Es evidente, por tanto, que el Legislador ha considerado notablemente más graves y peligrosas –porque así lo son efectivamente– las acciones dirigidas contra el sistema informático en su conjunto que provocan su interrupción u obstaculizan de forma grave su normal funcionamiento, respecto de aquellas otras que afectan exclusivamente a los datos, programas o documentos electrónicos aun cuando tengan incidencia, al menos

indirecta, en el sistema en el que se integran, siempre que no impliquen una pérdida significativa en la funcionalidad del mismo.

Para finalizar el análisis de este precepto se ha de indicar que, conforme a lo dispuesto en el apartado tercero del mismo, también en estos supuestos, se contempla como circunstancia agravante y en iguales términos que en el artículo 264.3 CP, la utilización ilícita de datos personales de otra persona para facilitarse el acceso al sistema informático o para ganarse la confianza de un tercero, por lo que son trasladables los comentarios efectuados al respecto en el apartado 2.1.2 de este documento.

2.3 El nuevo artículo 264 ter CP

La redacción del precepto es la siguiente:

Será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años o multa de tres a dieciocho meses el que, sin estar debidamente autorizado, produzca, adquiera para su uso, importe o, de cualquier modo, facilite a terceros, con la intención de facilitar la comisión de alguno de los delitos a que se refieren los dos artículos anteriores:

- a) Un programa informático, concebido o adaptado principalmente para cometer alguno de los delitos a que se refieren los dos artículos anteriores; o*
- b) una contraseña de ordenador, un código de acceso o datos similares que permitan acceder a la totalidad o a una parte de un sistema de información.*

Se trata de un precepto de contenido idéntico al del artículo 197 ter, analizado en el marco de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, si bien en este supuesto, y a diferencia de aquellos, la persecución de estas conductas no está sujeta a condiciones especiales de procedibilidad.

La redacción de este precepto deriva directamente del artículo 7 de la Directiva 2013/40/UE sobre ataques a los sistemas de información y, como aquel, sanciona la producción, adquisición para propio uso, importación o facilitación a terceros, sin estar autorizado para ello, de las herramientas o instrumentos reseñados en los apartados a) y b) con la intención de facilitar las acciones ilícitas contra datos, programas informáticos, documentos electrónicos o sistemas informáticos contempladas en los artículos 264 y 264 bis.

En los últimos años es cada vez más frecuente detectar programas o herramientas informáticas preparadas específicamente para alterar, dañar o destruir datos o programas informáticos u obstaculizar o interrumpir el normal funcionamiento de un sistema, de tal modo que su única utilidad es precisamente llevar a efecto esas acciones ilícitas. Entre ellos ha sido tristemente célebre, precisamente porque su utilización ha afectado a muchas personas, el conocido como ransomware que puede ser utilizado para cifrar archivos concretos o también la totalidad del contenido del sistema informático infectado. Una de sus últimas versiones, ryptolocker, encripta todo los documentos y archivos del sistema expandiendo sus efectos hasta la unidades de red y las copias de seguridad por lo que el perjuicio causado a la víctima por la pérdida total de información puede llegar a tener consecuencias muy graves.

Pues bien, la realización de las conductas típicas a efectos de obtener o facilitar a otros la disponibilidad de estos programas, así como también de contraseñas de ordenador, códigos de acceso o datos que permitan el acceso a la totalidad o a una parte de un sistema informático, integrará esta conducta cuando quien así actúe no se encuentre debidamente autorizado para ello y, además se acredite la intención de destinarlos a la comisión de cualquiera de las conductas de daños informáticos anteriormente examinadas.

CONCLUSIONES: DELITOS DE DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS**Nueva circunstancia agravatoria del artículo 197.4.º b) CP**

1.ª Se incorpora, en el artículo 197.4.º b), una nueva circunstancia agravatoria cuando los hechos sancionados en los párrafos 1.º y 2.º del mismo artículo se lleven a cabo mediante la utilización no autorizada de datos personales de la víctima.

A estos efectos por datos personales habrían de entenderse no solo los datos de identidad oficial, en sentido estricto, sino cualesquiera otros, propios de una persona o utilizados por ella, que le identifiquen o hagan posible su identificación frente a terceros tanto en un entorno físico como virtual. Tienen tal consideración no solo el nombre y apellidos, sino también, entre otros, los números de identificación personal como el correspondiente al DNI, el de afiliación a la Seguridad Social o a cualquier institución u organismo público o privado, el número de teléfono asociado a un concreto titular, la dirección postal, el apartado de correos, la dirección de correo electrónico, la dirección IP, la contraseña/usuario de carácter personal, la matrícula del propio vehículo, las imágenes de una persona obtenidas por Videovigilancia, los datos biométricos y datos de ADN, los seudónimos y en general cualquier dato identificativo que el afectado utilice habitualmente y por el que sea conocido.

Nueva figura delictiva del artículo 197.7 CP

2.ª El delito del artículo 197.7 CP sanciona penalmente la divulgación a terceros de imágenes o grabaciones audiovisuales de una persona que, aun obtenidas con su consentimiento, se difunden, revelan o ceden sin su anuencia, lesionando gravemente su intimidad personal. Por tales habrá que entender tanto los contenidos perceptibles únicamente por la vista, como los que se perciben conjuntamente por el oído y la vista y también aquellos otros que, aun no mediando imágenes, pueden captarse por el sentido auditivo.

3.ª El precepto es aplicable cuando la imagen o grabación, posteriormente difundida, se haya tomado en un ámbito espacial reservado, circunstancia ésta que el tipo penal concreta en la exigencia de que se haya obtenido en un domicilio o en un lugar fuera del alcance de la mirada de terceros. Por tal habrá de entenderse cualquier lugar cerrado o también un lugar al aire libre si se acredita que reúne garantías suficientes de privacidad para asegurar que la captación de las escenas/imágenes se efectuó en un contexto de estricta intimidad sustraído a la percepción de terceros ajenos a ellas.

4.ª El requisito de falta de autorización del afectado no exige acreditar una negativa expresa sino que bastará con la no constancia de autorización, a la que han de equipararse los supuestos de falta de conocimiento de la ulterior cesión o distribución por parte del afectado. Si fueran varias las personas que aparecen en las imágenes la difusión solo resultará atípica si hubieran accedido a la difusión todas y cada una de ellas.

5.ª Al configurarse como un delito especial propio, incurre en responsabilidad únicamente quien, habiendo obtenido con anuencia de la víctima la imagen o grabación, inicia la cadena de difusión consciente de que carece de autorización para ello del propio afectado y por tanto de que su conducta lesiona la intimidad de la víctima. Ello sin perjuicio de la responsabilidad exigible en los supuestos de coparticipación criminal por coautoría, cooperación necesaria, inducción o complicidad, si concurren los presupuestos previstos en los artículos 28 y 29 CP.

Al margen de dichos supuestos, quien, sin haber participado en la obtención de la imagen o grabación, la trasmite posteriormente a terceros a sabiendas de su contenido y de la falta de autorización de la víctima –extranei– podría incurrir en un delito contra la integridad moral del artículo 173.1 CP, si concurren los requisitos de dicho tipo penal y concretamente cuando dicha difusión menoscabe gravemente la integridad moral de la persona afectada.

6.^a El autor del delito del artículo 197.7 podría incurrir también en un delito contra la integridad moral del artículo 173.1 del CP cuando la difusión in consentida lesione no solo la intimidad del afectado sino también, por la naturaleza de las imágenes difundidas, afecte gravemente a la integridad moral de la víctima. En estos supuestos será de apreciación un concurso ideal entre ambos delitos a penar de conformidad con el artículo 77.2 del mismo texto legal.

7.^a Cuando las imágenes obtenidas y posteriormente difundidas se refieran a un menor o a una persona con discapacidad y merezcan la consideración de material pornográfico, tal y como se define en el artículo 189 del CP, se plantea una situación de concurso entre la figura prevista en el 197.7 y los preceptos correspondientes a los delitos de pornografía infantil. En estos supuestos se produciría un concurso ideal entre el delito que se examina, artículo 197.7, párrafo 2.º y el artículo 189.1.º b) ambos del CP, a penar de conformidad con el artículo 77.2 del mismo texto legal dado que la acción ilícita, no solamente lesiona la intimidad del afectado cuya imagen se difunde sin su autorización, sino que pone también en peligro la indemnidad sexual de los menores, genéricamente considerados, como bien jurídico protegido en los delitos de pornografía infantil.

El delito de acceso ilegal a sistemas informáticos (art. 197 bis.1.º)

8.^a La reubicación sistemática de esta figura delictiva en el artículo 197 bis.1.º del CP deja constancia de que el bien jurídico protegido en el mismo, no es directamente la intimidad personal, sino más bien la seguridad de los sistemas de información en cuanto medida de protección del ámbito de privacidad reservado a la posibilidad de conocimiento público. El delito se consume por el mero hecho de acceder –o facilitar a otro el acceso– a un sistema informático o a parte del mismo aun cuando la acción no vaya seguida del apoderamiento de datos, informaciones o documentos ajenos.

Por medida de seguridad ha de entenderse cualquiera que se haya establecido con la finalidad de impedir el acceso al sistema, con independencia de que la misma sea más o menos sólida, compleja o robusta y también de que haya sido establecida por el administrador, el usuario, o por el instalador del sistema siempre que se mantenga operativa como tal medida de seguridad por quien está legitimado para evitar el acceso.

9.^a En la práctica será frecuente la concurrencia de este tipo, acceso ilegal a sistemas, con cualquiera de las conductas previstas en el artículo 197 n.ºs 1 y 2. En estos casos, en términos generales, será de apreciar un concurso medial del artículo 77 CP, al igual que en los supuestos en que el acceso ilegal tuviera por objeto el descubrimiento de secretos de empresa (art 278 CP) o el descubrimiento de secretos oficiales (art. 598 y ss. CP). Ello no obsta a que en casos concretos, en los que no sea posible el acceso a la información íntima o a los datos personales por medio distinto que la vulneración de medidas de seguridad del sistema, pudiera considerarse la posibilidad de apreciar una progresión delictiva que llevaría a considerar el concurso de normas sancionable por la vía del artículo 8.3 CP.

En todo caso, cuando para sortear las medidas de seguridad fuera preciso utilizar datos de carácter personal de la víctima, la apreciación del artículo 197 bis 1.º junto con el artículo 197.4.b) supondría una infracción del principio *non bis in idem*, debiendo aplicarse en estos casos este último precepto, por mor del principio de especialidad establecido en el artículo 8.1 del CP.

El delito de interceptación ilegal de datos informáticos (art. 197 bis.2.º)

10.^a El objeto de protección en este tipo penal es doble. En primer término lo son los datos informáticos objeto de cualquier tipo de transmisión –salvo las tengan el carácter de comunicación personal cuya interceptación se sanciona en el art 197.1.º– que se lleve a efecto, incluso sin necesidad de intervención humana, entre los distintos dispositivos de un sistema o entre dos o más sistemas y en forma no pública, es decir en condiciones tales que dichos datos queden excluidos del conocimiento de terceros. En segundo término se protegen también los datos informáticos de un sistema que son susceptibles de obtenerse a partir de las emisiones electromagnéticas del mismo.

En uno y otro caso, para que la conducta sea delictiva han de concurrir dos requisitos: que quien efectúa la interceptación no esté autorizado para ello y que la misma se realice utilizando como medio artificios o instrumentos técnicos, debiendo entenderse por tales cualesquiera herramientas o mecanismos que hagan posible este objetivo aunque no estén específicamente destinados a ello.

11.^a La ubicación de este delito en el nuevo artículo 197 bis.2.º, junto al acceso ilegal a sistemas informáticos, es coherente con la voluntad del legislador de separar la tipificación y sanción de las conductas que tutelan la privacidad protegiendo la seguridad de los sistemas de aquellas otras en las que el bien jurídico protegido es directamente la intimidad de las personas. En los supuestos de concurrencia entre la interceptación ilegal del artículo 197 bis.2.º y los delitos del artículo 197.1.º, el criterio a aplicar será el del concurso de normas a resolver conforme al principio de absorción dado que uno de los comportamientos típicos que reseña el último precepto citado es el de interceptar las comunicaciones o utilizar artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción de imágenes, sonidos o cualquier otra señal de comunicación, por lo que entraría en juego el artículo 8.3.º CP a cuyo tenor el precepto legal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquel, siendo de aplicación por tanto el artículo 197.1.º

Ahora bien, en el supuesto de que la interceptación ilegal que estamos examinando (art 197 bis.2.º) concorra con alguna de las conductas ilícitas contempladas en el artículo 197.2.º habrá de apreciarse un concurso medial, del artículo 77 CP por las mismas razones y con las salvedades expuestas anteriormente a propósito de la concurrencia del artículo 197 bis.1.º con esta misma conducta.

El delito de abuso de dispositivos (art. 197 ter)

12.^a La utilización de los verbos producir, adquirir para el uso, importar o de cualquier modo facilitar a tercero en la definición de la conducta típica lleva a entender incluidas en la misma tanto la elaboración para uso propio, o para distribución a terceros, como la importación, la adquisición y en consecuencia la ulterior posesión -aunque el precepto no lo indique expresamente- bien sea para el propio uso o para la distribución o entrega a otro u otros y en general cualquier forma de puesta a disposi-

ción de terceros de cualquiera de las herramientas o instrumentos que se relacionan en los apartados a) y b) del mismo precepto.

Dichos instrumentos y herramientas pueden ser: programas informáticos y/o contraseñas, códigos de acceso o datos similares que hagan posible el acceso a un sistema. Respecto a los primeros la exigencia legal de que se trate de programas concebidos o adaptados principalmente para cometer determinados delitos remite al software malicioso o malware diseñado para infiltrarse y/o obtener información (programas espía) en un dispositivo o un sistema de información sin el consentimiento de su propietario, quedando excluidos cualquier otro tipo de programas que no reúnan dicha característica, aunque puedan ocasionalmente servir para esa misma finalidad, circunstancia cuya determinación hará necesario generalmente un informe pericial.

Por su parte, la referencia a contraseñas, códigos o datos similares, concierne a medidas de seguridad instaladas para evitar la intromisión en archivos, partes de un sistema o en el sistema mismo por quien no se encuentra habilitado para ello. No estamos por tanto ante herramientas elaboradas específicamente para hacer posible la intromisión ilegítima en un sistema sino ante la irregular disponibilidad de las legítimamente creadas y utilizadas para impedir dicha intromisión.

13.^a La posibilidad de actuar penalmente ante dichos comportamientos se encuentra acotada por dos elementos, la falta de autorización para la elaboración, importación, adquisición o facilitación a terceros de esos instrumentos o herramientas y la exigencia de que dichas acciones estén orientadas a facilitar la comisión de alguno de los delitos a que se refieren los artículos 197.1.º y 2.º y 197 bis CP. En consecuencia es imprescindible que quien así actúa no cuente con autorización, bien sea otorgada legalmente bien porque se le haya encomendado dicha responsabilidad por quien tenga capacidad para ello en el marco concreto de la actividad de que se trate. Pero además ha de actuarse con la finalidad específica de facilitar la comisión de uno de los delitos mencionados, circunstancia que habrá de acreditarse en cada supuesto, atendiendo a los elementos, pruebas o indicios existentes.

14.^a Cuando quien haya producido, importado o adquirido estas herramientas o instrumentos sea el mismo que posteriormente comete el delito concreto, bien sea del artículo 197, apartados 1 y 2, o del artículo 197 bis, utilizando esos mismos medios fabricados, adquiridos o poseídos a dicho fin, habrá de entenderse que se produce un concurso de normas, a resolver de acuerdo con el criterio de absorción previsto en el artículo 8.3 del CP.

La agravación del artículo 197 quater

15.^a La LO 1/2015 traslada a este precepto la agravación derivada de la comisión del hecho en el seno de una organización o grupo criminal, anteriormente sancionada en el art 197.8, haciéndola extensiva a todos los delitos descritos en capítulo I del título X del libro II del CP.

En estas ocasiones, cuando el sujeto activo de cualquiera de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos sea, al tiempo, integrante y/o dirigente del grupo u organización participante en la acción ilícita se produce un concurso de normas con los artículos 570 bis o 570 ter del CP. Ha de recordarse, por tanto, el criterio establecido en la Circular 2/2011 que, en aplicación de lo establecido en artículo 570 quater in fine, remite en estos casos al artículo 8.4 CP y, por tanto, establece que en tales supuestos los Sres Fiscales cuidarán de aplicar, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 570 quater CP, conforme al criterio de alternatividad, un concurso de delitos entre el artículo 570 bis o el artículo 570 ter, en su caso y el tipo Correspondiente al delito específicamente cometido

con todas sus circunstancias si bien prescindiendo de la agravación específica de organización, cuando la pena así aplicada sea superior a la que prevé el subtipo agravado.

Condiciones de perseguibilidad

16.^a La ubicación de los nuevos tipos penales determina que les sea de aplicación la previsión del artículo 201 CP a cuyo tenor para proceder por los delitos previstos en este capítulo será necesaria denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, sin perjuicio de las facultades asignadas al Ministerio Fiscal cuando se trate de personas menores de edad o en situación de discapacidad. Esta exigencia puede dificultar la aplicación de estos preceptos, especialmente del artículo 197 ter, dado que tipifica actos preparatorios del ataque informático en los que no es necesario que la conducta ejecutada haya llegado a agraviar a personas determinadas.

No obstante, a estos efectos, ha de tenerse en cuenta la previsión del artículo 201.2 que hace innecesaria dicha denuncia si el delito afecta a intereses generales o a una pluralidad de personas. Esta circunstancia se valorará en atención al número o características del sistema o sistemas informáticos objeto de acceso o interceptación ilegal y, en los supuestos del artículo 197 ter, cuando la concreción en el curso de la investigación del fin a que se destinaban las herramientas o instrumentos permita dicha conclusión, por ejemplo cuando el objeto de la acción fuera el espionaje informático de organismos e instituciones del Estado o cuando lo que se pretenda sea la obtención masiva de credenciales bancarias o acciones de similar naturaleza planificadas para afectar a muchas personas.

DELITOS DE DAÑOS INFORMÁTICOS

El delito de daños en datos, programas informáticos o documentos electrónicos (art 264)

17.^a En referencia a la circunstancia prevista en el artículo 264.2.2.º CP, la conjunción disyuntiva que enlaza las circunstancias de ocasionar daños de especial gravedad o afectar a un número elevado de sistemas ha de interpretarse en el sentido de que no es necesario que ambas concurren conjuntamente sino que es posible aplicar la agravación aun cuando solo sea apreciable una u otra de dichas circunstancias.

La interpretación de los conceptos de gravedad y especial gravedad del daño causado, por su carácter indeterminado y su dificultad de concreción –dada la naturaleza inmaterial de los elementos afectados– hace necesaria una labor exegética que deberá llevarse a efecto a partir de la doctrina jurisprudencial sobre supuestos concretos. Sin perjuicio de ello, y de conformidad con los parámetros fijados por la Directiva 40/2013/UE, habrían de considerarse graves, y por tanto encuadrables por su resultado en el artículo 264.1 CP, todas aquellas acciones ilícitas que tuvieran trascendencia significativa o generaran consecuencias apreciables en datos, programas informáticos o documentos electrónicos o en los intereses en juego, quedando la aplicación del subtipo que nos ocupa para los supuestos en que los efectos del delito fueran especialmente relevantes y no se hicieran merecedores, por su especial intensidad, de la calificación de extrema gravedad.

La circunstancia prevista en el inciso segundo del artículo 264.2.2.º CP habrá de aplicarse específicamente en los supuestos en los que se encuentre afectado un número tal de sistemas de información que pueda considerarse la existencia de un ataque informático masivo en el sentido a que se refiere el cuerpo de esta Circular.

18.ª La circunstancia del artículo 264.2.3.ª será aplicable cuando el ataque informático a datos, programas o documentos electrónicos afecte gravemente a la prestación ordinaria de servicios esenciales o a la provisión de bienes de primera necesidad. A estos efectos se entienden por servicios esenciales aquellas actividades que sirven para el mantenimiento de las funciones sociales básicas de la comunidad, como la salud, la seguridad, la protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas y el normal funcionamiento de las Instituciones del Estado. En cuanto a los bienes de primera necesidad deben considerarse como tales los alimentos, medicamentos y otros productos de consumo imprescindible para la subsistencia y salud de las personas.

19.ª La agravación del artículo 264.2.4.ª operará con la simple afección al sistema informático de una infraestructura crítica, definida como tal en el CP, sin que sea necesario para ello que los efectos en los datos o programas informáticos o en el propio sistema sea de carácter grave. En cuanto a la creación de una situación de peligro para la seguridad del Estado, de la Unión Europea o de un Estado Miembro de la Unión Europea, la agravación solo será apreciable si el riesgo creado ha sido efectivamente grave.

20.ª La agravación específica prevista en el apartado 3.º del artículo 264 establece, de forma preceptiva, la imposición de las penas en su mitad superior, tanto respecto al tipo básico como en los subtipos agravados. La circunstancia se integra por la utilización no autorizada de datos personales de cualquier otra persona –que hay que entender como realmente existente– como medio para facilitar el acceso al sistema objeto de ataque o para conseguir la confianza de un tercero que, a su vez, favorezca o facilite la causación de daños en los elementos del sistema.

Respecto al alcance del concepto datos personales, los Sres. Fiscales tomarán en consideración el análisis efectuado anteriormente a propósito de la aplicación de la circunstancia similar en los delitos de descubrimiento y revelación de secretos (conclusión primera).

21.ª Todas las conductas ilícitas de los artículos 197 bis, 197 ter y 264 a 264 ter pueden integrar el delito de terrorismo del artículo 573.2 si se llevan a efecto con cualquiera de las finalidades previstas en el artículo 573.1 CP, siendo más evidente esta posibilidad cuando concurren algunos de los subtipos agravados del artículo 264.2 CP. En estos casos se produce un concurso de normas a resolver por el principio de especialidad recogido en el artículo 8.1.º y en el propio artículo 573.2. Ello no solamente incide en la calificación jurídica del hecho sino también en la determinación de la competencia objetiva al estar atribuido el conocimiento de esas tipologías delictivas a los órganos de la Audiencia Nacional.

El delito de obstaculización o interrupción del funcionamiento de sistemas informáticos (art. 264 bis)

22.ª El artículo 264 bis CP sanciona un delito de resultado consistente en la obstaculización o interrupción del funcionamiento de un sistema informático ajeno,

sin estar autorizado y de manera grave, a través de alguna de las acciones indicadas en el apartado primero del mismo precepto.

El término grave ha de interpretarse en el sentido de que no toda obstaculización o interrupción del funcionamiento de un sistema se haría acreedora por sí sola de una sanción penal sino únicamente aquella que afecte realmente y de forma significativa a la funcionalidad del sistema atacado, circunstancia que será necesario analizar en cada supuesto en particular y que en un buen número de ocasiones precisará de los correspondientes informes técnicos.

23.^a El carácter ajeno de los sistemas informáticos objeto del delito ha de integrarse e interpretarse conjuntamente con el requisito de la falta de autorización o, dicho de otra forma, con la falta de disponibilidad de los contenidos o del sistema sobre el que se actúa; de tal forma que serían típicas aquellas acciones que se realizan intencionadamente sobre los mismos, con los objetivos indicados, sin estar habilitado para ello. En consecuencia, solo la actuación no necesitada de autorización sobre sistemas informáticos, respecto de los cuales su titular tiene pleno control y disposición, quedaría al margen de la aplicación de este precepto.

24.^a El precepto agrupa en tres apartados las conductas típicas a través de las cuales se pretende el resultado de obstaculizar o interrumpir el funcionamiento de un sistema informático. En el primer apartado incluye todas las relacionadas en el artículo 264.1.º CP, que integrarán el delito del artículo 264 bis cuando el efecto que se pretende y produce incide no solo en los elementos que integran el sistema sino que afecta a la operatividad del sistema de información mismo.

En el apartado b) se sanciona la transmisión e introducción de nuevos datos, cuando dichas conductas no se encuentren comprendidas en el apartado anterior y sean susceptibles de causar como efecto la interrupción u obstaculización del funcionamiento del sistema.

Finalmente en el apartado c) se relacionan los comportamientos de destruir, dañar, inutilizar, eliminar o sustituir pero dirigidos directamente y en su conjunto al sistema de información o de almacenamiento masivo afectados por la acción ilícita.

Muchos de estos comportamientos son reconducibles a las acciones típicas sancionadas en el artículo 264.1.º CP por lo que en una pluralidad de ocasiones la aplicación de uno u otro tipo penal vendrá determinada por la capacidad de la acción para afectar a la operativa o al funcionamiento del sistema informático en su conjunto.

El delito de abuso de dispositivos (art. 264 ter)

25.^a El tipo penal presenta idéntico contenido al del artículo 197 ter, analizado en el marco de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos (conclusiones decimosegunda a decimocuarta) si bien en este supuesto los programas informáticos producidos, adquiridos para su uso, importados o facilitados a terceros han de estar concebidos o adaptados principalmente para la comisión de algunos de los delitos sancionados en los artículos 264 y 264 bis, al igual que las conductas típicas han de ejecutarse con esa misma finalidad. No obstante en estos supuestos, y a diferencia de aquellos, la persecución de estas conductas no está sujeta a condiciones especiales de procedibilidad.

CONSULTA 1/2017, DE 14 DE JUNIO, SOBRE LAS ACCIONES TÍPICAS EN EL DELITO DE ATENTADO

SUMARIO: 1. Planteamiento y objeto de la consulta.–2. La intimidación grave con anterioridad a la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015 y su vinculación con el acometimiento.–3. La reforma del Código Penal mediante Ley Orgánica 1/2015.–4. Otros supuestos de intimidación grave.–5. El artículo 554 del Código Penal.–6. Conductas despenalizadas.–7. Cláusula de vigencia.–9. Conclusiones.

1. PLANTEAMIENTO Y OBJETO DE LA CONSULTA

La Fiscalía consultante ha debatido en Junta sobre el criterio a seguir en la interpretación del delito de atentado, tipificado en el artículo 550 del Código Penal (CP). Dicho precepto, ubicado en el capítulo II del título XXII del libro II, bajo la rúbrica «de los atentados contra la autoridad, sus agentes, los funcionarios públicos, y de la resistencia y desobediencia», establece en su apartado primero que son reos de atentado los que agredieren o, con intimidación grave o violencia, opusieren resistencia grave a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos, o los acometieren, cuando se hallen en el ejercicio de las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas.

La controversia se suscita en torno a si la intimidación grave, considerada de forma autónoma y no vinculada a la resistencia, puede subsumirse en el tipo de atentado. La Fiscalía eleva consulta porque se ve precisada a fijar posición en estos supuestos, a la vista del cambio de redacción sufrido por el tipo analizado, que en su anterior versión establecía en su apartado primero que son reos de atentado los que acometieran a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos, o empleen fuerza contra ellos, los intimiden gravemente o les hagan resistencia activa también grave.

Planteada en estos términos la cuestión, una parte de la Junta se muestra favorable a considerar que la intimidación grave, por sí sola, habría quedado fuera del tipo. Fundamentan su postura en la aplicación del principio de legalidad penal, consagrado en los artículos 25.1 CE, 4.2 CC y 1 CP, que obliga a que la intimidación grave, en tanto no sea un modo de resistencia activa grave, solo resulte punible como delito amenazas del artículo 169 CP o, en su caso, como amenazas terroristas del artículo 573 CP.

Otra parte de la Junta, por el contrario, rechaza los argumentos anteriores y defiende que la conducta de acometimiento, que se mantiene como conducta típica en el delito de atentado tras la reforma operada por LO 1/2015, incluiría la conducta de intimidación grave a la autoridad, agentes de ésta o funcionarios públicos.

Fundamentan su postura en la interpretación sistemática de los delitos contra el orden público y en la redacción del ordinal XXIII del Preámbulo de la LO 1/2015, conforme al que se introduce una nueva definición del atentado que incluye todos los supues-

tos de acometimiento, agresión, empleo de violencia o amenazas graves de violencia sobre el agente, pero en la que no se equipara el empleo de violencia sobre el agente con la acción de resistencia meramente pasiva, que continúa sancionándose con la pena correspondiente a los supuestos de desobediencia grave. Los supuestos de desobediencia leve dejan de estar sancionados penalmente y serán corregidos administrativamente.

Es de interés subrayar también la filosofía que inspira la reforma en cuanto a las penas asignadas al delito de atentado. Conforme al Preámbulo los delitos de atentado pueden ser cometidos por medio de conductas muy diferentes cuya gravedad puede ser muy desigual. Por esta razón, se opta por modificar las penas con las que se castigan estos delitos reduciendo el límite inferior de la pena que puede ser impuesta. Y, por otro lado, se ofrece una respuesta contundente a todos aquellos supuestos de atentado en los que concurren circunstancias de las que deriva su especial reprochabilidad: utilización de armas u objetos peligrosos; lanzamiento de objetos contundentes, líquidos inflamables o corrosivos; acometimiento con un vehículo de motor, o cuando los hechos se lleven a cabo con ocasión de un motín, plante o incidente colectivo en el interior de un centro penitenciario.

La reforma no afecta al bien jurídico protegido, que en palabras de la Consulta 2/2008, de 25 de noviembre, sobre la calificación jurídico-penal de las agresiones a funcionarios públicos en los ámbitos sanitario y educativo es «el orden público en sentido amplio, en cuanto las conductas que le afectan están dirigidas a menoscabar la actuación de las personas encargadas del normal funcionamiento de actividades relativas al interés general que la Administración debe prestar a los ciudadanos».

El nuevo texto legal consolida el cambio de la concepción tradicional del bien jurídico tutelado en el delito de atentado. La interpretación jurisprudencial del texto punitivo (vid. STS n.º 883/2008, de 17 de diciembre) fue sustituyendo progresivamente dicha específica tutela del principio de autoridad como atribución personal, por un concepto de protección de las funciones públicas realizadas por las personas a las que ampara.

La Recomendación Rec (2001)10, de 19 de septiembre, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros sobre el Código Ético Europeo de Policía recogía, entre los derechos del personal de policía, el que se les faciliten medidas específicas de salud y seguridad en consideración al carácter particular del trabajo policial (apartado 32 del anexo). Este planteamiento abona la idea de que el bien jurídico protegido en el delito de atentado es la garantía del buen funcionamiento de los servicios y funciones públicas.

En este contexto es necesario esclarecer si la intimidación grave, en tanto no sea un modo de resistencia activa grave, queda extra muros del tipo de atentado y solo sería punible como delito de amenazas del artículo 169 CP.

Presupuesto ineludible del desarrollo de cualquier argumentación lo constituye el estudio de las acciones descritas en el artículo 550 CP con anterioridad a la reforma operada en la LO 1/2015 y su contraste con las que se detallan en el vigente artículo.

Las acciones descritas en el tipo antes de la reforma eran: 1) acometimiento; 2) empleo de fuerza, 3) intimidación grave y 4) resistencia activa también grave. El atentado se perfeccionaba con el simple ataque en cualquiera de las cuatro formas previstas en el tipo, incluso cuando el acto de acometimiento no lograra su objetivo. En la actualidad las modalidades comisivas se integran por: 1) agresión, 2) intimidación grave o violencia con resistencia grave y 3) acometimiento.

2. LA INTIMIDACIÓN GRAVE CON ANTERIORIDAD A LA REFORMA OPERADA POR LEY ORGÁNICA 1/2015 Y SU VINCULACIÓN CON EL ACOMETIMIENTO

El artículo 550 CP en su redacción anterior, como ya se ha indicado, recogía como modalidades comisivas en el delito de atentado, entre otras, el acometimiento y la intimidación grave.

Puede afirmarse que ambas modalidades, lejos de constituir compartimentos estancos, en algunas ocasiones confluyen y se yuxtaponen, a través de la consolidada doctrina jurisprudencial de la parificación entre ellas. Acometer, en su acepción principal según la RAE, supone embestir con ímpetu y ardimiento y en otras acepciones emprender, intentar y decidirse a una acción o empezar a ejecutarla. Equivale a agredir, siendo suficiente que tal conducta se dé con una acción directamente dirigida a atacar a la autoridad (a sus agentes o a los funcionarios), advirtiendo la jurisprudencia que el atentado se perfecciona incluso cuando el acto de acometimiento no llegara a consumarse. Lo esencial es la embestida o ataque violento. Por ello se ha señalado que este delito no exige un resultado lesivo del sujeto pasivo, que si concurre se penará independientemente (SSTS n.º 580/2014, de 21 de julio; 672/2007, de 19 de julio y 309/2003, de 15 de marzo), calificando el atentado como delito de pura actividad, de forma que, aunque no se llegue a golpear o agredir materialmente al sujeto pasivo, tal delito se consuma con el ataque o acometimiento (SSTS n.º 652/2004 de 14 de mayo y 146/2006 de 10 de febrero).

A modo de conclusión cabe entender que los supuestos de grave intimidación, configurada como el anuncio o la conminación de un mal inminente, grave, concreto y posible, susceptible de despertar un sentimiento de angustia o temor ante el eventual daño, provocando una coacción anímica intensa, en su doble configuración jurisprudencial de mero acto formal de iniciación del ataque o de movimientos reveladores del propósito agresivo, suponían en la legislación derogada actos de acometimiento.

3. LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL MEDIANTE LEY ORGÁNICA 1/2015

El informe del Consejo Fiscal ya llamaba la atención sobre que la nueva redacción del artículo 550 CP dejaba fuera del tipo penal las conductas de intimidación grave que por no suponer el ejercicio de fuerza no entrañasen resistencia, indicando: «(...) Por otra parte, la intimidación grave concebida en la redacción actual como conducta autónoma se orienta en la redacción del Anteproyecto, junto con la violencia, a oponer resistencia a la autoridad, sus agentes o funcionarios públicos, de manera que la resistencia, para que merezca la calificación de atentado debe venir acompañada de violencia o intimidación grave, por lo que la resistencia meramente pasiva sigue integrándose en la figura más benigna del artículo 556. No obstante, la redacción proyectada introduce un indeseable margen de imprecisión, al dejar fuera del tipo penal las conductas de intimidación grave que por no suponer el ejercicio de fuerza no entrañen resistencia. Parece aconsejable que estos supuestos de intimidación grave queden comprendidos de manera explícita en la descripción típica del delito, tal y como se hace en la redacción actual del precepto».

Cabe sostener, a la vista de los argumentos anteriores, que la conducta de acometimiento, recogida como conducta típica en el nuevo texto, incluye los supuestos de

grave intimidación cuando la misma cumpla con los requisitos jurisprudenciales aludidos, es decir, cuando supongan un mero acto formal de iniciación del ataque o de movimientos reveladores del propósito agresivo.

Conforme a estos criterios debe descartarse la interpretación que defiende que solo puede ser atentado la intimidación grave como modo de resistencia activa grave.

Las intimidaciones graves que puedan considerarse acometimiento también podrán fundamentar la apreciación de atentado. Así, por ejemplo, podría constituir atentado la intimidación consistente en encañonar a un agente con un arma, sin que sea necesario que venga acompañada de resistencia grave.

Deben en principio considerarse susceptibles de subsunción en el tipo de atentado las conductas de iniciación de ataque o movimientos reveladores de propósito agresivo (acometimiento). Este puede ser el caso de los supuestos en que con tal propósito se esgrime una navaja o un cuchillo, se encañona a un agente, se dispara con una pistola, se empuña un machete, etc.

Como declara la reciente STS n.º 338/2017, de 11 de mayo, el «acometimiento se parifica con la grave intimidación, que puede consistir en un mero acto formal de iniciación del ataque o en un movimiento revelador del propósito agresivo».

4. OTROS SUPUESTOS DE INTIMIDACIÓN GRAVE

Avanzando en la resolución de las dudas planteadas, es preciso determinar cómo calificar los supuestos de intimidación grave que no impliquen acometimiento.

El relativismo del que adolece el concepto de intimidación grave adquiere su máxima expresión al analizar sus formas comisivas.

La exteriorización del propósito de causar un mal grave, posible y que revista apariencia de seriedad y firmeza, admite supuestos que ni van acompañados de movimientos reveladores del propósito agresivo ni implican un acto formal de iniciación del ataque, destacando la doctrina la inexistencia de restricciones en cuanto a los medios a través de los cuales se puede canalizar la intimidación, pudiendo ser palabras, gestos o actitudes. En estos casos la intimidación se distingue del acometimiento porque no constituye el comienzo de una agresión corporal, quedando únicamente apuntada como posible.

Tras la reforma operada por LO 1/2015 ha de concluirse con que la intimidación no acompañada de inminencia, pero conectada a una resistencia grave a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos será constitutiva de atentado. Por contra, los supuestos en los que la intimidación no venga acompañada de la nota de inminencia y no esté unida a una resistencia grave, podrán ser constitutivos de un delito de amenazas.

A la vista de lo aquí expuesto, se desprende con nitidez del texto vigente y de los debates parlamentarios que precedieron a la aprobación de la LO 1/2015, que el Legislador ha optado decididamente por un nuevo catálogo de modalidades comisivas del delito de atentado, en el que la intimidación grave, cuando no puede equipararse al acometimiento, ha dejado de ser una acción típica dotada de autonomía.

Lo confirma la STS n.º 445/2016, de 25 de mayo, al apreciar que la intimidación ha pasado a constituir un instrumento o mecanismo de entorpecimiento material (resistencia activa) al ejercicio de las funciones públicas. En consecuencia, la intimidación grave a la autoridad o funcionario en el ejercicio de sus funciones no bastará por sí sola para integrar el delito de atentado si no lleva aparejada una resistencia activa a su ejercicio.

Debe tenerse presente que la jurisprudencia considera heterogéneos los delitos de amenazas y atentado, por lo que el principio acusatorio impide condenar por amenazas cuando la acusación versó sobre un delito de atentado.

Por todo ello los Sres. Fiscales, cuando acusen de un delito de atentado en su modalidad de acometimiento mediante intimidación o en su modalidad de intimidación grave con resistencia grave, si pudieran plantearse dudas sobre la correcta subsunción, calificarán alternativa y subsidiariamente los hechos como amenazas.

5. EL ARTÍCULO 554 DEL CÓDIGO PENAL

Consideradas así las cosas, llama la atención la novedosa regulación del artículo 554 CP, conforme a que

1. Los hechos descritos en los artículos 550 y 551 serán también castigados con las penas expresadas en ellos cuando se cometieren contra un miembro de las Fuerzas Armadas que, vistiendo uniforme, estuviera prestando un servicio que le hubiera sido legalmente encomendado.

2. Las mismas penas se impondrán a quienes acometan, empleen violencia o intimiden a las personas que acudan en auxilio de la autoridad, sus agentes o funcionarios.

3. También se impondrán las penas de los artículos 550 y 551 a quienes acometan, empleen violencia o intimiden gravemente:

a) A los bomberos o miembros del personal sanitario o equipos de socorro que estuvieran interviniendo con ocasión de un siniestro, calamidad pública o situación de emergencia, con la finalidad de impedirles el ejercicio de sus funciones.

b) Al personal de seguridad privada, debidamente identificado, que desarrolle actividades de seguridad privada en cooperación y bajo el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Redactado en estos términos, cabe destacar, como ya hiciera el CGPJ, dos aspectos relevantes. En primer lugar, los apartados segundo y tercero del artículo 554 CP se refieren a la violencia e intimidación sin mencionar la resistencia por parte del sujeto activo, a diferencia del tipo del artículo 550. En segundo lugar, el apartado segundo del artículo 554 CP no requiere expresamente que la intimidación sea grave, exigencia que sí aparece en el artículo 550 y en el apartado tercero del artículo 554 CP.

Se constata, pues, una clara falta de armonía y coherencia entre el artículo 550 y el 554 CP y entre los distintos apartados del propio artículo 554. Como acertadamente argumenta la Fiscalía consultante, no parece lógico que la protección dispensada a los sujetos pasivos del artículo 554 CP sea de mayor intensidad que la otorgada a autoridades, agentes de ésta y funcionarios públicos, o incluso a las autoridades especialmente protegidas por el apartado tercero del artículo 550 CP.

Resultaría, como se ha indicado desde ciertos sectores doctrinales, paradójico que pudieran castigarse ciertas conductas como atentado cuando se ejercen contra la persona que acude en auxilio de los funcionarios, y que, por el contrario, no constituyan delito de atentado cuando se realizan contra los propios funcionarios.

Aún más incoherente sería que el personal de seguridad privada, en el desarrollo de actividades de cooperación y bajo el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, resulte protegido frente a conductas de intimidación grave y no lo estén estos.

En relación con los bomberos, personal sanitario o de socorro, conviene destacar que frecuentemente ostentarán la condición de funcionarios públicos a efectos penales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 CP, por lo que estarían también comprendidos en el radio de protección del artículo 550.

En relación con los bomberos igualmente, aunque no se relaciona la intimidación con la resistencia, sí se exige, expresamente en el artículo 554 CP que se actúe «con la finalidad de impedirles el ejercicio de sus funciones».

El Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley se pronunció, señalando que la previsión constituía una novedad, así como que con ella «no se desnaturaliza el delito de atentado de una manera absoluta, cuyo bien jurídico protegido radica en la garantía del buen funcionamiento de los servicios y funciones públicas... al incluir como sujetos pasivos a personas que puedan no gozar de la condición de autoridad o funcionario público, pues en ningún caso el precepto exige que ostenten tal condición».

Esta fundamentación es acogida en el Preámbulo de la LO 1/2015, cuando considera que debe ser objeto de protección quien asume en determinadas condiciones el desempeño de funciones públicas o de gran relevancia social.

Es necesario, por tanto, determinar si el Legislador, dada la redacción literal del precepto, ha pretendido proteger de manera especial a los particulares que acuden en auxilio de la autoridad, sus agentes o funcionarios, constituyendo la mera intimidación la conducta típica y si en el supuesto de bomberos, miembros del personal sanitario, equipos de socorro o personal privado, también son objeto de una protección privilegiada, constituyendo una acción típica la mera intimidación grave.

El propio Preámbulo dispone que se incluyen como sujetos protegidos, junto con los ciudadanos que acuden en auxilio de los agentes de la autoridad, los miembros de los equipos de asistencia y rescate que acuden a prestar auxilio a otro en un accidente o en una calamidad pública. En estos casos está prevista ahora la imposición de la misma pena que cuando los hechos se cometen sobre una autoridad, agente o funcionario. Esta agravación del marco penal tiene una doble justificación: la disminución de la pena mínima con la que se castigan estos delitos; y la consideración de que quien acude en auxilio de una autoridad, agente o funcionario, o asume en determinadas condiciones el desempeño de funciones públicas o de gran relevancia social, debe recibir una protección equivalente a la de aquéllos que intervienen con carácter oficial.

De ello se desprende, con una claridad meridiana, que el Legislador ha pretendido la imposición de la misma pena y una protección equivalente, por lo que cabe descartar que pretendiera privilegiar de alguna manera a los sujetos pasivos del artículo 554 CP.

Abona también esta tesis la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada, que en su artículo 31, bajo la rúbrica protección jurídica de agente de la autoridad, establece que «se considerarán agresiones y desobediencias a agentes de la autoridad las que se cometan contra el personal de seguridad privada, debidamente identificado, cuando desarrolle actividades de seguridad privada en cooperación y bajo el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad».

La concordancia terminológica y su tenor literal, impiden considerar que dicho personal sea objeto de una protección especial.

También debe destacarse que el precepto, en su tramitación parlamentaria, fue objeto de diversas enmiendas que criticaron la equiparación punitiva producida en relación con las personas que acuden en auxilio y la propia extensión de la tutela a otros colectivos. Hay que recordar que el derogado artículo 555 CP establecía que «las penas previstas en los artículos 551 y 552 se impondrán en un grado inferior, en sus respectivos casos, a los que acometan o intimiden a los que acudan en auxilio de la autoridad, sus agentes o funcionarios».

Desde luego, de ningún documento prelegislativo se desprende que la reforma pretendiera construir una figura de atentado con exigencias típicas más laxas. Lo único que pretendía la reforma es, sobre la base de una definición común del delito de atentado, ampliar las personas protegidas y equipara la penalidad imponible.

A fortiori, cabe aducir un argumento sistemático, basado en el propio tenor literal del apartado primero del artículo 554, que alude a los hechos descritos en los artículos 550 y 551.

Por todo lo anteriormente expuesto, habrá que estar a las consideraciones realizadas sobre el atentado propio, de manera que solo cuando concorra alguna de las modalidades típicas del artículo 550 CP podrá aplicarse el artículo 554.

6. CONDUCTAS DESPENALIZADAS

Las conductas que tras la LO 1/2015 y conforme a lo expuesto, no sean subsumibles en los nuevos tipos penales pero puedan calificarse como infracción administrativa conforme a la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (LOPSC), deberán ser puestas en conocimiento de la autoridad administrativa, conforme al artículo 45.2 de esta norma y de acuerdo con la asentada doctrina de la Fiscalía General del Estado sobre comunicaciones interorgánicas (vid. Instrucciones 4/1991, 7/1991, 2/1999, 1/2001, 1/2003, 10/2005 y 1/2009; Consulta 2/1996, Circulares 1/2002, 4/2013 y 1/2016).

Así sucederá con la desobediencia leve. El artículo 36.1.6 LOPSC califica como infracción grave «la desobediencia o resistencia a la autoridad o a sus agentes en el ejercicio de sus funciones cuando no sean constitutivas de delito».

La falta de respeto y consideración debida ha pasado al apartado segundo del artículo 556, pero exclusivamente respecto de la «autoridad». La LOPSC en su artículo 37.4 pasa a sancionar administrativamente «las faltas de respeto y consideración cuyo destinatario sea un miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el ejercicio de sus funciones de protección de la seguridad, cuando estas conductas no sean constitutivas de infracción penal».

La remisión del testimonio habrá de realizarse al órgano competente conforme al artículo 32 LOPSC.

7. CLÁUSULA DE VIGENCIA

La exégesis del delito de atentado ha sido abordada por la Fiscalía General del Estado en varios instrumentos anteriores.

En la Consulta de 22 de noviembre de 1952, sobre el delito de atentado se establecía que este delito se comete cuando la autoridad haya cesado en el ejercicio de sus funciones y el funcionario ya no se halle ligado por vínculo de subordinación, siempre que sea consecuencia de su anterior ejercicio. Tal conclusión debe entenderse vigente.

En la Consulta de 22 de enero de 1957 se analiza el supuesto de una agresión cometida contra un Letrado que, junto con la comisión judicial, participaba en un desahucio. La duda de la Fiscalía consultante se centraba en si tal agresión debía integrar el delito de atentado. La Fiscalía General del Estado contesta negativamente. La conclusión alcanzada entonces debe considerarse de plena vigencia, pues la cláusula de extensión subjetiva de nuevo cuño contenida en el artículo 554 CP no alcanzaría a este supuesto.

La Consulta 3/1993, de 20 de octubre, acerca de si los vigilantes de seguridad privada durante el ejercicio de sus funciones ostentan el carácter de agentes de la autoridad declara que los vigilantes que en cumplimiento de sus obligaciones colaboren o participen en el ejercicio de determinadas funciones públicas están protegidos penal-

mente como los agentes de la autoridad y funcionarios públicos. De cualquier manera, para esta Consulta «en la interpretación de estas normas deberá partirse de un criterio restrictivo».

Esta interpretación debe considerarse refrendada por la Ley 5/2014, de 4 de abril, de seguridad privada y por la nueva redacción dada al artículo 554 CP por la LO 1/2015.

La Consulta 2/2008, de 25 de noviembre, sobre la calificación jurídico-penal de las agresiones a funcionarios públicos en los ámbitos sanitario y educativo declara que «las agresiones ejecutadas contra funcionarios públicos en el ámbito de la sanidad y de la educación (...) quedan incluidas en el ámbito de la tutela penal arbitrada por el delito de atentado, siempre que concurren los demás elementos que configuran tal delito» y que «los trabajadores o empleados de empresas o instituciones privadas, aunque estas –en concierto o mediante cualquier otra fórmula de relación con la Administración– participen en el ejercicio de funciones sociales, no ostentan la condición de funcionarios públicos a efectos penales, toda vez que su designación no se realiza por alguna de las tres formas expresadas en el artículo 24.2 CP –disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente–, precisas para adquirir la condición de funcionario público a efectos penales». Tales conclusiones deben estimarse igualmente vigentes.

8. CONCLUSIONES

De conformidad con lo argumentado, cabe formular las siguientes conclusiones a modo de respuesta a la consulta elevada:

1.^a La intimidación grave ha dejado de ser, tras la reforma operada por la LO 1/2015 una modalidad comisiva autónoma del delito de atentado.

2.^a La conducta de acometimiento, recogida como conducta típica en el artículo 550.1 CP puede abarcar los supuestos de grave intimidación, cuando supongan un acto formal de iniciación del ataque o un movimiento revelador del propósito agresivo.

3.^a En el resto de supuestos para que la intimidación grave pueda subsumirse en el tipo del artículo 550.1 CP debe orientarse a oponer resistencia grave a la autoridad, sus agentes o funcionarios públicos, por lo que cuando no sea un modo de resistencia no será constitutiva de delito de atentado.

4.^a Los supuestos en los que la intimidación no sea equiparable al acometimiento podrán ser constitutivos de un delito de amenazas.

5.^a Los Sres. Fiscales, como calificación alternativa, cuando se aprecie que la intimidación es susceptible de integrar el acometimiento y por tanto el delito de atentado, incluirán, si existen dudas sobre la correcta subsunción, la calificación como delito de amenazas del artículo 169 CP o, en su caso, como amenazas terroristas del artículo 573 CP, a fin de sellar espacios de impunidad. Esta misma pauta será aplicable cuando se califiquen los hechos como atentado en su modalidad de intimidación grave con resistencia grave y existan dudas en la subsunción de la conducta.

6.^a La protección dispensada a los sujetos pasivos comprendidos en el artículo 554 CP, no puede ser superior a la de los del artículo 550 CP, por lo que, en todo caso, para calificar de atentado, será preciso que concurren las conductas previstas en este último precepto.

En razón de todo lo expuesto, con el propósito de cumplir con las obligaciones que impone nuestro ordenamiento jurídico al Ministerio Público, los Sres. Fiscales se atenderán en lo sucesivo a las prescripciones de la presente consulta.

BIBLIOGRAFÍA

Revista de libros

DE RIVAS VERDES-MONTENEGRO, César: «La responsabilidad penal por falta de medidas de seguridad en las obras de construcción». La Ley/Wolters Kluwer. Madrid, 2017, 507 páginas

I

El presente libro de César De Rivas es una excelente investigación acerca de una materia no extremadamente estudiada en nuestra ciencia. Teoría y práctica se entremezclan en el texto y, como todo, ello tiene una coherente explicación. De Rivas Verdes-Montenegro es fiscal de carrera, acostumbrado a tratar todos los temas penales bajo la importante óptica no de mantener la acusación siempre, sino de hacer cumplir la Ley. Y este estudio refleja al jurista justo y equitativo, que se aproxima a un tema francamente complicado y resuelve con evidente autoridad.

Pero además de la valía del autor, De Rivas fue alumno mío de la Universidad Alcalá y entre los mejores de su promoción, además de su delegado de curso. Y en verdad que ya entonces apuntaba este inicio de vocación penalista que hoy se confirma. Le gustó mi asignatura y disfrutó con la misma con conocimientos y rigor, dedicándose después a ella profesionalmente. Por eso, su actual aportación científica, de la mano de mi querido discípulo, el Prof. Esteban Mestre, que escribe el sentido y esclarecedor prólogo de este libro (págs. 11 y sigs.), encuentra así fácil acomodo entre las mejores monografías de los últimos tiempos. Esteban Mestre dirigió este volumen que primero fue tesis doctoral y, sin duda, orientó el buen hacer del nuevo doctor. Sus máximas calificaciones en aquel día testimonian el elevado mérito de ambos. La cuidada publicación, tan rara en los tiempos que corren, por no interesar muchas obras a las editoriales, testimonia el buen hacer del autor y el extraordinario contenido de la misma.

La carrera fiscal le ha dado a César De Rivas una solvencia acreditada en el tema que aborda en esta monografía y para la Universidad esto bueno. Cada vez hay menos doctores, pues es casi imposible acceder a la carrera universitaria por ausencia de nuevas plazas y, cuando se producen bajas por defunción o jubilación de catedráticos o profesores titulares, las plazas se amortizan incuestionablemente. De hecho, hay asignaturas sin catedrático,

desde luego en nuestra Facultad. Y precisamente por este vacío que va otorgando el tiempo, que profesionales acreditados accedan al doctorado es un remedio más que aceptable para mantener viva la llama de la ciencia. La ausencia de jóvenes docentes se suple con otros operadores jurídicos que amplían su *Curriculum* y ofrecen a nuestros centros unos saberes y una experiencia diferentes a los habituales y, ciertamente, como en este caso concreto, igual de excelentes.

II

El presente libro nos ofrece nueve sistematizados capítulos donde todo se aborda con pausado equilibrio. En efecto, tanto lo referido al bien jurídico protegido, a su naturaleza, a los elementos constitutivos del tipo penal, a los sujetos activos y pasivos del mismo o a las consecuencias jurídicas previstas para estos delitos, se desarrolla con una autoridad y un buen hacer propio de un gran jurista. Ya he mencionado que es una obra orientada a la práctica en la que, no obstante, y como no podía de ser de otra manera, se tratan los problemas dogmáticos de la construcción de los tipos penales, pero en la que tienen lógica preferencia las cuestiones conflictivas de su aplicación forense. De ahí, que el autor se haya centrado también en el análisis jurisprudencial, utilísimo para el especialista, con el detalle que se recoge en un anexo (págs. 459 y sigs.), y haya puesto de manifiesto las contradicciones que, a veces, se plantean entre los distintos órganos jurisdiccionales que abordan problemas semejantes.

Precisamente por esta originalidad y utilidad de pensamiento me satisface en especial esta monografía. Yo ya estoy de vuelta de muchas cosas y por ello elijo, para leer o recensionar, aquellas investigación que me satisfacen e interesan y de las que todavía puedo aprender. Este libro es, sin duda, uno de ellos.

Se advierte fácilmente en el texto la preocupación de César De Rivas por tratar de ser justo, sobre todas las cosas, en el caso concreto. A este respecto, encuentro como un verdadero hallazgo a este respecto el desarrollo del capítulo 5 (págs. 145 y sigs.). Tal vez en él se contiene uno de los aspectos más relevantes de la investigación. En este apartado dedica el autor muchas páginas, casi un centenar, a la determinación de los sujetos activos del delito contra la seguridad en el trabajo en la obras de construcción, objeto de su investigación, planteando para ello criterios convincentes de delimitación de competencias y funciones entre los numerosos profesionales que intervienen en la ejecución de estas obras, y a los que pueden achacarse responsabilidades en la formación, información y suministro de medios a los trabajadores. Cuando estos límites no se traspasan, la culpabilidad no puede establecerse.

Asimismo, en el mérito superlativo del trabajo incluyo los siguientes: el denodado esfuerzo de adaptarlo a los cambios incorporados por la LO 1/2015, la extensa exposición de la normativa extrapenal que debe emplearse para integrar el tipo penal en blanco, la exclusión de los convenios colectivos como elemento determinante de la exigencia de responsabilidades penales y, en fin, las vinculaciones concursales entre los delitos de riesgo y los de resultado. Todos temas muy difíciles y espléndidamente abordados.

Finaliza la monografía con un listado bibliográfico extenso y digno de la mayor apreciación (págs. 441 y sigs.), donde se ofrece información de la totalidad de cuanto se ocupa o atañe al delito estudiado.

La lectura del texto de César De Rivas causará al profesional una experiencia más que positiva pues vendrá a contribuir a proporcionar seguridad jurídica en un ámbito tan complicado. La protección de los derechos de los trabajadores merecía este gran libro.

CARLOS GARCÍA VALDÉS
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Alcalá

JIMÉNEZ SEGADO, Carmelo: «La responsabilidad penal de los abogados. La intervención del Derecho penal en la profesión». Dykinson. Madrid, 2017, 342 páginas

I

El magistrado Jiménez Segado ha publicado un libro magnífico y ciertamente original. Pocas monografías como la actual se ocupan del tema objeto de su correcta investigación. Su maestro, mi querido discípulo, el Prof. Esteban Mestre, sigue demostrando su impagable vocación universitaria dirigiendo trabajos excelentes que primero fueron tesis doctorales. De hecho, la presente obra tuvo ese académico origen, juzgada por un Tribunal de la Universidad de Alcalá, del que formé parte, presidido por mi maestro, el Prof. Gimbernat Ordeig y teniendo como vocal al presidente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, Manuel Marchena. De ahí, de su enseñanza generosa, el brillante prólogo del Prof. Mestre Delgado (págs. 13 y sigs.), que ensalza la tarea del abogado digno y responsable del que el mismo es el mejor ejemplo, y critica al no recomendable, líneas llenas de acierto y satisfacción por el logro de la obra inédita y por la constancia en el trabajo de su discípulo.

En efecto, el nuevo doctor en Derecho por la Universidad de Alcalá no es un desconocido en la ciencia y ello se nota. Tiene una tesis anterior, de ciencia política, también publicada, sobre Carl Schmitt («Contrarrevolución o resistencia». Tecnos. Madrid, 2009) y, entre otros, un libro en la presente editorial, de Derecho punitivo, acerca de «La exclusión de la responsabilidad criminal». (Dykinson. Madrid, 2003); no es pues un advenedizo a la investigación. Su amplia cultura se vislumbra así de gran manera. Además, todo ello se percibe con la simple lectura del presente texto: buena y directa expresión confluyen en el mismo, llaneza meritoria en la exposición de los problemas y facilidad en su resolución, sin necesidad de enojosas e innecesarias recopilaciones previas. Tal vez, su más que respetable profesión le ha enseñado a ir directo a los temas sin sobrevolar ni perderse en asuntos periféricos. De nuevo surge aquí un profesional, no específico docente universitario, que trabaja en hacer mejor nuestro Derecho y que contribuye a dárnoslo a cono-

cer desde otra óptica, esencialmente práctica. Y este método, clásico en un sentenciador del Derecho, enriquece nuestra vida social y jurídica.

II

El libro tiene cinco capítulos, a cada cual más interesante y válido, de muy correcta metodología. La escritura es más que destacable. Sencilla, accesible, rigurosa y convincente, el buen magistrado que hay en Carmelo Jiménez se manifiesta muy fácilmente. Y dar a conocer así su pensamiento es patrimonio de un estudioso escrupuloso y mejor expositor, pues lo difícil es pensar correctamente y, luego y sobre todo, saber decir lo que se ha meditado y ello con una comunicación bien transmitida.

Con independencia de que el atento lector valore la importancia de alguno de los apartados, quiero detenerme en destacar la novedad de su contenido. El tema elegido por el autor ha sido muy poco tratado, de manera unitaria, en nuestra bibliografía científica. En este sentido, puede mencionarse la brillante excepción de la aportación del magistrado de la Sala Segunda del TS, Antonio del Moral, «Apuntes sobre la responsabilidad penal en el desempeño de la abogacía y asesoría jurídica» («Libro-Homenaje al Prof. Bajo Fernández»). Ramón Areces. Madrid, 2016, págs. 1.109 y sigs.). Han existido, además, estudios concretos, bien citados en la bibliografía, pero nunca completos al respecto. Por eso, esta obra se aproxima, como ninguna otra, a darnos a conocer la actividad distorsionadora de la pureza de la labor del abogado, bajo una exhaustiva mirada doctrinal y jurisprudencial. Será, así, una obra de referencia en el panorama penal nacional y este es calificativo que, en los tiempos actuales, no puede predicarse mucho de las aportaciones recientes dadas a la luz.

Jiménez Segado ha elaborado, como prueba de su exigencia y mérito, una sistemática personal, acertada y sugerente, en la exposición de estos tipos penales. Así, con inteligencia, distingue dos grandes grupos: los delitos que se pueden presentar relacionados con el ejercicio de la profesión de abogado, atendiendo a los ilícitos que atentan contra los derechos y los deberes de los letrados, por un lado (págs. 79 y sigs.); y los delitos especiales que pueden cometer estos profesionales, por el otro (págs. 139 y sigs.). Esta estructuración es, ciertamente, en verdad muy útil para la correcta comprensión del sistema.

Enmarcadas sus conductas delictivas en la deslealtad profesional, dentro de los delitos contra la Administración de Justicia, ha de tenerse muy en cuenta que de todos los operadores jurídicos, jueces, fiscales, secretarios, médicos forenses, etc., los letrados tienen una consideración distinta de los anteriores en relación al comportamiento con sus clientes. En aquéllos, por ejemplo, la prevaricación se puede conformar a favor y en contra del reo. En los abogados esta situación no cabe. Sus actuaciones ilícitas han de ser siempre perjudiciales para aquéllos, no caben así las favorables, aunque sean injustas. Lo cual es lógico. El defensor conoce, o puede conocer, la verdad esencial del hecho, contrario a la verdad, pero no tiene por qué proclamarlo. Su obligación es representar a su patrocinado, aún cuando esté defendiendo algo que no es cierto pero que puede salvar sus intereses. No es este aspecto

tratado por el autor, tal vez por innecesario, pero la reflexión no me parece que venga de más. Fui letrado en ejercicio y así me comporté en mi corta, pero intensa, actuación de la profesión.

Precisamente por mor de la bondad del libro y, en consecuencia, de la adecuada investigación que hay detrás del mismo, el texto se me antoja verdaderamente necesario para el jurista, teórico o práctico, que quiera conocer a fondo este conjunto de delitos tan bien analizados. Indispensable, en todo caso, para los despachos profesionales de abogados que quieran conocer a fondo esta temática tan extraña a la ciencia, en el sentido de no muy desarrollada dogmáticamente, hasta ahora. De ahí, que esta obra ocupará un lugar destacado en cualquier biblioteca especializada que se precie. Lo que no abunda tiene siempre redoblado mérito.

La monografía no tiene desperdicio. Carmelo Jiménez nos ofrece multitud de valoraciones y propuestas técnicas dignas del mayor encomio; y útiles para la ciencia jurídica. Es muy poco lo que puede discutirse de la aportación. De hecho, el salto entre impunidad y delito, en el que podía pensarse, al considerarse insuficiente la sanción administrativa (sanciones colegiales, policía de estrados, etc.), ha sido bien resuelta, con gran sentido común, ocupando ambas su lógico ámbito de aplicación.

Nada puede desmerecer la extrema bondad de la presente monografía, que ha ido siempre al grano de los problemas, sin extender en exceso su contenido, cosa innecesaria por demás pero que es fácil observar en algunos libros técnicos; que se ha centrado en la razón de ser del objeto de estudio, sin recopilación descriptiva de teorías más o menos pertinentes, como he dicho con anterioridad, destacando, además, el subido mérito del texto. Me vuelvo a reiterar: tal vez la profesión de magistrado de Carmelo Jiménez Segado ha determinado esta forma escueta y, a la vez, esencial, de abordar y resolver su brillante investigación.

Concluye la obra, de forma clásica, con un repertorio bibliográfico extremo y ejemplar (págs. 311 y sigs.), que nos aproxima a lo complejo de la temática elegida, resuelta con singular perfección.

CARLOS GARCÍA VALDÉS
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Alcalá

GUISASOLA LERMA, Cristina: «La libertad condicional. Nuevo régimen jurídico conforme a la LO 1/20215 CP». Tirant lo Blanch. Valencia, 2017, 108 páginas

I

La Prof.^a Titular de Derecho Penal de la Universidad castellonense Jaume I acaba de dar a la luz este interesante libro, núm. 132 de la col. Deli-

tos, de un tema, el de la reforma operada últimamente en nuestra legislación penal de la libertad condicional, no muy tratado en nuestra ciencia, a salvo los excepcionales trabajos críticos del Prof. de Alicante Felipe Renart García. Y la Prof.^a Guisasola Lerma lo hace igualmente con una visión a la vez técnica y negativa de lo acontecido legislativamente. No le complace a mi colega la transformación de la naturaleza jurídica que se ha operado últimamente de la más que centenaria institución penal y penitenciaria y a su estudio y exégesis dedica este magnífico estudio, cuyas líneas maestras no puedo dejar de compartir. Es difícil entender el desbarajuste causado por la LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma de nuestro texto punitivo. Prisión permanente revisable, libertad vigilada y la propia transformación de la libertad condicional nada bueno aportan a nuestra legislación sustantiva. Y, además, tales transformaciones se han llevado a cabo sin tocar –¡menos mal!– la Ley General Penitenciaria, lo cual viene a acentuar el caos, pues no se sabe ciertamente si sigue vigente, o en qué apartados, el artículo 72 del gran texto orgánico. El instrumento dedicado por el legislador de 1979 para ordenar la ejecución penitenciaria se ve ahora relegado, sin mención expresa, por el Código Penal que, sin sentido común, introduce nuevas penas, sin dar pistas acerca de su aplicación, y varía el tradicional sentido del cuarto grado penitenciario del sistema de cumplimiento de las sanciones penales. Una vez más, nuestra brillante historia, única en el panorama europeo, ha sido ignorada o no atendida por el poder legislativo.

II

El libro de la Prof.^a Guisasola consta de siete capítulos, con subapartados clarificadores, que condensan su pensamiento y el estado actual de la cuestión. Sin perjuicio de la meritoria distribución de la autora, la presente monografía podía dividirse, fundamentalmente, en tres partes: la que estudia la regulación actual, la que atiende a la reforma y después se centra en los aspectos criminológicos y, en fin, la que concluye con la opinión personal al respecto. No puede ser un estudio completo de la libertad condicional pues, sin duda, no se trataba de eso ni se pretendía llevar a cabo por la autora. Por eso no se ocupa con profundidad de los antecedentes históricos tan necesarios y valiosos en esta temática. No obstante, unas primeras páginas (págs. 15 y sigs.) apuntan estos precedentes.

No quiero dejar de recordar que la libertad condicional nace en nuestro sistema penitenciario como tributaria, y lógico complemento, de los Decretos de 1901 y 1913, que a su vez instauran definitivamente tal sistema de cumplimiento, después de la experiencia de Ceuta. El gran Fernando Cadalso intuyó que no estaba completa la progresión de grados por la que, desde Montesinos, tanto luchó. La vieja prisión de Ocaña –todavía en servicio, hoy como Ocaña I– y la ley de un año posterior (1914) materializan la expresión del deseo del gran penitenciarista madrileño. Desde aquí, durante décadas, la institución se alza como una necesidad del acortamiento de condenas de pri-

sión a los reos merecedores del mismo y como un más que trascendente beneficio penitenciario.

La reforma procurada por la mencionada LO 1/2015 a nada bueno conduce respecto al cumplimiento de las penas privativas pues ya no tiene esa antigua y acertada naturaleza. Como bien señala la Prof.^a Guisasola, al no hacerse, como acabo de mencionar, la paralela de la Ley y Reglamento del ramo (pág. 22) la seguridad jurídica queda en entredicho. A continuación, retomando el derecho vigente, la autora efectúa una exposición muy completa y atinada del Derecho vigente con acertadas notas a pie de página, aportación que ocupa una considerable extensión del texto (págs. 23-55). No faltan aquí todos los diferentes aspectos de la institución, sin olvido de los más concretos como los referidos a los septuagenarios, los enfermos incurables y los extranjeros. La aplicación de la libertad condicional a los miembros de la delincuencia organizada y los terroristas también se contempla en este importante apartado (págs. 45 y sigs.). No deja de lado la Prof.^a Guisasola Lerma los criterios críticos que alguna de estas modalidades le procuran, especialmente los referidos a la relación de la libertad condicional con la prisión permanente revisable, en la línea de un sector mayoritario de la doctrina española (pág. 48).

El segundo apartado en la que he dividido la excelente exposición de la autora se refiere a la reforma procurada en la libertad condicional por la LO 1/2015. No le convence mucho, más bien nada. El haberse trastocado su naturaleza jurídica es, con razón, lo que más le preocupa (págs. 57 y sigs.). La ausencia de reflejo en la legislación penitenciaria ha hecho que sea la correspondiente Instrucción 4/2015 de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias quien afronte el problema, solución ofrecida así sin respaldo de Ley. Esta parte del libro lo subtitula la profesora de la Jaime I expresamente como la relativa a los nuevos procedimientos y repercusiones prácticas de la transformación legal y poco le satisface. Todo se ha dificultado y, lo que es peor, sale del clásico y tradicional ámbito penitenciario y, como resume la autora, «en términos generales la nueva regulación es más perjudicial que la anterior» (pág. 80), lo cual no se entiende en una institución donde el beneficio carcelario debería siempre primar. En cuanto a la figura del probation officer la Prof.^a Guisasola se inclina por la vigencia de este profesional, se denomine como se denomine, aplicado al seguimiento del excarcelado (pág. 100).

La última parte del texto aborda la crítica más equilibrada de la reforma producida, calificando la redacción vigente de clara «involución en el sistema de penas» (pág. 101). Añade la autora una serie de propuestas de lege ferenda que mejoren el sistema, si se mantiene en vigor y nadie lo remedia, modificaciones llenas de rigor y sentido común. Un extenso listado bibliográfico cierra el presente libro, bien escrito y de clara exposición, en verdad, gran trabajo de la Prof.^a Guisasola.

CARLOS GARCÍA VALDÉS
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Alcalá

RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina: «La ejecución de las penas de prisión permanente revisable y de larga duración». Tirant lo Blanch. Valencia, 2018, 238 páginas

I

La Prof.^a Contratada Doctora (acreditada a Titular) de nuestra asignatura de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cristina Rodríguez Yagüe, se está convirtiendo en una muy destacada penitenciaria. No es la primera vez que escribe en relación a este sector de nuestro ordenamiento jurídico y lo vuelve a hacer con preparación, solvencia y autoridad. El presente texto es una prueba más de su interés por los temas candentes de la disciplina punitiva, cual la pena de prisión permanente revisable, y de su rigor en la investigación y exposición de los problemas y se viene a sumar así a los ya importantes libros publicados en nuestro país en la materia, tales como los suscritos por los Profesores Cuerda, Cervelló, Acale, Cámara-Fernández Bermejo, el dirigido por Arroyo, o el artículo de Arribas, que recensiono en este mismo Anuario, entre otros.

Lo que preocupa a la Prof.^a Rodríguez Yagüe es el asunto concreto de la ejecución de esta pena introducida en nuestro Código penal por la LO 1/2015 y ratificada por la LO 2/2015. Será en esta última disposición, generada por el pacto antiyihadista PP-PSOE donde se exprese (art. 573 bis.1.1.^a CP), en vez de prisión permanente revisable, la pena de prisión por el tiempo máximo previsto en este Código (el Penal), figurando la permanente revisable en el resto como la más grave de sanciones penales, sin hipocresía esta vez.

La temática penitenciaria se alza como prioritaria en la importante aportación que recensiono. Con anterioridad, ya lo había efectuado la autora en su capítulo (págs. 327 y sigs.) en el libro colectivo, de esta misma editorial (2017), dirigido por el Prof. Javier de León, acerca de las penas de larga duración. Se ve que esta preocupación altera el pensamiento de Cristina Rodríguez Yagüe más que cualquiera otra. De ahí, que en la actual monografía salte los aspectos históricos –tan magníficamente tratados, por ejemplo, en Cervelló Donderis– y se centre en los supuestos de cumplimiento penitenciario de esta nueva y dura penalidad. Los aspectos del cumplimiento de esta pena son el objetivo de las sustanciosas líneas de la autora y su criterio no puede ser más cuidadosamente negativo al respecto. Nada se compadece bien con el sistema de individualización científica ideado en la LOGP, sin entrar en el tema de la inconstitucionalidad de tal pena, aún por decidir, pues lo que viene a decir el artículo 72.1.º de aquella norma es que, una vez entrado en un centro el condenado, lo que cuenta es su conducta y comportamiento, sin plazos prefijados de cumplimiento temporal, salvando los elementales para obtener el ascenso de grado, los permisos de salida u otros beneficios penitenciarios. Por ello, el análisis de la ejecución en estos casos es determinante y esto es lo que se lleva a cabo en esta excelente obra.

II

Cinco capítulos conforman la monografía. A ellos hay que añadir uno final que contiene una lúcida y postrera reflexión. En ellos trata la autora de la mayoría de las instituciones que afectan a esta pena, como el destino de los condenados en los diversos centros (págs. 27 y sigs.), el sistema de ejecución de la prisión permanente revisable (págs. 89 y sigs.), las excepciones al diseño legal (págs. 191 y sigs.) o los órganos encargados de su aplicación (págs. 211 y sigs.). Es decir, cuanto se refiere al ingreso y evolución del penado a tal sanción penal en el campo carcelario, verdadera guía de seguimiento de la misma.

Parte la autora de la crítica a la medida adoptada en 2015, calificándola de inhumana y degradante (pág. 23) por el juego, casi imposible, de los beneficios penitenciarios. Esta reflexión acompaña toda su obra. Aquella «razonable esperanza» de la que siempre yo hablé, referida a una liberación más pronta que la extensión de la total condena, es la misma de la que habla como un «derecho a la esperanza» (pág. 229), siguiendo dictados jurisprudenciales europeos. Si además la competencia judicial en la ejecución se reparte y difumina entre el Tribunal sentenciador y el Juez de Vigilancia (págs. 211 y sigs.) el trastoque legislativo no puede ser más evidente. No alcanzo a entender para qué, hace casi cuarenta años, se creó, como un clamor científico, la figura del último magistrado unipersonal en la LOGP, con exclusivas facultades en la aplicación de las penas privativas de libertad. Poco le gusta a Rodríguez Yagüe esta amalgama como a quien esto escribe. El decirlo es un atributo añadido de la seriedad de las páginas del presente libro.

El centro de cumplimiento es analizado por la profesora de Castilla-La Mancha. Pienso que la peligrosidad extrema, de la que habla el artículo 10 LOGP, se compadece bien con los penados a prisión perpetua revisable. Es una peligrosidad criminal, previa al ingreso en prisión, que puede ser modificable, y está en la potestad de la Administración el lugar concreto del encierro, lo que se explica convincentemente en el libro (págs. 28 y sigs. y 36 y sigs.). En cuanto a los criterios de separación interior de tales penados, dos modelos opcionales nos presenta Rodríguez Yagüe: no tener en cuenta necesariamente la condena impuesta o el destino en módulos específicos dentro de los centros penitenciarios (págs. 51 y sigs.). Todo es discutible y, tal y como lo presenta la autora, razonable. Me inclino por centros ordinarios, es decir no a la manera de las prisiones italianas para los *ergastolari*, pero si por su presencia en módulos determinados, como acontece con otra clase de internos. En los mismos se deberá efectuar el correspondiente tratamiento con vistas a la revisión pretendida, el acceso desde el primer grado al segundo, cuando el tiempo lo permita. La obtención de permisos de salida, del tercer grado y la libertad condicional se supeditan a plazos desproporcionados. Rodríguez Yagüe afronta toda esta temática con rigor y su pensamiento es siempre el recluso y significando la dureza de este encierro.

En el capítulo IV la Prof.^a de Castilla-La Mancha trata de las que denomina «únicas posibilidades de excepción al sistema» marcado en la norma.

Tres son las que elabora la autora con pleno acierto: las razones humanitarias (págs. 191 y sigs.), el principio de flexibilidad (págs. 205 y sigs.) y las salidas tratamentales (págs. 208 y sigs.). El diseño está perfectamente traído. Todo se basa en dar caminos para el acortamiento de los excesivos plazos legales de cumplimiento y lograr así un anticipo de excarcelación. Estudiar con detenimiento el ordenamiento vigente, para interpretarlo con generosidad, está dentro de los parámetros del mejor penitenciarismo español. Y eso es lo que se hace en este texto.

Un listado bibliográfico final cierra la monografía (págs.231 y sigs.), completo y trabajado. Recogido y desmenuzado en las notas a pie de página, el repertorio no puede ser más eficaz para futuras investigaciones de una temática que ha despertado el interés de la ciencia penal. Y entre las próximas, no puede dejar de mencionarse y manejarse la presente, modélica, valiente y necesaria en el panorama actual.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Alcalá

MONTERO HERNANZ, Tomás: «La privación de libertad de menores y los estándares internacionales». *La Ley/Wolters Kluwer*. Madrid, 2018. 677 páginas

I

El Dr. Montero Hernanz, Profesor asociado de Derecho Penal de la Universidad de Valladolid, Jurista del Cuerpo Técnico Superior de Instituciones Penitenciarias y, en la actualidad, Director de Atención a la Infancia en la Junta de Castilla y León, ha dado a la luz un libro excepcional. Prologado por su maestro, el catedrático de Valladolid, Ricardo Mata Martín, nos introduce como sumo acierto en la magna obra. Desde la cita de Concepción Arenal, pasando por la Ley General Penitenciaria, el arranque del texto no pude ser más conciso y elegante. El buen penitenciarista que hay en Mata se refleja perfectamente en estos apretados renglones (págs. 23 y sigs.).

Es sabido que tengo una especial predilección por los funcionarios de Instituciones Penitenciarias desde que los mandé hace más de cuarenta años. Y especialmente me satisface su capacidad de desempeñar, cumplido su inicial y valioso compromiso, otros puestos en la Administración. Es el caso, por ejemplo, de Abel Téllez, ilustre magistrado; Antonio Andrés Laso, subdelegado del Gobierno en Salamanca o del mismo Tomás Montero, estos dos últimos discípulos de Ricardo Mata, como ya había indicado respecto a Montero, que dirigió sus brillantes tesis doctorales.

El presente libro es una monografía extensa de escritura y exhaustiva respecto al tema tratado. Junto con la dada a la luz, en 2011, por el Prof. Ser-

gio Cámara Arroyo, constituye la mejor aportación al respecto. Completísima y original, nos ofrece una muy elaborada información acerca del tratamiento penal de los menores actualizada y, en ocasiones, crítica, en todo caso digna de tenerse en cuenta. Mas la mencionada crítica es moderada y razonable teniendo así más fuerza. Ello es atributo de quienes fueron profesionales del internamiento o de los que, como yo mismo, tuvimos en ese campo un encargo político, cosa que no se olvida nunca y se respeta siempre.

En cinco extensos capítulos desgrana Tomás Montero toda la materia que, en el fondo, podía sistematizarse en dos grandes apartados: el ordenamiento español y los instrumentos internacionales. Dentro del primero, cabría distinguir los antecedentes históricos, la legislación especial al respecto y el régimen actual. Unas conclusiones cierran el magnífico texto. Sin desmerecer la metodología asumida por el autor, este es el orden que voy a seguir en mi exposición.

II

Como he especificado, los antecedentes históricos colman el primer capítulo del texto de Montero Hernanz. El recorrido es claro y sin dejarse nada, desde la Codificación decimonónica (págs. 48 y sigs.) hasta los textos penales del siglo XX y legislación concordante y reformadora (págs. 54 y sigs.). Unos útiles cuadros estadísticos esquemáticos resumen, con claridad, el límite de la edad penal en los distintos Códigos españoles (págs. 156 y 157). La Constitución marca un nuevo tramo en este devenir y, lógicamente, la Ley Orgánica 5/2000 (págs. 88 y sigs.). Como buen estudioso, Montero tiene en cuenta así el antecedente. Nada del presente brota sin aquél. Y ello lo tiene bien asumido el autor. Por eso su recorrido por las normas primigenias es un marchamo de conocimientos y necesidades.

Siguiendo mi sistemática, no me detengo en el capítulo segundo de la monografía, sino que salto al tercero y el cuarto. Me parece más coherente esta exposición, que de nuestro ordenamiento habla, que interrumpir el discurso con los instrumentos internacionales. No obstante, la escritura ordenada por el autor ha de respetarse pues es su criterio y así aparece en su brillante libro. La temática capital en la investigación de la privación de libertad de los menores en nuestro país se diferencia en sus aspectos teóricos (págs. 303 y sigs.) y en los prácticos (págs. 527 y sigs.). El estudio de la legalidad vigente y la actuación de los Juzgados de menores es el contenido de estas precisas y abundantes páginas. En cuanto al primer asunto, Tomás Montero analiza cuantas situaciones pueden darse en el internamiento. El régimen cerrado, con especial relevancia narrativa (págs. 453 y sigs.), la determinación de los centros de cumplimiento (págs. 384 y sigs.) o los permisos de salida y las comunicaciones y visitas (págs. 412 y sigs.) todos son tratados con suma corrección, mostrando el autor sus preferencias por un sistema siempre humanizado.

La práctica en los Juzgados de menores viene después. Montero Hernanz recoge, a lo largo del presente cuarto apartado, una serie muy completa de estadísticas al respecto y ve, en las últimas reformas legislativas, la realidad

de una tendencia a la prevalencia de la medida de ingreso en régimen cerrado (págs. 562 y sigs.), si bien es cierto que el catálogo de los delitos de extrema o máxima gravedad determina esta decisión, a su vez también extrema, del juzgador. En cuanto a los supuestos de pase al sistema penitenciario ordinario, no le merece al autor reproche específico (págs. 575 y 576), concluyendo este capítulo con la expresión, en líneas generales, de la adaptación de nuestra aplicación de la normativa, como *ultima ratio*, a los estándares internacionales (pág. 580).

Precisamente de éstos se ocupa el autor en su capítulo segundo (págs. 163 y sigs.). En este se ocupa de los instrumentos internacionales referentes al tratamiento penal de los menores, tanto los que notoriamente denomina universales o, con originalidad, «internacionales regionales» (Consejo de Europa y Unión Europea). Una serie de principios elementales y acordados por la mayoría de los países cierran el apartado, siendo de especial relevancia el trabajo expositivo llevado a cabo sobre la edad mínima de responsabilidad penal en las diferentes naciones (pág. 274).

Acaba el importante texto con unas clásicas conclusiones, resumen de lo tratado en el mismo y unas sugerentes propuestas de reforma (págs. 585 y sigs.) que abordan tanto los aspectos sustantivos como procesales y de cumplimiento de esta legislación especial, haciéndolos mejor. El sentido común y la experiencia flotan por estos renglones nada apresurados que cierran una investigación rigurosa y ciertamente excepcional.

Toda la obra de Montero Hernanz se encuentra saturada de abundantes y adecuadas citas doctrinales. Todo está leído y asimilado. El listado bibliográfico final (págs. 625 y sigs.) ratifica el esfuerzo llevado a cabo. Es la única manera de que su monografía pueda elevarse al más alto rango entre las producciones científicas especializadas.

CARLOS GARCÍA VALDÉS
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Alcalá

Revista de Revistas

RENART GARCÍA, Felipe: «Las penas privativas de libertad en la Legislación Militar española: Su tratamiento jurídico-penal y penitenciario», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 260, 2017, págs. 51-104

El profesor Titular de la Universidad de Alicante, Felipe Renart, ha conseguido con el presente artículo, que parece por su extensión una apretada monografía, continuar colocándose entre nuestros primeros penitenciaristas. Es verdad que por el mismo profeso una profunda amistad, correspondiente a la lealtad que permanente me ofrece. La dedicatoria que de este trabajo me escribe es prueba de su cariño. Presidí su tribunal de oposiciones y yo no recuerdo unos ejercicios más consumados en su lenguaje, contenido y conocimientos.

El sentimiento del autor es de contradicción entre el ordenamiento militar y el civil. De lenta evolución histórica y disperso en sus resultados. La no existencia de una Ley Penitenciaria militar todo lo emborrona. Precisamente, otros especialistas, como Serrano Patiño monográficamente o el Prof. Javier de León, en su reciente edición del vigente Reglamento castrense, abundan en este trascendental asunto y el propio Renart cuando se extiende, al final de su trabajo, en lo que era entonces el Proyecto de norma.

Porque nada es comparable. Únicamente existe una prisión militar, la de Meco-Alcalá, no disponiéndose así de una adecuada red de establecimientos penitenciarios; no hay jueces de vigilancia penitenciaria profesionales, sino togados militares sin específica formación ni el sistema de individualización científica se aplica en toda su extensión, por falta de especialistas en ciencias de la conducta y, además, ha sido incorporado muy tardíamente al sistema. Por no haber, y esto me parece bien, no existe ni prisión permanente revisable al no figurar como incorporada a la penología del vigente Código Penal Militar.

La categoría del Prof. Felipe Renart se vislumbra en la multitud y calidad de las notas al texto. 119 lo saturan y demuestran la continuidad en el esfuerzo

y la percepción de cuanto es interesante en la materia. Excelente trabajo que honra a la Revista.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Alcalá

NOVELLA ROBISCO, Héctor: «Aspectos históricos del Derecho Penitenciario español», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 260, 2017, págs. 17-50

El que fuera alumno de la UAH, Héctor Novella, ha tenido la oportunidad de publicar ahora su rotunda investigación acerca de la resumida historia de nuestro Derecho penitenciario, efectuado en su día siguiendo las orientaciones de mi discípulo y gran especialista, el Prof. Enrique Sanz Delgado. Excusado es decir que, por ello, el autor adopta la metodología de mi escuela y, así, después de estudiar los ordenamientos decimonónicos, concluye en 1913, fecha determinante para cerrar este periodo magnífico de nuestro penitenciarismo. Hasta llegar a ello, el recorrido es completo y entregado. Todas las normas más significativas se mencionan y se estructuran. Las referencias son precisas y muy adecuadas para completar el devenir de la legislación del ramo.

La normativa más determinante se ofrece en estas líneas. La que se refiere a los arsenales marinos, a los presidios peninsulares, a la ordenanza general o a la creación de cuerpo de empleados de establecimientos penales, configuran lo esencial del siglo XIX. También aparecen unas meritorias páginas que atienden a la colección legislativa de presidios y casas de corrección de mujeres, recopilación oficial de textos en la que todos aprendimos.

El siglo XX está marcado por los Decretos de 1901, 1903 y 1913. Cadalso, Salillas y otra vez Cadalso dejaron allí su impronta. El aragonés para intentar consolidar su pensamiento sobre el sistema tutelar correccional, antecedente del actual de individualización científica; el madrileño, para sentar durante décadas el régimen progresivo de cumplimiento de condenas, también parcialmente aceptado en nuestra legislación vigente. Será con el análisis de la norma de 1913, como ya he dicho, donde finaliza la aportación de Novella Robisco, valiosa e interesante que viene a sumarse a cuantas se están produciendo últimamente al respecto.

Unas valiosas notas a pie de página figuran en toda la obra enriqueciéndola y proporcionando una útil guía de próximas investigaciones.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Alcalá

ARRIBAS LÓPEZ, Eugenio: «Prisión permanente revisable y reinserción social», en *Diario La Ley*, núm. 9144, de 21 de febrero de 2018, 9 páginas

El presente trabajo aborda un tema de rigurosa actualidad y lo hace un especialista, cual Eugenio Arribas. Jurista del Cuerpo Superior de Técnicos de Instituciones Penitenciarias, el autor es un excelente profesional y prolífico y brillante autor. Su investigación, entre otras muchas, acerca del régimen penitenciario cerrado de cumplimiento de condenas es una de las obras más importantes publicadas en los últimos años y de verdadera referencia en este concreto asunto.

La investigación, que contiene una breve pero excelente información, se centra en el estudio de la regulación y las consecuencias penitenciarias de la moderna institución, partiendo de un supuesto claro y terminante: las penas privativas de libertad se cumplen y ejecutan según el sistema de individualización científica y de ahí parte todo. ¿Es entonces constitucional la sanción penal de prisión permanente revisable? Este es el primer punto del debate. Quien esto escribe y en ello está Arribas, la tacha de inconstitucionalidad es difícil de fundamentar. Precisamente su carácter de revisable, estampado en el texto punitivo, indica que la orientación, constitucional y legal, reinsertadora de las condenas no se ve radicalmente afectada aunque, sin duda, queda muy tocada. Nunca ha existido en nuestro devenir legislativo extensión temporal igual, sin perjuicio de una terminología que le rendía tributo simplemente nominal. Nadie ha muerto en una prisión española por el mero transcurrir del tiempo ni eso puede quererlo el legislador.

Eugenio Arribas recoge el panorama de los graves delitos a los que se aplica esta pena, introducida por la LO 1/2015 y, también, con mala conciencia, en el pacto antiterrorista, por la LO 2/2015, de reforma de Código Penal, y luego traza, en un esclarecedor cuadro, sus años de ejecución carcelaria. La mera lectura de las cifras muestra el rigor de la sanción penal que estamos tratando. Los años de encierro se acumulan y los previos permisos de salida, el acceso al régimen abierto o la libertad condicional, se aparecen como un paliativo al total del cumplimiento, siempre exagerado.

Convenientemente anotado, el artículo de Arribas López se nos aparece como una aportación importante y actual entre tantas ya producidas al respecto por la doctrina española.

CARLOS GARCÍA VALDÉS
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Alcalá

SOLAR CALVO, Puerto: «Fundamentos penitenciarios en contra de la constitucionalidad de la prisión permanente revisable», en *Diario La Ley*, núm. 9166, de 26 de marzo de 2018, 6 páginas

El presente artículo es sumamente interesante por dos esenciales motivos: por el tema que aborda, de candente actualidad, y su toma de postura

clara, como indica sin ambages en su propio título; y por estar escrito por una funcionaria de Instituciones Penitenciarias, Jurista del Cuerpo Técnico, que desempeña su meritoria labor en el centro penitenciario de El Dueso. Por eso, sus opiniones tienen en valor añadido del conocimiento desde dentro de la aplicación de esta penalidad. Interviniente en congresos y publicista, Solar Calvo dedica estas páginas a la crítica más sincera a la prisión permanente revisable desde el punto de vista penitenciario y, especialmente, partiendo del principio legal de la individualización científica en el que cree sin vacilación. De ahí, que entienda que el mismo, reflejado en el artículo 72.1 de la LOGP, se ve seriamente afectado por la nueva institución que la doctrina española, en su mayoría, rechaza, como nos la misma autora nos recuerda en las páginas finales de su aportación.

Parte Puerto Solar de la dificultad, cuando no de la imposibilidad, real de la pretendida revisión con que se apellida la sanción penal introducida por la LO 1/2015 y ratificada por la LO 2/2015. La progresión de grados se hace tan larga y costosa para el recluso que prácticamente no es posible entenderla como beneficio a alcanzar, como fuerza positiva y real de la ejecución. El mismo acceso al hipotético tercer grado tiene una perspectiva tan distante que no es estímulo alguno en verdad para el penado al igual que los plazos tasados para el logro de la libertad condicional. Y esto es contrario a la reinserción plasmada en el texto constitucional y legal. La progresión en grados no depende, especialmente, del delito cometido y de la sanción que conlleva, sino del comportamiento interno del sujeto. Esto es la esencia del precepto de la norma orgánica, posibilitar el acceso a la libertad poco a poco, sin descanso, excepto por incumplimiento de las condiciones implícitas en la recompensa penitenciaria. Lo de que el delito quede a las puertas, con sus límites razonables, debe seguir siendo cierto en la ejecución penitenciaria. Y ello no lo procura la nueva normativa. Los años mínimos de cumplimiento, tan extremos temporalmente, desbaratan cualquier esfuerzo resocializador.

Puerto Solar llega más lejos en su atinada reflexión. El problema, nos dice, por un lado, es que el fracaso del tratamiento, pues no se debe olvidar que su asunción es voluntaria para el condenado, puede conducir a la perpetuidad efectiva de esta pena más allá del tiempo marcado para la revisión del internamiento continuado. Y por el otro, como no aprueba, con razón, la nueva competencia judicial para la revisión, sustraída en exclusiva del juez de vigilancia penitenciaria, manifiesta su acertado criterio de crearse en derredor de la práctica de su aplicación una inseguridad jurídica esta vez perpetua de verdad.

Las notas a pie de página, correctas y puestas al día, en número de veintiocho, bien elegidas, completan el excelente trabajo de la Jurista de El Dueso.

CARLOS GARCÍA VALDÉS
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Alcalá

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

Temas de interés: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* publica trabajos originales sobre cualquier ámbito relativo al Derecho penal y materias afines, tales como Derecho penitenciario, Política criminal, Criminología, Derecho administrativo sancionador o Derecho procesal penal.

Periodicidad: Anual.

Envío de originales. Los trabajos deberán ser originales e inéditos en España. Se enviarán en lengua castellana, escritos en Microsoft Word o formato compatible, indicando una dirección de correo electrónico de contacto. Deberán remitirse por correo electrónico a una de las dos siguientes direcciones: rafaal.alcacer@urjc.es, o carmen.figueroa@uah.es.

Formato. Los originales deberán estar escritos a espacio y medio, en letra Times New Roman, formato 12, con páginas numeradas. La extensión total del trabajo oscilará entre 20 y 50 páginas, incluidas notas a pie de páginas, índice y apéndices en su caso. En la primera página se incluirá el título, el nombre del autor y su filiación académica o profesional. El trabajo deberá acompañarse de dos resúmenes de unas 120 palabras, en español y en inglés, así como de un listado de palabras clave, también en los dos idiomas.

Las referencias bibliográficas se citarán del siguiente modo:

- a) *Libros:* RUIZ ANTÓN, L. F., *El agente provocador en Derecho Penal*, Madrid, 1982.
- b) *Revistas:* RUIZ ANTÓN, L. F., «La acción como elemento del delito y la teoría de los actos del habla: cometer delitos con palabras», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1988, pp. 5-34.

Si se incluye una bibliografía al final del artículo, las referencias en nota a pie de página se limitarán a incluir el nombre del autor, fecha de publicación (si es un libro) o abreviatura de revista, y número de página. Si no se incluye, la primera mención a la obra bibliográfica en nota a pie de página deberá ser completa, y las sucesivas deberán incluir el número de la nota a pie de página donde la referencia aparece completa.

Los originales que no se atengan a tales especificaciones, podrán ser devueltos a sus autores para su corrección.

Recensiones. El *Anuario* acepta recensiones de libros y revistas, siendo aconsejable una extensión inferior a 10 páginas. La aceptación para su publicación dependerá de la dirección editorial.

Proceso de admisión y publicación. Los trabajos remitidos a *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* serán sometidos a la evaluación confidencial de dos expertos ajenos al Consejo de Redacción, de cuya evaluación positiva dependerá la aceptación para su publicación. En caso de no ser admitido, el trabajo se devolverá a su autor, junto con los informes emitidos por los evaluadores. Si los evaluadores propusieran modificaciones al trabajo, el equipo editorial podrá sugerir al autor la introducción de las mismas como condición para su publicación.





ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Director:

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Complutense de Madrid

Subdirector:

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Alcalá

Redactor-Jefe:

ESTEBAN MESTRE DELGADO
Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Alcalá

Secretario:

RAFAEL ALCÁCER GUIRAO
Profesor Titular de Derecho penal de la
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

Vicesecretaria:

CARMEN FIGUEROA NAVARRO
Profesora Titular de Derecho penal de la
Universidad de Alcalá

Consejo de Redacción:

MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ
Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Autónoma de Madrid

SANTIAGO MIR PUIG
Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Barcelona

JAVIER BOIX REIG
Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Valencia

FRANCISCO MUÑOZ CONDE
Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Pablo de Olavide

CÁNDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO
Exteniente Fiscal del Tribunal Supremo

HORACIO OLIVA GARCÍA
Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Complutense de Madrid

JUAN CÓRDOBA RODA
Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Barcelona

GONZALO QUINTERO OLIVARES
Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Roviri i Virgili de Tarragona

GERARDO LANDROVE DÍAZ
Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Murcia

GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO
Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Autónoma de Madrid

JESÚS M.ª SILVA SÁNCHEZ
Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Pompeu Fabra

RODRIGO FABIO SUÁREZ MONTES
Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Oviedo

LUIS ROMÁN PUERTA LUIS
Ex-presidente de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo

TOMÁS SALVADOR VIVES ANTÓN
Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Valencia

DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA
Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Alcalá

ÍNDICE

Págs.

NECROLÓGICA

Manuel Cobo del Rosal, por Juan Carlos Carbonell Mateu 5

SECCIÓN DOCTRINAL

La asequibilidad normativa como criterio de culpabilidad, por Claus Roxin 9

Justicia penal preventiva y Derecho penal de la globalización: proyecciones en el ámbito del terrorismo, por Emiliano Borja Jiménez 27

Patología de la libertad de imprenta en el liberalismo español, por Enrique Álvarez Cora. 73

El modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas: análisis a través de aportaciones doctrinales y de la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, por Álvaro Mendo Estrella 113

El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso. Especial referencia al conflicto con la libertad de expresión, por Sergio Cámara Arroyo 139

Algunas cuestiones no desdeñables sobre los elementos que configuran el tipo en el delito fiscal. Especial referencia a la puesta en escena y la fase de consumación delictiva, por Daniel Fernández Bermejo 227

Delitos acumulativos y delitos de peligro abstracto: el paradigma de la acumulación en Derecho Penal, por Miguel Bustos Rubio 293

Análisis del nuevo delito de autoadoctrinamiento del artículo 575.2 del Código Penal incorporado con la Ley Orgánica 2/2015, por José David Moreno Huerta 329

Historia del Derecho penitenciario español, por Sergio Velázquez Martín 387

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, por Gema Martínez Galindo 445

Jurisprudencia del Tribunal Supremo, por Carmen Figueroa Navarro y Sergio Cámara Arroyo 473

Acuerdos del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, por Eduardo de Urbano Castrillo 525

CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

por Carmen Figueroa Navarro y Sergio Cámara Arroyo 529

SECCIÓN DE BIBLIOGRAFÍA

Revista de libros

Reseña del libro «La responsabilidad penal por falta de medidas de seguridad en las obras de construcción», de César de Rivas Verdes-Montenegro, por Carlos García Valdés 595

Reseña del libro «La responsabilidad penal de los abogados. La intervención del Derecho Penal en la profesión», de Carmelo Jiménez Segado, por Carlos García Valdés 597

Reseña del libro «La libertad condicional. Nuevo régimen jurídico conforme a la LO 1/2015 CP», de Cristina Guisasaola Lerma, por Carlos García Valdés 599

Reseña del libro «La ejecución de las penas de prisión permanente revisable y de larga duración», de Cristina Rodríguez Yagüe, por Carlos García Valdés 602

Reseña del libro «La privación de libertad de menores y los estándares internacionales», de Tomás Montero Hernanz, por Carlos García Valdés 604

Revista de revistas

Reseña del artículo «Las penas privativas de libertad en la Legislación Militar española», de Felipe Renart García, por Carlos García Valdés 607

Reseña del artículo «Aspectos históricos del Derecho Penitenciario español», de Héctor Novella Robisco, por Carlos García Valdés 608

Reseña del artículo «Prisión permanente revisable y reinserción social», de Eugenio Arribas López, por Carlos García Valdés 609

Reseña del artículo «Fundamentos penitenciarios en contra de la constitucionalidad de la prisión permanente revisable», de Puerto Solar Calvo, por Carlos García Valdés 609