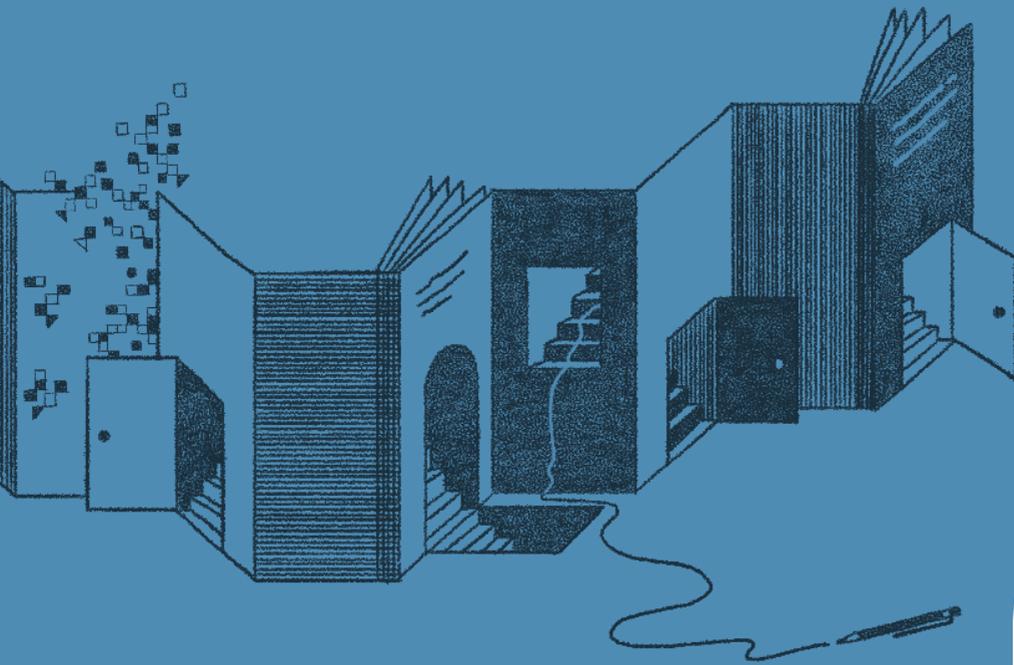


Revista

Penal

MÉXICO



26

enero • junio • 2025

ISSN 2007-4700 • e-ISSN 3061-7324

• SEGUNDA ÉPOCA •

Revista Penal México 26

• enero • junio 2025 •

e-ISSN: 3061-7324

10

**Un “nuevo” derecho penal ante
los derechos fundamentales:**
razones de política criminal en las
reformas penales

*A “New” Criminal Law in the Face of Fundamental
Rights: Criminal Policy Reasons in Penal Reforms*

• **Elena Núñez Castaño** •

Catedrática acreditada de Derecho Penal

Universidad de Sevilla

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0612-5483>

Un “nuevo” derecho penal ante los derechos fundamentales:
razones de política criminal en las reformas penales

*A “New” Criminal Law in the Face of Fundamental Rights:
Criminal Policy Reasons in Penal Reforms*

• Elena Núñez Castaño • Universidad de Sevilla •

Fecha de recepción

15-10-2024

Fecha de aceptación

02-12-2024

Resumen

En los últimos tiempos se ha producido un notable incremento en la introducción de tipos penales que afectan directamente el ejercicio de los derechos fundamentales, porque los limitan o incluso, eliminan. Se sancionan delitos de expresión, de opinión, se criminaliza el silencio y se atenta contra la presunción de inocencia. Con ello se están poniendo en peligro las bases y fundamentos de un sistema democrático y de un Estado de derecho. El objeto de este trabajo se centra en la delimitación de la situación actual y el análisis de algunos de los tipos penales concretos que atentarían directamente contra los derechos mencionados.

Palabras clave

Delitos de expresión; derechos y libertades fundamentales; discurso del odio; presunción de inocencia; derecho de defensa.

Abstract

Recently, there has been a notable increase in the introduction of criminal offenses that directly affect the exercise of fundamental rights, as they limit or even eliminate them. Crimes related to expression, opinion, the criminalization of silence, and violations of the presumption of innocence are being sanctioned. This poses a threat to the foundations of a democratic system and the rule of law. The aim of this paper is to focus on the current situation and analyze some specific criminal offenses that would directly infringe upon the aforementioned rights.

Keywords

Crimes of expression; fundamental rights and freedoms; hate speech; presumption of innocence; right to defense.

Sumario

1. El derecho penal en el nuevo milenio: ¿un nuevo enfoque o un “retorno al pasado”? / 2. La afección de los derechos fundamentales en las últimas reformas penales. / 2.1. La sanción de las ideas y la libertad de expresión. / 2.1.1. Derechos fundamentales y delitos de expresión: algunas consideraciones. / 2.2. Algunas manifestaciones de la sanción de los delitos de expresión. / 2.2.1. Los delitos de opinión. / 2.3. La criminalización del silencio: el derecho a no declarar contra uno mismo y a no autoinculparse como delito. / 2.3.1. Precisiones previas. / 2.3.2. La concreta criminalización del silencio. / 2.4. El consentimiento en materia sexual, la presunción de inocencia y el sistema acusatorio. / 3. Como conclusión: el peligro para el Estado de derecho. / 4. Bibliografía.

1. El derecho penal en el nuevo milenio: ¿un nuevo enfoque o un “retorno al pasado”?

Son incontables ya las reformas que ha sufrido el Código Penal en las últimas dos décadas. Algunas más profundas e importantes y otras, aparentemente, con una menor trascendencia. Aunque, como se expondrá, es mera apariencia. ¿Cuál ha sido la motivación de la mayoría, por no decir la práctica totalidad de las reformas operadas? Ya no es ningún misterio para nadie: se ha reconocido de manera genérica que el fundamento se encuentra en una sociedad que está contagiada de miedo, de intolerancia hacia el discrepante y de puritanismo respecto de aquello que queda al margen de lo que se considera “adecuado socialmente” o “correcto”. Y este fundamento no es otro que la reclamación (espontánea o provocada) por parte de esa sociedad de una mayor intervención del Estado, con la creación de nuevos tipos penales que sancionen comportamientos que, hasta el momento, respondían al ejercicio de derechos fundamentales y que, obviamente, se van a ver clara y notoriamente restringidos e, incluso, eliminados.

Lo cierto es que, en este momento y desde hace tiempo, aquel derecho penal garantista y que respondía a los parámetros de intervención mínima y *ultima ratio* no forma parte de nuestro ordenamiento jurídico penal. De hecho, parece que los ciudadanos, provocados por los mensajes populistas y fáciles que emiten tanto los gobiernos como el resto de los operadores sociales y, esencialmente, los medios de comunicación (incluyendo redes sociales y tecnologías de la información y la comunicación, TIC), se han convencido de que la intervención penal es la respuesta a “todos los males del mundo”, y que cualquier conflicto social, pequeño o grande, del tipo o naturaleza que sea, puede, y lo que es aún peor, debe resolverse por la vía penal. Nada más lejos de la realidad. El derecho penal no sirve para prevenir, aunque esta sea una de las características que lo definen, sino que reacciona frente a un comportamiento que puede afectar de forma clara y directa un bien jurídico.¹

¹ Fernando Navarro Cardoso, “Aproximación político-criminal a la desinformación”, en

Ciertamente, estas tendencias no han surgido repentinamente en los últimos años, ni siquiera en las últimas décadas, aunque sí ha crecido de manera evidente y exponencial una legislación tendente a la restricción de los derechos fundamentales con la justificación y excusa de lograr una seguridad absoluta, que, por definición, resulta inalcanzable.

Ya a finales del siglo pasado, con la aprobación del Código Penal 95 (CP 95), se empezó a sentir esta tendencia, a través de una importante ampliación de las conductas típicas, pero esencialmente centrada en una expansión del derecho penal hacia ámbitos que, hasta entonces, no abarcaba y que se derivaban principalmente de la necesidad de hacer frente a nuevas realidades, nuevos peligros y nuevas amenazas causados por la evolución social, cultural y tecnológica (aumento de los bienes jurídicos supraindividuales, delitos de peligro abstracto, etcétera).

Sin embargo, poco a poco, y casi sin darnos cuenta, esta expansión que, en cierta forma, podría entenderse como legítima (aunque muchas de las nuevas figuras delictivas resultaran altamente cuestionables), fue convirtiéndose en algo radicalmente diferente, que no se encaminaba a la protección de esos nuevos riesgos, sino a la intensificación de la intervención penal en el ámbito de los derechos individuales de las personas, con lo que se quebrantaban los principios básicos informadores del derecho penal. De esta manera, se han adelantado desmesuradamente las barreras de intervención respecto de delitos tradicionalmente existentes, mediante el incremento de penas y recurriendo a delitos

de sospecha, de mera posesión o incluso de expresión, a fin de sancionar todo aquello que pudiera contribuir a la producción de un riesgo, presunto, potencial o inminente, de un bien jurídico.

Este cambio de paradigma en la concepción del derecho penal no solo se refleja en el ámbito jurídico, sino que también se manifiesta en la sociedad, dado que las transformaciones sociales que paralelamente se han ido produciendo, han incidido de manera clara y notoria en la conformación de los principios sustentadores de un Estado de derecho y de los parámetros de delimitación del ámbito de aplicación de los derechos fundamentales, entre otros muchos cambios en las relaciones entre el Estado y el individuo.

Ciertamente, los avances sociales y tecnológicos propios de una sociedad del riesgo² determinaron, en su momento (y en algunas ocasiones siguen haciéndolo), la necesidad de ampliar el ámbito de intervención del ordenamiento jurídico penal para dar respuesta a fenómenos que, hasta ese momento, no se habían contemplado o considerado como tales. Un ejemplo es el Código Penal de 1995, que introdujo nuevos tipos delictivos para proteger bienes jurídicos que, hasta el momento, no habían encontrado respaldo en el ordenamiento penal (medio ambiente, ordenación del territorio, delitos societarios, etcétera). Otro mucho más reciente es la necesidad de incorporar nuevos objetos materiales del delito en figuras delictivas tradicionalmente existentes porque estos avances tecnológicos

León Alapont (dir.), *El Derecho penal frente a las crisis sanitarias*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 453.

2 Sobre la sociedad del riesgo y sus características, *vid.* Ulrich Beck, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Jorge Navarro, Daniel Jiménez, María Rosa Borrás (trads.), Barcelona, Paidós, 1998, *passim*.

han desterrado o, al menos, provocado un cierto grado de desuso de los contenidos en los preceptos correspondientes.

Obviamente, el ordenamiento jurídico penal, como cualquier otro tipo de ordenamiento, debe dar respuesta a los conflictos sociales, incluso los derivados de los cambios sociales y tecnológicos que pudieran conllevar algún tipo de afección respecto de los intereses de otras personas o, incluso, de la propia sociedad; pero esa es la barrera infranqueable, el límite ineludible que el legislador no debería ignorar (aunque es evidente que, con más frecuencia de la deseada, lo ignora): la afección del bien jurídico, la necesidad de protección de un interés objeto de tutela identificado, concreto y delimitado. Con ello, alguna de las reformas penales que se han producido desde la aprobación del Código Penal de 1995 son plenamente justificables, pero, otras muchas, carecen en absoluto de legitimidad penal, puesto que implican la vulneración de los principios básicos del sistema penal en un Estado de derecho.

Pero el problema es que las reformas penales y sociales o, mejor dicho, los cambios sociales que determinan las reformas penales no concluyeron con una, en algunas ocasiones, legítima expansión del derecho penal a espacios, hasta ese momento, al margen. Por el contrario, sobre la base de responder a esos nuevos riesgos tecnológicos, se fue ampliando, inicialmente poco a poco y, en los últimos años, con una velocidad vertiginosa, la intervención del derecho penal en los derechos de las personas. Esto ha provocado una mayor presión en ámbitos tradicionalmente protegidos. Pero también se ha producido una desproporcionada respuesta penal respecto de ellos, como el incremento injustificado de las penas o la introducción de la prisión permanente revisable que, al margen de su declaración de constitucionalidad, en mi opinión,

carece de legitimidad penal porque vulnera el principio de seguridad jurídica, junto a otros muchos principios informadores del derecho penal y de un Estado de derecho.

También se ha adelantado la barrera de intervención penal a ámbitos absolutamente desconectados no solo de la potencial afección de un bien jurídico (por ejemplo, el delito de *grooming*, los viajes con finalidad terrorista, etcétera), sino incluso de la posible existencia de un bien jurídico. De esta manera, se sancionan comportamientos que, en esencia, son el ejercicio legítimo de un derecho constitucionalmente reconocido. En otras palabras, por la repulsa o el desagrado social que pueden ocasionar o por meras razones instrumentales, a fin de facilitar la investigación de otros delitos, se ha decidido criminalizarlos. Es el caso del discurso del odio, autoadornamiento terrorista, no dar información sobre el lugar en el que se ha ocultado un cadáver, supuestos de acoso consistentes en gritar consignas o emplear pancartas, difusión de mensajes terroristas, enriquecimiento injustificado y un largo etcétera.

La realidad es que en el último quinquenio hemos tenido nada más y nada menos que 21 reformas penales hasta el momento,³

3 Así, en el período de 2019 a 2024, las siguientes leyes reformaron el Código Penal:

- LO 1/2019, del 20 de febrero, relativa a la trasposición de Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financieros y de terrorismo y otras cuestiones de índole internacional, como tráfico de órganos, falsificación de moneda y delitos contra la Administración Pública;
- la LO 2/2019, del 1 de marzo, que modifica el Código Penal en materia de imprudencia en la conducción de vehículo de moto

o ciclomotor y sanción del abandono del lugar del accidente;

- la LO 2/2020, del 16 de diciembre, para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad o incapacitadas judicialmente;
- la LO 3/2021, del 24 de marzo, que regula la eutanasia;
- la LO 5/2021, del 22 de abril, para derogar el art. 315.3;
- la LO 6/2021, del 28 de abril, que modifica el Código Penal en materia de blanqueo;
- la LO 8/2021, del 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia;
- la LO 9/2021, del 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, del 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea;
- la LO 4/2022, del 12 de abril, que penaliza el acoso a mujeres que acuden a clínicas para la interrupción voluntaria del embarazo;
- la LO 6/2022, del 12 de julio, relativa a la igualdad de trato y la no discriminación;
- la LO 9/2022, del 28 de julio, que modifica el Código Penal en materia de hurto;
- la LO 10/2022, del 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual;
- la LO 11/2022, del 13 de septiembre, de modificación del Código Penal en materia de imprudencia en la conducción de vehículos a motor o ciclomotor;
- la LO 13/2022, del 20 de diciembre, para agravar las penas previstas para los delitos de trata de seres humanos desplazados por un conflicto armado o una catástrofe humanitaria;
- la LO 14/2022, del 22 de diciembre, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso;

siete de las cuales han sido en el año 2022; tres, en el año 2023 y una en el 2024 (hasta el momento). Las reformas responden a un radical cambio en la sociedad en la que vivimos, que ha pasado de ser una sociedad del riesgo con la que comenzábamos el siglo, a una sociedad del miedo, en la que se pretende erradicar, mediante la criminalización y el castigo, todo aquello que se percibe como diferente o discrepante y, en consecuencia, como peligroso.

Ello implica una evidente variación en el eje central del derecho penal, que se transforma de una perspectiva garantista y, en cierto grado, abstencionista respecto de los derechos y libertades fundamentales, a un sistema totalmente intervencionista, en el que todos estos derechos son susceptibles de flexibilización e, incluso, de anulación en pro de algo parecido a un interés colectivo superior o un “bien común”, como si de un descubrimiento nuevo se tratara, en un claro convencimiento (interesado unas veces, “inocente” otras) de lo que debe sostenerse para contribuir a un Estado democrático, a un Estado de derecho y a un Estado del bienestar.

- la LO 1/2023, del 28 de febrero, por la que se modifica la LO 2/2010, del 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo;
- la LO 3/2023, del 28 de marzo, de modificación del Código Penal en materia de maltrato animal;
- la LO 4/2023, del 27 de abril, para la modificación del Código Penal en delitos contra la libertad sexual (que reforma, a su vez, la reforma llevada a cabo por la LO 10/2022, apenas 7 meses después), y
- la LO 1/2024, del 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña.

Pero, a diferencia de lo que pueda pensarse y transmitirse a la sociedad, en realidad este posicionamiento intervencionista no tiene nada de nuevo; de hecho, se ha repetido reiteradamente a lo largo de la historia: durante la época del puritanismo, en los Estados totalitarios... Tampoco tiene nada de bueno ni de bienestar para el ciudadano al que se le limitan o restringen derechos y libertades en favor del control que ejercen los poderes públicos. Es un instrumento de facilitación, no un instrumento de bienestar. Y, obviamente, no tiene nada propio de un Estado de derecho ni democrático, ya que avala y sustenta la afección de derechos fundamentales que pasan a segundo término y pueden ser flexibilizados en aras de la protección de aquello que se ha situado en como prioridad: la sensación de seguridad de los ciudadanos.

El paso de la sociedad del riesgo a la sociedad de la seguridad ciudadana y a la actual sociedad del miedo, en la que la finalidad principal se centra en la inocuización de todo aquello que es percibido como peligroso, primero por el legislador o los operadores sociales y jurídicos y, posteriormente, y a consecuencia de ello, por la sociedad,⁴ determina que se reclame un mayor intervencionismo estatal y un mayor control de ciertos fenómenos y comportamientos. Ya que se perciben

como amenazas, hay una especie de “autorización” al Estado para que criminalice todos los comportamientos que pudieran afectar potencialmente la seguridad de los ciudadanos, en detrimento de los derechos y garantías fundamentales. Con ello, se consiente ya no solo la flexibilización de esos derechos y garantías, propios de una sociedad de la seguridad, sino también su eliminación, pues se perciben como obstáculos para garantizar la seguridad y tranquilidad de los ciudadanos.

Nos adentramos en ese conocido derecho penal con el que se sancionan pensamientos, opiniones o incluso acciones que, en modo alguno, resultan ni siquiera potencialmente ofensivas para algún presunto bien jurídico. Se opta por un derecho penal moralista en el que se confunde el pecado con el delito y se plantea un mundo binario de ángeles y demonios, buenos y malos, sobre la base de la moral social o el sentimiento generalizado del momento.

A ello se une, además, otro fenómeno que se está exacerbando en el último año: la confusión de lo que es éticamente incorrecto con lo que es delictivo. Las personas, los ciudadanos y los políticos pueden llevar a cabo distintas actuaciones que resulten reprochables, rechazables, censurables e, incluso, sancionables administrativamente, pero esto no debería implicar que se les pueda exigir responsabilidad delictiva forzando las interpretaciones de los tipos penales hasta niveles que determinan su propia quiebra. Y todo por la implementación de una moral social puritana, para la que cualquier cosa que se sale de los parámetros de normalidad y de lo éticamente correcto debe ser castigada.

El Estado de derecho ha perdido el control sobre la intervención legislativa en relación con los derechos fundamentales: todo aquello que no concuerda con el sentir mayoritario o que ese sentir mayoritario rechaza

4 José Manuel Paredes Castañón, “Terrorismo y principio de intervención mínima: una propuesta de despenalización”, en Alberto Alonso Rimo, María Luisa Cuerda Arnau y Antonio Fernández Hernández (dir.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pág. 63 y Elena Núñez Castaño, *Libertad de expresión y Derecho penal: la criminalización de los discursos extremos*, Navarra, Aranzadi, 2022, pág. 111.

za, debe ser directamente delito. Y probablemente en unos casos lo sea, pero en otros, no. Lo que debe determinar la diferencia es la afección de un bien jurídico penal, y no el desagrado o la contrariedad o la existencia de cualquier sentimiento contrario.

Ciertamente, el derecho penal (y cualquier otra rama del ordenamiento jurídico) debe responder a la sociedad de su época y, cuando determinadas conductas carezcan de reproche social en un momento histórico, deben ser excluidas del Código Penal; pero no funciona de manera tan automática a la inversa. No cualquier comportamiento que, en un momento histórico, de pronto empiece a ser rechazado o reprochado por la mayoría social puede criminalizarse, porque, en este caso, estamos atentando y restringiendo derechos fundamentales de las personas y sancionando comportamientos sin un fundamento de lesión a bien jurídico alguno, sino solo sobre la base del reproche social o de la contrariedad con la moral social.

Por mucho que algún sector intente dotar de legitimidad a determinados delitos que se han incorporado al Código Penal en los últimos años, generalmente con base en el mero hecho de que se encuentran tipificados como tales, ello no avala su legalidad ni su legitimidad. No cabe, en los tiempos que corren, al menos en mi opinión, una postura acrítica que se limite a tratar de interpretar la nueva figura delictiva para que sea lo menos restrictiva o lesiva de derechos posible; por el contrario, si no queremos retornar a tiempos pretéritos, que ya estamos tocando muy de cerca, la única posibilidad factible es el rechazo pleno del tipo penal que atente contra los derechos. No hay zonas grises, no hay ponderaciones, ni matices; en estos casos, o es Estado democrático de derecho, o no lo es. Y si se lesionan, restringen o anulan los principios, garantías y derechos que lo fun-

damentan, por mucho que se responda a las peticiones o al clima social, el tipo penal no conforma un Estado de derecho.

Con base en todo lo que se ha expuesto, creo que podríamos identificar dos claras tendencias político-criminales durante el siglo XXI que, de algún modo, responden a lo que ya se había denominado la “expansión” y la “intensificación” del derecho penal.⁵

Sin embargo, especialmente en los últimos años, a fuerza de seguir dando vueltas de tuerca en aras de hacer inocuo todo lo que representa un posible “riesgo”, la concepción de sociedad, para la generalidad de la comunidad, ha mutado a una *sociedad del miedo*. Hay un retorno a un puritanismo exacerbado que determina una evidente confusión entre el ámbito moral o ético y el ámbito jurídico (además aplaudida, en muchos casos). Mediante ella, se desvirtúan completamente aquellos principios inspiradores del derecho penal del siglo pasado (intervención mínima, *ultima ratio*, legalidad e incluso culpabilidad), en aras de algo que, como se ha señalado, en modo alguno podrá alcanzarse: la seguridad absoluta.

Este es el *iter criminis* que ha seguido la transformación del derecho penal durante el siglo XXI. Un camino que ninguno de los que concebimos el derecho penal como el último recurso para solucionar un conflicto social

5 Vid. José Luis Díez Ripollés, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 7, 2005; Elena Núñez Castaño, “El Derecho penal ante las transformaciones sociales: ¿un camino sin retorno hacia el Derecho penal del enemigo?”, *Revista General del Derecho Penal*, núm. 11, 2009.

hubiéramos querido empezar a recorrer nunca, pero que no solo hemos iniciado, sino que estamos plenamente insertos en él y sin tener muy claro (o quizás desgraciadamente sí) cuál será su final.

Porque las últimas regulaciones penales no contribuyen a garantizar o reconocer derechos y libertades constitucionalmente protegidos, sino a su flexibilización, restricción y, en la mayor parte de los casos, anulación. Y son muchos esos derechos fundamentales que se han visto afectados por las distintas reformas penales, que implican una clara lesión de los postulados y parámetros que se derivan de la configuración de un sistema social como un Estado democrático de derecho.

2. La afección de los derechos fundamentales en las últimas reformas penales

Resulta innegable, en mi opinión, la incoherencia y falta de eficacia de encaminar todos los instrumentos de control social, esencialmente el legislativo y el judicial, a la obtención de una presunta paz social o una inalcanzable seguridad colectiva e individual, sobre todo si ello determina, en ese camino, la lesión y vulneración de principios, derecho y garantías básicas e irrenunciables para cualquier ciudadano, que constituyen la esencia misma de un Estado democrático.

Ahora bien, tan innegable y absurdo como lo anterior es negar que las transformaciones sociales que hemos expuesto se han producido y que la sociedad o una gran parte de ella, acepta cualquier tipo de medida que, al menos de manera aparente, parezca contribuir a alcanzar esa meta de seguridad,

indemnidad y tranquilidad.⁶ Como se señaló, se produce una clara confusión entre el ámbito moral y el ámbito jurídico, entre pecado y delito,⁷ que determina la inmediata judicialización o criminalización de comportamientos y discursos u opiniones que, hasta ese momento, eran simplemente merecedores de reproche o rechazo social, pero, desde luego, no constitutivos de delito.

El origen de esta criminalización, desde mi punto de vista, resulta evidente y radica en la intolerancia que se ha implantado en nuestra sociedad en relación con la discrepancia o los comportamientos considerados como "desviados", los cuales generan un sentimiento de miedo, pues esas conductas se conciben como amenazas externas e incontrolables, tanto a los propios ciudadanos (aunque difícilmente se pueda identificar en qué aspecto concreto), como al propio *statu quo* social.

Es evidente que el fundamento único de la intolerancia es el miedo; el miedo a quien vive, actúa o piensa de manera diferente a lo que se puede identificar como normalizado en una sociedad o colectivo, debido a que esa divergencia en la forma de actuar puede conllevar un cambio en el funcionamiento y la forma de concebir nuestro sistema social. Y precisamente por ello, se trata de erradicar, de volver inocuos estos pensamientos o conductas, ya que se piensa que, con ello, se elimina cualquier riesgo de transformación.

6 Elena Núñez Castaño, *Libertad de expresión y Derecho penal...*, ob. cit., 2022, pág. 109.

7 Esto se corresponde con la concepción religiosa de lo prohibido que ya mencionaba Hobbes, de manera que, si bien todos los delitos son pecado, no todos los pecados son delito. Cfr. *Ibidem*, pág. 110.

Paredes Castañón ha denominado este fenómeno como *pánico moral*,⁸ el cual constituye un mecanismo idóneo para concentrar, en cada momento, la atención de la ciudadanía sobre determinados comportamientos, delictivos o no. En realidad, sobre cualquier comportamiento que se desvíe de la línea marcada por el sector mayoritario y que, en ese momento, interese convertir en centro de atención.

La estructura es muy simple, y precisamente por su propia simpleza, altamente peligrosa para los derechos fundamentales; se trata de identificar situaciones, sujetos y potenciales consecuencias que, combinados, se perciban como una potencial amenaza.

Es un silogismo realmente sencillo: en la premisa mayor se identifica la presencia de una preocupación (grande o pequeña, porque inicialmente no importa su magnitud) que se derive de una situación que no se conoce, que no se controla o que no se comparte. La premisa menor es la existencia de determinados sujetos, que se conocen como *folks devils* y que, según los casos, reúnen determinadas características (delincuentes habituales, pederastas, acosadores, violadores, fascistas, terroristas, etcétera), además de que se tiene el convencimiento (independientemente de que responda o no a la realidad) de que se encuentran en el origen de los problemas que están ocasionando la preocupación.

La consecuencia final del silogismo sería la provocación de una clara situación de hostilidad hacia ellos, hacia las conductas, formas de vida u opiniones emitidas. Esto conlleva dos subconsecuencias a su vez: la reacción visceral de la sociedad exigiendo al

Estado y a los poderes públicos la solución del problema mediante un mayor intervencionismo en el ámbito personal de los individuos, a fin de garantizar la paz y seguridad, y la intolerancia respecto de estos sujetos o conductas “disonantes”, junto con la tolerancia a las vulneraciones y restricciones de los derechos fundamentales y libertades públicas que se consideren necesarias.

De esta manera, el centro del reproche penal no se centra ya en la realización de un hecho y en la vulneración de los derechos o intereses de terceros que pudiera suponer, sino en la forma de ser de los sujetos: lo que piensan, cómo viven, cómo son. Se considera que se trata de comportamientos reprobables porque no coinciden con el sentir generalizado.⁹

Una clara manifestación de estos planteamientos y perspectivas puede percibirse, en el ámbito penal, en distintos tipos penales, unos que ya existían hace tiempo, y otros de nueva incorporación; así, por ejemplo, el discurso del odio o terrorista (artículos 510,

8 José Manuel Paredes Castañón, *op. cit.*, pág. 63.

9 Galán Muñoz señala que con ello: “se vuelven a reintroducir en nuestro ordenamiento el viejo y denostado Derecho penal de autor, ya que castigan a sus responsables o, por los menos, incrementan la pena que se les aplicará no por las conductas que efectúan, sino por las ideas y tendencias internas discriminatorias, con las que las realizan” (Alfonso Galán Muñoz, “Delitos de odio, discurso del odio y Derecho penal: ¿hacia la construcción de injustos penales por peligrosidad estructural?”, en Alfonso Galán Muñoz y Silvia Mendoza Calderón (coords.), *Derecho Penal y Política criminal en tiempos convulsos. Libro Homenaje a la Profa. Dra. M^a Isabel Martínez González*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pág. 45.

578 y 579 del Código Penal, CP), las manifestaciones ante clínicas que realizan la interrupción del embarazo (artículos 172 *quater* del CP), el delito de “acoso callejero” (artículos 173.4, párrafo 2º del CP), entre otros, que claramente afectan el derecho a la libertad de expresión.

Junto a ello, también pueden encontrarse lesiones de otros derechos constitucionalmente protegidos, como, por ejemplo, *el derecho a no declarar contra uno mismo y a no declararse culpable* (artículo 24.2 de la Constitución Española, CE), mediante la incorporación de figuras como *ocultación de información del lugar del cadáver* (artículo 173.1, párrafo 3º del CP) o el nuevo delito de *enriquecimiento injustificado* (art. 438 *bis* del CP), y *el derecho a la presunción de inocencia* (artículo 24.2 de la CE), perjudicado con la nueva regulación de los delitos contra la libertad sexual y la incorporación de un concepto de consentimiento tras la LO 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual, que no ha solucionado la reforma a esta, realizada por la LO 4/2023.

2.1. La sanción de las ideas y la libertad de expresión

2.1.1. Derechos fundamentales y delitos de expresión: algunas consideraciones

Si algún derecho se está poniendo en jaque en los últimos tiempos es el de la libertad de expresión, o sea, la libertad de realizar un acto comunicativo de transmisión de un pensamiento u opinión y tratar de convencer a otros de su corrección. La causa es que se ha introducido en el Código penal la sanción expresa de delitos de opinión, de expresión o del discurso del odio. El único fundamento de su criminalización se encuentra en la mera emisión de expresiones, opiniones o discursos

que tienen un contenido reprochable, hostil o hiriente para determinados colectivos, para terceras personas o, simplemente, para la moral social dominante.

Con ello, el eje central o común denominador de todos estos nuevos tipos penales se encuentra en el castigo de aquello (el odio) que no es sino un *sentimiento*, esto es, un acto emotivo,¹⁰ que se exterioriza mediante un acto comunicativo y que provoca en otros una sensación diversa, de hostilidad, dolor, discriminación, etcétera. Dichas emociones, en modo alguno, deben tener la consideración de bien jurídico protegido. Así como los sentimientos no pueden ser objeto de protección penal o fundamento de la tipificación penal, expresarlos tampoco debe ser motivo de castigo.¹¹

Cuando se toman como referencia los sentimientos o la moral social dominante en un contexto social o histórico concreto, se está conformando un concepto jurídico *neutro* que servirá de justificación, fundamento y legitimación de estos tipos penales, sean cuales sean las concepciones ideológicas, sociales o morales imperantes en cada momento. En consecuencia, todo dependerá solo de quien controle el “sentir general”. La consecuencia es evidente: el recorte de la libertad

¹⁰ Juan Luis Fuentes Osorio, “El odio como delito”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 19, 2017, págs. 3 y 4.

¹¹ Juan Carlos Carbonell Mateu, “Crítica a los sentimientos como bien jurídico-penal: el enaltecimiento del terrorismo y la humillación a las víctimas ‘más allá de la provocación y la injuria’”, *Liber Amicorum. Estudios jurídicos en Homenaje al profesor doctor Juan Ma. Terradillos Basoco*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pág. 1414.

de expresión y el traslado del conflicto social y político al proceso penal.¹² La libertad de expresión solo podría limitarse —porque ya no sería libertad de expresión— cuando incite de manera directa a la comisión de actos de violencia que conlleven un peligro real e inminente para un bien jurídico individual y concreto (se trata del *clear and present danger*, sostenido por el *test de Brandemburgo*).¹³

En definitiva, se lucha con la intolerancia (entendida exclusivamente como criminalización), contra el intolerante (entendido no solo como aquel que sostiene postulados contrarios a un sistema democrático, sino todo el que es discrepante, ofensivo o hiriente),¹⁴ lo que ha sustentado la tipificación de los denominados delitos del discurso del odio, que

abarcan distintos números y variadas facetas (no solo las tradicionalmente conocidas, como los artículos 578, 579 y 510 del CP).

Ciertamente, ningún derecho, y tampoco la libertad de expresión, puede concebirse como absoluto, es decir, no se protegen comportamientos presuntamente realizados al amparo de un derecho fundamental, pero que inciden en otro derecho o bien jurídico. Sin embargo, a pesar de ello, debe recordarse que los derechos y garantías reconocidos constitucionalmente establecen los límites del *ius puniendi* del Estado que, en ningún caso, puede rebasarlos. Así, “la ley que permite que el poder del Estado exceda de los límites que le imponen las libertades constitucionales es una ley que no respeta el Derecho, una ley jurídicamente inválida”.¹⁵

Nada de esto se considera en la regulación típica que se realiza en nuestro ordenamiento jurídico, en el que nuestro legislador ha optado esencialmente por sancionar un *modelo de hostilidad*,¹⁶ fundamentado en la concepción de que la emisión de un discurso agresivo, hiriente, ofensivo, discriminatorio o antidemocrático es una *incitación idónea* para la creación de un determinado *clima de hostilidad, aversión u odio* contra una persona o grupo de personas.

12 Mercedes García Arán, “De las reformas bien-intencionadas con resultados represivos: el delito de promoción del odio”, en Fermín Morales Prats, Josep Maria Tamarit Sumalla y Ramón Miguel García Albero (coords.), *Represión penal y Estado de Derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Navarra, Aranzadi, 2018, pág. 868.

13 Sobre la conformación del derecho a la libertad de expresión y la incidencia de estos delitos en esta, *vid.* Elena Núñez Castaño, *Libertad de expresión y Derecho Penal*, ob. cit., *passim*.

14 Se trata de la famosa paradoja de la tolerancia de Karl Popper, *La sociedad abierta y sus enemigos*, Barcelona, Paidós, 2006, nota 4 al capítulo 7, pág. 585. Este planteamiento ya lo he criticado con anterioridad por entender que no se corresponde con los postulados propios de un Estado de derecho, cuya base es precisamente la discrepancia y la pluralidad y diversidad ideológica, *cfr.* Elena Núñez Castaño, *Libertad de expresión y Derecho penal*, ob. cit., págs. 31 a 35.

15 Tomás Salvador Vives Antón, “Garantías constitucionales y terrorismo”, *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pág. 28.

16 Alfonso Galán Muñoz, “¿Juntos o revueltos? Algunas consideraciones y propuestas sobre la cuestionable fundamentación y distinción de los delitos de odio y del discurso del odio”, en José León Alapont (dir.), *Temas claves de Derecho penal. Presente y futuro de la política criminal en España*, Valencia, JM Bosch Editor, 2021, pág. 307.

Son dos los elementos centrales en este tipo de delitos: la incitación (directa o indirecta, según los casos) y la idoneidad para provocar un clima de hostilidad. En consecuencia, será suficiente con la constatación de que, en el acto comunicativo concreto, se encuentra presente esa idea hostil aunada a un contexto propicio para crear un ambiente de animadversión.

2.2. Algunas manifestaciones de la sanción de los delitos de expresión

2.2.1. Los delitos de opinión

Uno de los principales ejemplos de sanción de la expresión es el denominado *enaltecimiento del terrorismo*, introducido mediante la LO 7/2000, del 22 de diciembre, que sanciona la emisión o transmisión de discursos u opiniones que alaban o justifican a los terroristas o sus acciones o bienes y que humillan o denuestan a las víctimas de estos delitos. El artículo 578 del CP se interpretó como una especie de *apología de segundo grado* que requería exclusivamente la necesidad de un *riesgo genérico, indirecto o circunstancial* adecuado para la creación o favorecimiento de un *clima de aceptación social del terrorismo*.¹⁷ La referen-

cia al clima provoca que el *enaltecimiento* responda a la estructura de un delito de discurso del odio, en la que lo relevante es la contribución a la creación de un determinado clima de apoyo (a los terroristas) o de hostilidad (a las víctimas).¹⁸ Por ello, a fin de dotarle de legitimidad, un sector doctrinal sostiene la necesidad de identificar una serie de elementos que conlleven un plus de desvalor añadido al mero acto comunicativo: la existencia de una *incitación idónea inductora* de un riesgo genérico para las personas y derechos de terceros, que quedaría constatada con la *creación de un determinado clima social*.¹⁹

El primero de los elementos haría referencia a la necesidad de una incitación inductora de un peligro o riesgo para derechos o bienes jurídicos de un tercero. Se comprendería que es suficiente con que esa incitación sea *indirecta*, siempre que resulte idónea para producir un riesgo genérico para otros bienes o derechos.²⁰ Esto determina que solo pue-

enaltecimiento del terrorismo”, en Alfonso Galán Muñoz y María del Carmen Gómez Rivero (dir.), *La represión y persecución penal del discurso terrorista*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.

18 Alfonso Galán Muñoz, “El delito de enaltecimiento terrorista”, ob. cit., págs. 265 y ss. y Cristina García Arroyo, “Algunas cuestiones político-criminales sobre el discurso del odio terrorista, ¿el fin de las garantías del Derecho penal democrático?”, en Alfonso Galán Muñoz y María del Carmen Gómez Rivero (dir.), *La represión y persecución penal del discurso terrorista*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, págs. 154 y ss.

19 Alfonso Galán Muñoz, “El delito de enaltecimiento terrorista”, ob. cit., págs. 272 a 274.

20 Alfonso Galán Muñoz, “Redes sociales, discurso terrorista y Derecho Penal. Entre la

17 Este artículo fue reformado posteriormente por la LO 2/2015, del 30 de marzo. Sobre él, *vid.* Alfonso Galán Muñoz, “El delito de enaltecimiento terrorista. ¿Instrumento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raperos, twittersos y titiriteros?”, *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 38, 2018 y Elena Núñez Castaño, “Discurso terrorista y libertad de expresión en el delito de

dan castigarse, mediante el artículo 578 del CP, aquellos casos “en los que se constate la idoneidad inductora del mensaje o discurso emitido para incitar a realizar actos terroristas violentos”,²¹ para lo que bastaría que se trate de una incitación indirecta y que el riesgo sea genérico,²² de modo que resultaría ilegítima la sanción de la mera emisión del mensaje.

Ahora bien, puesto que esta es una posible interpretación, nada impide otras, como aquella que considera suficiente la existencia de meros actos comunicativos, aquella que exige la incitación idónea para un clima social o la que entiende que solo será legítima (aunque obviamente innecesaria) la incitación directa a la realización de actos violentos. La diferencia no radica, al menos en mi opinión, en la posibilidad legal de optar por una u otra,

debido a que el tipo penal lo permite por no establecer elementos específicos. Las dos primeras, por mucho que se inste la idoneidad o el clima social, sancionan los discursos o expresiones, mientras que la última exige el riesgo real o inminente para bienes jurídicos de otros, contenido en la incitación directa a la realización de actos violentos y la pérdida del amparo constitucional.

Es por ello que, ya en relación con la muy cuestionada figura de la apología regulada en el artículo 18 del CP, se exige la concurrencia de incitación directa; esto responde al denominado *test de Brandemburgo*, según el cual el Estado solo puede prohibir los discursos cuando inciten directamente a la comisión de conductas típicas, y sean idóneos para incitar a tales acciones.²³ Ni siquiera la exigencia de la idoneidad inductora, entendida como capacidad de quien emite el discurso para influir en otros (los destinatarios) y que dependerá de circunstancias históricas, sociales y políticas, será criterio suficiente para identificar qué tipo de discurso que enaltezca a los terroristas o sus actos, o bien que suponga una humillación de las víctimas, quedaría fuera del ámbito de protección de la libertad de expresión, por muy repulsivo o rechazable que pueda resultarnos.

Además, la indeterminación que se deriva de los elementos mencionados de incitación y clima social implica que la identificación de qué tipo de discursos pueden ser sancionados conforme al artículo 578 del CP y cuáles no, quedará en manos del órgano judicial que analice el caso concreto y que,

prevención, las libertades fundamentales y ¿los negocios?”, en Alfonso Galán Muñoz y María del Carmen Gómez Rivero (dir.), *La represión y persecución penal del discurso terrorista*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, págs. 277 y 278.

21 Alfonso Galán Muñoz, “El delito de enaltecimiento terrorista...”, *op. cit.*, pág. 298.

22 Alfonso Galán Muñoz, “El delito de enaltecimiento terrorista”, *op. cit.*, págs. 293 y 294. Galán Muñoz rechazaba, de este modo, aquellas interpretaciones que sostenían que debía tratarse de actos directamente incitados de la comisión de delitos de terrorismo concretos, *cfr.* pág. 263. En la misma línea se pronuncia Göran Rollnert Liern, “El enaltecimiento del terrorismo: desde el caso de Juana Chaos a César Strawberry. La recepción de la doctrina constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista de Derecho Político*, núm. 109, septiembre-diciembre, 2020, pág. 222.

23 Jacobo Dopico, “Desconciertos de Brandemburgo”, *Boletín. Límites a la libertad de expresión*, Juezas y Jueces para la Democracia, núm. 5, mayo, 2018.

en atención al "clima social" o "político" de cada momento, o incluso por sus convicciones ideológicas o creencias, determinará si efectivamente responde al ejercicio legítimo de la libertad de expresión o no.

Pueden realizarse críticas similares respecto del segundo de los elementos mencionados: la creación de un clima social de hostilidad hacia las víctimas o de apoyo y reafirmación hacia los terroristas y sus actos, que podría inducir a los receptores del discurso a llevar a cabo futuros actos violentos contra determinados colectivos. Una primera cuestión sería la propia posibilidad de concebir estos comportamientos como delitos del discurso del odio, ya que, por muy hostil o hiriente que pueda ser su contenido, difícilmente podrá apreciarse una motivación específica y discriminatoria hacia determinados colectivos. Ni las víctimas del terrorismo, ni los terroristas constituyen un colectivo discriminado. Los primeros porque, por razones obvias e innegables, reciben todo el apoyo social o institucional, y los segundos porque el apoyo de sus seguidores o adeptos ya lo tienen asegurado sin que se sientan discriminados, sino justo lo contrario. A esto se une un segundo aspecto: la dificultad de sostener una clara capacidad de influencia de quienes emiten este tipo de discursos en quienes los reciben.

Considero que, en el afán de legitimar los delitos de expresión, y en concreto en el artículo 578 del CP, se arranca de un punto de partida erróneo, al tratar *prima facie* de realizar una interpretación restrictiva de los distintos elementos de la figura delictiva concreta, cuando, en realidad, debería entenderse que cualquier discurso, sea cual sea su contenido, está amparado por la libertad de expresión, y solo en aquellos casos en los que concurran determinadas circunstancias (la incitación) que impliquen un riesgo (en mi opinión real

e inminente) para otro bien jurídico, podría eliminarse la protección constitucional y, en consecuencia, sancionar el comportamiento. Los distintos elementos típicos deberían interpretarse con base en esta perspectiva, y así, para aplicar el delito de enaltecimiento del terrorismo, exigir la necesidad de que exista una incitación (directa, en mi opinión) e idónea para la realización de comportamientos que impliquen un *clear and present danger* para algún otro bien jurídico. Obviamente, *lege ferenda*, lo adecuado, sería la supresión o, al menos, la modificación del artículo para que determine claramente la necesidad de los elementos que se acaban de exponer.

Otro ejemplo de sanción de la expresión o el discurso en sí mismo es el delito contenido en el artículo 579.1 del CP, que castiga la difusión pública de mensajes o consignas terroristas y respecto del cual podrían predicarse los mismos problemas expuestos hasta el momento e, incluso, alguno más. Así, el primero de los escollos por salvar radicaría en la necesidad de determinar o identificar qué debe considerarse como mensajes o consignas terroristas y qué no, sobre todo desde la perspectiva de la notable ampliación del elemento teleológico de los delitos de terrorismo que incorpora el artículo 573 del CP, tras la reforma llevada a cabo por la ley 2/2015.²⁴ Esta delimitación, dependiendo de a qué parámetros concretos atienda, puede determinar que sea factible el castigo de meros actos comunicativos difundidos públicamente que no se relacionan en nada con

²⁴ Esta ampliación procede esencialmente de la Resolución 2178 de Naciones Unidas y también encontró reflejo, después de la reforma de 2015, en la Directiva 2017/541, del Parlamento y del Consejo de la Unión Europea.

lo que tradicionalmente se ha considerado como terrorismo.²⁵ Si es inaceptable, en mi opinión, la mera sanción de ideas o expresiones, incluso con idoneidad incitadora, la criminalización del acto comunicativo, por mucho que se difunda, ya resulta absolutamente intolerable.²⁶

Ciertamente, la decisión de tipificar un comportamiento concreto, o mejor dicho, las razones de política criminal que determinan la sanción de una conducta concreta quedan en manos de los poderes públicos.²⁷ Sin embargo, esas decisiones que toma el poder legislativo o el poder político, partiendo de que nos encontramos en un Estado democrático de derecho, concebido como una democracia

no militante, tienen un límite normativo insoslayable: *la Constitución*²⁸ y, en consecuencia, los derechos fundamentales contenidos en ella, como la libertad de expresión.

Pudiera parecer que el legislador, en modo alguno, pensaba en la sanción de mensajes o consignas que no respondieran a lo que tradicionalmente se concebía como terrorismo, pero lo cierto es que, lo pensara o no (y yo creo que sí lo hacía), la interpretación sistemática de la regulación contenida en el artículo 579.1 de difusión de mensajes, y las finalidades previstas en el artículo 573 del CP respecto del terrorismo, han permitido no solo que se piense, sino también que intente aplicarse este tipo penal a casos no se corresponden en nada con su esencia.

Ciertamente, la regulación típica del artículo 579.1 es más concreta que la del 578, pero sigue sin quedar delimitado su contenido y ámbito de aplicación, con lo que se pueden reproducir las mismas críticas que se han mantenido respecto del precepto anterior. Si se exige que las incitaciones o provocaciones deben ser directas en relación con la comisión de actos de terrorismo, sería una regulación absolutamente innecesaria, puesto que estos comportamientos encuentran amparo en los artículos 17 y 18 del CP. Si, por el contrario, se considera suficiente la incitación indirecta e idónea para la producción de un determinado clima social, volvemos de nuevo al castigo de sentimientos: los de hostilidad de quienes emiten el mensaje y los de inseguridad de quienes son sus destinatarios.

Ahora bien, tras la reforma operada por la LO 2/2015, la interpretación debe ser distinta en virtud de cada uno de los apartados del artículo 579 del CP al que nos referimos.

25 Antonio Rodríguez Molina, “La delimitación del discurso terrorista desde la perspectiva del elemento teleológico del terrorismo”, en Alfonso Galán Muñoz y María del Carmen Gómez Rivero (dir.), *La represión y persecución penal del discurso terrorista*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pág. 234.

26 Antonio Rodríguez Molina señala que estos tipos penales: “se convierten en absolutamente injustificables cuando se refieren a conductas que consisten en la expresión de opiniones, expresiones, pensamientos o ideas que pudiendo apoyar o amparar indirectamente actos de terrorismo o a sus autores, no son sino el ejercicio de la libertad de expresión, de manera que su sanción podría implicar la consideración como terrorismo de lo que no es sino mera discrepancia ideológica”, en “La delimitación del discurso terrorista desde la perspectiva del elemento teleológico del terrorismo”, ob. cit., pág. 248.

27 José Luis González Cussac, “Política y delito”, *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, núm. 26, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pág. 19.

28 *Ibidem*, pág. 20.

El apartado tercero del precepto tipifica, de manera expresa, los actos de participación intentada cuando sanciona expresamente "los demás actos de provocación, conspiración y proposición para cometer alguno de los delitos regulados en este capítulo",²⁹ de modo que se produciría un concurso de leyes con los artículos 17 y 18 del CP por resolver a favor del artículo 579.3 del CP, si se atiende el principio de especialidad.³⁰ En el caso del apartado segundo, se podría expresar el mismo alegato, porque, a partir de una interpretación sistemática del precepto, solo cabría entender que se está refiriendo a supuestos de incitación directa (ante numerosas personas) so pena de dejar vacío de contenido el apartado primero del precepto, y que nuevamente tendrían perfecto acomodo en el artículo 18.1 del CP.

De este modo, considero que la única interpretación posible es entender que el artículo 579.2 del CP regula supuestos de incitación directa, equiparables a la provocación genérica del artículo 18.1 del CP (y con el que, como he expuesto, entraría en concurso de leyes). Mientras tanto, el apartado primero del precepto regula los casos que impliquen una incitación indirecta, que conlleve un potencial riesgo de realización de actos de terrorismo. Sobre esta base, parece evidente que el apartado primero no castiga los comportamientos idóneos para propiciar que otros realicen un delito concreto (que o bien serían una apología del artículo 18 del CP, o bien, actos preparatorios punibles del apartado

tercero), sino que, en realidad, lo que estaría sancionando sería una suerte de incitación o llamada genérica a delinquir, con el claro y evidente peligro de que se acaben castigando meras conductas de adhesión ideológica³¹ que se hayan expresado públicamente. Esta tipificación es de muy difícil justificación, cuando se trata de respeto a los derechos fundamentales.

Desde la perspectiva de *lege data*, y para tratar de evitar cualquier vulneración de derechos fundamentales, será imprescindible una clara delimitación de aquellos casos en los que consignas o mensajes que conlleven, implícita o explícitamente, una coincidencia ideológica con los postulados terroristas, o incluso la mera difusión pública de un atentado terrorista, o la información sobre determinados aspectos de las actividades o de los propios terroristas, pasan de ser ejercicio de la libertad de expresión o información, a convertirse en un delito de provocación terrorista, que, en mi opinión, deberá inclinarse por el propio sentido de la provocación genérica para delinquir. De *lege ferenda*, considero que debería derogarse el precepto, porque los apartados segundo y tercero se vuelven innecesarios si se comprende que las conductas reguladas en ellos encontrarían perfecto acomodo en los artículos 17 y 18 del CP y porque el apartado primero implica una anulación

²⁹ Código Penal, España, 24 de mayo de 1996, art. 579, última reforma del 31 de marzo de 2015.

³⁰ Elena Núñez Castaño, *Libertad de expresión y Derecho penal*, ob. cit., págs. 204 y ss.

³¹ María Luisa Cuerda Arnau, "Delitos contra la libertad (y II) amenazas. Coacciones", en José Luis González Cussac, *Derecho Penal. Parte especial*, 5º ed. revisada y actualizada a la Ley orgánica 1/2015, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016 y Antonio Rodríguez Molina, "La delimitación del discurso terrorista desde la perspectiva del elemento teleológico del terrorismo", ob. cit., pág. 250.

del derecho fundamental a la libertad de expresión y de comunicación y transmisión de ideas y opiniones.

a) El discurso del odio

La LO 1/2015, del 30 de marzo, modifica de manera notable la redacción típica del artículo 510.1 y lo amplía, con una clara y evidente vulneración de la libertad de expresión, puesto que no sanciona (o, al menos, no exclusivamente) la incitación a cometer actos o delitos de odio, sino la propia instigación a “odiar”. Efectivamente, el precepto en su apartado 1.a castiga a quienes “fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo”. Conlleva, entonces, la sanción del mero acto comunicativo. Pero la reforma de 2015 todavía va más lejos, cuando incluye, en el apartado 1.b, lo que se ha denominado “cadena de difusión del discurso de incitación”.³²

Todo esto se une a dos importantes aspectos que es necesario resaltar: el primero es que no se exige que la incitación (directa o indirecta) se dirija a la realización de actos o comportamientos violentos (tenga o no efectividad; se lleven o no a cabo),³³ sino que

basta con *incitar a odiar*, es decir, con generar un sentimiento de aversión, hostilidad o discriminación hacia determinados colectivos.³⁴

Se puede odiar todo lo que se quiera e, incluso, transmitir ese odio a otros sujetos. Lo que no se permite es incitar, sobre la base de ese odio, a la realización de comportamientos típicos que puedan afectar un bien jurídico. Sin embargo, realmente se está sancionando la animación en otros de sentimientos concretos, que ni siquiera tienen por qué manifestarse en el exterior y, mucho menos, concretarse en actos de violencia contra determinados colectivos.

La protección o prohibición de los sentimientos de los sujetos involucrados, bien como víctimas, bien como autores, no tiene legitimidad ni fundamento en nuestro ordenamiento jurídico y menos, en el Derecho penal.³⁵ Precisamente por ello, sostiene Landa Gorostiza que la parte de los genéricamente denominados delitos de odio, relacionados con el discurso, es “la más delicada en términos de su potencial de fricción con el libre ejercicio de los derechos fundamentales y, en particular, con la libertad de expresión”.³⁶

³² Jon Mirena Landa Gorostiza, *Los delitos de odio. Arts. 510 y 22.4º CP 1995*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pág. 64. Esto podría determinar que el mero hecho de retuitear un mensaje con ese tipo de contenido sobre una tercera persona configure un delito del artículo 510.

³³ Fernando Miró Llinares, “Derecho penal y 140 caracteres. Hacia una exégesis restrictiva de los delitos de expresión”, en *Cometer delito en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Madrid, Marcial

Pons, 2017, pág. 51; Guillermo Portilla Contreras, “La represión penal del ‘discurso del odio’”, en Gonzalo Quintero Olivares (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Pamplona, Aranzadi, 2015.

³⁴ Rafael Valencia Cansalija, *Libertad religiosa y protección de las creencias en el fútbol*, Madrid, Tecnos, 2021.

³⁵ José León Alapont, “La descontrolada expansión de los delitos de odio: acerca de la propuesta de incriminar el odio hacia las víctimas de la Guerra Civil española y del franquismo”, en Marco Teijón Alcalá (dir.), *El odio como motivación penal*, Madrid, Wolters Kluwer, 2022.

³⁶ Jon Mirena Landa Gorostiza, “El discurso de

A fin de dotar de legitimidad y, al menos, aportar una aparente restricción a la expansión incontrolada de la regulación típica, se ha recurrido a la exigencia de dos elementos fundamentales para interpretar el delito de discurso del odio, contenido en el art. 510.1 del CP: la incitación idónea y la creación de un clima de hostilidad. Desde esta perspectiva, queda claro que, en esencia, y sin matizaciones añadidas, la sanción de todo discurso discrepante del sentimiento generalizado o de la moral social dominante puede considerarse como delito, por el mero hecho de emitirse y difundirse. Esto hace imprescindible que exista una restricción del tipo penal que algunos sustentan en la existencia de un elemento tendencial encaminado "a implicar a sectores crecientes de la población en el enfrentamiento colectivo",³⁷ o lo que es lo mismo, a crear un *clima social de hostilidad*.

Al respecto, se proponen dos consideraciones: la primera se deriva de la dificultad de probar un elemento tendencial que permanece en la esfera interna del sujeto sin que se constate o exija la presencia de una finalidad concreta, como pudiera ser la de incitar a la realización de actos de violencia; la segunda es un absoluto refrendo de lo que se acaba de exponer, porque no se sanciona la incitación a actos de violencia, sino la expansión de las ideas desvaloradas.³⁸

En un intento de eludir esta desmesurada amplitud interpretativa, se recurre al *test de Rabat*,³⁹ en el que se exige analizar la presencia de *tensiones graves* en el contexto en el que se emita el mensaje, la *capacidad de incitación* del emisor, si se transmite reiteradamente, el *medio o modo de difusión empleado* y la *predisposición de los destinatarios* para verse influidos. De este planteamiento se derivan, en mi opinión, dos cuestiones críticas: la primera, que nuevamente se están tomando como referencia meras circunstancias potenciales e hipotéticas que, en algunos casos, serán de imposible demostración y, en otros, quedarán, por completo, al arbitrio subjetivo de quien enjuicia o de quien podría ser víctima. En segundo lugar, que en ningún momento se hace referencia a la necesidad de constatar, al menos, un peligro potencial para bienes jurídicos ajenos, sino que se tiende a sancionar los mensajes sobre la base de su capacidad de influencia en otros y la creación de un presunto clima de hostilidad contra determinados grupos o colectivos.

Por todo ello, no es posible realizar una interpretación restrictiva del delito del discurso del odio contenido en el artículo 510.1 del CP. Es evidente que al legislador penal le parece totalmente irrelevante que la incitación directa o indirecta determine un clima social o que la afección de los sentimientos de otro conlleve siquiera un potencial peligro de realización de actos violentos o riesgo para intereses concretos de terceros. Simplemente

odio criminalizado: propuesta interpretativa del art. 510 CP", en Jon Mirena Landa Gorostiza y Enara Garro Carrera (dir.), *Delitos de odio: Derecho comparado y regulación española*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

37 Jon Mirena Landa Gorostiza, *Los delitos de odio*, ob. cit., pág. 68.

38 Jon Mirena Landa Gorostiza, "El discurso de odio criminalizado", ob. cit., pág. 228.

39 Plan de Acción de Rabat sobre la prohibición de la apología al odio nacional, racial o religioso que constituya una incitación a la discriminación, a la hostilidad o a la violencia, ONU, de 5 de octubre de 2012. Registro: A/HRC/22/17/Add.4.

se limita a sancionar el hecho de transmitir un tipo de ideas que puedan convencer a las personas y que tengan como contenido el hecho de sentir odio, hostilidad o discriminación respecto de otros.⁴⁰

Ante esta situación, numerosos autores mantienen la ilegitimidad del tipo penal, ya que prohíbe los discursos o expresiones por el simple hecho de ser adecuados para incitar al odio o la hostilidad.⁴¹ Otra razón es que los delitos del odio se convierten en un potente instrumento de control de la discrepancia social, política e ideológica, que atenta frontalmente contra el derecho a la libertad de expresión. Esto no puede justificarse con base en el mero hecho de que comentarios ofensivos, repulsivos, hirientes u hostiles, de hecho, lo sean, ni por la emisión de chistes de mal gusto o por expresiones críticas hacia un determinado sistema político.⁴²

De *lege data*, la lesión del derecho a la libertad de expresión está servida, y, por ello, *lege ferenda*, resultaría absolutamente imprescindible exigir la derogación de estos delitos.⁴³

⁴⁰ Elena Núñez Castaño, *Libertad de expresión y Derecho penal*, ob. cit., pág. 278.

⁴¹ Elena Galán Muñoz, “¿Juntos o revueltos?”, ob. cit., pág. 324; Margarita Roig Torres, *Delimitación entre libertad de expresión y ‘discurso del odio’. Postura del TEDH, del Tribunal Constitucional Español y del Tribunal Constitucional Alemán*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020 y Javier Mira Benavent, “Algunas consideraciones político-criminales sobre la función de los delitos de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas del terrorismo”, en Guillermo Portilla Contreras y Ana Isabel Pérez Cepeda (dir.), *Terrorismo y contraterro-rismo en el siglo XXI. Un análisis penal y político criminal*, Salamanca, Ratio Legis y Universidad de Salamanca, 2016, págs. 104 y 105.

⁴² Miguel Ángel Cabellos Espiérrez, “Opinar, enaltecer, humillar: respuesta penal e interpretación constitucionalmente adecuada en el tiempo de las redes sociales”, *Revista Espa-*

ñola de Derecho Constitucional, núm. 112, enero-abril, 2018, pág. 82; Jorge Correcher Mira, “El delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas tras la reforma de la LO 2/2015 en materia de delitos de terrorismo”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 27, 2017, págs. 15 y 16, y Alfonso Galán Muñoz, “Delitos de odio, discurso del odio y Derecho penal”, ob. cit., pág. 47.

⁴³ Sostienen la necesidad de su supresión, entre otros, Miguel Díaz y García Conlledo, “El discurso del odio y el delito de odio de los arts. 510 y 510 bis del Código Penal: Necesidad de limitar”, *Boletín. Límites a la Libertad de expresión*, Juezas y Jueces para la Democracia, núm. 5, mayo 2018, pág. 20; Fernando Miró Llinares, “Derecho penal y 140 caracteres”, ob. cit., pág. 52; Rafael Alcácer Guirao, “Discurso del odio, protección de minorías y sociedad democrática”, *Revista Crítica Penal y Poder*, núm. 18, 2019; Javier Mira Benavent, “El delito de enaltecimiento del terrorismo, el de humillación a las víctimas del terrorismo y la competencia de la Audiencia Nacional: ni delito, ni terrorismo, ni competencia de la Audiencia Nacional”, en *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pág. 317; Miguel Ángel Cabellos Espiérrez, “Libertad de expresión y límites penales: una nueva fase en el camino hacia la fijación de criterios interpretativos constitucionalmente coherentes”, *Revista Catalana de Dret públic*, núm. 61, 2020, pág. 47; Juan Carlos Carbonell Mateu, “Crítica a los sentimientos como bien jurídico”, ob. cit., pág. 1425; José León Alapont, “El enaltecimiento del terrorismo y la humillación de sus

b) La sanción de la expresión y las creencias

La LO 4/2022, del 12 de abril, incorpora, en sede de coacciones, un nuevo delito de *acoso* en el artículo 172 *quater* del CP, mediante el que se castiga expresamente a quien “acosare a una mujer mediante actos molestos, ofensivos, intimidatorios o coactivos” que menoscaben su libertad, siempre y cuando ello se lleve a cabo con la “finalidad de obstaculizar la interrupción voluntaria del embarazo”.⁴⁴

La *ratio criminis* de este concreto y, en mi opinión, altamente cuestionable precepto, se encuentra en la situación provocada por las manifestaciones contra la interrupción del embarazo organizadas por determinados colectivos, o incluso de manera individual, en las que las personas rezaban frente a las clíni-

cas, llevaban pancartas, proferían insultos o amenazas, etcétera. A mi juicio, la regulación afecta directamente a derechos fundamentales de quienes no comparten la idea de permitir la práctica del aborto y esencialmente el de la libertad de expresión (que, como hemos señalado, también abarca el hecho de intentar convencer a otro de la corrección de las ideas propias). La argumentación realizada en el Preámbulo de la ley mencionada no solo es abiertamente criticable porque no ofrece un fundamento válido para la tipificación expresa de esta conducta, salvo la afeción de la libertad de la persona (que obviamente ya encontraba amparo en el ordenamiento jurídico), sino que tampoco coincide con lo que posteriormente sostiene en el precepto; por ejemplo, no establece ninguna *zona de seguridad*.

En primer lugar, el nuevo delito de acoso se encuentra regulado entre los tipos de coacción, es decir, aquellos contra la libertad. De manera que, como se expresa en el contenido del precepto, la finalidad de quien realice las diversas conductas típicas debe ser la de vulnerar la libertad de quienes acuden a o trabajen en las clínicas de interrupción del embarazo, con el objetivo de *obstaculizar el ejercicio* de este derecho.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, por obstaculizar debe entenderse “impedir o dificultar la consecución de un propósito”,⁴⁵ de modo que necesariamente la conducta que se lleve a cabo tiene que perseguir directa y claramente este objetivo y no otro distinto, como pudiera ser, convencer o influir en una decisión tomada para modificarla, sin recurrir a medios ilícitos o violen-

víctimas: límites y fundamentos de su punición en un Estado democrático de derecho”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 24, 2022, pág. 37; María Pastrana Sánchez, *La nueva configuración de los delitos de terrorismo*, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2020, pág. 274; Lucas Menéndez Conca, “Estudio de la evolución jurisprudencial del delito de enaltecimiento del terrorismo. Especial referencia a aquellos casos que han adquirido mayor repercusión mediática”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, núm. 22, 2019, pág. 100; Guillermo Portilla Contreras, “El retorno de la censura y la caza de brujas anarquistas”, en *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en internet*, Madrid, Marcial Pons, 2017, pág. 92 y Guillermo Portilla Contreras, “La represión penal del ‘discurso del odio’”, pág. 723.

⁴⁴ Ley Orgánica 4/2022, España, 12 de abril de 2022, art. 172 *quater*.

⁴⁵ Real Academia Española, “Obstaculizar”, en *Diccionario de la Lengua Española*.

tos. Que la finalidad de quienes realizan este tipo de manifestaciones y conductas es *evitar* que se produzca el aborto resulta innegable, pero igualmente lo es el derecho que tienen a manifestar su opinión contraria y a tratar de evitarlo mediante actos comunicativos de expresión de ideas (consignas, pancartas, lemas, rezos, etcétera). Para poder apreciar la concurrencia de este tipo penal y en aras de respetar el principio constitucional de la *prohibición* de exceso, debe exigirse que los actos menoscaben efectivamente la libertad de las personas en el ejercicio de sus derechos o de su profesión u oficio.⁴⁶

Esto nos conduce al segundo problema, que es la mezcla de comportamientos (realmente parece ser una nueva tendencia que tiene el legislador de los últimos años) al equiparar *actos molestos y ofensivos* con *actos intimidatorios o coactivos*. No son lo mismo, ni pueden serlo. Por mucho que se intente hacer interpretaciones restrictivas de unos u otros, no se podrá llegar a una igualación en su significado. Unos son puros actos comunicativos de expresión y transmisión de ideas y otros son actos de amenazas o coacciones que, por sí mismos, ya configuran un tipo penal.

Dicho de otro modo, si alguna de las conductas llevadas a cabo por los sujetos ante las clínicas consiste en intimidar, amenazar o coaccionar a las personas que acuden a ellas, con la finalidad de afectar o lesionar su libertad impidiéndoles realizar aquello a lo que tienen derecho, no es necesaria la regulación específica de este tipo penal, porque podrían

ser perfectamente aplicables los delitos de coacciones o amenazas, según el caso. Así, por ejemplo, si uno o varios de los manifestantes amenazan a las personas que acuden a los centros indicándoles que, si entran, tendrán algún tipo de consecuencia a la salida, o bien tratan de sujetarlas, o bien bloquean la puerta para impedir el acceso, el nuevo delito del artículo 172 *quater* es innecesario puesto que, en esos casos, calificarían los delitos de los artículos 169 y siguientes y el 172. Lo mismo cabe decir en el caso de que las expresiones proferidas supusieran un atentado directo contra el honor, como, por ejemplo, llamarles “asesinas” o “genocidas”, en cuyo caso pueden aplicarse los delitos de injurias. En definitiva, considero que, al menos los actos más graves y lesivos, ya encontraban acomodo para poder ser sancionados por el ordenamiento jurídico, lo que salvaguarda tanto el derecho a la libertad como el honor de quienes acuden a las clínicas.

Pero existe un segundo grupo de conductas que el legislador define como *actos molestos y ofensivos*, y que, de hecho, es al que específicamente hace referencia en el Preámbulo de la LO 4/2022, cuando dice: “abordan a las mujeres con fotografías, fetos de juguete y proclamas contra el aborto antes de que entren en la clínica”.⁴⁷

Habría que determinar qué se pretende señalar con *abordar*, de manera que, si implica algún acto coactivo, amenazante o intimidatorio, valdría lo expuesto en el párrafo anterior. De no ser así, esto es, si los hechos descritos consisten en llevar pancartas con fotografías de fetos muertos, o juguetes idénticos, o gritar consignas contra el aborto, o simplemente rezar, pero sin realizar ningún

⁴⁶ María Luisa Cuerda Arnau, “Tortura y otros delitos contra la integridad moral. Trata de seres humanos”, en José Luis González Cusac (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 7ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pág. 199.

⁴⁷ “Preámbulo”, en Ley Orgánica 4/2022, ob. cit.

comportamiento de acometimiento directo contra las personas que acceden a los centros, en mi opinión, desaparecería la potencial afección de la libertad, para aparecer una nueva: el *sentimiento de perturbación, incomodidad o molestia* que pudiera sentir la persona en concreto. En algunos casos lo sentirá, en otros no; pero, desde luego, lo que no puede alegarse es que, con ello, se *obstaculice o impida* la práctica del aborto. Más bien, se expresan ideas (contrarias a la realización de esas prácticas) tan legítimas (por mucho que no las compartamos) como cualquier otra, y se *intenta influir o convencer* a otra persona, por medios no coactivos ni intimidatorios, a fin de que cambie su decisión y, con ello, *evitar* que lleve a cabo la interrupción del embarazo. Es posible afirmar que la expresión de esos actos comunicativos puede ocasionar (y generalmente lo hace) un *sentimiento de hostilidad, perturbación o incomodidad* en el sujeto al que va destinado, pero, con ello, volvemos de nuevo a perder la perspectiva de protección de bienes jurídicos, para pasar, una vez más, a amparar *sentimientos*.

Un último punto respecto de la incongruencia de lo establecido en el Preámbulo y la regulación específica del tipo penal es el relativo a las denominadas *zonas de seguridad*. Esta afirmación parece implicar que se prohibirá la realización de los comportamientos en un determinado entorno físico, como alrededor de las clínicas, para asegurar la confidencialidad y la tranquilidad, pero el precepto no hace referencia a tal cosa; por el contrario, ni el apartado primero (mujeres) ni el segundo (personal sanitario o facultativo), recoge algún elemento relativo al espacio físico donde se lleven a cabo los actos molestos, ofensivos, intimidatorios o coactivos. En definitiva, parecería que se trata de impedir que este tipo de manifestaciones se lleven a cabo ante los centros o en sus cercanías, pero desde luego,

tal afirmación no encuentra sustento en la redacción del tipo penal.

Tampoco entiendo que esta limitación espacial pudiera realizarse al amparo de la Constitución, porque esto supondría limitar no solo el derecho a la libertad de expresión (ya afectado por el precepto mismo), sino también los derechos de manifestación y de reunión que, salvo por motivos de orden público, no pueden ser espacialmente circunscritos.

En definitiva, como señala Cuerda Arnau,⁴⁸ “se trata de una opción político criminal que no responde a razones de estricta necesidad” y cuya incorporación no resultaba necesaria.⁴⁹ De hecho, como se ha señalado ya, con quizás demasiada reiteración, la tolerancia hacia las opiniones de otros, al margen de su contenido, relevancia o expansión, incluso al margen de la existencia de un cierto grado de agresividad verbal, es la esencia de un sistema democrático y, como acertadamente señala Lascurain Sánchez “esta tolerancia tiene una peculiar dimensión para el legislador penal en forma de inacción, in-

48 María Luisa Cuerda Arnau, “Tortura y otros delitos contra la integridad moral...”, ob. cit.

49 Señala Juan Antonio Lascurain Sánchez, que el hecho de que se comulgue o no con las conductas de otros y que se considere una falta de urbanidad, de educación o de empatía con los demás realizar escraches, gritar consignas o rezar ante clínicas de embarazo no sustenta su criminalización, porque “de ahí a enviar a la cárcel a los ciudadanos que así expresan y manifiestan sus opiniones políticas va todo un mundo, el que nos lleva a las fronteras de lo antidemocrático” (“El delito de rezar”, *El Mundo*, 19 de mayo de 2022).

cluso cuando el que se expresa lo hace con un exceso ilícito”.⁵⁰

Ciertamente puede que no compartamos las acciones que consisten en perturbar a mujeres en el ejercicio de un derecho amparado por la ley con una elevada connotación emocional, pero ello, es decir, tratar de evitar este sentimiento de perturbación o molestia, no es, en modo alguno, un fundamento para vulnerar o eliminar derechos fundamentales. Correcta o no su opinión, digna de compararse o no, sigue siendo parte de un ejercicio legítimo de la libertad de expresión.

2.3 La criminalización del silencio: el derecho a no declarar contra uno mismo y a no autoinculparse como delito

2.3.1. Precisiones previas

Otros derechos afectados por la inclusión de tipos penales específicos (que responde a intentos de acallar voces en la sociedad y a la implementación de una determinada “moral”) son los relacionados con el derecho de defensa, en concreto, *a no declarar contra uno mismo y a no declararse culpable*, ambos contenidos en el artículo 24.2 de la Constitución Española (CE).

En esencia, cuando afrontemos el breve análisis de cada una de estas figuras delictivas, resultará evidente que no existe un bien jurídico concreto que este proteja, bien porque ya se encuentra amparado por otros tipos penales, o simplemente porque no puede identificarse ningún interés individual que pueda ser objeto de protección. Lo que, en esencia, servirá de fundamento para su

regulación penal será la falta de empatía o solidaridad con las víctimas o sus familiares o la falta de colaboración con la administración para la investigación de otro delito. Pero, en mi opinión, sea quien sea el que no contribuya o no empatee (tanto si es autor del delito previo como si lo conoce y no ha dado noticia de él, lo que implicaría un delito de encubrimiento), su silencio no es sino el ejercicio legítimo del derecho fundamental a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable.

Obviamente el ejercicio de este derecho obstaculizará de manera innegable la investigación y el posible enjuiciamiento de otras conductas delictivas, pero, por el hecho de dificultar la actividad de la administración de justicia, la investigación o averiguación de otros delitos, no deja de tener amparo constitucional; por el contrario, justamente esa protección fundamenta un Estado de derecho. Desde esta perspectiva, *guardar silencio* no excede, en modo alguno, el contenido del artículo 24.2 de la CE, sino que, por el contrario, es su esencia.⁵¹

⁵¹ El Tribunal Constitucional señala en el cuarto fundamento jurídico de la Sentencia 127/2000, del 16 de mayo, que “el derecho a no contribuir a la propia incriminación es un componente del derecho a guardar silencio, la genérica advertencia del derecho a guardar silencio puede considerarse comprensiva de la información de que al declarante le asiste el derecho a no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable” (Sentencia del Tribunal Constitucional 127/2000 (Sala Primera), 16 de mayo de 2000 (referencia BOE-T-2000-11459)).

⁵⁰ *Idem*.

Ciertamente, la doctrina se ha mostrado plural a la hora de interpretar este derecho,⁵² puesto que se entiende que “el derecho a la defensa, al silencio”, a no declarar o declarar falsamente, “a la asistencia letrada”, a no ser obligado a declararse culpable o “a proporcionar información que facilite la investigación de un delito” en el cual se pueda haber participado se encuentran directamente vinculados.⁵³ En consecuencia y en relación con los tipos penales a los que haremos referencia, el derecho al silencio o a no declarar contra uno mismo está conectado con el *derecho a no colaborar*,⁵⁴ que se refiere al derecho que asiste a una persona a no ayudar a otros a lograr un fin, en concreto, el “derecho que asiste al imputado a no ayudar a la acusación a lograr su condena”.⁵⁵ Todo ello abarcaría tanto una

actitud pasiva como cualquier iniciativa o actuación que tenga por finalidad obstaculizar la investigación o el proceso.

La consecuencia, en mi opinión, es clara: de ninguna forma puede obligarse, presionarse o coaccionar a un sujeto para que aporte información o datos que impliquen una autoincriminación de cualquier tipo o categoría. Otra cosa distinta vulneraría de manera clara y directa el derecho de defensa y todas sus manifestaciones, en concreto, el derecho a guardar silencio, respecto del cual no existen límites ni temporales ni de contenido. Y precisamente por ello resulta altamente cuestionable la posibilidad de incluir tipos delictivos cuyo contenido esencial radica concretamente en guardar silencio, es decir, en hacer ejercicio legítimo de un derecho fundamental, porque la pregunta es inmediata: ¿cómo puede ser delito ejercer un derecho protegido constitucionalmente dentro de los parámetros legales para ello?

Pues es posible, porque así lo ha establecido la LO 14/2022, del 23 de diciembre, que incorpora a nuestro ordenamiento jurídico dos figuras delictivas: una modalidad de delito contra la integridad moral por ocultar la información respecto del paradero de un cadáver (artículo 173.1, párrafo segundo del CP) y el nuevo delito de enriquecimiento injustificado (artículo 438 bis del CP). Así, sería delito el ejercicio de un derecho fundamental cuyo elemento esencial es precisamente no declarar contra uno mismo y guardar silencio, aunque esto conlleve una falta de colaboración con la administración y la investigación de los delitos.

del derecho tanto de defensa y de no autoincriminación, como a la presunción de inocencia.

⁵² *Vid.*, por todos, Maydelí Gallardo Rosado, *Los derechos a permanecer en silencio y a no declarar contra sí mismo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, págs. 263 y ss.

⁵³ Francisco Muñoz Conde, “De la prohibición de autoincriminación al derecho procesal del enemigo”, en *Estudios en Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Diaz*, vol. 3, Lisboa, Universidad de Coimbra, 2009, págs. 1013 y 1014; Jordi Jaria i Manzano, “La Constitución y el proceso penal: cuestiones fundamentales”, en Gonzalo Quintero Olivares y Jordi Jaria i Manzano (dir.), *Derecho Penal Constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pág. 200.

⁵⁴ Maydelí Gallardo Rosado, *ob. cit.*, págs. 278 y 279.

⁵⁵ Víctor Moreno Catena, “Sobre la presunción de inocencia”, en *El proceso penal en la encrucijada. Homenaje al Dr. César Crisóstomo Barrientos Pellecer*, vol. II, Castellón, Universidad Jaume I, 2015, pág. 889. En esta obra, Moreno Catena señala que el derecho al silencio se configura como un elemento básico

2.3.2. La concreta criminalización del silencio

a) Ocultar información sobre el paradero del cadáver

La LO 14/2022, sanciona en el párrafo segundo del artículo 173.1 del CP, como modalidad de delito contra la integridad moral, a quienes “teniendo conocimiento del paradero del cadáver de una persona, oculten de modo reiterado tal información a los familiares o allegados de la misma”.⁵⁶ No me resisto a transcribir alguna de las argumentaciones realizadas en el Apartado IV del Preámbulo de la Ley para justificar la introducción de tal figura delictiva, porque realmente resultan, rocambolescas y confusas.

En principio, este afirma dos veces que se trata de una figura agravada respecto de la contenida en el párrafo primero del art. 173.1 del CP,⁵⁷ cuando, en realidad, el párrafo segundo comienza señalando que: “igual pena se impondrá...”. Lógicamente la frase se refiere a la prevista en el párrafo primero que sí establece un marco penal concreto, aunque este quizá sea el menor de los problemas.

Posteriormente, el texto procede a identificar un bien jurídico, lo que es innecesario puesto que el tipo se incluye en los delitos contra la integridad moral y justo ese sería el

bien jurídico protegido.⁵⁸ Pero el texto legal señala que se castiga la ocultación del cadáver:

[...] atendiendo al sufrimiento que tal conducta pueda ocasionar en los familiares o allegados de la persona fallecida [...]. Esta modificación obedece a que cuando se produce la muerte de un familiar o allegado, la imposibilidad de disponer del cuerpo para darle las honras fúnebres que nuestras costumbres sociales y religiosas prescriben, supone un dolor añadido que se ve especialmente agravado cuando obedece a la actuación de un tercero que oculta el cadáver deliberadamente. Así, en algunos casos de clara notoriedad en los que los responsables de un homicidio o un asesinato se han negado a revelar el paradero del cadáver de su víctima, incluso cuando ya han sido condenados en firme y cuando, en consecuencia, ningún perjuicio penal podría acarrearles dar razón de su paradero, se produce una acción que causa un daño específico a los familiares y allegados de la víctima y que resulta particularmente reprochable.⁵⁹

⁵⁶ Ley Orgánica 14/2022, España, 22 de diciembre de 2022.

⁵⁷ El párrafo primero del Apartado IV señala que se castiga la ocultación del cadáver estableciendo una pena *agravada*, con respecto a la prevista en el párrafo primero del artículo 173.1 del CP, y en el párrafo final, se indica que se debe contemplar además *un agravamiento* de la pena por razón del especial desvalor que tal hecho merece.

⁵⁸ Es distinta la cuestión de si realmente la conducta descrita puede o no afectar, por sí misma, la integridad moral, e incluso en aquellos casos en los que pudiera aceptarse tal afectación, no podría llegar a ser constitutiva de delito porque implica el ejercicio de un derecho fundamental, en este caso, a guardar silencio.

⁵⁹ “Preámbulo”, en Ley Orgánica 14/2022, ob. cit. En la cita se está haciendo referencia al caso Marta del Castillo, pero en él, el problema no fue el ocultar el cadáver, ni tampoco no dar lugar o razón de su paradero, sino las distintas versiones inciertas que se produjeron y que determinaron la aplicación de un delito contra la integridad moral por

Y continúa señalando, que:

[...] resulta necesario que, en estos y otros casos parecidos, el hecho de ocultar el cadáver se castigue penalmente, con independencia de la pena que corresponda en su caso por el delito previo que haya ocasionado la muerte, pues se trata de un injusto añadido que merece una respuesta penal diferenciada.⁶⁰

Vayamos por partes porque, en mi opinión, no pueden indicarse mayor cantidad de inconsistencias e incoherencias jurídico-penales en menor espacio.

En primer lugar, parece que se identifica el objeto de tutela con el *sufrimiento que el hecho de no disponer del cuerpo de la víctima puede ocasionar a sus familiares*. En consecuencia, nuevamente estamos ante una protección de lo que no es sino un *sentimiento*, en este caso, *sufrir*.

el “incremento voluntario del dolor de los familiares derivado de la zozobra dilatada en el tiempo, que indudablemente ahonda en el padecimiento psíquico o moral de las víctimas del delito, fruto de las variaciones sucesivas del acusado sobre el destino del cadáver” tal como sostuvo la Sentencia del Tribunal Supremo 62/2013 (Sala de lo penal), 29 de enero de 2013 (recurso 10145/2012 P). Sin embargo, es preciso señalar que la Sentencia de la Audiencia Provisional de Sevilla 1/2012 (Procedimiento abreviado), 13 de enero de 2012 (recurso 725/2011), sobre el mismo caso, entendió que no cabía apreciar delito contra la integridad porque no quedaba acreditado que el autor “haya tenido la intención de vejjar, envilecer y humillar a los familiares directos de la menor”.

⁶⁰ “Preámbulo”, en Ley Orgánica 14/2022, ob. cit.

Si se pretende argumentar que afecta la integridad moral, esto debe fundamentarse en algo más que el mero sufrimiento derivado de la propia pérdida de un familiar de manera violenta y de la imposibilidad de encontrar su cadáver; se requiere algún tipo de desvalor distinto y, más aún, añadido a la sola ocultación del cadáver y al silencio respecto de dónde se encuentra, incluso si se sostiene de manera reiterada.

El tipo penal solo tendrá sentido cuando la conducta realizada afecte claramente la integridad moral de otra persona,⁶¹ lo que, en modo alguno, puede sostenerse respecto del hecho de ocultación del cadáver y del silencio, incluso reiterado, de quien conoce su paradero. Esto de fundamenta en diversas razones. La primera es que la conducta, por sí misma, entra claramente dentro del ejercicio legítimo del derecho de defensa, el derecho a no declarar contra uno mismo y el derecho a guardar silencio, que, por más que pueda producir un mayor dolor o sufrimiento a otros, queda amparado por la CE. La segunda consiste en que el ataque a la integridad moral exige más elementos que la mera realización de la conducta descrita en el tipo penal, que

⁶¹ Así, según la Sentencia del Tribunal Supremo 561/2021 (Sala de lo penal), 24 de junio de 2021 (recurso 3636/2019), la integridad moral se trata del “derecho a no recibir de otro un trato que pueda suponer una situación generadora de humillación, cosificación o envilecimiento”, y ello implica la necesidad de que se trate de: *a*) un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo del delito, *b*) un padecimiento físico o psíquico de dicho sujeto, y *c*) un comportamiento que sea degradante o humillante e incida en el concepto de dignidad de la persona afectada por el delito.

en este caso es ocultar de manera reiterada la información del paradero del cadáver a los familiares. Se requiere la nota de gravedad que debe constatarse en todas las modalidades de delitos contra la integridad moral; de esta manera, quedarían al margen conductas que pueden generar dolor, malestar o desasosiego, pero no las que tienen la relevancia suficiente para constituir un atentado contra la integridad moral,⁶² y, junto con ello, la intención del sujeto de atentar contra la dignidad, provocar humillación y vejación en los familiares. Ninguno de estos elementos se puede deducir automáticamente de la realización de la conducta que se describe en el tipo penal.

De hecho, la incorporación de esta figura delictiva, como ya se expuso, responde a la situación ocasionada en el conocido como Caso Marta del Castillo, pero en él, cuando el Tribunal Supremo dictó una condena por un delito contra la integridad moral, no lo hizo porque se hubiera ocultado el cadáver ni porque se guardara silencio reiterado sobre su paradero, sino justo por lo contrario, por “hablar demasiado”, dando sucesivas y diferentes versiones sobre su paradero.

El sufrimiento y atentado a la dignidad no radica en la ocultación o el silencio reiterado, sino, como señala la STS 62/2013, en:

[...] las variaciones sucesivas del acusado sobre el destino del cadáver [...]. Lo determinante del ilícito en cuestión es, en cualquier caso, ese incremento voluntario del dolor de

los familiares [...]. // Generando continuas expectativas en cuanto a la posible localización del cuerpo, sucesivamente frustradas, y siendo tal resultado conocido «ex ante» por el acusado en tanto que sabía de la falta de certeza de sus propias manifestaciones, dañó la integridad moral de las víctimas [...] al daño moral inherente a la pérdida de un familiar tan directo, máxime cuando su muerte no es de etiología accidental sino violenta, se suma en este caso el dolor derivado de esas *cambiantes versiones sobre lo sucedido y sobre su paradero, ajenas al autoencubrimiento inherente al derecho de defensa*, despreciando los sentimientos y la dignidad de las víctimas.⁶³

Con ello se reconoce que el silencio en sí mismo, incluso reiterado, responde al derecho de defensa y, más concretamente, al derecho a no declarar contra uno mismo.⁶⁴ Por ello, afirma Cuerda Arnau que:

⁶³ Sentencia del Tribunal Supremo 62/2013 (Sala de lo penal), 29 de enero de 2013 (recurso 10145/2012 P). Las cursivas son mías.

⁶⁴ De hecho, la sentencia continúa afirmando que: “el desvalor del maltrato que, con su conducta a lo largo del procedimiento, ha ido causando se proyectó sobre aquellos convirtiéndolos en sufridores de un trato vejatorio que, en tanto que continuado y persistente en el tiempo, ha generado en ellos un grave padecimiento no sólo físico, sino muy especialmente psíquico, con evidente lesión de su integridad moral. Tal daño aparece reflejado en el relato fáctico cuando se asocia la crueldad de esas cambiantes versiones sobre su paradero al resultado final de no poder darle sepultura, ‘causando si cabe mayor dolor’ al ya ínsito de la muerte de la menor [...]. Existió, pues, un efectivo ataque al bien jurídico que la norma que analizamos trata de prote-

⁶² María Luisa Cuerda Arnau, “El nuevo delito contra la integridad moral”, en José Luis González Cussac (coord.), *Comentarios a la LO 14/2022, de reforma del Código penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pág. 26.

[...] son esos matices —y no la mera ocultación— lo que, desde la perspectiva de la integridad moral, permite considerar que, de un lado, esa conducta representa un grave y absoluto desprecio hacia los allegados de la víctima, y, de otro, trasciende los límites del derecho de defensa y puede, por ende, ser objeto de sanción penal.⁶⁵

En mi opinión, a este argumento debería añadirse, cuando se habla de *la mera ocultación del cadáver*, el silencio reiterado. Porque, en realidad, el tipo penal, independientemente de lo que se consigne en la rocambolesca e incoherente fundamentación contenida en el Apartado IV del Preámbulo, no castiga la ocultación del cadáver, y no lo castiga porque no puede hacerlo, ya que no existe ningún injusto añadido. Se trata de un acto posterior copenado en relación con el atentado a la vida, por lo que nos situamos ante un supuesto de autoencubrimiento del delito cometido que, por razones evidentes, es impune si no afecta un bien jurídico distinto de la propia vida y porque, en esencia, obstaculizar que se descubra el delito y las circunstancias que lo rodearon forma parte

ger y que esta Sala entiende como manifestación directa de la dignidad humana (arts. 10 y 15 CE)" (STS 62/2013). Como puede apreciarse, el fundamento de la sanción por un delito contra la integridad moral se encuentra en el incremento del sufrimiento ocasionado de manera intencionada cuando se aportan diversas versiones sobre el tema, ya que, según entiende el Tribunal, todo esto resultaba innecesario en aras del ejercicio del derecho de defensa, pero no solo en el hecho de ocultar un cadáver o el de guardar silencio reiterado.

65 María Luisa Cuerda Arnau, "El nuevo delito contra la integridad moral", ob. cit., pág. 28.

del genérico derecho de defensa amparado por la CE. Lo que sí castiga es el *silencio reiterado*, pues hace referencia a la ocultación no del cuerpo, sino de la información sobre el paradero del cadáver, en caso de conocerla.

Cuerda Arnau señala que la *ocultación* a la que se refiere el párrafo segundo del artículo 173.1 del CP puede llevarse a cabo de distintas formas: mediante una afirmación mendaz, disfrazando la verdad o la que, en mi opinión, puede ser más habitual, un comportamiento omisivo que consiste en callar o silenciar.⁶⁶ Todas ellas son formas adecuadas de comisión de la ocultación a la que hace referencia el tipo penal. El problema es que también son maneras de ejercer legítimamente, como ya hemos expuesto, el derecho a no declarar contra uno mismo, a guardar silencio y de defensa.

Ciertamente la afirmación previa sobre el autoencubrimiento resulta innegable cuando se trata de los autores o partícipes en el delito contra la vida, al encontrarse directamente amparados por el artículo 24 de la CE. El problema sería respecto de terceros ajenos a la muerte, porque, en el caso de conocer el paradero del cadáver y ocultarlo, más que cometer este delito, estaríamos ante un supuesto de encubrimiento punible, salvo en el caso de los familiares a los que se refiere el artículo 454 del CP. En este caso, Cuerda Arnau sostiene que estaríamos ante un concurso ideal de delitos, ya que "el objeto de tutela de ambas infracciones es distinto y no cabe estimar que estemos ante actos copenados".⁶⁷

El problema, en mi opinión, es doble: en primer lugar, no queda claro cuál es el bien jurídico u objeto de tutela protegido en

66 *Ibidem*, págs. 23 y ss.

67 *Ibidem*, pág. 32.

el párrafo segundo del artículo 173.1 del CP. Esto se debe a que, con el comportamiento descrito en él —salvo por los supuestos sobre la generación de un mayor sufrimiento y humillación de los familiares (que provienen, como hemos señalado, de versiones contradictorias e inciertas)—, no puede identificarse claramente uno. En segundo lugar, de aceptar la existencia de distintos objetos de tutela, podría perfectamente alegarse que la ocultación típica del artículo 173.1 del CP es también la conducta de autoencubrimiento, descrita en el artículo 451 del CP y, en consecuencia, podríamos estar nuevamente ante el ejercicio del derecho de defensa. A ello se une un tercer problema, que sería la posibilidad de entender que todos los casos en los que haya un delito de encubrimiento material que ayude a ocultar el cadáver, de manera automática, producen el delito del artículo 173 en concurso.

En mi opinión, de lo que se trataría es de un concurso de leyes por resolver a favor del delito de encubrimiento, que, entre otras cosas, sí tiene claro su objeto de tutela, que es la administración de justicia. Y respecto de los familiares que quedan exentos de pena en el caso de encubrimiento, creo que tampoco sería aplicable el delito contenido en el artículo 173.1, por el mismo fundamento de la exclusión de pena del artículo 454 del CP, que sería trasladable al delito de ocultación de cadáver.

Tampoco el siguiente elemento que se observa en el tipo penal permite enervar la lesión del genérico derecho de defensa que se está analizando, por lo menos respecto de los casos en los que se mantiene un silencio reiterado o, incluso, cuando se miente de manera reiterada pero manteniendo, en todo momento, la misma versión, porque ello no daría lugar, como hemos visto que sostiene el Tribunal Supremo, a una afección de la in-

tegridad moral, distinta del sufrimiento propio de perder a un ser querido y desconocer dónde se encuentra su cuerpo. Es decir, debe implicar, en primer lugar, una gravedad del comportamiento y, en segundo lugar, un específico desvalor diferente de la pérdida del familiar y no saber dónde se encuentra. Tal como señala Cuerda Arnau: “no basta con cualquier ocultación en sentido estrictamente literal, pues la vileza y el carácter humillante inherente a todo acto contrario a la integridad moral no solo depende del acto de ocultación, sino del modo y del contexto en que éste se produce”.⁶⁸

Desde la perspectiva de todo lo expuesto, en mi opinión, resulta evidente que el nuevo delito introducido por la LO 14/2022, vulnera de manera directa y total los derechos fundamentales contenidos en el artículo 24.2 de la CE a los que hemos hecho reiterada referencia, puesto que el autoencubrimiento consistente en la ocultación del cuerpo en un delito contra la vida debe ser impune, porque no es posible exigir al investigado o imputado autoincriminarse ni colaborar con la justicia para facilitar su incriminación.

En consecuencia, todo tipo de compulsión a atestiguar contra uno mismo debería quedar vedado para la intervención del legislador y, por tanto, las previsiones legales sobre este delito en concreto habrían de considerarse como inconstitucionales por su vulneración a los derechos fundamentales. Y esto podría afirmarse tanto respecto de quien se silencia de manera continua como de quien sostiene una versión incierta reiteradamente. Solo cuando, de manera activa, se realizan comportamientos en los que pueden verse involucrados otros elementos adicio-

⁶⁸ *Ibidem*, pág. 26.

nales, como que haya diversas versiones que provocan continuas expectativas frustradas o confesiones encaminadas a la humillación y vejación de los familiares, podría afirmarse que estos no responden al derecho de defensa, pero para ello no resultaría necesaria la regulación específica de este tipo penal, pues podría sancionarse conforme al primer párrafo del artículo 173.1 del CP, como delito contra la integridad moral.⁶⁹

⁶⁹ Precisamente por ello, Cuerda Arnau comparte la resolución del Tribunal Supremo sobre el caso de Marta del Castillo, ya que entiende que el hecho de “ofrecer reiteradamente versiones mendaces acerca del paradero del cuerpo es completamente innecesario para ejercer su derecho constitucional y, por el contrario, supone un absoluto menosprecio de la dignidad de los familiares y allegados más cercanos, cuyo dolor por la muerte resulta incrementado no sólo por no poder cerrar el duelo, sino por las expectativas frustradas de poder cerrarlo derivadas de cada nueva declaración” (“El nuevo delito contra la integridad moral”, ob. cit., pág. 37). Sin embargo, discrepa de la resolución en el Caso de Gabriel (Ana Julia Quezada), STS 701/2020, del 16 de diciembre, porque considera que: “la sobreactuación y el fingimiento por parte de la autora de la muerte del niño pese a no ser estrictamente necesarios en términos de defensa, sí son una estrategia para enmascarar la propia responsabilidad y confundir a los investigadores y no parecen dirigidos a vilipendiar de manera mezquina y cruel la dignidad de los familiares” (*Idem*).

b) Enriquecimiento injustificado

De forma muy breve también quisiera realizar alguna referencia al nuevo delito incorporado en el art. 438 bis del CP por la LO 14/2022, relativo al denominado *enriquecimiento injustificado*⁷⁰ y que sanciona a la autoridad que, en diversas circunstancias, “se negara abiertamente a dar el debido cumplimiento a los

⁷⁰ La tipificación de este comportamiento concreto procede del artículo 20 de la Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción, en el que se señala la necesidad de sancionar penalmente al funcionario público que aumente su patrimonio de forma injustificada al afirmar que “con sujeción a su constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el enriquecimiento ilícito, es decir, el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público, respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él” (Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Nueva York, 2004, art. 20). Un primer aspecto que quiero resaltar en este punto, aunque posteriormente volvamos sobre él, es que pide que se tipifique el incremento significativo del patrimonio, esto es, la posesión de bienes injustificados que, en muchos supuestos, podrían constituir un delito de blanqueo, siempre (eso sí) que logre establecerse su origen delictivo, lo que no resultará sencillo. Sin embargo, en modo alguno señala que se sancione, como hace nuestro Código Penal, la negativa a dar razón de la procedencia de los bienes que, en esencia, responde exclusivamente a la dificultad probatoria señalada.

requerimientos de los órganos competentes destinados a comprobar su justificación”. La conducta descrita se configura, así, como un delito de desobediencia y esto, en mi opinión, también puede implicar la vulneración del derecho a no autoincriminarse.

Al respecto, Raga Vives entiende que el nuevo delito no sanciona la posesión ilícita de bienes, sino la negativa reiterada a responder a los requerimientos de los órganos competentes, lo que separa claramente nuestra normativa de las recomendaciones de origen supranacional.⁷¹ Obviamente, la posesión de bienes injustificados de los que se presume un origen ilícito ya encuentra acomodo en el delito de blanqueo, lo que implicaría que, de ser esta la conducta sancionada, nos encontraríamos ante una evidente superposición de normas penales, mediante la aplicación del comiso o, incluso, figuras administrativas. De hecho, lo que sanciona la mayor parte de los países europeos es la *posesión injustificada de bienes*.⁷² Precisamente por ello se ha regulado como un *delito de desobediencia* que, en mi opinión, se trata, en realidad, de un delito de sospecha,⁷³ ya que se castiga la *negativa a dar cumplimiento a los requerimientos*

de los órganos competentes destinados a comprobar su justificación, o dicho de otro modo, se sanciona *no dar razón de la procedencia de los bienes*.

Son muchas las críticas que pueden realizarse respecto del precepto, por ejemplo, la ya señalada configuración como delito de sospecha que conlleva una presunción, altamente cuestionable, de que los bienes tienen un origen ilícito o provienen de una actividad ilícita; pero si hay algo que, al menos desde mi perspectiva, resulta insostenible, es la colisión con un derecho fundamental, en este caso, el derecho a no declarar contra uno mismo, como directa manifestación del derecho de defensa contenido en el artículo 24.2 de la CE.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia se han opuesto reiteradamente a incluir el delito de enriquecimiento ilícito, porque esto implica importantes problemas de constitucionalidad,⁷⁴ debido a que establece proposiciones contrarias al derecho de presunción de inocencia. Por ello, Raga Vives entiende que la actual regulación podría ser legítima constitucionalmente en tanto que:

71 Anna Raga Vives, “El nuevo delito de desobediencia por enriquecimiento injustificado”, en José Luis González Cussac (coord.), *Comentarios a la LO 14/2022, de reforma del Código Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, págs. 197 y ss.

72 Sobre las distintas regulaciones de Derecho comparado, vid. *Ibidem*, págs. 193 a 197.

73 Este mismo planteamiento fue sostenido por numerosos países, de hecho, casi la totalidad de los pertenecientes a la Unión Europea considerando que se negaba la presunción de inocencia, (*ibidem*).

74 Isidoro Blanco Cordero, “El debate sobre la necesidad de castigar penalmente el enriquecimiento ilícito de empleados públicos”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 19, 2017, págs. 20 y ss.; Eduardo A. Fabián Caparrós, “Apuntes críticos sobre la posible tipificación del delito de enriquecimiento ilícito en España”, en Nicolás Rodríguez García, Adán Carrizo González-Castell y Fernando Rodríguez López (eds.), *Corrupción: compliance, represión y recuperación de activos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, págs. 604 y ss., y entre otras, la STS del 27 de octubre de 2022 (Tol 9284246).

[...] el delito no exige la colaboración del acusado para probar los elementos del delito [...]. Podría parecer que este problema no ha desaparecido ya que, el acusado, bajo amenaza de incurrir en un delito de desobediencia (en un estadio anterior), se verá compelido a declarar sobre el origen de sus bienes. Lo cierto es que, a diferencia de la regulación de la ONU, aquí se parte de que existe una obligación legal, cuando se ostenta una determinada condición de declarar bienes. Esa obligación es el presupuesto de la infracción, aunque ciertamente la cuestión no quede exenta de dificultades.⁷⁵

Precisamente la existencia de esta obligación legal le permite afirmar que no se vulnera el derecho a no autoincriminarse y, para ello, realiza una comparación tanto con el delito de negativa a someterse a pruebas de alcoholemia, como con otros tipos penales. Así, sostiene que, atendiendo a la STC 161/1997, del 2 de octubre: la obligación de la prueba de alcoholemia no implica que el sujeto esté obligado “a emitir una declaración que exteriorice un contenido, admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto” de una “pericia”,⁷⁶ lo que no lesionaría el derecho a no autoincriminarse. Al margen de que, al menos en mi opinión, esta resolución del Tribunal Constitucional es altamente cuestionable,⁷⁷ como también, el tipo penal

contenido en el artículo 383 del CP, en realidad, considero que no es un caso comparable estructuralmente al que se está analizando: no es lo mismo “consentir” una actuación ajena (en este caso, la de la policía, mediante la prueba de alcoholemia), que obligar a una colaboración activa con la administración pública o la administración de justicia. Y entiendo que tampoco resulta sostenible que la existencia de una obligación legal (normalmente administrativa) de colaborar o de ser transparente para determinados sujetos, especialmente vinculados con la administración pública, pueda determinar que la negativa a cumplirla se convierta en delito, so pena de vulnerar el derecho a no declarar contra uno mismo y el derecho de defensa.⁷⁸

zado (negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia), en realidad, obligaba al sujeto a colaborar con la acusación para descubrir la verdad, lo que resultaba incompatible con el derecho de defensa.

78 No comparto la postura de Anna Raga Vives, cuando afirma que: “colaborar en una determinada pericia ante el órgano requirente, máxime cuando existe una obligación legal de hacerlo, no parece contrariar la garantía de autoincriminación, sobre todo si se atiende a que el procedimiento se establece justamente para ello y si se tiene en cuenta que, sin esta información, la Administración se encontrará desprovista de las herramientas para cumplir con sus fines” (“El nuevo delito de desobediencia por enriquecimiento injustificado”, ob. cit., pág. 207). Mi desacuerdo se sustenta en varias razones. En primer lugar, porque no estamos ante ninguna pericia, que debería consistir en la obligación de aportar documentación acreditativa de los ingresos y patrimonio de determinados sujetos vinculados y obligados por la normativa sobre

75 Anna Raga Vives, “El nuevo delito de desobediencia por enriquecimiento injustificado”, ob. cit., pág. 202.

76 *Ibidem*, pág. 202, nota 65.

77 De hecho, en relación con la STC mencionada, existió un voto particular sustentado por los magistrados Ruiz Vadillo y García-Mon, en el que se sostenía que el tipo penal anali-

Pongamos un ejemplo: una autoridad posee un patrimonio injustificado, procedente bien de un delito de cohecho, o bien, de un delito de blanqueo, y se niega a dar razón de la procedencia de los bienes que posee, obviamente debido a que es autor de un hecho delictivo. Está ejerciendo legítimamente su derecho de defensa a no declarar contra sí mismo y a no autoincriminarse porque, de colaborar con la Administración, estaría aportando pruebas en su contra. En este caso, si pudiera esclarecerse la existencia del delito sin su colaboración, debería responder por un concurso de delitos: este y el de enriquecimiento injusto, puesto que no ha justificado sus bienes. En el caso de que no pudiera probarse el delito previo, siempre tendremos el delito de enriquecimiento injusto por su falta de colaboración. En un lenguaje más popular: “la banca nunca pierde”.

A mi juicio, resulta incuestionable que, por mucho que determinados sujetos estén obligados legalmente a colaborar con la administración pública y de justicia en aras de una mayor transparencia y una lucha contra la corrupción, el derecho fundamental a la defensa se encuentra por encima de ello y también, sus manifestaciones instrumentales, que se derivan del artículo 24.2 de la CE: el derecho a guardar silencio y a no ser obligado a presentar pruebas que puedan incriminar-

transparencia, pero ello implicaría una infracción administrativa, nunca, un delito. En segundo lugar, porque la razón de que se facilita a la Administración lo que, en otro caso, resultaría difícil de probar, no constituye, en mi opinión, ni fundamento ni justificación ni, mucho menos, objeto de tutela respecto de la introducción de un delito específico de desobediencia en este ámbito.

le.⁷⁹ Precisamente por ello, considero que no resulta legítimo convertir en delito un comportamiento (guardar silencio o no colaborar con la administración de justicia) que constituye un derecho fundamental amparado constitucionalmente. La cuestión de la valoración de ese silencio o esa negativa por parte del órgano juzgador respecto a la posible imputación de un delito del que traigan origen esos bienes es distinta y no fundamenta la legitimidad de criminalizar el silencio o la falta de colaboración.

Pero sancionar penalmente el silencio o la negativa reiterada a colaborar con la administración, aportando datos de los cuales se pueda derivar la incriminación respecto de otro delito previo, en mi opinión, supone, de manera evidente, la vulneración de un derecho fundamental que no permite avalar la legitimidad de la regulación penal ni siquiera como delito de desobediencia.⁸⁰

2.4 El consentimiento en materia sexual, la presunción de inocencia y el sistema acusatorio

Un último aspecto que abordaré en este trabajo relativo a la afeción de los derechos fundamentales provocada por las reformas penales desde la perspectiva de la política criminal es el relativo a la modificación de los delitos contra la libertad sexual, llevada a cabo por la LO 10/2022, del 6 de septiembre y de garantía integral de la libertad sexual.

79 Isidoro Blanco Cordero, “El debate sobre la necesidad de castigar penalmente el enriquecimiento ilícito de empleados públicos”, ob. cit., págs. 22 y 23.

80 *Ibidem*, págs. 34 y 35.

Haré referencia, en exclusiva, a las consecuencias de la definición de consentimiento, que se derivan de este ordenamiento, y a lo que puede implicar para diversos derechos fundamentales, concretamente, el derecho a la presunción de inocencia, a la inversión de la carga de la prueba y al principio acusatorio, que no se encuentra en cuestión en la potencial reforma que se está tramitando.

Una de las principales "virtudes" ensalzadas por los operadores políticos artífices de esta Ley es que, *por fin, el consentimiento se ha situado en el centro de los delitos contra la libertad sexual*. La afirmación no solo no responde a la realidad de la regulación penal tradicional, sino que es totalmente incierta: el consentimiento siempre ha sido el elemento central de los delitos contra la libertad sexual. De hecho, la existencia de un consentimiento válido, libre y voluntario determinaba la atipicidad del comportamiento, como resulta obvio, debido a que toda persona tiene derecho a ejercer su capacidad de autodeterminarse sexualmente (y en cualquier otro aspecto de su vida), como es time conveniente.⁸¹

Tampoco resulta cierto que debiera acreditarse una fuerte oposición o resistencia por parte de la víctima, ni que no fuera suficiente con la negativa de aquella para configurar el atentado contra la libertad sexual; de hecho, el criterio del *no means no* ya lleva mucho tiempo implantado tanto en nuestra doctrina como, lo que es más importante, en nuestra jurisprudencia.

En resumen, la ausencia de consentimiento *siempre* y en todo caso, fuera en el momento que fuera de la relación sexual, ha determinado la concurrencia de un delito sin necesidad de grandes violencias ni resistencias, ni de reiteraciones sucesivas de las negativas. Se trataba y se trata simplemente de *probar* que la conducta del sujeto activo quebranta la libre autodeterminación del sujeto pasivo en material sexual.⁸² Ni más ni menos.

Pero justo ese era el problema, la *prueba*, porque obviamente, y salvo casos mediáticos y concretos, los atentados contra la libertad sexual se suelen producir en el ámbito de la intimidad, de manera que solo el agresor y el agredido pueden dar cuenta de lo realmente acontecido y de si hubo o no consentimiento.⁸³ Se trataba, por lo tanto, de la validez del

⁸¹ Francisco Javier Álvarez García, "Algunos comentarios generales a la LO 10/2022 de garantía integral de la libertad sexual", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 25, 2023, pág. 25; María Elena Torres Fernández, "Notas sobre los delitos contra la libertad sexual en la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad sexual", en José R. Agustina (coord.), *Comentarios a la ley del 'solo el sí es sí'. Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Barcelona, Atelier, 2023, págs. 28 y 29.

⁸² Juan Antonio Lascuraín Sánchez, "Los nuevos delitos sexuales: indiferenciación y consentimiento", en José R. Agustina (coord.), *Comentarios a la ley del 'solo el sí es sí'. Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Barcelona, Atelier, 2023, pág. 56.

⁸³ En el caso de violencia, la prueba quizá resulte más simple, dado que pericialmente puede demostrarse en la mayoría de los supuestos su existencia. Por ello, afirma Lascuraín Sánchez que "sólo podrá el juez penal afirmar la falta de consentimiento si lo constata inductivamente más allá de toda duda razonable" (*ibidem*).

testimonio de cada uno de los implicados, la cual también había sido claramente acotada por nuestros Tribunales,⁸⁴ que exigían la concurrencia de una serie de criterios para determinar la existencia o no del consentimiento: credibilidad subjetiva (inexistencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier otra índole), verisimilitud o credibilidad objetiva (que el testimonio guarde lógica y coherencia interna, y que, además, guarde coherencia externa con los datos y medios de prueba que estén al margen de la declaración de la víctima) y persistencia en la inculpación (que implique que no haya variaciones esenciales en las diferentes declaraciones de la víctima, ni existan contracciones o vaguedades).

Justamente la exigencia de estos elementos determinó que cierto sector doctrinal y social afirmase que ello implicaría una revictimización de la persona agredida al tener que revivir en diversas ocasiones el suceso sufrido.⁸⁵ No niego que ello sea así, pero también lo es en otros muchos delitos tan o más reprochables que estos y que igualmente “obligan” a la víctima o a sus familiares a volver a revivir una y otra vez el hecho concreto,

y no, por ello, quebrantamos las garantías de un Estado de derecho respecto de los autores del delito en cuestión.

El problema, en mi opinión, es que tanto un delito contra la libertad sexual como cualquier otro delito debe ser probado, y recurrir a esos criterios que se han señalado y adoptado jurisprudencialmente, ya desde hace décadas, se erige en garantía de la presunción de inocencia y en manifestación del principio sobre que la carga de la prueba corresponde a quien acusa. Esta es la base del sistema acusatorio de nuestro sistema procesal y se refleja en la protección constitucional a la presunción de inocencia. Obviamente la víctima debía pasar por la necesidad de probar la veracidad de su testimonio, a fin de desvirtuar la presunción de inocencia que debe amparar al acusado, y la carga de la prueba de la existencia del delito recae en quien acusa (la víctima o el Ministerio Fiscal), y esa necesidad probatoria implica necesariamente revivir una situación de sufrimiento y un innegable aumento del dolor, pero no cabe otra posibilidad en aras del respeto de los derechos fundamentales constitucionalmente protegidos.

La nueva definición de consentimiento, aportada por la LO 10/2022 en el inciso final del artículo 178.1 del CP, modifica notablemente el panorama que se ha expuesto. Sin entrar a analizar detenidamente su contenido y la forma de manifestarse (si expresa o tácitamente, si por actos concluyentes, etcétera),⁸⁶ lo que sí resulta innegable es que se ha dado un giro de 180 grados, y del antiguo

⁸⁴ Así, por ejemplo, las SSTs del 21 de mayo de 2014 o del 4 de noviembre de 2021, entre otras.

⁸⁵ En palabras de Lascuráin Sánchez, “Los nuevos delitos sexuales: indiferenciación y consentimiento”, ob. cit., pág. 56: “sabemos que la presunción de inocencia tiene precio, el de la absolución de acusados culpables y aquí, además, normalmente, el del doloroso testimonio de la víctima [...] me temo que no hay modo de dejar de pagarlo que no sea a su vez más costoso desde la perspectiva de nuestros valores”.

⁸⁶ A este respecto, señala Lascuráin Sánchez que, en atención a la regulación legal, “sólo habrá un consentimiento excluyente de la tipicidad cuando el consentimiento sea activo, expreso y claro” (*ibidem*).

“no es no”, que conllevaba la ausencia de consentimiento provocado por la negativa, ya fuera expresa, implícita, por actos concluyentes de rechazo, etcétera, se ha pasado a una perspectiva positiva de “sólo el sí es sí”, de manera que, según establece el texto penal, “sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona”.⁸⁷

Hemos pasado de que cualquier tipo de rechazo o negativa explícita o implícita determinaba la ausencia de consentimiento que configura los delitos contra la libertad sexual, a la exigencia de una manifestación positiva del consentimiento. Y este cambio de eje no es, en modo alguno, irrelevante, porque, en la anterior regulación, la acusación debía probar que no había existido consentimiento y, por tanto, se mantenía la presunción de inocencia, mientras que, con la actual regulación, la ausencia de consentimiento se presume,⁸⁸ y solo cuando se demuestre su existencia en los términos indicados en el texto penal, la conducta resultará atípica. Dicho

de otra forma, se exige, aunque no se diga expresamente, que sea el presunto autor de los hechos quien demuestre que la presunta víctima había consentido, en todo momento, la relación sexual. Ya no hay presunción de inocencia, ya no hay sistema acusatorio y la obligación de probar de quien acusa, sino que estamos ante un sistema inquisitivo, en el que se parte de la culpabilidad del sujeto, en el que la carga de la prueba recae en el acusado y se convierte en una *probatio diabólica* porque carecería de medios bastantes y adecuados para ello (no olvidemos que los criterios señalados por la jurisprudencia sirven para dar veracidad a la declaración de la víctima, no a la del imputado).

Con ello, y aunque no se haya establecido así expresamente, se están quebrantando derechos fundamentales derivados directamente del derecho a la presunción de inocencia y de los principios del sistema acusatorio.⁸⁹

Si se quería actuar frente a supuestos en los cuales la víctima se veía imposibilitada de autodeterminarse, y consentir o no consentir, como los casos de vulnerabilidad o sumisión química, por ejemplo, hubiera sido bastante con señalar que, en esas condiciones, en todo caso, se entendería que hubo una agresión sexual derivada de la absoluta indefensión o desvalimiento de la víctima que no podía manifestar en modo alguno su voluntad, ni en sentido positivo ni en sentido negativo.

⁸⁷ Ley Orgánica 10/2022, España, 6 de septiembre de 2022.

⁸⁸ En Lascurain Sánchez, “Los nuevos delitos sexuales: indiferenciación y consentimiento”, ob. cit., pág. 57, se indica que se trataría de una presunción *iuris et de iure* de que no concurre consentimiento “si el mismo no se ha manifestado mediante actos que expresen de manera clara la voluntad de participar en la relación sexual”, y en relación con el silencio o la pasividad, se sostiene que estamos ante una presunción *iuris tantum*, que tampoco resulta acorde con el derecho constitucional al implicar que se revierte la carga de la prueba.

⁸⁹ María Elena Torres Fernández considera que la inclusión de este concepto afirmativo de consentimiento no implica una reversión de la carga de la prueba (“Notas sobre los delitos contra la libertad sexual”, ob. cit., pág. 29). También indica que la carga de la prueba corresponde a la acusación.

En el fondo, al menos en mi opinión, no se está introduciendo un elemento típico de los delitos contra la libertad sexual, que ya era el eje central en la anterior regulación, sino una norma de valoración procesal de la prueba, en el sentido que se ha señalado: la presunción de que no concurre ante una denuncia y la carga de la prueba en el acusado, que debe desvirtuar la imputación que se la atribuye. En definitiva, la vulneración de la presunción de inocencia.

3. Como conclusión: el peligro para el Estado de derecho

Como se ha expuesto a lo largo de todo este trabajo, hay dos ideas centrales sobre las que giran las nuevas tendencias legislativas y de política criminal. Por un lado, la decisión de elevar a la categoría de elemento nuclear y finalidad principal la consecución de una inexistente e inalcanzable seguridad y, para ello, se ha optado por emplear cualquier instrumento de control social, esencialmente el penal, a fin de lograr erradicar cualquier potencial “amenaza” o “percepción de amenaza”, es decir, lo discrepante o contrario o rechazable para la moral social; con ello, la “moral o el sentir social” es el criterio definidor de lo que debe ser o no prohibido. Por otro lado, que para alcanzar esa entelequia de “seguridad absoluta” no existe inconveniente alguno en lesionar, vulnerar o erradicar los derechos y garantías básicas y definidoras de un Estado democrático de derecho.

Con ello puede obtenerse una primera y clara conclusión: la absoluta confusión que tiene el legislador penal en la actualidad entre la moral y el delito, de manera que todo aquello que se desvíe de lo socialmente adecuado es automáticamente concebido como un peligro y sobre esa misma base, crimina-

lizado, a fin de erradicar y volver inocua la amenaza externa que se percibe. El problema es que ni existe el peligro ni existe la amenaza externa para la sociedad o sus bases y sistemas democráticos que se derive de un disidente, discrepante o incluso de un desviado, porque ninguno de ellos tiene, por sí mismo, la idoneidad ni la capacidad de lesionarlos. Por el contrario, sí que constituye una amenaza, esta vez interna, porque procede del propio Estado, que exista una legislación criminalizadora, preventiva y securitaria, en la que no hay inconveniente alguno en vulnerar los derechos y libertades fundamentales y las garantías constitucionalmente reconocidas en aras de “proteger” el sistema. El sistema democrático solo puede ser destruido por el propio sistema democrático y por su legislación, cuando se vulneran los principios que lo informan.

Una clara manifestación de estas tendencias legislativas actuales, que responden a reclamaciones de diversos sectores sociales, políticos y mediáticos y que implican una grave y relevante incidencia en el ejercicio y respeto de los derechos fundamentales, son los diversos delitos que hemos analizado a lo largo de todo este trabajo. Como he expuesto, estas regulaciones no solo afectan el derecho a la libertad de expresión, el derecho a no declarar contra uno mismo y a no declararse culpable o el derecho a la presunción de inocencia hasta el punto de prácticamente erradicarlos, sino que también perjudican el propio sistema democrático y la concepción que como sociedad debemos tener de él. No se puede permitir que, por razones políticas (que no criminales, porque no existe un injusto que deba criminalizarse), releguemos al olvido aquella sociedad del siglo pasado, en la que imperaban esencialmente dos aspectos: la tolerancia con el discrepante y el absoluto respeto y protección de los derechos y

libertades fundamentales y de las garantías constitucionalmente reconocidas.

No podemos, no debemos, abogar ni permitir otra sociedad que no sea la que se sustenta en estos parámetros básicos, porque ello solo implicaría una cosa: que la sociedad democrática, que el Estado democrático, se autodestruyeran a sí mismos para convertirse en cualquier otra cosa, pero, desde luego, no en una democracia.

Por ello, considero que la única opción viable en relación con esa situación es retornar a aquella legislación garantista y respetuosa de los derechos y libertades, lo que no quiere decir que el derecho penal no deba hacer frente a nuevos fenómenos o nuevos ámbitos que deban ser protegidos. Ello significa que esa protección penal debe realizarse solo cuando sea absolutamente necesaria y la única opción posible (*ultima ratio*) y, lo que quizás es más importante, respetando siempre y, en todo caso, el libre ejercicio de los derechos fundamentales. Para ello, se debe partir de una premisa absolutamente irrenunciable: aquello que es el ejercicio legítimo de un derecho, por mucho que nos desagrade o nos resulte reprobable o reprochable moralmente, nunca, en ningún caso ni supuesto, puede ser constitutivo de delito. Desde esta perspectiva, y como he ido señalando, la única vía constitucional y democrática posible es la derogación de la mayoría de los delitos que hemos expuesto y la reformulación de otros de ellos de manera que sean acordes y respetuosos con los principios básicos de un Estado democrático de derecho.

4. Bibliografía

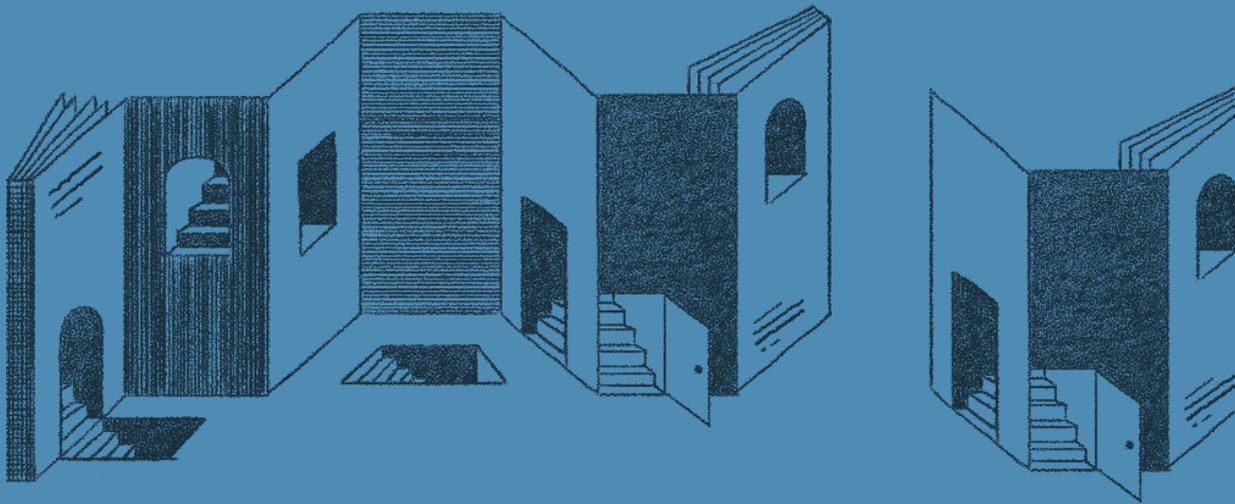
- ALCÁCER GUIRAO, Rafael, "Discurso del odio, protección de minorías y sociedad democrática", *Revista Crítica Penal y Poder*, núm. 18, 2019, pp. 19-27.
- ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, "Algunos comentarios generales a la LO 10/2022 de garantía integral de la libertad sexual", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 25, 2023.
- BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Jorge Navarro, Daniel Jiménez, María Rosa Borrás (trads.), Barcelona, Paidós, 1998.
- BLANCO CORDERO, Isidoro, "El debate sobre la necesidad de castigar penalmente el enriquecimiento ilícito de empleados públicos", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 19, 2017.
- CABELLOS ESPIÉRREZ, Miguel Ángel, "Libertad de expresión y límites penales: una nueva fase en el camino hacia la fijación de criterios interpretativos constitucionalmente coherentes", *Revista Catalana de Dret públic*, núm. 61, 2020, pp. 30-49.
- CABELLOS ESPIÉRREZ, Miguel Ángel, "Opinar, enaltecer, humillar: respuesta penal e interpretación constitucionalmente adecuada en el tiempo de las redes sociales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 112, enero-abril, 2018, pp. 45-86.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos, "Crítica a los sentimientos como bien jurídico-penal: el enaltecimiento del terrorismo y la humillación a las víctimas 'más allá de la provocación y la injuria'", en *Liber Amicorum. Estudios jurídicos en Homenaje al profesor doctor Juan Ma. Terradillos Basoco*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

- Código Penal, España, 24 de mayo de 1996, última reforma del 11 de junio de 2024.
- Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Nueva York, 2004.
- CORRECHER MIRA, Jorge, “El delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas tras la reforma de la LO 2/2015 en materia de delitos de terrorismo”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 27, 2017.
- CUERDA ARNAU, María Luisa, “El nuevo delito contra la integridad moral”, en José Luis González Cussac (coord.), *Comentarios a la LO 14/2022, de reforma del Código penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.
- CUERDA ARNAU, “Tortura y otros delitos contra la integridad moral. Trata de seres humanos”, en José Luis González Cussac (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 7ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.
- CUERDA ARNAU, María Luisa, “Delitos contra la libertad (y II) amenazas. Coacciones”, en José Luis González Cussac, *Derecho Penal. Parte especial*, 5ª ed. revisada y actualizada a la Ley orgánica 1/2015, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- DÍAZ Y GARCÍA DE CONLLEDO, Miguel, “El discurso del odio y el delito de odio de los arts. 510 y 510 bis del Código Penal: necesidad de limitar”, *Boletín. Límites a la Libertad de expresión*, Juezas y Jueces para la Democracia, núm. 5, mayo 2018.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 7, 2005.
- DOPICO, Jacobo, “Desconciertos de Brandemburgo”, *Boletín Límites a la Libertad de expresión*, Juezas y Jueces para la Democracia, núm. 5, mayo, 2018, pp. 15-17.
- FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A., “Apuntes críticos sobre la posible tipificación del delito de enriquecimiento ilícito en España”, en Nicolás Rodríguez García, Adán Carrizo González-Castell y Fernando Rodríguez López (eds.), *Corrupción: compliance, represión y recuperación de activos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 595-610.
- FUENTES OSORIO, Juan Luis, “El odio como delito”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 19, 2017.
- GALÁN MUÑOZ, Alfonso, “¿Juntos o revueltos? Algunas consideraciones y propuestas sobre la cuestionable fundamentación y distinción de los delitos de odio y del discurso del odio”, en José León Alapont (dir.), *Temas claves de Derecho penal. Presente y futuro de la política criminal en España*, Valencia, J M Bosch Editor, 2021, pp. 297-330.
- GALÁN MUÑOZ, Alfonso, “Delitos de odio, discurso del odio y Derecho Penal: ¿hacia la construcción de injustos penales por peligrosidad estructural?”, en Alfonso Galán Muñoz y Silvia Mendoza Calderón (coords.), *Derecho penal y política criminal en tiempos convulsos. Libro Homenaje a la Profa. Dra. M^a Isabel Martínez González*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- GALÁN MUÑOZ, Alfonso, “El delito de enaltecimiento terrorista. ¿Instrumento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raperos, twitteros y titiriteros?”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 38, 2018, pp. 245-304.
- GALÁN MUÑOZ, Alfonso, “Redes sociales, discurso terrorista y Derecho Penal. Entre la prevención, las libertades fundamentales y ¿los negocios?”, en Alfonso Galán Muñoz y María del Carmen Gómez Rivero (dir.), *La represión y persecución penal del discurso terrorista*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

- GALLARDO ROSADO, Maydelí, *Los derechos a permanecer en silencio y a no declarar contra sí mismo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes, "De las reformas bienintencionadas con resultado represivos: el delito de promoción del odio", en Fermín Morales Prats, Josep Maria Tamarit Sumalla y Ramón Miguel García Albero (coords.), *Represión penal y Estado de Derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Navarra, Aranzadi, 2018, pp. 867-881.
- GARCÍA ARROYO, Cristina, "Algunas cuestiones político-criminales sobre el discurso del odio terrorista, ¿el fin de las garantías del Derecho penal democrático?", en Alfonso Galán Muñoz y María del Carmen Gómez Rivero (dir.), *La represión y persecución penal del discurso terrorista*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 145-183.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, "Política y delito", *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, núm. 26, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 18-45.
- JARÍA I MANZANO, Jordi, "La Constitución y el proceso penal: cuestiones fundamentales", en Gonzalo Quintero Olivares y Jordi Jaría i Manzano (dir.), *Derecho Penal Constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena, "El discurso de odio criminalizado: propuesta interpretativa del art. 510 CP", en Jon Mirena Landa Gorostiza y Enara Garro Carrera (dir.), *Delitos de odio: Derecho comparado y regulación española*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena, *Los delitos de odio. Arts. 510 y 22.4^o CP 1995*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- LASCURÁIN SÁNCHEZ, Juan Antonio, "Los nuevos delitos sexuales: indiferenciación y consentimiento", en José R. Agustina (coord.), *Comentarios a la ley del 'solo el sí es sí'. Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Barcelona, Atelier, 2023, pp. 61-71.
- LASCURÁIN SÁNCHEZ, Juan Antonio, "El delito de rezar", *El Mundo*, 19 de mayo de 2022.
- LEÓN ALAPONT, José, "El enaltecimiento del terrorismo y la humillación de sus víctimas: límites y fundamentos de su punición en un Estado democrático de Derecho", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 24, 2022.
- LEÓN ALAPONT, José, "La descontrolada expansión de los delitos de odio: acerca de la propuesta de incriminar el odio hacia las víctimas de la Guerra Civil española y del franquismo", en Marco Teijón Alcalá (dir.), *El odio como motivación penal*, Madrid, Wolters Kluwer, 2022, pp. 207-235.
- Ley Orgánica 4/2022, España, 12 de abril de 2022.
- Ley Orgánica 14/2022, España, 22 de diciembre de 2022.
- Ley Orgánica 10/2022, España, 6 de septiembre de 2022.
- MENÉNDEZ CONCA, Lucas, "Estudio de la evolución jurisprudencial del delito de enaltecimiento del terrorismo. Especial referencia a aquellos casos que han adquirido mayor repercusión mediática", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3^a época, núm. 22, 2019, pp. 59-106.
- MIRA BENAVENT, Javier, "Algunas consideraciones político-criminales sobre la función de los delitos de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas del terrorismo", en Guillermo Portilla Contreras y Ana Isabel Pérez Cepeda (dir.), *Terrorismo y contraterrorismo en el siglo XXI. Un análisis penal y político criminal*, Salamanca, Ratio Legis y Universidad de Salamanca, 2016.

- MIRA BENAVENT, Javier, “El delito de enaltecimiento del terrorismo, el de humillación a las víctimas del terrorismo y la competencia de la Audiencia Nacional: ni delito, ni terrorismo, ni competencia de la Audiencia Nacional”, en *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- Miró Llinares, Fernando, *Cometer delito en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Madrid, Marcial Pons, 2017.
- MORENO CATENA, Víctor, “Sobre la presunción de inocencia”, en *El proceso penal en la encrucijada. Homenaje al Dr. César Crisóstomo Barrientos Pellecer*, vol. II, Castellón, Publicaciones de la Universidad Jaume I, 2015, pp. 865-894.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, “De la prohibición de autoincriminación al derecho procesal del enemigo”, en *Estudios en Homenaje ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Diaz*, vol. 3, Lisboa, Universidad de Coimbra, 2009.
- NAVARRO CARDOSO, Fernando, “Aproximación político-criminal a la desinformación”, en León Alapont (dir.), *El Derecho penal frente a las crisis sanitarias*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 433-459.
- NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, “Discurso terrorista y libertad de expresión en el delito de enaltecimiento del terrorismo”, en Alfonso Galán Muñoz y María del Carmen Gómez Rivero (dir.), *La represión y persecución penal del discurso terrorista*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 477-579.
- NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, “El Derecho penal ante las transformaciones sociales: ¿un camino sin retorno hacia el Derecho penal del enemigo?”, *Revista General del Derecho Penal*, núm. 11, 2009.
- NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, *Libertad de expresión y Derecho penal: la criminalización de los discursos extremos*, Navarra, Aranzadi, 2022.
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, “Terrorismo y principio de intervención mínima: una propuesta de despenalización”, en Alberto Alonso Rimo, María Luisa Cuerda Arnau y Antonio Fernández Hernández (dir.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 63-94.
- PASTRANA SÁNCHEZ, María, *La nueva configuración de los delitos de terrorismo*, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2020.
- Plan de Acción de Rabat sobre la prohibición de la apología al odio nacional, racial o religioso que constituya una incitación a la discriminación, a la hostilidad o a la violencia, ONU, 5 de octubre de 2012. Registro: A/HRC/22/17/Add.4.
- POPPER, Karl, *La sociedad abierta y sus enemigos*, Barcelona, Paidós, 2006.
- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, “El retorno de la censura y la caza de brujas anarquistas”, en *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en internet*, Madrid, Marcial Pons, 2017, pp. 87-105.
- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, “La represión penal del ‘discurso del odio’”, en Gonzalo Quintero Olivares (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Pamplona, Aranzadi, 2015, pp. 717-753.
- RAGA VIVES, Anna, “El nuevo delito de desobediencia por enriquecimiento injustificado”, en José Luis González Cussac (coord.), *Comentarios a la LO 14/2022, de reforma del Código Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 189-234.

- Real Academia Española, "Obstaculizar", en *Diccionario de la Lengua Española*.
- RODRÍGUEZ MOLINA, Antonio, "La delimitación del discurso terrorista desde la perspectiva del elemento teleológico del terrorismo", en Alfonso Galán Muñoz y María del Carmen Gómez Rivero (dir.), *La represión y persecución penal del discurso terrorista*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- ROIG TORRES, Margarita, *Delimitación entre libertad de expresión y 'discurso del odio'. Postura del TEDH, del Tribunal Constitucional Español y del Tribunal Constitucional Alemán*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.
- ROLLNERT LIERN, Göran, "El enaltecimiento del terrorismo: desde el caso de Juana Chaos a César Strawberry. La recepción de la doctrina constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", *Revista de Derecho Político*, núm. 109, septiembre-diciembre, 2020, pp. 191-228.
- Sentencia de la Audiencia Provisional de Sevilla 1/2012 (Procedimiento abreviado), 13 de enero de 2012 (recurso 725/2011).
- Sentencia del Tribunal Constitucional 127/2000 (Sala Primera), 16 de mayo de 2000 (referencia BOE-T-2000-11459).
- Sentencia del Tribunal Supremo 561/2021 (Sala de lo penal), 24 de junio de 2021 (recurso 3636/2019).
- Sentencia del Tribunal Supremo 62/2013 (Sala de lo penal), 29 de enero de 2013 (recurso 10145/2012 P).
- TORRES FERNÁNDEZ, María Elena, "Notas sobre los delitos contra la libertad sexual en la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad sexual", José R. Agustina (coord.), *Comentarios a la ley del 'solo el sí es sí'. Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Barcelona, Atelier, 2023.
- VALENCIA CANDALIJA, Rafael, *Libertad religiosa y protección de las creencias en el fútbol*, Madrid, Tecnos, 2021.
- VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, "Garantías constitucionales y terrorismo", *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 27-34.



- Universidad de Huelva • Universidad de Salamanca •
- Universidad Pablo de Olavide • Universidad de Castilla-La Mancha •
- Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal •



FGR
FISCALÍA GENERAL
DE LA REPÚBLICA



· INACIPE ·
INSTITUTO NACIONAL DE CENSOS PENALES

INACIPE
49
AÑOS
1976 • 2025