



Revista

ISSN 2007-4700

El  
MÉXICO

Número 21  
julio - diciembre 2022

## El órgano de control permanente de la persona jurídica (oficial de cumplimiento) en el marco de la responsabilidad penal corporativa

Norberto J. De La Mata Barranco

*Catedrático de Derecho Penal*

*Universidad del País Vasco (UPV/EHU),*

*Correo electrónico: norbertojavier.delamata@ehu.es*

**RESUMEN:** La nueva responsabilidad penal corporativa incorporada a prácticamente ya todos los ordenamientos penales acude al instrumento de los programas de cumplimiento y a la figura del responsable de cumplimiento para concretar en qué medida dicha responsabilidad puede ser excluida o, al menos, atenuada. El correcto entendimiento de la función de este responsable permite concretar con claridad el alcance, objetivo no, de tal responsabilidad.

**PALABRAS CLAVE:** responsabilidad penal corporativa, responsable de cumplimiento, programa de cumplimiento.

**ABSTRACT:** The new corporate criminal liability incorporated into practically all criminal laws uses the instrument of compliance programs and the figure of the person responsible for compliance to specify the extent to which said liability can be excluded or, at least, attenuated. The function of this person in charge allows to clearly specify the scope of such responsibility.

**KEYWORDS:** corporate criminal responsibility, compliance officer, compliance programs.

**SUMARIO:** 1. Introducción: concepto y regulación. 2. El responsable de cumplimiento en la estructura organizativa de la empresa. 3. Actuación del responsable de cumplimiento. 4. Información, formación y asesoramiento del responsable de cumplimiento. 5. Vigilancia, control y denuncia del responsable de cumplimiento. 6. Responsabilidad del responsable de cumplimiento. 7. Bibliografía.

## 1. Introducción: concepto y regulación

La responsabilidad penal de las personas jurídicas está presente ya en muchos ordenamientos jurídicos, con carácter general o para concretos delitos, en el Código general o en leyes penales especiales. En los que no lo está, lo estará en breve, sin duda. Como así muestra la normativa reciente en México, tanto en lo que concierne a la regulación del Código Nacional del Procedimiento Penal (artículo 422) como en la que conlleva el Código Penal Federal (artículo 11 bis) o incluso, entre otros, el Código Penal del Distrito Federal (artículo 27 y siguientes) o el Código Penal de Yucatán (artículo 16 bis) con relación a delitos concretos. Abocan a ello la criminalidad económica transnacional, la normativa supranacional y el efecto llamada de legislaciones en las que, ya implementada y aplicada, ha mostrado su eficacia, sobre todo, preventiva. Sirvan estas líneas para dar alguna idea que pueda mejorar la aplicación y, en su caso, las normativas jóvenes que, como la mexicana, se enfrentan a una cuestión de responsabilidad tradicionalmente vetada en derecho penal.

Pues bien, en ella la institución clave es la de los “programas de cumplimiento normativo”. Y dentro de estos la figura del “*compliance officer*” o “responsable de cumplimiento” (oficial de cumplimiento, conforme a la norma mexicana NMC-CC-19600-IM-NC-2017, concordante con la internacional ISO 19600:2014) o bien “órgano de control permanente”, de acuerdo al artículo 11 bis, último párrafo (conforme a la redacción añadida en 2016).

Se habla de oficial de cumplimiento, pero lo cierto es que no hay unanimidad a la hora, no ya de delimitar su competencia y responsabilidad, sino ni tan siquiera de optar por un concepto que describa la figura a que se quiere hacer referencia.

Así, se utilizan estos conceptos en la doctrina especializada comparada en ocasiones indistintamente y sin mayor reflexión; en otras, tratando de diferenciar figuras a las que se quiere dotar de distinto significado, expresiones muy diferentes.

Normalmente, se alude al cargo o posición de una persona individual, de un responsable o encargado; pero a veces también se utiliza el término “órgano” (o bien “comisión”). Que se acuda al mismo, o no, esto no es relevante. Efectivamente, podremos estar ante un órgano de cumplimiento, pero este podrá ser tanto

colectivo como unipersonal. Dependerá de la dimensión de la empresa, su cometido no tiene por qué ser diferente en uno u otro caso. Siendo colectivo podrá o no, por otra parte, tener una cabeza visible, director principal o coordinador ejecutivo.

Por otra parte, y cuando se acude al término “órgano”, en ocasiones se habla de órgano de cumplimiento, a veces de órgano de vigilancia, y finalmente de órgano de supervisión. En realidad, la figura es la misma.

Ha sido más frecuente la utilización de la primera expresión, que es la que más tradición ha tenido en el ámbito anglosajón (el *compliance* de los textos americanos). En Italia, el Decreto Legislativo 231/2001, de 8 de junio, que es el que sirve de base a regulaciones como la española (y en cierta medida, la mexicana), alude en su art. 6.1 letras a) y b) a un “órgano de la empresa dotado de poderes autónomos de iniciativa y de control encargado de vigilar el funcionamiento y la observancia del modelo de organización y gestión idóneo para prevenir delitos” y cuando se alude al mismo en la literatura de este país se utiliza sintéticamente la expresión “órgano de vigilancia”. La doctrina italiana acude también, no obstante, a lo que denominan órgano de control societario o *Collegio Sindacale* explicando que el órgano de vigilancia de su decreto está entre esta figura y el *compliance officer* americano.

El texto del Código Penal español habla del “encargado de supervisar” el modelo de prevención y del “encargado de vigilar el funcionamiento y observancia” de dicho modelo, refiriéndose al mismo órgano. Sea cual sea la opción por la que se opte, se está describiendo al mismo “responsable”. La normativa penal mexicana alude al “órgano de control permanente, encargado de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales”. Es cierto que hay autores que insisten en diferenciar entre órgano de supervisión y responsable de cumplimiento (Nieto y Lascuraín, 2016). No es necesario, siempre —como luego se aclarará— que el órgano supervisor —o de cumplimiento o de prevención—, único tenga autonomía para “controlar” los comportamientos no solo de empleados, sino también de administradores y directivos; esto es en realidad lo que pretende la dualidad propuesta.

Cuando no se utiliza la expresión “órgano”, sino el referente individual, también normalmente sin intencionalidad alguna más allá de la pura opción terminológica, se habla de “responsable”, “encargado”,

“coordinador”, “instructor”, “oficial o directivo” (*officer*) o bien de “oficial o director jefe” (*chief officer*). De cumplimiento, cuando se utiliza la expresión española, o anteponiendo el sustantivo *compliance* cuando se emplea la expresión inglesa.

La terminología anglosajona, imperante hasta ahora, proviene, en lo que es su incorporación a la doctrina europea y latinoamericana, de la redacción del apartado 8B2.1 de las *United States Sentencing Guidelines* y la explicación de lo que significa “*High-level personnel of the organization*”, término que incluye a directores ejecutivos (*executive officer*) y del desarrollo y comentario de las mismas desde 1991. El término “encargado” es el que se utiliza predominantemente en Alemania (*Gleichbehandlungsbeauftragte*). Entre los autores españoles, si bien originalmente se utilizaba más la expresión “oficial de cumplimiento”, sobre todo en los primeros escritos que surgieron con la previsión a través de la Ley Orgánica 5/2010 de la responsabilidad de las personas jurídicas, en la actualidad cada vez se opta más por la expresión “responsable”. Mientras que el concepto peruano de “encargado” conlleva un matiz que parece aludir a la idea de mandato o delegación.

A veces también se habla de un responsable u oficial “de ética” en vez de uno “de cumplimiento”. Pero, téngase en cuenta que, por ejemplo, el código español de lo que en todo momento habla como elemento que permita eximir de responsabilidad a las personas jurídicas autoras de un delito es de un “modelo de organización y gestión” que incluirá o no (al menos no necesariamente como algo diferenciado) un código ético. Hablaremos de un manual de cumplimiento, de un modelo de prevención que podrá comprender efectivamente dicho código. Pero ni es necesario el mismo ni lo es un comité de ética añadido al de cumplimiento o integrado en él.

En ocasiones, la expresión es la de responsable “de prevención” o de “supervisión” o de “vigilancia”. Siempre estamos ante el mismo concepto. Incluso, en España, un borrador de Código Procesal Penal que elaboró el Gobierno en 2012 y que no llegó a articularse en propuesta legislativa recogía todavía un término más, el de “director de control interno”.

Lo que se busca con cada una de las distintas expresiones es la descripción que mejor defina la labor que incumbe al cargo. Y esta labor es la de supervisar o vigilar la eficacia del modelo de prevención de

delitos adoptado en la empresa de modo autónomo y con capacidad competencial suficiente. Las funciones específicas que tenga este “responsable -órgano- de cumplimiento” varían mucho en la práctica y dependen de cada empresa, tanto de su dimensión como del ámbito en que desarrolla su actividad, como incluso de la política que desee adoptar al respecto. Y también varía la denominación concreta que se quiera dar al mismo en cada organigrama funcional o estructura de organización que en cada caso se adopte.

Lo que está claro es lo que no es: y no es ni un auditor penal (encargado de la *due diligence* penal), ni un responsable de prevención de riesgos laborales, ni un recurso preventivo, ni un responsable de prevención de blanqueo, de calidad, prevención o gestión medioambiental.

Lo que sí está claro en legislaciones que tienen ya, aunque sea corta, alguna experiencia en su aplicación, que ha obligado incluso a prontas reformas de las mismas, es que ni los programas de cumplimiento deben tener efecto únicamente atenuatorio de responsabilidad, como explica el artículo 11 bis mexicano, ni la labor del órgano de control puede limitarse a la de actuar como mero “verificador”, como se desprende también de dicho artículo.

A modo únicamente de ejemplo, por ser una legislación moderna (funcional y nominalmente “penal”), pero ya perfectamente aplicada (judicialmente), que ha servido de ejemplo a muchas otras en América, cabe señalar que en el Código Penal español la única alusión indirecta al responsable de cumplimiento en el marco de lo que representa una “*compliance* penal” la encontramos en los apartados 2.2<sup>a</sup> y 4<sup>a</sup>, 3 y 5.4<sup>o</sup> de su art. 31 bis introducidos mediante la Ley Orgánica 1/2015. Aunque en ninguno de ellos se utiliza este concepto, ni se definen su estructura y sus funciones.

El código se limita a señalar que el modelo de organización y gestión que, en su caso, permitirá la exención de responsabilidad de la persona jurídica implicada en la comisión de un delito (art. 31 bis 2), cuando en él haya intervenido su representante legal o quien esté autorizado para tomar decisiones en su nombre u ostente facultades de organización y control dentro de ella (art. 31 bis 1 a), tendrá que haber confiado su supervisión a un “órgano de la persona jurídica con poderes autónomos o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de sus controles internos” (art. 31 bis 2.2<sup>a</sup>), cuya

supervisión, vigilancia y control “no habrá omitido o ejercido de modo insuficiente, son os s para la normativa española son, y al margen de los antecedentes remotos de los años veinte en Estados Unidos para sp” (art. 31 bis 2.4<sup>a</sup>) y a quien deberá “informarse de posibles riesgos e incumplimientos” (art. 31 bis 5.4<sup>o</sup>). Explicándose también que dicho “órgano” no será necesario (aunque sí el modelo de organización y gestión de prevención idóneo) en personas jurídicas de pequeñas dimensiones y omitiendo toda referencia a él en relación con delitos cometidos por quienes estén sometidos a la autoridad de los responsables anteriormente citados. Estas son las únicas referencias legales que se tienen para interpretar lo que implica y se exige de la figura. Si es importante, aunque sin contenido vinculante, el modo de entender la figura del apartado 5.4 de la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016 que utiliza la expresión “oficial de cumplimiento”; importante porque instruye a los fiscales sobre qué exigir y cómo hacerlo a la hora de valorar responsabilidades y exenciones a título colectivo e individual.

Si se tienen referentes en el derecho comparado de los que se pueden extraer, aun con sus divergencias, algunos criterios para explicar dentro de lo que es la regulación de los programas de cumplimiento corporativo (*Programs on Corporate Compliance*), competencias y responsabilidades. Entre ellos, y al margen de los incipientes antecedentes remotos de los años veinte en Estados Unidos, hay que referirse, en primer lugar, al Capítulo Ocho de las *United States Sentencing Guidelines*, titulado *Sentencing of Organizations*, de la *USSC (United States Supreme Court)* que, como en ocasiones se recuerda, no son de obligado cumplimiento (Blumemberg y García, 2014), pero cuya adopción por las empresas se ha generalizado a raíz de la aprobación de la *Sarbanes-Oxley Act* de 2002, secciones 302 y 404, Ley de la Contabilidad Pública de Empresas y de Protección del Inversor, en relación con las empresas que cotizan en la Bolsa de Valores de Nueva York (Gallego, 2014). En especial a partir de la previsión de la designación de un alto miembro de la dirección para que supervise la aplicación de los programas de cumplimiento. A partir de ellas se empieza a hablar en Europa de los *corporate compliance* y de los *officer compliance* en materia penal. En el ámbito británico, en un contexto

más específico, también hay que mencionar la *Bribery Act* de 2010 y, en concreto, su artículo 7.2.

Es también un referente, como antes se señalaba, aunque limitado a un contexto de responsabilidad administrativa, el artículo 6 del Decreto Legislativo italiano 231/2001, de 8 de junio, y su “órgano de supervisión o vigilancia”.

Y finalmente la Ley 20.393 chilena de responsabilidad penal de las personas jurídicas, de 2 de diciembre de 2009, cuyo artículo 4 prevé la adopción de un modelo de prevención de delitos y un “encargado de prevención de delitos”, que se exige sea nombrado por la máxima autoridad administrativa de la persona jurídica y cuyo tiempo de actuación, medios y facultades, autonomía y funciones define con bastante concreción.

Junto a estos referentes, y al aludirse también en ocasiones a órganos que tengan “legalmente” encomendada la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica, cabe también tomar en consideración distinta normativa extrapenal que, por ejemplo, en el caso español, remitiría al artículo 28 RD 217/2008, que regula la función del “responsable de cumplimiento normativo” en el ámbito de las empresas que prestan servicios de inversión, al artículo 26 Ley 10/2010 y su “representante” ante el Servicio Ejecutivo de la Comisión de prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias, o al artículo 193.2 RDLEg 4/2015 sobre las “unidades” que en las empresas que prestan servicios de inversión han de garantizar el cumplimiento normativo. Igualmente a la Norma 5<sup>a</sup>, tanto de la Circular 6/2009 como de la Circular 1/2014, ambas de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y que regulan tales “unidades”. Asimismo, al artículo 529 ter 1 b) Ley 31/2014 que, en el funcionamiento de las sociedades de capital, exige que la supervisión de los sistemas internos de control sea asumida por el propio Consejo de Administración. Y finalmente, también, aunque sus funciones no sean exactamente las mismas, a la Recomendación 46 en relación con el Apartado III.3.4.3 del Código Unificado de buen gobierno de las sociedades cotizadas, publicado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores en febrero de 2015, sobre las comisiones de auditoría o comisiones especializadas del Consejo de Administración que asuman funciones internas de control y gestión de riesgos.

En todo caso, como recuerda la doctrina, ni la figura está regulada penalmente en los distintos ordenamientos de derecho comparado, ni existe un estatuto orgánico definido ni una configuración legal clara y unificada sobre competencias y deberes (Gallego, 2014 o Dopico, 2014). Y no sería superfluo seguir modelos que como en Chile o Alemania permitan certificar la labor de los responsables de cumplimiento a través de procesos de estandarización de sus funciones (Montaner, 2013, citando el estándar *PS* o *AssS* 980 del IDW -Instituto Alemán de Auditores de Cuentas- de 2011). Cabe aludir en este contexto de armonización a las normas *ISO* 19600 y 37001 sobre gestión de *compliance* (Bajo, 2017) o incluso a las especificaciones técnicas, por ejemplo, AENOR IURIS-CERT de la Asociación Española de Normalización y Certificación de buenas prácticas para prevenir delitos, reducir el riesgo y fomentar una cultura empresarial ética y de cumplimiento con la Ley (Bolea, 2015). Pero, hay que insistir en ello, son solo referentes.

## 2. El responsable de cumplimiento en la estructura organizativa de la empresa

La estructura de cumplimiento dentro de una empresa puede presentar formatos muy diferentes, como diversos pueden ser los sistemas de prevención que se pueden adoptar dentro de ella.

Nieto Martín distingue tres modelos de *compliance*: uno, con el que se puede identificar el sistema americano, en el que el órgano encargado de controlar los modelos de organización y gestión tendentes a prevenir la comisión de delitos se configura como sección o departamento de cumplimiento bajo dependencia directa del Consejo de Administración; otro, que cabría identificar con el de la regulación italiana, en el que existe un órgano de cumplimiento absolutamente independiente incluso del Consejo de Administración; y un tercero en el que el órgano de cumplimiento matriz se integra con responsables de cumplimiento sectoriales en medio ambiente, trabajadores, etc. (Nieto, 2015).

Las directrices (*guidelines*) americanas exigen efectivamente que el responsable de cumplimiento pertenezca al personal de alta dirección de la entidad, con independencia de que exista una persona o un departamento que se encarguen del día a día de la gestión de supervisión. Y la ley chilena exige

que el encargado de prevención sea nombrado por el Consejo de Administración que, conjuntamente con él, determinará los elementos del sistema de cumplimiento incluida la forma de supervisión (Nieto 2015). En definitiva, una estructura de responsabilidad bajo dependencia del máximo órgano empresarial con alto rango directivo. Es sin duda el modelo más adoptado. En cambio, en el modelo italiano el órgano de cumplimiento debe ser independiente incluso del Consejo de Administración porque su principal función será la supervisión de administradores y personal de alta dirección. El Código Penal español no impone modelo alguno (diferentes sistemas de implantación práctica en Abia y Dorado, 2017, Ayala de la Torre, 2016, Ensenat, 2016, Magro 2017 o Puyol, 2016).

Puede haber numerosos modelos intermedios, porque en definitiva lo que realmente importa es que las funciones de supervisión las ejerza un órgano autónomo con capacidad y competencia funcional suficientes para poder garantizar la eficacia de los protocolos de prevención.

En cuanto a su nombramiento, el Código Penal español exige en su art. 31 bis 2.1<sup>a</sup> que los modelos de organización y gestión que incluyan las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir la comisión de delitos sean adoptados y ejecutados por el órgano de administración. Y al mismo tiempo, en su art. 31 bis 2.2<sup>a</sup>, que la supervisión de su funcionamiento y cumplimiento haya sido “confiada” a un órgano autónomo o a quien tenga legalmente encomendada la función de supervisión.

Parece lógico, no obligatorio, que sea entonces el propio Consejo de Administración quien nombre al responsable de cumplimiento. A instancias de la dirección general o de quien en cada estructura jurídico-empresarial tenga la máxima competencia para realizar propuestas del máximo nivel.

El nombramiento deberá ser por supuesto formal y estar debidamente documentado, incluyendo en el mismo todos los aspectos que garanticen que la función encomendada pueda ser llevada a cabo con eficacia. Tanto en relación con cuestiones vinculadas a la autonomía competencial como en lo que concierne a temas laborales y económicos, individuales y del propio cargo.

Por lo que respecta a su capacidad y competencias, del responsable de cumplimiento debe exigirse independencia en el desarrollo de su función. Pero tam-

bién capacidad para desarrollar la labor encomendada de modo diligente. En este sentido, y al margen de cuál sea la titulación de que se disponga, quien asuma funciones de seguimiento de los protocolos de prevención de delitos ha de tener formación y capacitación jurídico-penal.

No estamos ante técnicos de prevención ni ante auditores económicos. Estamos ante profesionales implicados en prevenir actuaciones delictivas. Por ello, tienen que conocer, en primer lugar, cuál es la posible responsabilidad de la persona jurídica en esta sede, qué normativa le obliga, qué elementos permitirán confirmar o excluir dicha responsabilidad. Y, ya desde una perspectiva práctica, cómo se desarrolla la actividad profesional de la empresa en que cumple su función. Da igual si estamos ante economistas, ante auditores, ante abogados. Su independencia y su formación son las que han de permitir una ejecución eficaz de los protocolos empresariales adoptados.

Por supuesto, puede compatibilizar su encargo con otras responsabilidades dentro de la empresa o integrarse en departamentos ya existentes, siempre que se garantice su autonomía. No debe exigirse a las de pequeña o mediana dimensión una contratación adicional ni ha de exigirle la normativa al efecto. Pero sí hay que tener en cuenta que no estamos ante una mera asesoría jurídica tradicional ideada para favorecer el interés empresarial, normalmente económica, sino ante una “asesoría” que tiene que ser capaz de cuestionar decisiones empresariales, aun beneficiosas económicamente, pero arriesgadas desde el punto de vista de la prevención delictiva. En este sentido, quien, por ejemplo, asuma la doble función de responsable de cumplimiento y director de recursos humanos, o de responsable de cumplimiento y director ejecutivo, tendrá que ser capaz de distinguir cuándo actúa en un ámbito y cuándo en otro. Si no, su labor no tendrá la autonomía suficiente que permita un control que no sea de mero maquillaje.

Y, por supuesto, se ha de garantizar la ausencia de conflictos de intereses (por razón familiar, económica o de cualquier otra índole) que a quien perjudican, aunque en principio parezca que no, será a la propia persona jurídica.

El Código Penal español, cuando menciona al “órgano de cumplimiento”, solo dice que el modelo de organización y gestión ha de confiar al mismo su se-

guimiento (art. 31 bis 2.2ª) y que a él ha de informarse de “riesgos e incumplimientos” (art. 31 bis 5.4º).

Lo que ha de preverse realmente es la necesidad de que se actúe con “poderes autónomos de iniciativa y control”. Ello no significa que no se tenga relación alguna de dependencia orgánica. Depende de “la propiedad”. La propiedad es la que retribuirá económicamente su función. La propiedad es la que adoptará y ejecutará el protocolo de prevención. La propiedad es la que establecerá el correspondiente sistema sancionatorio. Y en tal sentido actúa por delegación (Lascuaraín, 2015).

El código español trata, además, en primer lugar, de conciliar esa autonomía con la dimensión de la empresa, admitiendo que en las de pequeño volumen de negocio sea el propio órgano de administración correspondiente el que desarrolle la supervisión y vigilancia requeridas. En segundo lugar, distingue la exención de responsabilidad cuando el delito se cometa por representantes legales o por quienes tienen facultad de organización y control en la persona jurídica, de cuando se comete por quienes están sometidos a las personas anteriores. En el primer caso dirá que la misma es posible cuando se cuente con un organismo autónomo de supervisión. En el segundo dirá que es posible cuando se disponga de un modelo de organización y gestión que no tiene por qué incluir el mismo.

Lo que ocurre es que, si se pretende que sea eficaz, el órgano, que en definitiva lo es de control, ha de tener la mayor autonomía posible y ello será más factible cuanto más directamente dependa del máximo órgano de administración de la empresa. De sujeto jerárquicamente inferior al administrador con posición similar a la del alto directivo hablará algún autor (Silva, 2013). De alto responsable de cumplimiento hablarán otros (Robles, 2013 o Dopico, 2016).

Un responsable de cumplimiento (como órgano colectivo o unipersonal) debiera depender directamente del órgano de administración correspondiente: sea el Consejo de Administración, sea su consejero delegado, sea el máximo director ejecutivo. En definitiva, de quien asuma la dirección empresarial efectiva. Solo así será capaz de controlar la actuación de todos los departamentos, la actuación de todos los responsables de organización, control y representación de la empresa. Por expresarlo gráficamente, cuando en el organigrama de la empresa más directamente se pueda vincular la rama que represente al res-

ponsable de cumplimiento con la cúspide del mismo, más garantías habrá de auténtica autonomía (imposible plenamente al insertarse el órgano en la propia estructura de la empresa). Nunca podrá ser independiente del Consejo de Administración (o de quien asuma su función), como puede entenderse pretende la regulación italiana, porque ni existen órganos públicos autónomos de control auténticamente eficaces, ni una estandarización que permita el control de profesionales externos. Téngase en cuenta que la propia normativa penal permite que la función de supervisión del cumplimiento del modelo preventivo pueda ser asumida por el órgano mismo de administración. Téngase en cuenta que cuando se habla de protocolos de prevención o de modelos de organización y gestión preventivos de delitos acostumbra a pensarse en sociedades cotizadas o, al menos en la gran empresa, y no, por ejemplo, en sociedades unipersonales de responsabilidad limitada. Pero también estas requieren (sin exigencia de obligatoriedad, porque el modelo no acostumbra a ser preceptivo en ningún ordenamiento) de un control de riesgos penales.

Esto no quiere decir, sin embargo, como en ocasiones se ha entendido, que en personas jurídicas de pequeñas dimensiones no deba existir órgano de cumplimiento alguno o que para excluir la responsabilidad de delitos cometidos por empleados y no por directivos tampoco sea necesaria su exigencia. No.

Desde el momento en que exista un modelo de organización y gestión adecuado para prevenir delitos ha de existir el órgano de control de cumplimiento; otra cosa es que este órgano haya de ser diferente del órgano de administración. Pero es que cuando lo sea (en grandes empresas y para garantizar el control de administradores y altos directivos), el mismo órgano de supervisión podrá realizar el resto de tareas de control del funcionamiento del modelo de gestión. No se necesita (Fourey, 2016), como pretende algún autor, y a ello se aludía antes, un órgano de supervisión (que controle la actuación de altos directivos) y un órgano de cumplimiento (que controle otro tipo de actuación). El responsable de cumplimiento debe (es deseable, mejor) existir y da igual cómo se articule (siempre que se garantice su autonomía) su funcionalidad: actuación única, actuación conjunta con un órgano de supervisión (no necesaria) o actuación conjunta con otros órganos de control de riesgos, con comités de ética, etcétera.

Hay que observar, por supuesto, que cuando el Código Penal español prevé la existencia de los modelos de organización y gestión lo hace al momento de regular la exención de responsabilidad de la persona jurídica. Ahora bien, de no existir modelos de prevención de delitos seguirá siendo posible dicha exención, demostrada por otras vías la diligencia de la persona jurídica. Y, por tanto, de no existir responsable de cumplimiento también la misma seguirá siendo posible, demostrada por otras vías tal diligencia. Pero, ni la existencia del órgano de cumplimiento (como tal o asumida su función por el órgano de administración) garantiza la exención de responsabilidad ni su ausencia la impide.

Lo que sí se ha de garantizar es que, al margen de la dependencia (cuanto más directa de la cúspide, mejor) que pueda tener, el responsable posea a su vez “poder de iniciativa y de control”, capacidad de acceso a todo tipo de información y documentación de la empresa (incluida la digital), capacidad de desarrollar autónomamente investigaciones internas y capacidad para acceder a todo tipo de prueba (incluida la testifical) que pueda entender necesaria para comprobar la eficacia del modelo preventivo adoptado.

Señala Nieto que en Italia la exigencia de autonomía ha conducido a que sea la comisión de auditoría, formada mayoritariamente por consejeros independientes no ejecutivos, la que asuma la función de vigilancia del cumplimiento preventivo, solución válida en su opinión siempre que esté compuesta por personas con suficiente experiencia en materia de cumplimiento. Pero como él mismo admite, el modelo es asumible únicamente en la gran empresa (Nieto, 2015). No puede trasplantarse a la mediana y pequeña, y si en estas también hay responsables de alta dirección y para ellos puede servir un responsable de cumplimiento que no se entienda como el órgano de vigilancia al que se refieren los italianos, ¿por qué exigir la duplicación de órganos en grandes empresas? No es necesario.

En relación con la posibilidad de externalización de las medidas de prevención de delitos, de entrada hay que señalar que el Código español exige que la supervisión se realice por un “órgano de la persona jurídica”; lo exige para la gran empresa y en relación al control de las actuaciones de altos directivos. La externalización sí será posible en el resto de casos. Pero tanto en uno como en otros será posible el re-



curso a expertos externos (incluso para la propia redacción del modelo de organización y gestión) por el conocimiento específico en la materia que pueden tener (es ya habitual la implicación de catedráticos de derecho penal o despachos de abogados en el asesoramiento en estas cuestiones, cuando no directamente en la redacción material de los distintos “manuales de cumplimiento penal”) (Zárate, 2016). En todo caso, tanto en uno como en otro supuesto es ineludible (cuando menos, altamente aconsejable) que la empresa cuente con un responsable de cumplimiento interno (sea en la gran empresa, sea en la mediana o pequeña empresa), responsable último (identificado o no con la alta dirección) del correcto seguimiento en la prevención del delito, sobre todo porque facilitará el contacto con quien tiene capacidad de adopción y ejecución de modelos de prevención idóneos y, además, con el día a día de la actividad empresarial.

### 3. Actuación del responsable de cumplimiento

La actuación del responsable de cumplimiento solo puede entenderse explicando lo que implican sus poderes autónomos de iniciativa y control y su obligación de supervisión, vigilancia y control en relación con el correcto funcionamiento del modelo adoptado por la empresa para prevenir delitos.

Como se acaba de señalar, la dependencia que tenga el encargado de cumplimiento (actúa por delegación) del órgano de administración correspondiente no impide que deba exigirse a la persona jurídica se le conceda autonomía plena en el ejercicio de su labor. Como señala el código español, “poderes autónomos” de iniciativa y de control.

Esto ha de implicar total capacidad para poder realizar actuaciones al margen incluso de intereses que pueda tener la empresa ajenos a lo que sea la eficacia del modelo de organización y gestión adoptado. Capacidad para actuar con criterios propios y deudores únicamente de la correcta ejecución de dicho modelo. Capacidad para poder soportar presiones incluso del propio órgano de dirección. Capacidad para prescindir de toda instrucción que se pueda recibir y que vaya en detrimento de una correcta supervisión.

Para ello es necesario, en primer lugar, garantías laborales que le aseguren una posición reforzada: por ejemplo, con mandatos determinados de duración no susceptibles de reducción temporal, salvo causas de

revocación legítimas, tasadas y reflejadas documentalmente, garantías frente a posibles despidos (no solo improcedentes, sino también objetivos), cobertura jurídica de la propia empresa, en caso de que se necesite, y retribución adecuada. No se trata de comprar al encargado, sino justamente de lo contrario, de dotarle de condiciones que dificulten la posibilidad de un ejercicio venal del cargo.

Es necesario, en segundo lugar, que se dote económicamente de forma adecuada, y al margen del salario profesional que se reciba, a lo que es la institución en sí para garantizar apoyos administrativos, informáticos y operacionales y equipamientos. Siempre en el contexto de las posibilidades de la empresa en la que se presta el servicio. En este sentido, debe ser el propio encargado de cumplimiento quien ponga en conocimiento del órgano del que dependa sus necesidades. Y dicho presupuesto debe estar garantizado por el propio órgano del que se depende.

En tercer lugar, es necesario que se garantice funcionalmente su actuación. Esto es, que se le sitúe dentro de la empresa en una situación que le permita realizar investigaciones, obtener pruebas, verificar controles, etcétera, sin traba alguna, sin necesidad de autorizaciones expresas, sin conflictos competenciales con otras direcciones o jefaturas, con mando directo (para citaciones, etcétera) respecto a todos los profesionales de la entidad. Incluso, para acceder a información reservada al propio órgano directivo máximo y para poder vigilar la actuación de este.

Y todo ello debe estar correctamente documentado, con posibilidad de actualización continua, sea en el propio modelo de gestión adoptado sea en documentos anexos que reglamenten las funciones del responsable de cumplimiento.

Como destaca Dopico, es, por ejemplo, frecuente en Italia que se desestime la exención de responsabilidad (recordemos que en su legislación es administrativa) cuando no consta esta autonomía, difícil de aceptar, dice él, cuando existe dependencia jerárquica de la alta dirección o no se tenga autonomía para solicitar información, obtener documentación, etcétera (Dopico, 2016).

Cuáles sean las decisiones concretas que se tomen al respecto es algo que dependerá del tamaño de la empresa, de su compromiso preventivo, de su cultura de cumplimiento.

En cuanto a sus funciones, lo primero que hay que señalar es que el responsable de cumplimiento no lo controla todo (Bergés, 2016). Y no lo hace, en primer lugar, y sobre todo, porque él no tiene que estar en lo que es la dinámica económica (productiva o de servicios) diaria de la empresa. En segundo lugar, porque no es un responsable de prevención de riesgos. Finalmente, porque, y es algo que no puede olvidarse, va a actuar siempre (a salvo de posibles regulaciones que estandaricen, protocolicen, externalicen y vinculen a organismos oficiales su actuación) por delegación y supeditado a la toma de decisiones ejecutivas del órgano de dirección correspondiente.

Así, es necesario destacar que el órgano de cumplimiento no es quien adopta el modelo de organización y gestión idóneo para prevenir delitos. Lo adopta el órgano de administración o quien asuma la dirección de la empresa (p. ej., socio unipersonal). Que no solo lo adopta, sino que también es quien debe ejecutarlo. En su gestión, el responsable lo que hace es vigilar su correcta ejecución, alertando de riesgos y notificando incumplimientos.

Ahora bien, lo que sí debe exigírsele es que en aras a la correcta prevención de delitos detecte e informe de posibles déficits que hagan ineficaz o deficitario el modelo adoptado. Y que, en tal sentido, realice propuestas de mejora del diseño aprobado por la empresa. Siempre atentas a la evolución legislativa y jurisprudencial en materia penal en un proceso de actualización permanente. Por supuesto, lo que sí será posible es que “participe” en la elaboración del modelo preventivo (bien directamente, bien a través de su contacto con aquellas personas a quienes se haya podido externalizar la redacción del documento de organización y gestión de prevención de delitos) o que incluso redacte el texto que incorpore el modelo, que habrá de someter al órgano con capacidad para adoptarlo.

Aceptado como óptimo el diseño propuesto por la empresa, originario o modificado en base a las propuestas correctoras que sigan a la comunicación de los déficits detectados, sus funciones serán sintéticamente dos (ya De la Mata, Bilbao y Algorta, 2011; también, De la Mata, 2015).

En primer lugar, la de conseguir la mayor difusión del modelo favoreciendo su implementación real. A tal respecto, como luego se explicará, se encargará de darlo a conocer en todos sus ámbitos de aplicación

(no solo en el entorno estrictamente laboral, sino en la relación con proveedores, clientes, inversores, etcétera), de formar —capacitar— a todas las personas a quienes pueda competir (con mayor o menor grado de exigencia en función del mayor o menor riesgo de posible actuación delictiva) y de asesorar (recordemos su competencia jurídico-penal) acerca de cuantas dudas puedan plantearse sobre el contenido del modelo.

Y, en segundo lugar, la de vigilar el seguimiento del modelo, comprobar su cumplimiento y denunciar riesgos o infracciones. Esto es asegurar su eficacia.

Teniendo siempre en cuenta que, al igual que no puede exigírsele a él la adopción del modelo de gestión, tampoco puede exigírsele la adopción de medidas ejecutivas que garanticen dicha eficacia; él no se ocupa de la ejecución de aspectos concretos de cumplimiento porque no tiene (o, mejor, puede no tener) competencias ejecutivas, que en su caso requerirían la compatibilización con otro cargo de responsabilidad ejecutiva (Robles, 2013). Así, cuando la labor de cumplimiento se asigne a un órgano de administración del máximo rango.

Todo ello de un modo suficientemente documentado que permita la trazabilidad de su labor y la comprobación, en su caso, de posibles negligencias en su función que deban conducir a la exigencia de responsabilidad personal, disciplinaria o incluso penal.

Se acaba de señalar que el responsable de cumplimiento no lo controla todo porque, de entrada, no es quien adopta el modelo. Pero es que tampoco es un responsable de prevención de riesgos (ambientales, laborales, estrictamente económicos). Su función preventiva ha de asociarse únicamente a la del buen desarrollo del modelo en lo que concierne a la adopción de medidas idóneas para prevenir delitos y evitar la responsabilidad de la persona jurídica por su comisión. Es en este contexto en el que se alude a la adopción del modelo. Pero el órgano de cumplimiento no es quien tiene que controlar los niveles de emisión contaminante, los metros construidos en relación con la máxima densidad permitida o que el trabajador disponga de un entorno ambiental que garantice una salud laboral adecuada. El órgano de cumplimiento (que no es un experto en química, geografía urbana o medicina preventiva) tendrá que advertir si hay protocolos de actuación que garanticen comportamientos idóneos para evitar responsabilidades penales y ten-

drá que comprobar la información facilitada al efecto. Pero si a él se le dice por quien tenga capacidad y competencia para ello que el nivel de concentración de nitratos, fenoles o fósforo por litro de agua es o no el aceptable, ejecutará correctamente su función, advirtiéndole que si no es así se podrá incurrir en un delito contra la salud o contra el ambiente. Él no tiene que prevenir riesgos, tiene que garantizar que no se lleven a cabo conductas que el modelo entiende no son adecuadas para evitar los mismos, trabajando, eso sí, conjuntamente con quien tenga la responsabilidad del resto de protocolos preventivos de la empresa, que habrán de reportarle a él directamente (al margen de a quien orgánicamente también pueda corresponder hacerlo) las actuaciones que se llevan a cabo en cada ámbito.

Más aún, incluso dentro de sus actuaciones de cumplimiento, sus funciones pueden ser delegables, compartidas, distribuidas, etcétera. Dependerá de la dimensión que haya que dar al órgano en función de la estructura de la empresa a la que sirve. Piénsese a este respecto en grandes multinacionales, plantas con diversa ubicación territorial, etcétera. A este respecto, el órgano de cumplimiento no deja de ser un departamento más dentro de la estructura empresarial adoptada (vinculado, eso sí, a la cúspide) que funcionará como lo hará cualquier otro en grupos complejos.

#### **4. Información, formación y asesoramiento del responsable de cumplimiento**

En el desarrollo de estas facetas lo más importante es que se evite actuar solo para cumplir una formalidad, sino garantizando que se informa, se entiende la información recibida, se entiende que hay que actuar conforme a ella y se entienden las consecuencias de no hacerlo. No se trata de conseguir la firma en un libro registro que acredite documentalmente, en caso de ser necesario probatoriamente, que efectivamente existía conocimiento de cómo actuar.

Las funciones de informar y formar solo podrán entenderse satisfactoriamente llevadas a cabo si son reales y para ello habrán de arbitrarse los mecanismos oportunos: cursos de formación, inicial y continua, que requieran una superación que de no producirse conlleve determinadas consecuencias (imposibilidad de contratación, imposibilidad de ascenso, etcétera) o aquello que mejor garantice el cumplimiento material

real del modelo. No puede haber una fórmula única en esta materia.

También aquí de nuevo ha de volverse a destacar, protocolizando todo a través del libro registro que garantizará la veracidad de cuanto se actúe y de cuya veracidad formal y material habrá de ser garante el responsable.

#### **5. Vigilancia, control y denuncia del responsable de cumplimiento**

En ese mismo libro deberán quedar registradas las medidas de vigilancia (supervisión o seguimiento), control y denuncia que se vayan adoptando. En este caso con especificación del modo en que se ha ido desarrollando el expediente en cuestión en todo su proceso de incoación, tramitación y resolución definitiva. Y con constancia de las sanciones finalmente propuestas, adoptadas y ejecutadas. Cabe distinguir lo que es la vigilancia, supervisión o seguimiento del funcionamiento del modelo de gestión preventivo de lo que es el control de su cumplimiento, que también tiene que desarrollar.

La idea de supervisión hace referencia, por una parte, a lo que es la comprobación de la actualidad normativa del protocolo (teniendo en cuenta las reformas legislativas que se vayan produciendo con incidencia penal), su adecuación a la actividad empresarial y su vigencia en relación con la distribución de funciones y la estructura orgánica de la persona jurídica. Por otra, a lo que es el modo en que se implementan mecanismos de actuación dentro de cada departamento para un correcto funcionamiento. Debiéndose proponer las modificaciones que se entiendan procedentes para que no pierda vigencia el protocolo y, con ello, efectividad. En tal sentido será requisito ineludible la elaboración de informes periódicos (sería suficiente con que fueran semestrales o incluso anuales) en que se dé cuenta de las mejoras obligadas o necesarias para una mayor prevención y que habrá que transmitir al órgano correspondiente de quien “orgánicamente” se dependa. Informe que habrá de ser detallado y tratar todos los aspectos que exige la supervisión del modelo. Para ello, como antes se señalaba, se le deberá reportar al responsable la información que necesite para poder realizar de modo correcto su trabajo.

Habrán también que velar porque las mejoras de corrección propuestas sean atendidas y llevadas a cabo, en su caso con la dotación económica que proceda. A tal efecto, también habrá aquí que informarse de las medidas adoptadas y ejecutadas.

Las medidas de supervisión han de estar absolutamente ligadas, siendo difícil incluso en ocasiones poder deslindar unas de otras, a lo que es el control de posibles incumplimientos concretos del modelo de prevención adoptado.

Aquí la labor del encargado de cumplimiento, en base a un calendario exhaustivo que, por supuesto, tendrá que irse modificando en función de necesidades concretas y en función de variaciones aleatorias que el propio responsable pueda realizar, ha de abarcar todas aquellas facetas de comprobación a que se refiera el modelo.

Han de examinarse equipos informáticos para comprobar la vigencia legal del *software* utilizado y su utilización conforme a necesidades corporativas, la correcta gestión de subvenciones públicas, el tratamiento de fondos propios, el modo en que se articula la gestión de los medios de pago, los procedimientos adoptados en gestión ambiental, todo cuanto requiera el modelo de cuyo cumplimiento es garante el responsable.

De todo tiene que recibir reporte en este control concreto el responsable, el cual debe ser periódico y cuando lo solicite expresamente, desde todos los departamentos y en relación con todos los posibles delitos en que pueda verse involucrada la persona jurídica, incluyendo la información que provenga de la actuación de otros órganos de prevención, calidad o ética de la empresa o de la contratación para la realización de auditorías u otros servicios externalizados.

La labor de control ha de estar encaminada a la detección del incumplimiento en una actuación libre que cuando se transforme en procedimiento de investigación interno ha de dotarse de todas las garantías que velen por su ajuste a derecho en relación con el respeto de cada situación personal que pueda verse afectada, desde una perspectiva constitucional (Cuenca y Cabecerans, 2015), y en especial la de confidencialidad y la de su correspondiente trazabilidad.

El procedimiento de investigación, como cualquier otro expediente que pueda conducir a la imposición de una sanción, habrá de tener las habituales fases preliminar, de apertura, de realización, de comunica-

ción de resultados con propuesta sancionatoria (Nieto, 2015) y, ya ajena al responsable, de imposición de sanción provisional y definitiva. Y en ellas habrán de irse sucediendo las prácticas de pruebas pertinentes, en su caso con solicitud de adopción de medidas cautelares al órgano directivo correspondiente.

Y, en definitiva, el responsable va a verse implicado en un doble proceso: hacia él y desde él, de modo tal que no solo él se convertirá en *Whistleblower*, sino que permitirá que otros lo sean para con él (García Moreno, 2015; Puyol, 2017).

Así, por una parte, ha de facilitar (tal y como se prevea en el modelo de cumplimiento) la recepción de denuncias a través de los canales habilitados para tal efecto. Ello se puede abordar de diferentes formas, ya que de lo que se trata es de garantizar la optimización de un buena *hotline* o canal de denuncias (Blumemberg y García, 2014). Un canal, incluso habilitado a través de una *web*, que permita la actuación sin temor a represalias, la confidencialidad de lo que se denuncie y también el anonimato del denunciante. Son varios los autores que exigen denuncia mediante escrito firmado. Pero, esto no es eficaz. De lo que se trata es de evitar la denuncia infundada, injuriosa, vengativa y ello se puede lograr arbitrando mecanismos que garanticen la confidencialidad de la información recibida y el máximo respeto a los derechos de la persona acusada de incumplimiento. Pero, no permitir la denuncia anónima puede abocar al fracaso del sistema.

Normativa como la que se recoge en la *Sarbanes-Oxley Act* antes citada es la que ha favorecido, permitiendo el anonimato, que se pueda ahora responder a casos tan importantes como los de los escándalos *Enron*, de 2001, y *WorldCom*, de 2002.

Será la denuncia verosímil, sea cual sea la forma que revista, la que permita, tras los preliminares necesarios, abrir el procedimiento de investigación sobre posibles incumplimientos del modelo o no, lo que exigirá actuación fundamentada y, como siempre, protocolizada con el informe de cierre de lo hasta entonces actuado.

Por otra parte, ha de ser el responsable quien a su vez informe de las denuncias recibidas al órgano correspondiente para que el procedimiento de investigación pueda desarrollarse sin incidencias negativas. Y a los afectados por la misma. En caso, hay que insistir en ello, de que se otorgue credibilidad a la información recibida.

## 6. Responsabilidad del responsable de cumplimiento

En primer lugar, y en el ámbito estrictamente laboral, el encargado de cumplimiento tendrá la responsabilidad disciplinaria que corresponda en relación con las propias irregularidades en que él pueda incurrir, sea en el ámbito de la obligación de confidencialidad, sea en el de cumplimiento laboral, sea en el de cumplimiento preventivo. Siempre teniendo en cuenta, como antes se señalaba, que su protección habrá de ser privilegiada en cuanto a las causas que permitan su despido o el apartamiento de su función, único modo de garantizar su independencia real.

Al margen de dicha responsabilidad, la principal cuestión es la de definir, si la hay, el alcance de su responsabilidad penal dentro, o de modo paralelo, de la que pueda atribuirse a la propia persona jurídica por la actividad delictiva que pueda llevarse a cabo (Bermejo y Palermo, 2013, De Urbano, 2016, Fernández Teruelo, 2016).

De entrada, hay que señalar que los distintos ordenamientos no acostumbran a prever una responsabilidad omisiva pura, específica, por el incumplimiento de su función (que sí contemplaba, por ejemplo y en el caso español, el artículo 286 del Proyecto de Ley Orgánica de 2013 que sancionaba la mera falta de adopción de medidas de prevención, precepto finalmente no incorporado a la Reforma del Código Penal operada mediante Ley Orgánica 1/2015). Sí se admite tal responsabilidad en distintos ordenamientos en relación con aspectos concretos como, por ejemplo, la omisión delictiva de comunicación de operaciones sospechosas en materia de blanqueo (un ejemplo gráfico es el del propio artículo 5 Decreto nº 1106 de 2012 de Perú, vinculado a la lucha contra el lavado de activos).

La posibilidad de su responsabilidad omisiva, en relación con los delitos de resultado que puedan cometerse en el seno de la persona jurídica o por la propia persona jurídica, habrá que admitirla, pero al igual que la de otros directivos de la persona jurídica. Y es cierto que, como dirá la Fiscalía española,

... su mayor riesgo penal sólo puede tener su origen en que, por su posición y funciones, puede acceder más frecuentemente al conocimiento de la comisión de hechos delictivos, especialmente dada su responsabilidad en re-

lación con la gestión del canal de denuncias y siempre que la denuncia se refiera a hechos que se están cometiendo y que, por tanto, el oficial de cumplimiento pueda impedir con su actuación.

La misma podrá conducir a su consideración como coautor, cooperador necesario o cómplice, en función de su contribución y de los criterios que permiten concretar la responsabilidad penal en supuestos de comisión por omisión. Independientemente, por supuesto, de su responsabilidad penal directa por las acciones que él mismo haya podido llevar a cabo.

Siempre, claro está, que se actúe con dolo o imprudencia (en los delitos que la admitan) y que el delito de resultado admita la comisión por omisión (no así en los denominados de medios determinados que requieran un “hacer”).

Cuando la función de cumplimiento se lleve a cabo en un órgano colegiado o, al menos, colectivo, la concreción de responsabilidad habría de seguir criterios similares, siempre dependiendo de cada actuación u omisión individualmente considerada.

Como afirma Silva, el *compliance officer* no deja de ser un “delegado” de vigilancia del empresario (Silva, 2013). Y la afirmación de su responsabilidad en supuestos de omisión, cuando se cometa el delito de resultado por el que se le va a exigir responsabilidad, individual o conjunta con la de la persona jurídica o con otros responsables empresariales, obliga a observar, en primer lugar, que su deber de garantía, al que luego se aludirá, nace de la delegación de funciones que se hace al responsable por parte de los órganos de administración de la empresa (Lascurain, 2014).

Ahora bien, y como antes se explicaba, la empresa no delega la ejecución de una actividad empresarial, lo que delega es el seguimiento y control del cumplimiento del modelo, y a esta delegación, salvo de otras que adicionalmente puedan existir ajenas a lo que es la estricta labor de responsable de cumplimiento, debe limitarse la exigencia de responsabilidad en casos de resultado delictivo. En todos los aspectos que abarque dicha tarea: supervisión del modelo, atención de denuncias, etcétera.

En todo caso, es importante insistir en que la delegación no es simplemente y en principio una transmisión de funciones que elimina la responsabilidad del delegante y afirma la del delegado. Es necesario

comprobar el mandato recibido, observar el modo en que el delegante se preocupa de cómo se lleva a cabo la labor delegada (por ejemplo, exigiendo el reporte semestral o anual del responsable o comprobando la llevanza del libro registro) o comprobar en qué medida se han atendido las propuestas de mejora del modelo, dotación económica o imposición de sanciones realizadas por el responsable. A este respecto es necesario asociar la responsabilidad existente a la estructura organizativa en que el responsable desarrolle sus tareas (Montaner 2015). Y tener en cuenta siempre los parámetros que rigen la exigencia de responsabilidad en cualquier supuesto de delegación.

Afirmada la existencia de delegación con asignación de funciones concretas de cuya realización se hace “responsable” al órgano de cumplimiento, que permitirá exigirle a él (solo o conjuntamente con otros) “responsabilidad” por lo que hace “o no hace” y por lo que se deriva de lo que hace “o no hace”, dicha exigencia requerirá, además, comprobar si es o no garante. Y solo podrá afirmarse que lo es cuando actúe por delegación con deber de garantía de la empresa, esto es, cuando la propia empresa sea garante de que no se produzca un resultado delictivo, deber que se transmite al delegado. Si no actúa con deber de garantía como máximo podrá exigírsele responsabilidad por participar en el delito a través de la infracción de los deberes específicos de control que tiene el responsable (Lascuráin, 2015). En otros términos, su deber de garantía no es originario, sino derivado de las funciones que asume por delegación (Bermejo y Palermo, 2013, Silva, 2013, Bolea, 2015, Gómez Tomillo, 2016), siempre que se haya aceptado el compromiso de control expresa y previamente (Robles, 2013).

Es un referente en derecho comparado la Sentencia del Tribunal Supremo alemán de 17 de julio de 2009 (*BGH 5 StR 394/08*) que, condenando como partícipe en comisión por estafa al jefe del departamento jurídico y auditoría interna de una empresa pública de limpieza, *obiter dicta* se pronuncia afirmando (al margen de lo ocurrido en el concreto supuesto analizado) la posición de garantía de los *compliance officer* (en contra de buena parte de la doctrina alemana, como afirma Bolea, 2015).

Pero, como gráficamente explica Dopico, ni ostenta deber de garante ni no lo ostenta, pues ello dependerá de las concretas funciones encomendadas (Dopico,

2014) y asumidas: en particular, de la efectividad y especificidad de la delegación y de la asunción concreta de poderes con capacidad real para tomar decisiones.

Y, como también expresivamente afirma Gómez Tomillo (Gómez Tomillo, 2016), el responsable no puede convertirse en un “chivo expiatorio” (de “pararrayos” o “cortafuegos” se habla a menudo también) simplemente por el salario que pueda recibir. En otros términos, el nombramiento de un responsable de cumplimiento no compra la exención de responsabilidad ni de la persona jurídica en cuestión ni de sus dirigentes o administradores.

La atribución de responsabilidad por autoría exige con carácter general dominio funcional y social. En este ámbito, su confirmación requerirá la prueba de competencias directas en el supuesto específico delictivo que se investiga y la de su vinculación con el resultado producido. Esto es, su actuación, de haberse producido como normativamente le era exigible en materia de cumplimiento, debería haber podido impedir la producción del resultado delictivo, siendo posible también la asignación de responsabilidad por autoría mediata en supuestos de causación de error (Robles, 2013; Bolea, 2015), aunque ello sea complejo.

Sintéticamente señala Lascuráin que la responsabilidad por autoría es posible tanto cuando se actúe como delegado de un deber de garantía como si únicamente se tienen funciones delegadas de supervisión y detección de riesgos (Lascuráin, 2014).

En otro caso, si su actuación (producida) ha simplemente contribuido de algún modo a la comisión del delito o su actuación (no producida) hubiera supuesto un obstáculo al mismo (Bolea, 2015), por ejemplo, omitiendo la denuncia de un delito todavía no consumado (Lascuráin, 2014) su responsabilidad habrá de serlo a título de partícipe en el delito cuya ejecución depende del dominio de otra persona.

Las omisiones que le pueden hacer responder como ya se ha ido indicando, son la de detección y prevención de delitos, la de recepción y gestión de denuncias, la de propuesta de medidas cautelares suficientes, etcétera. (Dopico 2014). Todas aquellas que impliquen dejación de las funciones que le han sido encomendadas.

Siempre atendiendo cada supuesto concreto y siempre, como insiste en destacar toda la doctrina, en rela-

ción con delitos que se puedan impedir y que todavía no se hayan consumado (a salvo de supuestos de continuidad delictiva). Así, la omisión de denuncia de posibles riesgos e incumplimientos verificables dará lugar a sanción disciplinaria siempre y a sanción penal cuando pueda establecerse una imputación objetiva del resultado producido y se cumplan los criterios de atribución de responsabilidad exigibles en supuestos de comisión por omisión. En cambio, la omisión de denuncia del hecho delictivo ya producido solo dará lugar a la primera de las sanciones, por incumplimiento del mandato normativo que incorpore el modelo, pero no a la sanción penal, salvo que la misma favorezca la comisión de un nuevo hecho delictivo y siempre en relación únicamente a este.

## 7. Bibliografía

- ABIA GONZÁLEZ, Ricardo y DORADO HERRANZ, Guillermo: *Implantación práctica de un sistema de gestión de cumplimiento —Compliance management system—*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 2017.
- AYALA DE LA TORRE, José María: *Claves prácticas. Compliance*. Madrid: Lefebvre-El Derecho, 2016.
- BAJO ALBARRACÍN, Juan Carlos: *Auditoría de sistemas de gestión. 31 bis CP, ISO 19600 e ISO 37001*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 2017.
- BERGÉS ANGÓS, Iker: “El Compliance Officer: la nueva figura de las empresas que lo controla todo”, en *AJA*, 921, 2016.
- BERMEJO GERMÁN, Mateo y PALERMO, Omar: “La intervención delictiva del compliance officer”, en VV.AA.: *Compliance y teoría del Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- BLANCO CORDERO, Isidoro: “La prevención del blanqueo de capitales”, en VV.AA.: *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- BLUMEMBERG, Axel-Dirk y GARCÍA MORENO, Beatriz: “Retos prácticos de la implementación de programas de cumplimiento normativo”, en VV.AA.: *Responsabilidad de la empresa y compliance: programas de prevención, detección y reacción penal*. Buenos Aires-Montevideo: BdeF, 2014.
- BOLEA BARDÓN, Carolina: “Deberes del administrador y prácticas de kick-back”, en *RECPC*, 17-17, 2015.
- CASANOVAS YSLA, Alain: *Legal Compliance. Principios de Cumplimiento Generalmente Aceptados*. Madrid: Difusión Jurídica, 2013.
- CUENCA MÁRQUEZ, Juan y CABECERANS CABECERANS, Jaume: “El Compliance Officer y los límites constitucionales de sus investigaciones”, en *RAD*, 2, 2015.
- DE LA MATA BARRANCO, Noberto J.: “La exclusión de responsabilidad penal de las personas jurídicas: Protocolos de prevención de delitos”, en VV.AA.: *Memento Experto Responsabilidad Penal y Procesal de las Personas Jurídicas*. Madrid: Lefebvre-El Derecho, 2015.
- DE LA MATA BARRANCO, Norberto J.: BILBAO LLORENTE, Martín y ALGORTA BORDA, Mariana: “La atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su exención: instrumentos de prevención en el seno corporativo”, en *La Ley Penal*, 87, 2011.
- DE URBANO CASTRILLO, Eduardo: “La responsabilidad penal del ‘compliance officer’”, en *RAD*, 4, 2016.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo: “Presupuestos básicos de la responsabilidad penal del Compliance Officer y otros garantes en la empresa”, en *AJA*, 843, mayo 2012.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo: “Posición de garante del Compliance Officer por infracción del ‘deber de control’: una aproximación tópica”, en VV.AA.: *Crisis financiera y Derecho penal económico*. Madrid – Buenos Aires: Edisofer, 2014.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en VV.AA., *Memento Práctico Penal*. Madrid: Lefebvre-El Derecho, 2016.
- ENSEÑAT DE CARLOS, Sylvia: *Manual del Compliance Officer. Guía práctica para los responsables de Compliance de habla hispana*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2016.
- FERNÁNDEZ TERUELO, Javier: “La responsabilidad penal de los dirigentes, representantes de la persona jurídica o de quienes ostenten facultades de organización y control dentro de la misma”, en VV.AA.: *Memento Responsabilidad Penal y Procesal de las Personas Jurídicas*, Madrid: Francis Lefebvre, 2016.

- FOUREY GONZÁLEZ, Matilde: “Compliance penal: fundamento, eficacia y supervisión. Análisis crítico de la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado”, en *AJUM*, 43, 2016.
- GALLEGO SOLER, José Ignacio: “*Criminal Compliance* y proceso penal: reflexiones iniciales”, en VV.AA.: *Responsabilidad de la empresa y compliance: programas de prevención, detección y reacción penal*, Buenos Aires-Montevideo, BdeF, 2014.
- GARCÍA MORENO, Beatriz: “Whistleblowing y canales institucionales de denuncia”, en VV.AA.: *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel: *Compliance Penal y Política Legislativa. El deber personal y empresarial de evitar la comisión de ilícitos en el seno de las personas jurídicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel: “Programas de cumplimiento y política criminal”, en VV.AA.: *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al Profesor Miguel Bajo*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2016.
- GUTIÉRREZ PÉREZ, Elena: “La figura del compliance officer. Algunas notas sobre su responsabilidad penal”, en *Diario La Ley*, 8653, noviembre 2015.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio: “Salvar al oficial Ryan (Sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento)”, en VV.AA.: *Responsabilidad de la empresa y compliance*. Programas de prevención, detección y reacción penal. Buenos Aires - Montevideo: BdeF, 2014.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio: “La delegación como mecanismo de prevención y de generación de deberes penales”, en VV.AA.: *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio: “La responsabilidad penal individual por los delitos de empresa”, en VV.AA.: *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- MAGRO SERVET, Vicente: *Guía práctica sobre responsabilidad penal de empresas y planes de prevención (compliance)*. Madrid: Wolters Kluwer La Ley, 2017.
- MERCEDES MARTÍN, Víctor: “La responsabilidad penal de los administradores y del “compliance officer” en la última reforma del Código Penal”, en *AJA*, 910, 2015.
- MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel: “La estandarización alemana de los sistemas de gestión de cumplimiento: implicaciones jurídico-penales”, en VV.AA.: *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013.
- MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel: “El *criminal compliance* desde la perspectiva de la delegación de funciones”, en *EPC*, XXXV, 2015.
- MORÓN LERMA, Esther: “El ‘Compliance Officer’: régimen y responsabilidad”, en VV.AA.: *Cuadernos de derecho para ingenieros*, 14, 2012.
- NIETO MARTÍN, Adán: “La institucionalización del sistema de cumplimiento”, en VV.AA.: *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- NIETO MARTÍN, Adán: “Investigaciones internas”, en VV.AA.: *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- NIETO MARTÍN, Adán y LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio: “Urgente: dos órganos de cumplimiento en las empresas”, en VV.AA.: [www.almacedederecho.org](http://www.almacedederecho.org), 2016.
- PÉREZ GONZÁLEZ, Sergio: “La función de los Compliance Programs en la responsabilidad penal-económica de la empresa”, en *REDUR*, 13, diciembre 2015.
- PLEÉ, Raúl Omar: “El oficial de cumplimiento. ¿Una actividad riesgosa? Apuntes sobre los límites del Derecho Administrativo Sancionador”, en *RDPC*, 1, 2014.
- PRITZWITZ, Cornelius: “La posición jurídica (en especial, posición de garante) de los compliance officers”, en VV.AA.: *Compliance y teoría del Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- PUYOL MONTERO, Javier: *Criterios prácticos para la elaboración de un código de compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.
- PUYOL MONTERO, Javier: *Funcionamiento práctico del canal de compliance “whistleblowing”*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- ROBLES PLANAS, Ricardo: “El responsable de cumplimiento (Compliance Officer) ante el Derecho Penal”, en VV.AA.: *Criminalidad de empresa*



y *compliance*. *Prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013.

ROCÍO FERNÁNDEZ DÍAZ, Carmen y CHANJÁN DOCUMET, Rafael Hernando: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un estudio comparado entre España y el Perú”, en *Revista de la Facultad de Derecho-Derecho PUCP*, n° 77.

SÁIZ PEÑA, Carlos Alberto: *Compliance. Cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2015.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús M<sup>a</sup>: “Deberes de vigilancia y *compliance* empresarial”, en VV.AA.: *Compliance y Teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

ZÁRATE GÓMEZ, César: “¿Compliance Officer o Comité de Compliance? ¿Externalización de funciones?”, en *AJA*, 921, 2016.



## Una lectura constitucional de la LO 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia



Anna Raga i Vives

Estudiante de Doctorado  
Universidad de Valencia

**RESUMEN:** A través del estudio de los dos recursos de inconstitucionalidad presentados frente a la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia, y de la jurisprudencia que traen a colación los recurrentes, se valorará si la proclamación de este “nuevo derecho” es compatible con la Constitución de 1978, y en qué medida está justificada la eutanasia como parte del artículo 15 CE.

**PALABRAS CLAVE:** eutanasia, suicidio asistido, derecho a la vida, derechos fundamentales, objeción de conciencia, cuidados paliativos.

**ABSTRACT:** The two constitutional appeals raised against the Organic Law on euthanasia regulation, and the jurisprudence brought forth by the appellants, warrant a consideration as to the extent and compatibility of this “new right” with the Constitution, and whether euthanasia can fall within the scope of article 15.

**KEYWORDS:** euthanasia, assisted suicide, right to life, fundamental rights, conscientious objection, palliative care.

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Modelos sobre el estatuto constitucional de la eutanasia. 3. La LO 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia. 3.1. Objeto y finalidad de la ley. 3.2. Fundamento de la ley. 3.3. Requisitos y procedimiento. 3.3.1. Requisitos. 3.4. Modificaciones en el Código Penal. 4. Los recursos de inconstitucionalidad. 4.1. Los motivos del recurso. 5. Argumentos a favor de la constitucionalidad de la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia: la eutanasia como derecho fundamental. 5.1. La noción “vida”. Especial referencia a la STC 53/1985, de 11 de abril. 5.2. El derecho a la vida digna. 5.3. El deber del Estado de proteger la vida. 5.4. Los cuidados paliativos. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

## 1. Introducción

La entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia ha supuesto un cambio trascendental en el ordenamiento jurídico español, en tanto que es la primera ley en España que regula este derecho.

El presente artículo tiene por objeto estudiar la eutanasia desde una perspectiva constitucional, centrándolo en el análisis de la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia (en adelante, LORE) a través de los dos recursos de inconstitucionalidad que se han presentado frente a la misma.

El examen de esta cuestión comportará, necesariamente, una reflexión sobre el derecho a la vida y otros derechos fundamentales, muy especialmente, los que coexisten con el derecho a la vida, y de su alcance y límites.

En este artículo se sistematizarán las objeciones planteadas a la ley y se tratará de dar respuesta a las dudas de constitucionalidad planteadas. Con ello, se estudiará en qué medida está justificada su articulación como un “nuevo” derecho fundamental, y en particular su relación con el derecho reconocido en el artículo 15 CE, el derecho a la vida.

## 2. Modelos sobre el estatuto constitucional de la eutanasia

Antes de abordar el examen de la ley y los recursos presentados frente a la misma, cabe destacar la aportación de REY MARTÍNEZ acerca de los cuatro modelos sobre el estatuto constitucional de la eutanasia. Modelos que, según el autor, desde una perspectiva estrictamente jurídico-constitucional, desde la CE de 1978, todos ellos son válidos.<sup>1</sup> Estos son: el de la eutanasia constitucionalmente vedada, el de la eutanasia como derecho fundamental, la eutanasia como libertad de configuración legislativa y el de la eutanasia como excepción legítima de la prohibición de disponer sobre la vida ajena.

Según el primero de los modelos, el de la eutanasia prohibida, la eutanasia queda constitucionalmente vedada en atención a lo dispuesto en el art. 15 CE, que

configura el derecho a la vida entendido en sentido absoluto.<sup>2</sup> Según esta teoría, despenalizar la eutanasia activa directa sería inconstitucional por contravenir el art. 15 CE. Este es el modelo que acogen los recurrentes.

El segundo modelo, que es el que acoge la LORE, el de la eutanasia como derecho fundamental, entiende que el derecho a disponer de la propia vida es un derecho fundamental, incluido en el art. 15 CE.<sup>3</sup> Este derecho fundamental se justifica en base al art. 15 CE, el derecho a la vida, solo o en relación con otros derechos y principios.<sup>4</sup> Según esa teoría, la respuesta penal a la eutanasia activa directa es, por tanto, inconstitucional.

El tercero, el denominado “eutanasia como libertad constitucional legislativamente limitable”, defendido por Carmen TOMÁS-VALIENTE LANUZA, señala que de la CE no se deduce un derecho a terminar con la vida, pero recuerda que la cláusula de libertad ampara muchas conductas.<sup>5</sup> En definitiva, para esta autora la eutanasia activa sería una libertad constitucional legislativamente limitable y podría ser despenalizada bajo ciertas condiciones.

El cuarto y último modelo, que es el que defiende REY MARTÍNEZ, es el de la eutanasia como “excepción legítima de la prohibición constitucional de disponer de la vida”. Este autor no valora la eutanasia activa directa como un derecho o libertad constitucional, de manera que la sanción de la eutanasia activa directa sería plenamente constitucional. No obstante, este autor señala que el legislador, en atención a otros bienes y en determinadas circunstancias, podría despenalizarla. Advierte que si el Parlamento finalmente optase por regular la ayuda a morir, él abogaría por el modelo de suicidio asistido, pues considera que se

<sup>2</sup> Sobre el carácter absoluto e indisponible del derecho a la vida, véase la exposición de JUANATEY DORADO, C., *Derecho, suicidio y eutanasia*, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1994, pág. 342-346.

<sup>3</sup> PRESNO LINERA, M. A., “La eutanasia como derecho fundamental”, *Teoría & Derecho*, nº 29, Ed. Tirant lo Blanch, 2021, Valencia, págs. 24-45.

<sup>4</sup> La LORE, según su propia Exposición de Motivos, relaciona el derecho a la vida con otros derechos fundamentales tales como la integridad física y moral, el derecho a la libertad ideológica y de conciencia y el derecho a la intimidad. También entiende que se debe cohonestar con el valor libertad y la dignidad humana.

<sup>5</sup> TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., *La disponibilidad de la vida desde la perspectiva constitucional*, Ed. Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1ª edición, Madrid, 1999.

<sup>1</sup> REY MARTÍNEZ, F., *Eutanasia y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1ª edición, Madrid, 2008; REY MARTÍNEZ, F., “Eutanasia y derechos fundamentales”, *Revista Direito e Justiça, Reflexões Sociojurídicas*, Ano IX- N 13, 2009, pág. 18-19.

garantizaría mejor el libre consentimiento por parte del enfermo.<sup>6</sup>

### 3. La LO 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia

#### 3.1. Objeto y finalidad de la ley

La LORE es la ley que recoge, por primera vez en España, el derecho a la eutanasia. Tiene como finalidad regular el derecho que corresponde a toda persona, que cumpla con las condiciones exigidas, a solicitar y recibir la ayuda necesaria para morir, así como el procedimiento y las garantías que se han de seguir.<sup>7</sup>

La Ley incluye la prestación de ayuda para morir en la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud, que tendrán que garantizar el derecho en los supuestos y con los requisitos que establece la norma.<sup>8</sup>

Además, se constituye también como una ley despenalizadora que conlleva una modificación en el CP y, con ella, deja de ser punible la conducta de quien, cumpliendo con lo previsto en la legislación de eutanasia, causare o cooperare en la muerte de una persona que tenga padecimientos graves, crónicos e imposibilitantes o una enfermedad grave e incurable, bajo su solicitud seria, expresa e inequívoca.<sup>9</sup> Asimismo, mantiene la atenuación cuando no se cumpla con los requisitos que exige la ley.<sup>10</sup>

#### 3.2. Fundamento de la ley

La apertura del debate sobre la legalización de la eutanasia ha sido fruto de la creciente prolongación de la esperanza de vida, en muchas ocasiones en condiciones de deterioro físico y psíquico; del incremento de medios para prolongar artificialmente la vida, aún

sin posibilidad de curación, y del reconocimiento de la autonomía de la persona en el ámbito de la salud.

La ley se justifica, además en la demanda social existente para regular este derecho, en la compatibilidad de la norma con los derechos fundamentales y con los bienes constitucionalmente protegidos. Esta ley configura la eutanasia como un nuevo derecho individual, y la fundamenta jurídicamente de la siguiente manera:

... [la eutanasia] conecta con el derecho fundamental de la persona constitucionalmente protegido como es la vida, pero que se debe cohonstar también con otros derechos y bienes, igualmente protegidos constitucionalmente, como son la integridad física y moral de la persona (art. 15 CE), la dignidad humana (art. 10 CE), el valor superior de la libertad (art. 1.1 CE), la libertad ideológica y de conciencia (art. 16 CE) o el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE). Cuando una persona plenamente capaz y libre se enfrenta a una situación vital que a su juicio vulnera su dignidad, intimidad e integridad, como es la que define el contexto eutanásico antes descrito, el bien de la vida puede decaer en favor de los demás bienes y derechos con los que debe ser ponderado, toda vez que no existe un deber constitucional de imponer o tutelar la vida a toda costa y en contra de la voluntad del titular del derecho a la vida. Por esta misma razón, el Estado está obligado a proveer un régimen jurídico que establezca las garantías necesarias y de seguridad jurídica.<sup>11</sup>

La ley no es puramente despenalizadora, sino que trata de legislar para respetar la autonomía del individuo al final de su vida; con esa finalidad la norma regula, y también despenaliza la eutanasia en determinados supuestos, sujetándola a las garantías que entiende suficientes para salvaguardar la libertad en la decisión del solicitante.

#### 3.3. Requisitos y procedimiento

##### 3.3.1. Requisitos

Como requisitos subjetivos la Ley exige que el paciente sufra un padecimiento grave, crónico e impo-

<sup>6</sup> Vid. La crítica de ALONSO ÁLAMO quien considera que el modelo de suicidio asistido no se enfrenta a los casos dramáticos de quienes no estén en condiciones de llevar a cabo tal acción, esto es, de los que necesitan un auxilio ejecutivo (ALONSO ÁLAMO, M., "Sobre "Eutanasia y Derechos Fundamentales", Recensión del libro de Fernando Rey Martínez", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, ISSN 1695-0194, 2008).

<sup>7</sup> Recoge la modalidad de la eutanasia y del suicidio asistido, en tanto que el paciente tiene derecho a que el personal sanitario le administre directamente la dosis o a que se la prescriba, de manera que se la pueda administrar a sí mismo si le es posible hacerlo (vid. art. 3 letra g) 2ª LORE).

<sup>8</sup> Art. 13.1 y 2 LORE.

<sup>9</sup> La redacción inicial contenida en la PLORE prescribía: "una enfermedad grave, crónica e invalidante o grave e incurable".

<sup>10</sup> art. 143.4 CP.

<sup>11</sup> Exposición de Motivos LORE (I). En el mismo sentido, vid. Auto de 25 de enero de 1990, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Zaragoza, FJ 6º.

sibilitante o una enfermedad grave e incurable (que se encuentre en el llamado “contexto eutanásico”).<sup>12</sup>

Se entiende por padecimiento grave, crónico e imposible:

... situación que hace referencia a limitaciones que inciden directamente sobre la autonomía física y actividades de la vida diaria, de manera que no permite valerse por sí mismo, así como sobre la capacidad de expresión y relación, y que llevan asociado un sufrimiento físico o psíquico constante e intolerable para quien lo padece, existiendo seguridad o gran probabilidad de que tales limitaciones vayan a persistir en el tiempo sin posibilidad de curación o mejoría apreciable. En ocasiones puede suponer la dependencia absoluta de apoyo tecnológico.<sup>13</sup>

Se entiende por enfermedad grave e incurable:

La que por su naturaleza origina sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables sin posibilidad de alivio que la persona considere tolerable, con un pronóstico de vida limitado, en un contexto de fragilidad progresiva.<sup>14</sup>

Junto al requisito de capacidad en el momento de la solicitud, la ley exige al solicitante ostente la mayoría de edad.<sup>15</sup> Algunos de los países que regulan la

<sup>12</sup> La definición de estos conceptos sufrió una modificación con la presentación de enmiendas al texto. Algunos autores valoran positivamente este cambio porque eliminado que la situación derive necesariamente de una enfermedad, implica que no se deja fuera a supuestos como el de Sampedro, en que la imposibilidad derivó de un accidente (CARBONELL MATEU, J. C., “Ley de la eutanasia: una Ley emanada de la dignidad”, en ACALE SÁNCHEZ, M., MIRANDA RODRIGUES, A., NIETO MARTÍN, A., (coords.), *Reformas penales en la península ibérica: A jangada de pedra?*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2021, pág. 320).

Por ejemplo, también se incidió en la cuestión relativa a evitar el llamado “turismo eutanásico”, que quedó recogido en la última versión del texto que requirió un certificado de empadronamiento en España superior a doce meses.

<sup>13</sup> Art. 3 letra b LORE.

<sup>14</sup> Art. 3 letra c LORE.

<sup>15</sup> Respecto de la edad para consentir se han planteado dudas. Vid. HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Derecho individual a la eutanasia y la (discutible) exclusión de las personas menores de edad”, en TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., (ed.), *La eutanasia a debate. Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 105-117. Así, algunos abogan por que aquellos menores maduros que estén en condiciones de tomar una decisión cabal y responsable puedan acceder a este derecho, en sintonía con lo que establecen la ley belga y la holandesa: JUANATEY DORADO, C., “Reflexiones a propósito de la propuesta de regulación de la eutanasia voluntaria en Espa-

ñola en la UE permiten que los menores de edad puedan acceder a este derecho.<sup>16</sup>

La ley también recoge otras exigencias: el paciente ha de ser nacional español o residente en España o con certificado de empadronamiento superior a un año (con ello se trata de evitar el llamado “turismo eutanásico”); asimismo, debe prestar el consentimiento autónomo e informado, formular la solicitud por escrito y en dos momentos diferenciados, entre los que debe mediar una separación temporal de quince días naturales.<sup>17</sup>

### 3.3.2. Procedimiento

Con la primera solicitud, el médico responsable, una vez constata que cumple con los requisitos que prevé la norma, deberá iniciar un proceso deliberativo con el enfermo; tras la recepción de la segunda de las solicitudes, se retomará esta misma deliberación con el solicitante. Transcurridas veinticuatro horas del proceso deliberativo, el médico volverá a recabar el consentimiento del paciente, quien le indicará si persiste o no en su decisión. Decisión que, por supuesto, es revocable en cualquier estado del proceso.

Como medida para asegurar las garantías del procedimiento se prevén dos clases de profesionales sanitarios intervinientes: el médico responsable y el médico consultor, que no pertenecerá al mismo equipo que el del médico responsable y que velará por el

ña”, *Revista General de Derecho Penal* 34, Iustel, 2020, pág. 16 y ss; JUANATEY DORADO, C., CUERDA ARNAU, M. L., “Nuova legge sull’ eutanasia volontaria in Spagna”, *Diritto Penale XXI Secolo, Gennaio-Giugno*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2021, pág. 83. La fijación del límite de edad para otorgar validez a la petición del solicitante debería ser coherente con lo establecido por la legislación sanitaria respecto a la posibilidad de rechazar tratamientos (vid. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., “Posibilidades de regulación de la eutanasia solicitada”, documento de trabajo 71/2005, *Fundación Alternativas*, 2005. Vid. a este respecto la Circular 1/2012, sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave.

<sup>16</sup> Es el caso de Bélgica y Holanda.

<sup>17</sup> Dichas solicitudes escritas podrán ser sustituidas en caso de que la persona esté impedida de poder realizarlas, siempre que deje constancia de que era su voluntad, por cualquier medio acreditativo a este efecto (art. 5.1 c). El plazo podrá ser reducido atendiendo a situaciones concretas (art. 5.1 c) segundo párrafo). Este artículo también sufrió una modificación durante el trámite parlamentario, mediante la cual se incorporó la información sobre cuidados paliativos y en relación a la dependencia.

recto cumplimiento de los requisitos subjetivos que fija la norma.<sup>18</sup>

Si la prestación de ayuda para morir fuese denegada, se deberá realizar por escrito y de forma motivada. Contra dicha denegación se podrá presentar una reclamación ante la Comisión de Garantía y Evaluación.<sup>19</sup>

Además, la Comisión de Garantía y Evaluación, cuyo régimen interno es fijado por las autonomías,<sup>20</sup> realizará un control previo, con anterioridad a la prestación de la ayuda para morir, y también a posteriori. Si bien, esta es una particularidad española, porque la mayoría de las legislaciones extranjeras circunscriben la actividad de control a un momento ulterior.<sup>21</sup>

Con el objetivo de preservar la libertad de conciencia del personal sanitario, el art. 16 de la LORE recoge que estos profesionales, en cualquiera de las fases que hayan de prestar ayuda para morir, tienen derecho a la objeción de conciencia.<sup>22</sup> Para que la prestación

de ayuda para morir no se vea menoscabada y sea efectiva, el art. 16.2 LORE hace explícita mención a la necesidad de que se cree un registro de objetores de conciencia.<sup>23</sup>

### 3.4. Modificaciones en el Código Penal

Como ya se ha señalado, la LO 3/2021, de 24 de marzo que regula la eutanasia supone un cambio de gran calado, que no solamente afecta a la regulación contenida en el CP en tanto que despenaliza bajo determinadas circunstancias su conducta, sino que articula un mecanismo para el ejercicio del derecho a la eutanasia, derecho que configura como un nuevo derecho fundamental.<sup>24</sup> La razón por la que la ley no se ha limitado a despenalizar la conducta es porque la sola despenalización no garantiza al enfermo la ayuda que necesita; su voluntad queda subordinada a la intervención de un profesional que quiera prestársela.

Con la entrada en vigor de la norma se ha despenalizado la conducta de quien cause o coopere activamente en la muerte de otra persona, de acuerdo con los requisitos que establece la Ley de eutanasia (art. 143.5 CP). Se producirá la atenuación de responsabilidad cuando se cause o coopere en la muerte de otra persona, bajo su petición, y en el contexto eutanásico, pero prescindiendo del procedimiento que establece la norma (art. 143.4 CP).

centros existiera riesgo de prestarse” (Enmienda núm. 34, serie B, num-46-4).

<sup>23</sup> Vid. art. 16.2 en relación con el art. 14 LORE.

No obstante, algunos autores comparten ciertas dudas a este respecto: consideran que la ley sigue sin resolver muchas cuestiones, a pesar de que se han introducido especificaciones con respecto a las personas que pueden acogerse a este derecho a objetar. Así, siguen apareciendo dudas referentes al tipo de actos amparados por la objeción y a las medidas a adoptar para sustituir de forma eficaz al objetor, no sea que este derecho resulte impracticable: JUANATEY DORADO, C., “Sobre la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia... cit. pág. 89.

<sup>24</sup> La despenalización era instada por parte de la doctrina: *Manifiesto en favor de la disponibilidad de la propia vida*, firmado en Valencia, a 16 de noviembre de 1991. Entre otros: ANDRÉS IBÁÑEZ, P., ASÚA BATARRITA, A., BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., CARBONELL MATEU, J. C., CONDE PUMPIDO, C., DEL ROSAL BLASCO, B., DIEZ RIPOLLÉS, J. L., FERRÉ OLIVÉ, J. C., GIMBERNAT ORDEIG, E.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., ORTS BERENGUER, E., MAPELLI CAFFARENA, B., MAQUEDA ABREU, M. L., VALLE MUÑOZ J. M. Había autores, sin embargo, que abogaban por el “perdón judicial” cuando se producía el homicidio por causas piadosas o compasivas, pues “la justicia transida de piedad es más justa (vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Libertad de amar y derecho a morir*, Depalma, Buenos Aires, 1984, pág. 436 y ss.

<sup>18</sup> En caso de que el médico consultor informe desfavorablemente sobre el cumplimiento de las exigencias para la prestación de ayuda para morir, el solicitante tendrá derecho a recurrir esa decisión ante la Comisión de Garantía y Evaluación (vid. art. 8.4 LORE).

<sup>19</sup> Art. 7 LORE.

<sup>20</sup> Algunos autores discrepan en el hecho de que el régimen interno de las Comisiones sea fijado por las autonomías puesto que hubiera sido más adecuado que la LORE previera la creación de una única comisión, de ámbito estatal, que ejerciese el control y garantizase la unidad de criterio, pues el texto únicamente prevé una reunión anual para homogeneizar criterios entre comisiones: JUANATEY DORADO, C., “Sobre la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia voluntaria en España”, *Teoría & Derecho*, nº 29, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 86. JUANATEY DORADO, C., “Reflexiones a propósito... cit. pág. 21-22; JUANATEY DORADO, C., CUERDA ARNAU, M. L., “Nuova legge... cit. pág. 83.

<sup>21</sup> CARBONELL MATEU, J. C., Ley de Eutanasia: una ley emanada... cit. pág. 320. El autor señala que: “La decisión de que la prestación se someta a un control previo puede resultar muy peligrosa en la medida en que obliga a una comprobación que supera la relación médico-paciente de la concurrencia de los requisitos y condiciones y deja la decisión a un ente cuya composición la ley no determina, sino que delega a las Comunidades Autónomas, o que a su vez puede hacer, como por otra parte ha sucedido ya en otros ámbitos e incluso en otros aspectos de este, que las decisiones difieran de manera radical, hasta el punto de convertir la Ley en inoperante en alguna zona del territorio español”.

De hecho, a este respecto, parte de la doctrina considera que se debería prescindir de dicho control previo, porque se trata de una medida que refleja desconfianza hacia el buen hacer del personal sanitario y dificulta y alarga, de manera injustificada, el procedimiento: JUANATEY DORADO, C., “Sobre la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia... cit. pág. 87; JUANATEY DORADO, C., CUERDA ARNAU, M. L., “Nuova legge... cit. pág. 83.

<sup>22</sup> Algunos grupos parlamentarios (Grupo Parlamentario Plural) abogaron por suprimir esta posibilidad de los profesionales sanitarios de “substraerse de sus obligaciones en función de creencias personales, lo que supondría el riesgo de que en determinados

El art. 143 dispone:

4. El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de una persona que sufriera un padecimiento grave, crónico e imposibilitante o una enfermedad grave e incurable, con sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables, por la petición expresa, seria e inequívoca de esta, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los apartados 2 y 3.

5. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, no incurrirá en responsabilidad penal quien causare o cooperare activamente a la muerte de otra persona cumpliendo lo establecido en la ley orgánica reguladora de la eutanasia.<sup>25</sup>

#### 4. Los recursos de inconstitucionalidad

Una vez que la norma fue aprobada con las mayorías exigidas, el Grupo Parlamentario Vox interpuso un recurso de inconstitucionalidad, que fue admitido a trámite por el Pleno del TC.<sup>26</sup> Los recurrentes consideraban que la ley impugnada vulnera el derecho a la vida (art. 15 CE). También alegan la vulneración de los arts. 16, 23, 24, 53, 81.1, 88, 89.1 y 106.1 CE. De la misma forma, el Grupo Parlamentario Popular presentó un recurso de inconstitucionalidad y este también fue admitido por el Pleno del TC.<sup>27</sup> Los recurrentes invocan la vulneración de los arts. 10.1 y 2, 14, 16, 23, 49, 53.2, 93, 96.1, 168 y 169 CE.

En este artículo se abordarán las cuestiones referentes a la interpretación que sostienen los recurrentes frente a imposibilidad de incardinar el derecho a la eutanasia con el art. 15 de la CE. Así, particularmente, se analizará la supuesta infracción del derecho a la vida (art. 15 CE).

#### 4.1. Los motivos del recurso

Ambos recursos parten de la inconstitucionalidad de la LO 3/2021, de 24 de marzo, por flagrante contradicción con el art. 15 CE. El análisis se ceñirá a esta vulneración ya que, como los recurrentes señalan, proyecta su inconstitucionalidad sobre el resto del articulado contemplado en la LORE.<sup>28</sup> Supone, por tanto, la base de ambos recursos.

Tanto Vox como el Partido Popular consideran que el derecho a la vida, proclamado en el art. 15 CE, es el presupuesto básico e indispensable de todo derecho. Es, de esta forma, la base para el ejercicio de los restantes derechos fundamentales. En este sentido, invocan lo establecido en la STC 53/1985, de 11 de abril (referida al aborto<sup>29</sup>), en tanto que la vida se constituye como el “p<sup>r</sup>ius lógico y ontológico de los demás derechos”, es un derecho “esencial y troncal” del ordenamiento. Así, señala el Partido Popular:

La vida, por tanto, constituye no sólo un derecho, sino un presupuesto para el ejercicio de los demás derechos; es por este motivo que aparece en primer lugar en el catálogo de los derechos y libertades que se consagran en la Constitución.<sup>30</sup>

Parten de que, ante el conflicto de derechos, se ha de ceder siempre en favor de la vida. Sustentan que al ser la vida el derecho que sirve de base a todos los demás, este ha de ser prevalente, porque la totalidad de derechos fundamentales tienen a la vida como sustrato.

El recurso de Vox tiende a la absolutización del derecho proclamado en el artículo 15 CE, ya que entiende que la vida es un derecho que, como soporte del resto, no ha de ceder frente a ningún otro.<sup>31</sup> A este respecto el Grupo Vox señala:

... nos encontramos ante un derecho de carácter absoluto que, de admitirse que debe ceder frente a otros bienes constitucionales, no sólo queda extinguido el propio derecho fundamental a la vida de una manera irreparable,

<sup>25</sup> El art. 143 punto 4 cuando se refiere al castigo de la eutanasia, se refiere a la conducta de quien no cumpla con los requisitos que exige la Ley, no diferencia entre cuáles de los requisitos se han omitido. A diferencia de lo que ocurre con el delito de aborto (art. 144 y ss cp), donde sí se distingue entre los supuestos en que fuera de los casos que permite la Ley, pero consentimiento de la mujer, se produce el aborto y otras situaciones que “dentro de los casos contemplados en la Ley” no se ajuste a las exigencias procedimentales (información previa, tiempo de espera, etc.).

<sup>26</sup> Providencia de admisión del Tribunal Constitucional, de 23 de junio de 2021. Si bien, aunque se habían solicitado medidas cautelares referentes a la suspensión de la Ley, acordó denegarlas.

<sup>27</sup> Providencia de admisión del Tribunal Constitucional, de 16 de septiembre de 2021.

<sup>28</sup> Vid. Recurso de inconstitucionalidad de Vox, pág. 18.

<sup>29</sup> Recurso previo de inconstitucionalidad del Proyecto de LO que introduce el art. 417 bis en el CP, por el que se declara no punible el aborto en determinados supuestos.

<sup>30</sup> Vid. Recurso de inconstitucionalidad del Partido Popular, pág. 37.

<sup>31</sup> Vid. Recurso de inconstitucionalidad de Vox, pág. 26 y 27.

sino que quedan igualmente extinguidos irremediabilmente los restantes derechos y bienes constitucionales, en cuanto queda destruida la vida como base de todos ellos.<sup>32</sup>

Ambos citan, con el fin de razonar sus argumentos, la STC 120/1990, de 27 de junio (caso GRAPO: sobre la alimentación forzosa de presos en una huelga de hambre), puesto que consideran que en ella el TC ha declarado “de forma contundente que no existe un derecho fundamental a la propia muerte”.<sup>33</sup> El TC, en este supuesto, señaló que el art. 15 CE no podía interpretarse afirmando que éste comprenda el derecho fundamental a poner fin a la propia existencia, no resulta posible admitir que del tenor del art. 15 CE se desprenda un derecho a la propia muerte.<sup>34</sup>

Asimismo, tanto el Partido Popular como el de Vox, en idénticos términos, traen a colación los pronunciamientos de la STC 154/2002, de 28 de julio, en la que se aborda la condena por homicidio a los padres de un menor, todos testigos de Jehová, que no disuaden a su hijo para que reciba una transfusión de sangre.<sup>35</sup> Ambos resaltan nuevamente los pronunciamientos que acaban de reseñarse en relación a la STC 120/1990:

En definitiva, la decisión de arrostrar la propia muerte no es un derecho fundamental sino únicamente una manifestación del principio general de libertad que informa nuestro texto constitucional, de modo que no puede convenirse en que el menor goce sin matices de tamaña facultad de autodisposición sobre su propio ser.

Según especifican los recurrentes, el art. 15 CE garantiza un derecho subjetivo a la vida, y del mismo se desprende una clara obligación del Estado de protegerla. Concretamente, Vox considera que de la STC 120/1990 se desprenden dos conclusiones:

1. El único derecho fundamental en juego en los casos en que se busca la propia muerte es el derecho a la vida, “no a conseguir la propia muerte”;

2. El Estado debe protegerlo frente a todos, y afirma “incluido frente a quien aparece como su titular”.<sup>36</sup>

En el mismo sentido, el Partido Popular, de la lectura de la sentencia precitada, deduce que “del art. 15 CE no se desprende, por tanto, el pretendido derecho a la propia muerte, ni mucho menos como un derecho prestacional que permita a intervención de terceros”.<sup>37</sup>

Según especifica Vox, ni la “dignidad” ni la “libertad” han de interpretarse de manera autónoma, y en ningún caso pueden hacer desaparecer la vida, derecho que les sirve de sustento. Así, los recurrentes señalan que “la propia dignidad del sujeto no puede hacer desaparecer la vida de ese mismo sujeto, ya que, en tal caso, se produce la irreparable destrucción de ambas”.<sup>38</sup> En este sentido, señalan los poderes públicos deben procurar una vida digna y evitar que cualquier persona pueda sentir que no merece ser vivida.

Salvo las singularidades que presentan cada uno de los recursos, ambos contienen un fondo sustancialmente idéntico, aunque el del Partido Popular proyecta una zona grisácea donde parece que, limitando el contenido de la ley, sería más próxima a la CE.<sup>39</sup> Así, el Partido Popular al fundamentar los motivos del recurso establece:

La infracción, por el sistema establecido en la integridad de la norma, del derecho a la vida recogido en el artículo 15 de la Constitución y en el artículo 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en la medida en que el régimen establecido incumple los deberes positivo y negativo del Estado de proteger la vida y, en particular, de garantizar un régimen jurídico lo suficientemente garantista como para “prevenir que una persona se quite

<sup>36</sup> Vid. Recurso de inconstitucionalidad de Vox, pág. 6.

<sup>37</sup> Vid. Recurso de inconstitucionalidad del Partido Popular, pág. 45.

<sup>38</sup> Vid. Recurso de inconstitucionalidad de Vox, pág. 19.

<sup>39</sup> Si bien, queda claro su posicionamiento frente a la ley cuando expresaron durante la tramitación parlamentaria que: “Desde la defensa del derecho a la vida y desde el rechazo a tramitar una Proposición de Ley que prioriza un inexistente derecho a morir y da muestras de insensibilidad social y sanitaria ante una crisis de salud pública que, de momento, ha generado más de 50.000 muertos, el Grupo Parlamentario Popular registra estas enmiendas con el objeto de favorecer la preservación de la salud y la vida de los pacientes españoles, así como la seguridad de los profesionales sanitarios en el desempeño de sus funciones”. (vid. enmienda 198 del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados).

<sup>32</sup> Ibid, pág. 5.

<sup>33</sup> Ibid, pág. 6.

<sup>34</sup> STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 7º.

<sup>35</sup> Padres a los que se les otorgó el amparo en ejercicio de su derecho a la libertad religiosa.



la vida [menos aún, como es lógico, a través de o con la intervención de un tercero, a través de un sistema regulado y organizado por el Estado] si su decisión no ha sido tomada libremente y con plena comprensión de lo que conlleva.<sup>40</sup>

Asimismo, el Partido Popular considera que limitando el ámbito subjetivo de la ley, y evitando la llamada “pendiente resbaladiza”, dicha norma podría ser constitucional. Según establece:

El gran error que se plantea en la LO 3/2021 es precisamente que no ha ceñido los supuestos a enfermos terminales, como hubiera sido deseable, para de ese modo evitar la pendiente resbaladiza, estando muy acotados los pacientes que la podrían solicitar que se plantea en la LO 3/2021 es precisamente que no ha ceñido los supuestos a enfermos terminales, como hubiera sido deseable, para de ese modo evitar la pendiente resbaladiza, estando muy acotados los pacientes que la podrían solicitar. De hecho, el enfermo terminal se define claramente en el ámbito médico como una persona que por una lesión grave o una enfermedad se encuentra en la fase final de la vida (unos 6 meses de expectativa de vida, aproximadamente) sin ninguna esperanza objetiva de recuperación. En consecuencia, tanto el límite del tiempo (fase final de la vida), como el del diagnóstico (irreversibilidad de la situación) deberían de confluir para garantizar una aplicación que respondiera al principio de seguridad jurídica que recoge nuestra Constitución en su art. 9.3.<sup>41</sup>

Asimismo, añaden los populares que la extensión del “contexto eutanásico” a personas que estén fuera de una enfermedad terminal, puede afectar a la prevención del suicidio a la que todo Estado está obligado<sup>42</sup> porque, para ellos:

La delimitación del contexto eutanásico es crucial. Ese contexto es el muro de separación entre la eutanasia y el suicidio asistido con un derecho al suicidio en general de todos aquellos que por distintos motivos estén cansados de vivir. En este sentido, Oregon, Colombia y Nueva Zelanda sólo permiten la eutanasia en casos de enfermedad terminal (...). Por tanto, debe considerar-

se inconstitucional por vulnerar el art. 9.3 de la CE, así como las garantías exigibles y derivadas del derecho a la vida ex art. 15 CE y 2 CEDH.<sup>43</sup>

Si bien, en los debates parlamentarios y en las enmiendas presentadas a la Proposición de Ley coinciden con Vox en la absoluta y sin excepciones (ni de enfermos terminales<sup>44</sup>) inconstitucionalidad de la ley.<sup>45</sup>

Se tratan conjuntamente los argumentos de ambos recursos porque, aunque el Partido Popular se refiera a la viabilidad de una Ley de muerte digna —aunque con matices—, acotándola a supuestos de enfermedades terminales, se opone radicalmente a los que no lo sean, es decir, a la ley finalmente aprobada (al incluir la Ley enfermedades o padecimientos no terminales).

En definitiva, ambos recurrentes, creen que ninguno de los derechos fundamentales en que se justifica la norma (15 CE en su vertiente de integridad física y moral; 16 CE, libertad ideológica y de conciencia; 18 CE, derecho a la intimidad) pueden ceder frente a la vida en tanto que quedarían sacrificados con la destrucción del derecho a la vida en tanto soporte de todos los restantes.

Como alternativa frente a esta ley proponen una de cuidados paliativos, como medida que entienden igualmente eficaz y no lesiva del principio de proporcionalidad.<sup>46</sup> Denuncian la insuficiente regulación de los cuidados paliativos en España que supone, a su parecer, un condicionamiento en la libertad de decisión del solicitante, que se ve abocado a terminar con su vida.

Así, según expone el Partido Popular en su recurso, la promulgación de esta norma deriva en un me-

<sup>43</sup> Ibid, pág. 87.

<sup>44</sup> A través de la enmienda a la totalidad con texto alternativo que presentaron frente a la Proposición de Ley, concretamente la núm. 208, recogían un artículo de adición que decía que los enfermos terminales tendrían derecho a los “cuidados integrales paliativos de calidad”.

<sup>45</sup> Vid. por todas: Enmienda 198 del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados. Igualmente, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, XIV Legislatura, núm. 249, año 2020, pág. 12: “Señorías, es una ley inoportuna, profundamente inoportuna, porque existe una alternativa clara, una alternativa útil, ética, médicamente aceptada y respetuosa con la dignidad de la persona, la de los cuidados paliativos. Nuestras treinta y cuatro enmiendas defienden eso, defienden esa alternativa, y construyen, como en nuestro texto de la enmienda de totalidad, una opción que defienden todos los expertos en la materia” (Intervención del Diputado Echaniz Salgado por el Grupo Parlamentario Popular).

<sup>46</sup> Vid. Recurso de inconstitucionalidad de Vox, pág. 26.

<sup>40</sup> Vid. Recurso de inconstitucionalidad del Partido Popular, pág. 15. El subrayado es propio.

<sup>41</sup> Ibid, pág. 86.

<sup>42</sup> Ibid, pág. 87.

noscabo del derecho a la protección de la salud ex art. 43 CE y del derecho del art. 15 CE:

Un ámbito en que no puede ignorarse la incidencia de la desincentivación de los cuidados paliativos verdadera obligación del Estado derivada no solo del derecho a la protección a la salud del art. 43 CE, sino del mandato de protección del art. 15 CE. En lugar de adoptar medidas para evitar el sufrimiento que lleva a pedir la eutanasia, se elimina el sufrimiento mediante la eliminación de la vida.<sup>47</sup>

## 5. Argumentos a favor de la constitucionalidad de la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia: la eutanasia como derecho fundamental

El análisis se ceñirá al examen de la vulneración del art. 15 CE, en tanto que es la base de la que parten ambos recursos, y a la que se subordinan el resto de infracciones.<sup>48</sup> Se analizarán y debatirán las objeciones planteadas por los recurrentes tendentes a la declaración de inconstitucionalidad de la norma.

Como paso previo a analizar los distintos razonamientos aducidos por los recurrentes, se ha de recordar que el Tribunal constitucional no se ha pronunciado acerca de la eutanasia. El único caso en que se planteó directamente esta cuestión fue resuelto mediante un auto, sin entrar en el fondo del asunto y con archivo de las actuaciones que rechazó la solicitud de sucesión procesal instada por la heredera del que ya había fallecido.<sup>49</sup>

<sup>47</sup> Vid. Recurso de inconstitucionalidad del Partido Popular, pág. 36.

Por esta razón, como se adelantó anteriormente, ante la Proposición de Ley, presentaron una enmienda a la totalidad con texto alternativo de cuidados paliativos, que garantiza “la vida digna” Enmiendas a la totalidad (texto alternativo) presentadas en relación con la Proposición de Ley Orgánica de regulación de la eutanasia: [https://www.congreso.es/backoffice\\_doc/prensa/notas\\_prensa/76388\\_1599555293691.pdf](https://www.congreso.es/backoffice_doc/prensa/notas_prensa/76388_1599555293691.pdf)

<sup>48</sup> Vid. Recurso de inconstitucionalidad de Vox que también alega la vulneración de los arts. 16, 23, 24, 53, 88, 89.1 y 106.1 CE; el Grupo Popular: 10.1 y 2, 14, 16, 23, 49, 53.2, 93, 96.1, 168 y 169 CE.

<sup>49</sup> ATC 242/1998, de 11 de noviembre.

## 5.1. La noción “vida”. Especial referencia a la STC 53/1985, de 11 de abril

Como apunta REY MARTÍNEZ, los cuatro modelos sobre el estatuto constitucional de la eutanasia, a priori, son válidos. Esto es así por cuanto si se atiende al texto de la CE y a las referencias que el mismo contiene acerca del derecho a la vida, se pueden extraer innumerables interpretaciones.

El art. 15 CE establece:

Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.

De la lectura de este precepto no se extrae una conclusión respecto del derecho a la eutanasia. Tampoco se estableció, en la elaboración del texto constitucional, este precepto con la mirada puesta en ese posible debate, a diferencia de lo que ocurrió con el aborto o con la pena de muerte.<sup>50</sup>

Los recurrentes, con la intención de razonar que la vida no puede ceder ante otros derechos fundamentales, traen a colación la doctrina del TC referida a que la vida es el soporte existencial para el resto de derechos fundamentales.<sup>51</sup> Y esta afirmación es lógica por cuanto sin vida no se podrían especificar el resto de derechos, es cronológicamente antecedente al resto.

Así, la STC 53/1985, de 11 de abril, dispone que la vida:

Es la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional —la vida humana— y constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible. Indisolublemente relacionado con el derecho a la vida en su dimensión humana se

<sup>50</sup> JUANATEY DORADO, C., *Derecho, suicidio...* cit. pág. 337-338.

Vid. Diario de Sesiones de la Comisión Constitucional, núm. 66, de 18 de mayo, y del Pleno, núm. 105, de 6 de julio. Solamente se discrepa sobre lo relacionado con la posible legalización del derecho al aborto (a este respecto Enmienda de D. Manuel Fraga, pág. 2461) y la abolición de la pena de muerte.

<sup>51</sup> STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 3º.

encuentra el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, reconocido en el art. 10 como germen o núcleo de unos derechos «que le son inherentes». La relevancia y la significación superior de uno y otro valor y de los derechos que los encarnan se manifiesta en su colocación misma en el texto constitucional, ya que el art. 10 es situado a la cabeza del título destinado a tratar de los derechos y deberes fundamentales, y el art. 15 a la cabeza del capítulo donde se concretan estos derechos, lo que muestra que dentro del sistema constitucional son considerados como el punto de arranque, como el *prius* lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos.

Se ha de precisar, en primer término, que en esta sentencia se resolvió un recurso previo de inconstitucionalidad promovido por el Partido Popular contra el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del art. 417 bis del CP, de despenalización del aborto en determinados supuestos. La resolución se refiere al aborto, y no a la eutanasia, concretamente al momento en que se considera que se constituye la vida humana a efectos de determinar el delito de aborto.

Por razones lógicas, no entra en la decisión respecto del propio final de la vida, en tanto que versa sobre su comienzo. Por tanto, lo razonado en esta sentencia no cuestiona, y en absoluto es trasladable, a lo establecido por la norma reguladora de la eutanasia. Pero, en cualquier caso, que la vida es el “*prius* lógico y ontológico” de todo derecho es una realidad, es algo indiscutible, y sin vida no hay sujeto de derechos.<sup>52</sup>

No obstante, la propia Sentencia de 1985, al establecer qué se entiende por “vida”, no obvia que la muerte es algo consustancial a la misma, en tanto que es el último momento que la conforma: “que la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad bioló-

gica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana, y que termina en la muerte”<sup>53</sup>.

Los recurrentes, con cita a la STC del aborto, tienden a una radicalización del concepto de “vida” en su vertiente de “existencia”, y la promueven como un derecho-deber inatacable (llega a señalar Vox que se ha de imponer incluso frente a su titular<sup>54</sup>), concepción que es del todo errónea: en tanto que la vida comienza con el nacimiento y termina con la muerte, comprende su inicio y su final (y, consecuentemente, comprende las decisiones libres de su titular con respecto al mismo). La decisión respecto del último momento que conforma el derecho supone que no hay ningún derecho constitucional absoluto, como posteriormente se verá, y todavía menos limitado a un extremo del mismo: la existencia.

Así, Vox señala que no se trata de proteger el “bien vida”, sino el derecho fundamental a la vida:

Lo primero que ha de resaltarse es que no nos hallamos ante el “bien vida” sino ante el derecho fundamental esencial y troncal a la vida, que tiene un carácter absoluto, como supuesto ontológico sin el que los restantes derechos tendrían existencia posible (...). No nos encontramos, como parece afirmar el Preámbulo, en el conflicto ante bienes constitucionales; sino ante la decisión de eliminar irreparablemente el derecho fundamental a la vida y con él la totalidad de haz de derechos que tienen a la vida como sustrato.

Lejos de afirmar, como señala Vox, que el Preámbulo evidencia que se está ante un problema de conflicto de bienes constitucionales, este reitera su concurrencia, su necesidad de interpretar los derechos fundamentales como un todo (el Preámbulo habla de “co-honestar” el derecho a la vida con el resto de derechos y bienes constitucionalmente protegidos).

En consonancia con lo que plantea el Preámbulo de la LORE, el TC, en la propia resolución que traen a colación los recurrentes, señala: “todos los bienes y derechos constitucionalmente reconocidos, en determinados supuestos puede y aun debe estar sujeta a limitaciones”.<sup>55</sup> Y estas afirmaciones lo efectúa el

<sup>52</sup> Vid. Voto Particular de Francisco Tomás y Valiente a la STC 53/1985 de 11 de abril: denunció la falta de fundamento para considerar que la vida es un valor central del ordenamiento constitucional. En su voto particular, decía: “(...) que el concepto de persona es el soporte y el *prius* lógico de todo derecho me parece evidente y yo así lo sostengo. Pero esta afirmación no autoriza peligrosas jerarquizaciones axiológicas, ajenas por lo demás al texto de la Constitución, donde, por cierto, en su art. 1.1 se dice que son valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político: Esos y sólo esos. Frente a tan abstractas consideraciones sobre la vida como valor, llama la atención que en la Sentencia no se formule ninguna sobre el primero de los que la Constitución denomina valores superiores: La libertad”.

<sup>53</sup> STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 5º.

<sup>54</sup> Vid. Recurso de inconstitucionalidad de Vox, pág. 6. Esta afirmación que efectúa Vox la extrae de la STC 120/1990, de 27 de junio, que se refería a la alimentación de presos en una huelga de hambre.

<sup>55</sup> STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 9º.

A este respecto, sobre los derechos absolutos, vid. JUANATEY DORADO, C., Derecho, suicidio... cit. pág. 371.

TC en el aborto, para mantener la constitucionalidad del sistema de indicaciones, cuestión que es incluso más compleja que la de la eutanasia (en esta última, donde solamente están en juego los intereses de un mismo individuo).<sup>56</sup> Por tanto, y como se señalará en el siguiente epígrafe, el procurar un final digno, en cuanto parte del reconocimiento de los derechos fundamentales entendidos como un todo, de la “vida digna” (ex art. 15 y 10 CE), supondría una interpretación más próxima a la afirmación de coexistencia de los distintos bienes, principios y derechos que proclama el texto de la CE.

Con esta tesis, no se está negando la noción “vida”, sino que con la proclamación del derecho a la eutanasia se está perfeccionando: se muestra la importancia de que la vida acabe apropiadamente, de que la vida termine de acuerdo con la manera en que se ha vivido, de que se respete.<sup>57</sup>

## 5.2. El derecho a la vida digna

Tanto Vox como los Populares citan, con el fin de razonar su pretensión, la STC 120/1990, de 27 de junio (caso GRAPO), con respecto al derecho a vida. El TC señaló en ese concreto supuesto que el art. 15 CE no podía interpretarse afirmando que este comprenda el derecho fundamental a poner fin a la propia existencia.<sup>58</sup> En definitiva, el TC entiende que no resulta posible admitir que del tenor del art. 15 CE se desprenda un derecho a la propia muerte.<sup>59</sup>

La anterior afirmación es a la que apelan los recurrentes para argumentar la incompatibilidad del derecho a la eutanasia con el texto de la CE. En primer término, se ha de analizar cuál es el supuesto de hecho al que se refiere la sentencia. Un grupo de personas pertenecientes al GRAPO (Grupos de Resistencia Antifascista Primero de Octubre), que se encontraban en centros penitenciarios, se declararon en huelga de hambre con el fin de obtener mejoras carcelarias. Tra-

taban de conseguir que la Dirección General de Instituciones Penitenciarias les permitiese concentrarse en un único centro. Ante la negativa de los huelguistas de ingerir alimentos, fueron ingresados en distintos centros hospitalarios.<sup>60</sup>

Un primer acercamiento al supuesto de hecho demuestra que se trata de casos del todo diferentes en tanto que la sentencia se refiere a la alimentación forzosa de presos en huelga de hambre, los cuales mantienen con la administración una relación de sujeción especial.<sup>61</sup> Por lo que, en principio, nada legitima a equiparar lo fundamentado en esta sentencia y la eutanasia.

Dicho lo anterior, hay que tener en cuenta el contexto en el que se realizaron estas afirmaciones: la finalidad de esas personas no era morir, sino que perseguían objetivos de política penitenciaria.<sup>62</sup> Esto último queda reflejado claramente en la sentencia cuando, a raíz de la presunta vulneración del derecho reconocido en el art. 15 CE, dice:

Además, aunque se admitiese la tesis de los recurrentes, tampoco podría apreciarse que, en el caso contemplado, se produce vulneración de ese pretendido derecho a disponer de la propia vida, puesto que el riesgo de perderla que han asumido no tiene por finalidad causarse la

<sup>60</sup> También en este concreto supuesto la doctrina discrepaba de la futura solución del TC: vid. ATIENZA RODRÍGUEZ, M., “La argumentación en un caso difícil, la huelga de hambre de los presos del Grapo”, *Jueces para la democracia*, n.º 9, 1990, págs. 31-37. Discrepancia que también se muestra a través de los votos particulares de la resolución.

<sup>61</sup> *Ibid*, la Sentencia reconoce que la alimentación forzosa no sería lícita si se tratase de ciudadanos libres; a este respecto, Voto Particular de Rodríguez Piñero a la Sentencia que considera que no puede haber un límite adicional a los derechos fundamentales del penado.

<sup>62</sup> Una vez advertido que el supuesto de hecho es diferente, es de destacar que, aún en el caso de que se tomase como válida esa tesis, no ha de olvidarse que la jurisprudencia del TC es cambiante, de ahí la permanente renovación de sus magistrados, que representan la realidad social y que, en su debido momento, habrán de interpretar el art. 15 CE, a la luz del estado actual de las libertades pues la sentencia es de hace tres décadas. Tal y como señala el profesor FERNÁNDEZ SEGADO la renovación parcial de los magistrados del TC, entre otras cuestiones, asegura el progresivo *aggiornamento* de la jurisprudencia constitucional, canalizando, de este modo, la comunicación que debe existir entre las corrientes de opinión social y el TC (vid. FERNÁNDEZ SEGADO, F., *El sistema constitucional español*, Ed. Dykinson, Madrid, 1992, pág. 1061).

El caso de Ramón Sampedro podría haber sido una oportunidad para que el TC se pronunciase acerca de este extremo, pero antes de que pudiera hacerlo ocurrió el deceso del sujeto al instante con lo que el TC declaró extinguido el procedimiento, por fallecimiento del demandante (vid. ATC 242/1998, de 11 de noviembre).

<sup>56</sup> JUANATEY DORADO, C., “La eutanasia voluntaria en el derecho penal español”, *Revista DMD* 67, 2014, pág.13.

<sup>57</sup> DWORKIN, R., *Life's dominion. An argument about Abortion and Euthanasia*, Harper Collins, Londres, 1993, pág. 199.

<sup>58</sup> SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 7º y de la misma forma se acogen los pronunciamientos de la 154/2002, de 18 de julio, referida a la muerte de un menor testigo de Jehová porque no quería acceder a una transfusión de sangre y que no fue persuadido por sus padres para realizársela, en ejercicio de su derecho a la libertad religiosa.

<sup>59</sup> *Ibid*.

muerte, sino la modificación de una decisión de política penitenciaria que tratan de obtener incluso a expensas de su vida.<sup>63</sup>

En la misma línea se pronuncia el TC cuando afirma que:

Una vez establecido que la decisión de arrostrar la propia muerte no es un derecho, sino simplemente manifestación de libertad genérica, es oportuno señalar la relevancia jurídica que tiene la finalidad que persigue el acto de libertad de oponerse a la asistencia médica, puesto que no es lo mismo usar de la libertad para conseguir fines lícitos que hacerlo con objetivos no amparados por la ley, y, en tal sentido, una cosa es la decisión de quien asume el riesgo de morir en un acto de voluntad que sólo a él afecta, en cuyo caso podría sostenerse la ilicitud de la asistencia médica obligatoria o de cualquier otro impedimento a la realización de esa voluntad, y cosa bien distinta es la decisión de quienes, hallándose en el seno de una relación especial penitenciaria, arriesgan su vida con el fin de conseguir que la Administración deje de ejercer o ejerza de distinta forma potestades que le confiere el ordenamiento jurídico; pues, en este caso, la negativa a recibir asistencia médica sitúa al Estado, en forma arbitraria, ante el injusto de modificar una decisión, que es legítima mientras no sea judicialmente anulada, o contemplar pasivamente la muerte de personas que están bajo su custodia y cuya vida está legalmente obligado a preservar y proteger.<sup>64</sup>

De la misma forma el TC señala que se ha de distinguir entre el ejercicio de la libertad genérica de arrostrar la propia muerte con el impedir que presos (que tienen una relación de sujeción especial con la Administración) procuren su muerte. Es decir, se ha de distinguir entre la libertad genérica de afrontar la propia muerte con el derecho a decidir sobre la propia vida en condiciones de padecimiento o enfermedad que genere sufrimiento.

El TC considera en este concreto supuesto que la disposición sobre su propia vida es una manifestación del *agere licere* (libertad para actuar, acciones irrelevantes para el derecho). Pero en el caso de la eutanasia no se está hablando de esta manifestación del *agere licere* como tratan de argumentar los recurrentes,

no se trata de un suicidio como manifestación de la libertad de actuar: se trata de decidir cómo y cuándo poner fin a una vida que resulta en un padecimiento para su titular. Y ante esto el Estado ha de actuar. No es equiparable la fundamentación de los recurrentes, además completamente descontextualizada por la relación de sujeción especial preso-administración, por cuanto existe una notable diferencia entre ambas situaciones.<sup>65</sup>

A mayor abundamiento, el FJ 5° de la Sentencia advierte que ante supuestos de hecho distintos, cabría soluciones diferentes:

... nos hallamos frente a un recurso de amparo, de manera ceñida al concreto contenido de dicha resolución judicial y a las peculiares circunstancias que singularizan la situación vital y jurídica en la que ésta se ha producido, cuidando, por tanto, de limitar nuestras consideraciones de alcance genérico o aquellas que se evidencien necesarias para la decisión del concreto problema que aquí se plantea con el fin de evitar todo confusiónismo con otros supuestos de asistencia médica obligatoria distintos del presente, que quizás requieran diferente solución en atención a las diferentes condiciones en que aquéllos se susciten

[...]

En tan vasto campo del pensamiento, nuestro enjuiciamiento, teniendo siempre en cuenta esa trascendencia axiológica del problema, no puede estar dirigido más que por aquellos criterios jurídicos constitucionales que nos lleven a encontrar si la resolución judicial impugnada es conforme con nuestra Constitución, ateniéndonos, según dejamos dicho, al caso concreto que se nos plantea, sin extendernos a consideraciones que lo desborden y siendo plenamente conscientes de los límites intrínsecos del Derecho.<sup>66</sup>

<sup>63</sup> Establece explícitamente la STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8°: “Y aquí debemos recordar que, según dejamos expuesto, la asistencia médica se impone en el marco de la relación de sujeción especial que vincula a los solicitantes de amparo con la Administración penitenciaria y que ésta, en virtud de tal situación especial, viene obligada a velar por la vida y la salud de los internos sometidos a su custodia; deber que le viene impuesto por el art. 3.4 de la logp, que es la Ley a la que se remite el art. 25.2 de la Constitución como la habilitada para establecer limitaciones a los derechos fundamentales de los reclusos, y que tiene por finalidad, en el caso debatido, proteger bienes constitucionalmente consagrados, como son la vida y la salud de las personas”.

<sup>66</sup> *Ibid.*

<sup>63</sup> STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 7°.

<sup>64</sup> *Ibid.*

Parece que el TC, en caso de que no existiese una relación de sujeción especial, y en otras circunstancias diferentes, podría haber adoptado una distinta solución.<sup>67</sup> Si se tomasen como aplicables a la eutanasia las afirmaciones de la sentencia que traen a colación los recurrentes, se llegaría a la siguiente conclusión: a nivel individual, quienes deseen acabar con su vida por los sufrimientos que padecen, están obligados a vivir en contra de su voluntad.<sup>68</sup>

Sin embargo, como ha puesto de manifiesto la doctrina, el TC efectúa una interpretación ambigua del derecho a la vida, y esto es lo que determina el debate. Tal y como señala RUIZ MIGUEL, en esta Sentencia, el TC parece restringir sus criterios al caso concreto (huelguistas del GRAPO) y, por otro, parece que sus argumentos tengan un alcance general que sobrepasa el caso específico.<sup>69</sup>

Por las razones expuestas, por la falta de paralelismo con el supuesto de hecho y por los fundamentos jurídicos contenidos para la situación concreta que se trae a colación, queda abierta la vía a la interpretación del art. 15 CE en casos como el presente, ya que el TC no se ha pronunciado de manera directa acerca del derecho a disponer sobre la propia vida cuando esta sea indigna, fruto de un padecimiento grave o una enfermedad irreversible, y cuando ese sea su fin.<sup>70</sup>

La interpretación que se considera más acorde desde la óptica constitucional es la de que la eutanasia, entendida como el ejercicio del derecho a disponer sobre la propia vida dadas unas ciertas condiciones, forma parte del derecho reconocido en el art. 15 CE del derecho a la vida. Este derecho abarca *desde el principio hasta el fin* de la misma, pues la muerte no es un fenómeno independiente o ajeno a la vida, sino uno de sus extremos o el último de sus hechos.<sup>71</sup> Frente a la concepción que considera que la muerte no forma

parte de la vida, que es su antítesis, cabe sostener la idea de que se trata del último de sus episodios, formando parte, conceptualmente, de ella.

El reconocimiento del derecho a la eutanasia deriva de una interpretación lógico-sistemática de la CE: del art. 15 CE, en relación con el art. 10.1 CE, que merece que no se reconozca un derecho a la mera existencia, sino un derecho a la vida digna, que comprenda las decisiones con respecto al final de la misma. Además de que la CE no recoge un deber, como posteriormente se analizará, por parte del titular del derecho, de vivir en condiciones que él mismo rechaza.<sup>72</sup> Por lo que habrá que diferenciar entre el derecho y el deber: el derecho a la vida y ese pretendido “deber” de vivir.

No puede obviarse, al analizar el derecho a la vida, la cláusula que antecede a este derecho, la del art. 10.1 CE, que recoge las nociones de dignidad de la persona y de libre desarrollo de la personalidad, cláusula rectora en la interpretación constitucional y base de los derechos fundamentales. El art. 15 CE no puede ser analizado sin enlazarlo con la dignidad de la persona porque, de lo contrario, el Estado protegería la simple existencia y estaría obviando el reconocimiento de la dignidad como principio en la interpretación del derecho.

La tutela del derecho a la vida supone reconocer a la persona en cuanto individuo digno y libre.<sup>73</sup> Y la dignidad se especifica como reveladora del respeto al valor inherente de la propia vida, que potencia su desarrollo y lo perfecciona. La dignidad es, en palabras del TC, un valor “espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás”.<sup>74</sup> La libertad, por su parte, se configura como un valor superior e impregna la totalidad del ordenamiento: permite el desarrollo de los ciudadanos en la diversidad y en la pluralidad.

Es consecuente con la dignidad el poder disponer de la propia vida, el tener una muerte digna. Y no existe muerte más digna que aquella que es elegida

<sup>67</sup> NUÑEZ PAZ, M. A., *Interrupción voluntaria de la vida humana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 92.

<sup>68</sup> CAMBRÓN, A., “La eutanasia, derecho fundamental”, *Revista DMD* 82, 2020.

<sup>69</sup> RUIZ MIGUEL, A., “Autonomía individual y derecho a la propia vida”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1993, pág. 140. Del mismo modo, NUÑEZ PAZ, M. A., *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad, problemática jurídica a la luz del Código penal de 1995*, Ed. Tecnos, Madrid, 1999, pág. 305.

<sup>70</sup> De la misma forma se pronuncia JUANATEY DORADO, C., *Derecho, suicidio...* cit. pág. 367.

<sup>71</sup> Por extremo se entiende el límite temporal en el que ocurre la muerte del sujeto, de la misma manera que se considera el nacimiento como el primero de sus extremos, su origen.

<sup>72</sup> Sobre este particular, más ampliamente: NUÑEZ PAZ, M. A., *Homicidio consentido...* cit. pág. 292-293.

<sup>73</sup> CARBONELL MATEU, J. C., “El derecho a decidir sobre sí mismo: eutanasia y maternidad. A propósito de la Proposición de Ley Orgánica sobre la Eutanasia”, en *Represión Penal y Estado de Derecho, Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Ed. Thomson Reuters, Aranzadi, 1ª edición, Pamplona, 2018, pág. 801 y ss.

<sup>74</sup> STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 8º.

por el titular del derecho, como corolario de su libertad.<sup>75</sup> Si no se admitiese esta tesis, se estaría afirmando que el titular del derecho a la vida no es la persona sino acaso el Estado.<sup>76</sup>

Aunque ningún precepto de la CE recoja directamente el derecho a decidir sobre la propia vida, este se configura como un derecho que deriva del art. 15 CE, del derecho a la vida, en relación con el 10.1 CE, relativo a la dignidad de la persona. Así entendida, la dignidad en el proceso de la vida se perfecciona respetando la decisión de su titular respecto de su muerte, constituye una parte integrante del derecho decidir acerca de su propio destino. En otras palabras, decidir sobre la propia muerte es una expresión de la autodeterminación de la propia vida. De lo contrario, el derecho a la vida se reduciría a un derecho a la mera existencia, sin tener en cuenta la dignidad.

Constituye, por lo anterior, un derecho elegir cómo morir con determinadas limitaciones.<sup>77</sup> Limitaciones que, además, los recurrentes aprecian en su escrito al entender que sería compatible con la jurisprudencia tanto del TC como del TEDH —si cumplierse con determinados requisitos— a pesar de abanderar la inconstitucionalidad de base de la norma (ex art. 15 CE).<sup>78</sup> Resulta llamativo que los recurrentes defiendan la inconstitucionalidad *ab initio* de la norma<sup>79</sup> y, posteriormente, especifiquen qué régimen la haría más garantista.

El Partido Popular hace alusión en su recurso a la necesidad de restringir el ámbito de la ley por promover la llamada “pendiente resbaladiza”.<sup>80</sup> Bá-

sicamente, traen a colación este argumento por el temor a que se genere una dinámica social de pérdida del respeto por la vida. Se trata, según esta teoría “consecuencialista”, de evitar dar un primer paso que conllevaría resultados no deseables y que aconseja abstenerse de hacerlo.<sup>81</sup> Consideran que este riesgo se percibe en la ley por lo amplio del contexto eutanásico (que debería ceñirse a enfermedades terminales) y por la pérdida de valor del derecho a la vida.<sup>82</sup> También por la indemostrabilidad de que existió solicitud de eutanasia<sup>83</sup> y por los posibles errores en el diagnóstico.<sup>84</sup>

El análisis se centrará en la primera de las objeciones, pues las restantes no son sino razones de perfección legislativa, y del modo de establecer el procedimiento, que requerirían un debate más profundo y en el que se precisa tomar en consideración la realidad médica y hospitalaria.

Si se acogiera ese planteamiento de limitar el ámbito subjetivo de la ley a enfermos terminales, se estaría ante otro debate, pues se prescindiría de la Ley de eutanasia y se promovería, en su lugar, una ley de cuidados al final de la vida que es, en puridad, lo que planteaban tanto en los debates como en el trámite de enmiendas en sede parlamentaria.<sup>85</sup>

Si la regulación se ciñese a enfermos terminales se excluiría a personas que padezcan sufrimientos crónicos e imposibilitantes y a los que tuviesen una enfermedad incurable, pero que no fuese terminal. Se obvia que en la práctica médica para los enfermos terminales existen soluciones que hasta ahora son las que se han venido utilizando (con la llamada sedación paliativa o terminal<sup>86</sup> y con la eutanasia activa

<sup>75</sup> DWORKIN, R., *Life's dominion...*, cit. pág. 199. En términos idénticos: DWORKIN, R., NAGEL, T., NOZICK, R., RAWLS, J., SCANLON T., JARVIS THOMSON, J., *Amicus Curiae*, “Assisted Suicide: The Philosophers Brief”, *The New York Review of Books*, vol. XLIV, núm. 5, 1997, pág. 47. En el mismo sentido, TOMÁS Y VALIENTE, F., *A orillas del Estado*, Taurus, Madrid, 1996, pág. 218.

<sup>76</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Los límites de la vida y la libertad de la persona*, Ed. Tirant lo Blanch, 1ª edición, Valencia, 2011, pág. 171: “Esta concepción no es convincente, pues parte de una concepción el Estado bien conocía, por lo que no requiere más argumentación, que no puede compartirse”.

<sup>77</sup> Limitaciones en orden a salvaguardar el libre consentimiento por parte del enfermo, que inviten a la cautela en la regulación de este derecho.

<sup>78</sup> Vid. Recurso de inconstitucionalidad del Partido Popular, pág. 54.

<sup>79</sup> Tanto en algunos puntos de su recurso como en las enmiendas propuestas al texto de la PLORE, así como en los debates en el Parlamento.

<sup>80</sup> DE LA TORRE DÍAZ, J., “Eutanasia y suicidio asistido. Razones y argumentos para pensar” en MARCOS, A.M., DE LA

TORRE, J., (eds.), *Y de nuevo la eutanasia, Una mirada nacional e internacional*, Ed. Dykinson, 1ª edición, Madrid, 2019, pág. 16.

<sup>81</sup> Sobre este particular en TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., *La disponibilidad de la vida...* cit. pág.135 y ss.

<sup>82</sup> Vid. Recurso de inconstitucionalidad del Partido Popular, pág. 77: “lo cual implica que ya en el propio articulado se puede hablar de “pendiente resbaladiza”, esto es, que este derecho que surge ahora en nuestro país se extiende a personas, a colectivos sociales que, en principio, deberían estar excluidos de esta posibilidad”.

<sup>83</sup> Más ampliamente: DE LA TORRE DÍAZ, J., “Eutanasia y suicidio asistido. Razones y argumentos para pensar” en MARCOS, A.M., DE LA TORRE, J., (eds.), *Y de nuevo...* cit. pág. 18.

<sup>84</sup> Vid. pág. 86, 97, 103, 136 y 141 del Recurso de inconstitucionalidad del Partido Popular.

<sup>85</sup> Vid. Enmiendas del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados y *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, XIV Legislatura, núm. 249, año 2020, pág. 12.

<sup>86</sup> Sedación terminal donde, a diferencia de la eutanasia, puede tomar la decisión la familia en casos de inconsciencia (vid. art. 9.3

indirecta, que no es punible y que implica aplicar tratamientos terapéuticos destinados a aliviar el dolor, pero que producen un acortamiento de la vida). Si se atendiese a esta petición de los populares, se dejarían fuera casos dramáticos que son, precisamente, los que quiere proteger esta Ley.<sup>87</sup>

Según la interpretación que se ha sostenido en este artículo, se estaría vulnerando el derecho a la vida digna, en tanto que es el presupuesto que permite decidir sobre el propio final, se estaría negando la capacidad de los individuos de autodeterminarse libremente y se les estaría imponiendo la existencia, ignorando su voluntad.<sup>88</sup> Se obviaría la decisión libre de cualquier enfermo grave, pero no terminal y se limitaría injustificadamente la decisión con respecto a su propia vida, de la que es titular.

Los populares justifican esta limitación a enfermos terminales por los posibles peligros que puede implicar ampliar el espectro de personas que pueden solicitar la eutanasia. Si esta es la preocupación, estos posibles riesgos a los que hacen alusión deben servir para lograr el equilibrio, no para restringir un derecho. El reconocimiento del riesgo que constituye admitir la eutanasia no anula el abuso opuesto, y que hasta ahora cabía afirmar, de cercenar la autonomía de la voluntad como instrumento para los fines de otros<sup>89</sup>.

### 5.3. El deber del Estado de proteger la vida

Vox, en su recurso, y con referencia a la STC 120/1990, de 27 de junio (caso GRAPO), extrae la siguiente conclusión respecto del Estado frente al derecho a la vida: el Estado debe proteger el derecho a la vida frente a todos, también “frente a quien aparece como su titular”. Procede recordar el contexto en el que el TC realizó estas afirmaciones: se refería a la alimentación forzosa de presos en huelga de hambre, donde había una relación de sujeción especial preso-administración, donde el Estado tenía frente a ellos un deber de custodia. De ahí que se otorgue dicha protec-

ción incluso frente a su titular, además en un contexto en que la muerte se utilizaba como instrumento político, no como un fin.

Para una interpretación más acorde con el texto de la CE cabría decir que el Estado tiene la obligación negativa de no lesionar la esfera individual y el deber positivo de velar por la efectividad de los derechos fundamentales.<sup>90</sup> En coherencia con lo expuesto, si de la interpretación del art. 15 CE en relación con el art. 10.1 CE se deduce un derecho a disponer de la propia vida bajo determinadas condiciones, el Estado tiene la obligación de garantizar la decisión íntima del titular del derecho siempre que la haya tomado de manera libre y consciente, y garantizarlo implica observar el recto cumplimiento de las cautelas que exija la norma reguladora de la eutanasia.

Si el Estado no respeta la decisión libre de disponer sobre la propia vida, está lesionando el derecho que tiene la obligación de proteger. En el caso de que se concibiese esta obligación del Estado (proteger la existencia) como absoluta, y en esos términos, se correría el riesgo de imponer un derecho *contra* el individuo supuestamente protegido.<sup>91</sup> Y esto es lo que parecen plantear los recurrentes, en tanto que entienden que el Estado debe proteger o imponer al individuo esa pretendida interpretación del derecho a la vida, incluso a costa de su voluntad.<sup>92</sup>

### 5.4. Los cuidados paliativos

En este apartado se estudiará la alternativa que los recurrentes plantean frente a la eutanasia: los cuidados paliativos. Se examinará su suficiencia y alcance, así como si esta vela por las garantías que, según la interpretación anteriormente sostenida, ofrece el art. 15 CE.

Los recurrentes manifiestan, tanto en su escrito de inconstitucionalidad como durante la tramitación parlamentaria, que se debe prescindir de la Ley de eutanasia y se debe regular mediante una Ley estatal los cuidados paliativos ya que, según expresan, constitu-

Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente)

<sup>87</sup> Como el de Ramón Sampederro.

<sup>88</sup> Además, sería contrario a la CE ceñirlo a enfermos terminales, discriminando a aquellos que sufran un padecimiento insoportable o una enfermedad incurable, pero que no sea terminal, y esto implicaría una radical contrariedad a las exigencias del art. 14 CE.

<sup>89</sup> RUIZ MIGUEL, A., “Autonomía individual y derecho a la propia muerte”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 89, mayo-agosto, 2010, pág. 37.

<sup>90</sup> STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 4°.

<sup>91</sup> Sobre la compatibilidad del deber del Estado de proteger la vida, vid. Sentencia C-239/97 de la Corte Constitucional de Colombia que trata la necesidad de que se tenga en cuenta la dignidad de la persona.

<sup>92</sup> Sobre este particular de la imposibilidad de imponer la vida vid. JUANATEY DORADO, C., *Derecho, suicidio...* cit. pág. 370.



yen la única opción válida, proporcional y respetuosa con el art. 15 CE.<sup>93</sup>

Igualmente, consideran que por el hecho de que las medios paliativos están insuficientemente regulados en el ordenamiento jurídico español, los ciudadanos se ven abocados a solicitar la eutanasia, en tanto constituye su única manera de aliviar el dolor, pues la insuficiente regulación de los paliativos puede condicionar la libre decisión del solicitante.<sup>94</sup>

Para abordar la primera cuestión —la de que los cuidados paliativos son la opción frente a la eutanasia— conviene detenerse en la definición de ambos conceptos.

La Real Academia Nacional de Medicina de España define los cuidados paliativos de la siguiente manera:

Cuidados sanitarios específicos, activos e integrales prestados a los pacientes con una enfermedad avanzada, progresiva e incurable, y a sus familias con objeto de aliviar su sufrimiento y mejorar su calidad de vida. Se llevan a cabo tanto en atención primaria como en el hospital por un equipo interdisciplinar de profesionales sanitarios formado por médicos, enfermeras, auxiliares de enfermería, psicólogos y trabajadores sociales.

Y la eutanasia queda determinada de esta forma:

Muerte de una persona muy enferma, en fase terminal o con sufrimientos insoportables, derivada de un acto directo o indirecto para acelerar su fin, o de la omisión de las medidas terapéuticas para prolongar su vida.

A la luz de estas dos definiciones se llega a la conclusión de que la regulación de los cuidados al final de la vida no es incompatible con la de la eutanasia, al no servir a los mismos hechos: en un caso se ofrece para atenuar el dolor y, en otro, para asegurar la cesación demandada de la vida.<sup>95</sup> Dicho de otro modo, los

<sup>93</sup> Estas afirmaciones son las mismas que sostiene la Conferencia Episcopal Española, “Sembradores de Esperanza: acoger, proteger y acompañar en la etapa final de la vida”.

<sup>94</sup> Vid. Recurso de inconstitucionalidad del Partido Popular, pág. 65.

<sup>95</sup> De la misma forma se pronuncia JUANATEY DORADO, C., “Sobre la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia... cit. pág. 74.

De hecho, el art. 5 LORE, en su punto 1 letra b), señala que el enfermo ha de tener acceso a toda la información que requiera, así como a la información relativa a las distintas alternativas que se le ofrecen y, entre ellas, la referida a los cuidados paliativos.

cuidados paliativos tienden a la intervención sanitaria para disminuir el padecimiento; la eutanasia supone el derecho de poner fin a la vida de un paciente sin perspectiva de curación.

Se podría hablar, en todo caso, de relación de complementariedad entre ambas figuras, porque no solo sirven a distintos hechos, sino que atienden diferentes finalidades. La propia ley garantiza este extremo, o más concretamente, lo promueve: establece que los solicitantes serán informados de la posibilidad de acceder a los cuidados paliativos comprendidos en la cartera común del Sistema (vid. art. 5.1 letra b) de la Ley).<sup>96</sup>

Nada impide que ambas regulaciones puedan coexistir, ya que están dirigidas a resolver problemas y voluntades diferentes.<sup>97</sup> Esta ha sido la solución adoptada en algunos de los países del entorno europeo, donde en una ley se regulan los cuidados paliativos y, en otra, la eutanasia.<sup>98</sup>

Respecto de la segunda cuestión —la insuficiente regulación en España— distintas autonomías han propiciado leyes en sus respectivos ámbitos referentes a los cuidados al final de la vida.<sup>99</sup> Si bien, según informa la Sociedad Española de Cuidados Paliativos (SECPAL), y también la de enfermeros (AECPAL), estos resultan insuficientes, y tanto esta como la de enfermeros, inciden en la necesidad de que se garanticen mediante una ley nacional.<sup>100</sup>

En consonancia con lo que plantean los partidos mayoritarios en el seno del Congreso de los Diputa-

<sup>96</sup> Sin embargo, en la práctica médica, no puede obviarse que con anterioridad a que se promulgara la Ley de eutanasia, en caso de enfermedades terminales, en algunas ocasiones, lo que se encontraba bajo el nombre de “medios paliativos”, incrementaba el riesgo de muerte anticipada del paciente o, en algunas ocasiones, la provocaba. A ello se sumaba que, en muchos supuestos, no era el enfermo quien decidía sino sus familiares. A lo que habría que preguntarse ¿qué diferencia había con la eutanasia?, ¿cuál era la finalidad?, ¿aquellas opciones eran más garantistas?, ¿se estaba realmente ante medios paliativos o ante una clase de eutanasia? Por lo pronto, parece recomendable que ambos conceptos queden diferenciados —pues no tienen la misma finalidad— y que se promueva una Ley de la eutanasia garantista que permita que el enfermo sea quien decida acerca de su devenir, que tenga la opción, independientemente de que esté ante una enfermedad terminal o no.

<sup>97</sup> JUANATEY DORADO, C., CUERDA ARNAU, M. L., “Nuova legge... cit. pág. 62.

<sup>98</sup> Es el caso, por ejemplo, de Luxemburgo.

<sup>99</sup> Vid. Comunidad Valenciana: Ley 16/2018, de 28 de junio, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de atención al final de la vida.

<sup>100</sup> *Análisis y evaluación de los recursos de Cuidados Paliativos en España*, Monografías SECPAL, SECPAL, Madrid, 2016.

dos y las Sociedades de Cuidados Paliativos, sí sería conveniente la regulación planteada; la garantía de estos cuidados al final de la vida es un deber por parte del Estado, y ha de ser completamente garantizado, reforzando los servicios y asegurando a todos los ciudadanos el acceso gratuito a tratamientos paliativos de calidad.

De hecho, durante la tramitación parlamentaria el Grupo Parlamentario Ciudadanos presentó una enmienda (Enmienda nº 125) a la entonces Proposición de Ley que proponía la adición de un nuevo artículo: “derecho a los cuidados paliativos de calidad”, y garantizaba el acceso a la atención integral para aliviar el dolor para “configurar una regulación integral del derecho a la disposición de la propia vida”.<sup>101</sup>

Sin embargo, existe consenso entre los partidos políticos con mayor representación a nivel parlamentario para promover una regulación integral de las curas paliativas.<sup>102</sup> En los debates del Pleno del Congreso de los Diputados la exministra socialista de Sanidad, M. Luisa Carcedo, ponente para la defensa de la norma de eutanasia, convergía con los populares en homogeneizar la regulación de los paliativos a través de una ley integral pero señalaba, no obstante, que no eran normas incompatibles, por lo que no se oponía a que se produjesen futuros debates en ese sentido.<sup>103</sup> Por tanto, lo procedente será que se llegue a un acuerdo respecto de esta cuestión. Parece que nada impide, partiendo de las mayorías que gozan los recurrentes y el partido gobernante, para que esto se cumpla.

El Grupo Vox, tanto en su agenda política como en sus intervenciones en el seno del Congreso, afirma que el Estado con la Ley de eutanasia está “presionan-

do” a sus ciudadanos para que pidan morir. Comparan la norma con el exterminio durante el periodo nacionalsocialista (con el programa “eutanásico” llamado Aktion T4), y entienden que el Estado provoca la muerte de quien considera que no es digno de vivir. Y estas afirmaciones son del todo inaceptables en tanto que tratan a los ciudadanos como si no tuviesen capacidad de discernimiento. Vista la lógica del recurso, a pesar de que estuviesen regulados los paliativos en España, seguirían promoviendo la derogación de la ley, pues consideran que esta norma en si misma considerada promueve la llamada “cultura de la muerte”.

Como se ha dicho, existe regulación autonómica a este respecto, a falta de una regulación estatal homogénea. Según los criterios de la razón, se podría producir un acuerdo de los partidos mayoritarios con el fin de promover una Ley integral de paliativos, porque según parece ningún partido se opondrá a regularla. Distinto será que en el juego parlamentario se condicione esta regulación a la derogación de la Ley de eutanasia.

Por tanto, en definitiva, la regulación de la eutanasia no imposibilita que se impulse una Ley Integral de Cuidados Paliativos que homogeneice y garantice su acceso en la totalidad de territorios en España. Por más que sea innegable la paradójica apropiación de una Ley de eutanasia antes que una regulación integral de paliativos, esta antinomia de preferencias no parece tener contenido constitucional.

## 6. Conclusiones

El TC no se ha pronunciado acerca de la interpretación del derecho a la vida en supuestos de eutanasia. Sí ha resuelto la delimitación de este derecho en casos de alimentación forzosa de presos en huelga de hambre o en lo referente al aborto. Sin embargo, estas consideraciones que efectúa el TC no son trasladables a la eutanasia, pues en esta se trata de establecer si la decisión de disponer sobre la propia vida, en condiciones de padecimiento, forma parte del derecho del art. 15 CE. Por tanto, queda abierta la vía a la interpretación del derecho a la vida que, en su día, realice el TC al resolver los recursos de inconstitucionalidad presentados frente a la ley.

La LORE se postula como un reflejo de la coexistencia de los valores, principios y derechos que recoge el texto constitucional. El derecho a la vida, que abarca

<sup>101</sup> “(...) A efectos de garantizar el cumplimiento del precepto anterior, los centros sanitarios y sociales, públicos o privados, deberán disponer de medios para prestar cuidados paliativos integrales y de calidad a los pacientes que así lo soliciten, inclusive los menores de edad”. En relación con la Enmienda nº 125 vid. Enmienda 136 del mismo grupo parlamentario que propone las garantías de asesoramiento en cuidados paliativos.

<sup>102</sup> Así, por ejemplo, el Grupo Parlamentario Popular, ante la Proposición de LORE, formuló una enmienda a la totalidad con texto alternativo: proponía una regulación integral de los cuidados paliativos. En los debates del Pleno del Congreso de los Diputados la ex Ministra de Sanidad, M. Luisa Carcedo, ponente para la defensa de la norma de eutanasia, convergía con los populares en homogeneizar la regulación a través de una Ley integral.

<sup>103</sup> Autores como CARBONELL MATEU inciden en esta misma idea, en que son complementarios y suponen diversos grados de la capacidad del ciudadano para tomar decisión sobre él mismo (CARBONELL MATEU, J. C., “Ley de eutanasia: una Ley emanada... pág. 317).

desde el principio hasta el fin de la misma, interpretado desde una perspectiva lógico-sistemática, ha de abordarse en relación con el art. 10.1 CE, cláusula rectora en la interpretación constitucional y base de los derechos fundamentales. Esta interpretación implica que no se reconozca un derecho a la mera existencia, sino un derecho a la vida digna. Y no existe muerte más digna que aquella que determine su titular, como corolario de su libertad. El reconocimiento de este derecho supone, pues, el perfeccionamiento del contenido en el art. 15 CE, en tanto que reconoce la decisión respecto de su último momento.

De esta afirmación se extraen dos conclusiones: que el derecho a la vida ha de ser puesto en relación con los valores, principios y derechos que proclama la CE y que la titularidad del derecho a la vida es de la persona pues, si no se admitiese esta tesis, se estaría afirmando que el titular del derecho a la vida es el Estado.

El argumento de la “pendiente resbaladiza” no puede condicionar la existencia de un derecho. En todo caso, los posibles riesgos que se aprecien pueden ser útiles para equilibrar los requisitos y el procedimiento de la ley, pero en absoluto para impedir su proclamación y para imponer los deseos de otros.

La alternativa que proponen los recurrentes, la de los medios paliativos, no es una opción frente a la eutanasia, pues no sirve a los mismos hechos ni tiene la misma finalidad. En un caso, se ofrece para atenuar el dolor y, en la eutanasia, para asegurar la cesación demandada de la vida. No se trata, por tanto, como argumentan los recurrentes, de una cuestión de proporcionalidad. El hecho de que no se haya planteado antes una Ley Integral de Cuidados Paliativos es reprochable, pero a ello no está sujeto la legitimidad de la LORE.

## 7. Bibliografía

- ALONSO ÁLAMO, M., “Sobre “Eutanasia y Derechos Fundamentales”, Recensión del libro de Fernando Rey Martínez”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, ISSN 1695-0194, 2008.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, M., “La argumentación en un caso difícil, la huelga de hambre de los presos del Grapo”, *Jueces para la democracia*, nº 9, 1990.
- CAMBRÓN, A., “La eutanasia, derecho fundamental”, *Revista DMD* 82, 2020.
- CARBONELL MATEU, J. C., “El derecho a decidir sobre sí mismo: eutanasia y maternidad. A propósito de la Proposición de Ley Orgánica sobre la Eutanasia”, en *Represión Penal y Estado de Derecho, Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Ed. Thomson Reuters, Aranzadi, 1ª edición, Pamplona, 2018.
- CARBONELL MATEU, J. C., “Ley de la eutanasia: una Ley emanada de la dignidad”, en ACALE SÁNCHEZ, M., MIRANDA RODRIGUES, A., NIETO MARTÍN, A., (coords.), “Reformas penales en la península ibérica: A jangada de pedra?”, Agencia Estatal, *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 2021.
- DWORKIN, R., NAGEL, T., NOZICK, R., RAWLS, J., SCANLON T., JARVIS THOMSON, J., “Assisted Suicide: The Philosophers Brief”, *Amicus Curiae, The New York Review of Book*, vol. XLIV, núm. 5, 1997.
- DWORKIN, R., *Life's dominion. An argument about Abortion and Euthanasia*, Harper Collins, Londres, 1993.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F., *El sistema constitucional español*, Ed. Dykinson, Madrid, 1992.
- HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Derecho individual a la eutanasia y la (discutible) exclusión de las personas menores de edad”, en TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., (ed.), *La eutanasia a debate. Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia*, Marcial Pons, Madrid, 2021.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Libertad de amar y derecho a morir*, Depalma, Buenos Aires, 1984.
- JUANATEY DORADO, C., CUERDA ARNAU, M. L., “Nuova legge sull’ eutanasia volontaria in Spagna”, *Diritto Penale XXI Secolo, Gennaio-Giugno*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2021.
- JUANATEY DORADO, C., *Derecho, suicidio y eutanasia*, Ministerio de Justicia e interior, Madrid, 1994.
- JUANATEY DORADO, C., *El derecho y la muerte voluntaria*, Distribuciones Fontamara, Mexico, 2004.
- JUANATEY DORADO, C., “La eutanasia voluntaria en el derecho penal español”, *Revista DMD* 67, 2014.
- JUANATEY DORADO, C., “Reflexiones a propósito de la propuesta de regulación de la eutanasia vol-

- luntaria en España”, *Revista General de Derecho Penal* 34, Iustel, 2020.
- JUANATEY DORADO, C., “Sobre la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia voluntaria en España”, *Teoría & Derecho*, nº 29, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Los límites de la vida y la libertad de la persona*, Ed. Tirant lo Blanch, 1ª edición, Valencia, 2011.
- MARCOS, A. M., DE LA TORRE, J., (eds.), *Y de nuevo la eutanasia, Una mirada nacional e internacional*, Ed. Dykinson, 1ª edición, Madrid, 2019.
- NUÑEZ PAZ, M. A., *Interrupción voluntaria de la vida humana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- NUÑEZ PAZ, M. A., *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad, problemática jurídica a la luz del Código penal de 1995*, Ed. Tecnos, Madrid, 1999.
- PRESNO LINERA, M. A., “La eutanasia como derecho fundamental”, *Teoría & Derecho*, nº 29, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- REY MARTÍNEZ, F., *Eutanasia y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1ª edición, Madrid, 2008.
- REY MARTÍNEZ, F., “Eutanasia y derechos fundamentales”, *Revista Direito e Justiça, Reflexões Sociojurídicas*, Año IX- N 13, 2009.
- RIQUELME VÁZQUEZ, P., “Suicidio asistido y libre desarrollo de la personalidad en la República Federal de Alemania”, *Revista de Derecho Político*, UNED, Nº 109, septiembre-diciembre 2020.
- RUIZ MIGUEL, A., “Autonomía individual y derecho a la propia vida”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1993.
- RUIZ MIGUEL, A., “Autonomía individual y derecho a la propia muerte”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 89, mayo-agosto, 2010.
- TÓMAS-VALIENTE LANUZA, C., *La disponibilidad de la vida desde la perspectiva constitucional*, Ed. *Boletín Oficial del Estado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1ª edición, Madrid, 1999.
- TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., “Posibilidades de regulación de la eutanasia solicitada”, documento de trabajo 71/2005, *Fundación Alternativas*, 2005.
- TOMÁS Y VALIENTE, F., *A orillas del Estado*, Taurus, Madrid, 1996.





## Responsabilidades penales y administrativas en materia de medio ambiente y ordenación del territorio



**Nicolás Morón Pendás**  
**Iván Morón Pendás**

*Abogados del Ilustre Colegio de Abogados  
Huelva*

**RESUMEN:** *El artículo analiza la regulación española en materia de delitos contra el medio ambiente y la ordenación del territorio.*

**PALABRAS CLAVE:** *ordenación del territorio, medio ambiente, responsabilidad penal.*

**ABSTRACT:** *This paper discusses the Spanish regulation on crimes against the environment and the territorial planning.*

**KEYWORDS:** *territorial planning, environment, criminal liability.*

Ante una situación complicada... el derecho se presenta como instrumento fundamental para aunar voluntades y ofrecer los cauces adecuados para facilitar el entendimiento y alcanzar soluciones idóneas.  
(A. GARRIGUES WALKER)<sup>1</sup>

Las políticas de ordenación del territorio, reflejadas en las distintas disposiciones normativas del ramo, constituyen un instrumento decisivo para regular el impacto de las actividades humanas en su entorno más inmediato.<sup>2</sup>

La adecuada distribución de los usos asignados a los suelos disponibles es una pieza fundamental del complejo engranaje de la protección del medio ambiente recogido en el artículo 45 de la Constitución Española de 1978. La planificación territorial, así como sus criterios rectores tendrán sin duda alguna un efecto decisivo a la hora de determinar el grado y la forma de contribución del territorio al desarrollo social y económico del entorno sobre el que incidan.<sup>3</sup>

Toda regulación de la actividad humana, y particularmente de aquellas incluidas en la actividad mercantil, dibuja necesariamente una frontera de constante fricción entre la inexorable fuerza expansiva de la actividad productiva, regida por la lógica de la maximización del beneficio, y los bienes jurídicos cuya protección se establece por medio de una concreta intervención normativa. Este rozamiento se hace particularmente intenso en aquellas áreas en las que la alteración de modelos productivos tradicionales, han dado paso a formas intensivas de explotación de los recursos naturales que, de manera acelerada, han desplazado prácticas sostenibles largamente arraigadas.

No puede dudarse que estas áreas de fricción han venido haciéndose visibles de manera más intensa en las últimas décadas. Son múltiples los factores demográficos, sociales o económicos que han ampliado las

zonas de colisión entre producción y conservación. De manera simultánea, la sensibilidad *conservacionista* ha calado profundamente en amplios sectores de la población, que ha seguido de manera entusiasta cualquier iniciativa envuelta en el papel de la lucha contra la degradación del medio ambiente en su forma más inmediata, como reflejo de una voluntad de salvaguarda del conjunto del planeta. Esta toma de conciencia general, que no solo ha encontrado acogida en las capas más jóvenes de la población, sino que incluso ha sido adoptada por grandes multinacionales como bandera de una nueva *economía verde*,<sup>4</sup> ha terminado orientando la posición de los poderes públicos en el diseño de la política territorial. Entendida esta como la ordenación y regulación de los usos del suelo más allá del reducido ámbito urbano, abrazando los principios emanados del concepto de *desarrollo sostenible o sustentable*,<sup>5</sup> frente a un desarrollismo desordenado, propio de las décadas inmediatamente posteriores a la Segunda Guerra Mundial. Sin duda alguna, nada que objetar a la elección favorable a la ordenación, frente al caos. No obstante, esta apuesta decisiva por la racionalidad en la asignación de los usos de los grandes espacios de territorio más allá de los límites de las ciudades se hace acreedora de una estructura normativa y un sistema jurídico propio que le sirva de cauce, anclado en los principios y valores del Estado de derecho.

Así la vertebración de los grandes espacios naturales, más allá de los núcleos urbanos y su zona de inmediata influencia, propició la aparición de una completa y compleja rama jurídica, con la denominación comúnmente aceptada de Ordenación del Territorio, que aglutina el conjunto sistemático y organizado de instrumentos a disposición de los poderes públicos que persiguen la finalidad de articular un territorio, con asiento en un interés superador del ámbito meramente local donde el urbanismo ha desenvuelto tradi-

<sup>1</sup> Cfr. Garrigues Walker, A. "Derecho y agua: un instrumento para garantizar nuestro futuro", Zaragoza, 2008.

<sup>2</sup> Cfr. Rivero Ysern, J. L. "La ordenación del territorio y el derecho urbanístico", en *AAVV, Lecciones de Derecho Administrativo*, Vol. 3., Regulación económica, urbanismo y medio ambiente, Madrid, 2015, p. 101 y sig.

<sup>3</sup> Cfr. Ramallo López, F. "El principio de desarrollo urbano sostenible. Un nuevo paradigma en la planificación urbanística", *Revista española de Derecho Administrativo*, nº 150, 2011, p. 391 y sig.

<sup>4</sup> La Red "Red Mercado y medio ambiente. Propuestas jurídicas para una economía verde" (ECOVER) atiende fundamentalmente a esta problemática. Cfr. sobre ella AAVV (Sáenz Larruga, J. y otros), "Derecho ambiental para una economía verde". Informe Red ECOVER", Navarra, 2016.

<sup>5</sup> Cfr. Sobre esta problemática *el Informe Brundtland* de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (CNUMAD), creada en virtud de la Resolución 38/161 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, ONU, 1987. Sobre esta cuestión ver también Rivera-Hernández, J. E., y otros en "¿Desarrollo sostenible o sustentable? La controversia de un concepto", *Revista Posgrado y Sociedad*, Sistema de Estudios de Posgrado Universidad Estatal a Distancia, Vol. 15, Núm. 1, 2017, Costa Rica, p. 58 y sig.

cionalmente su intervención. De ahí que la clásica y básica definición del urbanismo de Ildefonso Cerdá Suñer,<sup>6</sup> entendido como “la ciencia y el arte de la ordenación urbana”, ha ido ampliando progresivamente su contenido, desprendiéndose de su originaria vinculación con la exclusiva organización de las ciudades, del entorno urbano. Aún no siendo su finalidad ni cometido, el Tribunal Constitucional en del FJ 6 de su conocida Sentencia de 61/97 de 20 de marzo, fijó los anclajes de un concepto jurídico del urbanismo ligado a la ordenación urbanística, que constituye el objeto necesario de las leyes urbanísticas.

Sin perjuicio de ulteriores concreciones, el urbanismo, como sector material susceptible de atribución competencial, alude a la disciplina jurídica del hecho social o colectivo de los asentamientos de población en el espacio físico, lo que, en el plano jurídico, se traduce en la «ordenación urbanística», como objeto normativo de las Leyes urbanísticas (recogida en la primera Ley del Suelo de 1956, art. 1). Sin propósito definitorio, el contenido del urbanismo se traduce en concretas potestades (en cuanto atribuidas a/o controladas por Entes públicos), tales como las referidas al planeamiento, la gestión o ejecución de instrumentos planificadores y la intervención administrativa en las facultades dominicales sobre el uso del suelo y edificación, a cuyo servicio se arbitran técnicas jurídicas concretas; a lo que ha de añadirse la determinación, en lo pertinente, del régimen jurídico del suelo en tanto que soporte de la actividad transformadora que implica la urbanización y edificación.

Junto e íntimamente ligado a la disciplina urbanística, en cuanto ambas tratan de garantizar una adecuada respuesta frente a los problemas planteados por la interacción entre la actividad del hombre y el espacio físico en que esta se desenvuelve, surge el concepto de ordenación del territorio con perfiles propios y diferenciados que permiten su nítida distinción respecto de la disciplina urbanística. La ordenación del territorio aparece como una construcción moderna, ligada a la creciente capacidad del ser humano de incidir de manera directa sobre superficies mucho más amplias que los reducidos espacios densamente habitados, y la necesidad de articular respuestas coordinadas fren-

te a cuestiones que trascienden notablemente el ámbito urbano o metropolitano. Se acepta ampliamente la definición de ordenación del territorio a la vez como “una disciplina científica, una técnica administrativa y una política concebida como un enfoque interdisciplinario y global cuyo objetivo es un desarrollo equilibrado de las regiones y la organización física del espacio según un concepto rector”.<sup>7</sup>

Como señala José Manuel Jurado Almonte, la disciplina de ordenación del territorio se ha abierto paso con notable éxito en el derecho español, a partir de la Constitución de 1978 fundamentalmente a través de su desarrollo por las Comunidades Autónomas, que la han dotado de una función pública y una legislación propia.<sup>8</sup>

La atribución de la competencia exclusiva en materia de ordenación del territorio a las comunidades autónomas ex artículo 148.1.3 de la Constitución Española, ha contribuido a la fijación y consolidación de esta rama del derecho, dotando a aquellas de un valiosísimo instrumento para la implementación de políticas de organización territorial a nivel supramunicipal. La ordenación del territorio ha encontrado en la desafortunada producción normativa del Estado de las autonomías, un campo abonado para su desarrollo, mediante la incesante producción de instrumentos normativos de planificación sobre amplios espacios territoriales, en una nunca acabada carrera por ampliar las zonas de protección con fundamento, de manera preferida, pero no única, en valores ecológicos, paisajísticos, ambientales, o *cualesquiera otros*.

El surgimiento de amplios espacios definidos como *especialmente* protegidos,<sup>9</sup> han encontrado en

<sup>7</sup> Carta Europea de Ordenación del Territorio. Reunión de Ministros de Ordenación del Territorio. Consejo de Europa, Torremolinos, 1983.

<sup>8</sup> Cfr. Jurado Almonte, J. M. “Ordenación del Territorio y Urbanismo: conflictos y oportunidades”. UNIA, Sevilla, 2011, p. 53.

<sup>9</sup> La Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad en función de los bienes y valores a proteger y de los objetivos de gestión a cumplir, clasifica los Espacios Naturales Protegidos, ya sean terrestres o marinos, en cinco categorías básicas de ámbito estatal, si bien dado que la mayoría de las Comunidades Autónomas han desarrollado legislación propia sobre espacios protegidos, existen en la actualidad en España más de 40 denominaciones distintas para designar a los Espacios Naturales Protegidos. En el ámbito internacional la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) a fin de ordenar la proliferación de denominaciones y figuras legales de protección y de armonizar las diferentes tipologías existentes de espacios protegidos, ha establecido a nivel mundial seis categorías de gestión de las áreas protegidas, basándose en los objetivos de gestión co-respondientes.

<sup>6</sup> Cfr. Cerdá Suñer, I. “Teoría general de la urbanización y aplicación de sus principios y doctrinas a la reforma y ensanche de Barcelona”, Madrid, 1867. Reeditado por el Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1968.



ocasiones una compleja realidad que en poco o nada, encarna los valores ecológicos, paisajísticos o ambientales que fundamentan la protección conferida, fraguada en años de ausencia de criterios rectores de una ordenación general. Estas situaciones de fricción a las que antes aludíamos alcanzan niveles de gran intensidad en ciertas áreas rurales en las que, de manera súbita, mediante la colocación de *puertas al campo* en forma de planes de ordenación del territorio, prácticas largamente toleradas o que a lo sumo hallaban su reproche en el derecho administrativo sancionador, se han colocado al pie del cadalso del Capítulo I del Título XVI del Libro II del Código Penal.

La casuística es interminable y de una amplitud digna de mención. Para muestra, un botón: el reciente anuncio, no publicado todavía a fecha de hoy en el *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía* de la próxima aprobación de un Decreto Ley que permita la *regularización* de cerca de 350.000 construcciones ilegales existentes, solamente en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía. En esta misma línea expresiva de la magnitud de la situación, algunas asociaciones conservacionistas sostienen la existencia de al menos 1.600 hectáreas de cultivo intensivo bajo plástico, solo en el entorno del Parque Nacional de Doñana, la existencia de más de 1.000 captaciones de agua carentes de cualquier autorización en este mismo ámbito territorial.<sup>10</sup> Esta realidad nacida y consolidada en muchos puntos del territorio español, es reveladora de la extraordinaria complejidad que supone la implantación de criterios generales de ordenación en espacios largo tiempo dominados por normativas dispersas y asistemáticas, toleradas cuando no amparadas por las administraciones locales.

Estas actuaciones descritas pudieran, aisladamente consideradas, carecer de capacidad lesiva de los criterios y principios inspiradores de la protección del medio ambiente en lo que al uso racional del suelo se refiere. No obstante, su consideración conjunta, supone un extraordinario desafío, que bien pudiera hacerse acreedor de una respuesta más intensa por parte del Estado, para hacer posible el restablecimiento del orden violentado.

Resulta por tanto evidente la necesidad de buscar fórmulas, instrumentos y procedimientos que ha-

gan posible el reacomodo de una realidad fraguada durante años de permisividad administrativa, a una exigencia de aplicación rigurosa de las disposiciones normativas que responden a una adecuada ordenación del territorio, como exigencia impuesta por los arts. 45 a 47 de la Constitución Española y las políticas derivadas de la acción de la Unión Europea.

La inclusión de los delitos contra la ordenación del territorio en el Código Penal del año 1995 generó una importante polémica doctrinal tanto entre *penalistas*,<sup>11</sup> como entre *administrativistas*.<sup>12</sup> Ligar la tutela penal de la ordenación del territorio a un pretendido fracaso a la implementación y ejecución práctica del derecho administrativo, podría resultar admisible en aquellos supuestos en que la gravedad de las conductas justificara en sí misma, más allá de la existencia de una disciplina urbanística sancionadora propia, la necesidad de una respuesta proporcionada en el ejercicio de las facultades punitivas del Estado. Cuestión bien distinta, es instar la penalización de la respuesta del ordenamiento jurídico frente a la reiteración de conductas menores, independientes e individualizadas, que en sí mismas consideradas, nunca podrían merecer reproche penal, apareciendo como irrelevantes en su consideración unitaria respecto al bien jurídico protegido. Como señala acertadamente Silva Sánchez, supone ello una vulneración del principio de proporcionalidad del derecho penal, haciéndolo extensivo incluso con la imposición de penas privativas de libertad a conductas que ni siquiera pondrían en peligro abstracto el bien jurídico protegido.<sup>13</sup>

Motivaciones de política criminal no son suficientes para justificar el desbordamiento del derecho penal hacia conductas cuya respuesta disciplinaria debe encontrar acomodo holgado en el derecho administrativo sancionador. Son evidentes las tensiones a las que esta desmesura somete al derecho penal en su encaje dentro de la estructura constitucional. El principio de

<sup>11</sup> Cfr. *AAPP* (De la Mata Barranco, ed.), "Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio", Donostia, 1998; Vercher Noguera, A. "La especial forma de prevaricación de los delitos contra la ordenación del territorio", *La Ley* n° 1, 1997, p. 1914 y sig.; Górriz Royo, E., "Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del art. 319 cp", Valencia, 2003.

<sup>12</sup> Cfr. Fernández Aparicio, J. M. "La prejudicialidad administrativa en los delitos contra la ordenación del territorio", *Revista de Derecho urbanístico y medio ambiente*, 2009, p. 129 y sig.

<sup>13</sup> Cfr. Silva Sánchez, J. M. "La expansión del Derecho Penal: aspectos político-criminales en las sociedades post-industriales", Madrid, 1999, p. 18.

<sup>10</sup> Ver Informe de Misión de fecha 21 de marzo de 2019 de la Comisión de Peticiones del Parlamento europeo 2014-2019 Informe de World Wild Fund (WWF), mayo 2017.

proporcionalidad, la seguridad jurídica y la condición de *ultima ratio* del derecho penal, son algunos de las notas caracterizadoras del ejercicio del poder punitivo del Estado dentro del marco constitucional, comprometidos por la extralimitación reseñada.

El principio de proporcionalidad sintetizado en el artículo 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, al señalar que “la Ley no debe establecer otras penas que las estricta y manifiestamente necesarias”, aparece concretado en el artículo 9.3 de la Constitución Española en la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, traducido en la necesidad de actuar de una forma razonable en el ejercicio de las facultades punitivas, esto es sintéticamente expuesto, evitando excesos. Parece razonable que esta necesidad de huir de cualquier exceso en la aplicación de las normas jurídicas alcance su grado más intenso cuando estas tienen finalidad sancionadora.

Como sostiene Berdugo Gómez de la Torre, la exigencia de proporcionalidad entendida en sentido amplio presenta una triple dimensión, que se identifica con tres subprincipios. Estos han de lograr que la incidencia restrictiva de los poderes públicos sobre los derechos de los ciudadanos sea, necesaria, adecuada y proporcionada en su respuesta.<sup>14</sup>

En este mismo sentido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea identifica el principio de proporcionalidad, entendido en un sentido amplio, como la correspondencia equilibrada de la sanción impuesta a los límites de lo adecuado y necesario para alcanzar el objetivo perseguido por la normativa infringida, resaltando la idea de medida y equilibrio entre los medios empleados y los fines perseguidos, entendidos como bienes jurídicos protegidos.<sup>15</sup>

Esta idea de equilibrio y medida como manifestación de la proporcionalidad exigida a la respuesta punitiva del Estado, presenta una íntima conexión con el principio de intervención mínima del derecho penal, su condición de *ultima ratio*, que reserva el más contundente mecanismo de reacción del Estado, para

aquellos comportamientos reprochables cuya solución, por su entidad, no encuentren su adecuada contestación en otras ramas del ordenamiento jurídico. Todo ello coronado con una respuesta igualmente moderada, equilibrada y no excesiva en la fijación de las concretas respuestas punitivas, en relación con la entidad de la lesión, tanto en su determinación legislativa como en su aplicación al concreto supuesto de hecho, por jueces y tribunales.

El principio de proporcionalidad, entendido en un sentido amplio, rector de la correlación entre la entidad de la infracción y la respuesta sancionadora, puede verse comprometido en sus relaciones con el principio de seguridad jurídica, por el desborde de las fronteras naturales propias del derecho penal. La desnaturalización de su condición de *ultima ratio*, es fuente de importantes interrogantes de compleja solución práctica. La quiebra del principio de seguridad jurídica en el ejercicio de las facultades punitivas del Estado en cualquiera de las formas que constitucionalmente puede revestir, supondría abrir la puerta a la arbitrariedad en el ámbito sancionador.

La seguridad jurídica en el Estado de derecho aparece contemplada como una función y un presupuesto del derecho. Como presupuesto, requiere que aquel dimane del respeto a los derechos fundamentales reconocidos en que se asienta el orden constitucional. En cuanto función, responde a la necesidad de asegurar la realización de las libertades.<sup>16</sup> Todo ello a través de las clásicas exigencias de *lex promulgata, certa, manifiesta, estricta, previa y perpetua*.

A partir de estos presupuestos, el principio de seguridad jurídica se configura como elemento consustancial a cualquier ordenamiento jurídico moderno. La Constitución Española lo consagra como principio fundamental en el apartado 3 del artículo 9, dentro de su Título Preliminar. Tal y como de manera reiterada ha señalado la Doctrina del Tribunal Constitucional el principio de seguridad jurídica ha de desplegar sus efectos en toda la extensión de la norma, desde su creación hasta su aplicación práctica. En este último aspecto, la Sentencia del Tribunal Constitucional 27/81 de 20 de julio, vino a señalar con precisión algunos de los aspectos que el principio contenido en el artículo 9.3 de la Carta Magna presenta, y su inne-

<sup>14</sup> Cfr. *AAVV* (Berdugo Gómez de la Torre, I., Ferré Olivé, J. C. y otros), “Curso de Derecho Penal. Parte General”, 3ª ed. Barcelona, 2016, p. 143 y sig. Sobre este principio cfr. STC 136/1999 de 20 de julio (BOE núm. 197 de 18 de agosto de 1999) FFJJ 20 y ss.

<sup>15</sup> Sentencia tjue de 1 /12/ 2011, Painer, C-145/10 (Núm. Cendoj:62010CJ0145), apartados 105 y 106, y Sentencia de 29 de julio de 2019 C-516/17 (Núm. Cendoj: 62017CJ0516), apartado 34.

<sup>16</sup> Cfr. Pérez Luño, A. E. “La seguridad jurídica: una garantía del derecho y la justicia”, *Boletín de la Facultad de Derecho*, nº 15/2000, p. 28.

gable relevancia práctica a efectos de dotar al ciudadano de un entorno caracterizado por la certidumbre, reduciendo en la medida de lo posible los espacios de arbitrariedad inherentes a toda intervención humana. Así, el Tribunal Constitucional entiende que la finalidad del principio de seguridad jurídica debe guiar al legislador a la hora de perseguir claridad y evitar confusión; promover y buscar certeza y previsibilidad, evitando situaciones de perplejidad respecto a qué es derecho y qué resultados debe obtenerse de su aplicación. Es por tanto un instrumento al servicio de la previsibilidad, del conocimiento con dosis de certidumbre, de las consecuencias jurídicas anudadas a comportamientos definidos por la norma.

Esta exigencia de seguridad se ve seriamente comprometida en los difusos márgenes que presentan determinados tipos penales en su relación con el derecho administrativo sancionador. La inexistencia de parámetros fiables, objetivos y permanentes que hagan posible eliminar, o al menos reducir los márgenes de discrecionalidad, a la hora de orientar el reproche de un determinado comportamiento antijurídico hacia una u otra forma de ejercicio de las facultades punitivas del Estado, constituye una falla de enorme magnitud generadora de importantes márgenes de discrecionalidad, y por ello de injusticia y quebranto de los mimbres básicos del Estado de derecho.

La ausencia de criterios objetivos, previos, ciertos y comprensibles que permitan discernir anticipadamente si una concreta conducta antijurídica examinada bajo la óptica del ejercicio de las facultades punitivas del Estado representa una lesión al bien jurídico protegido de entidad suficiente para justificar su sujeción a la jurisdicción penal o quedar relegadas a la más liviana, en principio, facultad sancionadora de la Administración, supone una invitación a la arbitrariedad. La cuestión no resulta menor, al menos para el interesado, quien puede ver su libertad y su hacienda comprometida o únicamente esta última. Sin duda, el horizonte penal aligera notablemente los trámites y tiempos de la restauración de las consecuencias del delito, si bien esta agilización en la restauración del daño causado al bien jurídico protegido, constituye un peligroso motivador del abandono del carácter subsidiario del derecho penal frente a las facultades sancionadoras reconocidas a la Administración en la Constitución Española.

Existen en nuestro derecho supuestos de extraordinaria claridad, objetividad y previsibilidad en la determinación del umbral entre la infracción administrativa y la penal. El artículo 305 en su apartado primero del Código Penal fija la cuantificación de la defraudación en una cuantía concreta.<sup>17</sup> La superación de esta cuantía lleva aparejada la penalización del procedimiento sancionador abierto al responsable tributario. Esto es, el inspector de Hacienda, o funcionario de rango inferior que pudiera detectar una infracción que supere la cuantía fijada en el referido artículo, trasladará automática el expediente a las autoridades judiciales o al Ministerio Fiscal. De no hacerlo así, incurriría en la responsabilidad aparejada al incumplimiento de su obligación.

No puede negarse que, tratándose de delitos relacionados con el dinero, la fijación de criterios objetivos de discriminación entre la conducta sancionable administrativamente y la reservada al derecho penal, resulta fácilmente cuantificable. Siempre quedará margen para la flexibilidad en cuanto a la aplicación de los concretos criterios de cálculo que en cada momento puedan ser empleados. No obstante, la fijación de una frontera conocida de antemano, cierta y estable, dota a esta distribución de competencias sancionadoras de una deseable certeza.

Frente a ello, en el ámbito de la Ordenación del Territorio, en supuestos en que las actuaciones desarrolladas sujetas a escrutinio, hubieran sido directamente puestas en conocimiento de las autoridades judiciales, por medio de la oportuna denuncia bien girada ante el propio juzgado competente o en su caso ante las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, no se plantea cuestión distinta de la que puede surgir ante cualquier otro hecho que presentara caracteres de apariencia delictiva comunicada a tales órganos por los medios admitidos en derecho. Bien diferente, sin embargo, es el caso en que tal conocimiento derive de la apertura de un previo expediente administrativo sancionador. Por ceñirnos a supuestos de hecho que encuentran acomodo en el apartado 1 del artículo 319 del Código Penal, resultan destacables las infracciones contempladas en la legislación forestal y urbanística.

<sup>17</sup> Cfr. Al respecto Ferré Olivé, J. C. "Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social", Valencia, 2018, p. 283 y sig.

Así, tanto la Ley Estatal de Montes, 43/2003 de 21 de noviembre en su artículo 72, bajo la rúbrica de “responsabilidad penal” como en la legislación autonómica, Ley Forestal de Andalucía 2/92 de 15 de junio en su artículo 81, o el artículo 56 del TR de la ley del Suelo y Rehabilitación Urbana aprobada por RDL 7/2015 de 30 de octubre, establecen un filtro administrativo previo a la hora de fijar si un hecho concreto reviste o no los caracteres propios del delito. Únicamente, en el caso de que la autoridad administrativa instructora del correspondiente expediente administrativo sancionador en materia forestal o urbanística, previo examen de las circunstancias concretas del caso y valoración ponderada de sus elementos, considere que el hecho pudiera ser merecedor de reproche penal, se pondrán en conocimiento bien de la autoridad judicial competente bien, en su caso, del Ministerio Fiscal. Resulta cuando menos sorprendente la amplitud de la facultad atribuida a la Administración, a la hora de filtrar la inicial derivación hacia la jurisdicción penal. No aclaran las disposiciones normativas citadas, qué sujeto de entre los que intervienen en el procedimiento administrativo sancionador será responsable último de realizar este *previo juicio de penalidad* de cada conducta concreta sujeta a su conocimiento. Se perfila así un análisis ajeno a cualquier sistema predefinido, objetivo o cierto que, sin embargo, puede tener una extraordinaria importancia. El inicial confinamiento de la sanción que eventualmente podría imponerse, bien dentro de lo límites del derecho administrativo sancionador, o por el contrario, abrir la puerta a su valoración por el Ministerio Fiscal o el juez de instrucción. Tampoco aparece definido siquiera de manera somera, el criterio que ha de llevar a poner unos hechos determinados en conocimiento de la Autoridad Judicial o del Ministerio Fiscal o por el contrario reservar su conocimiento en la esfera disciplinaria de la Administración. Es posible, y así tiene lugar frecuentemente en la práctica, que aún poniendo los hechos en conocimiento de la autoridad judicial o del Ministerio Fiscal, aprecien su irrelevancia penal y quede el reproche de la conducta limitada al ámbito administrativo; ninguna consideración especial plantea esta situación. Por el contrario, y a la inversa, la ausencia de comunicación podría cegar de manera irremediable, para alivio del justiciable, la vía para estudio de los hechos bajo la óptica propia del Derecho Penal.

Esta ausencia de certeza, de previo conocimiento y de anticipación de las consecuencias anudadas a un hecho, sin duda alguna será causante de situaciones de perplejidad. No existe, quizás por la propia tipología de las conductas en que se concretan los tipos del apartado 1 del artículo 319 del Código Penal y sus correlativas en la legislación administrativa forestal o urbanística, una fijación de un umbral concreto, objetivo y cierto que fije su sujeción a uno u otro sistema sancionador.

El principio de proporcionalidad predicable del ejercicio de las facultades sancionadoras administrativas, recogido en el artículo 29 de la Ley 40/2015 de 2 de octubre del Régimen Jurídico del Sector Público, tiene su correlación en el establecimiento de un sistema de graduación de las sanciones administrativas. Esta exigible estratificación reflejada en las distintas disposiciones normativas que acompaña un régimen disciplinario propio, las gradúa con carácter general distinguiendo entre infracciones graves, muy graves o leves (la Ley Forestal de Andalucía en el apartado 1 de su artículo 80 introduce la categoría de *especialmente graves*). En cada caso particular esta clasificación de las infracciones responde a una serie de criterios propios que tratan de reflejar una correlación entre la gravedad de la lesión, efectiva o potencial, al bien jurídico protegido y la categoría reconocida a cada una de las infracciones tipificadas. A mayor intensidad en la lesión al bien jurídico, cuya protección se articula a través de la norma, mayor rango se atribuye a la infracción, y por ende, mayor intensidad en la respuesta punitiva. Todo ello dentro de la lógica imprescindible a la que el ejercicio de cualquier facultad punitiva estatal debe quedar sujeta, no únicamente en la esfera penal, sino igualmente en la de naturaleza administrativa. La doctrina reiteradamente sostenida por el Tribunal Constitucional, por todas STC 18/81 de 8 de junio, declara aplicables al derecho administrativo sancionador, *con ciertos matices*, los principios y garantías rectores del proceso penal, en cuanto ambos son manifestación del ejercicio de una misma facultad punitiva del estado. Tales principios son, en esencia, los contenidos en los artículos 24 y 25 de la Constitución Española. Corresponderá a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el examen detallado sobre si los principios y garantías constitucionalmente definidos para su aplicación al ejercicio del *ius punendi* del Estado en vía penal, son

adecuadamente trasladados e informan el proceder administrativo en el *iter* procedimental, incluso en la etapa inicial del procedimiento sancionador.

De igual manera el Tribunal Supremo en la conocida Sentencia de 10 de febrero de 1986, señaló que:

El ejercicio de la potestad punitiva, en cualquiera de sus manifestaciones, debe acomodarse a los principios y preceptos constitucionales que presiden el ordenamiento jurídico penal en su conjunto, y, sea cual sea, el ámbito en el que se mueva la potestad punitiva del Estado, la Jurisdicción, o el campo en que se produzca, viene sujeta a unos mismos principios cuyo respeto legitima la imposición de las penas y sanciones...

Son por tanto estas consideraciones base y fundamento del ejercicio de la potestad punitiva conferida por la Constitución Española a la Administración. Los principios, garantías y valores constitucionales deben operar como límite insalvable y fuente inspiradora del *ius punendi estatal* en todas sus formas y, su observancia estricta, dota a la actuación administrativa de legitimidad y eficacia en su invasión coercitiva del libre actuar de los ciudadanos mediante la definición de infracciones y la aplicación de las sanciones que llevan correlativamente aparejadas.

La lógica emanada del principio de proporcionalidad, entendido como acomodo de la respuesta punitiva a la intensidad del ataque al bien jurídico protegido, y el más elemental sentido común, llevaría a sostener que únicamente aquellas infracciones administrativas calificadas o que pudieran calificarse inicialmente, por los órganos administrativos competentes para ello, como *muy graves o especialmente graves* (Ley Forestal de Andalucía) pasarían el tamiz de *relevancia penal* justificativo de su traslación a las autoridades judiciales, y su paso a examen bajo el foco del derecho penal. No es esta, sin embargo, la realidad que revela una casuística bien distinta. Son frecuentes los supuestos en que una infracción grave, e incluso leve desde el punto de vista de su clasificación administrativa, es considerada *penalmente relevante*, y no solo causa la comunicación antes reseñada a las autoridades judiciales o al Ministerio Público, sino que finalmente los mismos hechos calificados como graves e incluso en ocasiones leves en el ámbito administrativo sancionador, resultan suficientes para justificar la imposición de condena en el ámbito

penal con su correspondiente pena privativa de libertad, en los términos contemplados en el artículo 319.1 del Código Penal.

No puede dejar de causar perplejidad, que hechos calificados desde una óptica administrativa sancionadora, como constitutivos de una infracción leve o grave, esto es sin alcanzar el techo del reproche en materia forestal, urbanística o medio ambiental, puedan finalmente ser considerados como definidores de una infracción penal. A la inversa, resultaría sorprendente que un hecho calificado como muy grave, o especialmente grave en el seno de un procedimiento administrativo sancionador, concurriendo circunstancias legalmente previstas como agravatorias de la responsabilidad en el ámbito administrativo, no fuera comunicado a las autoridades judiciales o al Ministerio Fiscal y quedara limitado su tránsito por el sistema punitivo estatal únicamente en vía administrativa. Pero no existe, sin embargo, elemento alguno que imponga esta solución.

El sistema diseñado por la normativa administrativa descansa sobre el resultado del *juicio de relevancia penal*, llevado a cabo por el funcionario instructor del procedimiento sancionador en materia forestal, urbanística o medioambiental que, ni responde a unas reglas ciertas, previas, conocidas y objetivas, ni a un procedimiento reglado, conocido y objetivo. No parece acomodarse de manera precisa a las exigencias del principio de seguridad caracterizador de un sistema jurídico propio de un moderno Estado de derecho.

Sería deseable, en aras de limitar la discrecionalidad que bien pudiera deslizarse hacia la arbitrariedad, la fijación de criterios objetivos, en la medida de lo posible, que permitan dotar de la exigible certidumbre, que haga posible un conocimiento anticipado de la sujeción a uno u otro sistema sancionador.

La certeza del derecho, como manifestación subjetiva del principio de seguridad jurídica, exige igualmente un conocimiento de la norma por sus destinatarios.

En la descripción del tipo contemplado en el artículo 319, apartado 1, del Código Penal, tanto en su redacción original por el Código Penal de 1995 como en las sucesivas reformas del año 2010 y 2015, la conducta punible aparece vinculada a la realización por el sujeto activo del delito, de obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables, en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio

público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección. La actuaciones constructivas o edificatorias eluden fácilmente la posibilidad del error de prohibición en todos aquellos supuestos en que tengan lugar dentro del espacio urbano. Lo mismo podría afirmarse de las actividades edificatorias cuya ejecución tuviera lugar en el ámbito rural, por cuanto difícilmente podría sostenerse el desconocimiento de un principio elemental, consistente en la necesidad de solicitar y obtener licencia de obra, por lo que difícilmente podrá alegarse error ni sobre el hecho constitutivo de la infracción penal, ni sobre laguna de los elementos que lo cualifiquen. Ahora bien, la inclusión en el concepto de *construcción*, de actuaciones ligadas a la transformación de los usos del suelo, en áreas donde la actividad agrícola constituye desde hace siglos la principal actividad económica, plantea situaciones de perfiles más difusos. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda de lo Penal, Sentencia 1182/2006 de 29 nov. 2006, Rec. 796/2006 y la Sentencia 54/2012 de 7 de febrero Rec. 2624/2010, han identificado como actuaciones constructivas a efectos de su inclusión en el artículo 319.1 del Código Penal actuaciones ligadas a la transformación de terrenos de naturaleza forestal para su destino a actividades agrícolas, cuando se realizan sobre terrenos *especialmente protegidos*. Así se han considerado como construcciones a efectos de la aplicación del tipo reflejado en el artículo 319.1 del Código Penal, la ejecución de caminos o viales, apertura de zanjas o levantamiento de taludes. La inclusión en la conducta típica del apartado 1 del artículo 319 del Código Penal de actuaciones tradicionalmente desarrolladas al margen de procedimientos reglados en el ámbito rural, condicionada por la consideración de los terrenos sobre los que se ejecuta como *especialmente protegidos*, plantea dudas respecto al conocimiento de su carácter prohibido por los destinatarios de la norma. Los planes de ordenación territorial, de ámbito supramunicipal, incorporan en ocasiones planimetrías detalladas sobre los usos asignados a cada uno de los espacios incluidos en su espacio de actuación que, sin embargo, no son objeto de publicación en el boletín oficial correspondiente, que dota de publicidad al plan. Resulta pues claro, que las exigencias mínimas derivadas del empleo de elementos

normativos en la descripción de las conductas típicas difícilmente pudieran cumplirse cuando su concreta caracterización no aparecen descritos norma complementaria, sino remitidos a soportes informáticos de almacenamiento de datos inaccesibles, salvo petición expresa y por medio de solicitud formal, a los ciudadanos sujetos a sus previsiones. El resquebrajamiento del valor de la seguridad jurídica descrito por Pérez Luño, motivado por la inoperancia de muchas de sus normas ante la incapacidad de abarcar el incesante flujo de leyes y decisiones jurisprudenciales por los operadores jurídicos,<sup>18</sup> alcanza niveles inadmisibles cuando elementos normativos de los tipos penales son ajenos a la propia norma que los contiene.

No obstante, los ilícitos contemplados en el número primero del artículo 319 del Código Penal siempre tienen por objeto bienes raíces. En el mundo interconectado y permeable, al que alude el Alto Tribunal, existen instrumentos de publicidad cuyo empleo al servicio de un conocimiento pormenorizado de las notas definitorias de las prescripciones contenidas en los planes de ordenación del territorio sobre el contenido del derecho de propiedad de los predios rústicos, cumpliría un papel disuasorio de una eficacia muy considerable reduciendo la conflictividad en determinadas áreas territoriales protegidas, cuya progresiva ampliación es fuente de numerosas situaciones cuya solución no puede encontrar acomodo en el Código Penal.

El fracaso de la actuación administrativa, la dejación de sus atribuciones en materia de ordenación del territorio, en su implementación práctica y en el restablecimiento de un orden jurídico perturbado, no debe resolverse mediante la aplicación del derecho penal como instrumento de planificación territorial. La existencia de más de 350.000 viviendas irregulares en Andalucía, o la constatación de más de 1.600 hectáreas de cultivo bajo plástico no autorizado en el entorno de Doñana, no debe resolverse mediante la aplicación de penas privativas de libertad. La Administración cuenta con los medios e instrumentos necesarios para el restablecimiento del orden jurídico perturbado y la finalidad preventiva general no es exclusiva de la norma penal. Antes al contrario, la aplicación de penas desmesuradas a comportamientos

<sup>18</sup> Cfr. Pérez Luño, A. E. “La seguridad jurídica: una garantía del derecho y la justicia”, *Boletín de la Facultad de Derecho*, nº 15/2000, p. 35 y sig.

que considerados aisladamente carecerían de virtualidad lesiva para los bienes jurídicos protegidos, parece responder a una finalidad intimidatoria de carácter colectivo, que se ha revelado inidónea para lograr el objetivo preventivo perseguido.<sup>19</sup>

En definitiva, como señala Berdugo Gómez de la Torre, la subsidiariedad del derecho penal aparece ligada a la función que cumple la pena en el marco de la totalidad de la política social del Estado. La comúnmente admitida consideración del derecho penal como *ultima ratio*, presupone la insuficiencia de otros medios menos gravosos para el individuo de los que dispone el Estado para evitar conductas indeseables o socialmente insoportables.<sup>20</sup>

La salvaguarda de esta condición de *ultima ratio* exigirá que esta insuficiencia de los medios menos gravosos para evitar conductas socialmente insoponibles debe ser real y no meramente conveniente. Esta realidad debe responder a una necesidad cierta, no apoyada en una falta de actuación de las administraciones responsables en cada caso que, disponiendo de medios e instrumentos para lograr la protección del bien jurídico en cada caso, prefiere huir hacia el derecho penal como mecanismo más directo, rápido y efectivo para conseguir el restablecimiento del orden jurídico perturbado, con evidente lesión de los principios y libertades del justiciable.

## Bibliografía

- AAVV (De la Mata Barranco, ed.), “Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio”, Donostia, 1998.
- AAVV (Sáenz Larruga, J. y otros), “Derecho ambiental para una economía verde. Informe Red ECOVER”, Navarra, 2016.
- AAVV (Berdugo Gómez de la Torre, I., Ferré Olivé, J. C. y otros), “Curso de Derecho Penal. Parte General”, 3ª ed., Barcelona 2016.
- Cerdá Suñer, I. “Teoría general de la urbanización y aplicación de sus principios y doctrinas a la reforma y ensanche de Barcelona”, Madrid, 1867. Reeditado por el Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1968.
- Fernández Aparicio, J. M. “La prejudicialidad administrativa en los delitos contra la ordenación del territorio”, *Revista de Derecho urbanístico y medio ambiente*, 2009, p. 129 y sig.
- Ferré Olivé, J. C., Núñez Paz, M. A., Ramírez Barbosa, P. A. “Derecho Penal colombiano, Parte General”, Bogotá, 2011.
- Ferré Olivé, J. C. “Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social”, Valencia, 2018.
- Fuentes Bodelón, F. “El agua y la ordenación del territorio. Primer Congreso Nacional de aguas”, Murcia, 1984.
- Garrigues Walker, A. “Derecho y agua: un instrumento para garantizar nuestro futuro”. Exposición Internacional de Zaragoza, Zaragoza, 2008.
- Garrigues Walker, A. “Manual para vivir en la era de la incertidumbre”, Barcelona, 2018.
- Górriz Royo, E. “Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del art. 319 CP”, Valencia, 2003.
- Górriz Royo, E. “Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, Valencia, 2015.
- Jurado Almonte, J. M. “Ordenación del Territorio y Urbanismo: conflictos y oportunidades”. UNIA, Sevilla, 2011.
- Ramallo López, F. “El principio de desarrollo urbano sostenible. Un nuevo paradigma en la planificación urbanística”. *Revista española de Derecho Administrativo*, nº 150, 2011.

<sup>19</sup> Cfr. Ferré Olivé, J. C., Núñez Paz, M. A., Ramírez Barbosa, P. A. “Derecho Penal colombiano, Parte General”, Bogotá, 2011, p. 175 y sig.

<sup>20</sup> Cfr. Berdugo Gómez de la Torre, I. “Curso de Derecho Penal. Parte General...”, op. cit. p. 14.

- Rivera-Hernández, J. E, y otros “¿Desarrollo sostenible o sustentable? La controversia de un concepto”, *Revista Posgrado y Sociedad*, Sistema de Estudios de Posgrado Universidad Estatal a Distancia, Vol. 15, Número 1, 2017, Costa Rica.
- Rivero Ysern, J. L. “La ordenación del territorio y el derecho urbanístico, en AAVV, Lecciones de Derecho Administrativo, Vol. 3, Regulación económica, urbanismo y medio ambiente, Madrid, 2015.
- Silva Sánchez, J. M. “La expansión del Derecho Penal: aspectos político- criminales en las sociedades post- industriales”, Madrid, 1999.
- Vercher Noguera, A. “La especial forma de prevaricación de los delitos contra la ordenación del territorio”, *La Ley* nº 1, 1997, p. 1914 y sig.
- Vercher Noguera, A. “Derechos Humanos y medio ambiente en el Tribunal europeo de Derechos Humanos: Breves notas para el futuro contexto internacional”, *Revista Penal*, nº 30, 2012.





## Algunos problemas que plantea la determinación y ejecución de la pena de prisión permanente revisable<sup>1</sup>

Carmen López Peregrín

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

**RESUMEN:** En 2015 se introdujo en España la pena de prisión permanente revisable, pena que ya ha sido efectivamente impuesta por nuestros tribunales. En las siguientes páginas analizaremos algunos de los (abundantes) problemas que plantea esta figura, especialmente los relativos a la determinación de la pena (sobre todo, en relación con las medidas a imponer en caso de que estos delitos sean cometidos por inimputables o semimputables) y a su régimen de cumplimiento (que establece tantos obstáculos a la revisión, que genera una elevada probabilidad de que la prisión se convierte en vitalicia).

**PALABRAS CLAVE:** cadena perpetua, prisión permanente revisable, reinserción social, peligrosidad, pronóstico favorable de reinserción social.

**ABSTRACT:** Reviewable life imprisonment was introduced in Spanish criminal code in 2015. This punishment has been effectively imposed by courts of justice since then. In this paper, we will analyse the problems it poses in relation to several issues. Firstly, the sentencing, especially the measures to be imposed in case the convict is not subject –or not totally– to criminal liability. Secondly, the many problems that arise in order to review the sentence, which results in a high probability that imprisonment becomes actually for life.

**KEYWORDS:** life imprisonment, reviewable permanent prison, social reintegration, risk, favorable prognosis of social reintegration.

**SUMARIO:** 1. La introducción de la cadena perpetua en España. 2. Naturaleza de la pena de prisión permanente revisable. 3. Problemas que plantea la determinación de esta pena. 4. Problemas que plantea la ejecución de la pena. 4.1. Los permisos de salida. 4.2. La obtención del tercer grado. 4.3. La libertad condicional. 5. Valoración final. 6. Bibliografía.

Rec. 11-03-2022 | Fav. 15-04-2022

<sup>1</sup> Trabajo de investigación realizado en el marco del Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas (CIPEC, sej047). Abreviaturas usadas: art./arts.: artículo/s; BOE: Boletín Oficial del Estado; coord.: coordinador/a/es; CP: Código penal español; dir.: director/a/es; edit.: editor/a/es; LO: Ley Orgánica; LOGP: Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria; n°: número; p./pp.: página/s; TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos; VVAA: varios autores/as.

## 1. La introducción de la cadena perpetua en España

Una de las mayores novedades de la reforma de 2015 fue la introducción en España de la pena de prisión permanente revisable,<sup>2</sup> sumándose así nuestro país a los países europeos que prevén penas de privación de libertad de larga duración con posibilidades de revisión.<sup>3</sup>

El Partido Popular incluyó esta nueva pena en el Anteproyecto de reforma del Código penal de julio de 2012, aunque el concreto régimen aplicable se modificó bastante durante la tramitación parlamentaria hasta convertirse en la regulación vigente, introducida por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Se consumaba así un paso cualitativo importante, permitiéndose una prisión que podía convertirse en vitalicia.<sup>4</sup>

No parecía esta una reforma necesaria en un país como España, que, ostentando una de las tasas de criminalidad más bajas de Europa (también en delitos graves),<sup>5</sup> tiene por el contrario uno de los orde-

namientos jurídicos más represivos de su entorno,<sup>6</sup> especialmente desde 2003, cuando se introdujo, para los casos más graves de concurso real de delitos, un cumplimiento íntegro y efectivo de hasta 40 años de prisión.

Pero, además de por su innecesaridad, la introducción de la prisión permanente revisable fue criticada ampliamente por la doctrina, alegándose que contradecía el art. 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, según el cual “nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”, precepto que según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se infringe si no se regula claramente un mecanismo de revisión que el reo pueda conocer, garantizando al condenado una expectativa de liberación.<sup>7</sup> Y también se sostuvo que no se adecuaba a la Constitución, por infringir los principios de proporcionalidad, de legalidad o de orientación a la reinserción, o que era contraria a la prohibición de penas inhumanas.<sup>8</sup>

*tánico. La prisión permanente revisable*, Editorial Iustel, Madrid, 2016, pp. 15-17).

<sup>6</sup> Así también, entre otros, CANCIO MELIÁ, M.: “La pena de cadena perpetua («prisión permanente revisable») en el Proyecto de reforma del Código Penal”, en *La Ley*, nº 4, 2013, p. 1551.

<sup>7</sup> El principal razonamiento del TEDH es (como resume LAN-DA GOROSTIZA, J. M.: “Prisión perpetua y de muy larga duración tras la LO 1/2015: ¿derecho a la esperanza? Con especial consideración del terrorismo y del TEDH”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 17, 2015, pp. 8-9) que, si la regulación niega total y absolutamente que el sujeto pueda llegar a ser liberado, la pena sería contraria a la prohibición de malos tratos, inhumanos y degradantes, ya que negar incondicionalmente toda expectativa de liberación supone negar al sujeto su capacidad de cambio. Es importante, en consecuencia, resaltar que el TEDH hace depender la admisibilidad de este tipo de penas de que haya posibilidades reales de acceder a la revisión, lo que se empieza a denominar como “derecho a la esperanza”. Sobre este tema, más extensamente, CERVELLÓ DONDERIS, V.: *Prisión perpetua...*, cit., pp. 99-108; GARCÍA PÉREZ, O.: “La legitimidad de la prisión permanente revisable a la vista del estándar europeo y nacional”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 38, 2018, pp. 427-443; y VAN ZYL SMIT, D./RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: “Un acercamiento a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la cadena perpetua y a su posible proyección sobre la prisión permanente revisable en España”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 31, 2019, pp. 1-31.

<sup>8</sup> Véase al respecto, por todos, ARROYO ZAPATERO, L./LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A./PÉREZ MANZANO, M. (edit.): *Contra la cadena perpetua*, Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha, Cuenca, 2016, *passim*; y GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL/ JUEZAS Y JUECES PARA LA DEMOCRACIA/UPF/ AGORA JUDICIAL: “Manifiesto contra la cadena perpetua”, en *Crítica penal y poder: una publicación del Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos*, nº 14, 2018, pp. 138-145. Las dudas sobre la constitucionalidad de la pena de

<sup>2</sup> En concreto, esta pena fue incorporada al ordenamiento jurídico español por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. Al respecto, resulta interesante observar que, aunque existen precedentes en nuestro derecho, la prisión perpetua ni se había incluido en el catálogo de penas de ninguno de los códigos penales aprobados en el siglo XX, ni había sido objeto de debate en ese tiempo. Una breve reseña histórica de la cadena perpetua puede verse en ACALE SÁNCHEZ, M.: *La prisión permanente revisable: ¿Pena o cadalso?*, Editorial Iustel, Madrid, 2016, pp. 42-50.

<sup>3</sup> Existen, sin embargo, grandes diferencias en el número de delitos para los que está prevista esta clase de pena, los requisitos exigidos para la revisión y el plazo para acceder a ella que prevé cada ordenamiento. Un análisis de la regulación en Alemania, Francia e Italia puede verse en CERVELLÓ DONDERIS, V.: *Prisión perpetua y de larga duración. Régimen jurídico de la prisión permanente revisable, actualizado con la L.O. 1/2015 de 30 de marzo*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 61-78.

<sup>4</sup> En realidad, esta pena ya existía con anterioridad de alguna manera en nuestro país al estar prevista en el art. 77.1 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma de 17 de julio de 1998, como “reclusión a perpetuidad” con un mínimo de cumplimiento de 25 años (Estatuto ratificado por España por Instrumento de 7.5.2002, BOE de 27.5.2002). Si bien es cierto que por Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre, se autorizó incluir una cláusula de salvaguarda que condiciona la ejecución en nuestro territorio de las penas privativas de libertad impuestas por este órgano a que la duración de la pena no exceda del máximo más elevado previsto para cualquier delito con arreglo a la legislación española.

<sup>5</sup> En España se da una baja incidencia de la delincuencia en comparación con los países de nuestro entorno y, en particular, una tasa de asesinatos (principal delito al que se asocia la prisión permanente revisable) muy por debajo de la media europea (ROIG TORRES, M.: *La cadena perpetua en el Derecho alemán y bri-*

En lo que sigue, veremos si estas críticas son fundadas, centrándonos en la naturaleza de esta pena y en el régimen previsto para su determinación y ejecución.<sup>9</sup>

## 2. Naturaleza de la pena de prisión permanente revisable

La prisión permanente revisable se configura en dos partes: una primera, de larga duración y cumplimiento obligatorio (lo que se denomina “tarifa”), prevista por razones retributivas y de prevención general positiva; y una segunda parte, de duración variable, que supuestamente responde (ya veremos en qué medida) a criterios preventivo-especiales y que por tanto dependería de la evolución del sujeto.

Se trata, así, de una pena de duración indeterminada, pero en principio sujeta a un procedimiento de revisión que permite (si se dan sus requisitos) suspender el cumplimiento de la condena concediendo la libertad condicional y, una vez pasado el periodo de suspensión, dar lugar a la remisión de la pena. La existencia de estas revisiones periódicas, sin embargo, no puede hacernos olvidar que, de negarse una y otra vez la suspensión, esta pena puede convertirse en vitalicia.

Por otro lado, cabe destacar que en el catálogo de penas de nuestro Código penal se recoge la prisión permanente revisable no como una forma de prisión, sino

prisión permanente revisable condujeron a un grupo de más de 50 diputados de distintos partidos a plantear un recurso de inconstitucionalidad contra la regulación introducida en 2015, recurso que fue resuelto por la sentencia del Tribunal Constitucional 169/2021, de 6 de octubre. En dicho pronunciamiento, el alto tribunal se decantó por afirmar la constitucionalidad de la regulación, aunque imponiendo una interpretación sistemática restrictiva de dos preceptos (el art. 92.3 y el art. 92.4 del Código penal), necesaria en su opinión para que pudieran ser considerados conforme a la Constitución (al respecto, véase infra, apartado 4.3.d). En cualquier caso, es preciso señalar que en la citada sentencia hay un voto particular de tres magistrados que se posicionan a favor de la inconstitucionalidad de la regulación actual en esta materia, lo que parece indicar que la cuestión no es en absoluto pacífica.

<sup>9</sup> No entraremos aquí, por falta de espacio, a analizar los delitos para los que se prevé la prisión permanente revisable. Sobre estos delitos y sobre los problemas que plantea su interpretación, véase, por ejemplo, FERNÁNDEZ GARCÍA, G.: “Un análisis crítico de la actual aplicación judicial de la prisión permanente revisable”, en *Revista Penal*, n.º 44, 2019, pp. 46-57. También puede verse un análisis más amplio sobre ese tema y sobre otras cuestiones que no han podido tratarse aquí, en LÓPEZ PEREGRÍN, C.: “Más motivos para derogar la prisión permanente revisable”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 20-30, 2018, pp. 1-49.

como una pena privativa de libertad distinta, incluida en el art. 35 CP autónomamente y calificada en el art. 33.2.a CP como pena grave. Sin embargo, no se define en ningún lado, ni se establece para ella un contenido distinto del de la pena de prisión, limitándose el legislador a incluir para la prisión permanente en el Código penal (abordando así de otro lado gran parte de materias de naturaleza penitenciaria) una serie de limitaciones al acceso a permisos, al tercer grado y a la libertad condicional.<sup>10</sup> Por ello, más que como una pena autónoma, parece haberse configurado como un mero alargamiento encubierto de la pena de prisión.

## 3. Problemas que plantea la determinación de esta pena

Lo primero que resulta criticable en el momento de determinación de la pena es que no esté prevista una pena alternativa, pues ello impide al juez adecuar la respuesta penal a la gravedad del caso concreto.<sup>11</sup> Quedan además sin resolver importantes cuestiones referidas, entre otras, a las penas accesorias o a la imposición de la medida de libertad vigilada.

En cuanto a lo primero, llama en efecto la atención que no exista previsión expresa alguna en relación con las penas accesorias a la prisión permanente revisable, lo que plantea un problema irresoluble. Porque,

<sup>10</sup> Así también CERVELLÓ DONDERIS, V.: “Prisión permanente revisable II (art. 36)”, en González Cussac, J.L. (dir.), VV.AA., *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2ª edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 225.

<sup>11</sup> Críticamente con el establecimiento de la prisión permanente revisable como pena única se manifiestan, por ejemplo, DAUNIS RODRÍGUEZ, A.: “La prisión permanente revisable. Principales argumentos en contra de su incorporación al acervo punitivo español”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 10, 2013, p. 104; o TAMARIT SUMALLA, J. M./ GARCÍA ALBERO, R./ TORRES ROSELL, N.: “Artículo 36”, en Quintero Olivares, G. (dir./ Morales Prats, F. (coord.), VV.AA., *Comentarios al Código Penal español, Tomo I (Artículos 1 a 233)*, 7ª edición, Editorial Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 432. En algún pronunciamiento judicial parece traslucirse también una crítica al sistema, cuando se especifica que se impone esta pena “por imperativo legal” (sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 7/2019, de 4 de marzo) o porque el tribunal “no tiene otra alternativa” (sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya 79/2019, de 23 de diciembre). El Tribunal Constitucional, sin embargo, ha considerado en su sentencia 169/2021, de 6 de octubre, que, aunque la imposición facultativa de la pena obviamente dotaría de mayor flexibilidad a su aplicación judicial, “no hay razones para entender que represente una tacha insalvable de inconstitucionalidad” la decisión del legislador español de imponer esta pena en hechos que, para el Tribunal Constitucional, presentan por sí mismos una extrema gravedad.

si se parte de que esta pena no es más que una forma de pena de prisión, cabría aplicar el art. 55 CP, que prevé la imposición de la pena accesoria de inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena,<sup>12</sup> pero esta interpretación supondría admitir la posibilidad de una pena de inhabilitación vitalicia. Pero si, por el contrario, no se considera aplicable este precepto a la prisión permanente revisable por considerarla una pena autónoma, distinta de la pena de prisión y por tanto fuera del ámbito de aplicación del art. 55 CP, un condenado a una pena de menor gravedad (por ejemplo, 12 años de prisión) tendría que soportar necesariamente inhabilitación absoluta por el tiempo de su condena, mientras que un condenado a prisión permanente revisable no sufriría inhabilitación alguna ni siquiera en el periodo de cumplimiento mínimo efectivo. Dos caminos sin salida. En cuanto a la jurisprudencia, la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña 197/2019, de 17 de diciembre, impuso como accesoria una inhabilitación absoluta de 20 años, en base a que esa es la duración máxima de esta pena, según el art. 40.1 CP,<sup>13</sup> pero es una postura minoritaria: en la mayor parte de los casos en que se impone prisión permanente revisable, en las sentencias, o no se menciona la inhabilitación absoluta, o (lo que es más frecuente) se impone inhabilitación absoluta “por el tiempo de la condena” sin especificar nada más.<sup>14</sup>

Por otro lado, el párrafo segundo del art. 57.1 CP establece que, si el juez o tribunal acordara la imposición de alguna/s de las prohibiciones del art. 48

CP,<sup>15</sup> debe hacerlo, si el delito es grave, por un tiempo superior entre uno y 10 años al de la duración de la pena de prisión impuesta.<sup>16</sup> El problema es que no hay manera de computar este plazo en la prisión permanente revisable. Otro callejón sin salida. Quizá la solución más razonable aquí sería imponer las prohibiciones del art. 48 por un tiempo superior entre uno y 10 años al periodo mínimo de cumplimiento que le corresponda en su caso, pues es el único dato cierto que tenemos en el momento de la condena, aunque hubiera sido preferible que estas cuestiones se hubieran regulado expresamente. La jurisprudencia, por su parte, ha adoptado soluciones diversas, imponiendo a veces estas prohibiciones por un tiempo determinado sin explicar por qué,<sup>17</sup> o por un periodo de 5 o 10 años “más que la duración efectiva de la pena de prisión permanente”, aunque en el momento de la condena no se sepa cuál va a ser<sup>18</sup> o, más detalladamente, con

<sup>12</sup> El art. 48 CP recoge la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos (que impide al penado residir o acudir al lugar en que haya cometido el delito, o a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos), la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal (que impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena) y la prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal (que impide al penado establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual).

Por su parte, el primer párrafo del art. 57.1 CP permite al juez o tribunal acordar en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el artículo 48 en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, la intimidación, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio, el orden socioeconómico y las relaciones familiares, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave, o de cinco si fuera menos grave.

<sup>13</sup> Según el segundo párrafo del art. 57.1, efectivamente, “si la persona condenada lo fuera a pena de prisión y el juez o tribunal acordara la imposición de una o varias de dichas prohibiciones, lo hará por un tiempo superior entre uno y diez años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave. En este supuesto, la pena de prisión y las prohibiciones antes citadas se cumplirán necesariamente por la persona condenada de forma simultánea”.

<sup>14</sup> Así, por ejemplo, con una duración de 30 años en la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra 42/2017, de 14 de julio; y en la sentencia de la Audiencia Provincial de Almería 379/2019, de 30 de septiembre.

<sup>15</sup> Así, por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de A

<sup>12</sup> Según el art. 55 CP, “la pena de prisión igual o superior a diez años llevará consigo la inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, salvo que ésta ya estuviere prevista como pena principal para el supuesto de que se trate”.

<sup>13</sup> Art. 40 CP: “1. La pena de inhabilitación absoluta tendrá una duración de seis a 20 años; las de inhabilitación especial, de tres meses a 20 años, y la de suspensión de empleo o cargo público, de tres meses a seis años”.

<sup>14</sup> Así, por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra 42/2017, de 14 de julio; la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava 278/2018, de 25 de septiembre; la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña 484/2018, de 16 de octubre; la sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara 3/2018, de 15 de noviembre; la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 7/2019, de 4 de marzo; la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla 6/2019, de 22 de abril; la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid 137/2019, de 4 de junio; la sentencia de la Audiencia Provincial de Almería 379/2019, de 30 de septiembre; la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 628/2019, de 30 de octubre; la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 584/2019, de 31 de octubre; la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya 79/2019, de 23 de diciembre; o la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife 42/2020, de 14 de febrero.

una duración que “será la de la pena y en todo caso desde el inicio de cumplimiento de la misma y hasta que transcurran 10 años desde la conclusión sin revocación del eventual plazo de suspensión de la pena”.<sup>19</sup>

Por lo que respecta a la medida de seguridad de libertad vigilada postpenitenciaria (potestativa en el asesinato hipercualificado —art. 140 bis CP— y obligatoria en el caso de muerte con fines terroristas —art. 579 bis.2 CP—), por el contrario, lo que resulta ilógico es que se haya previsto expresamente, porque si el condenado a prisión permanente revisable presenta alta peligrosidad, no podrá acceder al tercer grado ni a la libertad condicional, por lo que la prisión se convertirá en perpetua; y si presenta una peligrosidad baja que le permita acceder al tercer grado y después a la libertad condicional, cumpliendo todos los requisitos impuestos hasta conseguir la remisión de la pena tras un largo periodo de suspensión a prueba, entonces tampoco tendría ya mucho sentido extender el control a través de la libertad vigilada.<sup>20</sup> Además, aplicando esta medida, el control sería casi infinito. En la práctica, la opción acogida aquí por la jurisprudencia no es homogénea: en ocasiones se impone un determinado tiempo de libertad vigilada, pero sin indicar cómo se computa;<sup>21</sup> otras veces se afirma que el cómputo del tiempo ha de comenzar a partir de “la puesta en libertad”;<sup>22</sup> o, incluso, expresamente se indica que no se impone porque, siendo potestativa, no se estima necesaria teniendo en cuenta la extensión de la pena de prisión y las prohibiciones impuestas<sup>23</sup> o porque “carece de sentido” imponerla.<sup>24</sup>

Coruña 484/2018, de 16 de octubre; o la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 584/2019, de 31 de octubre.

<sup>19</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña 197/2019, de 17 de diciembre.

<sup>20</sup> De contradicción intrínseca habla ACALE SÁNCHEZ, M.: “Apuntes sobre la inconstitucionalidad de la pena de prisión permanente revisable desde la perspectiva del derecho penitenciario”, en Arroyo Zapatero, L./ Lascaraín Sánchez, J.A./ Pérez Manzano, M. (edit.), *VV.AA., Contra la cadena perpetua*, Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha, Cuenca, 2016, p. 164.

<sup>21</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería 379/2019, de 30 de septiembre; sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 584/2019, de 31 de octubre; o sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña 197/2019, de 17 de diciembre.

<sup>22</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid 137/2019, de 4 de junio.

<sup>23</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña 484/2018, de 16 de octubre.

<sup>24</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya 79/2019, de 23 de diciembre; y sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife 42/2020, de 14 de febrero.

Pero, siendo criticable todo lo anterior, lo más grave en este ámbito es que la prisión permanente revisable provoca como “daño colateral” la introducción de medidas de seguridad de internamiento de duración indefinida, que habían desaparecido definitivamente (creíamos) de nuestro ordenamiento jurídico con la entrada en vigor del Código Penal Español de 1995. Veámoslo con más detenimiento distinguiendo el caso de los semiimputables y de los inimputables.

- a) Cuando un sujeto es semiimputable, el Código Penal Español establece como regla general una rebaja obligatoria de la pena en uno o dos grados (art. 68 CP) y, además, la posibilidad de imponer, si es necesaria, una medida de seguridad que en ciertos supuestos puede ser privativa de libertad. Para la prisión permanente revisable, la rebaja de pena supone su conversión en una pena de prisión por tiempo determinado, en la medida en que el art. 70.4 CP prevé ahora que “la pena inferior en grado a la de prisión permanente es la pena de prisión de veinte a treinta años”.<sup>25</sup> Sin embargo, el art. 104.1 CP establece que, si se impone una medida de seguridad de internamiento a un semiimputable, su duración no podrá exceder de la de la pena *prevista* por el Código penal para el delito de que se trate. Interpretado literalmente, ello supondría para el semiimputable que cometa un delito que tenga prevista la pena de prisión permanente revisable la reintroducción de la medida de seguridad privativa de libertad vitalicia, aunque revisable.
- b) En cuanto a los inimputables, el Código penal impide aplicarles pena alguna, pero prevé la posibilidad de imponerles una medida de seguridad, si es necesaria, que también puede ser, en ciertos casos, privativa de libertad. Para estos sujetos, los arts. 101 a 103 CP establecen que el internamiento no podrá exceder del tiempo *que habría durado la pena privativa de libertad*, si hubiera sido declarado responsable (culpable) del delito cometido. Ello puede conducir aquí también a la ausencia de un límite temporal para la medida de seguridad de internamiento en caso de delitos que tengan prevista pena de prisión permanente revisable.

<sup>25</sup> A la inversa, esta previsión, por otra parte, parece apoyar la idea de que, en realidad, para el legislador la pena de prisión permanente revisable no es una pena autónoma, sino una especie de pena superior en grado a la pena de prisión de hasta 30 años.

En otras palabras, en estos supuestos actualmente la medida de seguridad no tiene establecido un límite temporal, dependiendo su terminación exclusivamente de que el juez decreta el cese de la medida por considerar que ha desaparecido la peligrosidad del sujeto o de que decida su sustitución por otra más adecuada o su suspensión (art. 97 CP); de lo contrario, podría permanecer internado hasta su muerte. Me parece una grave consecuencia que ha pasado inadvertida para la mayoría de la doctrina<sup>26</sup>.

Y no estoy hablando de hipótesis teóricas. El caso ya se ha presentado en la práctica y la jurisprudencia, además, no está solucionando este problema de una forma unívoca. Así, ante dos casos muy parecidos (de asesinato hiperagravado, del art. 140.1 CP, cometido por una persona inimputable por darse una eximente completa de alteración psíquica), la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 73/2017, de 8 de febrero, estableció que la medida debía ser *revisada* como máximo a los 25 años,<sup>27</sup> mientras que la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña 125/2016, de 15 de junio, estableció los 25 años como *tiempo máximo de internamiento*.<sup>28</sup>

Que una reforma de las penas haya provocado indirectamente, como consecuencia de una falta de previsión del legislador, consecuencias tan graves en materia de medidas de seguridad privativas de libertad, me parece inaceptable.<sup>29</sup>

#### 4. Problemas que plantea la ejecución de la pena

Una vez impuesta la condena, no existe ninguna previsión expresa sobre el cumplimiento de la pena de pri-

sión permanente revisable, salvo la lista de obstáculos que impone el Código penal para obtener los permisos de salida, el tercer grado o la libertad condicional. No se ha regulado el modo concreto en que habrá de cumplirse una pena que, por poder convertirse en vitalicia, debería ser objeto de una atención detallada, adecuada a sus especificidades y orientada especialmente a que, pasados los plazos de cumplimiento mínimo, haya alguna posibilidad de reinserción,<sup>30</sup> ni se han previsto programas de rehabilitación específicos orientados a reducir la peligrosidad,<sup>31</sup> ni se ha establecido ningún medio dirigido al menos a limitar los efectos adversos en la salud física y mental que provoca en el individuo una privación de libertad tan prolongada.<sup>32</sup>

Pero, incluso, los aspectos que sí se regulan lo han sido unas veces de forma incompleta; otras, confusa; y otras, incoherente o algo peor. Veámoslo.

##### 4.1. Los permisos de salida

Dado que en la pena de prisión permanente revisable, por ser de duración indeterminada, no es posible calcular la cuarta parte de la condena (que es uno de los requisitos para obtener permisos ordinarios en el régimen general, art. 47.2 LOGP), el art. 36.1 CP regula expresamente plazos específicos para estos condenados: 8 años de prisión efectiva, o 12 años para el caso de que el penado lo hubiera sido por un delito relativo a organizaciones y grupos terroristas o el delito de terrorismo.<sup>33</sup>

<sup>26</sup> Salvo excepciones. Así, por ejemplo, críticamente ya MARTÍNEZ GARAY, L.: “Predicción de peligrosidad y juicio de constitucionalidad de la prisión perpetua”, en Arroyo Zapatero, L./ Lascuráin Sánchez, J.A./ Pérez Manzano, M. (edit.), VV.AA., *Contra la cadena perpetua*, Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha, Cuenca, 2016, pp. 154-155.

<sup>27</sup> Este aspecto se estableció en un Auto aclaratorio de 1 de marzo de 2017, pues en la versión original de la sentencia no se establecía ningún plazo y además se hablaba de una “pena (sic) de internamiento en centro psiquiátrico permanente revisable”.

<sup>28</sup> Y ello sin mayor fundamentación, en base exclusivamente al razonamiento de que era lo solicitado por la Fiscalía. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 78/2020, de 12 de febrero, en un caso de asesinato hiperagravado del art. 140.1 CP cometido por una persona con eximente incompleta de alteración psíquica, se limita a decir que el sujeto será internado “por tiempo no superior a la pena de prisión”.

<sup>29</sup> Así también FERNÁNDEZ GARCÍA, “Un análisis crítico...”, cit., p. 57-59.

<sup>30</sup> Para Cristina Rodríguez, hay aspectos muy importantes de la ejecución a los que, por no haber sido expresamente reformados, les resulta aplicable el régimen general de cumplimiento, como lo relativo a la ubicación y el tipo de establecimiento o de módulo, los criterios de separación interior o la inclusión en el FIES (Fichero de internos de especial seguimiento), aspectos que en la práctica “pueden llegar a condicionar el acceso real a la revisión de la condena” (RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: *La ejecución de las penas de prisión permanente revisable y de larga duración*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 22; véanse también pp. 27-87).

<sup>31</sup> Sobre posibles actividades y programas específicos para el tratamiento de los internos condenados a penas de larga duración, véase por ejemplo DE LEÓN VILLALBA, F.J.: “Prisión permanente revisable y derechos humanos”, en Arroyo Zapatero, L./ Lascuráin Sánchez, J.A./ Pérez Manzano, M. (edit.), *Contra la cadena perpetua*, Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha, Cuenca, 2016, pp. 103-106.

<sup>32</sup> RODRÍGUEZ YAGÜE, *La ejecución...*, cit., p. 64.

<sup>33</sup> Nos referimos en el texto a los permisos ordinarios. Aunque el art. 36.1 CP no distingue, habrá que entender que los permisos extraordinarios de salida, al justificarse por razones humanitarias, quedan fuera de esta limitación, aunque pueden ser concedidos

La cuestión de por qué se han elegido estos periodos temporales no es fácil de contestar, pues no se corresponden con la cuarta parte de ningún plazo relevante.<sup>34</sup> Más bien, parece que esta regulación simplemente pretende endurecer el régimen de cumplimiento de la prisión permanente revisable.<sup>35</sup> Resulta al respecto criticable tanto la previsión de plazos mínimos de cumplimiento, y tan altos, para el acceso a un instrumento tan esencial para la reinserción como es el permiso de salida (primando la retribución sobre la prevención especial, que debería ser la finalidad esencial durante la ejecución),<sup>36</sup> como el establecimiento de plazos diferentes para los delitos de terrorismo, clara plasmación de un derecho penal del enemigo.

Pero para acceder a un permiso no basta el transcurso del tiempo, ya que deberán de cumplirse requisitos que falten, algo verdaderamente difícil, pues no solo es preciso estar clasificado en segundo o tercer grado y presentar buena conducta, sino que son determinantes los criterios de concesión que se recogen en la Tabla de Valores de Riesgo (TVR) y la Tabla de Concurrencia de Circunstancias Peculiares (M-CCP).<sup>37</sup> Y es que entre estos criterios se encuentran la gravedad de los hechos, la alarma social, la lejanía de las tres cuartas partes de la condena, o las dificultades para el apoyo familiar y social, por lo que, con pena de larga duración, delito grave y tras años de aislamiento social, los permisos de salida pueden ser muy difíciles de conseguir.<sup>38</sup> Si ya resulta criticable, por

oponerse al sistema de individualización científica, que en las penas de prisión por tiempo determinado no se atiende exclusivamente (o al menos de forma prioritaria) a la personalidad del penado y a su conducta penitenciaria, lo es aún más en el caso de la prisión permanente revisable, donde ello conllevará la práctica denegación de todos los permisos.<sup>39</sup>

Todos estos obstáculos impedirán en gran medida que los permisos ordinarios cumplan el papel esencial que desempeñan en la reinserción<sup>40</sup>. Pero es que, además, teniendo en cuenta que, aunque la ley no lo impone, en la práctica el no haber disfrutado de salidas se valora negativamente a la hora de conceder la progresión al tercer grado, y que esta es requisito necesario para acceder a la libertad condicional, las dificultades para acceder a permisos repercutirán negativamente en las posibilidades reales de remisión de la pena de prisión permanente revisable.<sup>41</sup>

## 4.2. La obtención del tercer grado

La competencia para la clasificación en tercer grado no corresponde al centro penitenciario (como ocurre en las penas de prisión por tiempo determinado), sino al tribunal sentenciador (art. 36.1 CP).<sup>42</sup> Sin embargo, y aunque nada se diga al respecto, habrá que entender que el tribunal sentenciador tendrá que basar su decisión en un informe y una propuesta realizados por la administración penitenciaria.<sup>43</sup>

acompañados de las medidas que sean necesarias. Así también, entre otros, MATA Y MARTÍN, R. M.: “Ámbitos de la ejecución penitenciaria afectados por la reforma del Código Penal. A propósito de la LO 1/2015”, en *La Ley*, nº 1, 2016, p. 1669.

<sup>34</sup> En efecto, si aparentemente el legislador considera la prisión permanente revisable como una especie de pena superior en grado a la de prisión de 30 años, entonces el acceso a los permisos debería ser posible, como regla general, a los 7 años y 6 meses de prisión (la cuarta parte de 30 años) y, en casos de delitos terroristas (de mantenerse este discriminatorio sistema diferenciado en base al delito cometido), a los 10 años (la cuarta parte de los 40 años a los que se puede llegar con el cumplimiento íntegro).

<sup>35</sup> CERVELLÓ DONDERIS, en González Cussac (dir.), *Comentarios a la reforma...*, cit., p. 232.

<sup>36</sup> Véase DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. M.: “Capítulo quinto. El nuevo sistema de penas a la luz de las últimas reformas”, en Morillas Cueva, L. (dir.), *VV. AA., Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Editorial Dykinson, Madrid, 2015, pp. 150-153.

<sup>37</sup> Véase la Instrucción de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias 1/2012, sobre permisos de salida y salidas programadas.

<sup>38</sup> CERVELLÓ DONDERIS, *Prisión perpetua...*, cit., p. 201.

<sup>39</sup> DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, en Morillas Cueva (dir.), *Estudios...*, cit., p. 153.

<sup>40</sup> Relacionado, entre otros, con el mantenimiento de los vínculos familiares y sociales, con la preparación paulatina del interno para su vuelta a la libertad, con la disminución de los efectos negativos del encarcelamiento o como motivador para presentar buena conducta (RODRÍGUEZ YAGÜE, *La ejecución...*, cit., pp. 124-125).

<sup>41</sup> RODRÍGUEZ YAGÜE, *La ejecución...*, cit., pp. 123-124 y 139-140.

<sup>42</sup> La mayoría de la doctrina ha criticado, sin embargo, que se hayan sustraído al juez de vigilancia penitenciaria estas competencias (así, por ejemplo, CERVELLÓ DONDERIS, en González Cussac -dir.-, *Comentarios a la reforma...*, cit., p. 230; y RODRÍGUEZ YAGÜE, *La ejecución...*, cit., pp. 119-120).

<sup>43</sup> Así también CERVELLÓ DONDERIS, en González Cussac (dir.), *Comentarios a la reforma...*, cit., p. 229; DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, en Morillas Cueva (dir.), *Estudios...*, cit., pp. 147-148; MATA Y MARTÍN, “Ámbitos de la ejecución...”, cit., p. 1669; ROIG TORRES, *La cadena perpetua en el Derecho alemán...*, cit., p. 150; y TAMARIT SUMALLA/ GARCÍA ALBERO/ TORRES ROSELL, en Quintero Olivares (dir.)/ Morales Prats (coord.), *Comentarios...*, cit., p. 433.



Además, y a diferencia también de lo que ocurre con las penas de prisión por tiempo determinado,<sup>44</sup> en la prisión permanente revisable el periodo de seguridad es obligatorio siempre. El plazo de cumplimiento mínimo para poder acceder al tercer grado depende aquí del supuesto de que se trate, siendo en principio de 15 años en caso de delito único o de 18, 20 o 22 años cuando hay pluralidad de delitos,<sup>45</sup> aunque si se trata de un delito terrorista se exige un cumplimiento mínimo de 20 años, que se amplía a 24 o 32 años cuando hay pluralidad de delitos y se trata de delitos terroristas o cometidos en organizaciones criminales.<sup>46</sup> Estos plazos solo se excepcionan en el supuesto de progresión por motivos humanitarios.<sup>47</sup>

Se establece así un periodo de seguridad obligatorio<sup>48</sup> que impide individualizar la ejecución según el caso concreto,<sup>49</sup> y con plazos muy largos, que ahondan en la prisonización<sup>50</sup> y probablemente desincentivarán al reo en cuanto a someterse a tratamiento.<sup>51</sup> Por lo demás, la insistencia en hacer diferencias en función exclusivamente del tipo de delito cometido en una fase donde lo que debería de primar es la evolución del penado y su pronóstico individual, supone

<sup>44</sup> En las que, como regla general, no existe un plazo mínimo de cumplimiento para acceder al tercer grado, aunque hay excepciones (véanse arts. 36.2 y 78.2 CP).

<sup>45</sup> Arts. 36.1.b y 78 bis.1 CP. En el caso de pluralidad de delitos, el plazo depende de la entidad de las penas de prisión impuestas junto a la de prisión permanente revisable.

<sup>46</sup> Arts. 36.1.a y 78 bis.3 CP. En el caso de pluralidad de delitos, el plazo depende aquí también de la entidad de las penas de prisión impuestas junto a la de prisión permanente revisable. Véase cuadro resumen de plazos en LÓPEZ PEREGRÍN, “Más motivos...”, cit., p. 49.

<sup>47</sup> En el caso de penados enfermos muy graves con padecimientos incurables o mayores de 70 años, si presentan escasa peligrosidad (art. 36.3 CP).

<sup>48</sup> Ni siquiera se prevé para la prisión permanente revisable la posibilidad de revocación del periodo de seguridad que se recoge en el art. 36.2 CP para las penas de prisión de duración determinada en las que el juez o tribunal optó por imponerlo (RODRÍGUEZ YAGÜE, *La ejecución...*, cit., p. 122).

<sup>49</sup> Contradiciendo, de nuevo, la prohibición establecida en el art. 72.4 LOGP, que establece que “en ningún caso se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión”. En este sentido crítico también se expresa RODRÍGUEZ YAGÜE, *La ejecución...*, cit., p. 90: “Paso de tiempo y cumplimiento de largos periodos de seguridad, característicos del sistema progresivo, toman el relevo de la evolución en el tratamiento y del pronóstico de reinserción, propios del sistema de individualización científica”.

<sup>50</sup> Así también DAUNIS RODRÍGUEZ, “La prisión permanente...”, cit., p. 98.

<sup>51</sup> FERNÁNDEZ BERMEJO, D.: “Una propuesta revisable. La prisión permanente”, en *La ley penal: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 110, 2014, p. 84.

una prueba más de lo que ya se ha señalado como derecho penal del enemigo.<sup>52</sup>

Este error de mirar hacia atrás en vez de hacia adelante en la fase de ejecución puede apreciarse también en los requisitos que, al margen de los plazos, se prevén para el acceso al tercer grado, especialmente el relativo al cumplimiento de la responsabilidad civil (art. 72.5 LOGP) y, para los condenados por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales, las exigencias adicionales del art. 72.6 LOGP,<sup>53</sup> requisitos que hacen casi imposible el acceso real al tercer grado.<sup>54</sup>

### 4.3. La libertad condicional

**a) Plazos de acceso (o tarifas).** El condenado a una pena de prisión por tiempo determinado puede acceder a la libertad condicional (concebida tras la reforma de 2015 como suspensión de la ejecución del resto de la pena), como regla general, cuando ha cumplido tres cuartas partes de la condena.

Sin embargo, si el sujeto ha sido condenado a prisión permanente revisable, se prevén unos periodos de privación de libertad de cumplimiento obligatorio diferentes que, como en el acceso al tercer grado, dependen del supuesto de que se trate, desde los 25 años que se exigen para los casos de delito único (art. 92.1.a CP),<sup>55</sup> a los 25 o 30 años de cumplimiento para supuestos de pluralidad de delitos (art. 78 bis.2 CP), que se amplían a 28 o 35 años si se trata de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas o delitos de terrorismo, o cometidos en el seno de organizaciones criminales (art. 78 bis.3 CP).<sup>56</sup> Plazos a todas luces excesivos<sup>57</sup> y muy superiores a los establecidos

<sup>52</sup> Así también, por ejemplo, CANCIO MELIÁ, “La pena de cadena perpetua...”, cit., p. 1553.

<sup>53</sup> Crítico también con esta aplicación de un régimen especial penitenciario en atención al tipo de delito, LANDA GOROSTIZA, “Prisión perpetua...”, cit., p. 29.

<sup>54</sup> En este sentido CERVELLÓ DONDERIS, en González Cussac (dir.), *Comentarios a la reforma...*, cit., p. 230; o RODRÍGUEZ YAGÜE, *La ejecución...*, cit., pp. 114-116.

<sup>55</sup> Por razones que se me escapan, aquí no se establece (afortunadamente) un régimen especial para delitos de terrorismo, como sí se hace en los plazos de prisión efectiva exigidos para el acceso al tercer grado.

<sup>56</sup> Véase el cuadro comparativo en LÓPEZ PEREGRÍN, “Más motivos...”, cit., p. 49. De nuevo se sigue aquí la línea de priorizar respecto a determinado tipo de delincuentes la retribución frente a la prevención especial (CERVELLÓ DONDERIS, en González Cussac -dir.-, *Comentarios a la reforma...*, cit., p. 229).

<sup>57</sup> De plazos “desorbitados e injustificados” habla CERVELLÓ

en los países de nuestro entorno que prevén penas de esta clase.<sup>58</sup>

**b) Requisitos de la revisión.** El art. 92.1 CP exige, además, que el penado se encuentre clasificado en tercer grado y que exista un pronóstico favorable de reinserción social, cuya existencia debe determinar el tribunal teniendo en cuenta (art. 92 CP):

... la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas.<sup>59</sup>

Como puede verse fácilmente, entre estos criterios se incluyen, de un lado, circunstancias que ya han sido tenidas en cuenta para determinar la aplicación de la

---

DONDERIS (en González Cussac -dir.-, *Comentarios a la reforma...*, cit., p. 237). En cualquier caso, en mi opinión, y aunque el art. 91.1 CP no menciona expresamente la prisión permanente, en una interpretación sistemática y beneficiosa para el reo, estos plazos no serán aplicables cuando se trate de “penados que hubieran cumplido la edad de setenta años, o la cumplan durante la extinción de la condena” o “enfermos muy graves con padecimientos incurables”. Así también GARCÍA ALBERO, R.: “Artículo 78 bis”, en Quintero Olivares, G. (dir.)/ Morales Prats, F. (coord.), VV.AA., *Comentarios al Código Penal español, Tomo I (Artículos 1 a 233)*, 7ª edición, Editorial Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 626.

<sup>58</sup> En Alemania, por ejemplo, la condena se revisa a los 15 años y el promedio de cumplimiento es de 19 años (véase ROIG TORRES, *La cadena perpetua en el Derecho alemán...*, cit., pp. 27-63). El plazo de 15 años rige también en Austria, Luxemburgo, Liechtenstein, Mónaco, Macedonia y (como regla general) en Suiza y Bélgica, e incluso rigen plazos menores en Chipre (12 años), Dinamarca (12 años), Finlandia (12 años) o Suecia (10 años); si bien es cierto que hay países europeos donde el cumplimiento mínimo es superior, como en Italia (26 años) o en Francia (donde puede llegar a 30 años). Sobre todos estos plazos véase ROIG TORRES, M.: “La cadena perpetua: los modelos inglés y alemán. Análisis de la STEDH de 9 de julio de 2013. La ‘prisión permanente revisable’ a examen”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 111, 2013, p. 137, en especial en nota 113.

<sup>59</sup> Si se trata de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas o delitos de terrorismo, el art. 92.2 CP exige unos requisitos adicionales que han sido acertadamente criticados por la doctrina por invadir el terreno personal del condenado en cuestiones morales, lo que resulta inaceptable en un Estado social y democrático de Derecho. Así, por ejemplo, DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, en Morillas Cueva (dir.), *Estudios...*, cit., pp. 139-140; o GARCÍA RIVAS, N.: “Razones para la inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 28, 2017, pp. 19-20.

prisión permanente revisable (como la gravedad del delito) y que nada informan sobre el pronóstico del reo después de 25 años o más de cumplimiento,<sup>60</sup> y, de otro lado, elementos que no pueden ser modificados por el penado (como sus circunstancias familiares y sociales).<sup>61</sup> Pero es que, además, alcanzar la suspensión con periodos de seguridad tan largos va a ser casi imposible, pues cuanto mayor es el tiempo en prisión, más difícil será cumplir los pocos criterios de la revisión que dependen del comportamiento del sujeto.<sup>62</sup>

En estas circunstancias, resulta imposible afirmar que la prisión permanente, en su regulación actual, tenga un procedimiento adecuado de revisión.<sup>63</sup>

**e) Concesión o denegación.** Extinguida la parte de la condena de cumplimiento mínimo, el tribunal resolverá sobre la suspensión o no de la pena de prisión permanente revisable (art. 92.1 CP).<sup>64</sup>

Según el apartado 3 del art. 92 CP, si se concede, la suspensión de la ejecución tendrá una duración de 5 a 10 años, sin que se indique criterio alguno del que deba depender el establecimiento de una u otra duración.<sup>65</sup> Si en la primera revisión, por el contrario,

<sup>60</sup> DAUNIS RODRÍGUEZ, “La prisión permanente...”, cit., pp. 80-81.

<sup>61</sup> MARTÍNEZ GARAY, “Predicción de peligrosidad...”, cit., p. 156.

<sup>62</sup> En este sentido crítico también, por ejemplo, BERNAL DEL CASTILLO, J.: “La pena de prisión permanente revisable: una aproximación”, en Roca de Agapito, L. (dir.), VV.AA., *Un sistema de sanciones penales para el siglo XXI*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 242.

<sup>63</sup> Así también, por ejemplo, JUANATEY DORADO, C.: “Una ‘moderna barbarie’: la prisión permanente revisable”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 20, 2013, p. 10; o RODRÍGUEZ YAGÜE, *La ejecución...*, cit., pp. 172-173. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha considerado en su sentencia 169/2021, de 6 de octubre, que la regulación actual prevé suficientes mecanismos de revisión de esta pena (aunque no son de la misma opinión los magistrados firmantes del voto particular).

<sup>64</sup> Para la pena de prisión determinada, el órgano competente para decretar la suspensión es el juez de vigilancia penitenciaria (art. 90.1 CP), pero aquí se usa el término “tribunal”, lo que un amplio sector doctrinal interpreta que se refiere al tribunal sentenciador. Véanse, por ejemplo, CERVELLÓ DONDERIS, en González Cussac (dir.), *Comentarios a la reforma...*, cit., p. 236; y la Instrucción de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias 4/2015, de 29 de junio, sobre aspectos de la ejecución penal afectados por la reforma del CP en la LO 1/2015, de 30 de marzo, punto 3.1.7. Esta nueva sustracción de funciones a los jueces de vigilancia, que deberían ser quienes, por su cercanía a la realidad de los condenados a prisión, tomaran las decisiones relevantes en materia de ejecución, resulta criticable (al respecto, véase RODRÍGUEZ YAGÜE, *La ejecución...*, cit., pp. 211-216).

<sup>65</sup> Al conceder la suspensión, el tribunal puede imponer prohibiciones y deberes del art. 83 CP (aplicable por expresa dición del art. 92.3 CP).

se deniega la concesión de la suspensión, el tribunal deberá volver a constatar si se cumplen o no los requisitos de la libertad condicional al menos cada dos años.<sup>66</sup> Sin embargo, como apunta Roig Torres, si tras el cumplimiento de 25, 28, 30 o 35 años de prisión (según el caso) no obtiene la suspensión en la primera revisión, difícilmente habrá cambiado la situación en uno o dos años cuando llegue la siguiente.<sup>67</sup>

**d) Revocación de la suspensión o remisión de la pena.** Si excepcionalmente el condenado a prisión permanente revisable hubiera obtenido la concesión de la suspensión, cabría todavía decretar la revocación. La LO 1/2015, de 30 de marzo, se limitaba en esta materia a introducir en el art. 92.3 CP una remisión al art. 86 CP, considerando por tanto supuestos de revocación de la suspensión de la prisión permanente revisable, los mismos que ya estaban previstos para los casos, por ejemplo, de suspensión de ejecución de penas de prisión inferiores a dos años (arts. 80 y ss. CP). Hay que tener en cuenta, además, que el art. 86 prevé la revocación no solo cuando el sujeto sea condenado por un delito cometido durante el periodo de suspensión (supuesto comprensible), sino también, entre otros casos, cuando se incumpla de forma grave o reiterada una prohibición impuesta, se facilite información inexacta sobre el paradero de los bienes decomisados o se incumpla el compromiso de pago de la responsabilidad civil. Esto ha sido acertadamente criticado por la doctrina, pues hubiera sido conveniente establecer un régimen específico, con unos supuestos de revocación más estrictos en una pena que puede convertirse en vitalicia.<sup>68</sup>

Pero es que, además, según el art. 92.3 CP, también cabe la revocación cuando “se ponga de manifiesto un cambio de las circunstancias que hubieran dado lugar a la suspensión que no permita mantener ya el pronóstico de falta de peligrosidad en que se fundaba la decisión adoptada”, sin que se indique de ninguna forma qué circunstancias pueden conducir por esta vía a un reingreso en prisión por un tiempo (de nuevo) indeterminado, lo que provoca una inseguridad jurídica

inaceptable.<sup>69</sup> Como indica Martínez Garay,<sup>70</sup> con este tenor literal las razones para adoptar la revocación ni siquiera tienen por qué referirse necesariamente al reo. Así, por ejemplo, en el caso en que un condenado hubiera aceptado vivir con su madre, si esta muriese durante el periodo de suspensión, ello podría dar lugar teóricamente a que el juez revocase la suspensión por entender que ya no hay apoyo familiar.

Las críticas dirigidas contra este precepto han tenido una aceptación parcial en la sentencia del Tribunal Constitucional 169/2021, de 6 de octubre, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad planteado contra la introducción de la prisión permanente revisable. En efecto, para el alto tribunal, el párrafo tercero del art. 92.3 CP:

... es susceptible de generar en el liberado condicional la sensación insuperable de incertidumbre sobre su modo de aplicación efectiva que [...] constituye el límite de la libertad de configuración normativa del legislador, pues podrían integrar el fundamento de la decisión revocatoria circunstancias personales del liberado condicional completamente desconectadas con el fundamento de su condena y de su ulterior liberación —un determinado modo de conducirse por la vida— e incluso ajenas a su voluntad —la pérdida del puesto de trabajo, o de un apoyo familiar o institucional—. La consecuencia asociada a estos supuestos, el retorno a prisión, resulta manifiestamente desproporcionada.

Sin embargo, la consecuencia que se extrae en la sentencia no es la inconstitucionalidad de la pena de prisión permanente, ni siquiera la inconstitucionalidad de este precepto en concreto. El Tribunal Constitucional se limita a hacer una interpretación sistemática y teleológica de esta norma, para salvar su constitucionalidad, en el sentido de restringir la eficacia revocatoria del cambio de circunstancias al que se refiere el art. 92.3 CP a los casos en que se produjera en el contexto de algunas de las causas de revocación recogidas en el art. 86.1 CP.<sup>71</sup> Es decir, se vacía de

<sup>66</sup> También puede hacerlo a petición del penado, pero se podrá fijar un plazo de hasta un año dentro del cual, tras haber sido rechazada una petición, no se dará curso a sus nuevas solicitudes (art. 92.4 CP).

<sup>67</sup> ROIG TORRES, “La cadena perpetua...”, cit., p. 136.

<sup>68</sup> En este sentido también, por ejemplo, GARCÍA RIVAS, “Razones...”, cit., p. 7.

<sup>69</sup> Críticamente también MARTÍNEZ GARAY, “Predicción de peligrosidad...”, cit., p. 154.

<sup>70</sup> MARTÍNEZ GARAY, “Predicción de peligrosidad...”, cit., p. 157.

<sup>71</sup> “Consideramos que el art. 92.3, párrafo tercero, CP admite, sin forzar su literalidad, la reducción teleológica a la que nos hemos referido de modo que «un cambio de las circunstancias que hubieran dado lugar a la suspensión que no permita mantener ya el pronóstico de falta de peligrosidad en que se fundaba la decisión adoptada»

contenido el art. 92.3, lo cual es positivo, pero insuficiente, pues se siguen equiparando los supuestos de revocación en los casos de penas de prisión inferiores a dos años y de pena de prisión permanente revisable.

Por lo demás, la sentencia del Tribunal Constitucional 169/2021, de 6 de octubre, pone de manifiesto otro problema más, referido a la ausencia de previsiones respecto de la posibilidad de revisión tras la revocación. En efecto, la regulación actual recoge, como ya hemos visto, que, una vez extinguida la parte de la condena de cumplimiento mínimo, el tribunal debe resolver sobre la suspensión o no de la pena de prisión permanente revisable (art. 92.1 CP) y que, si en esta primera revisión se deniega la concesión de la suspensión, el tribunal deberá volver a constatar si se cumplen o no los requisitos de la libertad condicional al menos cada dos años (art. 92.4 CP). Sin embargo, nada se dice sobre las posibilidades de revisión de quien ha visto revocada la suspensión. Para el Tribunal Constitucional, aunque la Ley Orgánica 1/2015

... no enuncia explícitamente la existencia de un efecto preclusivo derivado de su revocación, tampoco concreta el régimen de revisión de la pena que habrá de aplicarse con posterioridad al acto revocatorio, lo que genera un margen de incertidumbre que este tribunal se ve obligado a acotar”. Por ello, considera “que el régimen jurídico de la revocación de la libertad condicional resulta constitucionalmente insatisfactorio por incompleto.

Considerando, sin embargo, suficiente para salvar la constitucionalidad del precepto fijar como

... única interpretación constitucionalmente conforme con los valores y derechos fundamentales en juego la de que, tras la revocación de la libertad condicional, habrán de estimarse subsistentes las exigencias impuestas al tribunal sentenciador en el artículo 92.4 CP de verificar, con una periodicidad bianual, el cumplimiento de los requisitos para el acceso a la libertad condicional y de resolver las peticiones que el penado le dirija con los condicionamientos temporales establecidos en dicha norma.

## 5. Valoración final

Analizados, brevemente, los principales problemas que plantea la pena de prisión permanente revisable en su determinación y ejecución, podemos concluir que esta pena no está configurada como una figura autónoma, sino como un mero alargamiento indeterminado de la prisión con enormes restricciones del acceso a cualquier figura penitenciaria que implique contacto con el exterior, y para la que no se ha establecido ninguna regulación específica penitenciaria ni programas de rehabilitación adecuados a las características de estos condenados. Los largos periodos de cumplimiento obligatorio, donde se priman los fines retributivos y de prevención general en un momento en que deberían ser prioritarios los criterios preventivo-especiales, y el continuo mantenimiento de distintos regímenes, según el tipo de delito cometido, apuntalan además la tendencia al desmantelamiento del sistema de individualización científica.

En este contexto, en mi opinión, solo cabe concluir que no se regula en nuestro ordenamiento un mecanismo claro de revisión de la condena, que aparece como una mera posibilidad teórica, pero llena de obstáculos, pues, como se ha visto, las posibilidades de acceso al tercer grado y a la revisión no son reales. En consecuencia, no se garantiza al condenado una expectativa de liberación. Por ello, y a pesar de los esfuerzos interpretativos del Tribunal Constitucional para salvar la constitucionalidad de la actual regulación, sigue habiendo razones más que sobradas para pedir su derogación, porque la regulación de esta pena presenta multitud de deficiencias, y de gran calado. Y porque una pena que, a pesar de ser teóricamente revisable, no prevé ningún mecanismo cierto para su finalización, debería ser eliminada de nuestro ordenamiento.

---

solo tenga efecto revocatorio cuando vaya acompañado de alguno de los incumplimientos tipificados en el art. 86.1 CP.”

## 6. Bibliografía

- ACALE SÁNCHEZ, M.: *La prisión permanente revisable: ¿Pena o cadalso?*, Editorial Iustel, Madrid, 2016.
- \_\_\_\_\_: “Apuntes sobre la inconstitucionalidad de la pena de prisión permanente revisable desde la perspectiva del derecho penitenciario”, en Arroyo Zapatero, L./ Lascuraín Sánchez, J. A./ Pérez Manzano, M. (edit.), VV. AA., *Contra la cadena perpetua*, Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha, Cuenca, 2016.
- ARROYO ZAPATERO, L./ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A./ PÉREZ MANZANO, M. (edit.): *Contra la cadena perpetua*, Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha, Cuenca, 2016.
- BERNAL DEL CASTILLO, J.: “La pena de prisión permanente revisable: una aproximación”, en Roca de Agapito, L. (dir.), VV. AA., *Un sistema de sanciones penales para el siglo XXI*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- CANCIO MELIÁ, M.: “La pena de cadena perpetua («prisión permanente revisable») en el Proyecto de reforma del Código Penal”, en *La Ley*, nº 4, 2013.
- CERVELLÓ DONDERIS, V.: *Prisión perpetua y de larga duración. Régimen jurídico de la prisión permanente revisable, actualizado con la LO 1/2015 de 30 de marzo*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- \_\_\_\_\_: “Prisión permanente revisable II (art. 36)”, en González Cussac, J. L. (dir.), VV. AA., *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2ª edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- DAUNIS RODRÍGUEZ, A.: “La prisión permanente revisable. Principales argumentos en contra de su incorporación al acervo punitivo español”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 10, 2013.
- DE LEÓN VILLALBA, F. J.: “Prisión permanente revisable y derechos humanos”, en Arroyo Zapatero, L./ Lascuraín Sánchez, J. A./ Pérez Manzano, M. (edit.), *Contra la cadena perpetua*, Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha, Cuenca, 2016.
- DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. M.: “Capítulo quinto. El nuevo sistema de penas a la luz de las últimas reformas”, en Morillas Cueva, L. (dir.), VV. AA., *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Editorial Dykinson, Madrid, 2015.
- FERNÁNDEZ BERMEJO, D.: “Una propuesta revisable. La prisión permanente”, en *La ley penal: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 110, 2014.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, G.: “Un análisis crítico de la actual aplicación judicial de la prisión permanente revisable”, en *Revista Penal*, nº 44, 2019.
- GARCÍA ALBERO, R.: “Artículo 78 bis”, en Quintero Olivares, G. (dir.)/ Morales Prats, F. (coord.), VV. AA., *Comentarios al Código Penal español, Tomo I (Artículos 1 a 233)*, 7ª edición, Editorial Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.
- GARCÍA PÉREZ, O.: “La legitimidad de la prisión permanente revisable a la vista del estándar europeo y nacional”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 38, 2018.
- GARCÍA RIVAS, N.: “Razones para la inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 28, 2017.
- GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL/ JUEZAS Y JUECES PARA LA DEMOCRACIA/ UPF/ AGORA JUDICIAL: “Manifiesto contra la cadena perpetua”, en *Crítica penal y poder: una publicación del Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos*, nº 14, 2018.
- JUANATEY DORADO, C.: “Una ‘moderna barbarie’: la prisión permanente revisable”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 20, 2013.
- LANDA GOROSTIZA, J. M.: “Prisión perpetua y de muy larga duración tras la LO 1/2015: ¿Derecho a la esperanza? Con especial consideración del terrorismo y del TEDH”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 17, 2015.
- LÓPEZ PEREGRÍN, C.: “Más motivos para derogar la prisión permanente revisable”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 20-30, 2018.
- MARTÍNEZ GARAY, L.: “Predicción de peligrosidad y juicio de constitucionalidad de la prisión perpetua”, en Arroyo Zapatero, L./ Lascuraín Sánchez, J.A./ Pérez Manzano, M. (edit.), VV. AA., *Contra la cadena perpetua*, Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha, Cuenca, 2016.

MATA Y MARTÍN, R. M.: “Ámbitos de la ejecución penitenciaria afectados por la reforma del Código Penal. A propósito de la LO 1/2015”, en *La Ley*, nº 1, 2016.

RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: *La ejecución de las penas de prisión permanente revisable y de larga duración*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

ROIG TORRES, M.: “La cadena perpetua: los modelos inglés y alemán. Análisis de la STEDH de 9 de julio de 2013. La ‘prisión permanente revisable’ a examen”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 111, 2013.

\_\_\_\_\_: *La cadena perpetua en el Derecho alemán y británico. La prisión permanente revisable*, Editorial Iustel, Madrid, 2016.

TAMARIT SUMALLA, J. M./ GARCÍA ALBERO, R./ TORRES ROSELL, N.: “Artículo 36”, en Quintero Olivares, G. (dir.) / Morales Prats, F. (coord.), VV. AA., *Comentarios al Código Penal español, Tomo I (Artículos 1 a 233)*, 7ª edición, Editorial Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.

VAN ZYL SMIT, D./ RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: “Un acercamiento a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la cadena perpetua y a su posible proyección sobre la prisión permanente revisable en España”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 31, 2019.



## Por una convención internacional contra los ecocrímenes y un tribunal internacional del medioambiente<sup>1</sup>

Alejandro L. de Pablo Serrano<sup>2</sup>

Profesor Ayudante Doctor (Titular acred.)  
Universidad de Valladolid

**RESUMEN:** Este trabajo toma postura a favor de la adopción de una Convención Internacional que castigue los atentados más graves contra el medioambiente global, en línea con las propuestas de la sociedad civil y la comunidad científica. Analizamos las conductas que deberían prohibirse en esta convención: el ecocidio —que es el delito medioambiental internacional que más consenso reúne—, el expolio de recursos naturales y los delitos ecológicos transfronterizos. Además, se estudia la cuestión de la autoridad judicial que juzgaría esos crímenes; se examinan diversas posibilidades: la Corte Penal Internacional, la Corte Internacional de Justicia y la creación de un nuevo Tribunal Internacional del Medioambiente.

**PALABRAS CLAVE:** ecocidio, medioambiente, Tribunal Internacional del Medioambiente, crímenes ambientales.

**ABSTRACT:** This paper takes side with the adoption of an International Convention to sanction the most serious attacks against the global environment, in line with the proposals of civil society and the scientific community. We analyze the behaviors that should be prohibited in this convention: ecocide —the international environmental crime that gathers the most consensus—, the spoliation of natural resources and transnational ecological crimes. In addition, we also study the question of the judicial authority with competence to investigate and judge these crimes: and various possibilities are examined: International Court of Justice, International Criminal Court and the creation of a new International Court for the Environment.

**KEYWORDS:** ecocide, environment, International Court for the Environment, environmental crimes, spoliation of natural resources.

<sup>1</sup> Este trabajo se realiza en el marco del Proyecto Nacional de Investigación dirigido por el Prof. Adán Nieto Martín (Universidad de Castilla La Mancha), financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, y que lleva por título “Responsabilidad penal de empresas multinacionales por violaciones a los derechos humanos y al medio ambiente” (DER 2017-85144- CP2-1-P).

<sup>2</sup> Actualmente, investigador postdoctoral del Programa de Recualificación del Profesorado Universitario Español para el periodo 2021-2023, realizando una estancia de investigación en la Universidad Autónoma de Madrid. Miembro del Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas (SEJ-047) del Plan Andaluz de Investigación, Desarrollo e Innovación. Miembro del Grupo de Investigación Reconocida “Derecho de familia y derechos humanos”, de la Universidad de Valladolid.



**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Un homenaje póstumo a Delmas-Marty: “Derecho penal mundial” del medioambiente. 3. Conductas prohibidas en la Convención Internacional. 3.1. Primer delito: el ecocidio. 3.2. Segundo delito: el expolio de recursos naturales. 3.3. Tercer delito: el delito ecológico transfronterizo. 4. Tribunal penal internacional competente. 4.1. La Corte Penal Internacional (CPI). 4.2. La Corte Internacional de Justicia de Naciones Unidas (CIJ). 4.3. Un nuevo Tribunal Internacional para el Medioambiente (“International Court for the Environment”, ICE). 5. Reflexiones finales. 6. Bibliografía.

Rec. 21-03-2022 | Fav. 07-04-2022

## 1. Introducción

Cada vez son más las voces de la sociedad civil y de la academia que reclaman el recurso al derecho penal internacional para la protección del medioambiente frente a los ataques más graves cometidos por individuos y, sobre todo, por grandes corporaciones. La crisis climática ha puesto ante la humanidad la incuestionable realidad de la degradación del medioambiente, fruto de un sistema económico intensivo que absorbe materias primas y recursos naturales a un ritmo voraz y de una forma irreversible e insostenible en el medio plazo.

Si bien el derecho penal debe ser el último recurso al que acudir para la tutela de bienes jurídicos, parece justo emplear delitos y penas para sancionar los atentados más graves contra el medioambiente, respetando plenamente las garantías liberales modernas del derecho penal: ofensividad, proporcionalidad y *ultima ratio*. Con una adecuada tipificación de esas conductas en normas internacionales, quedaría satisfecho también el principio de legalidad internacional y de tipicidad. Si el bien jurídico medioambiente es universal, entonces a toda la comunidad internacional le corresponde comprometerse con su protección, de un modo similar a como hace décadas se exploró y recorrió con notable éxito civilizatorio el derecho penal internacional de los derechos humanos, a raíz de los horrores de la Segunda Guerra Mundial. Se necesita un maraco normativo actualizado y compartido a nivel internacional, un “derecho penal mundial del medioambiente” o un “derecho penal internacional del medioambiente” para que todos los Estados caminemos en la misma dirección en la protección del medioambiente (apartado 2).

El delito medioambiental más discutido y que ha congregado más apoyo internacional es el ecocidio. En los últimos años, se han presentado varias campañas de activistas ambientalistas orientadas a la tipificación del crimen de ecocidio: “erradicación del ecocidio” (“*erradicating ecocide*”) y “acabar con el ecocidio en la Tierra” (“*End Ecocide on Earth*” —EEE—, por sus siglas en inglés).<sup>3</sup> Hay también propuestas concretas de grandes expertos, como la de la abogada Higgins y trabajos colectivos que han desarrollado minuciosas propuestas de Convención Internacional contra el Ecocidio y contra los Ecocrímenes (bajo la coordinación del profesor Neyret, que estudiaremos más adelante en el Apartado 3.1). Junto al ecocidio, aunque hayan sido menos estudiadas, hay otras conductas altamente contaminantes y devastadoras que también deberían castigarse penalmente a nivel internacional: el expolio de recursos naturales (apartado 3.2) y el delito ecológico transfronterizo (apartado 3.3). Todos estos delitos deberían integrar el contenido de una futura Convención Internacional contra los Ecocrímenes, a favor de la cual nos posicionamos en este trabajo.

Si se adopta una Convención Internacional contra esos crímenes ambientales, es necesario entonces enfrentarnos también a la cuestión de la autoridad judicial competente para investigar y enjuiciar. En el apartado 4 examinamos dos opciones de tribunales que ya están en funcionamiento: la Corte Penal Internacional (a la que se le podría asignar la compe-

<sup>3</sup> CROOK, M., SHORT, D. y SOUTH, N., “Ecocide, genocide, capitalism and colonialism: consequences for indigenous peoples and local ecosystems environments”, *Theoretical Criminology*, 2018, Vol. 22(3), pp. 302-305.

tencia jurisdiccional sobre los crímenes ambientales internacionales a través de una reforma del Estatuto de Roma -4.1-) y la Corte Internacional de Justicia (apostando decididamente por su especialización en asuntos medioambientales -4.2-). Una última posibilidad sería la creación de un órgano nuevo, un Tribunal Internacional para el Medioambiente, al amparo de esa Convención Internacional; esta opción ha sido defendida desde hace años por importantes entidades especializadas en el medioambiente y debe ser considerada debidamente (apartado 4.3).

Por supuesto, el contenido de una futura Convención Internacional contra los Eecrimes, como la que proponemos, debe afrontar otros dos problemas decisivos. En primer lugar, las sanciones que llevarían aparejadas los crímenes ambientales internacionales. En otros trabajos nosotros ya hemos estudiado distintas posibilidades, que pasan por las sanciones económicas clásicas de la multa y el decomiso de las ganancias,<sup>4</sup> y por el enfoque restaurativo aplicado a la justicia medioambiental (sanciones restaurativas).<sup>5</sup> En segundo lugar, la cuestión del ámbito subjetivo de aplicación de la convención: el sujeto imputable. Tratándose de delincuencia medioambiental, la exigencia de responsabilidad por delitos medioambientales tiene que alcanzar, de un modo a otro, a las grandes corporaciones (y no solo a personas físicas). Este asunto no será abordado tampoco en este trabajo, sino que nos remitimos a un estudio que estamos elaborando al respecto sobre las posibilidades de reforzar la exigencia de responsabilidad a las empresas en el ámbito del derecho internacional público y explorar las vías que se debaten actualmente sobre la responsabilidad penal de las empresas.<sup>6</sup>

<sup>4</sup> DE PABLO SERRANO, A. L., “Sanciones adecuadas para recuperar las ganancias ilícitas derivadas de la criminalidad medioambiental transnacional y organizada”, en Puente Aba, L. M<sup>a</sup>. (dir.) y Souto García, E. M<sup>a</sup>. (coord.), *Ganancias ilícitas y Derecho Penal*. Granada, Comares, 2021, pp. 235 – 258.

<sup>5</sup> DE PABLO SERRANO, A. L., “Green criminal sanctions for ecocide and other international environmental crimes: fines, confiscation, and environmental restorative justice”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtswissenschaft - ZIS-Online*, pendiente de revisión y publicación.

<sup>6</sup> Hay interesantes trabajos ya publicados: AMBOS, K., *Principios e imputación en el derecho penal internacional*. Barcelona, Atelier, 2008; del mismo *Derecho penal internacional económico: fundamentos de la responsabilidad penal internacional de las empresas*. Navarra, Aranzadi, 2018; MUÑOZ DE MORALES, M., “Vías para la responsabilidad de las multinacionales por violaciones graves de Derechos humanos”, *Política Criminal*, Vol. 15, N<sup>o</sup> 30 (Diciembre), 2021, Art. 14, pp. 948-992; IGLESIAS MÁR-

## 2. Un homenaje póstumo a Delmas-Marty: “Derecho penal mundial” del medioambiente

Se reconoce a Delmas-Marty ser uno de los referentes, sino acaso quien más ha luchado desde la academia, en favor de la idea de un derecho penal mundial, global, o la mundialización del derecho penal. Apuntó que la armonización internacional del derecho penal debía alcanzar también al ámbito que hoy nos ocupa de la protección del medioambiente. Esta brillante penalista, que ha fallecido recientemente, acertó plenamente. Si el liberalismo, sostenía, ha eliminado las fronteras del comercio y ha favorecido una desreglamentación o desregulación que disocia el espacio económico del espacio político, entonces el derecho penal tiene que adoptarse necesariamente a esta realidad; y el medioambiente representa un entorno propicio para protagonizar esa armonización e internacionalización normativas, pues en él confluyen, casi como en ningún otro, crímenes globalizados y riesgos globales.<sup>7</sup>

Urge, pues, aproximar legislaciones y asegurar niveles mínimos de protección (y sanción) internacionalmente armonizados.<sup>8</sup> Y para alcanzar tales metas,

QUEZ, D., “La Corte Penal Internacional y la Protección del Medio Ambiente Frente a las Actividades Empresariales”, *Sequencia (Florianópolis)*, 86, Sep-Dec 2020, pp. 101-110.

<sup>7</sup> Cfr. DELMAS-MARTY, M., “Etudes juridiques comparatives et internationalisation du droit”, *Cahiers de défense sociale: bulletin de la Société Internationale de Défense Sociale pour une Politique Criminelle Humaniste*, N<sup>o</sup>. 30, 2003, pp. 281-298

<sup>8</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., “El derecho al ambiente: su protección por el derecho penal”, *e-Revista Internacional de Droit Pénal*, 2017, p. 19; SERVI, A., “Derecho Ambiental Internacional”, *Revista de Relaciones Internacionales*, volumen 7 (núm. 14), 1998, p. 6.

También reclaman la armonización internacional de la represión penal de los atentados medioambientales MARTIN-CHENUT, K., “L’affaire Chevron-Texaco et l’apport des projets de Conventions Écocrimes et Écocie à la responsabilisation pénale des entreprises transnationales”, en NEYRET, L. (dir.), *Des écocrimes à l’écocide. Le droit penal au secours de l’environnement*. Bruselas, Bryulant, 2015, p. 84; en el mismo trabajo colectivo, habla de “un sistema de protección común del medio ambiente”, D’AMBROSIO, L., “Vers un droit pénal commun de l’environnement: critères et techniques d’incrimination”, en NEYRET, L. (dir.), *Des écocrimes à l’écocide. Le droit penal au secours de l’environnement*, op. cit., p. 89; NEYRET, L., “Le droit pénal au secours de l’environnement: A propos du rapport du 11 février 2015”, *La Semaine Juridique (Edition générale)*, 2015, Número 10-11, pp. 466-469. Traducido al español: “El Derecho penal como mecanismo de protección del medio ambiente. Sobre el informe de 11 de febrero de 2015”, en MUÑOZ DE MORALES, M. (ed.), *Hacia el Derecho Penal Internacional del medio ambiente*, [https://blog.uclm.es/idp/files/2020/07/2019\\_ECOCIDIO\\_final\\_PUBLICACION.pdf](https://blog.uclm.es/idp/files/2020/07/2019_ECOCIDIO_final_PUBLICACION.pdf), p. 16; y, finalmente, ESTUPIÑAN-SILVA, R., “Desafíos y respuestas

Delmas-Marty habló abiertamente a favor de los dos cuerpos normativos para la tipificación de crímenes ambientales internacionales que hemos mencionado anteriormente (las Convenciones contra el ecocidio y los ecocrímenes), en estos términos:

... considerando que solo el Derecho penal combina la fuerza represiva con el valor expresivo, el proyecto [de convenciones de ecocrímenes y ecocidio] establece varios procesos para ampliar tanto la percepción de los valores cuya violación conduce a la desaprobación (universalización de la desaprobación), como la expansión de la represión en el espacio (internacionalización de la represión) y la integración del tiempo en la aplicación de la responsabilidad (anticipación de responsabilidad)”<sup>9</sup>

Esta traslación de la idea de un derecho penal mundial al medioambiente, como bien planetario, seguiría la misma lógica que impulsó el derecho penal internacional de los derechos humanos<sup>10</sup>: seleccionar las conductas más graves y repulsivas para la comunidad internacional, tipificarlas y atribuir su persecución y enjuiciamiento a una Corte internacional *ad hoc*. De la misma forma entonces, la tutela de la Amazonía y otras regiones ambientales claves para la salud del planeta trasciende el marco nacional regulatorio de Brasil y otros países<sup>11</sup> y se convierte en un problema que interpela a toda la comunidad. *Para una crimino-*

transnacionales frente a los crímenes ambientales”, *Revista de Derecho Internacional*, supl. Direito Transnacional; Tomo 13, N.º 3, (2016), p. 40.

<sup>9</sup> DELMAS-MARTY, M., “Préface”, en NEYRET, L. (dir.), *Des écocrimes à l'écocide. Le droit penal au secours de l'environnement*, *op. cit.*, p. VIII (traducción en español: “Introducción”, en MUÑOZ DE MORALES, M. (ed.), *Hacia un Derecho Penal Internacional del Medio Ambiente* ([https://blog.uclm.es/idp/files/2020/07/2019\\_ECOCIDIO\\_final\\_PUBLICACION.pdf](https://blog.uclm.es/idp/files/2020/07/2019_ECOCIDIO_final_PUBLICACION.pdf)).

<sup>10</sup> MÉGRET, F., “The Challenge of an International Environmental Criminal Law” (April 2, 2010). Online: <https://ssrn.com/abstract=1583610>, p. 19; también NIETO MARTÍN, A., “Bases para un futuro Derecho penal internacional del medio ambiente”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma*, 2012, 16, p. 138.

<sup>11</sup> Sobre las políticas y normas brasileñas de protección de la Amazonía, *vid.* BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., “La Amazonía brasileña: los derechos de los pueblos indígenas, la protección del medio ambiente. Una reflexión desde el derecho penal”, *Sistema penal crítico*, 2020, n°1, pp. 18 y ss; el mismo en “Los retos del Derecho Penal Internacional en la Amazonía brasileña”, en DE VICENTE MARTÍNEZ, R., GÓMEZ INISTES, D., MARTÍN LÓPEZ, T., MUÑOZ DE MORALES, M. y NIETO MARTÍN, A., *Libro homenaje a Luis Arroyo Zapatero*. Agencia estatal *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, pp. 1235-1274.

*logía global* <sup>12</sup> *hace falta un Derecho Penal global o internacional.*

Se habla de un “derecho penal de dos velocidades”,<sup>13</sup> o de una criminalidad medioambiental “ordinaria y extraordinaria”<sup>14</sup> (Fouchard, 2015, pp. 263-264), a la hora de articular ese futuro y necesario *derecho penal internacional del medio ambiente*. En el centro del catálogo de delitos medioambientales internacionales estaría el *ecocidio o geocidio* (a), la propuesta de crimen que ha recibido más atención y en torno a la cual existe mayor consenso para su tipificación, aun con muchas dificultades. A su alrededor, como una circunferencia concéntrica, otras posibles figuras como (b) el expolio de recursos naturales, (c) los “delitos ecológicos transnacionales” (“*transnational environmental crimes*”) (TEC) o ecocrímenes. Estos serían los delitos que deberían integrar el contenido de la Convención Internacional que proponemos.

### 3. Conductas prohibidas en la Convención Internacional

#### 3.1. Primer delito: el ecocidio

La primera figura que debería contemplar la Convención Internacional contra los ecocrímenes es el ecocidio. Las propuestas de tipificación del ecocidio o geocidio se encuentran entre las cuestiones más debatidas y que mayor consenso reúnen en la doctrina penal internacionalista.<sup>15</sup> El ecocidio es considerado el *quinto crimen internacional*,<sup>16</sup> cuya tipificación en

<sup>12</sup> FERRAJOLI, L., “Criminología, crímenes globales y Derecho Penal: el debate epistemológico en la Criminología contemporánea”, *Revista Crítica Penal y Poder*, 2013, n° 4, pp. 1-11; también NAVARRO CARDOSO, F., Retos del Derecho Penal global. *Estudios Penales Y Criminológicos*, 2020, 40, pp. 1-50.

<sup>13</sup> NIETO MARTÍN, A., “Bases para un futuro Derecho penal internacional del medio ambiente”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma*, 2012, 16, p. 138.

<sup>14</sup> FOUCHARD, I., “Introduction”, en NEYRET, L. (dir.), *Des écocrimes à l'écocide. Le droit penal au secours de l'environnement*. Bruselas, Bryulant, 2015, pp. 263-264.

<sup>15</sup> Para un análisis de las propuestas de delito de ecocidio, *vid.* SERRA PALAO, P., “Cómo hacer frente a la impunidad ambiental: hacia una convención internacional contra el ecocidio”, *Actualidad Jurídica Ambiental*, n. 100, abril (2020), pp. 9-25.

<sup>16</sup> GAUGER, A., RABATEL-FERNEL, M. P., KULBICKI, L., SHORT, D. y HIGGINS, P., “Ecocide is the Missing 5th Crime against Peace. The Ecocide Project”. Human Rights Consortium, School of Advanced Study, University of London, 2012, [https://sas-space.sas.ac.uk/4830/1/Ecocide\\_research\\_report\\_19\\_July\\_13.pdf](https://sas-space.sas.ac.uk/4830/1/Ecocide_research_report_19_July_13.pdf) (online 21/02/2020). Con más dudas, se pregunta ROBINSON, P., “The missing crimes”, en CASSESE, A., GAETA, P. y JONES, J.

este caso falta aún por añadirse al elenco de crímenes internacionales del Estatuto de Roma: genocidio, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y crímenes de agresión.

En 1995 Gray definía el ecocidio como el daño medioambiental causado deliberadamente o permitido negligentemente por los Estados o individuos, fruto de un incumplimiento masivo del deber de cuidado que recae sobre la humanidad respecto del medioambiente. Las notas básicas de este ecocidio o daño medioambiental masivo serían: severo, extenso o duradero, con consecuencias o impacto internacional, y profundamente “despilfarrador” o “derrochador” o “injustificado” de recursos naturales.<sup>17</sup>

El nombre de “geocidio”, por su parte, se debe al seminal artículo de Berat, en el que propone una figura hermana del genocidio y prestataria de sus conceptos y lenguaje, aunque con contornos más amplios, pues integraría en el elemento subjetivo (*mens rea*) desde el estándar del derecho penal del “*intent*” hasta los estándares propios del derecho de daños de “*desire*” y “*knowledge*” (incluso, admite que sería aceptable rebajar la exigencia hasta la negligencia). Así, el geocidio, que sancionaría la violación del derecho a un medioambiente sano integrado por todas las especies vivas (no solo la humana) en un equilibrio complejo global, se definiría como:

... destrucción intencional, total o parcial, de una parte cualquiera del ecosistema global: a) matando a miembros de una especie; b) causando graves daños corporales o mentales a los miembros de una especie; c) imponiendo a una especie condiciones de vida que conducirían a su destrucción física en todo o en parte; d) e imponiendo medidas que eviten los nacimientos dentro del grupo o conduzcan a defectos de nacimiento.<sup>18</sup>

R. W. D. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*. Nueva York, Oxford University Press, 2009, pp. 522 y 532, si el grave daño medioambiental constituye una prohibición imperativa de derecho internacional.

<sup>17</sup> Vid. GRAY M. A., “The International Crime of Ecocide”, *California Western International Law Journal*, Vol. 26 [1995], No. 2, Art. 3, p. 216.

<sup>18</sup> Cfr. BERAT, L., “Defending the right to a healthy environment: Toward a crime of genocide in international law”, *Boston University International Law Journal*, Vol. 11, 1993, pp. 327 - 348, especialmente pp. 342 y 343.

Desde entonces, las investigaciones y propuestas de un delito internacional de ecocidio se han multiplicado,<sup>19</sup> en paralelo con los movimientos sociales y ambientalistas. Hasta el punto de que la abogada y activista Higgins llegó a presentar en abril de 2010 una propuesta de reforma del Estatuto de Roma ante la Comisión de Derecho Internacional de la ONU para incluir la tipificación del delito de ecocidio; si bien tal proyecto no salió adelante, su propuesta concebía el ecocidio como “el daño masivo, la destrucción o la pérdida de los ecosistemas de un determinado territorio, hasta el extremo de que el disfrute pacífico de ese territorio por los habitantes se haya visto seriamente comprometido/disminuido”.<sup>20</sup>

En la doctrina francesa, un grupo de especialistas de distintos ámbitos ha presentado una valiosísima propuesta de convenio internacional contra el ecocidio, bajo la coordinación de Neyret:<sup>21</sup>

... la conducta típica prohibida consistiría en una variedad de comportamientos contaminantes: ‘a. El vertido, la emisión o la introducción en el aire, el suelo o las aguas de una cantidad de materiales o radiaciones ionizantes; b. La recogida, el transporte, la valoración o

<sup>19</sup> En la doctrina española, entre otros, NIETO MARTÍN, A., “Bases para un futuro Derecho penal internacional del medio ambiente”, *op. cit.*, pp. 144-148; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “Hacia un derecho penal internacional medioambiental: catástrofes ambientales y «ecocidio»”, en DEMETRIO CRESPO, E. y NIETO MARTÍN, A. (dirs.), *Derecho penal económico y derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 245-277; GARCÍA RUIZ, A., “Del Ecocidio y los procesos migratorios a la opacidad de la victimización ecológica”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2018, núm. 20-11, pp. 1-22.

<sup>20</sup> HIGGINS, P., *Eradicating Ecocide: laws and governance to prevent the destruction of our planet*. 2<sup>nd</sup> ed., Londres, Shephard Walwyn Publishers Ltd, 2015, p. 63. De esta propuesta lamenta GARCÍA RUIZ, A., “Del Ecocidio y los procesos migratorios a la opacidad de la victimización ecológica”, *op. cit.*, p. 12, que se construya como delito de lesión que requiere esperar a la “destrucción, daño o pérdida”, pero alaba, al mismo tiempo: a) que está pensada para todos los habitantes de un territorio, y no solo para los seres humanos; b) que introduce un régimen de responsabilidad objetiva por el resultado; c) y que consagra el “principio de responsabilidad superior anticipada dirigido tanto a las corporaciones como a los Estados”.

<sup>21</sup> NEYRET, L. (dir.), *Des écocrimés à l’écocide. Le droit pénal au secours de l’environnement*, *op. cit.*, pp. 285-301.

Detalladamente, sobre la técnica de incriminación empleada en esta propuesta, que se decanta por el delito de peligro y por la sanción de los comportamientos dolosos, incluidos aquellos realizados en dolo eventual (“*recklessness*” o “*willfull blindness*”), con exclusión de los imprudentes (bajo la justificación de ser una propuesta y aproximación prudente), D’AMBROSIO, L., “Vers un droit pénal commun de l’environnement: critères et techniques d’incrimination”, *op. cit.*, pp. 98-107.

la eliminación de residuos, incluida la vigilancia de estos procedimientos, así como la posterior reparación de instalaciones de eliminación, e incluidas las operaciones efectuadas por los comerciantes o intermediarios en toda actividad relacionada con la gestión de los residuos; c. La explotación de instalaciones en las que se realice una actividad peligrosa, o en las que se almacenen o utilicen sustancias o preparados peligrosos; d. La producción, la transformación, el tratamiento, la utilización, la posesión, el almacenamiento, el transporte, la importación, la exportación y la eliminación de materiales nucleares u otras sustancias radiactivas peligrosas; e. La matanza, destrucción, la posesión o la apropiación de especies protegidas o no de fauna o flora silvestres; f. Cualquier otro comportamiento de naturaleza análoga cometido intencionalmente y que suponga un atentado a la seguridad planetaria’.

- las conductas descritas, los comportamientos prohibidos, deberían realizarse en el marco de una “acción generalizada o sistemática” y que pudieran afectar —estructura típica de peligro— a la seguridad planetaria por provocar: ‘a. Un daño sustancial, permanente y grave, a la calidad del aire, el suelo o las aguas, o a animales o plantas, o a sus funciones ecológicas, b. La muerte, enfermedades permanentes o males incurables y graves a una población o cuando impidan de manera permanente a una población el disfrute de sus tierras, territorios o recursos’. Estos serían los posibles resultados.
- la parte subjetiva de la conducta típica alcanzaría al comportamiento intencional, doloso, sin duda, pero también entraría en la órbita típica el dolo eventual, es decir, el autor que supiera o debiera haber sabido que existía una alta probabilidad de que constituyan un ataque a la seguridad planetaria.

Precisamente, el tipo subjetivo, *mens rea*, es el caballo de batalla de las propuestas de tipificación del ecocidio. McLaughlin abre el abanico de posibilidad de imputación subjetiva hasta la imprudencia, proponiendo la tipificación de los crímenes medioambientales realizados con intención o imprudencia (“*intention or reckless*”).<sup>22</sup> Hay propuestas aún más ambiciosas como la de Higgins, Short y South que

<sup>22</sup> Vid. MCLAUGHLIN, R., “Improving Compliance: Making Non-State International Actors Responsible for Environmental Crimes”, *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, (2000) 11, p. 396.

reclaman un delito de ecocidio sin propósito o intención, sino en régimen de “strict liability” a fin de evitar la impunidad de la mayor parte de ecocidios cometidos por corporaciones (entendido como daño, destrucción, degradación o pérdida masiva de ecosistemas) que se producen por accidente o como daño colateral, pero nunca, lógicamente, como objetivo principal de la actividad empresarial. Como señalan los citados autores, mientras se exija dolo o intención, el escudo “I did not know” será imbatible.<sup>23</sup>

### 3.2. Segundo delito: el expolio de recursos naturales

En segundo lugar, el Convenio internacional contra los ecocrímenes debería castigar también las conductas de expolio de recursos naturales por parte de personas físicas o jurídicas. Nos referimos aquí, sobre todo, a corporaciones que expolian los recursos naturales de los países y sus regiones a través de prácticas corruptas (soborno a funcionarios, tráfico de influencias) en el marco de su actividad económica (sobre todo, industrias extractivas de materias primas: petróleo, madera, minerales). La Amazonía es una región por desgracia donde el expolio de las riquezas naturales crece sin apenas resistencia<sup>24</sup> y, en efecto, hay que poner freno a este estilo de actividades económicas de empresas multinacionales que explotan hasta las últimas consecuencias los recursos naturales de un territorio, con la aquiescencia y colaboración de sus autoridades públicas, sin apenas dejar ningún beneficio para las comunidades locales, cuyo futuro queda comprometido al perder sus recursos y formas de vida. Es un desarrollismo económico cortoplacista que causa un daño grave al medio ambiente, y se des-

<sup>23</sup> Cfr. HIGGINS, P., SHORT, D. y SOUTH, N., “Protecting the planet: a proposal for a law of ecocide”, *Crime Law Soc Change* (2013) 59, p. 262. También, SCHWEGLER, V., “The Disposable Nature: The Case Of Ecocide And Corporate Accountability”, *Amsterdam Law Forum*, [S.l.], v. 9, n. 3, pp. 89 y 90.

La exigencia de que los delitos medioambientales sean solo dolosos es una forma de neutralizar la eficacia del derecho penal medioambiental: así, DU RÉES, H., “¿Can Criminal Law Protect the Environment?”, *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention*, 2001, 2:2, pp. 120-123.

<sup>24</sup> En nuestro trabajo DE PABLO SERRANO, A. L., “El expolio de recursos naturales. De la Green criminology a un nuevo y necesario derecho penal internacional del medio ambiente”, *Revista General de Derecho Penal*, N.º. 33, 2020, pp. 21-38, comentamos algunos casos paradigmáticos de expolio de recursos naturales, como las masivas prácticas de deforestación que tienen lugar en la Amazonía brasileña para obtener espacio donde cultivar soja.

pliega a través de comportamientos corruptos entre los funcionarios que autorizan las actividades económicas y las empresas que las realizan.

Hay diversas propuestas de tipificación de estos comportamientos. Kofele-Kale plantea la creación de una figura delictiva de carácter internacional, el “patrimonicidio” (“*patrimonicide*”) consistente en un acto ilegal de depredación cometido por el legislador, funcionarios públicos o individuos, idónea para destruir los fundamentos económicos de una sociedad<sup>25</sup>. El injusto responde no solo al ataque al correcto funcionamiento de la Administración pública (y de las reglas de libre competencia en el mercado), sino que introduce por primera vez el daño al medio ambiente. Como dice el propio autor, el “expolio indígena” (“*indigenous spoliation*”, nombre que también emplea para referirse a estas conductas) es una nueva forma de corrupción, que merece un nombre nuevo: patrimonicidio: término que combinaría la palabra *patrimonio* (propiedad perteneciente por un antiguo derecho a una clase, corporación o institución) y “cidio”, del latín “cida”, que mata, y en el caso que analizamos, que provoca la destrucción total de la riqueza y los recursos de un territorio que pertenecen a sus ciudadanos; en fin, la negación absoluta de su patrimonio.<sup>26</sup>

Por su parte, Nieto Martín propone la tipificación del delito internacional de *patrimonicidio*, entendido como el expolio de los recursos naturales como consecuencia de actos de abuso de poder, en otras palabras,

... la corrupción a gran escala por parte de los dirigentes de un país, con el fin de poner sus recursos naturales en manos de empresas multinacionales, a través de concesiones o actos legislativos que hacen legal la explotación abusiva de estos recursos, sin que de ello redunden beneficios substanciales para los ciudadanos de dicho Estado.

<sup>25</sup> “Illegal act of depredation committed for private ends by constitutionally responsible rulers, public officials, or private individuals”. Así en KOFELE-KALE, N., “Patrimonicide: the international economic crime of indigenous spoliation”, *Vanderbilt journal of transnational law*, 1995, Vol. 28, No. 1, p. 45 y ss, especialmente 56-61.

<sup>26</sup> KOFELE-KALE, N., “Only Fools Who Send Hyenas to Roast Meat for Them: In Search of the Doctrinal Foundations of the Not-So-Ordinary Crime of Patrimonicide”, *Florida A & M University Law Review*, Volume 9 Number 1, Fall 2013, pp. 40-43.

Una virtud de esta propuesta es la concreción de los sujetos activos del delito: dirigentes de un país (gobernantes y altos funcionarios nacionales) y de empresas multinacionales. Dice Nieto Martín:

El problema de la protección internacional del medio ambiente es la soberanía de los Estados sobre sus propios recursos y su derecho al desarrollo. Esta soberanía hace compleja la fijación de estándares comunes, en cuanto que presupone un derecho a ponderar autónomamente el interés medio ambiente, de un lado, y el derecho al crecimiento económico y al desarrollo, de otro. El patrimonicidio representaría, precisamente, un abuso intolerable de este derecho de ponderación por parte de los gobernantes del país, a su propio favor y en el de las empresas nacionales. El patrimonicidio serviría para sancionar los daños medioambientales legales.<sup>27</sup>

Debe destacarse también el planteamiento de Castillo Monterrey, que ha realizado, hasta la fecha, el estudio más exhaustivo sobre esta cuestión. Este autor considera plausible considerar el expolio de la riqueza natural de un país como un crimen de derecho penal internacional porque concurren los requisitos habituales: (a) la violación de una obligación especial para la protección de los intereses fundamentales de la comunidad internacional por la extensión de sus efectos; (b) el elemento internacional, dado que el saqueo de las riquezas nacionales con destrucción de la economía nacional, la inestabilidad que ello conlleva y los desplazamientos de personas que puede producir, afectan a la comunidad internacional y amenazan directa o indirectamente la paz y seguridad mundiales; (c) sería una norma de *ius cogens*, que vincula a todos, con eficacia *erga omnes*.<sup>28</sup>

Este autor propone castigar el expolio de riquezas nacionales como cualquier acto de sustracción dolosa (con intención y conocimiento) de las riquezas de un Estado dirigido a la desposesión antijurídica de la población mediante la comisión de delitos individuales, tales como la malversación o apropiación indebida, la prevaricación, el cohecho y, en general, a través del abuso de poder, cometido como parte de un ata-

<sup>27</sup> NIETO MARTÍN, A., “Bases para un futuro Derecho penal internacional del medio ambiente”, *op. cit.*, p. 152.

<sup>28</sup> CASTILLO MONTERREY, M. A., *Expolio y recuperación de las riquezas nacionales. Nuevos retos para el derecho penal internacional online*, <https://gredos.usal.es/handle/10366/121347>, pp. 241-246.

que generalizado o sistemático o como parte de un ataque a gran escala contra estas riquezas, y que provoca como resultado la amenaza o destrucción de los fundamentos políticos, sociales y económicos de un Estado.<sup>29</sup>

Nosotros también hemos formulado una propuesta de tipificación del expolio de recursos naturales que debería integrar la futura Convención Internacional contra los ecocrímenes:

... acto de apropiación de los recursos naturales de un país o de una región de un país, en el marco de una acción sistemática o generalizada, realizado a través de soborno, tráfico de influencias, malversación, apropiación indebida, abuso de poder o cualquier otra forma de desviación de poder, que ponga en peligro el ecosistema del país o de la región.<sup>30</sup>

Bajo esta formulación típica subyace un bien jurídico complejo, mixto o compuesto, formado por el medioambiente y el correcto funcionamiento de las administraciones públicas (o, si se quiere, podría decirse que el medioambiente se ataca a través de prácticas corruptas, siendo entonces el funcionamiento de la Administración en la regulación y supervisión de las actividades económicas sobre el medio ambiente un bien jurídico instrumental respecto del medio ambiente, auténtico bien jurídico último de este delito). En nuestra propuesta de expolio, los sujetos activos serían los funcionarios del Estado (poder legislativo, ejecutivo y judicial) donde se encuentren los recursos naturales expoliados, y las empresas multinacionales (como personas jurídicas, o sus dirigentes, como personas físicas) que actúen en el territorio de ese Estado. La conducta típica objetiva (*actus reus*) consistiría en la apropiación de los recursos naturales (entendida también como desposesión o sustracción) mediante la comisión de prácticas corruptas (cohecho, soborno, tráfico de influencias, malversación, desvío y abuso de poder...). Dicha apropiación debe

realizarse “en el marco de una acción sistemática o generalizada”. Este elemento del tipo refuerza el desvalor del injusto, exigencia necesaria de un crimen de dimensión internacional: el acto corrupto o actos corruptos se integran en un plan de explotación, uso (o abuso) y aprovechamiento de recursos naturales que se desplegará, por lo general, durante un determinado periodo de tiempo y que forma parte de una política o una estrategia económica de la empresa. En este sentido, el expolio es algo duradero, extendido durante un periodo determinado de tiempo.

### 3.3. Tercer delito: el delito ecológico transfronterizo

Finalmente, la Convención Internacional, cuya necesidad defendemos, debería sancionar también el delito ecológico transfronterizo o transnacional (TEC, “*transnational environmental crime*”). White, que ha realizado importantes estudios sobre la cuestión, enumera tres rasgos de los delitos ambientales transfronterizos: ilegalidad o ilicitud de los actos u omisiones, traspaso de fronteras nacionales/dimensión global y relacionado frecuentemente con la contaminación (aire, aguas, tierras) o comercio ilegal (de marfil o de especies animales).<sup>31</sup>

El grupo de investigadores franceses que elaboró la propuesta de Convención del ecocidio, también hizo una propuesta para tipificar estos delitos ecológicos transfronterizos, bajo la denominación de Convención de ecocrímenes, igualmente bajo la coordinación de Neyret; en ese trabajo se sancionan comportamientos que creen un “riesgo de alteración substancial de la composición, estructura o funcionamiento de los ecosistemas” o “un riesgo para la integridad física o la vida de las personas” (sin llegar al punto de amenazar la seguridad del planeta, como sucede con la Convención de ecocidio), y que pueden dividirse en dos grupos:

- por un lado, relativos a la contaminación (‘a. El vertido, la emisión o la introducción en el aire, el suelo o las aguas de una cantidad de materiales o radiaciones ionizantes; b. La recogida, el transporte, la valoración o

<sup>29</sup> Sobre el bien jurídico, *ibid.*, pp. 172-180; sobre la conducta objetiva, *op. cit.*, p. 250; sobre el tipo subjetivo, *op. cit.*, p. 270.

<sup>30</sup> DE PABLO SERRANO, A. L., “El expolio de recursos naturales. De la Green criminology a un nuevo y necesario derecho penal internacional del medio ambiente”, *op. cit.*, pp. 49 y ss. La propuesta de tipo penal se completaría con definiciones de los conceptos mencionados, utilizando como marco de referencia la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, para los términos de funcionario público, soborno, malversación, apropiación indebida o desviación, tráfico de influencias, abuso de funciones.

<sup>31</sup> WHITE R., *Transnational Environmental Crime. Toward an Eco-global Criminology*. Londres, Willan, 2011, pp. 1-17; STOETT, P., “Transnational environmental crime from”, en SWAIN, A. y ÖJENDAL, J., *Routledge Handbook of Environmental Conflict and Peacebuilding*. Abingdon (United Kingdom), Routledge, 2018, pp. 29-41.



la eliminación de residuos, incluida la vigilancia de estos procedimientos, así como la posterior reparación de instalaciones de eliminación, e incluidas las operaciones efectuadas por los comerciantes o intermediarios en toda actividad relacionada con la gestión de los residuos; c. La explotación de instalaciones en las que se realice una actividad peligrosa, o en las que se almacenen o utilicen sustancias o preparados peligrosos; d. La producción, la transformación, el tratamiento, la utilización, la posesión, el almacenamiento, el transporte, la importación, la exportación y la eliminación de materiales nucleares u otras sustancias radiactivas peligrosas; e. La producción, la importación, la exportación, la comercialización o la utilización de sustancias agotadoras del ozono’);

- y, por otro, relativos a las especies animales (‘La matanza, destrucción, la posesión o la apropiación de especies protegidas o no de fauna o flora silvestres, a excepción de los casos en los que esta conducta afecte a una cantidad insignificante de estos ejemplares y tenga consecuencias insignificantes para el estado de conservación de su especie; g. El comercio de ejemplares de especies protegidas de fauna y flora silvestres o de partes o derivados de los mismos, a excepción de los casos en los que esta conducta afecte a una cantidad insignificante de estos ejemplares y tenga consecuencias insignificantes para el estado de conservación de su especie;’) (arts. 3 y 4).<sup>32</sup>

#### 4. Tribunal penal internacional competente

Descritas las conductas prohibidas que deberían tipificarse en la propuesta de Convención Internacional, el otro asunto central que queremos abordar en este trabajo es la autoridad jurisdiccional competente para juzgar esos crímenes. En la doctrina se han realizado diversas propuestas que pivotan en torno a tribunales ya existentes, siendo necesario entonces reforzar su orientación o especialización hacia las cuestiones medioambientales (es el caso de la Corte Penal Internacional y la Corte Internacional de Justicia), o bien la creación de un tribunal nuevo, independiente, creado *ad hoc* para enjuiciar los crímenes ambientales definidos en la Convención bajo cuyo mandato se constituiría el mismo tribunal. Cualquier opción es adecuada y enlaza con la tendencia de las últimas décadas de

establecimiento de tribunales internacionales: “jurisdiccionalización” o “judicialización” del sistema jurídico internacional.<sup>33</sup> Pero, por desgracia, cualquier opción de las que vamos a examinar es, también, sumamente compleja por las dificultades que implica la búsqueda de un consenso internacional.

#### 4.1. La Corte Penal Internacional (cpi)

A título individual, hay diversos expertos que han defendido la reforma del Estatuto de Roma para la inclusión del ecocidio (o, en general, de crímenes graves ambientales) y asignar a la Corte Penal Internacional la competencia para su enjuiciamiento. La reforma se hace necesaria porque la redacción actual del estatuto no deja espacio a las reclamaciones basadas en el medioambiente como cuestión central. La única referencia al medioambiente, y es realmente indirecta, aparece en el art. 8.2.b.iv) del estatuto, en el marco de los crímenes de guerra, si bien, como ha apuntado críticamente Black,<sup>34</sup> es una previsión demasiado limitada porque: se aplica solo en contextos de conflictos internacionales, exige unos daños ambientales intensos hasta el punto de que deben de ser “extensos, duraderos y graves” y la fórmula del dolo es muy estricta (“lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas ...”). Smart observa que el injusto formado por la combinación de “apropiación indebida de tierras, explotación de recursos naturales y contaminación del medioambiente” podría reconducirse al art. 7.h del Estatuto de Roma, aunque advierte también que hay demasiadas barreras de entrada<sup>35</sup> para que la Fiscalía de la Corte pueda investigar y perseguir estos casos.

Por tanto, si queremos asignar el enjuiciamiento de los futuros crímenes ambientales a la CPI es preciso una reforma del texto fundacional de la Corte. Así lo ha propuesto, a nivel institucional, la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP), que advierte frente a los ataques universales contra los derechos

<sup>32</sup> NEYRET, L. (dir.), *Des écocrimines à l'écocide. Le droit penal au secours de l'environnement*, op. cit., pp. 267-284.

<sup>33</sup> GEORGIEVA, V., “La ‘judicialización’: una nueva característica del sistema jurídico internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 15, n.o 1 (2015), pp. 3-45.

<sup>34</sup> BLACK, C., “Crímenes contra el medioambiente en el contexto del Derecho Penal Internacional: Posibilidades y obstáculos”, en GAMARRA CHOPO, Y. (coor.), *Lecciones sobre justicia internacional*. Zaragoza, Fundación Jiménez Abad, 2009, p. 122.

<sup>35</sup> Cfr. SMART, S., “Cambio de foco en la priorización de casos de la Corte Penal Internacional: Los delitos ambientales”, *Anuario de Derechos Humanos*, n° 13 (2017), pp. 129-131.



humanos y contra el medioambiente, “cesa la soberanía medioambiental”,<sup>36</sup> cimentada en la titularidad de los propios recursos, de tal modo que la jurisdicción sobre estas conductas es universal. En otras palabras, es preciso afrontar la criminalidad ambiental más grave, el ecocidio, a partir de la jurisdicción universal o supranacional, atribuyendo conocimiento a la Corte Penal Internacional, que actuaría asistida por una Fiscalía especializada y un grupo de investigadores.<sup>37</sup>

Nieto Martín propone que el ecocidio y el patricidio, cuya propuesta ya examinamos arriba, se sometan al principio de justicia universal, de modo que sobre ellos tenga competencias la Corte Penal Internacional, si bien admite también la posibilidad de la creación de un tribunal medioambiental internacional, especializado transversalmente en el derecho internacional del medio ambiente.<sup>38</sup> Castillo Monterrey apuesta también por entregar el enjuiciamiento de estos graves crímenes ambientales a la Corte Penal Internacional (en competencia mixta con los tribunales nacionales, ante las dificultades de abordar tales investigaciones y persecuciones) mediante la necesaria reforma del Estatuto de Roma.<sup>39</sup>

Sotis apunta que la inclusión del ecocidio en el listado de crímenes contra la humanidad del Estatuto de Roma y la atribución de las competencias de investigación y enjuiciamiento a la Corte Penal Internacional podría crear confusión desde el punto de vista sistemático, toda vez que el ecocidio no es pro-

piamente un crimen contra el género humano, sino contra la seguridad del planeta.<sup>40</sup> Dado que este autor también encuentra inconvenientes en la creación de un tribunal nuevo específico para el medioambiente, propone una opción intermedia: una sección u organización autónoma (“*new chamber*”) para asuntos medioambientales integrada en la Corte Penal Internacional, evitando así una multiplicación de jurisdicciones penales internacionales.<sup>41</sup> Sería la CPIE: “*Cour pénale Internationale de l’environnement*”, un tribunal formado por algunos magistrados de la CPI y que se serviría de su estructura, de tal modo que después de la fase de audiencia, se canilizase el asunto a la CPI o a la CPIE trazando así una diferencia entre los crímenes contra la humanidad y los crímenes contra la seguridad del planeta.

Una propuesta similar es que realiza la “Carta de Bruselas” de 2014, que proponía la creación de un Tribunal Penal Europeo (en el seno del Tribunal de Justicia de la Unión Europea o como un tribunal especializado independiente) y una Corte Penal Internacional del medio ambiente y la salud (“*Cour Pénale Internationale de l’environnement et de la sante*”), con competencias para perseguir el crimen de “catástrofe medioambiental”, en el seno de la Corte Penal Internacional.<sup>42</sup>

En tanto se debate la solución adecuada y se decide modificar el Estatuto de Roma, quedan dos opciones desde la perspectiva *de lege lata*: por un lado, seguir apostando por una interpretación evolutiva y extensiva de los crímenes del Estatuto de Roma que permita conectar esas causas con asuntos medioambientales, por la vía del delito de genocidio (cuando se priva a una comunidad de recursos indispensables para vivir o se les expulsa de sus hogares, conduciéndola a su destrucción) y del delito de lesa humanidad (en tanto que la degradación ambiental puede generar

<sup>36</sup> NIETO MARTÍN, A., “Bases para un futuro Derecho penal internacional del medio ambiente”, *op. cit.*, p. 147.

<sup>37</sup> *Vid.*, por todos, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., “El derecho al ambiente: su protección por el derecho penal”, *e-Revista Internationale de Droit Pénal*, 2017, pp. 17-20.

<sup>38</sup> Cfr. NIETO MARTÍN, A., “Bases para un futuro Derecho penal internacional del medio ambiente”, *op. cit.*, p. 153. Una vez más, la protección internacional del medioambiente seguiría los pasos del derecho internacional de los derechos humanos. Así, relatores especiales de Naciones Unidas han propuesto que las empresas multinacionales también puedan ser juzgadas por una jurisdicción internacional. Ese modelo debería exportarse al medio ambiente.

<sup>39</sup> CASTILLO MONTERREY, M. A., *Expolio y recuperación de las riquezas nacionales. Nuevos retos para el derecho penal internacional online*, *op. cit.*, pp. 220-223. La cooperación es decisiva, pues, como ha señalado RAUXLOH, R., “The role of international criminal law in environmental protection”, en BOTCHWAY, F. N. (ed.), *Natural Resource Investment and Africa’s Development* (New Horizons in Environmental and Energy Law), Cheltenham (Great Britain). Edward Elgar Publishing, 2011, pp. 441, la investigación de las tramas que involucran a corporaciones y el medioambiente consume abundantes recursos; y, además, un elemento probatorio determinante, los testigos, solo puede valorarse debidamente en el lugar de comisión de los hechos, para lo cual es preciso contar con la colaboración de las autoridades locales.

<sup>40</sup> SOTIS, C., “Juger des crimes environnementaux internationaux: Approche juridictionnelle et institutionnelle”, en NEYRET, L. (dir.), *Des écocrimes à l’écocide. Le droit penal au secours de l’environnement*, *op. cit.*, p. 217.s

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 218; también, DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “Hacia un derecho penal internacional medioambiental: catástrofes ambientales y ecocidio”, *op. cit.*, p. 274; RAUXLOH, R., “The role of international criminal law in environmental protection”, *op. cit.*, p. 451.

<sup>42</sup> Online: <http://www.ieb.be/IMG/pdf/sign20form209309.pdf> (20/03/2022).

un entorno de coacción que cause el desplazamiento forzado de las personas);<sup>43</sup> por otro, la orientación medioambiental del Fiscal de la Corte para priorizar la persecución de casos en los que se haya producido “destrucción medioambiental, explotación ilegal de recursos naturales o desposesión ilegal de tierras”<sup>44</sup> (“*Policy paper on case selection and prioritisation*”, de 2016).

## 4.2. La Corte Internacional de Justicia de Naciones Unidas (CIJ)

Con sede en la Haya, la Corte Internacional de Justicia es uno de los seis órganos de Naciones Unidas. Ha tratado en ocasiones cuestiones relacionadas con el medioambiente: en 1974 se pronunció en relación con las pruebas nucleares que estaba realizando Francia en la Polinesia, ante las críticas de Australia y Nueva Zelanda; en 1997 analizó el proyecto Gabcikovo-Nagymaros, que generó una controversia entre Hungría y Eslovaquia relativa a la construcción de represas en el Río Danubio.<sup>45</sup> En 1993 se creó la Sala de asuntos relacionados con el medio ambiente, de conformidad con el artículo 26.1 del Estatuto de la Corte, aunque quedó clausurada en 2006, cuando se observó que en trece años de existencia ningún Estado había enviado ningún asunto a esta Sala.

<sup>43</sup> IGLESIAS MÁRQUEZ, D., “La Corte Penal Internacional y la Protección del Medio Ambiente Frente a las Actividades Empresariales”, *op. cit.*, pp. 111-115.

<sup>44</sup> CORTE PENAL INTERNACIONAL, “Policy paper on case selection and prioritisation”, [https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20160915\\_OTP-Policy\\_Case-Selection\\_Eng.pdf](https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20160915_OTP-Policy_Case-Selection_Eng.pdf), 2016, p. 14. Sobre este documento de priorización, más ampliamente, SMART, S., “Cambio de foco en la priorización de casos de la Corte Penal Internacional: Los delitos ambientales”, *op. cit.*, pp. 123-133; y señalando las virtudes y potencialidades de esta nueva orientación ambientalista de la Fiscalía, *vid.*, IGLESIAS MÁRQUEZ, D., “La Corte Penal Internacional y la Protección del Medio Ambiente Frente a las Actividades Empresariales”, *op. cit.*, pp. 94-98.

<sup>45</sup> Se comentan estos y otros casos con más detalle en OLIVEIRA, R., “La ecologización de la Corte Internacional de Justicia”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* 11 (2011), pp. 59 a 64; ABED, S., “Cortes internacionales para el medio ambiente”, en AA.VV., *Quinto Programa Regional de Capacitación en Derecho y Políticas Ambientales*, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, 2010, p. 144 (online: <http://www.pnuma.org/gobernanza/PonenciasVPrograma.pdf>). También al respecto, brevemente, AA.VV., *La Corte Internacional de Justicia. Preguntas y respuestas acerca del principal órgano judicial de las Naciones Unidas*, Naciones Unidas, Nueva York, 2000, p. 63 (online: <https://www.icj-cij.org/public/files/questions-and-answers-about-the-court/questions-and-answers-about-the-court-es.pdf>).

Frente a la aparente competencia sobre asuntos medioambientales de la CIJ, suele señalarse que esta Corte presta poca importancia en el fondo a tales materias y opta por resolver los asuntos con incidencia medioambiental sobre la base de otras argumentaciones no estrictamente medioambientales.<sup>46</sup> Se apunta también que los Estados han optado por no recurrir a la Sala de Asuntos Medioambientales de la CIJ porque prefieren resolver los conflictos por la vía diplomática y la negociación y que el derecho internacional ambiental es demasiado genérico o impreciso para encauzar los compromisos políticos entre los Estados, por lo que no resulta fácil de aplicar para dirimir un conflicto.<sup>47</sup> Por todo lo anterior, no ha penetrado en la comunidad internacional la idea de que la CIJ es un órgano adecuado para disputas medioambientales.

Las otras críticas a la utilidad de la CIJ para el enjuiciamiento de cuestiones de derecho ambiental se refieren al régimen de partes con legitimación para acceder a la Corte. Como señala Postiglione, el Estatuto de la CIJ tan solo otorga legitimidad activa y pasiva a los Estados y esto es insuficiente para permitir la amplia protección que requiere un derecho humano como el medioambiente.<sup>48</sup> Coincide en esta objeción Charlier, quien reconociendo que la opción de la CIJ tendría la ventaja de no requerir la creación de una institución nueva (con las dificultades de consenso que ello implica), recuerda la limitada regulación de la legitimación para acudir ante la Corte Internacional que deja fuera a ciudadanos individuales y organizaciones.<sup>49</sup> En este contexto, quienes confían en la

<sup>46</sup> McCALLION, K. y RAJAN SHANNA, F. H., “Environmental justice without borders: The need for an International Court of the Environment to protect fundamental environmental rights”, *The George Washington Journal of International Law and Economics*, 2000, 32, p. 359; en el mismo sentido, CUBIDES-CÁRDENAS, J., GORDILLO-PINZÓN, D. A. y FAJARDO-RICO, A., “Tribunal Internacional Ambiental y responsabilidad de los estados por daños al medioambiente: ¿una idea utópica?”, en CUBIDES-CÁRDENAS, J. y VIVAS-BARRERA, T. G. (Eds.), *Responsabilidad internacional y protección ambiental*. Bogotá, Editorial Universidad Católica de Colombia, pp. 155-157.

<sup>47</sup> ANDRESEN, T., “The Role of International Courts and Tribunals in Global Environmental Governance”, *aspj Africa & Francophonie*, 3 rd Quarter 2016, p. 74.

<sup>48</sup> POSTIGLIONE, A., “Human rights and the environment”, *The International Journal of Human Rights*, 14: 4, 2010, p. 535; también, CHARLIER, R. H., “Enforcing and protecting sustainable development: Amedeo Postiglione & the International Court of the Environment”, *Journal of Coastal Research*, 19(4), 2003, p. 945.

<sup>49</sup> CHARLIER, R. H., “Enforcing and protecting sustainable development: Amedeo Postiglione & the International Court of the

utilidad de esta institución, y de su extinta cámara de asuntos ambientales, para ejercer las funciones de tribunal internacional para el medioambiente de referencia en la comunidad internacional, sugieren potenciar la participación de la sociedad civil, ciudadanos y ONG en los procesos ante la Corte: una “reconceptualización de la noción de interés público en el contexto del derecho internacional ambiental”.<sup>50</sup>

#### 4.3. Un nuevo Tribunal Internacional para el Medioambiente (“*International Court for the Environment*”, ICE)

Una opción distinta a la atribución de competencia jurisdiccional sobre asuntos medioambientales a la Corte Penal Internacional o la Corte Internacional de Justicia, es la creación de un tribunal independiente para asuntos medioambientales cuya jurisdicción reconozca la comunidad internacional. La complejidad técnica de la materia y la necesidad de una formación científica específica por parte de los jueces, fiscales y expertos que asesoren al tribunal, aconsejarían la creación de una institución nueva, distinta de las ya existentes, y especializada solo en asuntos medioambientales.<sup>51</sup> Esta posibilidad ha recibido numerosos apoyos, tanto a nivel individual en trabajos científicos, como a nivel colectivo, asociativo o institucional.

Serra Palao sitúa en los años 90 y en el entorno italiano las primeras propuestas individuales de un tribunal ambiental internacional.<sup>52</sup> Se produjo entonces un importante impulso de autoridades italianas en esta dirección: primeramente, el ex Primer Ministro del Gobierno italiano y ex Presidente de la República, Romano Prodi, y después, también el Presidente de

la Corte Constitucional y el Presidente del Tribunal Supremo. Existía entonces un estado de opinión que asumía que el marco normativo raramente sería efectivo ni respetado sino se contaba con instituciones que tuvieran poder real para sancionar a los culpables de las infracciones, ya fueran Estados, personas físicas o empresas.<sup>53</sup> Siguiendo esta corriente, en 1992 Postiglione creaba la “*International Court of the Environment Foundation*” (ICEF), cuyo objetivo fundamental era la creación de una Corte Internacional del Medio Ambiente como una institución nueva, especializada y permanente a nivel mundial basada en los principios de tutela judicial efectiva con legitimidad activa no solo para los Estados, sino también para individuos y ONG, eficacia *erga omnes* de sus decisiones. En la Conferencia de Río de Janeiro del mismo año, 1992, ya se hizo pública por primera vez la propuesta de la creación de esta Corte Internacional del Medioambiente, que fue ratificada en la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Clima, celebrada en París en 2015.<sup>54</sup>

En la misma línea merece ser destacada en este punto la *ICE Coalition* (“*Coalition for an International Court for the Environment*”).<sup>55</sup> Como se advierte en su página web, esta coalición “representa a un número creciente de entidades ambientales, legales, comerciales, académicas y de ONG que abogan por un Estado de Derecho internacional que proteja el medio ambiente global para las generaciones presentes y futuras”, para lo cual reclaman la creación de “una corte internacional para el medio ambiente para abordar las brechas en el orden legal ambiental internacional actual”. Dentro de la Coalición, uno de los expertos más activistas es Bruce, que señala que el establecimiento del ICE (en lo sucesivo nos referiremos a este Tribunal por sus siglas en inglés), ya tiene encaje legal en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y en el Protocolo de Kioto, que habilitan a los Estados parte a instituir reglas, procedimientos y órganos encargados de la aplicación del marco normativo que surja de los acuerdos y obligaciones aceptados por los Estados. Aquí es donde

Environment”, *Journal of Coastal Research*, 19(4), 2003, p. 945.

Este régimen de legitimación es común a diversas instituciones internacionales, como acredita ALFORD, R. “The Proliferation of International Courts and Tribunals: International Adjudication in Ascendance”, *Proceedings of the ASIL Annual Meeting*, 94, 2000, p. 162.

<sup>50</sup> OLIVEIRA, R., “La ecologización de la Corte Internacional de Justicia”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* 11 (2011), p. 65.

<sup>51</sup> Otras materias complejas y de impacto internacional también reclaman un tribunal penal específico. Por ejemplo, para delitos de terrorismo internacional: ampliamente, SÁNCHEZ FRÍAS, A., “La propuesta de un Tribunal internacional contra el terrorismo: retos jurídicos y políticos”, *Revista de Derecho Político*, N.º 103, septiembre-diciembre 2018, pp. 407-438

<sup>52</sup> SERRA PALAO, P., “Cómo hacer frente a la impunidad ambiental: hacia una convención internacional contra el ecocidio”, *op. cit.*, p. 23.

<sup>53</sup> CHARLIER, R. H., “Enforcing and protecting sustainable development: Amedeo Postiglione & the International Court of the Environment”, *op. cit.*, p. 945.

<sup>54</sup> ICEF, *Petizione urgente a favore di una Corte internazionale dell’Ambiente* (versión online: <https://www.tuttoambiente.it/COP21.pdf>).

<sup>55</sup> Online: <http://www.icecoalition.org/>

precisamente encuentra su espacio el ICE, como un órgano para el arbitraje, la conciliación, la consulta y la resolución judicial de las controversias que surjan en el derecho ambiental basado en la costumbre y en los tratados.<sup>56</sup>

El ICE desarrollaría un papel que actualmente ningún tribunal ni órgano internacional está capacitado para emprender. Como señalan Riches y Bruce, la sala de asuntos medioambientales de la Corte Internacional de Justicia demostró la carencia de formación científica y medioambiental especializada en la resolución del caso Pulp Mills (de 2006, en relación con Uruguay); además, los tribunales internacionales existentes en la actualidad reconocen solo a los Estados personalidad jurídica a nivel internacional, dejando fuera a los ciudadanos y a la sociedad civil organizada en asociaciones y ONG. Por último, los órganos judiciales vigentes no depuran adecuadamente aún la responsabilidad de los agentes no estatales que han participado en actividades contaminantes.<sup>57</sup> Para superar estas limitaciones y deficiencias, ambos autores reivindican la creación del ICE, que tendría como máximo objetivos:

- (1) aclarar y determinar las obligaciones legales en materia ambiental de los Estados parte, (2) facilitar, armonizar y complementar las disposiciones legislativas y sistemas judiciales, (3) proporcionar acceso a la justicia a una amplia gama de actores a través de reglas permanentes abiertas, (4) proporcionar soluciones viables para las preocupaciones ambientales modernas, y (5) generar confianza entre la comunidad internacional.

El rasgo más destacado del ICE sería su poder decisorio: tendría jurisdicción en el territorio de todos los Estados parte, respecto de actos propios de un Estado y de corporaciones, ONG, particulares. Sería una jurisdicción permanente y obligatoria para determinadas materias ambientales.<sup>58</sup>

<sup>56</sup> BRUCE, S., "An International Court for the Environment and Climate Change Law Compliance and Enforcement", *Advocates for International Development*, 2011, pp. 4 y 5.

<sup>57</sup> BRUCE, S., "The Project for an International Environmental Court" (November 1, 2016), en Christian Tomuschat *et al* (eds), *Conciliation in International Law* (Brill), <https://ssrn.com/abstract=3028580>, pp. 11-16.

<sup>58</sup> RICHES, P. y BRUCE, S. A., «Brief 7: Building an International Court for the Environment: A Conceptual Framework», *Governance and Sustainability Issue Brief Series*. 2013, Paper 7, [http://scholarworks.umb.edu/cgs\\_issue\\_brief\\_series/7](http://scholarworks.umb.edu/cgs_issue_brief_series/7), p. 4.

Resaltando también la utilidad de este nuevo Tribunal Interna-

La Convención contra el ecocidio, a la que tanto nos hemos remitido, contempla la creación de una Corte Penal Internacional para el medio ambiente, en el art. 18: "Los Estados Parte cooperarán para la creación de una Corte penal internacional en materia de medio ambiente, que será complementaria de las jurisdicciones nacionales y tendrá competencia para juzgar el delito de ecocidio".<sup>59</sup> La estructura institucional que propone esta convención se completa con: a) un grupo de expertos en medioambiente, que desarrollen sus trabajos de forma altamente técnica e imparcial, para ayudar a los magistrados del Tribunal medioambiental a determinar las dimensiones del daño ambiental investigado; b) y un fiscal internacional del medioambiente que realice la función de investigación autónoma y de coordinación de información con las autoridades nacionales.<sup>60</sup>

## 5. Reflexiones finales

1. Aunque puede haber debate en torno a las figuras delictivas que incluya esa futura Convención Internacional contra los ecocrímenes y en torno a la autoridad judicial competente, parece claro que la comunidad internacional tiene que dar un paso decidido al frente para comprometerse con la protección del medioambiente. La proliferación de actividades económicas de alto impacto medioambiental, la explotación abusiva de materias primas, la producción de catástrofes ambientales, fruto de actividades

cional para el Medioambiente a los efectos de dar coherencia y unidad a la normativa medioambiental internacional (tan variada y, en ocasiones, desornada), vid. McCALLION, K. y RAJAN SHANNA, F. H., "Environmental justice without borders: The need for an International Court of the Environment to protect fundamental environmental rights", *op. cit.*, p. 361.

La ICE Coalition ha desarrollado una propuesta de Protocolo de estructura, funciones y poderes del ICE: *online*: <https://static1.squarespace.com/static/56c0ae80ab48de4417bd17fa/t/56d33d59ac2f85dc2df9ef37/1456684377825/Draft+Protocol+for+an+ICE.pdf>

<sup>59</sup> La Convención hermana contra los ecocrímenes también afronta la cuestión de la jurisdicción competente, combinando distintos criterios conocidos en las legislaciones procesales, con especial atención para principio de territorialidad, en el artículo 12. 1. *Vid.*, SOTIS, C., "Juger des crimes environnementaux internationaux: Approche juridictionnelle et institutionnelle", en NEYRET, L. (dir.), *Des écocrimes à l'écocide. Le droit penal au secours de l'environnement*, *op. cit.*, pp. 211-215.

<sup>60</sup> SOTIS, C., "Juger des crimes environnementaux internationaux: Approche juridictionnelle et institutionnelle", en NEYRET, L. (dir.), *Des écocrimes à l'écocide. Le droit penal au secours de l'environnement*, *op. cit.*, pp. 220 y 221.

peligrosas cuyos efectos debieron haberse previsto, nos ponen ante la necesidad de afrontar de manera contundente la tutela internacional del medioambiente.

2. Creemos que la dificultad de reformar el Estatuto de Roma para asignar competencia sobre la persecución y el enjuiciamiento del ecocidio, el expolio y el delito ecológico transfronterizo a la Corte Penal Internacional (así como la dificultad inicial de incluir estos delitos en el catálogo de ilícitos), recomienda salir de la senda del Estatuto y de la Corte, recorriendo otro camino —no más sencillo de transitar que el anterior, ciertamente—: la adopción de una Convención Internacional contra los ecocrímenes, ampliamente discutida por los Estados en el seno de Naciones Unidas, con el apoyo y el asesoramiento de la comunidad científica internacional. Esta sería la vía adecuada, ordenada y correcta de actuar, como defendemos finalmente en este trabajo.

Las conductas prohibidas deberían ser las analizadas en este trabajo: ecocidio, expolio de recursos naturales y delito ecológico transfronterizo. Estos delitos serían crímenes internacionales imprescriptibles, normas de *ius cogens* con efectos *erga omnes*, con todas las implicaciones que ello conlleva. Estaríamos obligados, como dice Bassiouni,<sup>61</sup> a perseguir estas conductas por solidaridad humana y juzgar a los responsables, en respuesta a la justicia, la memoria y la reparación que merecen sus víctimas.

3. Finalmente, el enjuiciamiento de estas conductas punibles debería asignarse a un tribunal internacional de nueva creación. Por un lado, la opción de acudir a la Corte Penal Internacional (incluso con la sugerente posibilidad de crear una cámara especial o una variante de la sala principal dedicada a asuntos medioambientales) se topa con el problema de reformar el Estatuto de Roma y tener que incluir en el listado

de crímenes contra la humanidad un delito internacional contra el medioambiente y la seguridad del planeta. Por otro, el recurso a la Corte Internacional de Justicia de Naciones Unidas ha estado siempre presente y a disposición de los Estados, y pese a ello, ha resultado infructuoso; la CIJ nunca ha sido considerada seriamente como una opción de tribunal internacional medioambiental.

Así pues, y aún con las dificultades que conlleva, la Convención Internacional contra los Ecocrímenes debería instituir su propio órgano judicial, independiente, autónomo, con una estructura estable, dotado de un panel de expertos que asesoren en temas ambientales. Este Tribunal Internacional del Medioambiente serviría para: a) asumir el liderazgo en la comunidad internacional en la aplicación del derecho internacional ambiental; b) ayudar a la armonización de las disposiciones legislativas y sistemas judiciales; c) dotar de una interpretación clara y uniforme a la normativa internacional; d) proporcionar acceso a la tutela judicial efectiva a Estados, empresas, ciudadanos y ONG.

## 6. Bibliografía

- AA.VV., *Hacia un derecho penal internacional del medio ambiente. Propuesta de una convención internacional sobre ecocidio y ecocrímenes* (ed. MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M.), [https://blog.uclm.es/idp/files/2020/07/2019\\_ECOCIDIO\\_final\\_PUBLICACION.pdf](https://blog.uclm.es/idp/files/2020/07/2019_ECOCIDIO_final_PUBLICACION.pdf)
- AA.VV., *La Corte Internacional de Justicia. Preguntas y respuestas acerca del principal órgano judicial de las Naciones Unidas*, Naciones Unidas, Nueva York, 2000 (online: <https://www.icj-cij.org/public/files/questions-and-answers-about-the-court/questions-and-answers-about-the-court-es.pdf>).
- ABED, S., “Cortes internacionales para el medio ambiente”, en AA.VV., *Quinto Programa Regional de Capacitación en Derecho y Políticas Ambientales*, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, 2010 (online: <http://www.pnuma.org/gobernanza/PonenciasVPrograma.pdf>).
- ALFORD, R., “The Proliferation of International Courts and Tribunals: International Adjudication

<sup>61</sup> BASSIOUNI, M. C., “International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes”, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 59, Num. 4 (Fall 1996), p. 66. El mismo en “Searching for Peace and Achieving Justice: The Need for Accountability”, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 59, Num. 4 (Fall 1996), pp. 17, 18 y 27.

- in Ascendance”, *Proceedings of the ASIL Annual Meeting*, 94, 2000.
- AMBOS, K., *Principios e imputación en el derecho penal internacional*, Barcelona. Atelier, 2008.
- \_\_\_\_\_, *Derecho penal internacional económico: fundamentos de la responsabilidad penal internacional de las empresas*, Navarra, Aranzadi, 2018.
- ANDRESEN, T., “The Role of International Courts and Tribunals in Global Environmental Governance”, *ASPJ Africa & Francophonie*, 3 rd Quarter 2016.
- BASSIOUNI, M. C., “International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes”, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 59, Núm. 4 (Fall 1996).
- \_\_\_\_\_, “Searching for Peace and Achieving Justice: The Need for Accountability”, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 59, Num. 4 (Fall 1996).
- BERAT, L., “Defending the right to a healthy environment: Toward a crime of genocide in international law”, *Boston University International Law Journal*, Vol. 11, 1993.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., “La Amazonia brasileña: los derechos de los pueblos indígenas, la protección del medio ambiente. Una reflexión desde el derecho penal”, *Sistema penal crítico*, 2020, n°1.
- \_\_\_\_\_, “Los retos del Derecho Penal Internacional en la Amazonía brasileña”, en DE VICENTE MARTÍNEZ, R., GÓMEZ INISTES, D., MARTÍN LÓPEZ, T., MUÑOZ DE MORALES, M. y NIETO MARTÍN, A., *Libro homenaje a Luis Arroyo Zapatero*, Madrid, Agencia estatal Boletín Oficial del Estado, 2021, pp. 1235-1274.
- BLACK, C., “Crímenes contra el medioambiente en el contexto del Derecho Penal Internacional: Posibilidades y obstáculos”, en Gamarra Chopo, Y. (coord.), *Lecciones sobre justicia internacional*. Zaragoza, Fundación Jiménez Abad, 2009.
- BRUCE, S., “An International Court for the Environment and Climate Change Law Compliance and Enforcement”, *Advocates for International Development*, 2011.
- \_\_\_\_\_, “The Project for an International Environmental Court” (November 1, 2016), en Christian Tomuschat et al (eds), *Conciliation in International Law (Brill)*, <https://ssrn.com/abstract=3028580>
- CASTILLO MONTERREY, M. A., *Expolio y recuperación de las riquezas nacionales. Nuevos retos para el derecho penal internacional online*, <https://gredos.usal.es/handle/10366/121347>.
- CHARLIER, R. H., “Enforcing and protecting sustainable development: Amedeo Postiglione & the International Court of the Environment”, *Journal of Coastal Research*, 19(4), 2003.
- CROOK, M., SHORT, D. y SOUTH, N., “Ecocide, genocide, capitalism and colonialism: consequences for indigenous peoples and glocal ecosystems environments”, *Theoretical Criminology*, 2018, Vol. 22(3).
- CUBIDES-CÁRDENAS, J., GORDILLO-PINZÓN, D. A. y FAJARDO-RICO, A., “Tribunal Internacional Ambiental y responsabilidad de los estados por daños al medioambiente: ¿una idea utópica?”, en CUBIDES-CÁRDENAS, J. y VIVAS-BARRERA, T. G. (Eds.), *Responsabilidad internacional y protección ambiental*. Bogotá, Editorial Universidad Católica de Colombia.
- D’AMBROSIO, L., “Vers un droit pénal commun de l’environnement: critères et techniques d’incrimination”, en NEYRET, L. (dir.), *Des écocrimmes à l’écocide. Le droit penal au secours de l’environnement*, Bruselas. Bryulant, 2015.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., “El derecho al ambiente: su protección por el derecho penal”, *e-Revista Internacional de Droit Pénal*, 2017.
- DE PABLO SERRANO, A. L., “El expolio de recursos naturales. De la Green criminology a un nuevo y necesario derecho penal internacional del medio ambiente”, *Revista General de Derecho Penal*, N° 33, 2020.
- \_\_\_\_\_, “Sanciones adecuadas para recuperar las ganancias ilícitas derivadas de la criminalidad medioambiental transnacional y organizada”, en Puente Aba, L. M<sup>a</sup>. (dir.) y Souto García, E. M<sup>a</sup>. (coord.), *Ganancias ilícitas y Derecho Penal*. Granada, Comares, 2021, pp. 235 – 258.
- \_\_\_\_\_, “Green criminal sanctions for ecocide and other international environmental crimes: fines, confiscation, and environmental restorative justice”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtswissenschaft - ZIS-Online*, pendiente de revisión y publicación
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “Hacia un derecho penal internacional medioambiental: catástrofes ambientales y 'ecocidio'”, en DEMETRIO CRESPO, E. y NIETO MARTÍN, A. (dirs.), *Derecho*

- penal económico y derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- DELMAS-MARTY, M., “Etudes juridiques comparatives et internationalisation du droit”, *Cahiers de défense sociale: bulletin de la Société Internationale de Défense Sociale pour une Politique Criminelle Humaniste*, N° 30, 2003.
- \_\_\_\_\_, “Préface”, en NEYRET, L. (dir.), *Des écocrimes à l’écocide. Le droit penal au secours de l’environnement*. Bruselas. Bryulant, 2015 (traducción en español: “Introducción”, en MUÑOZ DE MORALES, M. (ed.), *Hacia un Derecho Penal Internacional del Medio Ambiente* ([https://blog.uclm.es/idp/files/2020/07/2019\\_ECOCIDIO\\_final\\_PUBLICACION.pdf](https://blog.uclm.es/idp/files/2020/07/2019_ECOCIDIO_final_PUBLICACION.pdf)).
- DU RÉES, H., “¿Can Criminal Law Protect the Environment?”, *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention*, 2001, 2:2.
- ESTUPIÑAN-SILVA, R., “Desafíos y respuestas transnacionales frente a los crímenes ambientales”, *Revista de Direito Internacional*, supl. Direito Transnacional, Tomo 13, N.º 3, 2016.
- FERRAJOLI, L., “Criminología, crímenes globales y Derecho Penal: el debate epistemológico en la Criminología contemporánea”, *Revista Crítica Penal y Poder*, 2013, n° 4.
- FOUCHARD, I., “Introduction”, en NEYRET, L. (dir.), *Des écocrimes à l’écocide. Le droit penal au secours de l’environnement*, Bruselas: Bryulant, 2015.
- GARCÍA RUIZ, A., “Del Ecocidio y los procesos migratorios a la opacidad de la victimización ecológica”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2018, núm. 20-11.
- GAUGER, A., RABATEL-FERNEL, M. P., KULBICKI, L., SHORT, D. y HIGGINS, P., “Ecocide is the Missing 5th Crime against Peace. The Ecocide Project”. Human Rights Consortium, School of Advanced Study, University of London, 2012, [https://sas-space.sas.ac.uk/4830/1/Ecocide\\_research\\_report\\_19\\_July\\_13.pdf](https://sas-space.sas.ac.uk/4830/1/Ecocide_research_report_19_July_13.pdf) (online 21/02/2020).
- GEORGIEVA, V., “La ‘judicialización’: una nueva característica del sistema jurídico internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 15, núm. 1, 2015.
- GIL GIL, A., *Derecho Penal Internacional*, Madrid, Tecnos, 1999, pp. 27-60, especialmente pp. 36-39.
- La misma en “Crímenes contra la humanidad”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, N° 10, abril – septiembre de 2016.
- GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., “Elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y necesaria tipificación de estos crímenes en el derecho penal español”, *Cuaderno de Derecho Judicial*, núm. 7, 2001.
- GRAY M. A., “The International Crime of Ecocide”, *California Western International Law Journal*, Vol. 26 [1995], No. 2, Art. 3.
- HIGGINS, P., *Eradicating Ecocide: laws and governance to prevent the destruction of our planet*. 2<sup>nd</sup> ed., Londres, Shephard Walwyn Publishers Ltd, 2015.
- HIGGINS, P., SHORT, D. y SOUTH, N., “Protecting the planet: a proposal for a law of ecocide”, *Crime Law Soc Change* (2013), 59.
- ICEF, *Petizione urgente a favore di una Corte internazionale dell’Ambiente* (versión online: <https://www.tuttoambiente.it/COP21.pdf>).
- IGLESIAS MÁRQUEZ, D., “La Corte Penal Internacional y la Protección del Medio Ambiente Frente a las Actividades Empresariales”, *Sequência (Florianópolis)*, 86, Sep-Dec 2020, pp. 111-115.
- KOFELE-KALE, N., “Patrimonicide: the international economic crime of indigenous spoliation”, *Vanderbilt journal of transnational law*, 1995, Vol. 28, No. 1.
- \_\_\_\_\_, “Only Fools Who Send Hyenas to Roast Meat for Them: In Search of the Doctrinal Foundations of the Not-So-Ordinary Crime of Patrimonicide”, *Florida A & M University Law Review*, Volume 9 Number 1, Fall 2013.
- MÁRQUEZ CARRASCO, C., “Los elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en Derecho internacional penal”, *Revista General de Derecho Penal*, 9 (2008).
- MARTIN-CHENUT, K., “L’affaire Chevron-Texaco et l’apport des projets de Conventions Écocrimes et Écocie à la responsabilisation pénale des entreprises transnationales”, en NEYRET, L. (dir.), *Des écocrimes à l’écocide. Le droit penal au secours de l’environnement*. Bruselas, Bryulant, 2015.
- MCLAUGHLIN, R., “Improving Compliance: Making Non-State International Actors Responsible for Environmental Crimes”, *Colorado Journal*

- of International Environmental Law and Policy*, (2000) 11.
- MENDOZA CALDERÓN, S., “Los crímenes de lesa humanidad: la necesidad de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil. Su implementación en el Código Penal español”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2005, n° 2.
- \_\_\_\_\_, “La destrucción de bienes culturales en un contexto de violencia armada según el derecho penal internacional. ¿Crimen de lesa humanidad, crimen de guerra o delito de terrorismo?”, *Revista General de Derecho Penal*, 2019, n° 32.
- MUÑOZ DE MORALES, M., “Vías para la responsabilidad de las multinacionales por violaciones graves de Derechos humanos”, *Política Criminal*, 2021, Vol. 15, N° 30 (Diciembre), Art. 14, <http://politcrim.com/wp-content/uploads/2020/12/Vol-15N30A14.pdf>
- NAVARRO CARDOSO, F., “Retos del Derecho Penal global”. *Estudios Penales Y Criminológicos*, 2020, 40.
- NEYRET, L. (dir.), *Des écrocrimes à l’écocide. Le droit penal au secours de l’environnement*. Bruselas. Bryulant, 2015.
- \_\_\_\_\_, “Le droit pénal au secours de l’environnement: À propos du rapport du 11 février 2015”, *La Semaine Juridique (Edition générale)*, 2015, Núm. 10-11 (traducido al español: “El Derecho penal como mecanismo de protección del medio ambiente. Sobre el informe de 11 de febrero de 2015”, en MUÑOZ DE MORALES, M. (ed.), *Hacia el Derecho Penal Internacional del medio ambiente*, [https://blog.uclm.es/idp/files/2020/07/2019\\_ECOCIDIO\\_final\\_PUBLICACION.pdf](https://blog.uclm.es/idp/files/2020/07/2019_ECOCIDIO_final_PUBLICACION.pdf))
- NIETO MARTÍN, A., “Bases para un futuro Derecho penal internacional del medio ambiente”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma*, 16 (2012).
- OLIVEIRA, R., “La ecologización de la Corte Internacional de Justicia”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 11, 2011.
- POSTIGLIONE, A., “Human rights and the environment”, *The International Journal of Human Rights*, 14:4, 2010
- RAUXLOH, R., “The role of international criminal law in environmental protection”, en BOTCHWAY, F. N. (ed.), *Natural Resource Investment and Africa’s Development* (New Horizons in Environmental and Energy Law), Cheltenham (Great Britain), Edward Elgar Publishing, 2011.
- RICHEs, P. y BRUCE, S A., «Brief 7: Building an International Court for the Environment: A Conceptual Framework», *Governance and Sustainability Issue Brief Series*, 2013, Paper 7, [http://scholarworks.umb.edu/cgs\\_issue\\_brief\\_series/7](http://scholarworks.umb.edu/cgs_issue_brief_series/7).
- ROBINSON, P., “The missing crimes”, en CASSESE, A., GAETA, P. y JONES, J. R. W. D. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*, Nueva York, Oxford University Press, 2009.
- SÁNCHEZ FRÍAS, A., “La propuesta de un Tribunal internacional contra el terrorismo: retos jurídicos y políticos”, *Revista de Derecho Político*, N.º 103, septiembre-diciembre 2018.
- SCHWEGLER, V., “The Disposable Nature: The Case Of Ecocide And Corporate Accountability”, *Amsterdam Law Forum*, [S.I.], v. 9, n. 3.
- SERRA PALAO, P., “Cómo hacer frente a la impunidad ambiental: hacia una convención internacional contra el ecocidio”, *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 100, abril (2020).
- SERVI, A., “Derecho Ambiental Internacional”, *Revista de Relaciones Internacionales*, volumen 7, núm. 14, 1998.
- SOTIS, C., “Juger des crimes environnementaux internationaux: Approche juridictionnelle et institutionnelle”, en NEYRET, L. (dir.), *Des écrocrimes à l’écocide. Le droit penal au secours de l’environnement*, Bruselas, Bryulant, 2015,
- STOETT, P., “Transnational environmental crime from”, en SWAIN, A. y ÖJENDAL, J., *Routledge Handbook of Environmental Conflict and Peacebuilding*. Abingdon (United Kingdom), Routledge, 2018
- WERLE, G., *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 2ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.
- WHITE R., *Transnational Environmental Crime. Toward an Eco-global Criminology*, Londres, Willan, 2011.





## El impacto del fenotipado forense en el ámbito de la investigación criminal<sup>1</sup>

**Pablo Mora Díez**

*Fiscal de la Fiscalía Provincial de Huelva  
Doctor en Derecho*

**RESUMEN:** En los últimos años, en el marco de la prueba de ADN, ha surgido la técnica del fenotipado forense, comenzando a ser utilizada en las investigaciones policiales como instrumento apto para reducir el círculo de sospechosos de un delito grave y localizar así al responsable de los mismos. Pero esta técnica, novedosa y emergente, presenta algunas limitaciones técnicas y problemas éticos y jurídicos que abordo en este trabajo; en concreto, el principio de proporcionalidad y el respeto a los derechos fundamentales como pautas básicas a seguir en el empleo de esta técnica, la necesidad de emplear regiones codificantes del genoma para realizar el perfil fenotípico, con toda la problemática ética y legal que ello conlleva; y, finalmente, abordo los graves dilemas que aparecen en la última etapa con la que suele concluir esta técnica, el análisis masivo de ADN.

**PALABRAS CLAVE:** fenotipado forense, intimidad genética, principio de proporcionalidad, ADN codificante, análisis masivo de ADN.

**ABSTRACT:** Within the framework of DNA testing in recent years, the forensic phenotyping technique has emerged and is beginning to be used in police investigations as a tool to narrow down the circle of suspects in serious crimes and to locate the perpetrator. However, this novel and emerging technique presents some technical limitations and ethical and legal problems that I address in this paper: specifically, the proportionality law and respect for fundamental rights as basic guidelines to be followed in using this technique, the need to use genome coding regions to carry out phenotypic profiling, with all the ethical and legal problems that this entails, and finally, I address the serious dilemmas that arise in the last stage with which this technique usually concludes, massive DNA analysis.

**KEYWORDS:** forensic phenotyping, genetic privacy, proportionality law, DNA coding, massive DNA analysis.

<sup>1</sup> Algunas de las ideas expuestas en el punto 5º de este trabajo, derivan de mi tesis doctoral, defendida y leída en la Universidad de Huelva el día 27 de mayo de 2021, obteniendo la máxima calificación, Sobresaliente Cum Laude. Presentada bajo el título “Cuestiones procesales y sustantivas relativas a la prueba de ADN en el proceso penal español. Análisis del artículo 129 bis del Código Penal”.

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Aspectos técnicos del fenotipado forense. 3. La problemática relativa al uso de regiones codificantes del ADN en el análisis fenotípico. 4. El principio de proporcionalidad como elemento inspirador de la regulación legal de esta materia. 5. La toma de muestras masivas de ADN. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

Rec. 02-04-2022 | Fav. 19-04-2022

## 1. Introducción

Uno de los fenómenos más importantes acaecidos en el siglo XX<sup>2</sup> es el desembarco de las modernas tecnologías en el ámbito del proceso penal, de manera que la confesión, como prueba reina del procedimiento, obtenida mediante tortura, es desplazada por un proceso más científico y racional, alejando de connotaciones subjetivistas y respetuoso con los derechos fundamentales de las personas.

De esta manera, la prueba pericial científica va adquiriendo modernamente cada vez más importancia y trascendencia en el proceso penal. Algunos autores, como IGARTUA SALAVERRÍA, afirman que “En la actualidad, la prueba científica, ha destronado a la prueba testifical, tenida hasta ahora como la prueba reina”.<sup>3</sup>

Así, por ejemplo, en el ámbito de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual es frecuente que el testimonio de la víctima sea el pilar único sobre el que puede apoyarse una eventual condena al acusado, debido a que suele aprovecharse por el sospechoso la soledad de la víctima para cometerlos y eludir así las posibles responsabilidades penales de sus luctuosos actos. La jurisprudencia se refiere a estos casos como “situaciones límite de crisis del derecho fundamental a la presunción de inocencia”.<sup>4</sup>

Con el fin de auxiliar al juez en estas situaciones de crisis, y sin sustituir la valoración de este, se ha acudido a algunos instrumentos como, en el caso de los menores, y por poner un ejemplo, las pruebas pe-

riciales de fiabilidad del testimonio.<sup>5</sup> En esta línea, la prueba de ADN aparece como una pericial científica indispensable y fundamental para el esclarecimiento de esta clase de hechos, pues hasta ahora su resolución resultaba un serio reto para los investigadores, por haberse cometido en la clandestinidad.

No hay que olvidar que el carácter odioso de esta clase de actos no puede llevar consigo una degradación del estándar probatorio necesario para la acreditación de los hechos (devaluación del derecho fundamental a la presunción de inocencia ex artículo 24 CE) ni del resto de garantías procesales. Con acierto señala ANDRÉS IBÁÑEZ, que hablar de “testigo privilegiado” en esta clase de delitos, como se hace en algunas sentencias de la Sala Segunda del TS, es una aberrante categoría incompatible con la presunción de inocencia.<sup>6</sup>

Estas consideraciones previas, sirven de introducción para destacar que, dentro de este proceso histórico, ha de situarse la irrupción de la prueba de ADN y su uso en el proceso penal, todo ello desde que en 1984 se utilizara por primera vez esta pericia para resolver un caso de doble asesinato y violación conocido como *Pitchfork* en Inglaterra.

En este contexto, en los últimos años, en el marco de la prueba de ADN, ha surgido la técnica del fenotipado forense, comenzando a ser utilizada en las investigaciones policiales como instrumento apto para reducir el círculo de sospechosos de un delito grave y localizar así al responsable de los mismos. En pala-

<sup>2</sup> Aunque me refiero aquí al siglo XX, es de justicia reconocer que estoy hablando de un proceso que se inicia con la obra de BECCARIA en 1764 *De los delitos y de las penas* que supone la recepción de las ideas ilustradas en el proceso penal. A partir de ese momento se puede situar el nacimiento del derecho penal moderno.

<sup>3</sup> IGARTUA SALAVERRÍA, J. “Consideraciones infrecuentes sobre la prueba científica”. *Revista Jueces y juezes para la democracia. Información y debate*, n° 96. 2019, pág. 78-87.

<sup>4</sup> STS n° 805/18, de 7 de marzo.

<sup>5</sup> Los límites y peligros de las pruebas periciales de fiabilidad del testimonio en menores han sido puestos de manifiesto en algunos trabajos como el de RAMÍREZ ORTIZ, J. L. “La prueba en los delitos contra la indemnidad sexual”. *Diario La Ley*, n° 9199, 2018, pág. 22.

<sup>6</sup> ANDRÉS IBÁÑEZ, P. A. “Ciencia y jurisprudencia en una sentencia inconsistente”. *Boletín informativo de Jueces y juezes para la democracia*, n° 82, 2021, pág. 4-11.

bras de SCHNEIDER, PRAINSACK y KAYSER “Al indicar el aspecto visible probable de un sospechoso, el fenotipado forense del ADN permite acotar el foco de una investigación criminal”.<sup>7</sup>

Lo cierto es que esta técnica ya está siendo empleada por los investigadores para tratar de resolver sucesos criminales. Como en España en el caso de la niña de Algete: una adolescente fue violada y asesinada el 20 de abril de 1997 en el municipio de Algete (Madrid). Fue resuelto 18 años después gracias al uso de esta técnica forense por el Instituto de Ciencias Forenses de la Universidad de Santiago de Compostela.

Sin embargo esta técnica, novedosa y emergente, presenta algunas limitaciones técnicas y problemas éticos y jurídicos que trato de abordar a continuación.

## 2. Aspectos técnicos del fenotipado forense

Según CANALES SERRANO, el fenotipado de ADN es una técnica forense que permite predecir rasgos fenotípicos a partir del ADN.<sup>8</sup> En la actualidad son tres, básicamente, los aspectos fisiológicos que podemos conocer de un individuo a partir de su material genético: la predicción de las características visibles externamente, la ascendencia biogeográfica y la estimación de la edad.<sup>9</sup>

Una definición más completa de esta técnica la encontramos en el trabajo publicado por GRANJA y MACHADO:

... el fenotipado forense del ADN (FDP, por sus siglas en inglés) es un conjunto de técnicas cuyo objetivo es inferir características visibles externamente en los seres humanos —como el color de los ojos, el pelo y la piel— y la ascendencia biogeográfica de una persona desconocida, basándose en material biológico.<sup>10</sup>

La finalidad del fenotipado forense, desde el punto de vista de la investigación criminal, es clara: “su objetivo es ayudar a los investigadores criminales a encontrar a un presunto autor desconocido, proporcionando información sobre el aspecto que podría tener a partir del análisis del ADN que ha quedado en el lugar del crimen”.<sup>11</sup>

En este punto, para conocer la trascendencia que tiene la técnica del fenotipado forense en las modernas investigaciones forenses podemos acudir al “Informe y recomendaciones de la Comisión Técnica Permanente sobre las nuevas tecnologías de análisis genético y nuevos marcadores de ADN de origen biogeográfico y de rasgos fenotípicos externos”, emitido por la Comisión Nacional para el Uso Forense de ADN (en adelante CNUFADN) en el año 2020, que califica esta técnica como “nueva revolución tecnológica en el campo de la Genética Forense”.<sup>12</sup>

No hay que olvidar que la labor de la CNUFADN en esta materia es esencial. Así, ALONSO ALONSO dice que la CNUFADN es un

... organismo regulador de los aspectos organizativos, científicos, éticos y legales que garanticen la seguridad y el eficaz funcionamiento de la Base de Datos de identificadores de ADN tanto en el ámbito de la investigación criminal, como en los procedimientos de identificación de restos cadavéricos o de averiguación de personas desaparecidas.<sup>13</sup>

Por ello, son numerosos los proyectos de investigación que actualmente se están desarrollando en materia de fenotipado forense con celebración de congresos, publicaciones, trabajos, etcétera. El informe de la CNUFADN, anteriormente señalado, menciona los siguientes: DNASEQEX,<sup>14</sup> SeqforSTRs-Sequencing of forensic STRs,<sup>15</sup> STRSeq,<sup>16</sup> Empowering forensic

<sup>7</sup> SCHNEIDER, P. M., PRAINSACK, B., y KAYSER, M. “The Use of Forensic DNA Phenotyping in Predicting Appearance and Biogeographic Ancestry”. *Deutsches Ärzteblatt International | Dtsch Arztebl Int*, 2019, pág. 873–880.

<sup>8</sup> CANALES SERRANO, A. “El fenotipado de ADN como potencial herramienta investigativa en el campo de la genética forense”. *Revista Española de Medicina Legal*, n.º 46, 2020, pág. 183–190.

<sup>9</sup> SCHNEIDER, P. M., PRAINSACK, B., KAYSER, M. “The Use of Forensic dna...”, Ob. Cit., pág. 873–880.

<sup>10</sup> GRANJA R. y MACHADO, H. “Forensic dna phenotyping and its politics of legitimation and contestation: Views of forensic geneticists in Europe”. *Social Studies of Science*. 2020, pág. 1.

<sup>11</sup> SAMUEL, G. y PRAINSACK, B. “Civil society stakeholder views on forensic DNA phenotyping: balancing risks and benefits”. *Forensic Science International: Genetics*. 2019, pág. 1.

<sup>12</sup> CNUFADN. “Informe y recomendaciones de la Comisión Técnica Permanente sobre las nuevas tecnologías de análisis genético y nuevos marcadores de ADN de origen biogeográfico y de rasgos fenotípicos externos”. 2020, pág. 1.

<sup>13</sup> ALONSO ALONSO, A. “Las bases de datos de ADN forense en España y la labor desarrollada por la CNUFADN”. *Centro de Estudios Jurídicos*. 2012, pág. 2.

<sup>14</sup> <https://www.researchgate.net/project/DNASEQEX>

<sup>15</sup> <https://www.researchgate.net/project/SeqforSTRs-Sequencing-of-forensic-STRs>

<sup>16</sup> <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/bioproject/380127>

genetic DNA databases for the interpretation of next generation sequencing profiles (dna.bases),<sup>17</sup> The VISible Attributes Through GENomics (VISAGE).<sup>18</sup>

El proyecto VISAGE, a nivel europeo, es sin duda uno de los más importantes en esta materia. Sus objetivos, que enuncian en la propia web del proyecto, y que enumero a continuación por su interés para comprender esta materia, son los siguientes:

- El desarrollo y la validación de sistemas de secuenciación masiva para el estudio de marcadores de origen biogeográfico y de rasgos fenotípicos para su uso en el campo forense.
- El diseño de un marco de interpretación que incluya un prototipo de software para la consideración estadística combinada de los marcadores anteriormente citados.
- El establecimiento de recomendaciones para su futura implementación teniendo en consideración los diferentes marcos sociales, éticos y legales de los diferentes países europeos.
- El contacto con las empresas líderes en el campo forense de cara a conseguir productos comerciales para una futura aplicación de rutina de este tipo de marcadores y tecnología en los estados miembros de la Unión Europea.<sup>19</sup>

También podemos hacer referencia aquí al documentado estudio de CANALES SERRANO sobre la técnica forense del fenotipado, en el cual señala que

... los marcadores polimórficos de un úniconucleótido (SNP) son los que regulan el fenotipo de cada individuo. Estos rasgos se consideran complejos, es decir, controlados por numerosos genes y por influencia de factores ambientales, y su variación es continua. De todos los rasgos fenotípicos humanos en esta revisión se han estudiado la pigmentación de ojos, de cabello y de piel y los rasgos faciales, porque son los más informativos en las investigaciones policiales a la hora de buscar e identificar sospechosos.<sup>20</sup>

<sup>17</sup> <https://www.researchgate.net/project/Empowering-forensic-genetic-DNA-databases-for-the-interpretation-of-next-generation-sequencing-profiles-DNAbases>

<sup>18</sup> <http://www.visage-h2020.eu/>

<sup>19</sup> CNUFADN. “Informe y recomendaciones de la Comisión Técnica Permanente sobre las nuevas tecnologías de análisis genético y nuevos marcadores de ADN de origen biogeográfico y de rasgos fenotípicos externos”. 2020, pág. 4.

<sup>20</sup> CANALES SERRANO, A. “El fenotipado de ADN como po-

En todo caso resulta evidente la gran complejidad técnica que implica un análisis de fenotipado forense, de forma que es importante que el laboratorio forense que lo realice se encuentre debidamente acreditado conforme a estándares de calidad, bajo la norma ISO 17025/2005 sobre requisitos generales para la competencia de los laboratorios de ensayo y calibración. Seguir este tipo de protocolos “minimiza el riesgo de error, permite a las autoridades y expertos externos revisar la calidad del trabajo, evita la contaminación y destrucción de muestras y garantiza la cadena de custodia”.<sup>21</sup> Es lo que COSPEDAL GARCÍA llama “un aval de confianza en las pruebas de ADN”.<sup>22</sup>

También es necesaria siempre una adecuada formación de los operadores jurídicos en esta materia, que implica una complejidad técnica importante, como ya he indicado. Tal y como señala CARRACE-DO y PRIETO “Solo así y trabajando conjuntamente peritos y jueces podemos conseguir sacar el máximo partido de una prueba tan eficaz en tantos casos penales y civiles”.<sup>23</sup>

Por otro lado, indica ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER que en el fenotipado forense se utilizan regiones de ADN codificante.<sup>24</sup> El uso de estas regiones, vetado por nuestro ordenamiento jurídico y en la mayoría de las legislaciones europeas, da lugar a un problema jurídico importante que analizamos a continuación.

### 3. La problemática relativa al uso de regiones codificantes del ADN en el análisis fenotípico

Como acabo de indicar, la problemática que afrontamos surge a partir del momento en que el análisis de fenotipado forense emplea regiones codificantes del ADN y esto, como es sabido, está anatematizado en la mayoría de las legislaciones europeas.

tencial herramienta investigativa en el campo de la genética forense. Estado actual”. Ob. Cit., pág. 2.

<sup>21</sup> DELGADO BUENO, S. (Dir.) “Tratado de Medicina Legal y Ciencias Forenses”. Editorial Bosch. 2011. Tomo III, pág. 544-547.

<sup>22</sup> COSPEDAL GARCÍA, R. “Laboratorios acreditados. Un aval de confianza en las pruebas periciales de ADN”. *Diario La Ley*. N° 2665/2006, pág. 1.

<sup>23</sup> CASADO M. y GUILLÉN M. (Coords.). “ADN forense: problemas éticos y jurídicos”. Edición Universidad de Barcelona. Publicacions i Edicions. 2014, pág. 155.

<sup>24</sup> ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S. “Del testigo ocular físico al avatar: el fenotipado forense”. *Revista de Derecho y Genoma Humano. Biotecnología y Medicina Avanzada*. 2019, pág. 5.

Así, el artículo 4 de la LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN señala que

Sólo podrán inscribirse en la base de datos policial regulada en esta Ley los identificadores obtenidos a partir del ADN, en el marco de una investigación criminal, que proporcionen, exclusivamente, información genética reveladora de la identidad de la persona y de su sexo.

Y el preámbulo de esta Ley dice:

Esta regulación contiene una salvaguarda muy especial, que resulta fundamental para eliminar toda vulneración del derecho a la intimidad, puesto que sólo podrán ser inscritos aquellos perfiles de ADN que sean reveladores, exclusivamente, de la identidad del sujeto —la misma que ofrece una huella dactilar— y del sexo, pero, en ningún caso, los de naturaleza codificante que permitan revelar cualquier otro dato o característica genética.

De hecho, en el ámbito europeo, la Resolución del Consejo de 30 de noviembre de 2009, relativa al intercambio de resultados de análisis de ADN, se preocupa de que los análisis de ADN se limiten a las zonas cromosómicas que no contengan información genética (apartado III), lo que se llama ADN no codificante.

Esto ha llevado a que, por cuestiones éticas y legales, se restrinja esta técnica del fenotipado forense en algunos países. Así lo recoge ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER,

En cuanto a su admisibilidad, este método se permite en algunos países, pero está prohibido en algunos otros (como Bélgica y Alemania). Otros, lo restringen parcialmente, como es el caso de Holanda, en el que sólo se permite predecir rasgos que resulten visibles públicamente, como el cabello y el color de los ojos. En EEUU se proscribe la posibilidad de determinar la propensión a ciertas enfermedades, al igual que en nuestro país, en donde la LO 10/2007 limita el uso a fines forenses al ADN no codificante.<sup>25</sup>

Lo cierto es que no existe una postura clara del legislador en este asunto, como ocurre en el caso de España.

En este punto, y antes de seguir adelante, se hace preciso puntualizar que la distinción entre ADN codificante y no codificante o ADN basura está muy relativizada en la ciencia genética moderna. Aunque el ADN no codificante o ADN basura aporta menos información genética sobre la salud de las personas, no es del todo neutral. Los modernos avances científicos demuestran que afectan al derecho a la intimidad genética de las personas, tanto el uso forense de las regiones de ADN codificante como no codificante.<sup>26</sup>

Por esta razón, sería imprescindible una nueva regulación legal del uso del ADN en el ámbito del proceso penal que abandonara esta vieja distinción. Además, es claro que el uso de estos nuevos marcadores (SNP de ancestralidad y fenotípicos) implica a regiones codificantes del genoma. Y esto debe ser regulado adecuadamente, ponderando los intereses y derechos en conflicto, a saber, el derecho a la intimidad de las personas, anclado en el artículo 18 CE y el interés del Estado en el esclarecimiento de los hechos criminales, para garantizar la seguridad y la libertad de los ciudadanos.

#### 4. El principio de proporcionalidad como elemento inspirador de la regulación legal de esta materia

Debemos partir de que la prueba de ADN es un tipo de intervención corporal y, por tanto, habrá que tener muy presente los principios básicos en esta materia derivados de la jurisprudencia constitucional, especialmente el principio de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad, como principio inspirador de las intervenciones corporales, está reiteradamente recogido por la jurisprudencia tanto del TS, como del TC. En la STC 207/1996, de 16 de diciembre, fundamental en esta materia, se dice:

... es una exigencia común y constante para la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de los derechos fundamentales, (por todas, STC 56/1996), entre ellas las que supongan una injerencia en los derechos a la integridad física y a la intimidad (por todas, SSTC 120/1990, 7/1994, 143/1994), y más en particular de las medidas restrictivas de los derechos fundamentales

<sup>25</sup> ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S. "El fenotipado forense". IUS ET SCIENTIA. Vol. 4 n° 2, 2018, pág. 63-86.

<sup>26</sup> Sobre esta materia me detengo con más detalle en mi trabajo "El uso del ADN no codificante o ADN basura en el marco del proceso penal". Editorial jurídica Sepin. 2022.

adoptados en el curso de un proceso penal (por todas, SSTC 37/1989, 85/1994, 54/1996)... que el sacrificio que impongan tales derechos no resulte desmedido en comparación con la gravedad de los hechos y las sospechas existentes.

El principio de proporcionalidad, a su vez, se desdobra en:

- Principio de idoneidad: que la injerencia sea apta para el fin propuesto.
- Principio de necesidad: que la intromisión sea imprescindible y no existan otras medidas menos gravosas.
- Principio de proporcionalidad en sentido estricto: que exista una adecuación entre el hecho delictivo y la gravedad de la injerencia.

Derivado de este principio, incluso ETXEBARRÍA GURIDI, llega a hablar de “reserva jurisdiccional absoluta en materia de investigaciones genéticas”.<sup>27</sup>

Aquí no sobra señalar que el principio de proporcionalidad, en relación a las intervenciones corporales no es exclusivo de nuestro ordenamiento jurídico, sino un requisito común a los ordenamientos del ámbito europeo, desde una perspectiva de derecho comparado. Así, por ejemplo en el ámbito alemán, podemos destacar el Auto del TC de 10 de junio de 1963 que indica que el juez a la hora de ordenar la medida de extraer líquido cefalorraquídeo podía ponderar la observación del principio de proporcionalidad entre los medios utilizados y los fines perseguidos, al igual que en todas las injerencias estatales en la esfera de las libertades del individuo. También la Police an Criminal Evidence Act (PACE) del Reino Unido exige expresamente este requisito para la obtención de muestras (es decir, que nos encontremos ante una infracción criminal de cierta entidad).

En todo caso, resulta claro que derivado el principio de proporcionalidad debe inspirar la regulación de esta materia que afecta de manera tan directa y profunda a los derechos fundamentales de las personas, especialmente al derecho a la intimidad genética, reconocido en el artículo 18 de la CE. El legislador debe partir de unos principios básicos, recogidos en el excelente dictamen de la CNUFADN al que antes nos

hemos referido, sobre esta técnica del fenotipado forense, todos ellos derivados del principio de proporcionalidad:

- Es solo una herramienta de investigación y no se debe utilizar como prueba concluyente de identificación
- Se ha de utilizar solo en delitos graves
- Se necesita una autorización expresa (judicial o fiscal)
- Se usará para indicios que no han dado coincidencias en la base de datos y para los casos en los que se han agotado todas las líneas de investigación.<sup>28</sup>

En todo caso, debemos tener en cuenta que, una vez realizado el análisis de fenotipado forense, obtendremos unos determinados rasgos fisiológicos, por ejemplo: un varón del norte de África, moreno, de ojos marrones, de unos 20 años de edad. A continuación, será usual tratar de obtener un vestigio biológico de los individuos de la zona donde se ha cometido el crimen y que reúnan este perfil fisiológico, para tratar de determinar si su ADN coincide o no con la muestra biológica dubitada encontrada en la escena del crimen, lo que nos lleva a un nuevo problema: las llamadas tomas de muestras masivas de ADN.

## 5. La toma de muestras masivas de ADN

Como acabo de señalar, una vez obtenido un determinado perfil de autor, se realizará un análisis masivo entre aquellos sujetos cuyo perfil aparezca como compatible con el mismo, invitándoles a donar una muestra de ADN para su cotejo con la muestra dubitada, con el fin de encontrar un posible perfil genético coincidente. Es lo que se viene llamando la toma de muestras masiva de ADN.

El mayor problema se encuentra en esta diligencia es si concurren o no sospechas de criminalidad en la persona afectada por la diligencia de obtención de muestras corporales para el análisis de ADN, ya que es indispensable que el sujeto al que se toma la muestra sea “sospechoso”: así lo exige con rotundidad el propio artículo 363 LECRIM.<sup>29</sup>

<sup>27</sup> ETXEBERRÍA GURIDI, J. F. “Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal”. Editorial Comares. 2000, pág. 151.

<sup>28</sup> CNUFADN. “Informe y recomendaciones de la Comisión Técnica Permanente sobre las nuevas tecnologías de análisis genético y nuevos marcadores de ADN de origen biogeográfico y de rasgos fenotípicos externos”. 2020, pág. 10.

<sup>29</sup> 363 LECRIM “Los Juzgados y Tribunales ordenarán la práctica

No cabe atender a meras conjeturas, sino que debe tratarse de sospechas fundadas, tal y como recoge la Sentencia del TC 174/1985. De hecho, esta es la mayor objeción que puede hacerse a la legitimidad de los tests masivos de ADN, que se encuentra en la ausencia de sospechas de criminalidad en las personas afectadas por la medida, ya que, con frecuencia, dichas sospechas se refieren a individuos que pertenecen a una comunidad, franja de edad, sexo etcétera, conforme al resultado del análisis de fenotipado.

Por ejemplo en un caso acaecido en Alemania, relativo al asesinato y violación de una joven de 24 años, fue visto en las inmediaciones de la casa donde se cometió el crimen un vehículo marca Porsche modelo 944, matriculado en München. Se investigó a todos los propietarios de este modelo de automóvil matriculados en München y se les requirió para que se sometieran voluntariamente a la prueba de ADN. Se practicaron así unas 750 pruebas.

Incluso, podemos señalar un supuesto en el que se tomaron muestras de ADN a ¡20 000 personas! Así lo recoge la noticia de *El Mundo* que señala que

La policía puso en marcha este año una campaña en la que se convocaron a más de 20.000 hombres para tomar muestras de ADN, aunque subrayó que no eran sospechosos. Posteriormente, los investigadores holandeses indicaron que, gracias a las muestras de ADN, habían encontrado al sospechoso, identificado como Jos Brech. Al revisar el chalet que tenía en el noreste de Francia, la policía halló huellas de ADN en sus objetos personales que correspondían a las encontradas entre los objetos personales del joven asesinado.<sup>30</sup>

Este es sin duda, el mayor obstáculo que presenta la ley a la práctica de la toma masiva de muestras de ADN. Pues es claro que residir en una localidad, o ser propietario de un vehículo determinado, no constituye un indicio serio de participación en un hecho

de los análisis químicos únicamente en los casos en que se consideren absolutamente indispensables para la necesaria investigación judicial y la recta administración de justicia. Siempre que concurran acreditadas razones que lo justifiquen, el Juez de Instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin, podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> Ver: <http://www.elmundo.es/espana/2018/08/27/5b8367ca22601d66178b45fe.html> (consulta: 29 de marzo de 2022).

criminal. No obstante, los tribunales han encontrado un atajo para sortearlo, el cual es el consentimiento del afectado por la toma de la muestra. Por esta razón, ETXEBERRÍA GURIDI, de forma acertada, se pronuncia claramente en contra de que el consentimiento del destinatario excluya la necesidad de autorización judicial.<sup>31</sup> También DEL POZO PÉREZ es contraria a la práctica de esta diligencia de esta forma.<sup>32</sup>

También SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, con acierto, proscribió el uso de la fuerza en las pruebas masivas de ADN y se plantea los dilemas morales que plantea la participación voluntaria en estas ruedas masivas de ADN, por la coacción implícita que implicaría la negativa a participar.<sup>33</sup>

Como primer argumento en contra de esta práctica, refiere ETXEBERRÍA GURIDI en su documentado artículo al que nos hemos referido con anterioridad, que los análisis de ADN permiten desvelar no solo la propia intimidad genética, sino también la de aquellos familiares próximos con los que se comparten características comunes procedentes de una misma herencia genética. Por tanto, se trataría de un consentimiento inválido, pues afecta también a familiares cercanos, lo cuales no han prestado consentimiento alguno.

En segundo lugar se refiere a las circunstancias que rodean el consentimiento del afectado en los tests masivos de ADN, concretamente, a los efectos que la negativa a colaborar con la “invitación” del órgano investigador puede ocasionar en el requerido. Existe una presión social a colaborar en el esclarecimiento de delitos que tienen una especial repercusión pública, exponiéndose al rechazo social en caso de negativa, cuando no a la consideración de sospechoso. Se pregunta también este autor si puede considerarse verdaderamente libre el consentimiento prestado por quién teme alguna reacción en su contra en caso de negativa. Afirma que la intensa presión social debido a la naturaleza de los hechos, la cercanía de las víctimas y del resto de miembros de la comunidad, así como la coacción del Estado consistente en considerar al no colaborador como sospechoso del hecho que

<sup>31</sup> ETXEBERRÍA GURIDI, J.F. “La inadmisibilidad de los ‘tests masivos’ de ADN en la investigación de hechos punibles”. Editorial La Ley. 1999, pág. 1.

<sup>32</sup> DEL POZO PÉREZ, M. “La prueba de ADN”. Editorial SEPIN. 2014, pág. 10.

<sup>33</sup> SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J. “Reconocimientos en rueda y ruedas masivas de ADN”. Editorial Trotta. 2019, pág. 144-157.



se trata de investigar, dice, que resulta dudoso calificar de auténticamente libre el consentimiento prestado por quién actúa bajo la coerción de convertirse en sospechoso.

Existen, no obstante, algunos sectores doctrinales que se pronuncian a favor de la admisión de los tests masivos de ADN, siempre y cuando medie el consentimiento informado del destinatario. Así, SALOM ESCRIVA afirma que “no habrá problema (para la práctica de esta diligencia de toma masiva de muestras de ADN) si los afectados aceptan la toma de muestras”.<sup>34</sup> También sostiene ROMEO CASABONA que “es perfectamente admisible la práctica de pruebas de perfiles de ADN a un conjunto de individuos siempre y cuando se observen los principios de proporcionalidad y motivación singularizada, si bien excluyendo el uso de la fuerza”.<sup>35</sup> También DÍAZ CABIALE, con referencia a los reconocimientos médicos, dice que “la poca entidad de estas actuaciones respecto a la integridad física, permiten que el consentimiento del afectado sustituya la necesidad de la autorización judicial”.<sup>36</sup>

Se ha hablado, como argumento a favor de la realización de los tests masivos, del deber de los ciudadanos de colaborar con la administración de justicia, deber de rango constitucional. Al respecto el artículo 118: “Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto”. También está recogido en el artículo 17 LOPJ:

1. Todas las personas y entidades públicas y privadas están obligadas a prestar, en la forma que la ley establezca, la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto, con las excepciones que establezcan la Constitución y las leyes, y sin perjuicio del resarcimiento de los gastos

<sup>34</sup> SALOM ESCRIVÁ, J. S. “Problemas procesales de la práctica de la prueba de adn en España. Especial consideración de la negativa del imputado a la toma de muestras”, en La prueba de adn en el proceso penal. Editorial Tirant lo Blanch. 2014, pág. 92.

<sup>35</sup> ROMEO CASABONA, C. M. “Los perfiles de ADN en el proceso penal: novedades y carencias en el Derecho Español”. Editorial Consejo General del Poder Judicial. Estudios de Derecho Judicial, n° 58. 2004, pág. 32.

<sup>36</sup> DÍAZ CABIALE, J. A. “Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc.)”. Cuadernos de derecho Judicial. 1996, pág. 13.

y del abono de las remuneraciones debidas que procedan conforme a la ley.

De hecho, el incumplimiento de determinados deberes con la administración de justicia pueden conllevar consecuencias procesales o penales (458 CP), por ello cabe apoyar la posibilidad de restringir su voluntad, conminándole a un análisis de esta naturaleza, en su deber de colaborar con la administración de justicia.<sup>37</sup>

Finalmente, podemos destacar un caso paradigmático sucedido en Italia y resuelto en primera instancia por la Corte d’Asisse di Bergamo por medio de Sentencia de fecha 1 de julio de 2016. El asesinato de una adolescente italiana en 2010 llevó a la Policía a efectuar un análisis masivo de ADN, 18 000 pruebas, que terminó destapando no solo al presunto asesino, sino también un adulterio de hace 40 años, en un caso que causó gran estupor social y de gran impacto mediático. Cuatro años después del asesinato de Y. G., que tenía 13 años cuando fue secuestrada y asesinada a puñaladas, la ciencia señaló como presunto responsable a M. G., al que la investigación reveló como hijo ilegítimo de G. G., un conductor de autobús ya fallecido. Lo que causó gran perjuicio a la intimidad de la que se convirtió en protagonista, la madre del albañil, E. A., que nunca pensó que su aventura extraconyugal saldría a la luz. Este hecho pone de manifiesto también la implicación al derecho a la intimidad de los propios destinatarios de la toma de muestras, así como a sus familiares. Se pone así de manifiesto la afectación a derechos fundamentales que la prueba de ADN implica para los afectados, especialmente en el caso de las tomas de muestras masivas, por lo que no podemos sino censurar esta práctica, debido a los argumentos expuestos con anterioridad.

Se ponen de relieve así, los graves peligros que supone la toma de muestras masivas de ADN, que suele seguir a la práctica del fenotipado forense, especialmente teniendo en cuenta la importante laguna legal que encontramos en esta materia, que crea una importante inseguridad jurídica.

<sup>37</sup> Sobre este deber de colaboración de la víctima, en relación a la prueba de adn, ver la ponencia de MORENO VERDEJO, J. “La prueba genética de ADN. Ámbito de la base de datos. Toma de muestras. Consentimiento y asistencia letrada. Empleo de fuerza”. Ponencia presentada al Curso sobre Genética Forense celebrado en el Centro de Estudios Jurídicos. 2013.

## 6. Conclusiones

Podemos finalizar destacando que esta emergente técnica de investigación, el fenotipado forense, si bien ha contribuido ya al esclarecimiento de luctuosos crímenes, impacta de lleno en el derecho a la intimidad genética de los afectados por esta medida y presenta además serias limitaciones técnicas.

El problema se agrava por la existencia de una total ausencia de regulación legal en esta materia, que supone un grave problema de seguridad jurídica, estando además gravemente afectados por esta técnica los derechos fundamentales de las personas, especialmente el derecho a la intimidad genética (artículo 18 CE).

Es preciso regular con precisión los supuestos en los que se permite utilizar esta técnica, que se limitará a los delitos graves y a aquellos casos en los que se hayan agotado otras vías de investigación menos invasivas.

Finalmente, es preciso también establecer una normativa restrictiva y garantista de las tomas de muestras masivas de ADN, que suelen seguir al análisis de fenotipado forense, y que tampoco se encuentran reguladas.

## 7. Bibliografía

ALONSO ALONSO, A. “Las bases de datos de ADN forense en España y la labor desarrollada por la CNUFADN”. Centro de Estudios Jurídicos. 2012.

ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S. “Del testigo ocular físico al avatar: el fenotipado forense”. *Revista de Derecho y Genoma Humano. Biotecnología y Medicina Avanzada*. 2019.

ANDRÉS IBÁÑEZ, P. A. “Ciencia y jurisprudencia en una sentencia inconsistente”. *Boletín Informativo de Jueces y Jueces para la Democracia*, nº 82. 2021.

BECCARIA, C. *De los delitos y de las penas*. Editorial Alianza. 2004.

CANALES SERRANO, A. “El fenotipado de ADN como potencial herramienta investigativa en el campo de la genética forense. Estado actual”. *Revista Española de Medicina Legal*, nº 46.

CASADO M. y GUILLÉN M. (Coords.). *ADN forense: problemas éticos y jurídicos*. Edición Universidad de Barcelona. Publicacions i Edicions. 2014.

CNUFADN. “Informe y recomendaciones de la Comisión Técnica Permanente sobre las nuevas tecnologías de análisis genético y nuevos marcadores de ADN de origen biogeográfico y de rasgos fenotípicos externos”. 2020.

COSPEDAL GARCÍA, R. “Laboratorios acreditados. Un aval de confianza en las pruebas periciales de ADN”. *Diario La Ley*. N° 2665/2006.

Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Sala Segunda. Accesible En: <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

DELGADO BUENO, S. (Dir.). *Tratado de Medicina Legal y Ciencias Forenses*. Editorial Bosch. 2011. Tomo III.

DEL POZO PÉREZ, M. *La prueba de ADN*. Editorial SEPIN. 2014.

DÍAZ CABIALE, J. A. “Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc.)”. *Cuadernos de Derecho Judicial*. 1996.

EXTXEBERRÍA GURIDI, J. F. *La inadmisibilidad de los “tests masivos” de ADN en la investigación de hechos punibles*. Editorial La Ley. 1999.

EXTXEBERRÍA GURIDI, J. F. *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*. Editorial Comares. 2000.

GRANJA R. y MACHADO, H. “Forensic DNA phenotyping and its politics of legitimation and contestation: Views of forensic geneticists in Europe”. *Social Studies of Science*. 2020.

IGARTUA SALAVERRÍA, J. “Consideraciones infrecuentes sobre la prueba científica”. *Revista Jueces para la Democracia. Información y Debate*, nº 96. 2019.

MORA DÍEZ, P. “El uso del ADN no codificante o ADN basura en el marco del proceso penal”. Editorial jurídica Sepin. 2022.

MORENO VERDEJO, J. “La prueba genética de ADN. Ámbito de la base de datos. Toma de muestras. Consentimiento y asistencia letrada. Empleo de fuerza”. Ponencia presentada al *Curso sobre Genética Forense* celebrado en el Centro de Estudios Jurídicos. 2013.

RAMÍREZ ORTIZ, J. L. “La prueba en los delitos contra la indemnidad sexual”. *Diario La Ley*, nº 9199. 2018.

- ROMEO CASABONA, C. M. “Los perfiles de ADN en el proceso penal: novedades y carencias en el Derecho Español”. Editorial Consejo General del Poder Judicial. Estudios de Derecho Judicial, n° 58. 2004.
- SALOM ESCRIVÁ, J. S. “Problemas procesales de la práctica de la prueba de ADN en España. Especial consideración de la negativa del imputado a la toma de muestras”, en *La prueba de ADN en el proceso penal*. Editorial Tirant lo Blanch. 2014.
- SAMUEL, G. y PRAINSACK, B. “Civil society stakeholder views on forensic DNA phenotyping: balancing risks and benefits”. *Forensic Science International: Genetics*. 2019.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J. *Reconocimientos en rueda y ruedas masivas de ADN*. Editorial Trotta. 2019.
- SCHNEIDER, P. M., PRAINSACK, B., KAYSER, M. “The Use of Forensic DNA Phenotyping in Predicting Appearance and Biogeographic Ancestry”. *Dtsch Arztebl Int*. 2019.

## La educación totalitaria o criminal: ¿una causa de exculpación?

**Carlos Bardavío Antón**

*Profesor Asociado  
Universidad Internacional De La Rioja (UNIR)  
Doctor en Derecho  
Grupo de Investigación PenalCrim  
Abogado, socio director Bardavío Abogados*

**RESUMEN:** *En este trabajo abordamos una problemática penal escasamente abordada, el efecto juridico-penal del déficit de socialización por educación totalitaria y/ criminal. En los procesos de socialización pueden existir situaciones intensas del entorno social y educativo que generen fuentes de riesgo en la orientación del sujeto conforme a la norma, especialmente en contexto por educación totalitaria y/o criminal imputable a terceros. La intensidad de estos déficits puede llevar al sujeto a cometer delitos durante la minoría de edad y, en ocasiones, prolongarse en la mayoría edad. Hemos razonado que la intensidad de los defectos educativos atribuible a tercero puede anular o rebajar la exigibilidad de una conducta conforme a derecho, hallando amparo legal en casos especiales en el estado de necesidad exculpante.*

**PALABRAS CLAVE:** *culpabilidad, déficit, exculpación, educación, imputación, socialización.*

**ABSTRACT:** *In this work we address a criminal problem that has been barely addressed, the legal-criminal effect of the deficit of socialization due to totalitarian and/or criminal education. In the socialization processes there may be intense situations in the social and educational environment that generate sources of risk in the orientation of the subject according to the norm, especially in the context of totalitarian and/or criminal education attributable to third parties. The intensity of these deficits can lead the subject to commit crimes when they are minors and, on occasions, continue into adulthood. We have reasoned that the intensity of the educational defects attributable to a third party can nullify or reduce the enforceability of a conduct in accordance with Law, finding legal protection in special cases in the state of exculpatory necessity.*

**KEYWORDS:** *guilt, deficit, exculpation, education, imputation, socialization.*

\* El presente trabajo coincide sustancialmente con el publicado por el mismo autor bajo el título “Déficit de socialización por educación totalitaria y/o criminal durante la minoría de edad prolongado en la mayoría de edad: una cuestión escasamente abordada”, Pere SIMÓN CASTELLANOS, Alfredo ABADÍAS SELMA y Sergio CÁMARA ARROYO (coords.), *Tratado sobre delincuencia juvenil y responsabilidad penal del menor*, Wolters Kluwer, La Ley, Madrid, 2021, pp. 687-704.

**SUMARIO:** 1. Introducción: planteamiento y premisas de la socialización. 2. Los procesos de socialización como fuente de riesgo e imputación. 3. El déficit de socialización por educación totalitaria y/o criminal: sistema, sentido, imputación y culpabilidad. 4. El déficit de socialización como estado de necesidad exculpante. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

Rec. 15-03-2022 | Fav. 07-04-2022

## 1. Introducción: planteamiento y premisas de la socialización

El ser humano desde su nacimiento es arrojado en el tiempo y el espacio (*acaecimiento apropiador*) del mundo de la vida (*Lebenswelt*) y, progresivamente, a un contexto por el cual comienza su proceso de socialización. Pero en este proceso puede sufrir deficiencias que alejen la moral de lo que un observador denominaría incorrecto, injusto o punible, deficiencias en ocasiones atribuibles al propio sujeto, pero otras veces también a terceros o al propio sistema social.

Desde el siglo XIX y principios del XX las teorías de la socialización comenzaron a influir en la manera de explicar el comportamiento (WEBER, MEAD, DURKHEIM). Sin embargo, con PARSONS<sup>1</sup> se inició un método de análisis más cercano al puramente sistémico y funcionalista (sistema de las personalidades, sociales y culturales) observando la racionalidad de la acción dentro del sistema. LUHMANN planteó un análisis puramente sistémico que tiene la relevancia de aportar un modelo explicativo *extra-moral* rompiendo con la tradición racionalista. En concreto, las personas para LUHMANN<sup>2</sup> son *sistemas de interacción* de la comunicación entre sistemas sociales cuya virtualidad es la creación de socialización a través de la comunicación, de modo que el *sentido* comunicativo no es una combinación de impulsos unidireccionales

que propicia un resultado, sino una comunicación social en la que intervienen comunicaciones particulares entre sistemas, esto es, se crea *posibilidad*. En este sentido, las teorías interaccionistas o sociales explican los procesos de socialización que, en nuestra opinión, tienen especial relevancia en el sistema penal (consenso racional vs posibilidad/expectativas de poder).<sup>3</sup> En este trabajo partimos de la hipótesis de LUHMANN consistente en que “(e)l proceso de (auto)socialización puede ser definido (...) como el proceso de formación de expectativas que después, a su vez, regulan qué eventos son posibles para el sistema”.<sup>4</sup>

En este sentido, partiremos de un concepto de socialización más acorde a los postulados de LUHMANN al objeto de integrarlo en las operaciones jurídico-penales, pues con este se consigue determinar la di-

<sup>1</sup> PARSONS T., *Hacia una teoría general de la acción*, trad. Rubén Héctor Zorrilla, Talcott Parsons y Edward A. Shils (dir.), Ed. Kapelusz, Buenos Aires, 1968. Y con HABERMAS el método funcionalista de la teoría de la acción alcanzó su máxima representación, HABERMAS, J., *Teoría de la acción comunicativa, II, Crítica de razón funcionalista*, reimp. de la 1ª ed., 1987, Taurus Humanidades, Madrid, 1992.

<sup>2</sup> LUHMANN, N., *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, 2ª ed., Anthropos, México, 1998; LUHMANN, N., “Interacción, organización, sociedad. Aplicaciones de la teoría de sistemas”, trad. Iván Ortega Rodríguez, LUHMANN, N., *La moral de la sociedad*, Trotta, recopilación de artículos, 2013, pp. 197 y ss.

<sup>3</sup> Sobre esto cabe reseñar que en la actualidad la mayoría de estudios comparten el concepto de *verdad* de HABERMAS. Este concepto se nutre de la racionalidad del consenso en relación a la validación de la sociedad y sus normas, HABERMAS, J., *Teoría de la acción comunicativa, II, Crítica de razón funcionalista*, op. cit., pp. 43 y ss. Sin embargo, desde hace un tiempo ha comenzado a adquirir atención el concepto de *socialización* de LUHMANN que por medio de su teoría de la *legitimación a través del procedimiento* concibe el consenso más en el Poder que en la verdad: el poder funcional elimina disenso o protestas, LUHMANN, N., *Legitimation durch Verfahren*, Luchterhand Verlag, 1969; LUHMANN, N., *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, trad. Ignacio de Otto Pardo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983. A este respecto comenta LUHMANN que “no tiene que ver con una transmisión de modelos de conformidad, sino con la alternativa, constantemente reproducida por la comunicación, entre conformidad o desviación, adaptación o contradicción”, LUHMANN, N., “Inclusión y exclusión”, LUHMANN, N., *Complejidad y modernidad: De la unidad a la diferencia*, ed. y trad. Josexto Berian y José María García Blanco, Trotta, 1998, pp. 167 y ss; también PARSONS explica que “(c)uando se ha internalizado los patrones culturales se convierten en elementos constitutivos de los sistemas y de los sistemas de las personalidades. Todos los sistemas concretos de acción tienen un sistema cultural, y, al mismo tiempo, son un conjunto de personalidades (o sectores de ellas), y un sistema social (o subsistema)”, PARSONS T., *Hacia una teoría general de la acción*, op. cit., pp. 36 y ss.

<sup>4</sup> LUHMANN, N., “Inclusión y exclusión”, op. cit., pp. 167 y ss.

ferenciación entre una explicación psicológica y racionalista de los efectos de la socialización de otra basada en la propia operación del sistema social, de modo que no sea el consenso, el hombre común o la mayor racionalidad del observador quien determine el alcance jurídico-penal de los procesos de socialización, sino el propio sistema al que se le interroga a través de sus propias operaciones. Este enfoque tiene la ventaja de analizar los comportamientos criminales como comunicaciones estrictamente jurídico-penales, pero dependientes del sistema social al que pertenezca el sujeto, y de tal modo se integran dichas operaciones (comportamientos) aislados de la fenomenología de la naturaleza, de la psicología y del consenso racional, es decir, transformándose a su propio código de comunicación: *punible/no punible*.

Con esta forma de análisis se trata de no incurrir en las paradojas que se producen en la moral del sistema psíquico del observador cuando observa un hecho criminal grave. Bajos dichas premisas, los procesos de socialización pueden explicar comportamientos causados por factores *exógenos* más que endógenos (trastornos o alteración psíquica), más acusadamente en aquellos casos en que menores de edad, bajo *intensos* procesos de socialización incorrectos (falta de expectativas de conocimiento y de expectativas normativas), cometen delitos durante la minoría de edad, pero también durante la mayoría de edad (cuando aparentemente dejan de ser *diferentes*).

## 2. Los procesos de socialización como fuente de riesgo e imputación

Claramente los procesos de socialización se aprecian en la *educación*. La educación supone el *nexo causal* que propicia la vinculación entre los sistemas sociales y los sistemas psíquicos (sujetos). La educación tiene, comenta LUHMANN,<sup>5</sup> su propio medio (*Medium*) de comunicación y llamativamente no es la escuela, los padres o la autoridad que corresponda sino el propio sujeto, el niño es el propio medio de comunicación. Es imposible que el educador penetre en un sistema psíquico si está cerrado en sus comunicaciones y, a la vez, que sea el propio medio de comunicación.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> LUHMANN, N., “El niño como medio de la educación”, en LUHMANN, N., *Distinciones directrices*, Centro de Investigaciones Sociológicas, núm. 16, Madrid, 2016, pp. 113 y ss.

<sup>6</sup> Específicamente comenta LUHMANN que “uno puede influir en un sistema sí (y solo sí) se somete a las influencias del sistema. En

En esta medida, el menor supone la *unidad de diferencia* respecto al mayor, no estrictamente biológica, sino una diferencia de la construcción del observador, en nuestro caso de análisis, el sistema penal (sistema observador). Entonces, ya no se trata de consenso o de verdad, sino de la posibilidad de expectativas de conocimiento y de expectativas normativas.

Así explicado el punto central de discusión, la socialización del menor, en verdad, se trata de *autosocialización*, pues no consideramos que se pueda comprender la educación como transferencia del tercero cuando hay cierta *sintonía* a través de la *participación* en la comunicación (ego/alter), momento en el que se hace lo improbable posible (¡hay diferentes niños en la misma familia!). De tal modo, el niño también es un observador que se acoplará de forma *laxa* o *estricta* a esa comunicación educativa,<sup>7</sup> para *bien* o para *mal*, según en el sistema observador (moral/inmoral, reprochable/irreprochable, punible/no punible). Unas veces dicho acoplamiento puede producirse correctamente en el sistema social y de libertades, otra con déficit de socialización atribuible al propio sujeto (eligió las malas razones), otras atribuible a terceros (contextos educativos totalitarios y/o criminales) y, en otras ocasiones, atribuido *al propio sistema*.<sup>8</sup>

Dicho esto, suele citarse el déficit de socialización por educación cultural tradicional como resultado de un proceso deficiente de la socialización que tiene repercusiones en el derecho penal, por ejemplo, muy significativos son los casos de mutilaciones genitales realizados por inmigrantes,<sup>9</sup> y si bien la mayor parte de la doctrina niega cualquier tipo de exención o

consecuencia, cabe preguntarse qué posibilidades hay de que aquí se construya un medio que, por estar laxamente acoplado, pueda ser moldeado por formas de inspiración pedagógica”, Id., *ibidem*, *op. cit.*, p. 118.

<sup>7</sup> Id., *Ibidem*, *op. cit.*, pp. 121 y ss.

<sup>8</sup> BARDAVÍO ANTÓN, C., *Las sectas en Derecho penal: Estudio dogmático de los delitos sectarios*, Bosch, Barcelona, 2018, pp. 270 y ss.

<sup>9</sup> HERRERA MORENO, M., “Multiculturalidad y tutela penal: a propósito de la problemática sobre la mutilación genital femenina”, *RD*, 5, 2002, pp. 67 y ss.

privilegio penal,<sup>10</sup> salvo algunos autores<sup>11</sup> que alegan *excepcionalmente* el error de prohibición, otros también abren la posibilidad a una *alteración de la percepción*<sup>12</sup> en casos de aislamiento cultural o subdesarrollo cultural.

En nuestra opinión, puede haber supuestos excepcionales (el ocultamiento, el aislamiento cultural y/o comunicativo) en los que se parte de una tradición societaria de un grupo o familia (*modelo de coerción*)<sup>13</sup> que pueden fundamentar, en casos intensos, la posibilidad de un *déficit de socialización* con la misma fuerza que, por ejemplo, en una atmósfera familiar auto-

<sup>10</sup> DE MAGLIE, C., *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 239; HERRERA MORENO, M., “Multiculturalidad y tutela penal: a propósito de la problemática sobre la mutilación genital femenina”, *op. cit.*, pp. 75 y ss.; JERICÓ OJER, L., *El conflicto de conciencia ante el Derecho penal*, La Ley (Temas), 2007, p. 573; MONGE FERNÁNDEZ, A., *El extranjero frente al Derecho penal. El error cultural y su incidencia en la culpabilidad*, 1ª ed., Bosch, Barcelona, 2008, pp. 49 y ss.

<sup>11</sup> Por ejemplo, en un sentido sistémico CASTILLO ARA fundamenta el error de prohibición partiendo de la diferenciación entre conocimiento, comprensión e internalización en relación gradual; CASTILLO ARA, A., “La ponderación de valoraciones culturales en el error de prohibición”, *Revista de Derecho*, vol. XXVII, núm. 2, 2014, pp. 252 y ss.; también alega este error, CRUZ MÁRQUEZ B., “Presupuestos de la responsabilidad penal del menor: una necesaria revisión desde la perspectiva adolescente”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 15, 2011, pp. 262 y ss.; se refiere también OLAIZOLA NOGALES a que se posibilita la “atenuante analógica al error de prohibición, alegando que el sujeto, aunque conoce la norma, no llega a captar todo el sentido de la misma, las razones de la punición, es decir, no llega a captar el desvalor de la conducta ni el fundamento de la prohibición”, OLAIZOLA NOGALES, I., “La relevancia de la motivación cultural en el Código Penal”, *RECPC*, núm. 20-03, 2018, p. 26; TORRES FERNÁNDEZ se refiere al error de prohibición en “los delitos culturalmente condicionados”, o incluso como error de tipo; TORRES FERNÁNDEZ, M<sup>a</sup>.E., “Identidad, creencias y orden penal: la exigencia cultural”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 17, ejemplar dedicado a: *Identidad, derecho y política*, Antonio López Castillo y César Aguado Renedo (coords.), 2013, pp. 417 y ss.; como error de prohibición por *déficit de comprensión* de la norma, ZAFFARONI E.R. / ALAGIA A. / SLOKAR A., *Derecho penal, Parte general*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 735.

<sup>12</sup> OLAIZOLA NOGALES I., “La relevancia de la motivación cultural en el Código Penal”, *op. cit.*, pp. 18 y ss.; TAMARIT SUMALLA, J. M<sup>a</sup>., “Libertad de conciencia y responsabilidad penal: relevancia de los motivos de conciencia en la valoración de la antijuricidad y culpabilidad”, *Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos*, núm. 1, 2001, pp. 397 y ss.

<sup>13</sup> Por ejemplo, como explica el *modelo de coerción* de Pater-son, ampliamente, ABADÍAS SELMA, A., *La violencia filio-parental y la reinserción del menor infractor. Consideraciones penales y criminológicas*, pról. Javier Urra, Bosch, Barcelona, 2016, pp. 100 y 334 y ss.

ritaria con *aprendizaje subordinado* en menores,<sup>14</sup> en definitiva, el menor de edad como sujeto controlable (inmadurez), lo que significa que también el mayor de edad pueda ser controlado<sup>15</sup> y, en su caso, afectarse al *pensamiento moral*,<sup>16</sup> lo cual nos lleva también a reconsiderar la afección sobre el acceso a la moral a través de la ley universal de la naturaleza (*kantiana*) en mayores de edad por causas intensas de déficit de socialización durante la minoría de edad. Por ejemplo, se comenta<sup>17</sup> también que pueden aparecer en menores de edad trastornos de la personalidad no patológicos debidos a un déficit de socialización que llevan al enfrentamiento contra la sociedad. Y, asimismo, en algunos casos, ciertos trastornos y déficits llevan a la *violencia filio-parental*.<sup>18</sup>

Así, la educación también es una parte de la socialización, *pero solo una parte*.<sup>19</sup> Planteada así la cuestión, si se comprende que el comportamiento está mediatizado por la relación de la comunicación entre al

<sup>14</sup> ALLPORT, G.W., *La naturaleza del prejuicio*, 4ª ed., Universitaria de Buenos Aires, 1971, pp. 345 y ss.

<sup>15</sup> Muy significativo el argumento de CUELLO CONTRERAS: “En efecto, qué es la inmadurez característica del hecho delictivo del menor sino contenido material del hecho formal de la edad cronológica de que parte la ley. Y si existe esa correlación edad cronológica/inmadurez con su manifestación más característica, que no única, de la dificultad/imposibilidad del control de las pulsiones ante vivencias intensas que sorprenden al menor en su aprendizaje de la vida, se comprenderá fácilmente que en contra de lo que sostiene la doctrina dominante en España es posible concebir una atenuante de minoría de edad del mayor de dieciocho años pero de edad próxima a ella; pues ése es el espíritu de la ley”, CUELLO CONTRERAS, J., “Reflexiones sobre la capacidad de culpabilidad del menor y su tratamiento educativo. Con una aportación al tratamiento de delinquentes jóvenes con trastorno narcisista de la personalidad”, *RECPC*, núm. 12-01, 2010, p. 5. Ampliamente y con la doctrina que se cita sobre los fundamentos de responsabilidad del menor (inmadurez, inimputabilidad o semi-inimputabilidad, motivación normativa, necesidad de la pena, o como límite penal para aplicar el Código penal de mayores, CÁMARA ARROYO, S., “Imputabilidad e inimputabilidad penal del menor de edad. Interpretaciones dogmáticas del artículo 19 CP y tipologías de delinquentes juveniles conforme a su responsabilidad criminal”, *ADPCP*, vol. LXVII, 2014, pp. 239-320.

<sup>16</sup> CRUZ MÁRQUEZ B., “Presupuestos de la responsabilidad penal del menor: una necesaria revisión desde la perspectiva adolescente”, *op. cit.*, p. 259; en sentido similar, un déficit de socialización puede causar la falta del elemento cognitivo de la culpabilidad y la ética del menor, ABADÍAS SELMA, A., *La violencia filio-parental y la reinserción del menor infractor*, *op. cit.*, p. 236.

<sup>17</sup> CÁMARA ARROYO, S., “Imputabilidad e inimputabilidad penal del menor de edad”, *op. cit.*, p. 307.

<sup>18</sup> Ampliamente sobre la violencia cometida por menores, en concreto la *violencia filio-parental* (VFP) y los trastornos asociados, ABADÍAS SELMA, A., *La violencia filio-parental y la reinserción del menor infractor*, *op. cit.*, pp. 36 y ss.

<sup>19</sup> LUHMANN, N., “Inclusión y exclusión”, *op. cit.*, pp. 167 y ss.

menos dos partes, cuando falla habrá que concluir que alguna de las dos partes no se ha podido *orientar* en la *dialéctica comunicativa* concreta en el sistema que se trate, en nuestro caso, en el sistema de la educación como *nexo causal* que propicia la vinculación entre los sistemas sociales y los sistemas psíquicos. Esto es lo que sucede en nuestra opinión cuando media una *distorsión* de los *canales de comunicación*. En estos casos se pueden agudizar los *déficits de socialización por educación totalitaria o criminal*.

A este respecto, se precisa profundizar en los elementos sociales que producen comunicación, en este caso, la comunicación sobre la educación y el poder y, en concreto, en los roles de la autoridad, en los miembros y en sus relaciones directas y en la organización, en la organización en sí (estructuras, procesos, comunicación), en sus normas, en la diferenciación con otras organizaciones y, especialmente, en el niño como medio de comunicación propio de este proceso de socialización, para después averiguar si se excede de los límites marcados por el derecho penal como subsistema de otro mayor, el sistema social y el de libertades.

En cuanto nos atañe, al sistema del derecho penal le interesa en su propia funcionalidad averiguar la operación de la imputación objetiva en ciertos casos de *distorsión* de la comunicación durante el proceso de socialización, es decir, no solo el hecho criminal sino también la atribuibilidad del *acoplamiento laxo y deficiente* del niño en la sociedad a través de la causación de un déficit de socialización injusto, y su trascendencia jurídico-penal por actos criminales cometidos durante la minoría de edad y durante la mayoría de edad.

Uno de los elementos que puede causar una *distorsión* grave en el proceso de socialización, tanto en menores como en mayores de edad, es la *autoridad*. Existen en la literatura científica cuantiosos estudios sobre la afección de la autoridad en los comportamientos. En concreto, puede citarse, entre otros,<sup>20</sup> el estudio de MILGRAM acerca de la *obediencia a la autoridad*. Muy significativa es la conclusión siguiente

de MILGRAM: “(l)a esencia de la obediencia consiste en el hecho de que una persona viene a considerarse a sí misma como un instrumento que ejecuta los deseos de otra persona que por lo mismo no se tiene a sí misma por responsable de sus actos”.<sup>21</sup> El problema no es el totalitarismo en sí mismo, sino la relación con la autoridad<sup>22</sup> en el binomio *norma/sujeto*. MILGRAM explica que la *lejanía del sufrimiento* de las víctimas despoja de responsabilidad al sujeto ejecutor, por el contrario, la presencia de la víctima en el campo de acción sensitivo quiebra considerablemente la obediencia a la autoridad.<sup>23</sup> Esto se debe, en nuestra opinión, a una *distorsión* de los *conceptos esenciales del sistema social*<sup>24</sup> (dinero, verdad, poder, amor, salud, trascendencia), estructuralmente ahora adecuados en la correspondencia a una autoridad a la que se le otorga el beneficio de la legitimidad (poder). Lo mismo sucede con la norma cuando esta adquiere cierta legitimidad en la estructura social, motivo por el cual hace orientar la conducta de los ciudadanos. Existe, de tal modo, un *paralelismo comunicativo-social entre la autoridad y la norma* y se funden en la legitimidad del poder. Al respecto, MILGRAM<sup>25</sup> señala que en ciertos contextos comunicativos distorsionados se crea un “contrato social implícito” que refuerza la idea de que la víctima también está obligada normativamente a someterse a la voluntad de la autoridad, cuestión que también fue advertida por ARENDT.<sup>26</sup>

Puede decirse, entonces, que en ciertos contextos comunicativos en donde priman procesos de sociali-

<sup>20</sup> ASCH, S. E., “Effects of Group Pressure upon the Modification and Distortion of Judgement”, H. Guetzkow (ed.), *Groups, Leadership, and Men*, Pittsburgh: Carnegie Press, 1951, pp. 177 y ss.; ZIMBARDO, P., *El efecto lucifer. El porqué de la maldad*, trad. Genís Sánchez Barberán, 5ª reimp. de la 1ª ed. en esta presentación 2011, Paidós, Barcelona-Buenos Aires-México, 2016, pp. 49 y ss. y 393 y ss.

<sup>21</sup> MILGRAM, S., *Obediencia a la autoridad. Un punto de vista experimental*, 4ª ed., Desclée de Brouwer, Bilbao, 1980, p. 23; similarmente, BARON R.A / BYRNE D., *Psicología Social*, 10ª ed., Pearson Educación, Madrid, 2005; la “disonancia cognoscitiva”, FESTINGER, L., *Teoría de la disonancia cognoscitiva*, CEC, Madrid, 1975; también la teoría de la *closed mind*, ROKEACH, M., *The open and the closed mind: investigations into the nature of belief systems and personality systems*, Basic Books, New York, 1960; la teoría del “verdadero creyente”, HOFFER, E., *The true believer. Thoughts on the Nature of Mass Movements*, Nueva York, 1951; o la teoría de la “alienación”, SCHAFF, A., *La alienación como fenómeno social*, trad. Alejandro Venegas, Grijalbo, Barcelona, 1979.

<sup>22</sup> MILGRAM, S., *Obediencia a la autoridad. Un punto de vista experimental*, op. cit., p. 167.

<sup>23</sup> Id., *Ibidem*, op. cit., pp. 42 y ss.

<sup>24</sup> Más ampliamente, BARDAVÍO ANTÓN, C., *Las sectas en Derecho penal*, op. cit., pp. 612 y ss.

<sup>25</sup> MILGRAM, S., *Obediencia a la autoridad. Un punto de vista experimental*, op. cit., pp. 68 y ss.

<sup>26</sup> ARENDT, H., *Eichmann en Jerusalén*, Debolsillo, 2006, p. 44; Id., *Los orígenes del totalitarismo*, pról. Salvador Giner, trad. Guillermo Solana, 7ª reimp. de la 1ª ed. 2006, Alianza Editorial, 2014, pp. 502 y ss.; ALLPORT, G.W., *La naturaleza del prejuicio*, op. cit., p. 76.



zación totalitarios se crea *ex novo* un sistema estrictamente *cerrado* a las comunicaciones de otros sistemas o entornos (en nuestro caso: el de las libertades normativas). La diferencia de este tipo de sistemas organizativos a otros es que todo lo que acaece, todo comportamiento, es atribuible a la autoridad. Esto se debe a la *identificación* entre la autoridad y los miembros de la organización, lo cual genera que nadie tenga sensación de culpabilidad.<sup>27</sup> La autoridad en estos casos se refiere a la relación personal (padres/hijos, profesor/alumno, autoridad/subordinado) y tiene el indiscutible reconocimiento de no precisar ni de la coacción ni de la persuasión, basta con el *respeto*,<sup>28</sup> esto es, de una *confianza especial* que genera garantía o mediante una garantía que genera confianza especial. Lo llamativo es que en algunas ocasiones debido a un contexto totalitario la *confianza especial* es *instrumentalizada o descuidadamente* usada, generando o elevando una fuente de riesgo no permitido sobre el que el autor tiene el deber no sólo de aseguramiento, sino también de salvación (*imputación objetiva por infracción de deber*)<sup>29</sup>.

En esta relación *sujeto/autoridad/norma* estima MILGRAM<sup>30</sup> que existe un *contexto institucional* que, en nuestra opinión, es semejante con el deber en virtud de responsabilidad institucional (delitos de infracción de deber). En estos contextos puede crearse la *institucionalización del rol de ejecutor* de la norma instaurada por la autoridad/líder. Cada sujeto supone un rol social en la organización con derechos y deberes funcionalmente diferenciados en el sistema normativo concreto. El sujeto que obedece su rol es parte de un *sistema total*<sup>31</sup> que controla la autoridad al realizar la distribución jerárquica del poder, es decir, según el grado de funciones atribuidas al rol. Lo significativo es que, en ocasiones, el poder de autoridad dirige a la organización y al sistema de funciones sin precisar órdenes directas. También, el sometimiento a

la autoridad se debe implícitamente a los postulados doctrinales morales sin necesidad de repetir constantemente la orden, incluso la criminal.<sup>32</sup> Pues bien, en este tipo de contextos organizativos la creación de una confianza especial, pero deficitaria (respecto a las expectativas de conocimiento y normativas del sistema social y de libertades) puede distorsionar los procesos de socialización del sistema social legítimo, tanto en sujetos menores de edad como casos especiales en los mayores, propiciándose *déficits en la formación de la voluntad*.

Para ser más precisos, la obediencia a la autoridad *personal* o *delegada* en la norma como representación de la voluntad de la autoridad *en la dinámica* o *presión grupal* se distingue de la *conformidad*.<sup>33</sup> Los sujetos pueden llegar a actuar conforme al grupo (conformidad/principio de reciprocidad), y el grupo puede obedecer a la autoridad (obediencia) dentro de una estructura jerarquizada de la organización o sistémica. En la conformidad se aprecia la imitación conductual de los sujetos a la dinámica grupal, lo que supone una prerrogativa normativa implícita en la conformidad, mientras que en la obediencia la orden suele ser manifestada de forma explícita.<sup>34</sup> En ambos casos (obediencia y conformidad) el comportamiento de los sujetos, como dinámica grupal, legitima la unión con la autoridad y la norma como vivencia sacralizada en que las expectativas grupales de dicho sistema son correctas,<sup>35</sup> lo que distorsiona el horizonte de alternativas comportamentales conforme a derecho. Por eso, más que un déficit cognitivo se produce un *déficit volitivo*, el que se crea a través de la *restricción o anulación del horizonte de expectativas* de libertad normativa.

En este sentido, la *teoría de la organización*<sup>36</sup> nos sirve también para explicar que un sistema de organización piramidal, jerárquico y cerrado, bajo una estructura en torno a la autoridad como institución global o totalitaria, puede propiciar un aislamiento

<sup>27</sup> ARENDT, H., *Los orígenes del totalitarismo*, op. cit., p. 514; en esta autocomprensión de la falta de responsabilidad ayuda la *duplicación de organismos*, Id., *Ibidem*, op. cit., p. 554; también ARENDT comenta que "(l)a fuerza y la violencia son probablemente técnicas de control social y de persuasión cuando disfrutan de un completo apoyo social", ARENDT, H., *Sobre la violencia*, trad. Guillermo Solana, 1ª reimp. de la 2ª ed. 2013, Alianza Editorial, 2014, p. 32.

<sup>28</sup> ARENDT, H., *Sobre la violencia*, op. cit., pp. 57-61.

<sup>29</sup> BARDAVÍO ANTÓN, C., *Las sectas en Derecho penal*, op. cit., pp. 612 y ss.

<sup>30</sup> MILGRAM, S., *Obediencia a la autoridad. Un punto de vista experimental*, op. cit., pp. 70 y ss.

<sup>31</sup> Id., *Ibidem*, op. cit., p. 93.

<sup>32</sup> Id., *Ibidem*, op. cit., p. 100.

<sup>33</sup> ASCH, S.E., "Effects of Group Pressure upon the Modification and Distortion of Judgement", op. cit., pp. 177 y ss; ALLPORT, G.W., *La naturaleza del prejuicio*, op. cit., pp. 435 y ss.

<sup>34</sup> MILGRAM, S., *Obediencia a la autoridad. Un punto de vista experimental*, op. cit., pp. 112-113; ZIMBARDO, P., *El efecto lucifer. El porqué de la maldad*, op. cit., pp. 302 y ss.

<sup>35</sup> MILGRAM, S., *Obediencia a la autoridad. Un punto de vista experimental*, op. cit., pp. 121 y 122.

<sup>36</sup> MARCH J.G. / SIMON H.A., *Teoría de la organización*, trad. Juan Maluquer Wahl, Ariel, Barcelona, 1961.

social y, de este modo, procesos de socialización incorrectos o riesgosos. En nuestra opinión, si bien el postulado de que las organizaciones son normalmente jerárquicas no es incierto,<sup>37</sup> cada día tiene menos peso la jerarquía en las sociedades funcionalmente diferenciadas. Las organizaciones también pueden funcionar, sin perjuicio de una autoridad, con base a expectativas generalizadas, es decir, como instituciones. En estos casos, las *instituciones* constituirían *expectativas generalizadas de mayor fiabilidad social* y, en razón de esto, cada sujeto puede obrar sin necesidad de órdenes directas. En este sentido, el poder queda institucionalizado lo cual representa la eliminación de otras alternativas para los sujetos sometidos al poder sin precisarse *coacción específica*, esto es, lo que suceda entre el poder y el sujeto únicamente se atribuye al poder como obra suya.<sup>38</sup>

Un alto rendimiento del poder hace que sea cada vez más *impersonal* y esto puede causar la *intercambiabilidad de los sujetos*. En dichos casos, la intercambiabilidad de los sujetos posibilita una cadena de acciones de poder con la que se consigue hacer más asequible la obtención de mayores grados de poder del que puede ejercer uno solo.<sup>39</sup> Bajo estos presu-

puestos es posible que el poder ilegal también constituya poder y se libere en otros la responsabilidad.<sup>40</sup> Sin embargo, dichas formas de poder (legal/ilegal) se ven abocadas al fracaso cuando no se cumplen las expectativas de los miembros del grupo. Por ejemplo, a veces expectativas exageradas o manifiestamente irreales descubren la diferencia entre la *posibilidad ofertada* y la *realidad*, momento en el cual se crean conflictos (escisiones, rebeldía, guerras, etc.).

Así, la autoridad/expectativa generalizada puede crear *restricciones de alternativas* para los roles que están en el grupo (también en relaciones duales: violencia de género), lo que supone una *contingencia* o *reducción de la complejidad*, un *foco de orientación de conductas que disminuye las alternativas* en las que se anticipan modelos de conductas futuras y se dinamizan (lo que puede ocurrir en un tiempo) sin expresa orden, esto es, modelos conductuales donde, a la vez, se puede reducir la capacidad de motivación de la acción conforme a las expectativas normativas y sociales que comunica el sistema de libertades, lo cual puede suponer, según los casos y la intensidad, una restricción ilegítima. Esta restricción, asentada en el tiempo, produce una semejanza entre norma y autoridad con la consecuente eliminación de la *vigencia de la norma jurídica* dependiente del sistema de libertades. En este sentido, se puede decir que los modelos totalitarios o fuertemente autoritarios propician sistemas muy cerrados al sistema de libertades, y en los que se condiciona la eliminación de la comunicación con otros sistemas o entornos. Esto puede ser considerado un *aislamiento del mundo ficticio*.<sup>41</sup>

Por estos factores los procesos de socialización totalitarios y/o criminales de una organización como institución pueden llegar a producir *déficits de comunicación/orientación normativa*<sup>42</sup> que produzcan conflictos de conciencia en sus miembros (*autor de conciencia*), también una fuerte convicción en que la norma jurídica no está vigente (*autor por convicción*) o crear la enemistad (*enemigo*). En las tres tipologías

<sup>37</sup> Comenta LUHMANN que las *organizaciones* “—por ejemplo, la sumisión a la autoridad a cambio de una retribución— se hace posible reproducir modos artificiales de comportamiento de manera relativamente duraderas; y ello a pesar de una condición de miembro que es libremente elegida y variable (...) El ámbito de los motivos queda generalizado en torno a la condición de miembros: los soldados marchan, los secretarios redactan actas y los ministros gobiernan; y lo hacen en la situación dada, tanto si les gusta como si no. Bajo la forma de reglas relativas a la condición de miembros, pueden configurarse estructuras de cargos y límites de comunicación, derechos a la utilización de medios y responsabilidades, cadenas de mando y mecanismos de control diferenciados (...) únicamente con el mecanismo de la organización puede alcanzarse una medida tan elevada de generalización de motivos y especificación del comportamiento como la que precisa la sociedad moderna en muchos de sus más importantes ámbitos funcionales”, LUHMANN, N., “Interacción, organización, sociedad. Aplicaciones de la teoría de sistemas”, *op. cit.*, pp. 202-203. Por eso concluye que “(l)os sistemas de organización someten a todos sus miembros a un modo jerárquico de tratamiento y decisiones de conflictos, y hacen del reconocimiento del mismo una obligación de la condición de miembros” en las que se puede realizar algún tipo de protesta moral para influir en las decisiones del grupo, *Id.*, *Ibidem*, *op. cit.*, pp. 209 y ss.

<sup>38</sup> Similarmente, LUHMANN, N., *Poder*, trad. Luz Mónica Talbot, 1ª reimp. de la 1ª ed. 1995, Anthropos, México, 2005, pp. 11-23; por eso señala LUHMANN que “(l)os símbolos generalizados del código, los deberes e insignias del cargo y las ideologías y condiciones de legitimidad sirven para ayudar al proceso de articulación, pero el proceso mismo de comunicación sólo cristaliza en motivos cuando se está ejerciendo el poder”, *Id.*, *Ibidem*, *op. cit.*, p. 31.

<sup>39</sup> *Id.*, *Ibidem*, *op. cit.*, pp. 52-59; ARENDT, H., *Los orígenes del*

*totalitarismo*, *op. cit.*, p. 543.

<sup>40</sup> Comenta LUHMANN que “un código de poder debe tener presente esta tendencia para cambiar la imputación y poder legalizarla y formalizarla, al darle a la persona sujeta al poder, por ejemplo, la posibilidad de ser obligada oficialmente y, así, liberarla de la responsabilidad”, LUHMANN, N., *Poder*, *op. cit.*, p. 76.

<sup>41</sup> ARENDT, H., *Los orígenes del totalitarismo*, *op. cit.*, pp. 535 y 590.

<sup>42</sup> Más ampliamente, BARDAVÍO ANTÓN, C., *Las sectas en Derecho penal*, *op. cit.*, pp. 253 y ss. y 631 y ss.

de autores pueden crearse déficits de socialización motivados por una educación totalitaria y/o criminal atribuible a tercero (autoridad/norma institucionalizada) durante la minoría de edad y que se prolongue en casos intensos durante la mayoría de edad (o durante la mayoría de edad) generando no solo conflictos de conciencia, sino especialmente casos de autoría por convicción y de enemigo con independencia del hecho criminal que se trate.

La problemática así tratada tiene la ventaja, como decíamos *supra*, de disipar las paradojas que produce la moral en la valoración de los hechos criminales y la falta de comprensión desde la psicología y, en definitiva, ayuda a reconstruir la diferencia de tratamiento del menor criminal también bajo la misma diferencia, no biológica ni psicológica sino social, por crímenes cometidos durante la mayoría de edad y/o prolongados en la mayoría de edad, pero también en ciertos casos especiales e intensos por procesos de socialización deficitarios durante la mayoría de edad.

### 3. El déficit de socialización por educación totalitaria y/o criminal: sistema, sentido, imputación y culpabilidad

Algunas legislaciones<sup>43</sup> otorgan cierta relevancia jurídica al déficit de socialización por diversos motivos tradicionales y/o culturales, sin embargo, no claramente por educación totalitaria y/o criminal. No obstante, después de planteada la problemática, al tratarse de un mismo proceso de socialización educativo, tanto el tradicional o cultural como la educación totalitaria y/o criminal, entendemos que no hay impedimento en que se pueda aplicar con los mismo efectos jurídicos el déficit de socialización por educación totalitaria y/o criminal atribuible a tercero durante la minoría de edad que se prorroga durante la mayoría de edad, esto es, en verdad, en casos de procesos educativos intensos que producen un *acoplamiento laxo del menor* en la sociedad de libertades normativas, y en casos especiales e intensos en mayores de edad.

<sup>43</sup> En México, el CPF lo establece en su art. 15 frac. IX; el CP peruano en su art. 15 exonera de responsabilidad o la disminuye si por cuestiones de cultura o costumbre el autor no comprende lo ilícito o no pudo obrar conforme a dicha comprensión. Más ampliamente sobre otras legislaciones que dotan de alguna relevancia al déficit de socialización (México, Colombia, Bolivia, Ecuador, entre otros), OLAIZOLA NOGALES I., “La relevancia de la motivación cultural en el Código Penal”, *op. cit.*, pp. 12 y ss.

Según lo dicho, los procesos de socialización dependen del sistema social pues, como puede intuirse ya, estos son en sí mismo el propio sistema social (¿cómo un sistema social se va a juzgar a sí mismo como incorrecto o criminal!). Los comportamientos desviados de los procesos de socialización normalizados pueden incurrir en la afeción de la seguridad cognitiva de los ciudadanos, y en esos casos el sistema penal analiza dichos comportamientos (operación) como impropio, excluyéndolo (punible) o reafirmando su vigencia (no punible). Esto determina que el objeto de análisis del derecho penal sea la autoprotección del eje triangular *Sociedad, Norma y Persona*.<sup>44</sup> Esta forma de comprender la realidad jurídico-penal adquiere especial relevancia en las instituciones de la teoría jurídica del delito y más concretamente en la institución de la culpabilidad y en la exigibilidad. Y es que también cuando no se pena —por motivos de exculpación o inimputabilidad, minoría de edad, error de prohibición invencible, estado de necesidad exculpante o por miedo insuperable— también se cumple la función estabilizadora de la norma.<sup>45</sup> Así, el principio de culpabilidad depende de la función de la norma, de la propia estructura de legitimación de la norma. En definitiva, la norma no puede orientarse y orientar conductas que no tienen fiel reflejo en la sociedad.<sup>46</sup>

De este modo puede explicarse que algunos menores de edad que han sufrido *procesos de socialización intencionalmente incorrectos* cometan delitos durante la minoría de edad o ya durante la mayoría de edad (los *niños soldados*<sup>47</sup>), y en casos especiales e intensos en

<sup>44</sup> JAKOBS, G., *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez, Civitas, Madrid, 1996.

<sup>45</sup> PIÑA ROCHEFORT, J.I., *Rol Social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del derecho penal*, pról. J-M<sup>a</sup> Silva Sánchez, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 330 y ss.

<sup>46</sup> Esto sucede principalmente en dos casos, de una parte, en la legitimidad formal de la norma, aquellos casos de validez de la norma mediante el principio de legalidad y su identificación con la sociedad (no pueden instaurarse leyes imposibles de realizar), de otra, la culpabilidad como estructura por la que “se estabilizan expectativas dirigidas al sistema jurídico-penal”, PIÑA ROCHEFORT, J.I., *Rol Social y sistema de imputación, op. cit.*, pp. 333. Nadie espera ser reprimido cuando salva su vida a costa de otro.

<sup>47</sup> Un caso muy reciente ha llamado la atención a la comunidad internacional con defensores y detractores. La Sentencia ICC-02/04-01/15 de la Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia IX, de 4 de febrero de 2021, condenó a Dominic Ongwen por crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra cometidos en Uganda, entre el 1 de julio de 2002 y el 31 diciembre de 2005, esto es, cuando tenía entre 27 y 30 años de edad. Lo llamativo del

caso es que el condenado, cuando tenía nueve años de edad, fue secuestrado por la milicia de la rebelión armada del Ejército de Resistencia del Señor (LRA), sometido a torturas y actos violentos contra otros y obligado a guerrear. Esto es lo que se conoce como *niño soldado*, niños secuestrados y/o reclutados por milicias a los que se les somete a intensos procesos de criminalidad. Comenta uno de los testigos en el presente caso que “es una práctica estándar, cada vez que nos encontrábamos con jóvenes, los secuestraríamos y los llevaríamos al monte. Teníamos que hacer esto porque teníamos que aumentar nuestro número en el monte. Por lo tanto, secuestrar a nuevos reclutas era parte de las actividades de rutina durante los ataques, por lo que no había necesidad de que ningún comandante le ordenara secuestrar porque esto era parte del trabajo”. O también muy gráficamente: “Tras su secuestro, los niños menores de 15 años fueron integrados en la brigada Sinia con el objetivo de utilizarlos en hostilidades. Tras el secuestro en la brigada de Sinia, los niños recibieron capacitación en habilidades de combate, incluido el uso de armas de fuego. A los reclutas no se les enseñó, como parte de su entrenamiento, a distinguir entre civiles y combatientes, o entre bienes civiles y objetivos militares”. Véase el resumen de la Sentencia en <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/ongwen-verdict/2021.02.03-Ongwen-judgment-Summary.pdf>. Tiempo después el condenado ascendió de rango hasta alcanzar ser comandante y después coronel, momentos en los que lideró crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra en el norte del país. Su defensa consistió en esgrimir una enfermedad o trastorno mental o que ejecutó dichos delitos por coacción o amenaza. Si bien reconoce la Sentencia que el condenado fue secuestrado por la milicia y que creció en un contexto de *mucho sufrimiento en su infancia y juventud* “(s)in embargo, este caso se trata de crímenes cometidos por Dominic Ongwen como un adulto plenamente responsable y como comandante del LRA en sus veintitantos años”. Efectivamente, el condenado era mayor de edad durante los hechos atribuidos, pero también es cierto que la socialización totalitaria y criminal que parece que sufrió desde los 9 años cuando fue secuestrado, más que producir un trastorno o enfermedad, o suponer un dominio de la voluntad por coacción desde la infancia o bajo amenaza, el caso se corresponde más (sin perjuicio de la sana crítica de la Corte pues, en verdad, la atrocidades cometidas, que costaría resaltar aquí, impulsan a la completa culpabilidad) con la introducción del menor en un sistema totalitario que le formó en una educación criminal, máxime cuando la propia Sentencia declara que en el presente caso “(u)n secuestrado fue obligado a matar a otro secuestrado con un garrote, rociándole el cerebro de la víctima por toda la cara, después de lo cual también fue obligado a inspeccionar los cadáveres. Otro secuestrado se vio obligado a ver cómo mataban a la gente. Si los secuestrados caminaban demasiado lento, los golpeaban o los mataban”. Es decir, estos mismos comportamientos que ahora se imputan fueron, al parecer, también sufridos por el condenado.

La Sentencia también comenta la desvinculación del condenado a la autoridad al objeto de demostrar la responsabilidad individual. Se declara que “(l)a evidencia también muestra que Dominic Ongwen no se encontraba en una situación de completa subordinación con respecto a Joseph Kony, sino que con frecuencia actuó de forma independiente e incluso impugnó las órdenes recibidas de Joseph Kony. No era un títere en una cuerda, como lo demuestra, entre otros, el testimonio de un combatiente del LRA: “Bueno, Dominic no se dedicaría simplemente a algo sin estar seguro ... Si hay una orden de su superior, se sentaría con sus oficiales y ellos evaluarían. Si piensa que no es práctico o siente que no es factible, Dominic se opondría a hacerlo. Pero si supiera que podía lograrlo, lo haría”. En nuestra opinión, no nos parece coherente que la Sentencia alegue que “Dominic Ongwen también tenía una posibilidad realista de dejar el LRA, como lo hicieron con éxito muchos otros comandan-

mayores de edad. En ocasiones, esta socialización incorrecta puede generar en estos sujetos *conflictos*, por ejemplo, entre males jurídicos de mismo rango.<sup>48</sup> En otras ocasiones, el mal causado es mayor levemente o mucho mayor que el que se evita, y en dichos supuestos la distorsión que produce el déficit de socialización puede causar la desorientación del comportamiento conforme a la norma (autoría de conciencia, por convicción o como enemigo). Esto es lo que parece suceder cuando el sujeto se ha *enrolizado incorrectamente por obra de tercero*, es decir, cuando no obra conforme a la expectativa de su rol normativo.<sup>49</sup> En este sentido y bajo los presupuestos que hemos ido asentando, el déficit de socialización por educación totalitaria y/o criminal atribuible a tercero puede disminuir la *exigibilidad* de conductas conforme a derecho por dicha orientación deficitaria.

tes del LRA, lo que no siguió”.

Según los postulados que hemos tratado sobre el efecto de la autoridad y su relación con los demás roles, normas y sistemas, la falta de una material y real subordinación no contradice la posibilidad del efecto del déficit de socialización atribuido a tercero en casos intensos durante la infancia y/o pubertad, sino que precisamente en estos extremos puede alcanzar su máxima representación y trascendencia al no depender ya de un dominio de la voluntad directo del tercero o terceros. Acaso la teoría de la *autoría mediata en aparatos de poder organizados* no sea plausible para estos casos. Más bien nos decantamos por la coautoría con títulos de responsabilidad individualizados y por cada injusto propio, esto es, sin perjuicio de que el autor intelectual o el ejecutor por lo motivos explicitados puedan explicarse como casos de déficit de socialización especialmente intensos en relación a una menor exigibilidad de obrar conforme a derecho. Es decir, esta problemática no sólo plantea discusiones sobre la imputación del déficit de socialización, sino también de autoría y participación, BARDAVÍO ANTÓN, C., *Las sectas en Derecho penal*, op. cit., pp. 713 y ss.

<sup>48</sup> En estos casos no existen “máximas jurídicamente vinculantes”, de manera que se trata más bien de un ámbito “exento de derecho”, JAKOBS, G., *Derecho penal, Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, 1997, 15/7, y nota 11. Ante dicha situación el sujeto está en un *estado de naturaleza*, trata de proteger su vida aun en perjuicio de otro; similarmente, PIÑA ROCHEFORT, J.I., *Rol Social y sistema de imputación*, op. cit., p. 33

<sup>49</sup> PIÑA ROCHEFORT, J. I., *Rol Social y sistema de imputación*, op. cit., pp. 282-284; JAKOBS, G., *Derecho penal, Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, op. cit., 20/4; MÜSSIG, B., “Comentario al 35 StGB”, Bernd von Heintschel-Heinegg (redactor), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Vol. 1, 1-51 StGB, München, 35, 2003, pp. 3-4; PAWLIK, M., “Una teoría del estado de necesidad exculpante. Bases filosófico-jurídicas y configuración dogmática”, *InDret*, 10/2015, pp. 13 y ss; TIMPE, G., *Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot. Untersuchungen zu des 23 Abs. 2, 13 Abs. 2, 17 Satz 2, 35 Abs. 1 Satz 2 und 46 Abs. 3 StGB*, Berlin, 1983, pp. 297 y ss.

A este respecto, JAKOBS<sup>50</sup> se pronuncia a favor de la aplicación de la causa de inexigibilidad en *supuestos excepcionales* cuando no se afecte a la vigencia del ordenamiento jurídico, aunque el conflicto sea tan irresoluble e imperioso.<sup>51</sup> En concreto explica: a) cuando el autor infrinja una norma, pero no afecte a su propia vigencia o se reconozca la misma; b) en los casos de déficit de socialización (exótico) del autor (*exotische Sozialisation*), cuando dicho déficit es atribuible a terceros, por ejemplo, cuando haya sido educado incorrectamente o inducido a situaciones de fragilidad comprensible; y c), por último, aunque parcialmente, cuando el sujeto ante un deber institucional no dispone de alternativa de organización de dicha institución y en la que el deber no informa cómo realizar la organización adecuada a la norma.<sup>52</sup>

JAKOBS<sup>53</sup> limita y, en parte niega, la aplicación del estado de necesidad exculpante cuando existan *deberes institucionales* o por *organización*, y lo niega en casos de terroristas y revolucionarios.<sup>54</sup> En este senti-

do, parece defender que tanto en los deberes institucionales como en los deberes que generan responsabilidad por organización se quebranta una expectativa social que no puede ceder ante una expectativa social atribuida o asumida por el autor, o por una conducta previa antijurídica. Sin embargo, en nuestra opinión, también es cierto que la *intercambiabilidad del hacer y del omitir*<sup>55</sup> puede ayudar a comprender en determinados casos intensos el estado de necesidad exculpante en supuestos de responsabilidad institucional o por organización.

Asimismo, la exigibilidad de obrar conforme a la norma también depende de la importancia e imposibilidad de sustitución del bien que se trata de proteger en el estado de necesidad exculpante,<sup>56</sup> y en casos de clara descompensación deslegitimar una menor exigibilidad. Sin embargo, lo que sucede es que algunos déficits de socialización intensos pueden *distorsionar la consideración* sobre la importancia e imposibilidad de sustitución del bien. Por ejemplo, ciertos enemigos pueden sufrir un déficit de socialización intenso por educación totalitaria y/o criminal atribuible a tercero a pesar de los horrendos ataques a bienes personales y patrimoniales y, entonces, aunque nos pese (paradoja de la moral: el déficit puede moldear y/o crear dicha cualidad) acaecer una menor exigibilidad en el trinomio *sociedad norma y persona* que explique un estado de necesidad exculpante en mayor o menor medida (déficit total o parcial de socialización) que impide al autor adecuar su comportamiento a la norma.<sup>57</sup> Así, incluso en supuestos de mayor exigencia normativa (deberes de responsabilidad institucional) pueden acaecer casos excepcionales de dicho déficit:<sup>58</sup> esta es la *posibilidad* (menos alternativas de comportamiento conforme al sistema social de libertades normativas)

<sup>50</sup> JAKOBS, G., *Derecho penal, Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, op. cit., 20/24. El criterio de JAKOBS ha sido seriamente criticado por: BAUCCELLS I LLADÓS, J., *La delincuencia por convicción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 316.

<sup>51</sup> JAKOBS comentaba que “no es lo mismo que un miembro de una determinada confesión religiosa, por lo demás, un sujeto plenamente integrado, en una situación puntual no cumpla con sus deberes por su fe, que un terrorista combata globalmente al Estado”, JAKOBS, G., “El lado subjetivo del hecho”, trad. Manuel Cancio Meliá del manuscrito “Die subjektive Tatseite”, JAKOBS, G., *Sobre la normativización de dogmática jurídico-penal*, trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo José Feijoo Sánchez, 1ª ed., Thomson Civitas, 2003, p. 98; BARDAVÍO ANTÓN, C., *Las sectas en Derecho penal*, op. cit., pp. 201 y ss. Sobre la teoría de la inexigibilidad, ampliamente y con la doctrina que se señala, AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad de Derecho penal*, Edersa, Madrid, 1999, pp. 9 y ss.

<sup>52</sup> Parece que CRUZ MÁRQUEZ alega, con la doctrina que cita, una menor *exigibilidad* en delitos cometidos por menores “en el contexto del *grupo de pares* o bajo las indicaciones de sus miembros, cuando su influencia en el desarrollo de la propia autoestima sea especialmente relevante y la dinámica de los hechos haya dificultado enormemente al menor desbancarse del grupo” o en caso de déficit en el desarrollo de las *habilidades cognitivas y sociales* por motivos personales, familiares y sociales desfavorables o perjudiciales, CRUZ MÁRQUEZ B., “Presupuestos de la responsabilidad penal del menor: una necesaria revisión desde la perspectiva adolescente”, op. cit., p. 263. Críticamente sobre el planteamiento de JAKOBS, JERICÓ OJER, L., *El conflicto de conciencia ante el Derecho penal*, op. cit., pp. 402-404.

<sup>53</sup> JAKOBS, G., *Derecho penal, Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, op. cit., 20/13.

<sup>54</sup> JAKOBS, G., “Conocimiento y desconocimiento de la norma”, trad. Marcelo A. Sancinetti, JAKOBS G. / STRUENSEE E., *Problemas capitales del Derecho penal moderno. Libro Homenaje a Hans Welzel*, trad. Marcelo A. Sancinetti, Hammurabi-José Luis Depalma Editor, Buenos Aires, 1998, pp. 57-80. Lo admite en ciertos grados

y en casos muy concretos, SANTA RITA TAMÉS, G., *El delito de organización terrorista: un modelo de Derecho penal del enemigo. Análisis desde la perspectiva de la imputación objetiva*, pról. Miguel Polaino-Orts, Bosch, 2015, pp. 554 y ss. Crítica, JERICÓ OJER, L., *El conflicto de conciencia ante el Derecho penal*, op. cit., pp. 402-404.

<sup>55</sup> JAKOBS, G., *Derecho penal, Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, op. cit., 20/27.

<sup>56</sup> ID., *Ibidem*, op. cit., 17/14.

<sup>57</sup> ID., *Ibidem*, op. cit., 20/23

<sup>58</sup> Tanto es así que el propio JAKOBS admite que no se puede distinguir entre convicciones auténticas y las meras ideologías, ID., *Ibidem*, op. cit., 20/22.

que ofrece un sistema cerrado opuesto al sistema de libertades normativas.

Ahora bien, parte de la psicología especializada ha asociado estos déficits a determinados casos de adoctrinamiento terrorista<sup>59</sup> o en dinámicas de violencia de género, *mobbing* y violencia en menores,<sup>60</sup> lo que autoriza a contemplar dicha posibilidad aun en casos de especial convicción y gravedad del hecho. Asimismo, el déficit de socialización también ha sido tratado como resultado de *procesos de despersonalización* intensos en grupos de manipulación, por ejemplo, en los grupos coercitivos (sectas) como una forma de violencia especial contra la capacidad de formación de libre voluntad bajo la denominación de *persuasión coercitiva* y, cuyos efectos, también constituirían un déficit de socialización atribuible a tercero que ampararía una causa de inexigibilidad en caso de que el sujeto intensamente *desocializado* cometa un delito de la naturaleza que sea.<sup>61</sup>

<sup>59</sup> ALONSO F. / JIMÉNEZ-FERRER C. / RAMÍREZ PEREA J.J. / TRUJILLO H.M., “Evidencias de manipulación psicológica coercitiva en terroristas islamistas”, *Athena Assessment*, núm. 4, 2009; ALONSO F. / RAMÍREZ PEREA J.J. / TRUJILLO H.M., “Indicios de persuasión coercitiva en el adoctrinamiento de terroristas yihadistas: hacia la radicalización violenta”, *Universitas Psychologica*, vol. 8, núm. 3, 2009, pp. 721-736; CUEVAS BARRANQUERO, J.M., *Evaluación de persuasión coercitiva en contextos grupales*, Publicaciones y Divulgaciones, Facultad de Psicología, Universidad de Málaga, Málaga, 2016, pp. 218 y 283 y ss; MOYANO PACHECO, M., *Factores psicosociales contribuyentes a la radicalización islamista de jóvenes en España: construcción de un instrumento de evaluación*, Universidad de Granada, 2010, pp. 118 y ss; RODRÍGUEZ-CARBALLEIRA, A. / MARTÍN PEÑA, J. / ALMENDROS, C. / ESCARTÍN SOLANELLES, J. / PORRÚA GARCÍA, C., “Un análisis psicosocial del grupo terrorista como secta”, *Revista de Psicología Social*, ejemplar dedicado a: *Explicaciones y análisis sobre la violencia terrorista*, vol. 24, núm. 2, 2009, pp.183 y ss.

<sup>60</sup> ESCUDERO NAFS A. / POLO USAOLA C. / LÓPEZ GIRONÉS M. / AGUILAR REDO L., “La persuasión coercitiva, modelo explicativo del mantenimiento de las mujeres en una situación de violencia de género”, *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, núm. 25, 2005, pp. 59-91; CUEVAS BARRANQUERO, J.M., *Evaluación de persuasión coercitiva en contextos grupales*, op. cit., pp. 218 y 283 y ss; MAGRO SERVET, V., “¿Existe ilicitud penal en la actividad desplegada por las sectas? Análisis sobre la teoría de la persuasión coercitiva”, *Diario La Ley Penal*, núm. 7617, XXII, abril, 2001, pp. 1784 y ss; RODRÍGUEZ-CARBALLEIRA A. / ALMENDROS C. / ESCARTÍN SOLANELLES J. / PORRÚA GARCÍA C. / MARTÍN-PEÑA J. / JAVALOY F. / CARROBLES J.A., “Un estudio comparativo de las estrategias de abuso psicológico: en pareja, en el lugar de trabajo y en grupos manipulativos”, *Anuario de Psicología*, vol. 36, núm. 3, 2005, p. 331; TOBIAS, M. L. / LALICH, J., *El terrible poder de las sectas*, trad. Pilar Tutor Alvaríño, Tikal, 1999, pp. 28 y ss.

<sup>61</sup> BARDAVÍO ANTÓN, C., *Las sectas en Derecho penal*, op. cit., pp. 418 y ss. 612 y ss. y 713 y ss.

Es cierto que JAKOBS<sup>62</sup> vincula necesariamente el defecto cognitivo sobre la norma por motivo de un defecto volitivo imperdonable (cuando dentro de las alternativas para conseguir un fin que puede ser lícito se elige el delito como medio),<sup>63</sup> sin embargo, en nuestra opinión, si el déficit es tan intenso y atribuible a tercero (no cabe el autoadoctrinamiento: enemistad voluntaria) es indiferente el hecho criminal, el motivo y el defecto volitivo si estos dependen directamente del déficit causado por tercero.<sup>64</sup> Lo contrario sería una *paradoja de la moral y dogmática*.

En este sentido, la imputación objetiva de dicho déficit se basa en la anulación o limitación del *horizonte de expectativas* legítimo de un mundo de libertades, de modo que afecta al horizonte de alternativas de comportamiento. El acotamiento por un tercero del sistema social democrático y de libertades crea un mundo paralelo, cerrado a las comunicaciones, que puede impedir el acceso a las mínimas bases para orientarse por el sujeto. Para tal acotamiento suelen mediar *factores* como la distorsión de la comunicación sobre los conceptos esenciales de la misma, pasando la parte negativa a una positiva o viceversa, el control de la información, la creación de una confianza especial que genera garantía o creación de una garantía que genera confianza especial, una autoridad incriticable y el control cognitivo, volitivo y emocional, que de manera progresiva (de lo sutil a lo explícito) se abusa de una especial superioridad, se crea un contexto alevoso y de confianza y, en definitiva, un *dominio sistémico de la voluntad*<sup>65</sup> que genera competencia en el salvamento (responsabilidad por infracción de un deber) en la obra del sujeto desocializado.

#### 4. El déficit de socialización como estado de necesidad exculpante

Las causas de inexigibilidad de conducta conforme a derecho son consideradas por parte de la doctrina un principio general del derecho.<sup>66</sup> En nuestra opinión, la

<sup>62</sup> JAKOBS, G., “El lado subjetivo del hecho”, op. cit., p. 99.

<sup>63</sup> SANTA RITA TAMÉS, G., *El delito de organización terrorista*, op. cit., pp. 540-547 y 548-561.

<sup>64</sup> Cuestión para profundo estudio sería la *alic* aquí, BARDAVÍO ANTÓN, C., *Las sectas en Derecho penal*, op. cit., pp. 673 y ss.

<sup>65</sup> BARDAVÍO ANTÓN, C., *Las sectas en Derecho penal*, op. cit., pp. 498 y ss.

<sup>66</sup> En la española, AGUADO CORREA, T., *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal*, Comares, Granada, 2004, p. 5 y pp.

inexigibilidad de conducta conforme a derecho no se refiere a la ausencia de obligación jurídica o de prohibición, sino a la institución jurídico-penal que valora la situación que lleva al sujeto a *no orientarse* por la norma y que fundamenta en consecuencia la renuncia de la punición en *causas individuales y de entorno*, a diferencia de las causas de exclusión de la culpabilidad (inimputabilidad).

Hay voces también que argumentan que la inexigibilidad se fundamenta en el principio de igualdad recogido en la CE en relación a la individualización de la pena respecto a la culpabilidad.<sup>67</sup> También existen argumentos que ubican la relevancia del principio de inexigibilidad en la antijuricidad, y concretamente en la legítima defensa excesiva extensiva.<sup>68</sup> Si bien en la intensiva hay quienes aceptan la posibilidad de apreciar la eximente de miedo insuperable completa o incompleta si se aceptan los postulados de la doble

disminución de la culpabilidad como sucede taxativamente en Alemania. Otra parte de la doctrina<sup>69</sup> ha fundamentado el estado de necesidad exculpante por una *doble disminución de la culpabilidad*.<sup>70</sup> También hay quienes fundamentan la inexigibilidad en el principio de legalidad y en la analogía *in bonam partem*.<sup>71</sup> Sin embargo, también se ha reconocido que la inexigibilidad actúa como una causa de atipicidad por falta alternativas de comportamiento.<sup>72</sup>

No obstante, la inexigibilidad se puede fundamentar como una forma del estado de necesidad justificante o disculpante. La teoría de la diferenciación, defendida por parte de la doctrina, distingue entre el estado de necesidad justificante y disculpante (exculpante). El primero sería aquél cuyo fundamento parte de la justificación de la protección del interés objetivo más importante, mientras que el estado de necesidad disculpante se relega a casos en los que el interés que se protege es levemente inferior al lesionado o igual (ponderación de bienes), por lo que la objetividad desaparece en estos casos y hace a este estado de necesidad ya no una causa de justificación sino de exclusión de la culpabilidad. Por el contrario, otra parte de la doctrina<sup>73</sup> defiende la llamada *teoría*

39 y ss; BAUCCELLS I LLADÓS, J., *La delincuencia por convicción*, op. cit., p. 310; CUERDA RIEZU, A., "Sobre el concurso entre causas de justificación", *Causas de Justificación y de atipicidad en Derecho penal*, Diego-Manuel Luzón Peña y Santiago Mir Puig (coord.), Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 226 y ss. 234 y ss. p. y 242; FLORES MENDOZA, F., *La objeción de conciencia en Derecho penal*, Comares, Granada, 2001, pp. 191 y 192; GARCÍA ARÁN, M., "Culpabilidad, legitimación y proceso", "Culpabilidad, legitimación y proceso", *ADPCP*, t. 41, Fasc/Mes 1, 1988, p. 101; SÁINZ CANTERO, J.A., *La exigibilidad de otra conducta adecuada a la norma en Derecho penal*, Universidad de Granada, Granada, 1965, pp. 94 y ss; TAMARIT SUMALLA, JM., *La libertad ideológica en el Derecho penal*, PPU, Barcelona, 1989, p. 422; VARONA GÓMEZ, D., *El miedo insuperable: una reconstrucción de la exigibilidad desde una teoría de la justicia*, Comares, Granada, 2000, pp. 115 y ss. En la doctrina alemana, FRANK, R., «Über den Aufbau des Schuld-begriffs», *Festgabe für die Juristische Facultät der Universität Gießen*, Giessen, 1907, pp. 4, 7, 13 y 14; FRELLESEN, P., *Die Zumutbarkeit der Hilfeleistung*, Frankfurt a. Main, 1980, pp. 90 y ss., *vid.* y ampliamente, AGUADO CORREA, T., *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal*, op. cit., pp. 9 y ss; FREUDENTHAL, B., *Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht*, Tübingen, 1922; GOLDSCHMIDT, J., *La concepción normativa de la culpabilidad*, trad. M. de Goldschmidt y Ricardo Núñez, Buenos Aires, 1943, pp. 38 y ss; HENKEL, H., "Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Prinzip", *Festschrift für Mezger zum 70. Geburtstag*, München, Berlin, 1954, pp. 249 y ss; ROXIN, C., "Culpabilidad" y 'Responsabilidad' como categorías sistemáticas jurídico-penales", ROXIN, C., *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, trad. intr. y notas Francisco Muñoz Conde, Reus, Madrid, 1981, p. 60.

<sup>67</sup> BAUCCELLS I LLADÓS, J., *La delincuencia por convicción*, op. cit., pp. 297 a 301; GARCÍA ARÁN, M., «Culpabilidad, legitimación y proceso», op. cit., p. 95.

<sup>68</sup> No en casos de exceso intensivo sino sólo extensivo, IGLESIAS RIO, M.A., *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa. Consideración especial a las restricciones ético-sociales*, Comares, Granada, 1999, pp. 376 y ss; en casos que no se permita apreciar la eximente completa, AGUADO CORREA, T., *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal*, op. cit., p. 80.

<sup>69</sup> CUELLO CONTRERAS, J., *Derecho penal español, Parte general. Nociones introductorias, Teoría del delito*, 3ª ed., Madrid, 2002, pp. 1127 y ss; FLORES MENDOZA, F., *La objeción de conciencia en Derecho penal*, op. cit., pp. 246 y ss; PÉREZ DEL VALLE, C., *Conciencia*, op. cit., pp. 284 y ss; SILVA SÁNCHEZ, J-M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1ª ed., Bosch, 1992, p. 414. En Alemania a favor, KAUFMANN, A., *Dogmática de los delitos de omisión*, trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luis Serrano González de Murillo (edit.), Marcial Pons, 2006, pp. 166 y ss.

<sup>70</sup> *Vid.* y más ampliamente, MARTÍN LORENZO, M., *La exculpación penal. Bases para una atribución legítima de la responsabilidad penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 76 y ss. y pp. 91 y ss.

<sup>71</sup> BAUCCELLS I LLADÓS, J., *La delincuencia por convicción*, op. cit., p. 308; especialmente en la aplicación analógica de las eximentes relacionadas con la inexigibilidad, FLORES MENDOZA, F., *La objeción de conciencia en Derecho penal*, op. cit., p. 257.

<sup>72</sup> ROXIN, entre otros, refieren la posibilidad de apreciar la atipicidad de la conducta cuando el propio Estado tiene medios para no afectar a esta libertad de conciencia, se refiere a la alternativa de comportamiento o legal, por ejemplo, cuando los padres omiten el consentimiento a la trasfusión de su hijo, pero a la vez existe la acción del médico que actuaría bajo un estado de necesidad justificante, ROXIN, C., *Derecho penal, Parte general*, op. cit., p. 945, núm. 109, pp. 949 y 950, núm. 120; *vid.* PÉREZ DEL VALLE, C., *Conciencia*, op. cit., p. 249.

<sup>73</sup> GIMBERNAT ORDEIG, E., "El estado de necesidad: un problema de antijuricidad", *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., Tecnos, 1990, pp. 218 y ss; GÓMEZ BENÍTEZ, JM., *Teoría jurídica del delito. Derecho penal, Parte general*, Civitas, Madrid, 1984, p. 379; POLAINO NAVARRETE, M., *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, T. II, 2ª ed. corregida y actualizada, Tecnos, Madrid, 2016, p. 178.

de la unidad, que estima que el estado de necesidad justificante también englobaría conflictos de bienes iguales puesto que no se excluye que “el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar”.

Dicho todo lo cual, podemos concluir que hay un acuerdo amplio por parte de la doctrina en otorgar a la inexigibilidad relevancia penal ubicada en la institución de la culpabilidad, si bien y paradójicamente solo existe reconocimiento en que el miedo insuperable sería una causa legal de exculpación fundamentada en la inexigibilidad. Efectivamente, parte de la doctrina española<sup>74</sup> y alemana<sup>75</sup> considera aplicable

<sup>74</sup> BAUCCELLS I LLADÓS, J., *La delincuencia por convicción*, op. cit., pp. 325 y ss; FLORES MENDOZA, F., *La objeción de conciencia en Derecho penal*, op. cit., pp. 245 y ss; GÓMEZ BENÍTEZ, JM., “Consideraciones”, op. cit., pp. 78-80; JERICÓ OJER, L., *El conflicto de conciencia*, op. cit., p. 155, 438, y pp. 464 y ss; LUZÓN PEÑA, D-M., “Actuación en conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción”, *Indret.*, 1/2013, pp. 11 y ss; MUÑOZ CONDE, F., “La objeción de conciencia en Derecho penal”, *Política criminal y nuevo Derecho penal, Libro Homenaje a Claus Roxin*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 287; PÉREZ DEL VALLE, C., *Conciencia*, op. cit., pp. 284 y ss; ROMEO CASABONA, CM<sup>a</sup>, *El médico y el Derecho penal. La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)*, Bosch, Barcelona, 1981, pp. 300 y ss.

<sup>75</sup> BOPP, U., *Der Gewissenstäter und das Grundrecht der Gewissensfreiheit*, Freiburger Rechts und Staatswissenschaftliche Abhandlungen, Band 38, C.F. Müller Juristischer Verlag, Karlsruhe, 1974, pp. 182 a 185, y 210 y ss., vid. BAUCCELLS I LLADÓS, J., *La delincuencia por convicción*, op. cit., pp. 236 y 237, y pp. 322 y 323; EBERT, U., *Der Überzeugungstäter in der neueren Rechtsentwicklung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1975, pp. 60 y ss, vid. PÉREZ DEL VALLE, C., *Conciencia*, op. cit., pp. 242 y 243; BURSKI, U.V., *Die Zeugen Jehovas, die Gewissensfreiheit und das Strafrecht*, Inaugural-Disertation zum Erlangung der Doktorwürde der Rechts und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Albert Ludwigs, Universität zu Freiburg im Breisgau, 1970, pp. 88 y ss. y 108 y ss., vid. FLORES MENDOZA, F., *La objeción de conciencia en Derecho penal*, op. cit., pp. 159 y 234; NÖLL, P., “Der Überzeugungstäter im Strafrecht. Zugleich einen Auseinandersetzung mit Gustav Radbruchs rechtsphilosophischem relativis”, *ZStW*, 78, 1966, Walter de Gruyter & co. Berlin, 1966, p. 653, vid. BAUCCELLS I LLADÓS, J., *La delincuencia por convicción*, op. cit., p. 314; HIRSCH, HJ., *Strafrecht und Überzeugungstäter*, Walter de Gruyter, Berlin/Nueva York, 1996, pp. 11 ss. y 21 y ss. y 34 y 35, vid. BAUCCELLS I LLADÓS, J., *La delincuencia por convicción*, op. cit., pp. 348 y 349; PETERS, K., *Das Gewissen aus rechtlicher psychologischer und theologischer Sicht*, I, Peters (Hrsg), Evangelischer Akademie, Mülheim a. d. Ruhr, 1974, p. 12; vid. TAMARIT SUMALLA, JM<sup>a</sup>, *La libertad ideológica*, op. cit., p. 406; MEZGER, E., *Tratado de Derecho penal*, T. II, trad. de la 2ª ed. alemana de 1933 y notas al Derecho penal español por José Arturo Rodríguez Muñoz y Antonio Quintano Ripollés, 3ª ed. adicionada, y puesta al día, Madrid, 1957, p. 221; ROXIN, C., *Derecho penal, Parte general, T. I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. y notas Luzón Peña / Díaz y García Conlledo / De Vicente Remesal, de la 2ª ed. alemana, Civitas, 1997, pp. 942 y ss. y pp. 949 y ss; Id., “Culpabilidad” y “Responsabilidad” como categorías sistemáticas jurídico-penales”, op. cit., p. 91; RUDOLPH, H-J., “Die Bedeutung eines Gewissenentsscheides für das

la eximente de estado de necesidad exculpante. Por esta vía se reconoce cierta solución en el estado de necesidad exculpante, o como atenuante analógica del estado de necesidad por disminución de la culpabilidad (estado de necesidad de conciencia<sup>76</sup>).

Según lo explicado, el déficit de socialización atribuido a tercero puede resultar una causa de exculpación amparada en un estado de necesidad exculpante, si bien por su especialidad *reformula* los requisitos del estado de necesidad exculpante. Gravedad, mal, subjetividad y punibilidad se transforman en virtud de una causa previa que limita la capacidad de voluntad. Dicha causa puede ser la imputación objetiva de un déficit de socialización *atribuido a tercero* (en algunos casos denominada *personación coercitiva*), llamativamente concurrente en situaciones especialmente intensas en la autoría de conciencia, por convicción y en el enemigo.<sup>77</sup>

Especialmente en México, el CPF establece en su art. 15 frac. IX un reconocimiento claro de las causas de inexigibilidad: “Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho”.

Así también, algunos códigos penales, como el de Veracruz, y en concreto su art. 134, establece una excusa absolutoria motivada en una causa de inexigibilidad: “No se procederá en contra de quien, a petición del cónyuge, ascendiente, descendiente, concubina, concubinario, adoptado, adoptante o hermano del paciente con muerte cerebral comprobada, prescinda de los medios artificiales que lo mantengan en vida”.

La institución de la inexigibilidad tiene una importancia capital en México. Basta apreciar las consideraciones doctrinales sobre su aplicación a través del art. 51 y 52 CPFM para ver su trascendencia en circunstancias especiales del autor por su educación, cultura y costumbres, esto es, por su determinado sistema.<sup>78</sup>

Strafrecht”, *Festschrift für Hans Welzel*, 1974, pp. 605 y ss., vid. JERICÓ OJER, L., *El conflicto de conciencia*, op. cit., pp. 431 a 433; STRATENWERTH, G., *Derecho penal, Parte general I. El hecho punible*, trad. Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. SANCINETTI, Thomson, 2005, pp. 269 y ss.

<sup>76</sup> STRATENWERTH, G., *Derecho penal, Parte general I. El hecho punible*, op. cit., p. 271.

<sup>77</sup> Respecto a la *persuasión coercitiva*, ampliamente, BARDAVÍO ANTÓN, C., *Las sectas en Derecho penal*, op. cit., pp. 253 y ss. 631 y ss.

<sup>78</sup> Acertadamente, comenta DÍAZ-ARANDA que “(d)e ahí que el citado artículo 52 del CPF se refiera a la educación, ilustración, cos-



Pero este último artículo solo se refiere a la determinación e individualización de la pena, no a la exculpación total, por lo que debemos remitirnos primero al art. 15 IX CPFM, y a la postre en su caso al art. 51 y 52.<sup>79</sup>

En definitiva, como señala ZAFFARONI, la legislación mexicana recoge las causas de inexigibilidad, especialmente en el estado de necesidad exculpante cuyo fundamento es “la notoria reducción del ámbito de autodeterminación del sujeto en la situación consuetudinaria en que realiza la acción, lo que neutraliza la posibilidad de reproche”.<sup>80</sup>

tumbres y condiciones sociales del sujeto, las cuales nos pueden indicar si tenía la información y la capacidad necesarias para comprender el significado y la trascendencia de su injusto al momento de cometerlo, juicio con un alto grado de importancia en un país tan desigual como el nuestro, pues no se podrá reprochar igual el injusto cometido por el joven que ha vivido en la calle y se ha desarrollado en un entorno social violento, en comparación de aquel que ha gozado de una situación económica estable, con una familia bien avenida y que ha tenido acceso a las mejores instituciones educativas, mereciendo este último una sanción más elevada en comparación con el primero, pero respetando el mínimo y máximo de la pena prevista en el CPF para quien comete el delito”, DÍAZ-ARANDA, E., *Lecciones de Derecho penal (Para el nuevo sistema de justicia de México)*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Publicación Electrónica, núm. 1, UNAM, México, 2014, p. 136.

<sup>79</sup> Comenta DÍAZ-ARANDA al respecto que “(quedará excluida la culpabilidad si al analizar las circunstancias en las que se cometió el injusto llegamos a la conclusión de que ¡cualquiera habría hecho lo mismo!, por lo cual no se le puede exigir al sujeto otro comportamiento y, en consecuencia, el delito se excluye por faltar su tercera categoría. Así, las causas por las cuales es inexigible otra conducta son: temor fundado, estado de necesidad exculpante, error de justificación y error de prohibición», *Id.*, *Ibidem*, *op. cit.*, p. 141.

<sup>80</sup> ZAFFARONI E.R. / TENORIO TAGLE F. / ALAGIA A. / SLOKAR A., *Manual de Derecho penal mexicano, Parte General*, 1ª ed., Porrúa, México, 2013, p. 561; también ampliamente, GONZÁLEZ QUINTANILLA, J.A., *Derecho penal mexicano. Parte general y Parte especial. Metodología jurídica y desglose de las constantes, elementos y configuración de los tipos penales*, 9ª ed., Porrúa, México, 2014, pp. 386 y ss. Sin embargo, señala VASCONCELOS que “(e)n México se declaran contrarios a ella Ignacio Villalobos y Fernando Castellanos. El primero por cuanto la califica de ‘oscuro camino de retorno a la doctrina del libre albedrío’, considerando que al hablarse de la no exigibilidad ‘se hace referencia sólo a consideraciones de nobleza o emotividad, pero no de derecho, por las cuales resulta humano, excusable o no punible que la persona obre en un sentido determinado, aun cuando haya violado una prohibición de la ley o cometido un acto que no puede ser aprobado propiamente ni reconocido como de acuerdo con los fines del Derecho y con el orden social. Se trata de infracciones culpables cuyo sujeto, por una indulgente comprensión de la naturaleza humana y de los verdaderos fines de la pena, puede ser eximido de las sanciones que se reservan para la perversidad y el espíritu egoísta y antisocial’. El segundo, en tanto reconoce, como únicas causas de inculpabilidad, el *error esencial de hecho* y la *coacción sobre la voluntad*, las que a su juicio son capaces de afectar el conocimiento o el elemento volitivo”, VASCONCELOS, F. P., *Manual de Derecho penal mexicano*,

Estos casos especiales pueden llevar a concluir en la falta de necesidad de una pena cuando exista un grado tan intenso de déficit de socialización atribuido a tercero. En situaciones de déficit completo *la pena sería incapaz de resocializar* al sujeto. En estos casos parece más lógico aplicar una *medida de seguridad resocializante* adecuada a la intensidad y tipo de *desocialización* cuando sobresalga cierta peligrosidad que infiera la probabilidad de reincidencia. En todos los casos en los que el déficit no sea tan intenso se podría aplicar la eximente incompleta y, de igual manera, aplicar una medida de seguridad proporcional a dicha intensidad.

## 5. Conclusiones

Tratar el mundo, sus relaciones y comunicaciones de forma cerrada (modelos psicológicos/consenso) incurrir en la paradoja de la variabilidad del mundo entre los sistemas sociales y los límites del conocimiento. El alcance jurídico-penal de los procesos de socialización se refiere a la interacción que producen los sujetos en los sistemas sociales, y son a estos a los que se le interroga a través de sus propias operaciones. El niño o el joven es el propio medio de comunicación de la educación, y a través de estos se comunican las expectativas de conocimiento y las normativas. En mundos cerrados sin alternativas o con limitación de las expectativas de comportamiento normativo se pueden agudizar sistemas totalitarios y/o criminales que penetran en el medio de comunicación de modo determinante en la interacción entre estos y los demás sistemas sociales, de un modo que puede causar desorientaciones del conocimiento y del comportamiento conforme a la expectativa de la norma.

En el presente trabajo hemos tratado de exponer la hipótesis de que, en ciertos casos intensos, la perpetración de graves crímenes no es *comprensible* bajo un modelo psicológico de la culpabilidad. La moral y las apreciaciones psicológicas producen constantes paradojas en el observador: *no ve que no puede ver*. En ciertos contextos educativos totalitarios y/o criminales donde media la autoridad en los procesos de socialización, la *confianza especial* puede generar garantía o una garantía generar confianza especial. En estos casos, se puede *instrumentalizar* o usarse *des-*

*Parte general*, pról. Mariano Jiménez Huerta, 17ª ed., debidamente corregida y actualizada, Porrúa, México, 2004, pp. 551.

*cuidadamente*, generando o elevando una fuente de riesgo no permitido en el sistema social y de libertades (anulación o limitación de las expectativas de conocimiento o expectativas normativas legítimas) sobre el que el autor del déficit tenga el deber no solo de aseguramiento, sino también de salvación (*imputación objetiva por infracción de deber*).

Estas situaciones, especialmente intensas, pueden producir la *desorientación* del sujeto de una conducta conforme a la norma, relajando o anulando la fuerza de la exigibilidad normativa. Esto sucede en aquellos casos en los que la norma es incapaz o limitadamente capaz de orientar al sujeto conforme a ella por las especiales circunstancias del sujeto en su proceso de socialización (acoplamiento) al sistema social y de libertades, en concreto, por menores o nulas alternativas de conocimiento y de comportamiento normativo.

En ocasiones especialmente intensas, el acceso a la moral y la educación en tempranas edades pueden ser distorsionadas mediante un proceso de socialización imputable a un tercero desde la infancia y la pubertad y causar un déficit de socialización que, fáctica y dogmáticamente, justifique la inexigibilidad de una conducta conforme a derecho o la disminución de la exigibilidad, lo que motivaría en ciertos casos una medida de seguridad antes que una pena incapaz de resocializar. En estos casos, una posible solución normativa podría ser la exención de la responsabilidad o su disminución bajo el amparo legal del estado de necesidad exculpante.

En definitiva, la cuestión sobre el tratamiento penal en estos casos genera la duda incesante si el derecho penal cumple su función autodescriptiva y autorreferencial, pero a la vez heterorreferencial a la concreta sociedad, educación y contexto criminal y/o totalitario en el que se encuentre el autor del hecho criminal en la minoría de edad, especialmente prolongado en la mayoría de edad, o en casos especiales de mayoría de edad. Esto cuesta tanto aceptarse como implementarse, acaso porque aún estamos lejos de un derecho penal correctamente dogmatizado.

## 6. Bibliografía

- ABADÍAS SELMA, A., *La violencia filio-parental y la reinserción del menor infractor. Consideraciones penales y criminológicas*, pról. Javier Urrea, Bosch, Barcelona, 2016.
- AGUADO CORREA, T., *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal*, Comares, Granada, 2004.
- AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad de Derecho penal*, Edersa, Madrid, 1999.
- ALLPORT, G.W., *La naturaleza del prejuicio*, 4ª ed., Universitaria de Buenos Aires, 1971.
- ALONSO F. / JIMÉNEZ-FERRER C. / RAMÍREZ PEREA J. J. / TRUJILLO H. M., “Evidencias de manipulación psicológica coercitiva en terroristas islamistas”, *Athena Assessment*, núm. 4, 2009.
- ALONSO F. / RAMÍREZ PEREA J. J. / TRUJILLO H. M., “Indicios de persuasión coercitiva en el adoctrinamiento de terroristas yihadistas: hacia la radicalización violenta”, *Universitas Psychologica*, vol. 8, núm. 3, 2009, pp. 721-736.
- ARENDRT, H., *Los orígenes del totalitarismo*, pról. Salvador Giner, trad. Guillermo Solana, 7ª reimp. de la 1ª ed. 2006, Alianza Editorial, 2014.
- ARENDRT, H., *Sobre la violencia*, trad. Guillermo Solana, 1ª reimp. de la 2ª ed. 2013, Alianza Editorial, 2014.
- ARENDRT, H., *Eichmann en Jerusalén*, Debolsillo, 2006.
- ASCH, S. E., “Effects of Group Pressure upon the Modification and Distortion of Judgement”, H. Guetzkow (ed.), *Groups, Leadership, and Men*, Pittsburgh: Carnegie Press, 1951, pp. 177-190.
- BARDAVÍO ANTÓN, C., *Las sectas en Derecho penal: Estudio dogmático de los delitos sectarios*, Bosch, Barcelona, 2018.
- BARON R. A / BYRNE D., *Psicología Social*, 10ª ed., Pearson Educación, Madrid, 2005.
- BAUCELLS I LLADÓS, J., *La delincuencia por convicción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- BOPP, U., *Der Gewissenstäter und das Grundrecht der Gewissensfreiheit*, Freiburger Rechts und Staatswissenschaftliche Abhandlungen, Band 38, C.F. Müller Juristischer Verlag, Karlsruhe, 1974, pp. 182-185.
- BURSKI, U.v., *Die Zeugen Jehovas, die Gewissensfreiheit und das Strafrecht*, Inagural-Disertation zum Erlangung der Doktorwürde der Rechts und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Albert Ludwigs, Universität zu Freiburg im Breisgau, 1970.
- CÁMARA ARROYO, S., “Imputabilidad e inimputabilidad penal del menor de edad. Interpretaciones dogmáticas del artículo 19 CP y tipologías de delinquentes juveniles conforme a su responsabilidad

- criminal”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXVII, 2014, pp. 239-320.
- CASTILLO ARA, A., “La ponderación de valoraciones culturales en el error de prohibición”, *Revista de Derecho*, vol. XXVII, núm. 2, 2014, pp. 242-267.
- CRUZ MÁRQUEZ, B., “Presupuestos de la responsabilidad penal del menor: una necesaria revisión desde la perspectiva adolescente”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 15, 2011, pp. 241-269.
- CUELLO CONTRERAS, J., “Reflexiones sobre la capacidad de culpabilidad del menor y su tratamiento educativo. Con una aportación al tratamiento de delincuentes jóvenes con trastorno narcisista de la personalidad”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 12-01, 2010.
- CUELLO CONTRERAS, J., *Derecho penal español, Parte general. Nociones introductorias, Teoría del delito*, 3ª ed., Madrid, 2002.
- CUERDA RIEZU, A., “Sobre el concurso entre causas de justificación”, Diego-Manuel Luzón Peña y Santiago Mir Puig (coord.), *Causas de Justificación y de atipicidad en Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 1995.
- CUEVAS BARRANQUERO, J. M., *Evaluación de persuasión coercitiva en contextos grupales*, Publicaciones y Divulgaciones, Facultad de Psicología, Universidad de Málaga, Málaga, 2016.
- DE MAGLIE, C., *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- EBERT, U., *Der Überzeugungstäter in der neueren Rechtsentwicklung*, Duncker & Humblot, Berlín, 1975.
- ESCODERO NAFA A. / POLO USAOLA C. / LÓPEZ GIRONÉS M. / AGUILAR REDO L., “La persuasión coercitiva, modelo explicativo del mantenimiento de las mujeres en una situación de violencia de género”, *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, núm. 25, 2005, pp. 59-91.
- FESTINGER, L., *Teoría de la disonancia cognoscitiva*, CEC, Madrid, 1975.
- FLORES MENDOZA, F., *La objeción de conciencia en Derecho penal*, Comares, Granada, 2001.
- FRANK, R., “Über den Aufbau des Schuld-begriffs”, *Festgabe für die Juristische Fakultät der Universität Giessen*, Giessen, 1907.
- FRELLESEN, P., *Die Zumutbarkeit der Hilfeleistung*, Frankfurt a. Main, 1980.
- FREUDENTHAL, B., *Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht*, Tübingen, 1922.
- GARCÍA ARÁN, M., “Culpabilidad, legitimación y proceso”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 41, Fasc/Mes 1, 1988, pp. 71-114.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., “El estado de necesidad: un problema de antijuricidad”, *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., Tecnos, 1990, pp. 218-230.
- GOLDSCHMIDT, J., *La concepción normativa de la culpabilidad*, trad. M. de Goldschmidt y Ricardo Núñez, Buenos Aires, 1943.
- GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Teoría jurídica del delito. Derecho penal, Parte general*, Civitas, Madrid, 1984.
- GONZÁLEZ QUINTANILLA, J. A., *Derecho penal mexicano. Parte general y Parte especial. Metodología jurídica y desglose de las constantes, elementos y configuración de los tipos penales*, 9ª ed., Porrúa, México, 2014.
- HABERMAS, J., *Teoría de la acción comunicativa, II, Crítica de razón funcionalista*, reimp. de la 1ª ed., 1987, Taurus Humanidades, Madrid, 1992.
- HENKEL, H., “Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Prinzip”, *Festschrift für Mezger zum 70. Geburtstag*, München, Berlin, 1954.
- HERRERA MORENO, M., “Multiculturalidad y tutela penal: a propósito de la problemática sobre la mutilación genital femenina”, *Revista de Derecho Penal*, 5, 2002, pp. 49-84.
- HIRSCH, H. J., *Strafrecht und Überzeugungstäter*, Walter de Gruyter, Berlín/Nueva York, 1996.
- HOFFER, E., *The true believer. Thoughts on the Nature of Mass Movements*, Nueva York, 1951.
- IGLESIAS RÍO, M. A., *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa. Consideración especial a las restricciones ético-sociales*, Comares, Granada, 1999.
- JAKOBS, G., “El lado subjetivo del hecho”, trad. Manuel Cancio Meliá del manuscrito “Die subjektive Tatseite”, JAKOBS, G., *Sobre la normativización de dogmática jurídico-penal*, trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo José Feijoo Sánchez, 1ª ed., Thomson Civitas, 2003, pp. 75-100.
- JAKOBS, G., “Conocimiento y desconocimiento de la norma”, trad. Marcelo A. Sancinetti, JAKOBS G. / STRUENSEE E., *Problemas capitales del Derecho penal moderno. Libro Homenaje a Hans Welzel*, trad. Marcelo A. Sancinetti, Hammurabi-José Luis Depalma Editor, Buenos Aires, 1998, pp. 57-80.

- JAKOBS, G., *Derecho penal, Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, 1997.
- JAKOBS, G., *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez, Civitas, Madrid, 1996.
- JERICÓ OJER, L., *El conflicto de conciencia ante el Derecho penal*, La Ley (Temas), 2007.
- KAUFMANN, A., *Dogmática de los delitos de omisión*, trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luis Serrano González de Murillo (edit.), Marcial Pons, 2006.
- LUHMANN, N., “El niño como medio de la educación”, LUHMANN, N., *Distinciones directrices*, Centro de Investigaciones Sociológicas, núm. 16, Madrid, 2016, pp. 113-136.
- LUHMANN, N., “Interacción, organización, sociedad. Aplicaciones de la teoría de sistemas”, trad. Iván Ortega Rodríguez, LUHMANN, N., *La moral de la sociedad*, Trotta, recopilación de artículos, 2013, pp. 197-214.
- LUHMANN, N., *Poder*, trad. Luz Mónica Talbot, 1ª reimp. de la 1ª ed. 1995, Anthropos, México, 2005.
- LUHMANN, N., “Inclusión y exclusión”, LUHMANN, N., *Complejidad y modernidad: De la unidad a la diferencia*, ed. y trad. Jostein Berian y José María García Blanco, Trotta, 1998, pp. 167-196.
- LUHMANN, N., *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, 2ª ed., Anthropos, México, 1998.
- LUHMANN, N., *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, trad. Ignacio de Otto Pardo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.
- LUHMANN, N., *Legitimation durch Verfahren*, Luchterhand Verlag, 1969.
- LUZÓN PEÑA, D-M., “Actuación en conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción”, *InDret*, 1/2013.
- MAGRO SERVET, V., “¿Existe ilicitud penal en la actividad desplegada por las sectas? Análisis sobre la teoría de la persuasión coercitiva”, *Diario La Ley Penal*, núm. 7617, XXII, abril, 2001, pp. 1784-1789.
- MARCH J. G. / SIMON H. A., *Teoría de la organización*, trad. Juan Maluquer Wahl, Ariel, Barcelona, 1961.
- MARTÍN LORENZO, M., *La exculpación penal. Bases para una atribución legítima de la responsabilidad penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- MEZGER, E., *Tratado de Derecho penal*, T. II, trad. de la 2ª ed. alemana de 1933 y notas al Derecho penal español por José Arturo Rodríguez Muñoz y Antonio Quintano Ripollés, 3ª ed. adicionada, y puesta al día, Madrid, 1957.
- MILGRAM, S., *Obediencia a la autoridad. Un punto de vista experimental*, 4ª ed., Desclée de Brouwer, Bilbao, 1980.
- MONGE FERNÁNDEZ, A., *El extranjero frente al Derecho penal. El error cultural y su incidencia en la culpabilidad*, 1ª ed., Bosch, Barcelona, 2008.
- MOYANO PACHECO, M., *Factores psicosociales contribuyentes a la radicalización islamista de jóvenes en España: construcción de un instrumento de evaluación*, Universidad de Granada, 2010.
- MUÑOZ CONDE, F., “La objeción de conciencia en Derecho penal”, *Política criminal y nuevo Derecho penal, Libro Homenaje a Claus Roxin*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 279-294, también con el mismo título en *Separata de Nueva Doctrina Penal*, 1996, pp. 87-102.
- MÜSSIG, B., “Comentario al 35 StGB”, Bernd von Heintschel-Heinegg” (redactor), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Vol. 1, 1-51 StGB, München, 35, 2003.
- NOLL, P., “Der Überzeugungstäter im Strafrecht. Zugleich einen Auseinandersetzung mit Gustav Radbruchs rechtsphilosophischem relativismus”, *ZStW*, 78, 1966, Walter de Gruyter & co. Berlin, 1966, pp. 638 y ss.
- OLAIZOLA NOGALES, I., “La relevancia de la motivación cultural en el Código Penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 20-03, 2018.
- PARSONS, T., *Hacia una teoría general de la acción*, trad. Rubén Héctor Zorrilla, Talcott Parsons y Edward A. Shils (dir.), Ed. Kapelusz, Buenos Aires, 1968.
- PAWLIK, M., “Una teoría del estado de necesidad exculpante. Bases filosófico-jurídicas y configuración dogmática”, *InDret*, 10/2015.
- PETERS, K., *Das Gewissen aus rechtlicher psychologischer und theologischer Sicht*, I, Peters (Hrsg), Evangelischer Akademie, Mülheim a. d. Ruhr, 1974.

- PIÑA ROCHEFORT, J. I., *Rol Social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del derecho penal*, pról. J-M<sup>a</sup> Silva Sánchez, Bosch, Barcelona, 2005.
- POLAINO NAVARRETE, M., *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, T. II, 2<sup>a</sup> ed. corregida y actualizada, Tecnos, Madrid, 2016.
- RODRÍGUEZ-CARBALLEIRA A. / MARTÍN PEÑA J. / ALMENDROS C. / ESCARTÍN SOLANELLES J. / PORRÚA GARCÍA C., “Un análisis psicosocial del grupo terrorista como secta”, *Revista de Psicología Social*, ejemplar dedicado a: Explicaciones y análisis sobre la violencia terrorista, vol. 24, núm. 2, 2009, pp. 183-195.
- RODRÍGUEZ-CARBALLEIRA A. / ALMENDROS C. / ESCARTÍN SOLANELLES J. / PORRÚA GARCÍA C. / MARTÍN PEÑA J. / JAVALOY F. / CARROBLES J. A., “Un estudio comparativo de las estrategias de abuso psicológico: en pareja, en el lugar de trabajo y en grupos manipulativos”, *Anuario de Psicología*, vol. 36, núm. 3, 2005, pp. 299-314.
- ROKEACH, M., *The open and the closed mind: investigations into the nature of belief systems and personality systems*, Basic Books, New York, 1960.
- ROMEO CASABONA, CM<sup>a</sup>., *El médico y el Derecho penal. La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)*, Bosch, Barcelona, 1981.
- ROXIN, C., *Derecho penal, Parte general, T. I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. y notas Luzón Peña / Díaz y García Conlledo / De Vicente Remesal, de la 2<sup>a</sup> ed. alemana, Civitas, 1997.
- ROXIN, C., “‘Culpabilidad’ y ‘Responsabilidad’ como categorías sistemáticas jurídico-penales”, ROXIN, C., *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, trad. intr. y notas Francisco Muñoz Conde, Reus, Madrid, 1981, pp. 57-92.
- RUDOLPHI, H-J., “Die Bedeutung eines Gewissensscheidens für das Strafrecht”, *Festschrift für Hans Welzel*, 1974.
- SÁINZ CANTERO, J. A., *La exigibilidad de otra conducta adecuada a la norma en Derecho penal*, Universidad de Granada, Granada, 1965.
- SANTA RITA TAMÉS, G., *El delito de organización terrorista: un modelo de Derecho penal del enemigo. Análisis desde la perspectiva de la imputación objetiva*, pról. Miguel Polaino-Orts, Bosch, 2015.
- SCHAFF, A., *La alienación como fenómeno social*, trad. Alejandro Venegas, Grijalbo, Barcelona, 1979.
- SILVA SÁNCHEZ, J-M<sup>a</sup>., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1<sup>a</sup> ed., Bosch, 1992.
- STRATENWERTH, G., *Derecho penal, Parte general I. El hecho punible*, trad. Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. SANCINETTI, Thomson, 2005.
- TAMARIT SUMALLA, J. M<sup>a</sup>., “Libertad de conciencia y responsabilidad penal: relevancia de los motivos de conciencia en la valoración de la antijuricidad y culpabilidad”, *Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos*, núm. 1, 2001, pp. 383-402.
- TAMARIT SUMALLA, J. M<sup>a</sup>., *La libertad ideológica en el Derecho penal*, PPU, Barcelona, 1989.
- TIMPE, G., *Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot. Untersuchungen zu des 23 Abs. 2, 13 Abs.2, 17 Satz 2, 35 Abs. 1 Satz 2 und 46 Abs. 3 StGB*, Berlin, 1983.
- TOBIAS M. L. / LALICH J., *El terrible poder de las sectas*, trad. Pilar Tutor Alvariño, Tikal, 1999.
- TORRES FERNÁNDEZ, M<sup>a</sup>. E., “Identidad, creencias y orden penal: la exigente cultural”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 17, ejemplar dedicado a: *Identidad, derecho y política*, Antonio López Castillo y César Aguado Renedo (coords.), 2013.
- VARONA GÓMEZ, D., *El miedo insuperable: una reconstrucción de la exigibilidad desde una teoría de la justicia*, Comares, Granada, 2000.
- VASCONCELOS, F. P., *Manual de Derecho penal mexicano, Parte general*, pról. Mariano Jiménez Huerta, 17<sup>a</sup> ed., debidamente corregida y actualizada, Porrúa, México, 2004.
- ZAFFARONI E. R. / ALAGIA A. / SLOKAR A., *Derecho penal, Parte general*, 2<sup>a</sup> ed., Ediar, Buenos Aires, 2002.
- ZAFFARONI E. R. / TENORIO TAGLE F. / ALAGIA A. / SLOKAR A., *Manual de Derecho penal mexicano, Parte General*, 1<sup>a</sup> ed., Porrúa, México, 2013.
- ZIMBARDO, P., *El efecto lucifer. El porqué de la maldad*, trad. Genís Sánchez Barberán, 5<sup>a</sup> reimp. de la 1<sup>a</sup> ed. en esta presentación 2011, Paidós, Barcelona-Buenos Aires-México, 2016.

## La peligrosa criminalización de los discursos extremos a través de las TIC<sup>1</sup>

Dra. Cristina García Arroyo

Universidad de Sevilla

**RESUMEN:** La tendencia del legislador penal español de los últimos tiempos ha sido incrementar e intensificar sin límite la legislación penal. Pero más alarmante es aún ante la criminalización de los discursos extremos y el llamado discurso del odio terrorista. Ante el miedo que generan los ataques terroristas, el legislador penal, a veces movido por mandatos internacionales, y otras por reclamos sociales, ha visto justificado adelantar las barreras de intervención penal a momentos muy previos a la efectiva lesión de bienes jurídicos para tratar de inocular cualquier posible conducta terrorista y para ello no ha tenido problema en poner en juego la seguridad y garantías de nuestro propio Estado de derecho y poner en jaque derechos como la libertad de expresión.

**PALABRAS CLAVES:** discurso del odio terrorista, enaltecimiento del terrorismo, libertad de expresión, derechos fundamentales, discurso terrorista.

**ABSTRACT:** The tendency of the Spanish criminal legislator in recent times has been to increase and intensify criminal legislation without limit. But even more alarming is the criminalization of extreme speech and the so-called terrorist hate speech. Faced with the fear generated by terrorist attacks, the criminal legislator, sometimes moved by international mandates and others by social demands, has seen it justified to advance the barriers of criminal intervention to moments long before the effective damage to legal rights to try to innocuous any possible terrorist behavior and for this it has had no problem putting the security and guarantees of our own rule of law at stake and putting rights such as freedom of expression in check.

**KEYWORDS:** terrorist hate speech, glorification of terrorism, freedom of expression, fundamental rights, terrorist speech.

<sup>1</sup> Trabajo resultado del proyecto “Análisis interdisciplinar de la represión penal del discurso terrorista” (AIRPENDIT), con referencia PGC2018-094602-B-100, financiado por Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), el Ministerio de Ciencia e Innovación y la Agencia Estatal de Investigación. IP: ALFONSO GALÁN MUÑOZ/CARMEN GÓMEZ RIVERO.

**SUMARIO:** 1. Aproximación al discurso del odio terrorista. 2. Nuevos instrumentos penales: especial consideración al enaltecimiento del terrorismo y su incidencia en las TIC. 3. Tendencias político-criminales peligrosas ante el discurso terrorista. 4. Bibliografía.

Rec. 14-04-2022 | Fav. 25-04-2022

## 1. Aproximación al discurso del odio terrorista

Lo cierto es que afirmar que el terrorismo, independientemente de los fines que persiga, que pueden ser tan variado como las causas que lo motiven, existe en el mundo desde antiguo, pero del mismo modo, no es menos cierto que desde hace unos años<sup>2</sup> hasta hoy nos enfrentamos a un terrorismo<sup>3</sup> diferente, un terrorismo de corte yihadista, muy diferente al terrorismo que muchos Estados ya conocían por haber sufrido en sus propias estructuras, instituciones, sistemas y ciudadanos brutales ataques terroristas durante años. Pero no se puede negar que esta nueva forma de terrorismo es diferente y genuina a cualquiera de las que cualquier Estado conociese. No cabe duda, que por su naturaleza diferente al resto debemos entender sus elementos diferenciadores para poder analizar con exhaustividad y acierto si los instrumentos que teníamos en la lucha contra la prevención y sanción del terrorismo son útiles o no para dicho fin.

Una de las realidades del terrorismo yihadista viene dada porque es un terrorismo de ideología religiosa,

por lo que nace con un marcado mensaje ideológico de lucha contra el infiel que incita al odio y va encaminado a hacer sufrir a aquellos que bajo su punto de vista les han hecho sufrir o bien piensan diferente, y por ello los consideran infieles, independientemente de que esas personas estén en otros lugares y no hayan tenido ningún tipo de contacto ni conocimiento previo con el terrorista yihadista, y nada tengan que ver con los supuestos agravios que los terroristas sintieran que tienen que vengar por un daño previo.

Es por ello que el fanatismo religioso es el factor que mueve esta nueva forma de terrorismo, lo cual conlleva un grave riesgo para la propia prevención; y es que ningún fanatismo, pero aún más el religioso, es controlable, por lo que los Estados parten en esta lucha con un importante hándicap que viene dado como consecuencia natural de lo impredecible e incontrolable que resultan las ideas o sentimientos extremos o radicales. También es cierto que, dentro de este mensaje ideológico radical que el yihadismo abandera, se puede ver un mensaje incitador al odio y a la violencia, lo cual genera ciertamente un clima de odio y hostilidad, que el legislador español y el de otros Estados ha intentado prevenir, sin embargo es una tarea compleja, puesto que el terrorismo yihadista encuentra en internet y en las redes sociales y las nuevas tecnologías su principal aliado para expandirlo a lo largo y ancho del mundo, debido a la rapidez en la difusión de esos mensajes y la facilidades que otorga las TIC en esa tarea. Es por ello que tanto nuestro Estado como el resto de países de nuestro entorno han fomentado legislaciones en materia penal y procesal encaminadas a perseguir todos aquellos mensajes incitadores a ese discurso del odio terrorista que el yihadismo abandera, porque representa un grave riesgo para nuestros Estados y nuestros sistemas, lo cual ha fomentado grandes reformas en la materia.

<sup>2</sup> Probablemente, el inicio de esta forma de terrorismo lo encontramos en Occidente desde el atentado a las torres gemelas el 11 de septiembre de 2001, el atentado de Madrid el 11 de marzo de 2004 y el atentado en Londres el 3 de junio de 2017, no obstante, es cierto que no se puede ni se debe afirmar que sea el inicio de la criminalidad terrorista yihadista, sino que, por el contrario, lo adecuado es aceptar que ocurre desde antiguo, pero que desde ese momento se ha incrementado y sus consecuencias han sido mayores en nuestros Estados y en nuestros sistemas y por ello ha tomado mayor protagonismo en nuestras legislaciones su prevención y castigo.

<sup>3</sup> CANO PAÑOS, M. A., "Reflexiones en torno al viejo y al nuevo terrorismo", *Revista española de investigación criminológica*, artículo 7, número 7 (2009), pp. 2 y ss.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., "Reflexiones sobre el terrorismo del terrorismo nacional al terrorismo global", *Liber amicorum: estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor JUAN M. TERRADILLOS BASOCO*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 1316 y ss.

Como podíamos adelantar, una de las grandes formas de difusión de esta forma de terrorismo son los mensajes radicales incitadores y dentro de esos mensajes de lucha contra el infiel que el yihadismo abandera se puede observar un discurso del odio que genera intolerancia y un clima de odio al que piensa diferente, vive diferente y actúa de forma diferente, porque consideran que su ideología, su religión y su forma de vivir es la única válida. Y este discurso del odio terrorista encuentra en internet un espacio relativamente seguro y rápido para propagar sus ideas, captar adeptos y enviar mensajes radicales de modo masivo e internacional.<sup>4</sup>

Pero lo cierto es que debemos reivindicar algo que toda la sociedad, no solo el legislador penal, debería tener claro y aceptar como una máxima: que si hay algo que ningún Estado puede controlar o prevenir es el fanatismo religioso,<sup>5</sup> y la característica esencial del fanatismo es precisamente que es incontrolable e imprevisible, lo cual genera miedo y preocupación porque puede tener consecuencias devastadoras, como ciertamente ocurre con el terrorismo yihadista, pero quizás eso no justifique en ningún modo la pérdida de derechos y garantías de un Estado social y democrático de derecho solamente por miedo a las consecuencias tan graves del terrorismo yihadista, por lo que trataremos de dar en las siguientes líneas una respuesta a esto.

No dudamos que la naturaleza genuina del terrorismo yihadista haga de esta forma que el terrorista yihadista acepte una interpretación errónea, radical y torticera de los cánones más extremos que contiene el islam,<sup>6</sup> y por ese adoctrinamiento radical actúe con la única finalidad de ocasionar dolor y terror a los habitantes del Estado en el que ataca como represalia por los agravios que supuestamente han sufrido o por no compartir con ellos los fundamentos de su “guerra santa”, sus creencias o ideologías, y con ello, cree cumplir los designios y mandatos de la ley de

dios, por lo que cree firmemente que con sus ataques hace lo que se espera de él, cumple con su labor y se gana el beneficio de dios y un lugar en el paraíso prometido por librar su lucha.<sup>7</sup> Es ese lugar, en el paraíso, el reconocimiento o premio que les es prometido por actuar sembrando terror entre los infieles, y que por supuesto, les motiva a actuar de esa determinada forma, apartada por completo de unos parámetros correctos de humanidad y coexistencia social, por lo que el beneficio de sus actuaciones no es comparable al miedo que pudieran tener sobre las represalias que los estados democráticos pudieran aplicarles.

Por lo que llegados a este punto no podemos negar que esta naturaleza de la lucha yihadista es diferente y mucho más compleja que la que se pudiera llevar ante cualquier otra clase de terrorismo, y por ello intentar prevenirla y controlarla es algo completamente complejo y, en multitud de ocasiones, supondrá la confrontación entre *la seguridad y las garantías* de nuestros propios Estados y de nuestros propios sistemas<sup>8</sup> y es un gran reto para los ordenamientos jurídicos, sobre todo para el penal y el procesal que en muchas ocasiones han visto y verán reformadas sus legislaciones en esta materia, en ocasiones siguiendo mandatos internacionales y otras tantas para acallar voces deseosas de una falsa creencia de seguridad que claman reformas penales para conseguirlas, pero que casi siempre acaban siendo un derecho penal simbólico motivado por los reclamos sociales. Claro ejemplo de esto en el ordenamiento jurídico penal español son las recientes reformas operadas por las LO 2/2015 y LO 1/2019 que acometieron de lleno en las reformas de los delitos terroristas y crearon diferentes tipos penales autónomos para castigar el discurso del odio terrorista y poder prevenir e inocuizar todos esos mensajes incitadores al odio que podrían llevar en un futuro hipotético a fundamentar la idea en algunas personas de generar ataques terroristas.

Lo cierto es que, además de lo expuesto, consideramos necesario que para iniciar un estudio sobre la materia deberíamos tener en cuenta dos puntos esenciales para entender lo que hemos venido adelantando: por un lado, podemos afirmar que este terrorismo

<sup>4</sup> CANCIO MELIÁ, M. Y DÍAZ LÓPEZ, J. A., *¿Discurso de odio y/o discurso terrorista? Música, guiñoles y redes sociales frente al artículo 578 del Código Penal*, Aranzadi, Navarra, 2019, p.154.

<sup>5</sup> NÚÑEZ CASTAÑO, E., “Tendencias político criminales en materia de terrorismo tras la L.O. 2/2015, de 30 de marzo: la implementación de la normativa europea e internacional”, en *Revista Penal*, nº37, 2016, pp. 122 y 123.

<sup>6</sup> GALÁN MUÑOZ, A., “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. XXXVIII (2018), pp. 248 y ss.

<sup>7</sup> CHARFI, M., *Islam y libertad. El malentendido histórico*, 2011, pp. 46 y ss.

<sup>8</sup> NÚÑEZ CASTAÑO, E., “Tendencias político criminales en materia de terrorismo tras la L.O. 2/2015, de 30 de marzo: la implementación de la normativa europea e internacional”, *ob. cit.*, pp. 120 y ss.



yihadista no elige a sus víctimas, como sí lo hace por ejemplo el terrorismo nacionalista, que elige a víctimas representantes del poder político al que pretende combatir; pero, sin embargo, el terrorista yihadista no lo hace porque precisamente su fin no persigue otra cosa que no sea generar terror, odio y daño; por eso, y por lo fácil que se puede expandir a través de internet,<sup>9</sup> los medios de comunicación y las redes sociales, junto a la libre circulación de personas, tiene un claro carácter internacional.<sup>10</sup>

Y, por otro lado, no podemos olvidar algo que es muy común ante esta forma de criminalidad, y es que el terrorista yihadista puede actuar de forma individualizada, sin organización ni jerarquía e incluso en muchos casos no la necesita y le será mucho más fácil no vincularse con alguna y tener mayor libertad de movimientos no controlados por los Estados de Occidente. Esto es así, porque puede ocurrir, y de hecho sucede, que una persona sola, los llamados “lobos solitarios” pueden adoctrinarse a través de internet o por pequeñas células terroristas y por ellos mismos radicalizarse y decidir por ellos mismos actuar sembrando terror y horror en alguna parte del mundo para así acabar con los infieles, y algo muy importante es que en el ataque además está dispuesto a perder su propia vida,<sup>11</sup> por lo que es aún más complejo pensar en instrumentos de represión penal. Y esto también es algo que se retroalimenta de esa facilidad que otorga internet, las redes sociales y las nuevas tecnologías para expandir un mensaje radical e incitador atractivo para aquellas personas dispuestas a hacer una interpretación de ellos contraria a la coherencia y los parámetros básicos de convivencia y coexistencia en el seno de una sociedad democrática, por carecer del más puro respeto a la tolerancia y a la diversidad y motivado por la propia radicalización religiosa.

Esos mensajes de intolerancia, que generan un clima de odio y hostilidad hacia todo lo diferente<sup>12</sup> al propio terrorista yihadista, han provocado que el legislador penal y el de otros países de nuestro entorno hayan intentado contrarrestarlos creando numerosos instrumentos penales como la creación de nuevos tipos, ampliando penas o aumentando las finalidades del terrorismo entre otras cuestiones, que no podemos profundizar por cuestiones lógicas de espacio en el presente trabajo, para poder criminalizar todas las conductas o actitudes que, aunque sea periféricamente, puedan tener cierta relación con el terrorismo.<sup>13</sup>

## 2. Nuevos instrumentos penales: especial consideración al enaltecimiento del terrorismo y su incidencia en las TIC

Como hemos dicho, presentar en un estudio como este todos los instrumentos penales que el legislador tiene para hacer frente a estas conductas, que son muchos,<sup>14</sup> sería imposible, por lo que centraremos el estudio en la tendencia intensificadora del legislador penal ante la lucha contra el terrorismo.

Lo cierto es que, bajo esta tendencia intensificadora en su lucha contra el nuevo terrorismo, el legislador penal ha seguido una serie de estrategias muy controvertidas y criticadas por la doctrina penal.<sup>15</sup>

<sup>12</sup> CANCIO MELIÁ, M. *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, Reus, Madrid 2010, pp. 285 y ss.; TERUEL LOZANO, G., “El discurso de odio como límite a la libertad de expresión en el marco del Convenio Europeo”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, número 27, 2017, *passim*.; CABELLOS ESPÍRREZ, M. A., “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*, número 61, 2020, pág. 34.

<sup>13</sup> TERRADILLOS BASOCO, J. M., “Terrorismo yihadista y política criminal del siglo XXI”, *Revista Nuevo Foro Penal*, Vol. 12, N° 87, julio-diciembre 2016, pp. 34 y ss.

<sup>14</sup> GALÁN MUÑOZ, A., «¿Leyes que matan ideas frente a las ideas que matan personas? Problemas de la nueva represión de los mecanismos de captación terrorista tras la reforma del Código Penal de la LO 2/2015», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Número 15, 2016, *passim*.

<sup>15</sup> Como ha sido la ampliación de las finalidades que persigan los sujetos para convertir el delito en terrorismo y así poder aplicar la normativa de prevención y sanción de los delitos terroristas a muchas más situaciones, lo cual hace que tras la reforma operada por la LO 2/2015 y la LO 1/2019 las finalidades que se articulan en el artículo 573 CP, además de las finalidades tradicionales del terrorismo de subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o abstenerse de hacerlo también lo serán: alterar la paz pública, desestabilizar gravemente el funcio-

<sup>9</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “Servicios de inteligencia y contraterrorismo”, *Terrorismo y contraterrorismo en el siglo XXI. Un análisis penal y político criminal*, *Ratio legis*, Salamanca 2016, p. 118.

<sup>10</sup> CORRECHER MIRA, J., “Límites penales a la libertad de expresión: sobre el enaltecimiento del terrorismo en redes sociales”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, número 39, 2019, pp. 322 y ss.

<sup>11</sup> GALÁN MUÑOZ, A., “El delito de enaltecimiento terrorista. ¿Instrumento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiados mensajes de raperos, twitteros y titiriteros?”, *ob. cit.*, p. 249.

Todas esas estrategias, desde luego, han venido marcadas por una tendencia expansiva e intensificada de la intervención penal para que bajo diferentes premisas la excepcionalidad de las medidas que debe predicarse a los delitos terroristas dejan de ser excepción y el derecho penal pueda intervenir de forma prematura creando un adelantamiento de las barreras de intervención penal a espacios en ocasiones periféricos a la efectiva lesión de los bienes jurídicos, y esto es algo que debe preocuparnos porque puede llevar a consecuencias jurídicas insostenibles y, por ejemplo, terminar castigando como delitos terroristas situaciones que nada tengan que ver con dicho fenómeno, por esa expansión y adelantamiento de las barreras de intervención penal que el legislador ha venido aplicando respecto a estos supuestos.<sup>16</sup>

Lo cierto es que a través de la LO 2/2015 y la LO 1/2019, se han ido creando figuras típicas y se han intensificado punitivamente muchas otras para perseguir y reprimir el terrorismo, incluso desde sus momentos más previos o incluso cuando la idea empieza a germinar en la persona, con el fin de cortar de raíz cualquier futuro planteamiento que pudiera generar ataques terroristas, lo que por supuesto llevará en ocasiones a adelantamientos desmesurados de la intervención penal. Y probablemente esta forma de actuación del legislador penal en esa implementación de medidas de nuevo corte como medidas preventivas y securitarias no sea el mejor camino en aras de los derechos y las garantías.<sup>17</sup>

De esta forma, el legislador penal, con esta batería de medidas que ha ido implementando en la lucha contra el terrorismo, que merecen mayor detenimien-

namiento de una organización internacional y provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella. Lo cual hace que caigan bajo la capa de delitos terroristas circunstancias que quizás nada tengan que ver con dicho fenómeno por la propia ampliación que quizás sea desmesurada. En este sentido vid. GARCÍA RIVAS, N., «Legislación penal española y delito de terrorismo», Terrorismo y contraterrorismo en el siglo XXI. Un análisis penal y político criminal, Ratio Legis, Salamanca 2016, pp. 89 y ss.; NUÑEZ CASTAÑO, E., Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 79 y ss.

<sup>16</sup> GALÁN MUÑOZ, A., “¿Leyes que matan ideas frente a las ideas que matan personas? Problemas de la nueva represión de los mecanismos de captación terrorista tras la reforma del código penal de la LO 2/2015”, *ob. cit.*, p. 105.

<sup>17</sup> NUÑEZ CASTAÑO, E., “Lineamientos de la regulación jurídico penal del terrorismo en tiempos convulsos: su aplicación a los delitos de terrorismo”, *Derecho penal y política criminal en tiempos convulsos. Libro homenaje a la Profa. Dra. María Isabel Martínez González*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 372 y 373.

to y estudio, pero que no es posible por cuestión de espacio en la presente obra, pretende perseguir todo aquello que se pueda entender, concebir o relacionar con el terrorismo o el entorno terrorista; de manera que lo que pretende es inocular todo aquello y a todos aquellos que directa o indirectamente se relacionen de forma alguna con los terroristas o su actividad criminal. Y para conseguirlo recurre al adelantamiento de la intervención penal a ámbitos que, en principio, pueden estar absolutamente desconectados de estos sujetos o de sus actividades y que no presentan realmente un riesgo y mucho menos afección al presunto bien jurídico que se pretende proteger en los delitos de este corte.

Pero, sin embargo, el legislador sigue una política criminal tendente a entender que si se previene el problema con mucha antelación e inocular las fuentes de riesgo del mismo evitará los riesgos que si pueden crear los futuros comportamientos terroristas.<sup>18</sup>

Ejemplos de esta tendencia del legislador penal hay muchos,<sup>19</sup> y por centrarnos en alguno a modo de ejemplo *ratio* materia con el objeto de estudio trataremos el delito del 578<sup>20</sup> CP donde se castiga el enal-

<sup>18</sup> NUÑEZ CASTAÑO, E., “Lineamientos de la regulación jurídico penal del terrorismo en tiempos convulsos: su aplicación a los delitos de terrorismo”, *ob. cit.*, pág. 383.

<sup>19</sup> Por ejemplo, el delito del artículo 575 cp de adoctrinamiento y adiestramiento, la financiación del terrorismo del 576 cp, las colaboraciones con grupos o elementos terroristas del 577 cp, etc...

<sup>20</sup> GALÁN MUÑOZ, A., “El delito de enaltecimiento terrorista. ¿Instrumento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raperos, tвитters y titiriteros?”, *ob. cit., passim*; MIRA BENAVENT, J., “Algunas consideraciones político-criminales sobre la función de los delitos de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas del terrorismo”, *Terrorismo y contraterrorismo en el siglo XXI. Un análisis penal y político criminal*, Portilla Contreras/Pérez Cepeda (dir.), *Ratio legis*. Universidad de Salamanca, 2016, pp. 103 y ss.; CORRECHER MIRA, J., “Límites penales a la libertad de expresión: sobre el enaltecimiento del terrorismo en redes sociales”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, *ob. cit.*, pp. 322 y ss.; el mismo, “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”, en *Revista general de Derecho penal* N°27, 2017, pp. 2 y ss.; CABELLOS ESPÍERREZ, M. A., “Libertad de expresión y límites penales: Una nueva fase en el camino hacia la fijación de criterios interpretativos constitucionalmente coherentes”, *ob. cit.*; GORJÓN BARRANCO, M.C., “La inflación penal del discurso discrepante: Un análisis a través de la jurisprudencia más reciente”, *Revista Brasileira de Ciências Criminales*. Vol. 147, septiembre 2018, pp. 615 y ss.; CARBONELL MATEU, J. C., “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 Prof. Dr. Dr.h.c. Juan M<sup>a</sup> Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, Valencia 2018, pp. 1421 y ss.; BERNAL DEL CASTILLO, J., “El enaltecimiento del terrorismo y la

tecimiento o justificación públicos del terrorismo, los actos de descrédito, menosprecio o humillación a las víctimas —aunque similares consideraciones pudieran hacerse también del art. 579<sup>21</sup> CP que castiga la difusión de mensajes o consignas para incitar a otros a la comisión de delitos de terrorismo— como principales formas del discurso del odio terrorista.<sup>22</sup>

El delito de enaltecimiento del terrorismo que entró en vigor en nuestro Código penal con la LO 7/2000 y se recoge en el artículo 578 CP castiga la conducta de enaltecer o justificar públicamente los actos delictivos propios del terrorismo o a quienes los hubieran realizado, así como la conducta de humillar o menospreciar a sus víctimas.

Un tipo penal creado con la promesa o intención de ser un instrumento útil para la lucha contra el terrorismo, pero que presenta muchas sombras y muy pocas luces. Y esto es así, porque parece claro que de la redacción del mismo y haciendo simplemente una interpretación literal, no se puede esperar que la conducta solamente esté limitada a aquellos actos que se realicen con la intención o incitación directa a la comisión de un ataque terrorista a modo de apología, aunque sea algo que no haya escapado a la discusión doctrinal.<sup>23</sup>

humillación a sus víctimas como formas del ‘discurso del odio’”, *Revista de Derecho penal y criminología* N°16, 2016, pp. 14 y ss.; CANCIO MELIÁ, M., “Discurso terrorista y delito de enaltecimiento/humillación (art. 578 CP)”, *Libro homenaje al profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, Vol. II, Universidad Autónoma de Madrid 2019, pp. 925 y ss.; CAMPO MORENO, J. C., *Comentarios a la reforma del Código penal en materia de terrorismo: La L.O. 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia 2015, pp. 75 y ss.

<sup>21</sup> Vid. sobre esto VIVES ANTÓN, S., “Sobre la apología del terrorismo como ‘discurso’ del odio”, *Libertad de expresión y discursos del odio*, Revenga Sánchez (dir.), *Cuadernos de la Cátedra Democracia y Derechos Humanos*, 12, Universidad de Alcalá, Madrid, 2015, pp. 33 y ss.

<sup>22</sup> Analiza la legitimación constitucional del enaltecimiento del terrorismo como forma de “delito de odio” MENÉNDEZ CONCA, L., “El delito de enaltecimiento del terrorismo: su legitimación constitucional como una manifestación del ‘discurso de odio’”, *Libertad de expresión y discurso de odio por motivos religiosos*, Combalía/Diago/González-Varas (edit.), Universidad de Zaragoza, 2019, pp. 173 y ss.

<sup>23</sup> GALÁN MUÑOZ, A., “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?”, *Ob. Cit., passim*; el mismo, “¿Leyes que matan ideas frente a las ideas que matan personas? Problemas de la nueva represión de los mecanismos de captación terrorista tras la reforma del código penal de la lo 2/2015”, *ob. cit.*, pp. 100 y ss.; BERNAL DEL CASTILLO, J., “El enaltecimiento del terrorismo y la humillación a sus víctimas como formas del ‘Discurso del odio’”, *Revista de Derecho penal y criminología*, n°16, pp. 14 y

En definitiva, si el delito de enaltecimiento, justificación o humillación no hace mención expresa en el tipo penal de que las conductas típicas se realicen dirigidas a incitar a otros a cometer delito o delitos de terrorismo no puede entenderse que este elemento sea necesario para la comisión del delito. Lo cual supone algo muy peligroso, que sería castigar mensajes que se emitan públicamente que alaben o elogien actos terroristas ya cometidos o a aquellas personas que los cometieron. O, también, mensajes que humillen o menosprecie a víctimas del terrorismo y estos últimos ni siquiera requieren que se hayan hecho públicamente, lo cual tiene duras críticas y no podemos aceptar en absoluto.

Y esto es así, porque ello supone que el enaltecimiento no es un delito de terrorismo propiamente dicho, sino, por el contrario, es una conducta que favorece el clima intimidatorio creado por este. Incluso, podría llegar a ser entendido como actos preparatorios que rozasen el límite, si acaso, con la tentativa punible dependiendo del caso; y habrá muchos otros casos en los que existan mensajes individuales lanzados a través de una cuenta de Twitter que debieran quedar al margen por supuesto de cualquier intervención penal,<sup>24</sup> porque lo cierto es que enaltecer o justificar determinadas conductas o comportamientos, así como a aquellas personas que lo realizasen si realmente no acarrea consigo una incitación directa y marcada que tenga la suficiente potencialidad lesiva, no debería ser delito. Y no debería serlo porque a través de internet y las redes sociales se emiten miles de mensajes que son contrarios a la propia ideología de quien los recibe y eso puede molestar, pero se trata del ejercicio legítimo de un derecho fundamental como es la libertad de expresión, que no debe ser coartado ni limitado

ss.; RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., “¿Dónde está el límite a la libertad de expresión? El discurso del odio y el delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas”, en revista *Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, Número 46, abril- junio 2017; CORRECHER MIRA, J., “Límites penales a la libertad de expresión: sobre el enaltecimiento del terrorismo en redes sociales”, *ob. cit.*, pp. 322 y ss.; CABELLOS ESPÍERREZ, M.A., “Libertad de expresión y límites penales: Una nueva fase en el camino hacia la fijación de criterios interpretativos constitucionalmente coherentes”, *ob. cit., passim*; LEÓN ALAPONT, J., “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*, 2022, núm 24-01, pp. 1-46.

<sup>24</sup> GALÁN MUÑOZ, A., “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?”, *Ob. Cit.*, pp. 251 y ss.



hasta en tanto no atente contra otro derecho fundamental.<sup>25</sup> Y esto es así porque un derecho penal liberal respetuoso con el Estado de derecho nunca puede tipificar penalmente la actitud interna de un sujeto, su concreta ideología por radical y tergiversada con la realidad y la tolerancia que sea, incluso, tampoco se podría castigar la posible predisposición del sujeto a hacer uso de la violencia con fines terroristas hasta en tanto en cuanto no comenzase a realizar acciones que resultaran adecuadas para la efectiva lesión de un bien jurídico necesitado de protección penal.

Los problemas que plantea el tipo son muchos y alarmantes, pero es cuanto menos llamativo que el legislador penal haya encontrado justificado castigar de esta forma estos delitos, que no dejan de ser un delito de expresión o de opinión, que entrarán en conflicto con derechos fundamentales como son la libertad de expresión y de opinión de los ciudadanos, lo que supone el límite esencial y fundamental de cualquier Estado democrático y que el legislador haya tomado el camino de la legitimación de la represión penal por la peligrosidad que pudiera conllevar esos mensajes es contrario al propio Estado de derecho al que pretende proteger con esa batería de instrumentos penales.

Y ello es así, porque a mi parecer el hecho de eliminar del delito de enaltecimiento un marcado carácter intencional<sup>26</sup> de incitar a cometer delitos de terrorismo a través de la tipificación de la incitación indirecta supone castigar meras opiniones, mensajes que bajo la capa de “los delitos de odio” han encontrado justificación para ser perseguidos y castigados con el arma más poderosa que tiene el Estado, como es el derecho penal.

Además, parece que el legislador olvida el verdadero funcionamiento de las redes sociales, que en ocasiones no niego que no puedan resultar peligrosas y que las mismas puedan ser instrumentos a través de los cuales se lleguen a cometer numerosos delitos, pero ¿hasta qué punto se puede probar la verdadera intención del posible sujeto activo de incitar a cometer delitos terroristas a través de las nuevas tecnologías?, la respuesta para mí en este punto, aunque no es sen-

cilla, si facilitaría la interpretación al apelar de nuevo en la reivindicación de la incitación directa y clara para evitar el castigo prematuro en las zonas grises de esos mensajes que pudieran resultar de un humor muy desagradable, pero en ningún caso incitadores.

Por lo tanto, hasta ese punto todo lo demás quedará o debiera quedar más en la esfera interna del sujeto que recibe el mensaje que de quien verdaderamente lo emite, y lo cierto es que saber la capacidad de incitación de un mensaje a través de una red social es complejo, porque en el momento que se lanza en la red se pierde el completo control de hacia dónde o a quien llegará y por cuantos sujetos hubiera pasado ese mensaje antes de resultar incitador para alguien que decida actuar ocasionando el terror. Porque así funcionan las redes sociales y, en ocasiones, la capacidad de incitación del mensaje dependerá del público al que se dirija, la persona que lo emita y los seguidores que esta tenga en la red, lo atractivo del mensaje para ser o no retuiteado, etcétera; incluso, en ocasiones, los propios mensajes con leve capacidad incitadora para cometer delitos terroristas (esa capacidad indirecta) no tienen tanta importancia y trascendencia en la red como se le da a través de los medios de comunicación haciéndose eco de la noticia y es por ello cuando empiezan a ser verdaderamente peligrosos. Por lo que con estas breves líneas ya se pueden ver los problemas tan serios que plantean la tipificación actual del delito de incitación a través de la incitación indirecta en las redes sociales y en internet, que es principalmente el foro en el que se expande el discurso del odio terrorista, por lo que una legislación como la actual plantea serios problemas e inseguridad jurídica.

Desde luego, si nos paramos a hacer un estudio dogmático de lo que supone esta figura ya le encontraríamos muchas sombras que nos impiden ver luces, como plantearnos que no existe lesión a ningún bien jurídico o no al menos al bien jurídico orden público, o que ex ante las conductas acarreen un peligro mínimo que no tiene que ser constatado con una efectiva lesión al bien jurídico. Lo cual son motivos más que suficientes para criticar este tipo penal.

Pero es que la configuración de un tipo penal como el del enaltecimiento del terrorismo que encuentra su principal fundamento en la emisión de determinadas opiniones, más o menos reprochables por quienes son sus destinatarios o incluso por la sociedad, implica que, si no existe otro elemento que permita la

<sup>25</sup> NÚÑEZ CASTAÑO, E., “Delitos de expresión y derechos fundamentales: el caso del enaltecimiento del terrorismo”, *Revista General de Derecho Penal* 36 (2021), pp. 9 y ss.

<sup>26</sup> LEÓN ALAPONT, J., “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*, 2022, núm. 24-01, pp. 26 y ss.

restricción de su posible aplicación, como podría ser la idoneidad respecto de la incitación concreta a la realización de delitos de terrorismo, o la humillación concreta y contrastada de las víctimas de los mismos, estaríamos sancionando comportamientos que exclusivamente suponen la exteriorización de un determinado comportamiento o una determinada ideología por muy rechazables, reprochables o indignos que puedan resultar.

La sanción del discrepante que se mantiene dentro del ámbito de la expresión de la ideología propia o de la opinión propia no puede ni debe fundamentar la intervención penal por mucho que nos repugne el concreto mensaje emitido, porque ello fundamenta concretamente un derecho fundamental al que ni puede ni debe renunciarse en un Estado democrático de derecho, como es la libertad de expresión. Cuando se regula un tipo penal con la descripción que contiene el art. 578 CP puede llevar a absurdas consecuencias o incluso a distintas consideraciones, según sea quien enjuicie los hechos en concreto. Claro ejemplo de ello es el caso Strawberry, por ejemplo, que tuvo resoluciones distintas en Audiencia Nacional, Sentencia 20/2016 de 18 de julio<sup>27</sup> y en el Tribunal Supremo, STS 4/2017 de 18 de enero,<sup>28</sup> donde primero se absolvía al rapero y posteriormente se condenaba por un delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas del 578 CP.<sup>29</sup> Así, ante unos mismos mensajes, dos tribunales consideran los mismos constitutivos de un delito de enaltecimiento y otro no, lo cual no es más que otra prueba de que la tipificación del delito de enaltecimiento del terrorismo y de humillación a las víctimas acarrea serios problemas en su tipificación que por inexacta y extremadamente amplia y no concreta conlleva a una gran inseguridad jurídica.

Así, una mala técnica legislativa finalmente acaba condenando por delitos de enaltecimiento conductas que no dejan de ser meras opiniones vertidas en un medio público que por desabridas que sean o puedan molestar carecen de todo contenido de injusto.

El Tribunal Constitucional, por su parte, ha intentado delimitar el contenido del derecho a la libertad

de expresión del artículo 20.1.a), pero considero que esto es algo completamente innecesario, puesto que un derecho fundamental tiene su propio contenido y su propia concepción y no debe ser delimitado ni explicado, por lo que toda idea de realizar una delimitación del derecho fundamental parte *ab initio* de un problema serio, que es no entender que los derechos fundamentales de un Estado definen a ese propio Estado y que el español vea necesario delimitar el derecho a la libertad de expresión motivado o justificado por el peligro abstracto que crean ciertos mensajes no resulta bajo ningún precepto aceptable. Porque, desde luego, el miedo o el peligro que puedan crear esos mensajes no puede justificar la intervención penal de forma prematura y mucho menos limitando derechos fundamentales básicos y ese mismo miedo o peligro no puede dotar en ningún caso al legislador penal de legitimación para hacerlo.

Y no solamente esto que acabamos de exponer sino que, además, mientras el tipo penal exista, y exista tal y como está tipificado, abre la mano a la condena por delitos de enaltecimiento terrorista a conductas que carecen de un mensaje lo suficiente lesivo para legitimar la intervención penal en mi opinión. Y lo cierto es que quizás ese contenido no debiera ser limitado a través de ningún fallo jurisprudencial porque la verdad más absoluta que puede existir en un Estado de derecho es que el ejercicio legítimo de un derecho fundamental nunca puede ser delito, hasta que no transfiera los límites de otro derecho fundamental, y ante la escasa lesividad que acarrea la tipificación de los delitos de enaltecimiento terrorista ciertamente no podemos decir que nos encontremos en uno de esos casos, salvo cuando la incitación fuera clara y directa, lo cual ya quedaría solventado dentro del Código penal a través de las apologías de los artículos 17 y 18 CP, sin ser realmente necesario el artículo 578 CP si no es para aumentar el derecho penal simbólico, porque expresarse en términos que pueden ser ofensivos o moralmente reprochables no merece un reproche penal.

Pero lo que es más preocupante es que ante la posibilidad de estar cometiendo un delito, un ciudadano motivado por la norma penal decida autolimitar su libertad de expresión para evitar lanzar o retuitear o interactuar en cualquier red social cuando los contenidos de los mensajes pudieran rozar la incitación indirecta por miedo al reproche penal. Y es cierto que

<sup>27</sup> SAN 2767/2016

<sup>28</sup> STS 31/2017

<sup>29</sup> Ampliamente sobre esto, CANCIO MELIÁ, M. Y DÍAZ LÓPEZ, J.A., *¿Discurso de odio y/o discurso terrorista? Música, guiñoles y redes sociales frente al artículo 578 del Código Penal*, ob. cit., pp. 193 y ss.

diariamente se pueden observar mensajes en redes sociales que pueden ser de mal gusto o hirientes, pero que, sin embargo, no tienen la capacidad de incitación directa y casi en ningún caso por un mensaje se podrá probar esa incitación, salvo que sea muy clara y directa. Por lo que esa limitación que un ciudadano puede hacer de su libertad de expresión sí que es un fracaso para el Estado de derecho y los derechos y las libertades de las personas.

Similar suerte se puede predicar también del delito del 579 CP; en definitiva que el legislador penal haya entendido necesario castigar estas conductas como discurso del odio terrorista y por ello considerarlas peligrosas y merecedoras de castigo es alarmante porque en mi opinión lo que se castiga es el clima de odio, intolerancia u hostilidad que ciertos mensajes plantean, y castigar de esta forma el discurso del odio terrorista puede chocar frontalmente con la libertad de expresión, que constituye la garantía de la coexistencia social y la formación de una opinión pública libre y es fundamental para la libertad ideológica de cada ciudadano, que resulta esencial para la configuración de un Estado social y un sistema político, por lo que recurrir al derecho penal para repelerlo supone una ampliación desmesurada del *ius puniendi* del Estado.<sup>30</sup>

### 3. Tendencias político-criminales peligrosas ante el discurso terrorista

Por todo lo expuesto y con las duras críticas que ya cabe hacerle con carácter dogmático al nuevo discurso del odio terrorista, también nos planteamos si castigar la intolerancia con más intolerancia es correcto, y lo cierto es que una sociedad democrática y tolerante puede e incluso debe protegerse de la intolerancia para evitar que esas ideas intolerantes acaben ganando la partida a la tolerancia y, por ende, a la democracia. Pero no a cualquier precio, y probablemente el discurso del odio terrorista, en el sentido expuesto de incitación directa, pone en jaque a la sociedad democrática, pero cuando en nuestro texto penal ya encontrábamos acomodo y solución a estas figuras en posibles apologías, que desde luego tienen un marcado tenor intencional de incitación directa que justifica

en mayor medida la intervención penal, o en posibles delitos de injurias, no podemos justificar la intervención penal en este caso.

Y no podemos hacerlo porque la escasa lesividad de las conductas, unida a que existen otros preceptos penales más adecuados para solucionar dichos problemas nos parece la creación de un derecho penal simbólico y securitario, creado simplemente para acallar voces deseosas de castigar todo aquello que pudiera tener algún destello de terrorismo.

Y quizás este modelo de actuación puede entenderse como forma de prevención general o especial, para que la ley penal cumpla con una de sus funciones esenciales, pero estas funciones tienen que ir íntimamente ligadas a la función de motivación. Y como pusimos de manifiesto anteriormente, el terrorista no es un terrorista del terrorismo tradicional y puede incluso no participar en el seno de una organización o grupo criminal, sino como un “lobo solitario” y estar dispuesto a morir en el propio atentado. Por lo que el temor de la imposición de una pena elevada no le sirve como contención a la comisión del delito y por tanto fracasa la prevención de la norma. Porque, como acertadamente afirma NÚÑEZ CASTAÑO, este tipo de terrorista no se encuentra motivado por la norma, pues lo que le motiva es su propia ley y sus propios sistemas de control social y la consecuencia de no actuar es mucho peor con base en su religión e ideología que lo que pueda suceder si finalmente actúa sembrando el odio y el terror.<sup>31</sup>

Por lo que la eficacia de las normas penales en materia de terrorismo se tambalea y simplemente el legislador mantiene en estos instrumentos una necesidad u obsesión de luchar contra el terrorismo con un afán pancriminalizador sin hacer un análisis de la eficacia o legitimidad de las medidas que ha ido implementando, y está bastante claro, al menos esa es mi opinión, que no funcionan ni pueden funcionar, pero es que tampoco nos parece que fueran creadas con esa intención, sino que, por el contrario, la sociedad tenía una necesidad de respuestas ante un problema tan alarmante y el legislador actuó de la forma más fácil: incrementar el Código Penal, aunque eso en muchos casos no sea una buena solución y en estos obviamente menos.

<sup>30</sup> MUÑOZ CUESTA, J., “Interpretación del enaltecimiento del terrorismo conforma a la directiva UE 2017/541, de 18 de marzo”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº8/2017, Cizur Menor, Navarra, 2017, pp. 2 y ss.

<sup>31</sup> NÚÑEZ CASTAÑO, E., “Tendencias político criminales en materia de terrorismo tras la L.O. 2/2015, de 30 de marzo: la implementación de la normativa europea e internacional”, *ob. cit.*, p. 121.

Y si algo tenemos muy claro, es que un derecho penal garantista, no puede castigar pensamientos ni ideas, aunque no sean morales o éticas y se hagan públicas, ni puede ceder garantías flexibilizando los principios rectores del Derecho penal bajo una falsa creencia de aportar mayor seguridad porque entonces la intervención penal adoleciendo de aquellas dejaría de tener sentido y dejaría de cumplir su función.

Tipificar delitos con la máxima de “estás contra el terrorismo o estas con él”, como afirma GALÁN MUÑOZ,<sup>32</sup> implica sobrepasar unos límites que jamás deben tolerarse, como son justificar la intervención penal en delitos de mera opinión, porque mañana la opinión que se criminalice puede ser la nuestra bajo esa apariencia de falsa seguridad que otorga el Estado, porque a eso nos lleva la flexibilización de las garantías del derecho penal. Nos lleva a que la ciudadanía, por temor a poder estar cometiendo un delito, limite su libertad de expresión y de opinión, es decir, las consecuencias de estas legislaciones las sufren todos los ciudadanos que se autolimitan en su libertad de expresión antes de enviar un tweet o lanzar cualquier mensaje que a alguien pudiera molestar, con las consecuencias tan graves que ello tiene, porque lo cierto es que hoy día y cada vez más nos encontraremos con gente a la que nuestra opinión les ofende y no entienden que estamos ejerciendo un derecho fundamental o al contrario. Y esto es entender incorrectamente la prevención del derecho penal, porque al que se pretende motivar realmente esta batería de herramientas penales le da absolutamente igual y quien las padece es quien menos las necesita, como decía —la sociedad y los ciudadanos en general— aunque sus mensajes o discursos pudieran parecer desagradables y carentes de toda empatía, pero la realidad es que las opiniones nunca pueden ser delito, aunque sean contrarias a las propias.

Entonces, la pregunta debe saltarnos de inmediato, si realmente estas medidas no son eficaces, ¿para qué las mantiene?, y la única respuesta que al menos yo puedo dar, es por temor, por el miedo que crea esta nueva forma de terrorismo que por radical es incontrolable y porque la sociedad lo pide, como hemos ido reiterando a lo largo del presente trabajo; y el legislador de esta forma encuentra justificado aplicar me-

didias desiguales depende de quién sea el delincuente; para un tipo de delincuente habrá garantías, pero para el delincuente terrorista, que es muy peligroso, a ese se le aplica un derecho penal diferente, un derecho penal más tendente a un derecho penal del enemigo que a un derecho penal democrático y eso no se puede aceptar porque es incompatible con el Estado de derecho.

Y precisamente es esto, el Estado policía lo que supone un verdadero peligro para la democracia y para nuestros sistemas, porque ningún tipo de terrorismo tiene capacidad para destruir nuestro sistema social ni nuestro de Estado de derecho. Por lo tanto, la política criminal que sigue el legislador penal es errante completamente y llega a límites que jamás pueden ser tolerados porque conlleva a consecuencias que son el verdadero peligro para la democracia y para nuestro sistema.<sup>33</sup>

Estas estrategias político criminales en materia antiterrorista no pueden resultar eficaces porque nunca se pretendía que lo fueran, sino que solamente se buscaba articular un sistema penal de punitivismo simbólico dirigido a responder a requerimientos de la prevención general positiva y afirmar la vigencia del orden jurídico, por lo que esta batería de instrumentos ya nació condenado al fracaso, pero con una partida ganada mucho más peligrosa que es la pérdida del Estado democrático, lo que supone el verdadero triunfo del terrorismo. Y esto hay que al menos ponerlo de manifiesto, porque la sociedad pidiendo estas medidas está dispuesta a dilapidar la construcción de un sistema penal democrático en aras de una falsa seguridad, que ni existe ni puede existir. Y todos debemos entender esto, porque aplicar medidas eficaces requiere tiempo y dinero, por lo que los reclamos sociales de seguridad absoluta e inmediata juegan a la contra.

Pero ante un mensaje tan desolador y el panorama de la legislación antiterrorista, caben ciertas luces en las que sí se debería trabajar, y es que la solución está solamente en reivindicar una política criminal consciente de los instrumentos de los que dispone para luchar contra el terrorismo desde un derecho penal democrático, sabiendo las características esenciales del tipo de terrorismo que pretende repeler. Por lo que quizás mejores propuestas serían controlar y erradi-

<sup>32</sup> GALÁN MUÑOZ, A., “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?”, *ob. cit.*, pp. 300 y ss.

<sup>33</sup> NÚÑEZ CASTAÑO, E., “Tendencias político criminales en materia de terrorismo tras la L.O. 2/2015, de 30 de marzo: la implementación de la normativa europea e internacional”, *ob. cit.*, pp. 111 y ss.

car la financiación del terrorismo; establecer sistemas de controles más eficaces y sobre todo en los medios de comunicación y las redes sociales, como principal forma de expansión del terrorismo; una mayor cooperación internacional entre los Estados para controlar mejor los movimientos internacionales de sujetos sospechosos; así como acotar las actividades delictivas que pudieran tener relación con el terrorismo para investigar adecuadamente dicho fenómeno,<sup>34</sup> pero, obviamente, la vía para la implementación de estos instrumentos de defensa no puede ser la renuncia de los derechos y garantías constitucionales.

En definitiva, luchar contra el terrorismo solamente se puede hacer desde la reafirmación del Estado de derecho que es el único medio legítimo de lucha contra aquellos sujetos que pretenden vulnerarlo. Darle legitimidad al derecho y quitársela al terrorismo solamente se puede conseguir defendiendo un derecho penal legítimo. Por lo tanto, la única conclusión es haciendo también más las palabras NÚÑEZ CASTAÑO que “para proteger el Estado de derecho, sólo se puede recurrir al Estado de Derecho”,<sup>35</sup> porque de lo contrario habremos perdido nuestro sistema y nuestra forma de vivir, lo que supone el verdadero triunfo del terrorismo, que persigue que dejemos de vivir en los Estados democráticos y libres que tenemos, para asemejarnos a los suyos y el legislador penal está dispuesto con cada paso que da a perder esta batalla.

#### 4. Bibliografía

- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. “Reflexiones sobre el terrorismo. Del terrorismo nacional al terrorismo global”, *Liber amicorum: estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor JUAN M. TERRADILLOS BASOCO*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- BERNAL DEL CASTILLO, J., “El enaltecimiento del terrorismo y la humillación a sus víctimas como formas del ‘discurso del odio’”, *Revista de Derecho penal y criminología*, Nº16, 2016.
- CABELLOS ESPÍERREZ, M. A., “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.
- CAMPO MORENO, J. C., *Comentarios a la reforma del Código penal en materia de terrorismo: La L.O. 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- CANCIO MELIÁ, M. *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, Reus, Madrid, 2010.
- CANCIO MELIÁ, M., “Discurso terrorista y delito de enaltecimiento/humillación (art. 578 cp)”, *Libro homenaje al profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, Vol. II, Universidad Autónoma de Madrid, 2019.
- CANCIO MELIÁ, M. Y DÍAZ LÓPEZ, J. A., *¿Discurso de odio y/o discurso terrorista? Música, guiñoles y redes sociales frente al artículo 578 del Código Penal*, Aranzadi, Navarra, 2019.
- CANO PAÑOS, M. A., “Reflexiones en torno al ‘viejo’ y al ‘nuevo terrorismo’”, *Revista española de investigación criminológica*, artículo 7, número 7 (2009).
- CARBONELL MATEU, J. C., “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 Prof. Dr. Dr.h.c. Juan M<sup>a</sup> Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, Valencia 2018.
- CHARFI, M., *Islam y libertad. El malentendido histórico*, 2011.
- CORRECHER MIRA, J., “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”, en *Revista general de Derecho penal*, Nº27, 2017.
- CORRECHER MIRA, J., “Límites penales a la libertad de expresión: sobre el enaltecimiento del terrorismo en redes sociales”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, número 39, 2019.
- GALÁN MUÑOZ, A., “¿Leyes que matan ideas frente a las ideas que matan personas? Problemas de la nueva represión de los mecanismos de captación terrorista tras la reforma del Código Penal de la LO 2/2015”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Número 15, 2016.
- GALÁN MUÑOZ, A., “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

<sup>34</sup> En este sentido vid.: TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Terrorismo yihadista y política criminal del siglo XXI”, *ob. cit.*, p. 43; MIR PUIG, S., “Principio de proporcionalidad y fines del Derecho penal”, *Estudios jurídicos en memoria de José M.ª Lidón*, Echanó Basaldúa (coord.), 2002, pp. 349 y ss.



- titiriteros?”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVIII (2018).
- GARCÍA ALBERO, R., *Comentarios al Código penal Español, Tomo II*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
- GARCÍA RIVAS, N., “Legislación penal española y delito de terrorismo”, *Terrorismo y contraterrorismo en el siglo XXI. Un análisis penal y político criminal*, Ratio Legis, Salamanca, 2016.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “Servicios de inteligencia y contraterrorismo”, *Terrorismo y contraterrorismo en el siglo XXI. Un análisis penal y político criminal*, Ratio legis, Salamanca, 2016.
- GORJÓN BARRANCO, M.C., “La inflación penal del discurso discrepante: Un análisis a través de la jurisprudencia más reciente”, *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, Vol. 147, septiembre 2018.
- LEÓN ALAPONT, J., “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*, 2022, núm. 24-01.
- MENÉNDEZ CONCA, L., “El delito de enaltecimiento del terrorismo: su legitimación constitucional como una manifestación del ‘discurso de odio’”, *Libertad de expresión y discurso de odio por motivos religiosos*, Combalía/Diago/González-Varas (edit.), Universidad de Zaragoza, 2019.
- MIR PUIG, S., “Principio de proporcionalidad y fines del Derecho penal”, *Estudios jurídicos en memoria de José M.ª Lidón*, Echano Basaldúa (coord.), 2002.
- MIRA BENAVENT, J., “Algunas consideraciones político-criminales sobre la función de los delitos de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas del terrorismo”, *Terrorismo y contraterrorismo en el siglo XXI. Un análisis penal y político criminal*, Portilla Contreras/Pérez Cepeda (dir.), Ratio legis. Universidad de Salamanca, 2016.
- MUÑOZ CUESTA, J., “Interpretación del enaltecimiento del terrorismo conforme a la Directiva UE 2017/541, de 18 de marzo”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº8/2017, Cizur Menor, Navarra 2017.
- NÚÑEZ CASTAÑO, E., “Delitos de expresión y derechos fundamentales: el caso del enaltecimiento del terrorismo”, *Revista General de Derecho Penal*, 36 (2021).
- NÚÑEZ CASTAÑO, E., “Lineamientos de la regulación jurídico penal del terrorismo en tiempos convulsos: su aplicación a los delitos de terrorismo”, *Derecho penal y política criminal en tiempos convulsos. Libro homenaje a la Profa. Dra. María Isabel Martínez González*, Tirant lo Blanch, Valencia 2021.
- NÚÑEZ CASTAÑO, E., “Tendencias político criminales en materia de terrorismo tras la L.O. 2/2015, de 30 de marzo: la implementación de la normativa europea e internacional”, en *Revista Penal* nº37, 2016.
- NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas*, Tirant lo Blanch, Valencia 2013.
- RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., “¿Dónde está el límite a la libertad de expresión? El discurso del odio y el delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas”, en revista *Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, Número 46, abril- junio 2017.
- TERRADILLOS BASOCO, J. M., “Terrorismo yihadista y política criminal del siglo XXI”, *Revista Nuevo Foro Penal*, Vol. 12, Nº 87, julio-diciembre 2016.
- TERUEL LOZANO, G., “El discurso de odio como límite a la libertad de expresión en el marco del Convenio Europeo”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, número 27, 2017.
- VIVES ANTÓN, S., “Sobre la apología del terrorismo como ‘discurso’ del odio”, *Libertad de expresión y discursos del odio*, Revenga Sánchez (dir.), Cuadernos de la Cátedra Democracia y Derechos Humanos, 12, Universidad de Alcalá, Madrid, 2015.

## Tratamiento penal de la islamofobia en el fútbol español y el británico: una visión comparativa

Rafael Valencia Candalija

Universidad de Sevilla

**RESUMEN:** El presente artículo trata de analizar la legislación penal aplicable tanto en el ordenamiento español como en el británico, a los incidentes islamófobos que se están produciendo en los estadios de fútbol. Por ello, además de consignar los principales incidentes registrados, se realiza un amplio recorrido por las principales disposiciones de naturaleza penal que abordan nuestro objeto de investigación en las dos localizaciones geográficas indicadas. De manera complementaria, también se hace referencia a normas provenientes de otros sectores de ambos ordenamientos que persiguen erradicar el discurso de odio hacia los musulmanes en el conocido como deporte rey.

**PALABRAS CLAVE:** legislación penal, islamofobia, fútbol, España, Reino Unido.

**ABSTRACT:** This article tries to analyze the criminal legislation applicable both in the Spanish and British legal systems to the Islamophobic incidents that are taking place in football stadiums. For this reason, in addition to recording the main incidents, an extensive review is made of the main provisions of a criminal nature about our object of investigation in the two indicated geographical locations. In a complementary way, we also insert a reference to rules from other sectors of the two legal systems that seek to eradicate hate speech towards Muslims in football.

**KEYWORDS:** criminal law, islamophobia, football, Spain, United Kingdom.

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Casuística. 2.1. Episodios registrados en España. 2.2. Incidentes detectados en el fútbol británico. 3. Estado de la cuestión en el ordenamiento español. 3.1 Consideraciones previas. 3.2. Normativa penal. 4. Regulación en el derecho británico. 4.1. Legislación penal. 4.2. Otras disposiciones e iniciativas aplicables. 5. A modo de conclusión.

## 1. Introducción

Durante los últimos años, en el fútbol europeo se vienen registrando ciertos comportamientos que están en las antípodas de aquellos que pretenden poner en valor la competencia y la deportividad en los terrenos de juego.<sup>1</sup> Tristemente, este deporte no ha podido apartarse de la tónica cada vez más extendida en la sociedad europea, en la que, frecuentemente, pueden verificarse vulneraciones de determinados derechos subjetivos y libertades eminentemente propiciadas por un mal ejercicio de la libertad de expresión. A menudo, solemos encontrar noticias en las que se muestra el malestar de determinados colectivos por los tuits, comentarios, representaciones gráficas o, simplemente, por ciertos comportamientos. Conductas, todas, que tienen cabida entre las propias de lo que se conoce como *hate speech* o discurso del odio,<sup>2</sup> en el que proliferan los atentados a los valores identitarios de jugadores y seguidores (en el caso del fútbol), con independencia de la naturaleza de los mismos, desde los de carácter cultural hasta los de índole racial, étnico o religioso.

Las víctimas de esta situación son varias, el extranjero, el ciudadano de raza diferente, los de otra condición sexual o los que profesan determinadas religiones como los judíos o musulmanes. Ello lleva a algunos autores como SCHÜLER-SPRINGORUM a sostener que lo descrito no son hechos aislados, sino que

... se trata de un fenómeno generalizado a nivel europeo, y los sociólogos lo atribuyen a una reacción ante la globalización del fútbol, pero también a la creciente *familiarización* de la atmósfera en los estadios: el mundo del fútbol *auténtico* y típicamente masculino de los chicos duros se afirma mediante una demarcación cada vez

<sup>1</sup> Para profundizar en la diversa tipología de supuestos, resulta de vital importancia la consulta del Informe Unesco “¿Color? ¿Qué Color? Informe sobre la lucha contra el racismo y la discriminación en el fútbol”, UNESCO, editado en español por la Fundación Santillana, París, 2015.

<sup>2</sup> En relación con el concepto de discurso de odio resulta de obligada consulta el artículo de PÉREZ-MADRID, F., “Incitación al odio religioso o *Hate Speech* y libertad de expresión”, en la *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, Núm. 19, 2009, pp. 7 y ss. En relación con el discurso de odio, vid. también MARTÍNEZ-TORRÓN, J., “Libertad religiosa y neutralidad religiosa en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en MARTÍNEZ-TORRÓN, J. y CAÑAMARES ARRIBAS, S. (Eds.), *Libertad religiosa, neutralidad del Estado y educación. Una perspectiva europea y latinoamericana*, Aranzadi, Madrid, 2019, especialmente, pp. 21-42 y 41-45.

más radical frente a *los otros*, que en función del contexto pueden ser las mujeres, los varones homosexuales, los negros o, en su caso, los judíos o los que se quiera considerar como tales.<sup>3</sup>

Haciendo un recorrido por los principales medios deportivos de Europa podríamos constatar que el fútbol británico es quizás uno de los ejemplos más claros de lo que acabamos de señalar, como pusieron de manifiesto hace casi dos décadas BACK, L., CRABBE, T. y SOLOMOS, J.<sup>4</sup> y más recientemente han refrendado trabajos como los de RUDDOCK<sup>5</sup>, MILLWARD<sup>6</sup> o KILVINGTON y PRICE.<sup>7</sup> Las referencias que incorporamos inciden en la paradoja del fútbol inglés, según la cual, resulta sorprendente que en una sociedad tan multicultural, como la británica, donde la diversidad es una de las notas predominantes, se sigan registrando incidentes racistas y xenóforos, siendo los recintos deportivos, y especialmente sus gradas, uno de los lugares preferidos por quienes perpetran este tipo de actos. Pero lo mismo podría reproducirse de Alemania, con su alto número de inmigrantes musulmanes procedentes de Turquía, de Francia y hasta de nuestro país, donde, como comprobaremos, también existen fechas marcadas en el calendario por las reprochables actuaciones de ciertos futbolistas o de algunos aficionados.

Precisamente en España se han producido varios incidentes. Todos recordamos cuando el entonces jugador del Barça, Dani Alves, se comió el plátano que le tiraron antes de sacar un córner en el estadio del Villarreal CF. Pero no todos los futbolistas se comen el plátano. Mario Balotelli, tanto en Italia como en

<sup>3</sup> SCHÜLER-SPRINGORUM, S., “Génesis y actualidad del antisemitismo moderno”, en *Constelaciones-Revista de Teoría Crítica*, Núm. 4, 2012, p. 37.

<sup>4</sup> BACK, L., CRABBE, T. y SOLOMOS, J., “The Changing Face of Football: Racism, Identity and Multiculture in the English Game”, Berg Publishers, Oxford-Nueva York, 2001.

<sup>5</sup> RUDDOCK, A. (2005) “Let’s Kick Racism Out of Football – And The Lefties Too!”, *Journal of Sport & Social Issues*, Vol. 29(4), 2005, pp. 369-385.

<sup>6</sup> MILLWARD, P., “Rivalries and Racisms: ‘Closed’ and Open’ Islamophobic Dispositions Amongst Football Supporters”, *Sociological Research Online*, Vol. 13(6), 2008, <<http://www.socresonline.org.uk/13/6/5.html>> [consultado el 24 de febrero de 2022].

<sup>7</sup> KILVINGTON, D., y PRICE, J., “British Asians, Overt Racism and Islamophobia in English Football”, *The International Journal of Sport and Society*, Vol. 3, 2013, pp. 169-180. Vid. También, KILVINGTON, D., “British Asians, Covert Racism and Exclusion in English Professional Football”, *Culture Unbound*, Vol. 5, 2013, pp. 587-606.

Francia, ha dejado de jugar en no pocas ocasiones, también Samuel Eto'o se ha retirado varias veces del campo y, como ellos, otros muchos, no han querido hacer oídos sordos a los insultos y vejaciones que procedían de la grada. Algunos de los últimos sucesos en este sentido han sido las renunciadas a seguir jugando del futbolista del Paris, Saint Germain Moise Kean, en 2019, y el delantero del Porto de Portugal, Mousa Marega, en 2020.

Ahora bien, conviene tener en cuenta que las agresiones recibidas por, o entre futbolistas, o las ofensas proferidas por los seguidores radicales son de diversa naturaleza. Los estadios de fútbol no han cesado de dar cobijo a actos racistas, xenófobos, pero tampoco a los discriminatorios y que tratan de fomentar el odio por razón de religión. Todos ellos son encuadrables en los que, como ha apuntado COMBALÍA, no solo pretenden provocar, “sino que manifiestan odio o desprecio hacia quienes profesan determinadas creencias”.<sup>8</sup> Y es que no solo se agrede con connotaciones racistas o xenófobas. La faceta religiosa, desgraciadamente, no resulta ajena a las nuevas tendencias sociales. En el punto de mira de los radicales también figura la religiosidad de los profesionales o de las entidades a las que estos se deben. Por esta razón, son también habituales los casos en los que son los sentimientos religiosos de los fieles (profesionales o aficionados) los que se ven amenazados por la proliferación de actitudes o la continua aparición en diversos medios de publicaciones que pueden llegar a traspasar los límites de lo permitido.<sup>9</sup>

Quizás las más extendidas son las conductas antisemitas,<sup>10</sup> pero hemos de decir que también se

han registrado acciones de corte racista (frente a árabes) o islamófobas (contra personas de religión musulmana),<sup>11</sup> sobre todo en los últimos 20 años, *los que han* seguido a los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 en Nueva York, los del 11 de marzo de 2004 en Madrid o los del metro de Londres, en julio de 2005.

España, como apuntábamos, no representa ninguna excepción. Pero, aunque los números registrados siguen siendo alarmantes, no es menos cierto que los informes arrojan una disminución de los altercados de esta naturaleza. Prueba evidente es el caso del informe sobre la evolución de los delitos de odio que elabora el Ministerio del Interior. Un informe que en los últimos años ha mostrado una reducción paulatina del número de casos racistas, xenófobos, antisemitas o islamófobos en los terrenos de juego. Así, puede comprobarse, como en el cuadro estadístico del citado informe, en su edición de 2016, reflejaba que durante ese año fueron 83 los actos racistas, xenófobos o intolerantes en el deporte, mientras que en la última de las ediciones publicadas, la de 2019, son 22 menos, 61 concretamente. La razón que está detrás de esta progresión es muy clara, comienzan a funcionar las normas y los protocolos que estas disponen para contrarrestar la violencia en el deporte desde 2007.

<sup>8</sup> COMBALÍA, Z., “Los conflictos entre Libertad de expresión y religión: tratamiento jurídico del discurso del odio”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, Vol. XXXI, 2015, p. 356.

<sup>9</sup> Para mayor abundamiento sobre el antisemitismo y la islamofobia en el fútbol Vid. VALENCIA CANDALIJA, R., “Libertad religiosa y protección de las creencias en el fútbol”, Tecnos, Madrid, 2021. Del mismo autor, Vid. “Historia y presente del antisemitismo en el fútbol europeo”, en COMBALÍA SOLÍS, Z., DIAGO DIAGO, P. y GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, A. (Coords.), *Libertad de expresión y prevención de la violencia y discriminación por razón de la religión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 405 y ss. y “Propuesta para la tarjeta roja a la islamofobia en la Premier League”, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, Núm. 54, 2020.

<sup>10</sup> Vid. VALENCIA CANDALIJA, R., “Historia y presente del antisemitismo en el fútbol europeo”, cit., págs. 405-442. Vid. también, PÉREZ-MADRID, F., “Delitos de odio por razón de las creencias religiosas en el ámbito deportivo”, en MESEGUER VELASCO, S. y GARCÍA-ANTÓN PALACIOS, E., *Deporte, diversidad religiosa y Derecho*, Aranzadi, 2020, págs. 181-200.

<sup>11</sup> En este sentido, entendemos que es necesario incidir en la relevancia de la diferenciación de los conceptos de árabe y musulmán. A pesar de la evidente conexión entre ellos (es más, hemos podido comprobar que suelen utilizarse indistintamente), no encierran el mismo significado. Para delimitar el concepto de árabe utilizaremos razones de índole étnicas, geográficas, culturales y lingüísticas. Así, se consideran de raza árabe los ciudadanos de la Península Arábiga, el norte de África y determinados países de Oriente Próximo que, se caracterizan por el empleo de la lengua árabe y el cultivo de su cultura. Sin embargo, no todos los ciudadanos de estos países profesan la religión islámica, que es lo que otorga la condición de musulmán. Aunque la religión más extendida en los países árabes sea el islam, la mayor parte de los musulmanes del mundo no viven en países árabes. Sirvan como ejemplo la gran concentración de fieles musulmanes de Estados no considerados árabes como Indonesia, Irán, Turquía, Pakistán, o Bangladesh. Realizamos tal aclaración porque cuando se habla de las agresiones que vamos a describir seguidamente, sobre todo desde la prensa deportiva, suelen ser catalogadas como de corte racista, pero muy pocos han reparado en el contenido islamófobo de las mismas. Hablaríamos de racismo si estas actitudes solamente trataran de estigmatizar a los jugadores en función de la pertenencia a la raza árabe. Pero si se constata, como ha sucedido, que también se atenta contra jugadores y aficionados que profesan la religión islámica, el elemento que hace nacer la animadversión y el odio hacia ellos es la pertenencia a una religión determinada. No estaríamos hablando de racismo, sino de islamofobia.

Por este motivo, nuestra intención en este trabajo es analizar las medidas que pueden estar haciendo posible los logros como el que mencionábamos más arriba. Para ello, tras hacernos eco de las situaciones que se han producido o que, a día de hoy, se siguen produciendo, trataremos de poner énfasis en las respuestas de los legisladores español y británico, en especial, las destinadas a erradicar el discurso de odio hacia jugadores y fieles musulmanes. Ahora bien, sin ánimo de obviar las que operan a nivel administrativo o las normas emanadas de las instituciones deportivas, nuestra intención es profundizar en las de corte penal, examinando las disposiciones de tal naturaleza que resultan de aplicación a los incidentes que se han producido en fechas recientes.

## 2. Casuística

### 2.1. Episodios registrados en España

En España, la mayoría de los casos son detectados en las gradas de los estadios. Pero también pueden citarse algunos incidentes que se han producido en el terreno de juego entre los propios jugadores, más conocidos y comentados como consecuencia del componente mediático que rodea al fútbol profesional.

Por lo que se refiere a los altercados en las gradas de los estadios lo más preocupante es tal vez que estos han tenido lugar en categorías inferiores o en el fútbol amateur. Como muestras podríamos aportar dos pruebas. En las últimas temporadas, el Xerez Deportivo ha sido sancionado por insultos racistas de sus aficionados en un encuentro con el Ceuta. A ello habría que añadir que en la primera regional juvenil valenciana (en el partido entre el Onda B y el Segorbe), un árbitro recogió en el acta como parte de la afición gritaba “Moro de mierda” a un jugador visitante. Asimismo, no podemos dejar de lado otros sucesos como los acaecidos el 9 de noviembre de 2011, en el estadio del Club Deportivo L’Hospitalet (en una eliminatoria de Copa del Rey ante el FC Barcelona). En el mismo, los miembros del partido político “Plataforma por Cataluña” exhibieron dos pancartas en las que podía leerse “Cataluña Fundación primero los de casa” y “Europa 2025 primero los de casa”, para después colocarse unas prendas de ropa simulando el *burka* que portan las mujeres musulmanas.

En lo que concierne a lo acontecido en el fútbol profesional, hemos de traer a colación la figura del

exjugador del Sevilla FC, Frédéric Kanouté, que fue uno de los primeros en denunciar insultos derivados de sus fuertes creencias musulmanas durante su etapa en la liga española. De hecho, en su primera temporada, manifestó que, a diferencia de lo que había experimentado en campos de Francia o de Inglaterra, reconocía haber sufrido comentarios islamófobos. Al ser preguntado que si estos se habían producido en el campo, provenientes de compañeros de profesión, respondía afirmativamente: “Sí, un par de ellos jugando ya en España. Admito que me resultó duro oírlos, y me dieron ganas de reaccionar [...]. En Inglaterra los jugadores se insultan mucho entre ellos, pero sin mirar la piel o la religión”.<sup>12</sup> Un caso similar parece (porque no ha sido contrastado) que se vivió entre el entonces centrocampista del Real Madrid CF, Mesut Özil y el delantero del FC Barcelona, David Villa y, más recientemente, entre el delantero del Granada CF, Youssef El-Arabi y el portero de la UD Levante, Diego Mariño.

En el asunto entre Villa y Özil, data del partido de vuelta de la Supercopa de España entre el Real Madrid CF y el FC Barcelona en el Camp Nou. En el descuento del partido, fue una entrada del lateral brasileño Marcelo al centrocampista local Cesc Fábregas, lo que generó un desagradable espectáculo en el que los jugadores y cuerpos técnicos de ambos clubes llegaron incluso a las manos. El partido estuvo detenido durante varios minutos, hasta que pudo reestablecerse el orden sobre el verde. Ninguno de los *a priori* actores principales fue expulsado, ni Marcelo, ni Fábregas, ni los entrenadores, aunque la tangana se saldó con dos tarjetas rojas. Una por cada bando, en el conjunto blaugrana el delantero asturiano David Villa y en el merengue, el centrocampista alemán Mesut Özil. Al parecer, ni Villa ni Özil habían sido parte protagonista de la pelea. No habían sido los provocadores de la misma, pero, como todos, se vieron envueltos en ella. Por otra parte, ni Villa es considerado un jugador violento y mucho menos Özil, que suele ser criticado por sus propios aficionados precisamente, por lo contrario, por la tranquilidad que demuestra en determinadas situaciones donde el coraje y la pasión suelen

<sup>12</sup> Declaraciones realizadas a la revista *Don Balón* y extraídas de la noticia “Kanoute reconoce recibir insultos racistas de jugadores de la Liga española”, en *20minutos.es*, el 21 de abril de 2009. Disponible en el enlace: “<https://www.20minutos.es/deportes/noticia/kanoute-sevilla-racismo-464124/0/?autoref=true>” [consultado el 15 de febrero de 2022].

jugar un papel fundamental. Nadie daba crédito a la actitud mostrada, sobre todo, por este último, protagonizando escenas que nunca antes se le recordaban.

No fue hasta días siguientes al choque cuando se pudo comenzar a entender qué había podido suceder entre el asturiano y el alemán para que fueran expulsados. En las imágenes obtenidas desde diferentes ángulos puede verse cómo el futbolista del FC Barcelona propinaba una bofetada al futbolista turco del Real Madrid CF. Fuentes relacionadas con el entorno catalán aseguraban que Özil había pisado a Fábregas mientras estaba aún en el suelo, convaleciente por la patada de Marcelo, siendo esta agresión la que originó la respuesta de Villa. Otras, por su parte, quisieron desmentir la implicación del alemán en los hechos. Diferentes versiones de lo ocurrido señalaron que el verdadero detonante de su estado de nerviosismo fueron supuestamente los graves insultos al islam que habría proferido David Villa: “Me puse así porque estaba defendiendo a mi religión, porque David Villa ha insultado al islam”. Algunos medios de prensa<sup>13</sup> achacaron estas declaraciones al jugador del Real Madrid CF. Ni villa lo desmintió ni Özil lo confirmó. Otros, como *Libertad Digital*, apuntaron que tanto el madridista como sus compañeros habrían querido salir al paso de las palabras de Villa,<sup>14</sup> desmintiendo que se produjeran los insultos a la religión del centrocampista blanco. En ausencia de declaraciones oficiales y, dada su dificultad probatoria, nos encontrábamos ante unos hechos que no pudieron constatar, lo que nos lleva a relegar a lo acontecido al terreno de las presunciones. Lo que no puede negarse fue la polémica generada, volviendo a situar a la religión islámica en el objetivo de los ataques en un campo de fútbol, esta vez, por un profesional de este deporte.

Algo parecido sucedió en el estadio Nuevo los Cármenes de Granada, tras el penalti que El Arabi

marcó al Levante en abril de 2016. Titulares como “El Arabi ametralla a Mariño” o “Celebración poco deportiva de El-Arabi” fueron algunos de los utilizados por los medios valencianos en abril de 2016 para dar cobertura a la noticia de la derrota del Levante CF (Levante) por 4-1 en el Estadio Nuevo los Cármenes de Granada. Un mal Levante había sucumbido ante los de Granada con un *hat-trick* del jugador marroquí del conjunto nazarí Youssef El-Arabi. El quinto y último gol de los andaluces fue también obra de El-Arabi al convertir en el descuento un lanzamiento desde el punto de penalti.

Hasta este momento, podría pensarse que lo que estamos recogiendo en nuestro trabajo no es más que la crónica deportiva de lo sucedido aquella noche. Pero si continuamos con la narración de los hechos, podremos convenir que lo que sucedió y lo que El-Arabi dijo que había sucedido, es susceptible de ser incluido en nuestra investigación. Tras marcar el penalti, el marroquí celebró el gol anotado de manera similar a lo que venía siendo costumbre en la temporada 2015/2016. Solía simular que entre sus manos portaba una metralleta, realizando posteriormente varios disparos al aire o apuntando a la grada. En esta ocasión, la celebración fue distinta, volvió a tomar su metralleta imaginaria y, nuevamente, se dispuso a disparar, pero en lugar de al aire o a la grada, concentró todos sus disparos en el portero rival, Diego Mariño.

La prensa de Valencia publicó su versión sobre lo que se vio sobre el verde del Nuevo los Cármenes. El *Mercantil Valenciano*, indicaba:

El delantero del Granada El-Arabi no estuvo elegante anoche. El marroquí suele celebrar sus goles simulando que saca una metralleta y comienza a lanzar ráfagas de disparos. Esta vez, después de marcar su último tanto, apuntó al guardameta del Levante UD Mariño, quien señaló que lo único que le dijo a El-Arabi que dónde iba a tirar. La reacción del jugador del Granada no fue la más deportiva, sobre teniendo en cuenta que su equipo iba ganando con holgura en el marcador y no hacía falta humillar aún más a su rival.<sup>15</sup>

<sup>13</sup> Así lo señalaron editoriales como “Mezut Özil justifica su actitud en la tangana por un insulto de Villa al Islam”, de *EcoDiario.es* (<<https://ecodiario.economista.es/futbol/noticias/3314675/08/11/Mezut-zil-justifica-su-actitud-en-la-tangana-por-un-insulto-de-Villa-al-Islam.html>>) o algunos post como “Özil acusa a Villa de xenofobia”, en el portal *Islamhispania* (<<http://islamhispania.blogspot.com/2011/08/ozil-acusa-villa-de-xenofobia.htm>>) el 18 de agosto de 2011. Las dos direcciones web han sido consultadas el 17 de marzo de 2022.

<sup>14</sup> El 22 de agosto de 2011 publicaba en su web la noticia “Musulmanes lanzan una campaña de odio contra Villa”. Disponible en el link: <<https://www.libertaddigital.com/deportes/2011-08-22/musulmanes-lanzan-una-campana-de-odio-contra-villa-1276433115/>> [consultada el 16 de marzo de 2022].

<sup>15</sup> “Celebración poco deportiva de El Arabi”, en *Levante, el Mercantil Valenciano*, el 22 de abril de 2016. Disponible en el enlace: “<https://www.levante-emv.com/levante-ud/2016/04/22/celebracion-deportiva-arabi/1407679.html>” [consultado el 24 de junio de 2020].

Por su parte, *Superdeporte* señalaba:

Feo gesto del jugador marroquí del Granada, Youssef El-Arabi, durante el partido contra el Levante en el que los granotas perdieron 5-1. El ariete simuló fusilar al meta Diego Mariño en la celebración de su segundo tanto contra el equipo valenciano. Además, conviene destacar que el gol era el cuarto de los locales ya en el descuento, y con el partido decidido.<sup>16</sup>

Los aficionados granotas también quisieron mostrar su indignación con la actuación del delantero del Granada. En los blogs y foros de aficionados levantistas arreciaron los comentarios críticos por la celebración. Además, tratándose de un jugador de origen marroquí y mediando una representación de disparos, no resultaba difícil imaginar que el turbio asunto del mal llamado terrorismo islámico sobrevolaría la discusión.

Consciente del alboroto mediático que sucedió a “sus disparos” a Mariño, conocedor también de todo cuanto se decía en las redes, el delantero pidió la palabra en la prensa local de Granada, quiso ofrecer su versión de la secuencia de hechos. Describiendo el detalle qué alteró su costumbre de disparar al aire, pretendía contar por qué Mariño se convirtió en el blanco de sus tiros. La sorpresa fue mayúscula, cuando el periódico granadino *Ideal* publicó la entrevista completa en la que el punta nazarí declaró abiertamente lo que sigue:

... lo único que quería decir es que hubo varios aficionados del Levante que me increparon a través de redes por mi forma de celebrar ante Mariño el segundo gol que le marqué al Levante. Y lo que no saben es que antes de que yo lanzara el penalti él escupió el balón y me dijo: ‘Lo vas a fallar moro de mierda’, Sí, sí, póngalo, póngalo.<sup>17</sup>

En su defensa, el portero levantinista afirmó en un video que:

<sup>16</sup> “El Arabi ametralla a Mariño”, en *Superdeporte*, el 21 de abril de 2016. Accesible en la dirección web: <https://www.superdeporte.es/levante/2016/04/21/arabi-ametralla-diego-marino/293804.html> [consultado el 24 de junio de 2020].

<sup>17</sup> “El Arabi: Mariño me dijo vas a fallar el penalti, moro de mierda”, en *Ideal*, el 25 de abril de 2016. Las declaraciones están accesibles en la dirección web: “<https://granadacf.ideal.es/noticias/201604/25/arabi-marino-dijo-fallar-20160425125035.html>” [consultado el 25 de marzo de 2022].

Después de las acusaciones que han salido hoy tengo que decir que es totalmente mentira y no sé por qué hace esto El Arabi porque con estas cosas no se debe jugar porque no es una broma. En ningún momento me dirijo a él con estas palabras, es totalmente mentira que yo le diga eso. Yo no me considero una persona racista y no se puede jugar con estas cosas [...]. Es cierto que me dirijo a él, pero es para decirle por dónde va a tirar el penalti, por dónde va a ir, pero no le digo ningún insulto, menosprecio ni nada. Solo pido que se revisen las imágenes, que se investigue, porque esto no es una broma y me parece lamentable que se digan estas cosas cuando no existen.

Afortunadamente, el cruce de declaraciones fue la última entrega de la colección de noticias que desencadenó lo que sea que Mariño dijera a El-Arabi y los disparos del delantero rojiblanco. Una vez más, el ataque hacia los jugadores árabes y, una vez más, la sombra alargada del terrorismo, protagonizaron un papel especialmente significativo en todo este embrollo. Todo, como consecuencia de lo experimentado sobre el verde del Nuevo los Cármenes. En el punto fatídico de penalti, situado a 11 metros de la línea de gol, los mismos que separan a la gloria del fracaso, tanto para el que ejecuta la pena máxima como para el que intenta detener el lanzamiento, aquella noche hubo algo más que fútbol. La verdad, sea la que sea, ya es historia de la liga española. Los únicos hechos probados fue que no hubo sanción para Mariño, sí la obtuvo en cambio El-Arabi, quien fue amonestado con una tarjeta amarilla por lo que el trencilla del choque consideró un gesto antideportivo humillante frente al jugador rival.

## 2.2. Incidentes detectados en el fútbol británico

En lo que al fútbol del “Territorio Premier”<sup>18</sup> se refiere, comenzaremos por describir lo ocurrido en la *Championship* (segunda división inglesa), durante un Birmingham City-Middlesbrough en diciembre de 2013, celebrado en el St. Andrew Stadium de la ciudad de Birmingham. En este encuentro una aficionada del Middlesbrough mostraba toda su extrañeza cuan-

<sup>18</sup> La *Premier League*, conocida en Inglaterra como *The Premiership* es la más alta de las categorías del fútbol profesional inglés. En ella compiten actualmente los clubes ingleses y aquellos galeses que hayan competido en el sistema del fútbol federado inglés desde el año 1992.

do los agentes de las fuerzas de seguridad del estadio vinieron a aprehenderla, no podía concebir ser detenida por tirar confeti animando a su club. El problema real radicaba en la procedencia de ese confeti, en teoría utilizado con fines inocentes y deportivos. No era un confeti comprado, ni mini trozos de recortes de papel pintado con el rojo del equipo del noreste de Inglaterra. El supuesto confeti procedía de las páginas del Corán, el libro sagrado de los musulmanes. Al parecer, la señora había entrado en el campo como una aficionada más, dispuesta a apoyar a los profesionales del equipo con el que se identificaba. Sin embargo, su comportamiento, distaba mucho del considerado normal dentro de las gradas de un recinto deportivo. Según habría informado el portal web *Kick it out*:<sup>19</sup>

... tal y como se contó en el juicio, [...] fue cazada en el estadio con una copia del Corán en su bolso durante el partido en St. Andrews antes de proceder a arrancar las páginas del libro sagrado y echarlas al aire echas trizas como confeti. Además, según el informe, propició cánticos en contra de la religión musulmana. En su defensa, [...] explicó que los aficionados al fútbol a menudo arrancan papel para usar como confeti y no tenía la menor idea de que el libro que llevaba en su bolso para tal fin era el libro sagrado del islam.<sup>20</sup>

Además, los hechos no fueron realizados de manera solitaria. Esta aficionada estaba acompañada por otra mujer que mantuvo una actitud similar, ayudándole a romper las páginas del Corán y entonando canciones racistas e islamófilas en las que se podían distinguir con nitidez las palabras “Corán” y “musulmanes”.<sup>21</sup>

<sup>19</sup> Portal de la asociación *Let's Kick Racism out of Football*, fundada e impulsada en 1993 por la Comisión para la Igualdad Racial en el Reino Unido y la Asociación de Futbolistas Profesionales. Esta asociación colabora con la Federación Inglesa de Fútbol y la propia *Premier League*. Ha recibido los elogios por su actividad de los organismos rectores del fútbol, siendo citada como un ejemplo de buenas prácticas no solo por las instituciones futbolísticas, también por el Consejo de Europa, la Comisión Europea, el Parlamento europeo y el Consejo Británico.

<sup>20</sup> Información extraída de la noticia “Expulsada de todos los campos de Inglaterra por arrancar páginas del Corán”, publicada en el portal web *Futbolprimera.es* el 17 de diciembre de 2013. Se puede acceder a la misma a través del enlace: “<https://www.futbolprimera.es/2014/12/17/expulsada-campos-inglaterra-arrancar-paginas-coran>” [consultado el 5 de febrero de 2022].

<sup>21</sup> Vid. GLANFIELD, E., “Two female football fans found guilty of ripping up pages from the Koran before throwing them in the air ‘like confetti’ while chanting racist songs about Muslims”, el 1 de mayo de 2014 en *Dayli Mail* versión online: “<https://www.dailymail.co.uk/news/article-2618005/Two-female-football-fans->

A diferencia de otros incidentes descritos, no estamos ante una suposición de hechos o ante la probabilidad de que podría haberse interpretado en un sentido u otro lo acontecido aquella tarde en Birmingham. Fueron hechos probados, detectados por las fuerzas de seguridad, declarados por la imputada y enjuiciados por la justicia ordinaria de Birmingham. Así, como consecuencia de sus actuaciones, el Tribunal de Magistrados de Birmingham (*Birmingham Magistrates' Court*), en su sentencia de 1 de mayo de 2014, declaró a la autora de los hechos y a su acompañante culpables de cometer un delito de orden público con agravante religiosa.<sup>22</sup> En consecuencia, además de la sanción económica, sobre ambas recayó la prohibición de entrar a cualquier campo de fútbol del territorio *Premier League*, esto es, cualquier campo de Inglaterra y Gales, durante el periodo de tres años. Se convertían así en las primeras mujeres del Reino Unido vetadas en los estadios de las islas.<sup>23</sup> Con independencia de las sanciones recaídas en sede judicial, el Middlesbrough también quiso tomar cartas en el asunto, optando por suspender de por vida a ambas aficionadas.<sup>24</sup> Se trata pues de un suceso islamófobo en toda regla, uno de los ataques más crueles que pueden realizarse al islam, generando una profunda ofensa a sus creyentes. El texto sagrado donde se recogen las revelaciones de *Allah* al profeta Mahoma a través del ángel Gabriel. El lugar donde se muestra el camino a la salvación a los fieles de la religión islámica no puede ser utilizado para fabricar confeti. No es eso lo que se pretendía, sobre todo, desde el momento en el que el acto (por el que en algunos países como Argelia se puede incluso ser condenado a prisión), se realizó públicamente en un estadio de fútbol. En nuestra opinión, las autoras de los hechos perseguían que la ofensa infligida tuviera repercusión, fuera notoria y llegara (e hiciera daño) a los corazones de los creyentes musulmanes. Una inaceptable forma de proceder que, en absoluto, puede ser permitida en un estadio de

ripped-pages-Koran-throwing-air-like-confetti-chanting-racist-songs-Muslims.html” [consultado el 5 de febrero de 2022].

<sup>22</sup> Vid. “Football fans banned for life after Qur’an was torn up”, el 25 de julio de 2014 en el portal islámico británico *islam.ru*: “<http://islam.ru/en/content/news/football-fans-banned-life-after-qur-was-torn>” [consultado el 5 de febrero de 2022].

<sup>23</sup> Vid. McCARTHY, N., “Football fan who ripped up Koran at Blues ground banned for 3 years”, publicado el 17 de diciembre de 2014 en la edición digital de *Birmingham Live*: “<https://www.birminghammail.co.uk/news/midlands-news/football-fan-who-ripped-up-8302858>” [consultado el 5 de febrero de 2022].

<sup>24</sup> Vid. *Ibidem*.



fútbol. Los valores del fútbol, y del deporte en general, han de servir para repudiar comportamientos de este tipo y las instituciones, como con buen criterio hizo el Tribunal de Magistrados de Birmingham, han de contribuir al alejamiento de individuos que no deben ser considerados aficionados.

Pero también podemos referirnos a otro tipo de sucesos, entre los que sobresalen los insultos dirigidos indistintamente a profesionales y seguidores (incluso, a los de la misma afición). Así, si analizamos la religiosidad de los jugadores de la Premier, nadie pone en duda que uno de los jugadores emblemas es el delantero egipcio del Liverpool Mohamed Salah, cuya identificación y sentimiento de pertenencia para con la religión musulmana no pueden ponerse en duda. Tanto, que incluso existen informes científicos sobre la contribución del faraón a la reducción de la islamofobia en el condado de Merserside.<sup>25</sup> Aun así, hay quien no entiende ese sentimiento de pertenencia tan acentuado de Salah o, simplemente, a algunos, aunque de manera incomprensible, dicho sentimiento les resulta molesto. Por ello, se encargan de hacerlo visible en el lugar donde el astro africano habla con voz contundente sin pronunciar ni una sola palabra, utilizando sus mejores armas, su velocidad y exquisita técnica, el terreno de juego. La primera de ellas se produjo en febrero de 2019 en el London Stadium, la nueva casa del West Ham tras la demolición en 2016 de Upton Park. En el trascurso del choque, el jugador se disponía a ejecutar un saque de esquina teniendo que escuchar de los aficionados más cercanos a su posición “eres un puto musulmán”, “que te jodan” y otra

serie de improperios que lo llegaron a equiparar al órgano reproductor femenino de manera francamente despectiva.

Pero, como habíamos anticipado, es necesario recordar que los ataques de islamofobia no solo son padecidos por los futbolistas musulmanes, también los aficionados que cada fin de semana acuden al estadio de su club con la intención de ocupar su localidad en el graderío y animar a sus jugadores. Tan es así que podemos afirmar que en las últimas temporadas son dos los sucesos en los que los aficionados han sido objeto de la sorna, burla y crítica de otros aficionados. Algunos de ellos ni siquiera del equipo contrario, lo que convierte a los hechos en más graves si cabe, pues ni siquiera podría entrar en juego el componente deportivo y la rivalidad. Se trata de actos islamófobos en estado puro. El primero de esos ataques se produjo en octubre de 2013, en un encuentro de liga entre el West Ham y el Manchester City en Upton Park, el antiguo estadio de los *Hammers*. Justo antes del descanso del partido, varios aficionados musulmanes abandonaron su asiento y se dirigieron a los pasillos interiores del estadio, cerca de la zona de aseos, donde se disponían a realizar una de las cinco oraciones diarias de los creyentes musulmanes, la oración de después del atardecer (*Salât al-magrib*). Lo que no contaban era con recibir los gritos y las burlas de otro grupo de aficionados (posiblemente compartían simpatía por el mismo equipo) al verlos recitar sus oraciones o postrarse de la manera que recomienda la tradición. El grupo de seguidores musulmanes denunciaron los hechos en la cadena de radio *BBC Asian Network*,<sup>26</sup> pero el asunto no tuvo mayor recorrido que la “condena social” a través de las redes, sin que nos consten reacciones de las entidades deportivas y federativas a tal efecto.

Dos años después, pero en Anfield Road, el estadio del Liverpool, se produjo una falta de respeto similar a la de Upton Park pero que, a diferencia de la anterior, gozó de una mayor repercusión por utilizarse las redes sociales como medio de difusión de la misma. Tras el encuentro de la FA Cup entre el Liverpool y el Blackburn Rovers, que se celebró el 8 de marzo de 2015, dos aficionados del Liverpool de religión musulmana, trasladaron al conjunto local su descontento por la foto y el mensaje que circulaba por los teléfo-

<sup>25</sup> Así lo demuestra el informe publicado por el *Immigration Policy Lab* en mayo de 2019 denominado *Can Exposure to Celebrities Reduce Prejudice? The Effect of Mohamed Salah on Islamophobic Behaviors and Attitudes*. Este trabajo de investigación pretende dar buena cuenta de la disminución de episodios islamófobos en el Reino Unido, especialmente en Inglaterra, analizando cómo ha contribuido la figura del delantero del *Liverpool* en estos nuevos y esperanzadores datos. En el condado de Merseyside (condado cuya capital es la ciudad de Liverpool), los datos revelaron una caída del 18.9% en crímenes de odio relacionados con las agresiones islamófobas, mientras que no hubo un efecto similar encontrado para otras modalidades de este tipo de delitos. El informe, también llegó a la conclusión de que los hinchas del Liverpool redujeron a prácticamente la mitad sus publicaciones en redes sociales (esencialmente de tuits) anti-musulmanes. Si con anterioridad al fichaje de Salah se apreciaba un 7,3 % de tuits sobre musulmanes, tras la consolidación del delantero en el equipo, este tipo de mensajes no alcanza ni siquiera el 4 % (concretamente, se trata de un 3,8%), una reducción en las cifras que no es constatable en los datos obtenidos de los estudios realizados con los fans de otros equipos de la *Premier*.

<sup>26</sup> Vid. “Muslim face racist chant at West Ham”, publicado el 24 de octubre de 2013, en la web de *BBC Asian Network*, concretamente en la dirección siguiente: “<https://www.bbc.co.uk/programmes/p01k8bjk>” [consultado el 16 de febrero de 2022].

nos móviles de la hinchada red. Era un tuit con la foto de ambos rezando en el descanso del partido y bajo ella figuraba el mensaje: “musulmanes rezando en el descanso del partido de ayer “#VERGÜENZA”.

Finalmente, resultan de obligada referencia los casos en los que se produce la asociación terrorismo-islam. Como hemos tenido la ocasión de señalar, desde 2001 se ha extendido de manera preocupante la errónea tendencia de vincular la comunidad musulmana y el islam en general con las acciones terroristas que algunos afirman perpetrar en nombre de dicha religión. El fútbol no es ajeno a esta práctica, convirtiéndose en un espacio en el que es fácilmente apreciable el rechazo social al componente musulmán. El mejor de los ejemplos fue la manifestación en contra del extremismo islámico organizada en Londres, en 2017, por seguidores del Tottenham Hotspur. El grupo estaba liderado por John Meighan, conocido seguidor de los *Spurs*, quien acabaría creando la *Football Lads Alliance* (FLA) que, en puridad, no era sino una organización de ultraderecha que nació con la firme intención de actuar con fines islamófobos. Buena prueba de ello constituye la segunda de las marchas organizadas por la FLA en octubre de 2017, que consiguió reunir a veteranos militares que manifestaron su oposición al mencionado extremismo islámico. Se produjo incluso un tercer evento, durante el mes de marzo de 2018, en Birmingham en el que se escucharon cánticos antisemitas y se pronunciaron discursos que atacaban la presencia de musulmanes en Gran Bretaña.<sup>27</sup>

Ante esta tesitura, no extrañará que los propios jugadores musulmanes se hayan convertido en objetivo de las iras de algunos grupos de aficionados. Uno de los primeros que sufrió este tipo de comportamientos fue el delantero egipcio ex del Celta de Vigo, Ahmed Hossam Hussein Abdelhamid, Mido, durante su periplo en equipos ingleses. Desde 2005, cuando fichó por el Tottenham Hotspur comenzó a recibir insultos, abusos racistas y acusaciones de simpatizar con el terrorismo islámico. Una de las más significativas se produjo en la temporada 2005/2006. En el mes de noviembre de 2005, en el empate a uno entre su equipo y el West Ham de la decimotercera fecha del campeonato, el jugador tuvo que escuchar comentarios

como “eres el bombardero del zapato”<sup>28</sup> o “tu madre es terrorista”.

Con todo, los incidentes de aquella tarde de noviembre de 2005 no serían los últimos que el atacante egipcio sufriría. En las primeras jornadas de la *Premier League* 2007/2008, tras su fichaje por el Middlesbrough, se repitieron los insultos y acusaciones. Fue concretamente en la cuarta jornada, celebrada el fin de semana del 25 y el 26 de agosto. Corría el minuto 27 del encuentro entre el Middlesbrough y el Newcastle en el Riverside Stadium de Middlesbrough cuando el delantero egipcio del conjunto local, Mido, anotaba un gol que valía para igualar la desventaja que, minutos antes, había obtenido el Newcastle. Exultante, por haber anotado un gol, se dirigió a la grada, pero, extrañamente, su alegría se tornó en enfado e ira, se mostraba furioso y reivindicativo. Nadie podía entender qué razón llevó al 9 del Middlesbrough a mantener esa actitud desafiante ante un grupo de aficionados a los que se dirigió con el dedo en la boca, realizando un gesto inequívoco que le servía para mandarlos a callar. La aireada reacción del delantero fue su forma de recriminar a parte de la hinchada *magpie* (seguidores del Newcastle) las provocaciones y faltas de respeto que había estado recibiendo desde los primeros compases del partido. Entre ellas, destacaba principalmente las que lo acusaban de ser terrorista, “Mido tiene una bomba, todos lo sabéis”. Lo sucedido fue conocido como el *Mido Affair*, nombre con el que el fútbol inglés denominó la polémica suscitada por los comentarios islamófobos recibidos por Mido y la posterior respuesta del delantero egipcio. En su valoración de los hechos, emitida en el documental *Islamophobia*<sup>29</sup> señalaba Mido que

<sup>28</sup> Con estos insultos los aficionados del West Ham hacían alusión a Richard Reid, conocido como el “bombardero del zapato”, por intentar detonar un zapato bomba mientras viajaba en un vuelo de *American Airlines* desde París a Miami en el año 2001. Nacido en el Reino Unido, se convirtió al islam mientras cumplía condena en prisión. Tras ello se integró en *Al-Qaeda*, siendo formado como miembro de dicha organización en Pakistán y Afganistán.

<sup>29</sup> En este documental, elaborado por la Asociación “Show Racism the Red Card” son varias las voces críticas contra la Islamofobia experimentada desde 2001 en el fútbol inglés. Entre ellas pueden destacarse las de jugadores como el delantero egipcio Mido, Fredereic Kanoute, Lilian Thuram, Thierry Henry, George Boateng, Rio Ferdinand, Jermain Defoe y Kolo Traoré, además de entrenadores como Gareth Southgate (en la actualidad, seleccionador de Inglaterra).

<sup>27</sup> Vid. AKED, H., “The Islamophobia Industry”, en INGHAM-BARROW, I. (Ed.), *More than words: Approaching a definition of Islamophobia*, Mend, 2018, p. 62.

... no hay ninguna razón para escuchar este tipo de abusos en nuestra vida o en el fútbol. Estaba muy frustrado por eso y muy feliz de haber marcado. Fue muy frustrante sentirlo en el fútbol en inglés porque, como jugadores, todos estamos bien juntos, dijo. No importa de dónde vengas, cuál sea tu color, o cuál sea tu religión. Nunca tuvimos un problema de racismo dentro del vestuario y debería ser lo mismo para otras personas también, para los aficionados y todo el entorno del fútbol.

En los últimos años, su compatriota Salah también ha vivido situaciones similares. En abril de 2019, un aficionado del Chelsea se encargaba de publicar en *Twitter* un video en el que seguidores del Chelsea interpretaban una canción en cuya letra podía escucharse reiteradamente “Salah es un terrorista”.

### 3. Estado de la cuestión en el ordenamiento español

#### 3.1. Consideraciones previas

En España, no puede dejarse de lado la relevancia de la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte (en adelante, Ley 19/2007),<sup>30</sup> pues constituye una fuente esencial de obligada referencia entre los instrumentos puestos en marcha para desterrar actos violentos en los recintos deportivos. El artículo primero de la misma afirma que el objeto de la presente Ley es la determinación de un conjunto de medidas dirigidas a la erradicación de la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte. Este objetivo general, a su vez, cristaliza en cinco más específicos como mantener la seguridad ciudadana en el deporte; establecer un régimen disciplinario deportivo aplica-

ble a la lucha contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte; determinar el régimen administrativo sancionador contra los actos violentos y eliminar el racismo y la discriminación social. A tal efecto, contiene esta ley un glosario de términos<sup>31</sup> y definiciones en su artículo segundo, en virtud del cual, quedan establecidos los conceptos de actos o conductas violentas que incitan a la violencia en el deporte y el de actos racistas, xenófobos o intolerantes en el deporte.<sup>32</sup>

<sup>31</sup> Entre ellos se encuentran:

“a) La participación activa en altercados, riñas, peleas o desórdenes públicos en los recintos deportivos, en sus aledaños o en los medios de transporte organizados para acudir a los mismos, cuando tales conductas estén relacionadas con un acontecimiento deportivo que vaya a celebrarse, se esté celebrando o se haya celebrado.

b) La exhibición en los recintos deportivos, en sus aledaños o en los medios de transporte organizados para acudir a los mismos de pancartas, símbolos, emblemas o leyendas que, por su contenido o por las circunstancias en las que se exhiban o utilicen de alguna forma inciten, fomenten o ayuden a la realización de comportamientos violentos o terroristas, o constituyan un acto de manifiesto desprecio a las personas participantes en el espectáculo deportivo.

c) La entonación de cánticos que inciten a la violencia, al terrorismo o a la agresión en los recintos deportivos, en sus aledaños o en los medios de transporte organizados para acudir a los mismos. Igualmente, aquéllos que constituyan un acto de manifiesto desprecio a las personas participantes en el espectáculo deportivo.

d) La irrupción no autorizada en los terrenos de juego.

e) La emisión de declaraciones o la transmisión de informaciones, con ocasión de la próxima celebración de una competición o espectáculo deportivo, ya sea en los recintos deportivos, en sus aledaños o en los medios de transporte públicos en los que se pueda desplazar a los recintos deportivos, en cuya virtud se amenace o incite a la violencia o a la agresión a los participantes o asistentes a dichos encuentros, así como la contribución significativa mediante tales declaraciones a la creación de un clima hostil, antideportivo o que promueva el enfrentamiento físico entre los participantes en encuentros o competiciones deportivas o entre asistentes a los mismos.

f) La facilitación de medios técnicos, económicos, materiales, informáticos o tecnológicos que den soporte a la actuación de las personas o grupos que promuevan la violencia, o que inciten, fomenten o ayuden a los comportamientos violentos o terroristas, o la creación y difusión o utilización de soportes digitales utilizados para la realización de estas actividades”.

<sup>32</sup> Entre ellos, cita textualmente el artículo segundo:

“a) La realización de actos en que, públicamente o con intención de amplia difusión, y con ocasión del desarrollo de una prueba, competición o espectáculo deportivo, o próxima su celebración, una persona física o jurídica emita declaraciones o transmita informaciones en cuya virtud una persona o grupo de ellas sea amenazada, insultada o vejada por razón del origen racial, étnico, geográfico o social, así como por la religión, las convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual.

b) Las actuaciones que, con ocasión del desarrollo de una prueba, competición o espectáculo deportivo o próxima su celebración, o en los recintos deportivos, en sus aledaños, o en los medios de transporte públicos en los que se pueda desplazar a los recintos deportivos, supongan acoso, entendiendo por tal toda conducta

<sup>30</sup> Sobre la aplicabilidad de la norma a los actos de islamofobia puede consultarse GARCÍA GARCÍA, R., “La radicalización religiosa: violencia hacia lo religioso y violencia desde la religión”, en GARCÍA GARCÍA, R. y GARCÍA MAGARIÑO, S., *Libertad de pensamiento, conciencia y de religión y radicalización violenta: situación y soluciones*, Sínderesis, Madrid, 2020, pp. 123 y 124. También puede consultarse los trabajos de GARCÍA CABA, M., “Diversidad religiosa y derecho del deporte: introducción al marco jurídico internacional y nacional aplicable. Especial referencia al fútbol” y PAVÓN HERRADÓN, D., “La responsabilidad de las entidades deportivas como consecuencia de los delitos de odio por razones religiosas que se producen en sus instalaciones”, ambos en MESEGUER VELASCO, S. y GARCÍA-ANTÓN PALACIOS, E., *Deporte, diversidad religiosa y Derecho*, cit., pp. 166-169 y 212-219 respectivamente.

En aras a la correcta aplicación de la Ley 19/2007, procede resaltar la labor del Observatorio de la Violencia, el Racismo, la Xenofobia y la Intolerancia en el Deporte y de la figura del Defensor del Deportista. Todo ello, sin olvidar, la creación *ex* artículo 20 de la norma que nos ocupa, de la Comisión Estatal contra la Violencia, el Racismo, la Xenofobia y la Intolerancia en el Deporte,<sup>33</sup> regulada en la actualidad por el Real Decreto 748/2008, de 9 de mayo, por el que se regula la Comisión Estatal contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte. En este sentido, interesa recordar además que la Ley 19/2007 no debe ser examinada de manera individual. Así, hemos de dar cabida en nuestro trabajo a la nor-

no deseada relacionada con el origen racial o étnico, geográfico o social, así como la religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo.

c) Las declaraciones, gestos o insultos proferidos en los recintos deportivos con motivo de la celebración de actos deportivos, en sus alrededores o en los medios de transporte públicos en los que se puedan desplazar a los mismos, que supongan un trato manifiestamente vejatorio para cualquier persona por razón de su origen racial, étnico, geográfico o social, así como por la religión, las convicciones, la discapacidad, edad, sexo u orientación sexual así como los que inciten al odio entre personas y grupos o que atenten gravemente contra los derechos, libertades y valores proclamados en la Constitución.

d) La entonación, en los recintos deportivos con motivo de la celebración de actos deportivos, en sus alrededores o en los medios de transporte públicos en los que se puedan desplazar a los mismos, de cánticos, sonidos o consignas así como la exhibición de pancartas, banderas, símbolos u otras señales, que contengan mensajes vejatorios o intimidatorios, para cualquier persona por razón del origen racial, étnico, geográfico o social, por la religión, las convicciones, su discapacidad, edad, sexo u orientación sexual, así como los que inciten al odio entre personas y grupos o que atenten gravemente contra los derechos, libertades y valores proclamados en la Constitución”.

e) La facilitación de medios técnicos, económicos, materiales, informáticos o tecnológicos que den soporte, inciten o ayuden a personas o grupos de personas a realizar en los recintos deportivos con motivo de la celebración de actos deportivos, en sus alrededores o en los medios de transporte públicos en los que se puedan desplazar a los mismos, los actos enunciados en los apartados anteriores.

f) La facilitación de medios técnicos, económicos, materiales, informáticos o tecnológicos a las personas y grupos que promuevan los comportamientos racistas, xenófobos e intolerantes en el deporte, así como la creación y utilización de soportes digitales con la misma finalidad”.

<sup>33</sup> Según el 20. 2 de la ley, “La Comisión Estatal es un órgano integrado por representantes de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales, de las federaciones deportivas españolas o ligas profesionales, asociaciones de deportistas y por personas de reconocido prestigio en el ámbito del deporte y la seguridad, la lucha contra la violencia, el racismo y la intolerancia, así como la defensa de los valores éticos que encarna el deporte”.

ma que se ha encargado de su desarrollo reglamentario, el Real Decreto 203/2010, de 26 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de prevención de la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte.

En el ámbito deportivo,<sup>34</sup> han de ser objeto de referencia las normas que se han encargado de velar por que en nuestros estadios no se produzcan situaciones como las que venimos denunciando en epígrafes anteriores. Pese a que el Real Decreto 1591/1992, de 23 de diciembre, sobre Disciplina Deportiva, no ha referido mención alguna a las agresiones y situaciones de discriminación por motivos de religión, la normativa emanada de la RFEF y de LaLiga, inspiradas en las disposiciones de la Ley 19/2007, sí se ha preocupado por dar cabida a tal extremo. Tanto el Código Disciplinario de la Real Federación Española de Fútbol como los códigos éticos de dicha institución y el de LaLiga se ocupan en diferentes artículos de nuestro objeto de investigación. En esta última, la Comisión de Integridad y Seguridad desarrolla determinadas iniciativas como la elaboración del *Manual de Seguridad*, que recoge un conjunto de medidas y procedimientos a modo de buenas prácticas para que sean seguidas por los directores de seguridad de los clubes que compiten en la liga española. La finalidad no es otra que homogeneizar pautas de actuación en todos los estadios, con los objetivos de minimizar riesgos y buscar la máxima seguridad para futbolistas y espectadores.<sup>35</sup>

### 3.2. Normativa penal

Además del ámbito administrativo y de la labor de las instituciones deportivas, en nuestro país, el derecho penal también se ha ocupado de los actos violentos, racistas, xenófobos e intolerantes por motivos de religión. Previsión que ha de considerarse extensiva a las actitudes irrespetuosas y agresiones que se producen por motivos de religión en los recintos deportivos. Tan es así, que podemos referirnos a la existencia de varias vías para el tratamiento de actos antisemitas o

<sup>34</sup> Vid. GARCÍA CABA, M., “Diversidad religiosa y derecho del deporte: introducción al marco jurídico internacional y nacional aplicable. Especial referencia al fútbol”, cit., pp. 175 y 176.

<sup>35</sup> En relación con la actividad del área de seguridad puede examinarse el último de los balances de la misma hecho público por LaLiga. Disponible en la dirección web: “<https://memorias.laliga.com/2017/es/areas/integridad-y-seguridad>” [consultado el 22 de noviembre de 2020].

islamófobos, la protección de los sentimientos religiosos, los tipos que contemplan las amenazas dirigidas a ciertos colectivos (entre los que figuran los religiosos), la previsión de los delitos contra la integridad moral y la inclusión de los tipos penales que se ocupan de los delitos de odio.<sup>36</sup>

En lo relativo a la primera de las vías, podemos comprobar como en España, a pesar de no realizarse ninguna profesión oficial a ningún culto, los sentimientos religiosos de sus ciudadanos son merecedores de la preocupación del legislador, incluso en el ámbito penal. Si bien el alto porcentaje de población católica (ronda el 90%) puede considerarse significativo, cabe señalar que el espíritu de la norma penal persigue la protección de los sentimientos religiosos de todas aquellas confesiones religiosas consideradas como tales en nuestro ordenamiento. Muestra así nuestra legislación una actitud altamente garantista, derivada tanto de su valoración positiva del hecho religioso como de la concepción del Estado promocional que debe velar por el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales y libertades públicas consagradas en la Constitución de 1978. Por todo ello, y aunque el número de tipos penales destinados a proteger los sentimientos religiosos<sup>37</sup> se han ido reduciendo considerablemente,<sup>38</sup> el Código Penal de 1995 (desde ahora, CP) sigue conservando determinados delitos como los que se contemplan en el Capítulo IV, dedicado a los delitos relativos a los derechos fundamentales y libertades públicas. Concretamente, en su sección segunda, que tiene por título “de los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos”.

En dicha sección, podemos encontrar los tipos delictivos que protegen determinados aspectos derivados de la libertad religiosa, como la realización de actos de culto (artículo 522 del CP),<sup>39</sup> los que prohíben

<sup>36</sup> Vid. PÉREZ-MADRID, F., “Delitos de odio por razón de las creencias religiosas en el ámbito deportivo”, cit., p. 190.

<sup>37</sup> Sobre la protección penal de los sentimientos religiosos en España, vid. COMBALÍA SOLÍS, Z., “El derecho de libertad religiosa en el Ordenamiento Jurídico Español”, en LEAL ADORNA, M. (Coord.), *El fenómeno religioso en el Ordenamiento Jurídico Español*, Tecnos, Madrid, 2020, pp. 87-89.

<sup>38</sup> IBÁN, I., “El derecho fundamental de libertad religiosa”, en A. A. V. V., *Manual de Derecho Eclesiástico*, Segunda Edición, Trotta, Madrid, 2016, p. 91.

<sup>39</sup> “Incurrirán en la pena de multa de cuatro a diez meses:

1.º Los que, por medio de violencia, intimidación, fuerza o cualquier otro apremio ilegítimo impidan a un miembro o miembros de una confesión religiosa practicar los actos propios de las creencias que profesen, o asistir a los mismos.

la perturbación de este tipo de actos (artículo 523 CP)<sup>40</sup> o los que tratan de impedir actitudes ofensivas en lugares dedicados al culto (artículo 524 CP)<sup>41</sup> y cementerios (526 CP). Junto a los anteriores, por el especial interés que suscita para el objeto de nuestro trabajo, hemos querido ensalzar la importancia del artículo 525 CP.<sup>42</sup> Un artículo que contiene un tipo delictivo relacionado con el escarnio de dogmas, creencias, celebraciones y ritos, así como la vejación de quienes los profesen y practican. Este artículo apunta además una modalidad diferente de escarnio, el escarnio público a través de manifestaciones orales o por escrito de quienes no profesan religión alguna. Y es que, no debe caer en el olvido que hay personas que niegan la existencia de un Dios o una divinidad o ni tan siquiera se plantean esta posibilidad, siendo precisamente esta la manifestación de su derecho fundamental de libertad religiosa.

En lo que hace al resto de las vías, el artículo 170 CP contempla un tipo agravado del delito de amenazas, exactamente, el código se refiere a las amenazas de un mal constitutivo de delito, “dirigidas a atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas, y tuvieran la gravedad necesaria para conseguirlo”. Mientras que entre los artículos 173 y 176 del CP se recogen los delitos contra la integridad moral, siendo punible los actos de contenido vejatorio hacia el sujeto pasivo que provoque un padecimiento físico o psíquico, por

2.º Los que por iguales medios fuercen a otro u otros a practicar o concurrir a actos de culto o ritos, o a realizar actos reveladores de profesar o no profesar una religión, o a mudar la que profesen”.

<sup>40</sup> “El que, con violencia, amenaza, tumulto o vías de hecho, impidiere, interrumpiere o perturbare los actos, funciones, ceremonias o manifestaciones de las confesiones religiosas inscritas en el correspondiente registro público del Ministerio de Justicia e Interior, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años, si el hecho se ha cometido en lugar destinado al culto, y con la de multa de cuatro a diez meses si se realiza en cualquier otro lugar”.

<sup>41</sup> “El que, en templo, lugar destinado al culto o en ceremonias religiosas ejecutare actos de profanación en ofensa de los sentimientos religiosos legalmente tutelados será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses”.

<sup>42</sup> “1. Incurrirán en la pena de multa de ocho a doce meses los que, para ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa, hagan públicamente, de palabra, por escrito o mediante cualquier tipo de documento, escarnio de sus dogmas, creencias, ritos o ceremonias, o vejen, también públicamente, a quienes los profesan o practican.

2. En las mismas penas incurrirán los que hagan públicamente escarnio, de palabra o por escrito, de quienes no profesan religión o creencia alguna”.

medio de un comportamiento grave, degradante o humillante que tenga especial incidencia en el concepto de dignidad de la persona o víctima.<sup>43</sup>

En cuanto a lo que respecta a la última de las vías, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, introdujo el artículo 510, dando cabida a los denominados delitos de odio.<sup>44</sup> Como podrá apreciarse, en ellos, se castiga especialmente la publicidad de conductas consideradas delictivas. Destacando entre ellas las tendentes al odio, el desprecio, la humillación, descrédito o estigmatización de personas o grupos de personas por diferentes motivos y características personales entre los que se incluyen la raza, el idioma, el color, el origen nacional o étnico y la religión o creencias.<sup>45</sup>

En lo que concierne a su contenido, el primer apartado del artículo 510 señala que serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses:

- a) Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad.
- b) Quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por

razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad.

- c) Públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos.

Por su parte, el 510.2 prescribe la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses para:

- a) Quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos a que se refiere el apartado anterior, o de una parte de los mismos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a ellos por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos mencionados, de una parte de ellos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a los mismos.
- b) Quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que

<sup>43</sup> Vid. PÉREZ-MADRID, F., “Delitos de odio por razón de las creencias religiosas en el ámbito deportivo”, cit., p. 190.

<sup>44</sup> La introducción de estos delitos se ha visto reforzada con la elaboración de “Protocolo de Actuación para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para los Delitos de Odio y Conductas que Vulneran las Normas Legales sobre Discriminación” y la creación de 53 fiscalías especializadas, un Fiscal de Sala en el Tribunal Supremo y 52 Fiscales provinciales para el servicio de Delitos de Odio y discriminación.

<sup>45</sup> Vid. PÉREZ-MADRID, F., “Delitos de odio por razón de las creencias religiosas en el ámbito deportivo”, cit., p. 191.

hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o a quienes hayan participado en su ejecución.

Esta mención al 510 CP debe conectarse con la del artículo 22 de dicho código. Un artículo que contiene la lista de circunstancias agravantes de nuestro ordenamiento penal, y que consigna en su apartado cuarto una agravante genérica de otras figuras delictivas<sup>46</sup>. Según el tenor literal de este 22. 4 CP, constituye una circunstancia agravante:

Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad.

Finalmente, no podemos dejar de lado una cuestión latente como es la responsabilidad penal de los clubes y otras entidades deportivas en su calidad de personas jurídicas. Tras la reforma del CP de 2010<sup>47</sup> y, la ya mencionada, de 2015, se ha introducido la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el CP. Como consecuencias de dichas reformas, y según el artículo 31 bis CP,<sup>48</sup> las personas jurídicas (como

un club, o una asociación deportiva) serán penalmente responsables de los delitos cometidos por aquellas

de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.

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

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

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

3.<sup>a</sup> los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y

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

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

3. En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.<sup>a</sup> del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquellas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.

4. Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

En este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo.

5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.<sup>a</sup> del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:

1.<sup>o</sup> Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.

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

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

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

5.<sup>o</sup> Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

6.<sup>o</sup> Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios<sup>49</sup>.

<sup>46</sup> Vid. PAVÓN HERRADÓN, D., "La responsabilidad de las entidades deportivas como consecuencia de los delitos de odio por razones religiosas que se producen en sus instalaciones", cit., p. 221.

<sup>47</sup> Operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>48</sup> "1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

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

b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes

personas que tengan atribuidas funciones de organización y gestión y los subordinados de estas personas, siempre que estos delitos sean el medio para generar un beneficio directo, o indirecto a la entidad y, además, se hayan incumplido de manera grave las denominadas cláusulas penales de *compliance*, esto es, los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad<sup>49</sup> en el seno de sus instalaciones. Una responsabilidad penal que, según el 510 bis CP, también es atribuible a las personas jurídicas en la comisión de delitos de odio, siempre que concurren los requisitos establecidos por el referido artículo 31bis.

Lo dispuesto entonces por el artículo 31 bis, el 510 y el 510 bis del CP nos lleva a pensar que, a menos que, intencionadamente, los clubes desatiendan sus obligaciones de vigilancia y control a la entrada de sus recintos y en el interior de los mismos, es realmente complicado concluir que puedan llegar a ser considerados responsables de los comentarios, cánticos o las pancartas de los espectadores.<sup>50</sup> Primero, porque los espectadores no son miembros de la entidad con las facultades exigidas por el CP, y segundo, porque, en modo alguno, cualquiera de estas actuaciones conllevará un beneficio para el club. Más bien al contrario, como expondremos en el epígrafe siguiente, hechos de esta naturaleza solo podrán desembocar en la imposición de sanciones disciplinarias que generalmente, comportan el pago de una multa y, en las más graves, hasta la clausura del campo.

## 4. Regulación en el derecho británico

### 4.1. Legislación penal

A diferencia del ordenamiento español, el estudio de la islamofobia en Reino Unido encuentra sus raíces eminentemente en la legislación penal. Siguiendo a GARCÍA OLIVA, la *Racial and Religious Hatred Act* de 2006 añadió el apartado 3A, denominado “Odio contra personas por motivos religiosos” a la *Public Order Act* de 1986, a pesar del debate iniciado por quienes argumentaron que las modificaciones operadas en esta última, podría poner en peligro la super-

vivencia de la libertad de expresión.<sup>51</sup> En puridad, la *Racial and Religious Hatred Act*, que fue impulsada por el Gobierno laborista de Tony Blair, no trataba sino proteger a aquellas personas que eran objeto de odio religioso, fenómeno que había crecido de manera preocupante durante los años posteriores a los atentados de septiembre de 2001.<sup>52</sup>

Así pues, como decíamos, el legislador británico ha afrontado la cuestión del discurso del odio desde el punto de vista del derecho penal. Existe un amplio número de disposiciones dentro del ordenamiento penal que tratan de tipificar las conductas que se consideran incluidas en el concepto de *Hate Speech*. Sin embargo, es necesario precisar que nos encontramos ante medidas de alcance general, que bien podrían ser aplicables incluso a actitudes distintas a las que fomentan el odio por motivos de religión. Dichas medidas están enmascaradas en tipos delictivos que no condenan en sí mismos los delitos de odio, sino que intentan responder de manera contundente a situaciones que se producen de un modo y en un lugar que puede llegar a causar daño a terceras partes. Ello se debe a que la *Public Order Act* concibe los comportamientos descritos como amenazas al orden público. Los delitos que los tipifican

... persiguen que los ciudadanos permanezcan y se sientan seguros y protegidos frente a comportamientos violentos y amenazantes. No es, por tanto, la creencia lo que se proscribe, sino el daño causado por la naturaleza de una expresión particular de tal creencia.<sup>53</sup>

Sin ánimo de restar importancia a la parte III de la *Public Order Act*, dedicada a los delitos de odio racial (que también podríamos considerar de aplicación para algunos de los incidentes que hemos tratado), interesa el análisis de la mencionada parte 3<sup>a</sup>.<sup>54</sup> De ella se desprende que el uso y distribución de “las palabras, el comportamiento, material o escrito, grabaciones o programas que sean amenazantes y que inciten al

<sup>49</sup> Vid. PAVÓN HERRADÓN, D., “La responsabilidad de las entidades deportivas como consecuencia de los delitos de odio por razones religiosas que se producen en sus instalaciones”, cit., p. 224.

<sup>50</sup> Vid. *Ibidem*, pp. 225 y 226.

<sup>51</sup> Sobre procedimiento legislativo previo a la aprobación de la mencionada norma, vid. GARCÍA OLIVA, J., “The legal Protection of Believers and Beliefs in the United Kingdom”, en *Ecclesiastical Law Journal*, Vol. 9, Núm. 1, 2007, pp. 66-86.

<sup>52</sup> Vid. GARCÍA OLIVA, J., “Fundamentalismo religioso en el Reino Unido”, en PÉREZ-MADRID, F., *Religión, libertad y seguridad*, Tirant lo Blanch, Valencia 2017, p. 106.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 105.

<sup>54</sup> Vid. artículo 29 de la *Public Order Act*.



odio religioso son considerados hechos delictivos”.<sup>55</sup> Según GARCÍA OLIVA, los comportamientos descritos pueden considerarse típicos cuando tengan la probabilidad de alentar el odio religioso, puedan llegar a causar intencionadamente temor o provocación de violencia ilegal inmediata y ocasionen tanto intencionadamente como de manera involuntaria, acoso, alarma o angustia, bien a la persona a la que se dirigió el ataque o a otra persona.<sup>56</sup>

Además de las disposiciones relativas al discurso del odio, en el derecho penal británico sigue siendo de aplicación la *Crime and Disorder Act* de 1998. Esta norma contenía varios delitos (entre ellos el de lesiones) que podían ser agravados si concurría como detonante el elemento racial. La previsión de la norma de 1998 fue ampliada en 2001, gracias a la *Anti-Terrorism, Crime and Security Act*,<sup>57</sup> incluyendo entre las circunstancias agravantes el elemento religioso.<sup>58</sup>

Incluso en la parcela de la jurisprudencia podemos citar decisiones penales que pueden resultar de vital interés para nuestro estudio. Así sucede con la sentencia DONNELLEY vs DUNN de 2015 que, aunque se trata de una sentencia escocesa, puede ser transferida a la jurisdicción inglesa en virtud del *Rule of Law*.<sup>59</sup> En el asunto en cuestión, la sentencia de apelación del Tribunal Superior de lo Penal (*High Court Justiciary*) de Escocia, condenó a hinchas del Celtic de Glasgow (tradicionalmente, el equipo de los católicos e independentistas de la ciudad de Glasgow) por vulnerar la *Offensive Behaviour at Football and Threatening Communications Act* escocesa de 2012. Los imputados, en un enfrentamiento entre el Hibernian FC y el Celtic, en octubre de 2013, en Easter Road (el esta-

dio del Hibernian FC), incorporaron a sus cánticos la canción “Roll of Honour”. Una canción que fue compuesta para homenajear a los diez miembros de los grupos terrorista IRA e INLA fallecidos en 1981 en Irlanda del Norte como consecuencia de una huelga de hambre y que, a pesar del rechazo de los dirigentes del Celtic,<sup>60</sup> ha sido adoptada como propia por sectores radicales de la hinchada del equipo blanquiverde. A juicio del tribunal, el comportamiento de los seguidores del Celtic era amenazante, abusivo e incitaba al odio y al desorden público.

#### 4.2. Otras disposiciones e iniciativas aplicables

Al margen de este enfoque penal, no queremos dejar de mencionar el extenso catálogo de normas que se han preocupado por otorgar cobertura jurídica de las situaciones de discriminación en el derecho británico. Desde las versiones de 1965, 1968 o 1976 de la *Race Relations Act* hasta la actual *Equality Act* de 2010, el legislador británico ha pretendido abordar los problemas de discriminación por razones de raza o religión. Tan es así que, la *Equality Act*, en su parte segunda, a la hora de enumerar las características protegidas ante posibles comportamientos discriminatorios, incluye expresamente a la religión y las creencias. En esta parte segunda, la sección 5 confiere una especial protección a la profesión de una determinada creencia, ya sea de forma individual o colectiva, así como a la ausencia de las mismas.

Por lo demás, esta amplia amalgama de normas se ha visto acompañada de la configuración de órganos especializados como la *Equality and Human Rights Commission* (que emite cada año su reporte anual) y la publicación de informes específicos como el *Lammy Review* y la *Racial Disparity Audit*, publicados ambos en 2017.

En virtud del tratamiento penal de los delitos de odio por razón de religión, no tenemos dudas que los incidentes descritos en epígrafes anteriores tienen cabida entre los supuestos tipificados. Pero lo mismo puede decirse de las previsiones de la *Equality Act*. Ello nos lleva a sugerir que los insultos a jugadores, las burlas de aficionados e incluso, los ataques al libro

<sup>55</sup> GARCÍA OLIVA, J., “Libertad de expresión y protección de los sentimientos religiosos en el Reino Unido”, en MARTÍNEZ-TORRÓN, J. y CAÑAMARES ARRIBAS, S., *Tensiones entre libertad de expresión y libertad religiosa*, Tirant lo Blanch, Valencia 2014, p. 255.

<sup>56</sup> Vid. GARCÍA OLIVA, J., “Fundamentalismo religioso en el Reino Unido”, cit., pp. 104-107.

<sup>57</sup> En la parte quinta de dicha norma, es la sección núm. 39 la encargada de realizar dicha modificación.

<sup>58</sup> Vid. GARCÍA OLIVA, J., “Libertad de expresión y protección de los sentimientos religiosos en el Reino Unido”, cit., p. 258.

<sup>59</sup> Se trata de uno de los pilares fundamentales del derecho consuetudinario del Reino Unido. Data de la promulgación de la Carta Magna de 1215 y la jurisprudencia que siguió a su interpretación a lo largo del siglo XIII. Como consecuencia del *Rule of Law*, los ciudadanos de Inglaterra y Gales, Escocia e Irlanda del Norte están vinculados por los principios generales del Derecho. En la actualidad, ha evolucionado hacia la aplicación igualitaria de la ley (igualdad ante la ley), convirtiéndose en una de las claves de bóveda del principio de soberanía parlamentaria.

<sup>60</sup> Como se desprende del texto de la sentencia, tanto el Celtic como su club oficial de aficionados reconocieron que la letra de la canción era altamente ofensiva. Por esta razón, publicaron en sus respectivos espacios web la canción acompañada de un anuncio destinado a advertir a los seguidores para que no la entonasen.

sagrado de los musulmanes no están lejos de los comportamientos que la *Public Order Act* y la *Equality Act* pretenden combatir. Una sugerencia que, entendemos, puede ser válida también para el futuro, haciendo extensibles las sanciones previstas para todos aquellos actos de naturaleza islamófoba que puedan producirse en los estadios de fútbol.

En última instancia, huelga apuntar que, a nivel estrictamente deportivo, y con respecto a la implementación de estrategias encaminadas a eliminar la violencia en los estadios, el británico, es sin duda un modelo a seguir. Desde finales de los ochenta, lleva trabajando intensamente para combatir el fenómeno *hooligan*, las bandas organizadas que solían ser conocidas por los altercados producidos tanto dentro como fuera de los estadios. Muchas han sido las acciones que paulatinamente han ido dando sus frutos. Desde el endurecimiento de las normas antiviolencia, a la retirada de los pasaportes (sin poder viajar al extranjero si se hubiera cometido algún hecho de tipo delictivo en un partido de fútbol, como sucedió con ocasión de la Copa del Mundo de Sudáfrica en 2010), pasando por la infiltración de policías en las gradas, o la apuesta decidida por la figura de los *stewards*, empleados del club a disposición de los grupos que intentaban “empoderar a los hinchas a fin de hacerles entender que los estadios es una casa, donde la convivencia es la principal regla para asistir”,<sup>61</sup> lográndose así disminuir la presencia de la Policía en los estadios. Todas ellas consiguieron acabar con los *hooligans*, pero las actitudes que denunciarnos en nuestro trabajo implican un tipo de violencia diferente, menos física. A ello hay que añadir que la legislación inglesa se encuentra con un hándicap añadido, los autores de ataques islamófobos no responden al perfil del *hooligan*, no se mueven en bandas organizadas, no lo necesitan, les basta con una concepción negativa del islam y los musulmanes y con un simple tuit desde su teléfono móvil. Por ello, las medidas que con tanto éxito aplacaron a los grupos violentos, no suponen la mejor solución para los casos que analizamos. A pesar de ello, ha de reseñarse que también las autoridades públicas han favorecido la investigación en ámbitos más cercanos a nuestra temática. En el año 2000,

*Sport England*, organismo público dependiente del Departamento estatal de Cultura, Medios y Deporte, financió la publicación del documento “Achieving Racial Equality: A Standard for Sport”. Este documento, dirigido a las asociaciones deportivas, alienta a las mismas a trabajar con el objeto de erradicar todas las formas de discriminación<sup>62</sup> en el mundo del deporte en general, haciendo especial hincapié en los problemas ocasionados en el fútbol.<sup>63</sup> En la línea de las acciones estatales, también hemos de citar el trabajo del “Comité de la Cámara de los Comunes para la Cultura, los Medios y el Deporte”, creado en 1997 y que, en 2012, en el informe *Racism in Football*, evidenciaba la preocupación de las autoridades tras los casos de racismo detectados como consecuencia de la unión de los esfuerzos de las autoridades deportivas, las gubernamentales y las fuerzas y cuerpos de seguridad.

Efectivamente, parece claro que se han intensificado las estrategias contra el discurso de odio implementadas en el territorio *Premier*, pero no podemos vacilar a la hora de subrayar que la labor más enérgica es la desempeñada por la *Football Association*, la federación inglesa de fútbol (en adelante, FA). La mayoría de sus iniciativas (como sucede con las de algunas asociaciones y comités gubernamentales), incluso las jurídicas, no están dirigidas a actuar contra la islamofobia, constituyen medidas genéricas que intentan atajar el problema del racismo en general, pero no es menos cierto que, muchas de ellas, pueden ser aplicables a los incidentes de este corte. Entre esas medidas de orden general, señalaremos que, ya en 2002, la FA aprobó la primera de las medidas antirracismo del fútbol de Inglaterra, la denominada *Ethic and Sports Equity Strategy*.<sup>64</sup> Unos años más tarde, puso en fun-

<sup>61</sup> Vid. la editorial del diario deportivo *Líbero* “¿Cómo acabó Inglaterra con los temidos Hooligans?”, de 18 de marzo de 2018. Está disponible en la dirección web: “<https://libero.pe/futbol-internacional/1309696-hooligans-inglesa-freno-violencia-estadios-medidas-radicales>” [consultado el 15 de marzo de 2022].

<sup>62</sup> Vid. SPRACKLEN K. y LONG J., “Using Charters and Standards to Promote Anti-Racism in Sport”. En LONG J. y SPRACKLEN K. (Eds.), *Sport and Challenges to Racism. Global Culture and Sport*. Palgrave Macmillan, London 2011, pp. 67-82, op. cit. en MAURO, M., “Tackling racism and discrimination in grassroots sports. The case of football”, en HASSAN, D. & ACTON, C. (Eds.), *Sport and Contested Identities. Contemporary Issues and Debates*, Routledge, London 2017, p. 235.

<sup>63</sup> Para mayor abundamiento, vid. LUSTED, J., “Negative Equity? Amateurist responses to race equality initiatives in English grass-roots football”, en BURSDEY, D. (Ed.), *Race, ethnicity and football: Persisting debates and emergent issues*, Routledge, London-New York 2011, pp. 207-221.

<sup>64</sup> Para profundizar sobre la misma, vid. la tesis doctoral de LUSTED, J., “Sports equity strategies and local football in England”, defendida en 2009, especialmente entre las pp. 189-209. Puede encontrarse en la web de la Universidad de Leicester, a través del

cionamiento los *Football Anti-Discrimination Panels* que, desde 2015, operan también en el fútbol base.

En la actualidad, hemos de reseñar que entre las *FA Rules*, en el apartado dedicado a la conducta de los jugadores, la regla E3 (*General Behaviour*) establece que los profesionales “actuarán en todo momento en el interés superior del fútbol y en modo alguno de manera inapropiada que desacredite el juego o mantenga actitud violenta, de juego sucio grave, amenazante, abusivo, indecente o emplee palabras o comportamientos insultantes”. Más específica aún, y apropiada para nuestro trabajo, parece la regla E4 (*Discrimination*), en virtud de la cual, “el futbolista no realizará ningún acto que sea discriminatorio por razón de origen étnico, color, raza, nacionalidad, religión, sexo, orientación sexual o discapacidad”.

Amén de las anteriores, en el verano de 2020 fueron publicadas las nuevas directrices de la FA en materia de discriminación. En la presentación de las mismas, Polly Handford, Directora de Asuntos Legales y Gobernanza de la FA, afirmaba: “

... estamos comprometidos a investigar, acusar y sancionar todas las formas de discriminación con coherencia y transparencia. No hay dos casos iguales, pero nuestras nuevas políticas de acusación y pautas de sanciones proporcionan marcos claros para las circunstancias en las que actuaremos y estableceremos sanciones sugeridas para reflejar con precisión la gravedad de cada incidente. Al publicar estas políticas y pautas en su totalidad, esperamos que los profesionales, los simpatizantes y el público en general tengan una mayor conciencia y comprensión de nuestro enfoque y cualquier decisión la próxima temporada.<sup>65</sup>

Dados a conocer el 6 de agosto de 2020, en total, fueron tres los nuevos documentos publicados que contienen las nuevas líneas maestras de la FA para combatir la discriminación en el fútbol, *The FA's Policy on the regulation of discrimination in football*, *The FA's Policy and Guidance on the regulation of discriminatory conducts by spectators* (Regla E20.1

enlace: “[https://leicester.figshare.com/articles/Sports\\_equity\\_strategies\\_and\\_local\\_football\\_in\\_England/10090979](https://leicester.figshare.com/articles/Sports_equity_strategies_and_local_football_in_England/10090979)” [consultado el 3 de abril de 2022].

<sup>65</sup> Declaraciones extraídas de la web oficial de la FA, en la publicación de las nuevas directrices el 6 de agosto de 2020. Pueden seguirse mediante el link: “<https://www.thefa.com/news/2020/aug/06/new-charging-policies-and-sanctioning-guidelines-for-discrimination-published-070720>” [consultado el 4 de abril de 2022].

de la FA) y el documento *Standards sanctions guidelines for discrimination by an individual*. El primero de ellos, partiendo de las Regla E4 de la FA y de la *Equality Act*, trata de establecer un concepto de discriminación, entendiéndolo como tal

... cualquier acto de discriminación por motivo de origen étnico, color, raza, nacionalidad, religión o creencias, género, reasignación de género, orientación sexual, discapacidad, edad, embarazo, maternidad, estado civil o pareja de hecho, a menos que la ley y las Reglas o Reglamentos de la FA permitan lo contrario.

Asimismo, y basándose en el primer apartado de la Regla E3, este documento contiene cuáles son las circunstancias que han de ser consideradas agravantes en este tipo de acciones, apuntando que concurre infracción con agravante cuando el hecho cometido “incluye una referencia, ya sea expresa o implícita, a uno o más de los siguientes: origen étnico, color, raza, nacionalidad, religión o creencias, género, reasignación de género, orientación sexual o discapacidad”. Consignamos estas dos aclaraciones porque, a la luz de lo expuesto, en nuestra opinión, nada impide que los episodios de islamofobia puedan ser abordados desde la perspectiva de estas nuevas reglas, de manera que se ofrece total protección a las víctimas de este suceso, habilitándose, al mismo tiempo, las estrategias adecuadas para perseguir y sancionar a los infractores.

Los otros dos documentos se ocupan respectivamente de las infracciones por motivos discriminatorios cometidas por los espectadores y las correspondientes sanciones. Y es que, las nuevas medidas contemplan no solo la posibilidad de que sean los jugadores los que puedan llegar a ser sancionados, también los aficionados van a estar sometidos a los códigos disciplinarios antirracismo de la FA. Sobre las sanciones por las conductas de los espectadores (según nuestro criterio, la gran novedad de todas las medidas implementadas), asegura la FA que no existen obstáculos para que estas sean también castigadas, aunque para ello, sean los propios clubes los damnificados.<sup>66</sup>

<sup>66</sup> En palabras de la FA, “el hecho de que un incidente discriminatorio por parte de un individuo haya tenido lugar en privado o fuera de un entorno de fútbol ahora no será una barrera para que la FA emita procedimientos y las partes interesadas del fútbol han acordado que tales medidas son apropiadas. [...] La FA no tiene

A nuestro juicio, lo especialmente gratificante en la misión de la FA es su compromiso con la integración y gestión de la diversidad en el fútbol inglés. La mejor de las muestras es la creación del grupo de trabajo *Faith in Football*, liderado por el Rabino Alexander Barnett Goldberg, coordinador y capellán judío de la Universidad de Surrey. Este grupo no es el único de los creados en el seno de la FA. De hecho, en 2010, el diputado John Mann encabezó el Grupo de trabajo de la FA sobre antisemitismo e islamofobia. También ha de ser mencionada la relevancia de la ya tratada línea *Inclusion and Anti-Discrimination*, compuesta por varios programas específicos entre los que hemos destacado el programa *Inclusion and Faith*. Entre los pilares de este figura la promoción del pluralismo religioso en el fútbol, siendo el mejor de los ejemplos la elaboración del dossier que lleva por título *Belief in the Game*, en el que la FA se hace eco de la incidencia de lo religioso en el fútbol británico.

## 5. A modo de conclusión

Tras poner en conocimiento los problemas de islamofobia que se reproducen en el fútbol español y en el británico, no parece que pueda dudarse de una triste realidad, como es que las actitudes islamófobas representan un problema de considerable magnitud, y no solo deportivo, obviamente, también jurídico.

Ante dicho problema, los ordenamientos jurídicos nacionales comienzan a evolucionar y a intentar estar dotados de recursos para hacer frente a la situación actual. No son pocas las disposiciones normativas, de diferente naturaleza, promulgadas a tal efecto, aunque parece que son las penales las mejores posicionadas si tuviéramos que elegir las que ofrecen soluciones

---

jurisdicción sobre espectadores individuales a menos que también sean profesionales. Por tanto, cualquier acción por comportamiento discriminatorio se tomará contra un club por el comportamiento de sus espectadores. Todas las acusaciones de comportamiento discriminatorio serán investigadas por la FA. En los casos en que exista una clara evidencia de cánticos discriminatorios por parte de un grupo de aficionados, la FA actuará contra el club correspondiente y recomendará que una Comisión Reguladora imponga un plan de acción para una primera infracción. Si bien es posible una serie de sanciones económicas, los planes de acción implementan mejoras prácticas y medibles en las operaciones del día del partido que, en algunos casos, pueden tener un costo financiero significativo para los clubes infractores. Cualquier infracción posterior será tratada con la mayor seriedad. En tales circunstancias, las Comisiones Reguladoras pueden imponer las sanciones que consideren apropiadas, pero se considerarán el cierre total o parcial del estadio y las sanciones económicas”

más fiables. En nuestra opinión, lo deseable sería no dejar de apostar por medidas de anticipación y no fiar toda la suerte a las de índole represiva, decretadas como consecuencia de la consumación de los hechos violentos. A nuestro entender, eso pasa por aquellas acciones que ponen en valor la diversidad que ya está presente en los clubes y competiciones, cuidando y respetando, en la medida de lo posible, las tradiciones y singularidades de los deportistas de raza árabe y los que profesan la fe musulmana. Creemos firmemente que también así pueden ponerse zancadillas al racismo y la islamofobia en el fútbol. Para ello, es necesario reparar en la imponente labor desarrollada por la FA, implementando un amplio abanico de iniciativas que son inéditas en otras federaciones de fútbol del continente. Entre ellas, debe subrayarse la importancia del endurecimiento de las medidas anti-discriminación y el compromiso de la institución con los colectivos religiosos. Así, la federación inglesa lleva años desarrollando una excelsa tarea de concienciación que irradian, a partes iguales, implicación y una especial sensibilidad para con las tradiciones religiosas (de futbolistas y aficionados). En dicha tarea ocupan un lugar singular su valoración tan positiva del pluralismo religioso en el fútbol y la difusión de los valores de ciertas tradiciones confesionales. La constitución de grupos de trabajo liderados por religiosos no es una cuestión menor. Principalmente, porque consideramos una decisión muy valiente otorgar la coordinación del grupo a un ministro de culto de una confesión que no se encuentra entre las confesiones mayoritarias.

Pero, sin ánimo de restar importancia y aplicabilidad a cualquiera de las disposiciones puestas en práctica, lamentablemente, son las represivas las que otorgan un mayor nivel de protección a los bienes jurídicos y la libertad religiosa, y con ella, la profesión de unas creencias no representa ninguna excepción. Cuestión distinta será el acierto de los legisladores penales en las medidas instauradas. Así, en lo que concierne a las modificaciones introducidas en la legislación penal española, cabe preguntarse el hecho de que sean los clubes los encargados de velar por el buen comportamiento de sus seguidores en el campo puede abrir el debate acerca de si efectivamente les corresponde a ellos tal atribución. ¿Deben los clubes educar o re-educar a sus socios? Probablemente, eso vaya mucho más lejos de lo que las asociaciones de-

portivas piensan que les atañe, pero puede que la decisión del legislador no esté desencaminada. Si en Inglaterra hay clubes que han condenado públicamente las ofensas a jugadores musulmanes en su estadio, y si (como creemos) el Liverpool llegó a prohibir la entrada al seguidor que se burló de los musulmanes que rezaban en Anfield Road, podrá constatarse que cada vez son más las entidades que están dispuestas a actuar contra la islamofobia y que, sin ninguna duda, estos avances pueden ser extrapolables a las entidades del fútbol español. Fundamentalmente, porque incentivar a los clubes a no incurrir en ilícitos penales derivados de los comportamientos de sus seguidores, puede llevar a los primeros a instaurar acciones formativas, dirigidas a sus socios y abonados. De esta manera, poner el foco en la responsabilidad (penal) de los clubes puede constituir una muy buena herramienta para desterrar la islamofobia de nuestros campos.

En cualquier caso, y con independencia de las estrategias utilizadas, hemos de seguir incidiendo en un parámetro tan real como preocupante. El aumento de los casos y episodios de islamofobia tanto en el fútbol español como en el de las Islas, es directamente proporcional al fortalecimiento de las medidas puestas en práctica. Ello nos lleva a concluir que las directrices implementadas, con independencia de su naturaleza, no han resultado ser lo eficaces que se les suponía. Ni las formativas, tendentes a fomentar la diversidad y el pluralismo, ni siquiera las represivas. Ninguna de ellas, ha conseguido erradicar de manera definitiva a la islamofobia en el fútbol de las localizaciones examinadas. Por todo ello, la más clara de las conclusiones es que sigue faltando mucho trabajo por hacer para eliminar definitivamente del fútbol aquellos comportamientos que atentan contra los sentimientos religiosos, y especialmente, contra las personas que pertenecen a la comunidad musulmana. Hemos de confiar, pues, en la capacidad de colaboración entre instituciones y en el potencial grado de éxito de las disposiciones normativas que tratan de atajar esta lacra para el fútbol. Disposiciones entre las que, como hemos podido observar, las de corte penal “juegan” un papel determinante.



## Revisión crítica de los delitos contra-discursivos en España a la luz de un concepto de terrorismo materialmente fundamentado



Gabriel Fernández García

Investigador predoctoral,  
Universidad de Huelva

**RESUMEN:** Este artículo se dedica, en primer lugar, al análisis y propuesta en clave crítica, a aquellos elementos que en los estudios criminológicos se han destacado como esenciales del terrorismo, para razonar si alguno de los mismos incorpora una lesividad que justifique el plus de desvalor penal que tradicionalmente se le ha presupuesto, y no siempre razonado, al terrorismo en España. Una vez fijados tales elementos y núcleo de lesividad terrorista, se revisa la configuración legal de los delitos que en el Código Penal español criminalizan la emisión de discursos proclives al terrorismo, que denominamos “contra-discursivos”, dilucidando si se ajustan a los fundamentos materiales del concepto de terrorismo propuesto, que legitimarían tan extraordinaria respuesta penal.

**PALABRAS CLAVE:** terrorismo, discurso terrorista, radicalización, concepto de terrorismo, bien jurídico-penal, delitos contra-discursivos.

**ABSTRACT:** This article is firstly dedicated to analyse and propose those elements that criminological studies have highlighted as essential to terrorism. We develop this task with a critical spirit, in order to reason if any of them entail some harmfulness that justifies the plus of penal aggravation that antiterrorism criminal law has assumed in Spain although not always reasoned. After that, we identify the regulatory framework of the terrorist offenses that affect terrorist speech and radicalization in Spanish legislation, which we call counter-discursive offences. On that basis, we finally reason if this counter-discursive offences conform to the material foundations of the proposed concept of terrorism, which would legitimize such an extraordinary and intense criminal regulation.

**KEYWORDS:** Terrorism, terrorist speech, radicalization, concept of terrorism, counter-discursive offences, penally protected object.

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. La legislación penal antiterrorista: la excepcionalidad devenida en permanencia. 3. La identificación del bien jurídico-penal como asidero de un ius puniendi antiterrorista materialmente legítimo. 4. Elementos criminológicos constitutivos de un concepto esencial de terrorismo y su posible lesividad jurídico-penal. 4.1. Consideraciones doctrinales y punto de partida. 4.2. La violencia como elemento vehicular del terrorismo. 4.3. Elemento teleológico o finalístico. 4.4. El elemento colectivo o de capacidad reiterativa de la violencia. 4.5. Propuesta conceptual. 5. Bienes jurídico-penales afectados por la genuina lesividad del terrorismo. 5.1. La paz pública como bien jurídico-penal preliminar. 5.2. La libertad de decisión y significación política. 5.3. Recapitulación. 6. Delimitación criminológica del discurso y la radicalización terroristas. 7. Injusto terrorista en la legislación española y delitos contra-discursivos. 7.1. El adoctrinamiento o adiestramiento pasivo (art. 575 CP). 7.2. El adoctrinamiento o adiestramiento activo (art. 577. 2 CP). 7.3. La difusión de mensajes e incitación a la comisión de delitos de terrorismo (art. 579 CP). 7.4. El enaltecimiento, justificación y humillación a las víctimas del terrorismo (art. 578 CP). 8. Reflexiones sobre la eficacia político-criminal de los delitos contra-discursivos. 9. Consideraciones finales. 10. Bibliografía.

Rec. 15-04-2022 | Fav. 29-04-2022

## 1. Introducción

El terrorismo es un viejo conocido de nuestras comunidades, revelándose como un problema de primer orden desde su eclosión con la “filosofía de la bomba” en Europa, en la primera oleada histórica del terrorismo moderno<sup>1</sup> desplegada por radicales anarquistas a finales del siglo XIX.<sup>2</sup> Desde tales inicios, el terrorismo tiene como elemento común en todas sus oleadas históricas el uso de la violencia con finalidad política<sup>3</sup> que confronta al aparato del Estado, con un nivel de brutalidad capaz esparcir el miedo a grandes masas ciudadanas.<sup>4</sup> A partir de ese elemento común, se denomina a cada oleada histórica de terrorismo por

su principal característica que la desliga de las otras: “anarquista”, “anticolonial”, “la de la nueva izquierda” y “religiosa”.<sup>5</sup>

La cuarta oleada se revela especialmente en el ámbito occidental y europeo a través del denominado terrorismo “yihadista”, en el que la violencia es un modo de cumplir imperativos religiosos deducidos de una interpretación radical y maniquea de la sharía (ley islámica que rige ineludiblemente la vida pública y privada del musulmán, conformada básicamente por el Corán y la Sunna).<sup>6</sup> Este nuevo terrorismo adopta una idiosincrasia más destructiva y absoluta, concibiendo sus ataques en el marco de una batalla definitiva entre el Bien y el Mal, en la que prima a toda costa la destrucción total del corrupto y sus sociedades, incluso a costa de la vida propia.<sup>7</sup> Todo ello se postula mundialmente a través de grandes macro-organizaciones “paraguas”, como Al-Qaeda y posteriormente el Estado Islámico, cuyo núcleo ejecutivo opera como fuente de inspiración religiosa e ideológica que

<sup>1</sup> El término “oleadas”, como referencia a la evolución histórica del terrorismo en etapas con cierto carácter cíclico, fue propuesta por David Rapoport a partir de los atentados del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos (vid. RAPOPORT, D. C. “The Fourth Wave: September 11 and the History of Terrorism”, *Current History*, ejemplar 100, n° 650, 2001; RAPOPORT, D. C. “The Four Waves of Modern Terrorism” en CRONIN, A.; Y LUDES, J., *Attaching terrorism: Elements of a grand strategy*, Georgetown University Press, Washington D.C., 2004, pp. 46-7).

<sup>2</sup> Vid. GONZÁLEZ CALLEJA, E. “Las ciencias sociales ante el problema del terrorismo”, *Vínculos de Historia*, N°3, 2014, pp. 125 y ss.

<sup>3</sup> Vid. LAMARCA PÉREZ, C. “La dimensión política del terrorismo”, en DE LA CUESTA AGUADO, P. M. y TERRADILLOS BASOCO, J. *Liber amicorum: estudios jurídicos en homenaje al prof. Dr. Dr.h.c. Juan M°. Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018. p. 1336.

<sup>4</sup> Vid. TERRADILLOS BASOCO, J. M. “Terrorismo yihadista y política criminal del siglo XXI”, *Nuevo Foro Penal*, N° 87, 2016, p. 22.

<sup>5</sup> Vid. RAPOPORT, D. C. “The Four” (...) *op. cit.*, p. 47.

<sup>6</sup> La Sunna consistiría en el conjunto de los “hadices”, que son los mandamientos en los que los coetáneos de Mahoma recogieron su vida y obra como paradigma del recto modelo de vida musulmán (vid. SANMARTÍN ESPLUGUES, J. “Éticas teleológicas y terrorismo islamista”, *Isegoría*, N°46, 2012, pp. 18 y ss).

<sup>7</sup> Vid. GONZÁLEZ CALLEJA, E. *El laboratorio del miedo: una historia general del terrorismo, de los sicarios a Al Qaeda*, Crítica, Barcelona, 2012, p. 610.

alienta la formación de grupos auto-organizados, no siempre conectados con la organización matriz y sin marco formal,<sup>8</sup> con una estructura y actuación dirigida al proselitismo islamista, a su financiación propia y a la eventual comisión de actos violentos.<sup>9</sup>

La irrupción de estos nuevos fenómenos terroristas ha deparado una fuerte revisión normativa y política a nivel internacional e interno,<sup>10</sup> con una frecuente intensificación y expansión del derecho penal en detrimento habitual de principios y garantías básicas en un Estado de derecho. En el ordenamiento español destaca, sobre todo, la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo (en adelante, L. O. 2/2015), que ha sido la norma reciente que ha deparado mayores cambios en el tratamiento penal del terrorismo. Entre otros aspectos, de su contenido destaca un adelantamiento de la barrera de intervención penal sobre ciertas conductas relativas a la transmisión de un discurso proselitista y beligerante respecto al terrorismo, como forma de atajar la radicalización terrorista en sus primeros estadios y fases previas.

El cometido de este estudio será el análisis y propuesta, en clave crítica, de los elementos que con mayor rigor criminológico pueden constituir un concepto nuclear o esencial de terrorismo, para dilucidar si alguno de estos puede presentar una lesividad o dañinidad que justifique el plus de punición intrínseco a la legislación penal antiterrorista en España. Tras ello, analizaremos concisamente la configuración típica de los aludidos delitos que someten a persecución penal la adopción de discursos proselitistas o beligerantes respecto al terrorismo, que podemos denominar “contra-discursivos”, para razonar si se ajustan al concepto nuclear de terrorismo delimitado, y si incorporan una genuina lesividad que justificaría político-crimi-

nalmente su existencia y contundencia punitiva, así como su conveniencia político-criminal.

## 2. La legislación penal antiterrorista: la excepcionalidad devenida en permanencia

A la complejidad de las realidades que habitualmente se sitúan bajo el paraguas conceptual del terrorismo, se suman las dificultades epistemológicas que surgen por la inherente mitologización del término. Buena parte de la sociedad civil y entes institucionales que se postulan en su prevención y lucha no han desplegado una vocación de análisis y estrategia de acción sopesada y rigurosa, sino que, más bien, han enfervorizado posturas cercanas a una cruzada o guerra total, contra seres que han pasado a representar en el imaginario colectivo la misma esencia del mal.<sup>11</sup> En consonancia con ello, en muchas ocasiones el calificativo de terrorista se emplea para aludir a casi todos los tipos de violencia y no sólo la política,<sup>12</sup> siendo estas prácticas muy contraproducentes para una investigación rigurosa en la materia y su eventual tratamiento práctico, al equiparar fenómenos muy dispares entre sí, dificultando la identificación y estudio separado de sus peculiaridades.<sup>13</sup> El carácter negativo que acom-

<sup>8</sup> Vid. GONZÁLEZ CALLEJA, E. *El laboratorio (...) op. cit.*, p. 642.

<sup>9</sup> Según la STS 503/2008, de 17 de julio, F. J. 5, caso “11-M”, se trataría de “grupos, organizaciones o bandas de menor tamaño, vinculadas con aquella y orientadas a hacer efectiva la difusión de ideas, a la captación de nuevos miembros, al adoctrinamiento, auxilio y distribución de los ya captados, a la obtención de medios materiales, a la financiación propiamente dicha, a la ejecución directa de actos terroristas o a la ayuda a quienes los han perpetrado o se preparan para hacerlo, o bien a otras posibles actividades relacionadas con sus finalidades globales” (vid. TERRADILLOS BASOCO, J. M. “Terrorismo yihadista” (...) *op. cit.*, p. 40).

<sup>10</sup> Vid. LÓPEZ-MUÑOZ, J. *Criminalidad organizada y terrorismo: formas criminales paradigmáticas*, Dykinson, S.L., Madrid, 2019, p. 260.

<sup>11</sup> En ese sentido ubica Cancio Meliá el germen psicosocial que favorece la creación del derecho penal del enemigo: una auténtica demonización de determinados delincuentes, entre ellos los terroristas, que genera una caterva pública clamando por la aplicación sobre tales sujetos de medidas excepcionalmente duras. Esta teoría jurídica, formulada por Jakobs en el marco de su funcionalismo-sistémico, radica en el tratamiento como “no-personas” a quienes no ofrecen una garantía cognitiva de que su conducta se ajustará a la observancia del ordenamiento jurídico, apartándose duraderamente del mismo, atacándolo y constituyendo como amenaza permanente para su vigencia y existencia. Dado que esas personas son por sí mismas una fuente de peligro duradero, el Estado debe lícitamente protegerse privándoles de su *status personae*, y expandiendo e intensificando en consecuencia la acción penal sobre éstos (cfr. CANCIO MELIÁ, M. *Estudios de derecho penal*, Palestra Editores, Lima, 2010, pp. 465 y ss; JAKOBS, G. y CANCIO MELIÁ, M. *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2006).

<sup>12</sup> Precisamente Cancio Meliá se pronuncia críticamente en torno al “uso inflacionario” del término, reflejando expresiones vertidas por responsables públicos españoles: “desde el terrorismo “normal” (comisión de infracciones penales gravísimas para la consecución de fines políticos), pasando por los “terroristas domésticos” (hombres que maltratan a sus mujeres), los “ciberterroristas” (hackers que pretenden causar daños en los ordenadores atacados) o los “terroristas medioambientales”, hasta llegar al “terrorismo forestal” (provocar incendios forestales)” (cfr. CANCIO MELIÁ, M. *Estudios de (...) op. cit.*, pp. 419 y 420).

<sup>13</sup> En ese sentido, Laqueur niega, acertadamente, que un motivo válido para evitar estudiar el terrorismo político sea que El Terror estatal haya causado más víctimas y estragos que la violencia cau-



paña al concepto deriva en su uso habitual como arma retórica, sin obedecer a consideraciones analíticas de la problemática.<sup>14</sup>

Las acciones terroristas han conllevado habitualmente la irrupción de toda una legislación de emergencia, con medidas de extrema dureza para combatirlas; una legislación surgida con vocación de transitoriedad y que, paradójicamente, tiene a petrificarse permanentemente en los ordenamientos jurídicos de Estados aparentemente democráticos.<sup>15</sup> Este tipo de normativas cuentan con una importante *vis expansiva*, tanto en los tipos penales sustantivos como en cualquier otra medida de naturaleza procesal o represiva,<sup>16</sup> nutriéndose de los discursos punitivos del “derecho penal de la emergencia” o del “derecho penal del enemigo”. El derecho penal de la emergencia o excepción implica la sistemática minoración o expulsión de garantías ante una crisis coyuntural, con la vocación de reincorporar estas una vez desaparezca el presupuesto fáctico de la emergencia, pero con la habitual incorporación permanente de lo primeramente excepcional, cual caballo de Troya que subvierte la fortaleza de las garantías constitucionales y penales desde dentro del sistema.<sup>17</sup> Por su parte, teorías como la del derecho penal del enemigo, ubican en la figura del delincuente terrorista una irremovible fuente de peligros, de la que el Estado debe lícitamente prote-

sada por particulares hacia gobiernos y Estados. La importancia cuantitativa que pueda darse en tal comparación no resta un ápice la relevancia con la que *per se* cuenta el terrorismo en sentido estricto, ni su atención desvalora la necesidad de estudio de otras formas diferenciables de violencia política (cfr. LAQUEUR, W. *Terrorismo*, Espasa-Calve, Madrid, 1980, p. 27).

<sup>14</sup> Son muy reveladoras las consideraciones de Lamarca Pérez, que entiende que “si el vocablo terrorismo es en el lenguaje común casi más emotivo que descriptivo, la expresión terrorismo de Estado decididamente se emplea como un arma arrojada contra aquellos sistemas políticos que vulneran sistemáticamente los derechos humanos o, también, contra aquellas actuaciones más o menos circunstanciales que, incluso en el marco de un Estado de Derecho, manifiestan un afán represivo excepcional, desproporcionado o ejecutado al margen de todo procedimiento regular” (cfr. LAMARCA PÉREZ, C. “Sobre el concepto de terrorismo (A propósito del caso Amedo)”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, N° 46, 1993, p. 539).

<sup>15</sup> Vid. LAMARCA PÉREZ, C. “La dimensión” (...) *op. cit.* p. 1332.

<sup>16</sup> Vid. PAREDES CASTAÑÓN, J. M. “El “terrorista” ante el Derecho penal: por una política criminal intercultural”, *Nuevo Foro Penal*, N° 74, 2010, pp. 128-129; TERRADILLOS BASOCO, J. M. “Terrorismo yihadista” (...) *op. cit.*, pp. 28 y ss.; LAMARCA PÉREZ, C. “La dimensión” (...) *op. cit.*, p. 1332.

<sup>17</sup> Vid. FERRAJOLI, L. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1998, pp. 128 y ss.; TERRADILLOS BASOCO, J. M. “Terrorismo yihadista” (...) *op. cit.*, pp. 29 y 30.

gerse privándoles de su *status personae*, cercenando las tradicionales garantías constitucionales y penales que de este derivan.<sup>18</sup>

Todo ello redundo, en la práctica, en la severación de la represión punitiva del terrorismo, representándose en un adelantamiento de las barreras de intervención penal, multiplicación de tipos penales específicos que contrarían previsiones constitucionales o agravamiento cuantitativo y cualitativo de las penas, así como en la reconducción de ciertas facultades jurisdiccionales a órganos extraños para la persecución penal, como son los gubernativos.<sup>19</sup> La gravedad represiva de tal normativa, con su tendencial *vis expansiva*, acentúa la necesidad de acotar el concepto penal y político-criminal de terrorismo en un mínimo racionalmente inteligible, sorteando la simplificación polarizadora con la que tiende a ser concebido en el escenario informativo y político.<sup>20</sup> Ello requiere una máxima precisión en su delimitación ontológica y formal, por distintos motivos entre los que destacan las exigencias constitucionales del principio de legalidad penal (derecho fundamental *ex art. 25 CE*) y de los de proporcionalidad, tipicidad y ofensividad que de aquel y otros se deducen;<sup>21</sup> la necesidad de ubicar un bien jurídico que justifique la intervención penal conforme a los derechos humanos integrados en nuestro ordenamiento *ex art. 10.2 CE*;<sup>22</sup> y, además, por razones pragmáticas que cabría entender como político-criminales.

<sup>18</sup> Vid. CANCIO MELIÁ, M. *Estudios de (...) op. cit.*, pp. 465 y ss; JAKOBS, G. y CANCIO MELIÁ, M. *Derecho penal (...) op. cit.*

<sup>19</sup> Vid. LAMARCA PÉREZ, C. “La dimensión” (...) *op. cit.*, p. 1332-1333.

<sup>20</sup> Ya en enero de 2002, el presidente norteamericano, por entonces George Bush, señaló a Irak, Irán, Corea del Norte y Afganistán como Estados que, junto a sus aliados terroristas, constituyen un “Eje del Mal” (*Axis of evil*). President Delivers State of the Union Address, Capitolio de los Estados Unidos, 29 de enero de 2002, Washington, D.C. Disponible en: <https://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2002/01/20020129-11.html>

<sup>21</sup> Vid. ROXIN, C. “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 15-01, 2013, p. 22; HASSEMER, W. “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?”, en HEFENDEHL, R.; VON HIRSCH, A.; WOHLENS, W. *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 98-101; ALONSO ÁLAMO, M. *Bien jurídico penal y Derecho penal mínimo de los derechos humanos*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 2014, p. 63.

<sup>22</sup> Vid. ALEXI, R. “¿Derechos humanos sin metafísica?”, *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, N° 30, 2007, p. 239.

### 3. La identificación del bien jurídico-penal como asidero de un *ius puniendi* antiterrorista materialmente legítimo

Como punto de partida, cabe concebir a los bienes jurídicos como circunstancias dadas o finalidades con pleno anclaje constitucional, que constituyen presupuestos existenciales (por ello se denominan bienes) para la autorrealización humana en un sistema social basado en tales fines, y son susceptibles de ser tratados por el derecho (por ello, son llamados jurídicos).<sup>23</sup> El bien jurídico-penal, en su sentido crítico o político criminal, vendría referido específicamente a la exigencia de fundamentación de la relevancia constitucional del objeto de protección de la norma punitiva, y dotaría de contenido sustantivo al principio de intervención mínima, por cuanto opera como límite sobre el legislador penal.<sup>24</sup> Por ello, en nuestro objeto específico de estudio, relativo al terrorismo, para poner en valor el principio de mínima sujeción a bienes jurídico-penales constitucionalmente relevantes, hemos de abordar la determinación de un núcleo genuino de lesividad material del terrorismo, que pudiera fundamentar un mayor desvalor o injusto de esta conducta. Este plus de antijuridicidad, paradójicamente, parece presumirse, ajeno a toda necesidad de justificación político criminal, tanto en los textos normativos acometidos en España como en el inmediato derecho comparado.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> Vid. ROXIN, C. *Derecho penal: parte general*, Civitas, Madrid, 2014, pp. 56 y ss., conceptualizando el bien jurídico como “circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”; MUÑOZ CONDE, F.; GARCÍA ARÁN, M. y GARCÍA ÁLVAREZ, P. *Derecho penal: Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 54 y ss.

<sup>24</sup> En ese sentido, como autores proclives a tal enfoque crítico, vid. VIVES ANTÓN, T. S. “Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo”, *Estudios penales y criminológicos*, N.º 25, 2004, p. 412; MIR PUIG, S. “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límite del “*Ius puniendi*””, *Estudios penales y criminológicos*, N.º 14, 1991, pp. 206 y ss.; FALLADA GARCÍA-VALLE, J. R.; JARÍA I MANZANO, J. y QUINTERO OLIVARES, G. “La construcción del bien jurídico protegido a partir de la Constitución”, en *Derecho penal constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, recurso digital; p. 2 de 31; POLAINO NAVARRETE, M. *El bien jurídico en el Derecho penal*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1974.

<sup>25</sup> En ese sentido, vid. PAREDES CASTAÑÓN, J. M. “Terrorismo y principio de intervención mínima”, en ALONSO RIMO, A.; CUERDA ARNAU, M.L. y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 69 y ss.; Vid. CUERDA ARNAU, M.

Tal situación representaría lo que Norberto Bobbio denominó “positivismo jurídico de corte ontológico”, referente a que el jurista solo discute los cauces conceptuales trazados por el legislador positivo, quedando fuera de su análisis todo aquello que exceda al ámbito de aplicación de la norma y, en general, la justificación básica de la existencia de esta.<sup>26</sup> No por haber transcurrido más de un siglo, ha quedado obsoleta la advertencia de Dorado Montero en cuanto a los “actos concretamente delictuosos”, de la “mutabilidad de los mismos al compás que cambian los fines de los sujetos que se arrojan la facultad de apreciar su valor”.<sup>27</sup> Con base en tales postulados, en este trabajo no presumiremos una lesividad adicional o genuina del terrorismo solo porque así han sido formalmente tasados esos delitos.<sup>28</sup> Por el contrario, plantearémos desde una perspectiva pre-positiva, un análisis sobre la posible existencia de una antijuridicidad específica de ciertas acciones, caracterizables como terroristas por ciertos rasgos comunes, que exceda a la propia de tradicionales delitos comunes que estos comenten a la sazón de su metodología y objetivos.

L. “Delitos contra la libertad”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. y VIVES ANTÓN, T. S. *Derecho penal, parte especial (...) op. cit.*, pp. 152-153. Paredes Castañón señala que los trabajos de Cancio Meliá son excelentes y pretenden ser críticos con la configuración típica y aplicación judicial de los delitos terroristas, pero dan por supuesto y asumen el juicio de lesividad específica de los delitos de terrorismo que instaure el legislador, sin rebatirlo en modo alguno. Se pueden señalar otras obras de factura técnico-jurídica intachable que, sin embargo, pasan por alto desempeñar un análisis de la justificación político-criminal de la lesividad del terrorismo; (vid. CANCIO MELIÁ, M. *Los delitos (...) op. cit.*, pp. 85 y ss.)

<sup>26</sup> Cfr. BOBBIO, N. *El problema del positivismo jurídico*, Eudeba, Buenos Aires, 1965.

<sup>27</sup> Cfr. DORADO MONTERO, P., *El Derecho protector de los criminales*, Tomo I, Madrid, V. Suárez, 1916, p. 21.

<sup>28</sup> Este planteamiento de trascender los cercos conceptuales de la ley penal positiva para estudiar el control social y la desviación de un modo material o prejurídico, sin incurrir en los sesgos e ideas prefijadas de la criminalización estatal, es de la Criminología crítica de la segunda mitad del siglo XX (vid. SCHWENDINGER, H. & SCHWENDINGER, J. “¿Defensores del orden o custodios de los derechos humanos?”, en TAYLOR, I.; WALTON, P.; YOUNG, J. *Criminología crítica*, Siglo XXI, México D. F., 1981, pp. 149-189).

#### 4. Elementos criminológicos constitutivos de un concepto esencial de terrorismo y su posible lesividad jurídico-penal

##### 4.1. Consideraciones doctrinales y punto de partida

Partiendo de las bases expuestas, pasamos ya a razonar un concepto nuclear de terrorismo, en clave crítica, que sirva a este breve análisis referido al caso español. Para ello abordaremos los elementos más característicos y diferenciales que las investigaciones criminológicas sobre el terrorismo han señalado. Tales elementos han demostrado su relativa consustancialidad al terrorismo, al haberse dado en las distintas oleadas históricas de violencia terrorista, emergiendo como sustrato común a todas frente a otros elementos diferenciadores de las mismas. Así, desde la doctrina iuspenalista se ha planteado que el terrorismo “se manifiesta a través de la violencia, esto es, en la comisión de conductas que en sí mismas ya constituyen delito”;<sup>29</sup> comporta “actos graves ejecutados por medios especialmente violentos” y en general un peligro para “los bienes jurídicos más básicos”;<sup>30</sup> “medios violentos y fines políticos o sociales”;<sup>31</sup> “dañosidad en los medios”.<sup>32</sup> Se ha sostenido también que el terrorismo

... se manifiesta a través de la violencia y, concretamente, mediante la realización de conductas que en sí mismas constituyen delito”;<sup>33</sup> crea su idiosincrático terror “mediante la repetición de acciones violentas graves”, amenazando “con un mal que por sus actos previos ya ha demostrado que puede infligir”.<sup>34</sup>

En general, en el ámbito del derecho penal se suele ubicar la esencia del terrorismo en dos aspectos: la violencia, con un gran potencial lesivo y carácter coercitivo, y estando tal coerción ligada al segundo aspecto, como es la finalidad política o social pretendida con los medios violentos.<sup>35</sup> La violencia terrorista, caracterizada por incorporar la amenaza de repetirse en los mismos términos en caso de desobediencia al cambio exigido, habrá de atacar los bienes jurídicos personales más esenciales, como la vida, salud, integridad y libertad de las personas, puesto que, en caso contrario, no creará un temor por la propia vida y suficiente para poder obligar a los amenazados.<sup>36</sup>

Nuestra propuesta de concepto jurídico-penal de terrorismo parte, pues, del rasgo que consideramos más destacable del mismo, que evidencia su genuino y diferenciable núcleo de lesividad: su capacidad de amenazar condicionalmente con la reiteración de la violencia inicial en caso de desatención del cambio del *statu quo* sociopolítico exigido. Así, suscribimos con Pastrana Sánchez la aproximación al fenómeno del terrorismo como un caso *sui generis* de amenaza condicional,<sup>37</sup> con potencial lesivo de la libertad de todos los destinatarios, dada la intensidad intimidatoria de la violencia que precede o acompaña.<sup>38</sup> Sobre tales premisas, entendemos que solo la violencia con finalidad política suficientemente intensa, desplegada por sujetos con capacidad funcional para una repetición delictiva de gravedad equiparable, podrá ocasionar una intimidación tan grave y masiva, ante el temor a la reiteración de los ataques, que llegue a fundamentar un reproche penal autónomo y adicional al grave desvalor que, de por sí, ya suscitan las acciones violentas. De tal modo, asumimos que solo la amenaza de repetición de una violencia de intensidad equipar-

<sup>29</sup> Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *El derecho penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas*, Lección inaugural del curso 2005/2006, Universidad Jaume I, Castellón, 2005, p. 16.

<sup>30</sup> Vid. CUERDA ARNAU, M. L. “Delitos contra el orden público”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. y VIVES ANTÓN, T. S. *Derecho penal, parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016 p. 765.

<sup>31</sup> Vid. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª ed., Universidad de Sevilla 1976, p. 615.

<sup>32</sup> Vid. TERRADILLOS BASOCO, J. M. “Terrorismo yihadista” (...) *op. cit.*, pp. 32-33.

<sup>33</sup> Cfr. LAMARCA PÉREZ, C. “La dimensión” (...) *op. cit.*, p. 1335.

<sup>34</sup> Cfr. PASTRANA SÁNCHEZ, M. A. *La nueva configuración de los delitos de terrorismo*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020, pp. 84 y 206.

<sup>35</sup> Vid. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal (...) 1976, op. cit.*, p. 615; TERRADILLOS BASOCO, J. M. “Terrorismo yihadista” (...) *op. cit.*, pp. 32; CANCIO MELIÁ, M. Los delitos (...) *op. cit.*, p. 127 y ss.; LAMARCA PÉREZ, C. *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1985, pp. 450 y ss.;

<sup>36</sup> Vid. LLOBET ANGLÍ, M. “¿Terrorismo o terrorismos?: sujetos peligrosos, malvados y enemigos”, *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, Nº 31, 2015, p. 233; CUERDA RIEZU, A. “La necesidad de modificar la normativa antiterrorista por motivos constitucionales, tras el fin de la actividad armada de ETA”, en CUERDA RIEZU, A. *El derecho penal ante el fin de ETA*, Tecnos, Madrid, 2016, p. 22

<sup>37</sup> Vid. PASTRANA SÁNCHEZ, M. A. *La nueva (...) op. cit.*, pp. 206 y ss.

<sup>38</sup> Vid. TERRADILLOS BASOCO, J. M. “Terrorismo yihadista” (...) *op. cit.*, pp. 33-34.

rable a la inicial puede suponer un desvalor adicional, siempre que concibamos una política criminal antiterrorista que cuente con el aludido fundamento material que la legitima.<sup>39</sup>

Partimos de que el plus de desvalor de la conducta violenta del terrorista, que pudiera exceder al de la violencia en sí misma y por ello llegara a justificar un castigo agravado, se halla en la afectación de la libertad de los ciudadanos sobre la que incide la amenaza condicional de repetición de la violencia. El potencial lesivo de la libertad que tiene la amenaza radica en la verosimilitud de esta, en su apreciación como real por parte del ciudadano medio,<sup>40</sup> y solo si así fuera contaría con idoneidad para violentar anímicamente la voluntad del sujeto pasivo, afectando con ello su proceso de autodeterminación.<sup>41</sup>

#### **4.2. La violencia como elemento vehicular del terrorismo**

El terrorismo se ha manifestado históricamente, y continúa haciéndolo en la actualidad, por medio de la violencia. Lo ubicamos como un elemento vehicular del fenómeno del terrorismo en tanto constituye su manifestación más tangible, más inmediatamente perceptible por los sentidos, siendo una parte inescindible de tal realidad. Fuera de toda duda, la violencia genera un daño objetivable a bienes jurídicos individuales, correspondientes a un sustrato moral básico, permeable y permanente a las más diversas culturas,<sup>42</sup> que avala la protección de la vida, la integridad física o la libertad deambulatoria. Precisamente por ello, el desvalor ínsito de la conducta violenta queda tipificado por los clásicos delitos de homicidio, lesiones o aborto, entre otros, con lo que este elemento aisladamente considerado no nos sitúa ante ninguna lesividad adicional en una perspectiva material. No obstante, siendo la violencia un elemento característico del terrorismo, no es especialmente diferencial de este respecto a otros tipos de violencia como sí lo es, sin

duda alguna, su finalidad política. Definir el terrorismo tomando la violencia como su único elemento,<sup>43</sup> nos sitúa en una vocación de despolitizar el concepto de terrorismo, eludiendo su naturaleza teleológica.<sup>44</sup> Será la violencia, junto a otros elementos constitutivos que veremos a continuación, la que en sinergia con los mismos podría llegar a mostrar una lesividad adicional que funde una mayor respuesta punitiva.

El planteamiento de un concepto de terrorismo que incluya la violencia grave será necesario para evitar incluir bajo su paraguas conceptual meras manifestaciones de disidencia ideológica o expresiones subversivas sin ser significativamente lesivas en el plano material. Ello se correspondería con el concepto histórico de delito político, que se permeabiliza en el derecho interno español en nada menos que su norma suprema, prohibiendo el artículo 13.3 de la vigente Constitución española (en adelante, CE) la extradición basada en esta tipología de delitos. En definitiva, podemos decir que la violencia es un elemento necesario en la conceptualización del terrorismo, puesto que por sí solo es insuficiente para colmar tal concepto, pero sí resulta imprescindible y vehicular del mismo, en tanto deberá plantearse con otros elementos caracterizadores y diferenciales para acotar un concepto riguroso de terrorismo.

La entidad o gravedad mínima que debería revestir la violencia para ubicarse en el concepto de terrorismo será tratada en el siguiente epígrafe, al ser puesta en conexión con otros elementos que sí podrían revestir una propia lesividad adicional. Como ya se adelantó en el anterior epígrafe, la violencia terrorista, para considerarse como tal, ha de ser susceptible de afectar los bienes jurídicos personales más esenciales, como la vida, salud, integridad y libertad de las personas, puesto que en caso contrario no creará un temor por la propia vida suficientemente coercitivo para obtener el cambio sociopolítico exigido por sus autores.

<sup>39</sup> Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Contraterrorismo*, en DE LA CUESTA AGUADO, P. M. y TERRADILLOS BASOCO, J. *Liber amicorum (...) op. cit.*, p. 1363.

<sup>40</sup> Vid. PASTRANA SÁNCHEZ, M. A. *La nueva (...) op. cit.*, p. 208.

<sup>41</sup> Vid. CUERDA ARNAU, M. L. “Delitos contra la libertad”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. y VIVES ANTÓN, T. S. *Derecho penal, parte especial (...) op. cit.*, pp. 152-153.

<sup>42</sup> Vid. MIR PUIG, S. “Bien jurídico” (...) *op. cit.*, p. 211; ALONSO ÁLAMO, M. *Bien jurídico (...) op. cit.*, p. 98.

<sup>43</sup> Así sucedía con el Convenio europeo para la represión del Terrorismo de 27 de enero de 1977 o el Convenio Internacional para la represión de los actos terroristas cometidos con bombas de 15 de diciembre de 1997 (vid. CAPITA REMEZAL, M., *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, Colex, Madrid 2008, pp. 28 y 29; GÓMEZ MARTÍN, V., “Notas para un concepto funcional de terrorismo”, en SERRANO-PIEDRECASAS, J. R., DEMETRIO CRESPO, E., *Terrorismo y Estado de Derecho*, Iustel, Madrid, 2010, p. 27).

<sup>44</sup> Vid. LAMARCA PÉREZ, C. “La dimensión” (...) *op. cit.*, p. 1335.

### 4.3. Elemento teleológico o finalístico

La proyección psicológica de la ideología terrorista, y concretamente de las finalidades que en esta se conciben respecto al uso de la violencia, se puede representar a nivel criminológico en tres planos o niveles, siendo elementos individualizables conceptualmente, sin perjuicio de su interrelación.<sup>45</sup> El primero radica en la comisión de delitos comunes, consistiendo el segundo en la finalidad de atemorizar, a través de esa delincuencia común, a grupos de ciudadanos más numerosos que las víctimas de aquella. El tercer elemento o plano es la finalidad última (o primera, si la entendemos como móvil fundamental, cual motivación raíz de toda la actividad terrorista),<sup>46</sup> consistente en el cambio en el *statu quo* social, político o cultural que pretenden los terroristas.

Cabe remarcar que la naturaleza de ese cambio pretendido puede ser tan variada como doctrinas o ideologías existan, y *a priori* todas podrían resultar legítimas. La criminalización solamente reservada a los medios violentos, y no a las ideas políticas, responde a la idea, que no por obvia merece ser dada por supuesta, de que toda idea política puede ser fanatizada hasta el punto de defenderse por medios violentos.<sup>47</sup> Será la finalidad o dolo específicamente referido al uso de medios violentos y la propagación de la intimidación o “terror”, a través de ellos, el que merece relevancia penal a efectos de antijuridicidad sustantiva. En un análisis minucioso, entendemos que la divergencia entre autores que aseveran que únicamente es legítimo castigar los medios y no las finalidades terroristas, y aquellos que sí abogan por castigar lo que denominan como finalidades de aterrorización o intimidación, no es tan notoria como pueda parecer, si aclaramos que el punto de controversia es la denominación como “medio” o “fin” de ciertos elementos de

la actividad terrorista, y no tanto el tratamiento penal de la realidad que connota cada concepto.

El recurso a la comisión de homicidios, secuestros, amenazas o coacciones, como actividades incardinales en la delincuencia común, se concibe sin discusión como medios o métodos violentos propios del terrorismo. Sin embargo, la creación de terror colectivo que genera la contundencia de los medios violentos tiene un carácter fragmentario o híbrido en un razonamiento de medios y fines, pudiendo ser referido tanto como fin primario, cercano, o inmediato, de la violencia desplegada, así como medio específicamente dirigido a la consecución del fin último perseguido, de carácter sociopolítico. Así, nos parece importante remarcar que el terror es el fin inmediato de la violencia terrorista, pero el fin mediato de tal violencia, como principal y último, es el gran objetivo de cambio sociopolítico pretendido. Si mediato significa “que en tiempo, lugar o grado está próximo a una cosa, mediando otra entre las dos”,<sup>48</sup> conceptualizar el objetivo político último del terrorista como fin mediato de la violencia parece bastante ilustrativo, dado que hay otro elemento mediando para conseguir tal objetivo, como es el terror con cuyo efecto intimidatorio se pretende doblegar a la sociedad en pos del fin último, siendo así la creación del mismo simultáneamente medio y fin.<sup>49</sup>

Podemos razonar que, si bien la intimidación masiva no es un medio violento *stricto sensu*, sí es un idóneo medio coercitivo. La intimidación por sí sola no es materialmente violenta, pero sí violenta (como verbo transitivo)<sup>50</sup> la voluntad de sus destinatarios comunicativos, entendida como proceso de toma de decisiones de todos los ciudadanos ajeno a injerencias externas. La finalidad mediata, siendo un elemento de tinte ideológico, carece de relevancia punitiva en el marco de un Estado democrático que repudie un modelo de democracia militante por el que se persigan meras ideas, tipos de pensamiento o finalidades últimas de corte político. No obstante, la finalidad inme-

<sup>45</sup> Vid. EBILE NSEFUM, J. *El delito de terrorismo. Su concepto*, Montecorvo, Madrid, 1985, p. 135; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *El derecho (...) op. cit.*, p. 16; ASÚA BATARRITA, A. “Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad: fines políticos últimos y fines de terror instrumental”, en ECHANO BASALDUA, J. I.; LIDÓN CORBI, J. M. *Estudios Jurídicos en memoria de José María Lidón*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, pp. 45-46 y 66.

<sup>46</sup> Vid. ASÚA BATARRITA, A. “Concepto jurídico” (...) *op. cit.*, p. 46.

<sup>47</sup> Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *El derecho (...) op. cit.*, p. 16, ASÚA BATARRITA, A. “Concepto jurídico” (...) *op. cit.*, p. 66.

<sup>48</sup> Primera y única acepción de “mediato” en el Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española, en su 23ª ed. Disponible en: <https://dle.rae.es/mediato>

<sup>49</sup> Vid. LLOBET ANGLÍ, M. “Terrorismo o terrorismos” (...) *op. cit.*, p. 233.

<sup>50</sup> Resulta inequívoca a tal respecto la primera acepción de violentar que recoge el Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española, en su 23ª ed: “Aplicar medios violentos a cosas o personas para vencer su resistencia”. Disponible en: <https://dle.rae.es/violentar>

diata referida a los medios violentos<sup>51</sup> y coercitivos sí comporta desvalor penal, como proyección subjetivo-teleológica del componente amenazante propuesto.

#### **4.4. El elemento colectivo o de capacidad reiterativa de la violencia**

Tras la entrada en vigor de la Constitución española,<sup>52</sup> la correspondiente normativa penal concibió unos delitos de terrorismo que asentaban su esencia o núcleo de tipicidad en la organización terrorista y la pertenencia o colaboración con la misma, derivándose a partir de ello las modalidades de conducta punibles como terroristas.<sup>53</sup> De hecho, la doctrina iuspenalista mayoritaria ha fijado la mayor lesividad del terrorismo en el elemento colectivo, estructurado y organizado de la violencia política, que avalaría un agravamiento sustantivo respecto a otros delitos ordinarios<sup>54</sup>. Sin

<sup>51</sup> Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *El derecho (...) op. cit.*, p. 16; PASTRANA SÁNCHEZ, M. A. *La nueva (...) op. cit.*, pp. 207-208.

<sup>52</sup> No cabe olvidar que la entrada en vigor de la Constitución española depara un control mucho más tuitivo, por la vigencia preminente de sus principios, garantías y derechos fundamentales, sobre actuaciones judiciales, policiales o legislativas que anteriormente contaban con un alto grado de discrecionalidad en la práctica.

<sup>53</sup> La doctrina mayoritaria se posicionaba, en momentos previos a la aprobación de la Ley Orgánica 2/2015, a favor de ese carácter esencial del elemento organizativo en los delitos de terrorismo. No obstante, con la introducción legislativa del terrorismo individual en España, previéndose por la LO 7/2000 un delito de terrorismo *ex art. 577 CP* que no exigía la existencia de vinculación alguna a una organización terrorista, González Cussac y Fernández Hernández entienden que ya toma papel fundamental el elemento subjetivo del injusto y no aquel (cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. “Sobre el concepto jurídico-penal de terrorismo”, *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, N° 3, 2008, pp. 51 y ss.)

En ese sentido, podía considerarse como delito paradigmático del articulado de la legislación antiterrorista española el de “integración en bandas terroristas o rebeldes” (vid. LAMARCA PÉREZ, C. *Tratamiento jurídico (...) op. cit.*, pp. 224 y ss; COLOMER BEA, D. “La incriminación del terrorismo individual en la reforma penal de 2015”, en ALONSO RIMO, A.; CUERDA ARNAU, M. L. y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. *Terrorismo, sistema (...) op. cit.*, p. 138). Con la entrada en vigor del Código Penal de 1995, se mantuvo el núcleo del injusto terrorista en el elemento organizativo, si bien la organización no será terrorista por estar destinada a cometer una serie de delitos tasados de una forma objetiva, sino por estar programáticamente orientada a “subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública” (cfr. CANCIO MELIÁ, M. “Concepto jurídico-penal de terrorismo y cese definitivo de la violencia”, en CUERDA RIEZU, A. *El derecho penal ante el fin de ETA*, Tecnos, Madrid, 2016, p. 58).

<sup>54</sup> Cancio Meliá entiende que se fundamenta en el cuestionamiento del monopolio de la violencia que corresponde al Estado (vid. CANCIO MELIÁ, M. *Los delitos (...) op. cit.*, p. 127 y ss.), y

embargo, la Ley Orgánica 2/2015, dirigida eminentemente a la prevención y persecución del referido terrorismo yihadista desde el ámbito español, supone un cambio de paradigma al romper con la dinámica tipificadora mantenida hasta ese momento, abandonando como núcleo del injusto terrorista la pertenencia o colaboración con un grupo u organización terrorista, y ubicando como viga maestra de estos injustos la finalidad delictiva.<sup>55</sup>

Si bien convenimos con la corriente doctrinal mayoritaria en su análisis de fondo sobre las implicaciones criminológicas de la cualidad organizativa de este tipo de criminalidad, discrepamos con tales autores en fijar el elemento estructural como requisito *sine qua non* del concepto jurídico-penal de terrorismo; aún a sabiendas de esto, nos ubicamos en el sector doctrinalmente minoritario.<sup>56</sup> Si hemos asentado el plus de desvalor del terrorismo en una particular modalidad de amenaza condicional que instrumentaliza la violencia inicial, es imprescindible remarcar que su idoneidad lesiva, como la de toda amenaza, requerirá que esta resulte real, en tanto capaz de violentar el ánimo del ciudadano medio.<sup>57</sup> Y nos resulta evidente que el ciudadano medio puede apreciar una posibil-

en un sentido similar se pronuncia Lamarca Pérez, entendiendo que será esta exteriorización de la violencia y no la finalidad sociopolítica de esta la que deba marcar la criminalización del terrorismo (cfr. LAMARCA PÉREZ, C. *Tratamiento Jurídico (...) op. cit.*, pp. 450 y ss.). Sin embargo, para Cuerva Riezu, será la mayor letalidad de los delitos y facilidad para su impunidad en el marco de una organización armada y estructurada el fundamento del desvalor adicional que presentan los delitos de organización terrorista (cfr. CUERDA RIEZU, A. “La necesidad” (...) *op. cit.*, p. 22).

<sup>55</sup> No obstante, aunque en la legislación penal vigente hasta la entrada en vigor de la L. O. 2/2015 situaba como núcleo del injusto ese componente organizativo, ello no obstaba para admitir legalmente, en la redacción original del art. 577 CP, la persecución del terrorismo individual: “Los que, sin pertenecer a banda armada, organización o grupo terrorista, y con la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública, cometieren homicidios, lesiones de las tipificadas en los artículos 149 o 150, detenciones ilegales, secuestros, amenazas o coacciones contra las personas, o llevaren a cabo cualesquiera delitos de incendios, estragos o tenencia, tráfico y depósitos de armas o municiones, serán castigados con la pena que corresponda al hecho cometido, en su mitad superior” (vid. PASTRANA SÁNCHEZ, M. A. *La nueva (...) op. cit.*, pp. 53-54).

<sup>56</sup> Vid. FERNÁNDEZ GARCÍA, G. “El derecho penal contradictorio frente al terrorismo: análisis y crítica del caso español”, *Derecho Penal Central*, N° 3(3), p. 44. Respecto a la admisión conceptual del terrorismo individual, también se pronuncia favorablemente González Cussac y Fernández Hernández (cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. “Sobre el” (...) *op. cit.*, p. 51.).

<sup>57</sup> Vid. CUERDA ARNAU, M. L. “Delitos contra la libertad” (...) *op. cit.*, p. 153.

dad alta de repetición delictiva en los términos de los hechos iniciales sin que los actuantes se encuentren imbricados en organización alguna. Los ataques yihadistas, que en la segunda década del presente siglo han tomado lugar en distintos países europeos, han dado cuenta de una perturbación colectiva que no se mitigaba ante la realidad de que los autores actuaran al margen de entramados organizativos, sin vínculos operativos con una organización matriz más allá de la inspiración ideológica-discursiva brindada por estas.<sup>58</sup>

No obstante, lo que sucede en muchos casos es que la concurrencia de una organización es la que permite mantener esa posibilidad de reiteración. La posibilidad de reiteración delictiva radica en que, al momento de cometerse el hecho violento con finalidad coercitiva, existan otros sujetos distintos al mismo autor que, persiguiendo la misma finalidad mediata, cuenten con una disposición a reiterar una violencia de intensidad equiparable a la inicial. En realidad, esta noción no desplaza la importancia del elemento organizativo en el terrorismo, sino que simplemente lo contextualiza. La capacidad reiterativa de la violencia terrorista, que dota de idoneidad lesiva a la amenaza, en tanto es susceptible de percibirse como real para el ciudadano medio, se fundamenta insoslayablemente en un elemento colectivo, si bien no necesariamente organizativo. Pese a que el elemento organizativo no es indispensable para conseguir la verosimilitud de la amenaza de reiteración violenta, ello no impide corroborar que en casi todos los casos hay al menos un grupúsculo de sujetos relacionados entre sí, clasificable al menos como célula, que ejecutan los actos concretos y amenazan condicionalmente con su repetición.<sup>59</sup>

Una organización destinada a la comisión de tales delitos, con idoneidad atemorizadora en pos de la finalidad política perseguida en último término, garantiza la concurrencia de una pluralidad de individuos predispuestos a la repetición de ataques violentos y favorece su letalidad e impunidad. Sin embargo, no se puede pasar por alto la concurrencia de un contexto social de expansión de un discurso radicalizador del

terrorismo que haga verosímil la capacidad de reiteración delictiva al existir una pluralidad de sujetos, no conectados entre sí o con organización alguna, pero que sí están dispuestos a repetir una violencia equiparable a la que advierte la originaria, en pos de las mismas proclamas políticas. La posibilidad de reiteración no solo se puede sustentar en un entramado organizado, sino también en un contexto comunicativo de enardecimiento e instigación a la violencia para los más radicalizados, a quienes conocer la noticia de un previo hecho violento terrorista los encorajina para repetirlos, como se ha demostrado tanto con los primigenios anarquistas de la “propaganda por el hecho” como con los “lobos solitarios” yihadistas. Son sujetos que, en muy distintas épocas y contextos, han resuelto cometer esta modalidad de violencia política con la habitual inspiración de correligionarios con los que no habían contactado previamente, sin mediar organizaciones gestoras, potenciadoras o encubridoras de los ataques.<sup>60</sup> Y la virulencia y drasticidad de los mismos no es discutida a efectos de estudiarse como terroristas, especialmente en lo que atañe a los terroristas anarquistas de primera ola.<sup>61</sup> Con base en todo lo anterior, asumimos que una conceptualización rigurosa de terrorismo denotará el elemento colectivo<sup>62</sup> que requiere la amenaza de reiteración violenta para ser verosímil, si bien la capacidad de reiteración que sustenta tal pluralidad de personas no siempre vendrá dada, aunque sea lo habitual, por su integración conjunta en una organización dedicada a tales fines delictivos.<sup>63</sup>

<sup>58</sup> Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. “Sobre el” (...) *op. cit.*, p. 52.

<sup>59</sup> Vid. AVILÉS FARRÉ, J. “El terrorismo” (...) *op. cit.*, pp. 187-188; GONZÁLEZ CALLEJA, E. “Las ciencias” (...) *op. cit.*, pp. 125 y ss.

<sup>60</sup> En tal sentido, Cancio Meliá matiene que “un concepto nuclear de terrorismo viene constituido por tres elementos esenciales: elemento colectivo, intimidación masiva y proyección política estratégica” (cfr. CANCIO MELIÁ, M. “Concepto jurídico” (...) *op. cit.*, pp. 37-38).

<sup>61</sup> La negativa del sector doctrinal mayoritario a desligar el elemento organizativo del concepto jurídico de terrorismo, no solo se explica a la luz de la experiencia histórica del Estado y sociedad española en la contención del terrorismo de tercera ola practicado por ETA, como organización fuertemente estructurada y jerarquizada. Entendemos que, con un ímpetu garantista digno de elogio, los autores que defienden la imprescindibilidad de la organización para la relevancia penal del terrorismo, tratan de acotar el injusto penal, erigiendo un muro de contención que impida la expansión punitiva del antiterrorismo a conductas totalmente alejadas del hecho terrorista en sentido estricto, que puede que ni siquiera se manifiesten a través de la comisión de delitos comunes. Nuevamente, la negativa

<sup>58</sup> Vid. BUKAY, D. *From Muhammad to Bin Laden: religious and ideological sources of the homicide bombers phenomenon*, Transaction Publishers, New Brunswick (Estados Unidos) ; London, 2008, pp. 245-246.

<sup>59</sup> Vid. CANCIO MELIÁ, M. “Concepto jurídico” (...) *op. cit.*, p. 37.

## 4.5. Propuesta conceptual

Conforme a todo lo planteado en los últimos epígrafes, desde una óptica criminológica, podemos entender que son actos de terrorismo aquellos de violencia grave que incorporan la amenaza condicional de su reiteración en caso de desatención del cambio del *statu quo* sociopolítico que exigen sus autores, instrumentalizando así la atemorización generada en la sociedad para la consecución coercitiva de lo exigido. Para aumentar su capacidad coercitiva, tal amenaza se dirige siempre a más personas que las víctimas directas de la violencia.

## 5. Bienes jurídico-penales afectados por la genuina lesividad del terrorismo

### 5.1. La paz pública como bien jurídico-penal preliminar

El bien jurídico-penal que primera o preliminarmente consideramos afectado por la amenaza de reiteración violenta del terrorismo, como genuina fuente de lesividad de este, es el de la paz pública. Esta amenaza de reiteración violenta incorpora un desvalor adicional cuando afecta a la seguridad o tranquilidad que son presupuesto indispensable para el normal ejercicio de las libertades públicas,<sup>64</sup> y no ante cualquier generación de alarma social. La conminación de repetir los ataques iniciales adquiriría su antijuridicidad genuina, sobrepasando la ínsita a estos, cuando sea objetivamente idónea para afectar a la seguridad o tranquilidad ciudadana indispensables para ejercer ordinaria y espontáneamente los derechos y libertades públicas sin temor por la vida propia; y tal estado de seguridad y tranquilidad se ha conceptualizado tradicionalmen-

a la concepción jurídica de un terrorismo individual viene marcada por la inquietud frente a la alargada sombra de los delitos políticos; la inquietud por dar cabida a una persecución individualizada que se deslizará hacia la del radicalismo individual. Desde luego, situar el elemento organizativo como elemento objetivo e imprescindible del injusto terrorista, puede parecer que elimina la posibilidad de que el Estado persiga a “pobres diablos”; sujetos disidentes y extremistas cuyas actuaciones individuales no solo están desligadas de organizaciones con vocación violenta, sino que también son ajenas a la afectación de los bienes jurídicos cuya discusión nos ocupa.

<sup>64</sup> En ese sentido, convenimos con Larrauri Pijoán, por cuanto alude a la seguridad como un presupuesto de la libertad, si bien entiende que sólo esta última es un bien jurídico-penal como tal, y no sus presupuestos, cuya lesión genera la subsiguiente lesión de la libertad que garantiza (cfr. LARRAURI PIJOÁN, E., *Libertad y amenazas*, P.P.U., Barcelona, 1987, pp. 196-197).

te como paz pública.<sup>65</sup> Así, entendemos que la lesión a la seguridad adquiere relevancia penal autónoma solo cuando se conecta con una disuasión en el normal ejercicio de libertades. Precisamente, tales libertades se lesionan o se ponen peligro cuando se dañan sus presupuestos, introduciendo un elemento perturbador en la autodeterminación humana como es la conminación de un mal.<sup>66</sup> Las tradicionales finalidades subjetivas que legislación y doctrina española han apreciado respecto a los delitos de terrorismo, a saber, la subversión del orden constitucional o grave alteración de la paz pública,<sup>67</sup> son dos vertientes o aspectos de una misma realidad, siendo el orden constitucional la expresión jurídica de lo que la paz pública supone en el plano sociopolítico o fáctico, si entendemos el orden constitucional como marco formal, en tanto normativo, en el que se ampara la posibilidad del ordinario y espontáneo ejercicio de los derechos y libertades que reconoce.<sup>68</sup>

En síntesis, el bien jurídico-penal preliminarmente protegido que aquí apuntamos, la paz pública, solo se verá afectado ante acciones idóneas para transformar “un estado de tranquilidad y sosiego social trascendentes en una situación de miedo o terror colectivo por la propia vida”.<sup>69</sup> Las libertades, cuyo ejercicio quiere disuadir el terrorista permanecen constitucional y formalmente inalteradas por la mera comisión de los hechos violentos, pero el padecimiento psicológico de los posibles destinatarios de una repetición de la violencia es idóneo para hacer efectiva tal disuasión, al temer estos por su propia vida e integridad física en mayor grado que por una carencia de otras libertades públicas.<sup>70</sup> A todo lo anterior, hemos de añadir

<sup>65</sup> Vid. LLOBET ANGLÍ, M. “Terrorismo o terrorismos” (...) *op. cit.*, p. 230.

<sup>66</sup> Vid. LARRAURI PIJOÁN. *Libertad y (...) op. cit.*, pp. 196-197.

<sup>67</sup> Vid. CERRADA MORENO, M. *El terrorismo: concepto jurídico*, J. M. Bosch Editor, 2020, pp. 292 y ss.

<sup>68</sup> Vid. CANCIO MELIÁ, M. *Los delitos (...) op. cit.*, pp. 184 y ss.; PASTRANA SÁNCHEZ, M. A. *La nueva (...) op. cit.*, pp. 56-57.

<sup>69</sup> Cfr. LLOBET ANGLÍ, M. “Terrorismo o terrorismos” (...) *op. cit.*, p. 232.

<sup>70</sup> Pese a que la estadística demuestre cómo existe una probabilidad superior de fallecer o ser lesionado por muchas otras causas, incluso entre las violentas, que por un ataque de naturaleza terrorista, el impacto psicológico de los resultados lesivos del terrorismo es mucho mayor que el de otros fenómenos con mayor incidencia estadística, siendo estos efectos psicológicos desproporcionados en elemento que potencia su capacidad lesiva de la paz pública (Vid. REINARES NESTARES, F. *Terrorismo y antiterrorismo*, Paidós Ibérica, Barcelona, 1998, p. 39).



que el concepto de paz pública que aquí postulamos, como bien jurídico-penal primera o preliminarmente protegido por un legítimo injusto terrorista, no se circunscribe con la mera estabilidad o preservación del régimen político establecido,<sup>71</sup> sino con la subsistencia del orden constitucional en su vertiente efectiva o de ejercicio práctico de los derechos y libertades sin riesgo ni temor por la propia vida. Así, el componente subversivo del terrorismo integraría el concepto penal de terrorismo aquí defendido, pero solo referido a la subversión de la paz pública como presupuesto del sistema de libertades y su ejercicio.<sup>72</sup>

<sup>71</sup> En sentido contrario, Paredes Castañón razona que el bien jurídico-penal que podría afectar la actividad terrorista sería la estabilidad política, mas éste no se conseguiría lesionar por tales sujetos casi nunca, al subsistir con toda frecuencia el orden constitucional y político en contextos en que se producen acciones terroristas. Para este autor, sólo se hallaría un genuino desvalor adicional de las acciones terroristas en contextos en los que poco menos que éstos consiguieran los objetivos que persiguen, planteando por ello y en sentido crítico la eliminación del plus de injusto y punitivo que adopta la configuración de tales delitos en España (cfr. PAREDES CASTAÑÓN, J. M. “El “terrorista” (...) *op. cit.*, p. 150).

<sup>72</sup> El matiz de la subversión del orden o presupuestos del sistema jurídico y de libertades es importante, bajo nuestro criterio, dado que permite entender como manifestación propiamente terrorista al terrorismo de Estado. Esta tipología de terrorismo no buscaría la subversión sino la consolidación material del poder Estatal a través de la violencia, usándola para generar temor que disuada a ciertos grupos sociales en el ejercicio de ciertas libertades de corte político, como la de expresión o reunión, que son consideradas indeseables en ese funcionalismo radicalmente orientado a la razón de Estado. Se vulneraría o subvertiría no el Estado en sí, como estructura de poder, pero sí la esencia del orden y libertades democráticos sobre el que se asienta toda nación que las proclame, de las que tal Estado debe ser garante y no agente de disuasión violenta de su ejercicio. Sin embargo, no cabe perder de vista que si la llamada “guerra sucia” ejercitada por el Estado para la disuasión en el ejercicio de ciertos derechos y libertades, confrontando la paz pública con la instrumentalización de la atemorización creada, adopta un carácter generalizado o sistemático, los hechos serían subsumibles en crímenes de lesa humanidad, que definicionalmente requieren que el sujeto activo sea un poder público, en cuyo caso entendemos, en consonancia con la STS 798/2007, de 1 de octubre, de plantear un correspondiente concurso de delitos.

Por todo ello, discrepamos con la argumentación de la STS 30/1991, de 20 de septiembre, relativa al caso Amedo, en la que se asevera que la finalidad del GAL era la preservación del modelo de Estado, refiriendo tal resolución que la conducta de los procesados “no se encaminaba hacia un ataque a la independencia e integridad del territorio nacional, ni a impedir el ejercicio de las libertades, ni a la sustitución de la forma de Gobierno y de Estado establecidas en la Ley suprema, sino más bien a defender la estabilidad del sistema, aunque por métodos jurídicamente repudiables” (F. J. 13). El concepto de paz pública que aquí planteamos, como bien jurídico-penal primera o preliminarmente protegido por un legítimo injusto terrorista, no coincide con la estabilidad o preservación del régimen político establecido, sino con la subsistencia del orden constitucional en su vertiente efectiva o de ejercicio práctico de los derechos y libertades sin riesgo ni temor por la propia vida. Tal paz

En el contexto del terrorismo y su intrínseco componente de amenaza, la paz pública supone un interés digno de protección penal, constituable como bien jurídico-penal con relevancia constitucional, conforme a los derechos humanos, por cuanto atesora la defensa de las mínimas cotas de pacífica convivencia en democracia imprescindibles para que se pueda ejercer cualquier otro derecho humano. Su desprotección equivaldría a la subsiguiente desprotección de los derechos humanos cuyo ejercicio presupone, requiriendo una mínima tranquilidad y expectativa de conservación de la vida, integridad y salud del ciudadano para su ejercicio, como pudiera ser la libertad circulatoria y de residencia reconocidas como derechos fundamentales *ex art. 19 CE*. Entendemos que esta conceptualización de la paz pública constituye el bien jurídico-penal que primera o preliminarmente se lesiona con la amenaza de reiteración violenta,<sup>73</sup> puesto que esta amenaza no agota su lesividad con la inseguridad provocada, sino que también cuenta con un segundo nivel de lesividad, atacando a las libertades que solo pueden ejercerse en un contexto en el que se mantenga la paz pública.

## 5.2. La libertad de decisión y significación política

Partiendo de todo lo anterior, planteamos que el bien jurídico-penal nuclear respecto a la atemorización coercitiva que caracteriza al terrorismo, distinguiéndolo de otras formas de violencia política, es tanto la libre formación como la significación de la voluntad sociopolítica de los ciudadanos. La libertad decisio-

pública fue drásticamente removida para parte del entorno político abertzale cercano a las víctimas de la actuación parapolicial objeto de enjuiciamiento.

Así también, ciertos autores, cuyo criterio no compartimos, niegan que pueda denominarse *stricto sensu* como terrorismo a ciertos tipos de violencia desplegada desde el Estado (vid. SERRANO PIEDECASAS, *Emergencia y crisis del estado social*, Barcelona, 1988, p.165). Lamarca Pérez entiende que “la calificación jurídica de terrorismo de Estado (...) no existe ni puede existir: el Estado puede ser moralmente perverso, pero no delincuente” (cfr. LAMARCA PÉREZ, C. “Sobre el” (...) *op. cit.*, p. 541). En ese sentido, Avilés Farré entiende que el terrorismo se manifiesta como “una serie de asesinatos selectivos, cuyo objetivo es amedrentar a los agentes del Estado, a la sociedad en su conjunto o a una parte de la misma, con el fin de crear un ambiente favorable a los fines que los terroristas persiguen” (cfr. AVILÉS, J. Y HERRERÍN, A. *El nacimiento del terrorismo en occidente: anarquía, nihilismo y violencia revolucionaria*”, Siglo XXI de España Editores, S.A., Madrid, 2008, pp. 10 y ss).

<sup>73</sup> Vid. LLOBET ANGLÍ, M. “Terrorismo o terrorismos” (...) *op. cit.*, p. 232.

ria que lesiona el terrorista a través de la amenaza es inherentemente de naturaleza supraindividual, a diferencia del alcance individual del daño a la libertad que supone a la amenaza condicional común. La amenaza de reiteración de la violencia afecta la libertad de decisión de la ciudadanía sobre los aspectos básicos y estructurales del orden social y político que el terrorista pretende cambiar coercitivamente. Esta concreta esfera de la libertad se haya ínsita en el contenido esencial del derecho fundamental a la libertad ideológica que consagra el art. 16.1 CE, que atañe a la “dimensión interna del derecho a adoptar una determinada posición intelectual ante la vida y cuanto le concierne y a representar o enjuiciar la realidad según personales convicciones” (SSTC 137/1990, de 19 de julio, F. J.8, 141/2000, de 29 de mayo, y 3/2020, de 15 de enero, F. J. 8).

La libertad de actuación por la que se manifiesta una previa toma de postura sociopolítica, y que resultaría dañada con la atemorización coercitiva del terrorismo, no solo cuenta con cobertura constitucional a través de la dimensión externa de la libertad ideológica *ex art.* 16.1 CE, sino también por el derecho fundamental a la libertad de expresión conforme al art. 20.1 CE y, en general, todo derecho y libertad constitucional que proteja cualquier actuación humana frente a terceros con motivación o trascendencia política. Proponemos conceptualizar esta modalidad de actuaciones intersubjetivas con relevancia política como la “significación colectiva de la voluntad política”, o más sucintamente, “significación política”, en tanto esta trasciende del fuero interno y se explicita para cualquier otro ciudadano.

La naturaleza plurisubjetiva del bien jurídico protegido radica en que la atemorización coercitiva, acuciada por la violencia inicial que el terrorista despliega, ataca a la libre formación de la voluntad individual de todo ciudadano destinatario de la coerción en relación a los asuntos sociopolíticos sobre los que el terrorista quiere obtener los cambios reclamados. La coerción del terrorista nunca es individual, sino que se dirige a un grupo de destinatarios siempre superior al número de víctimas directas de la violencia, siendo frecuentemente empleada sobre sectores amplios de la ciudadanía de un país o región.<sup>74</sup> Además, la atemorización coercitiva de la violencia desplegada no solo

lesiona plurisubjetivamente el proceso individual de formación de la voluntad de sus destinatarios, sino también, la subsiguiente libertad de decisión sobre dar o no trascendencia colectiva a tales voluntades (cuya libre formación individual, insistimos, es el ámbito previo del bien jurídico planteado). En definitiva, el segundo y ulterior ámbito que protege el bien jurídico propuesto, sería la libertad de significación política, entendida como la libertad plurisubjetiva consistente en que las voluntades libremente formadas de los ciudadanos puedan concurrir también libremente entre sí en los distintos foros, espacios y procedimientos que el Estado democrático ampara y protege en un ordenamiento constitucional como el español.

En ese sentido, entendemos la significación colectiva de una toma de postura sobre un asunto político, comprende todo el recorrido que tiene desde su puesta en común por quien la mantiene, partiendo desde su llana reivindicación ciudadana, hasta su implantación en las agendas políticas de los gestores públicos, y pudiendo llegar a consagrarse normativamente en las fuentes reconocidas del derecho. Si la amenaza terrorista es capaz de viciar en origen la formación de la decisión política del ciudadano, se perturba el desarrollo de la significación política de este, puesto que no todos los ciudadanos serían completamente libres e iguales para significarse políticamente frente a los decisores públicos, y estos tendrán que tomar postura a partir de una percepción distorsionada de la opinión pública en tales materias.<sup>75</sup> Se lesiona tanto la libertad de decisión y actuación del ciudadano, como la de decisión y actuación de todo ente legitimado para tomar decisiones en representación de colectivos más amplios que él mismo.

Por todo lo anterior, concluimos que el bien jurídico-penal nuclear respecto a la atemorización coercitiva que caracteriza al terrorismo, distinguiéndolo de otras formas de violencia política, es la libre formación y significación colectiva de la voluntad sociopolítica de los ciudadanos, cuya relevancia constitucional queda patente por proteger dimensiones muy sensibles del ámbito de los derechos fundamentales a la libertad ideológica y de expresión recogidos en

<sup>74</sup> Vid. DE LA CORTE IBÁÑEZ, L. *La lógica del terrorismo*, Alianza, Madrid, 2006, p. 43.

<sup>75</sup> Así, González Calleja entiende también que la violencia terrorista socaba el principio fundamentador de la democracia, por cuanto quiebra la pretendida igualdad de todos los ciudadanos en su influjo sobre los gobiernos (cfr. GONZÁLEZ CALLEJA, E. *Asalto al poder: la violencia política organizada y las ciencias sociales*, Siglo XXI de España, Madrid, 2017, p. 191).

los arts. 16.1 y 20.1 CE, así como todos aquellos que amparan cualquier acción u omisión humana con sentido político frente a terceros. Dado que planteamos dos ámbitos merecedores de protección, como son el decisorio y de actuación ya explicados, comprendemos más útil entender que estamos ante un solo bien jurídico, de corte supraindividual y con distintas dimensiones o vertientes.

### 5.3. Recapitulación

Como síntesis a los últimos epígrafes, aunando los razonamientos sobre bienes jurídico-penales y lesividad del terrorismo expuestos, el concepto nuclear de terrorismo que aquí planteamos radicaría en que son actos de terrorismo aquellos de violencia que atenten gravemente contra los bienes jurídicos básicos de la vida o integridad física, cuya comisión traiga consigo la amenaza de reiterarse en caso de no atenderse la condición de cambio social o político exigida por sus autores. Tal amenaza requerirá ser idónea para generar una atemorización en un mayor número de personas que las víctimas directas de violencia, menoscabando con ella el grado de tranquilidad imprescindible para el ejercicio espontáneo de derechos y libertades, y violentando así la adopción y significación de voluntades de corte sociopolítico.

## 6. Delimitación criminológica del discurso y la radicalización terroristas

Antes de analizar las concretas figuras delictivas que en España criminalizan los discursos relacionados con el terrorismo y la radicalización terrorista, resulta conveniente una breve denotación criminológica de tales términos. Se debe tener en cuenta que la expresión “discurso terrorista” se emplea muy habitualmente de forma amplia y poco precisa, siendo necesario distinguir, el discurso terrorista en sentido estricto, que consistiría en la manifestación<sup>76</sup> de las doctrinas, ideologías, tesis o puntos de vista<sup>77</sup> con car-

<sup>76</sup> “Serie de las palabras y frases empleadas para manifestar lo que se piensa o se siente” es la cuarta acepción de la expresión discurso que recoge el Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española, en su 23ª ed. Tal acepción sería primera que más nos interesaría en este estudio, en tanto pone de manifiesto la perspectiva de la manifestación verbal, ya sea oral o escrita, de las ideas y sentimientos de las personas. Disponible en: <https://dle.rae.es/discurso>

<sup>77</sup> “Doctrina, ideología, tesis o punto de vista” es la séptima

ga proselitista en favor del colectivo y hecho terrorista *stricto sensu* (violencia con finalidad política atemorizadora de la ciudadanía), de aquellos discursos que solo comparten ideas generales o se pronuncian sobre aspectos del terrorismo, pero respecto a los que no se asume un proselitismo de sus actuaciones y sus elementos diferenciales.

Por otro lado, respecto al terrorismo yihadista se emplea muy frecuente y coloquialmente el término radicalización, que convendría delimitar como el proceso de modificación cognitiva, emocional y conductual tendente al conflicto intergrupal y a la utilización de la violencia, que adaptaría al individuo para una eventual actividad terrorista.<sup>78</sup> Todas las fases de este proceso de radicalización, que comprenden desde la simpatía, el apoyo, la legitimación y la eventual vinculación y actuación terroristas son a menudo referidas a través de un modelo piramidal, conforme al que, según ascendemos, nos encontraríamos con menor número de individuos, pero cognitivamente más dispuestos al conflicto intergrupal y la violencia. La primera etapa o peldaño más bajo en la escala de radicalización terrorista sería, más bien, aquella que engloba a personas que condonan los actos terroristas, a los que cabría denominar simpatizantes.<sup>79</sup> Tras ello, se encontrarían los seguidores que no solo muestran una mera adhesión ideológica que legitima o disculpa la violencia, sino que adoptan un componente ideológico-emocional más intenso, basando la identidad personal en la pertenencia al grupo y asistencia a reuniones y actos reivindicativos; incluso se dará apoyo económico a las organizaciones<sup>80</sup>. Estos últimos ya comenzarían a realizar ocasionales actos de proselitismo de las acciones y colectivos terroristas, si bien en el siguiente peldaño, donde se encuentran los activistas, el proselitismo sería más intenso y habitual,

acepción de la expresión discurso que recoge el Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española, en su 23ª ed. Tal acepción sería pertinente para nuestro trabajo puesta en relación con la cuarta, en el sentido de que ésta hace hincapié en la manifestación de ideas, y la séptima hace referencia al contenido predeterminado e ideológico de tales ideas.

<sup>78</sup> Vid. MOYANO PACHECO, M. y TRUJILLO MENDOZA, H. M. *Radicalización islamista y terrorismo: claves psicosociales*, Universidad de Granada, Granada, 2013, pp. 14-15.

<sup>79</sup> Cfr. SILKE, A. “Cheshire-cat logic: The recurring theme of terrorist abnormality in psychological research”, *Psychology, Crime & Law*, N°1, 4, 1998, p. 8-9; vid. MOYANO PACHECO, M. y TRUJILLO MENDOZA, H. M. *Radicalización islamista (...)* op. cit., pp. 13 y ss.

<sup>80</sup> Vid. MOYANO PACHECO, M. y TRUJILLO MENDOZA, H. M. *Radicalización islamista (...)* op. cit., p. 14.

además de prestar ocasionalmente un apoyo logístico a acciones violentas.<sup>81</sup> En el penúltimo escalón se hallan los radicales en un sentido completo, en los que la modificación cognitiva, emocional y conductual tendiente al conflicto intergrupual y uso de la violencia que se experimenta con la radicalización terrorista ha llegado a sus últimas etapas. La cúspide de la pirámide, finalmente, la ocupan los terroristas, que son el sector de radicales que han asumido el uso de la violencia y muestran una disposición permanente a utilizarla.<sup>82</sup>

### 7. Injusto terrorista en la legislación española y delitos contra-discursivos

Como ya se ha advertido previamente, en el contexto del ordenamiento penal español, la Ley Orgánica 2/2015 prescinde de ubicar como núcleo del injusto terrorista la pertenencia o colaboración con un grupo u organización terrorista, pasando a basar tales tipos penales en la finalidad delictiva.<sup>83</sup> Las nuevas finalidades amplían las tradicionalmente previstas en la ley como terroristas, que eran las de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública,<sup>84</sup>

<sup>81</sup> Como explican Moyano Pacheco y Trujillo Mendoza, “se produce un acercamiento progresivo a la conducta violenta y hacia la comisión de actos susceptibles de incardinarse como apología del terrorismo. La percepción real o imaginaria de sentirse investigado comienza a generar un estado con tintes paranoicos que acentúa la percepción polarizada de la realidad y la necesidad de acercamiento al grupo terrorista” (cfr. MOYANO PACHECO, M. y TRUJILLO MENDOZA, H.M. *Radicalización islamista (...) op. cit.*, p. 14).

<sup>82</sup> Vid. MOYANO PACHECO, M. y TRUJILLO MENDOZA, H. M. *Radicalización islamista (...) op. cit.*, p. 14.

<sup>83</sup> De tal forma, el art. 573.1 CP estipula:

1. “Se considerará delito de terrorismo la comisión de cualquier delito grave contra la vida o la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, el patrimonio, los recursos naturales o el medio ambiente, la salud pública, de riesgo catastrófico, incendio, de falsedad documental, contra la Corona, de atentado y tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, previstos en el presente Código, y el apoderamiento de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de mercancías, cuando se llevaran a cabo con cualquiera de las siguientes finalidades:

“Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.

Alterar gravemente la paz pública.

Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional.

Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella”.

<sup>84</sup> Vid. CUERDA ARNAU, M. L. “Delitos contra” (...) *op. cit.*, pp. 766-767; ra, CASTAÑO, E., *Los delitos de colaboración con*

*dándose una anticipación y expansión de la intervención penal* muy drástica. Ello ha permitido la incriminación bajo el marco legal de terrorismo de actuaciones que no se corresponden objetivamente con una puesta en peligro de bienes jurídicos concretos,<sup>85</sup> ni con violencia con finalidad política atemorizadora confrontadora de la paz pública ni libertades de corte político, como bienes jurídicos que un injusto terrorista criminológicamente fundado podría amparar legítimamente.<sup>86</sup> Entendemos que lo que motiva ese nuevo enfoque teleológico y no organizativo, es posibilitar la persecución en un máximo grado de punitividad de actuaciones de yihadistas con conexiones inexistentes o de difícil prueba con la gran organización matriz, como pudiera ser Al Qaeda o el Estado Islámico.<sup>87</sup>

Los delitos de terrorismo que tipifican directamente conductas de expresión y transmisión del discurso terrorista, siendo por ello resultan susceptibles de incidir en las fases de la radicalización terroristas, y que proponemos denominarlos como contra-discursivos por razón de su *ratio legis*, son el adoctrinamiento o adiestramiento pasivo (art. 575 CP), así como su modalidad activa (art. 577.2 CP), la difusión de mensajes e incitación a la comisión de delitos de terrorismo

*organizaciones y grupos terroristas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 119 y ss.; GALÁN MUÑOZ, A. “¿Leyes que matan ideas frente a las ideas que matan personas? Problemas de la nueva represión de los mecanismos de captación terrorista tras la reforma del código penal de la LO 2/2015”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 15, 2016, p. 104.

<sup>85</sup> Vid. MUÑOZ CONDE, F.; GARCÍA ARÁN, M. y GARCÍA ÁLVAREZ, P. *Derecho penal: Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 786 y ss.

<sup>86</sup> Vid. CANO PAÑOS, M. A. “La reforma penal de los delitos de terrorismo en el año 2015. Cinco cuestiones fundamentales”, *Revista General de Derecho Penal*, Nº. 23, 2015, pp. 25 y ss.; GALÁN MUÑOZ, A. “Leyes que” (...) *op. cit.*, p. 104; Vid. CUERDA ARNAU, M. L. “Delitos contra” (...) *op. cit.*, p. 767. En ese sentido, Cancio Meliá expresa que tras esta reforma penal, conviven en el texto punitivo español un “concepto nuclear”, correspondiente a las conductas que pretenden utilizar la violencia delictiva para producir un cambio en el régimen político fundamental a través de la intimidación masiva de la ciudadanía, y un ‘concepto (legal-formal) extensivo de terrorismo’ que permite imputar formalmente como terroristas ciertas conductas que no lo son materialmente al no constituir actos de violencia política para producir terror” (cfr. CANCIO MELIÁ, M. “Concepto jurídico-penal” (...) *op. cit.*, pp. 61 y ss)

<sup>87</sup> Aunque ello es discutible, dado que la actividad de pequeñas células terroristas ya ha sido calificada jurisprudencialmente como actividad de grupo terrorista, como sucedió en las sentencias relativas al caso 11-M (STS de 17 de julio de 2008, SAN de 26 de septiembre de 2005). Vid. CUERDA ARNAU, M. L. “Delitos contra” (...) *op. cit.*, p. 766.

(art. 579 CP), y el enaltecimiento, justificación y humillación a las víctimas del terrorismo (art. 578 CP).

### 7.1. El adoctrinamiento o adiestramiento pasivo (art. 575 CP)

El primer delito del Capítulo VII, en su sección 2ª, cuya regulación incide específicamente en la problemática del discurso terrorista es el recogido en el art. 575 CP: el delito de adoctrinamiento pasivo.<sup>88</sup> Este precepto fija un concepto nuclear de adoctrinamiento pasivo que consistiría en recibir adoctrinamiento o adiestramiento por parte de terceras personas, o, alternativamente, capacitarse por sí solo (autoadoctrinamiento o adiestramiento), para llevar a cabo cualquiera de los delitos de terrorismo. El tipo continúa con la descripción específica de tales conocimientos, y relatando tras ello diferentes conductas por las que se presumirá *iuris et de iure* la comisión del delito, siempre que concurra el elemento teleológico de la adquisición de ese conocimiento con el fin de cometer delitos de terrorismo.<sup>89</sup>

<sup>88</sup> Artículo 575.

1. “Será castigado con la pena de prisión de dos a cinco años quien, con la finalidad de capacitarse para llevar a cabo cualquiera de los delitos tipificados en este Capítulo, reciba adoctrinamiento o adiestramiento militar o de combate, o en técnicas de desarrollo de armas químicas o biológicas, de elaboración o preparación de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o específicamente destinados a facilitar la comisión de alguna de tales infracciones.

2. Con la misma pena se castigará a quien, con la misma finalidad de capacitarse para cometer alguno de los delitos tipificados en este Capítulo, lleve a cabo por sí mismo cualquiera de las actividades previstas en el apartado anterior.

Se entenderá que comete este delito quien, con tal finalidad, acceda de manera habitual a uno o varios servicios de comunicación accesibles al público en línea o contenidos accesibles a través de internet o de un servicio de comunicaciones electrónicas cuyos contenidos estén dirigidos o resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines. Los hechos se entenderán cometidos en España cuando se acceda a los contenidos desde el territorio español.

Asimismo se entenderá que comete este delito quien, con la misma finalidad, adquiera o tenga en su poder documentos que estén dirigidos o, por su contenido, resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines.

3. La misma pena se impondrá a quien, para ese mismo fin, o para colaborar con una organización o grupo terrorista, o para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo, se traslade o establezca en un territorio extranjero”.

<sup>89</sup> De tal modo, se cometerá este tipo penal con el mero acceso a determinadas páginas web, tenencia de documentos con contenidos idóneos o dirigidos a la comisión de delitos terroristas, así como

El objetivo de este precepto, implantado en 2015, es cernir una intervención penal sobre aquellos sujetos que han comenzado a dar sus primeros pasos en los peldaños por los que transcurre el proceso de radicalización.<sup>90</sup> Se trataría proclivemente de casos de simpatizantes en el sentido expuesto *ut supra*, que apenas se han acercado al primer peldaño de la pirámide radicalizadora y comenzado a familiarizarse con el discurso terrorista, encontrándose habitualmente más guiados por la curiosidad que por una adhesión ideológica firme.<sup>91</sup> Por todo ello, se alude habitualmente a este delito como una “preparación de la preparación delictiva” o “protopreparación”.<sup>92</sup> Sin embargo, se prevé una pena genérica para el adiestramiento pasivo dirigido a la comisión de cualquier delito terrorista, sin distinguir aquellos más graves y lesivos de los que no tienen tanta entidad, lo cual resulta conflictivo con los principios de intervención mínima y de proporcionalidad, suscitando críticas doctrinales<sup>93</sup> y jurispruden-

vijando o estableciéndose para ello en un territorio extranjero dándose en estas tres modalidades típicas una presunción *iuris et de iure* de actual o incipiente autoadoctrinamiento que requiere intervención penal. La redacción originaria de la L. O. 2/2015 fijaba en su tercer apartado: “La misma pena se impondrá a quien, para ese mismo fin, o para colaborar con una organización o grupo terrorista, o para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo, se traslade o establezca en un territorio extranjero controlado por un grupo u organización terrorista”. Pero la Ley Orgánica 1/2019, en el apartado III de su exposición de motivos, estipula que “el viaje con fines terroristas tiene una regulación mucho más amplia en la Directiva 2017/541/UE que el fijado en la Resolución 2178 (2014) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que inspiró la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, al no exigir que el viaje tenga por destino un territorio controlado por terroristas”, por lo que, en el apartado 21 de su artículo único, modifica el art. 575.3 CP eliminando la exigencia de que el territorio se halle controlado por una organización terrorista.

<sup>90</sup> Vid. GARCÍA ALBERO, R. “Capítulo VII. De las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo”, en QUINTERO OLIVARES, G., MORALES PRATS, F., *Comentarios al Código Penal Español, Tomo II*, 7.ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 1906 y ss.

<sup>91</sup> Puede tratarse de actuaciones como la de descargar vídeos promocionales de macro-organizaciones yihadistas para estudiar y poder aplicar sus métodos delictivos, muy alejadas de esa futurible ejecución delictiva cuyos actos preparatorios puede que tarden meses o años siquiera en comenzar

<sup>92</sup> Vid. PASTRANA SÁNCHEZ, M. A. *La nueva (...) op. cit.*, p. 243.

<sup>93</sup> Vid. CUERDA ARNAU, M. L. “Adoctrinamiento de jóvenes terroristas y sistema penal”, en DE LA CUESTA AGUADO, P. M. y TERRADILLOS BASOCO, J. *Liber amicorum (...) op. cit.*, p. 1846. En ese sentido, Galán Muñoz apunta, de forma acertada a nuestro modo de ver: “¿Respetar además exigencias mínimas derivadas del principio de proporcionalidad que castiguen con la misma pena, cuando menos en abstracto, a quien no se ha decidido a cometer un concreto delito terrorista, pero está decidido a ejecutar

ciales.<sup>94</sup> Se pune bajo la misma modalidad delictiva y rango penológico una autocapacitación para atentar muy grave y violentamente por parte de un radical “máximo”, que una autoformación para acciones de simpatizantes y seguidores.<sup>95</sup>

Adelantamos para esta figura la que será nuestra crítica global a los delitos contra-discursivos en España: se trata de conductas ajenas a la amenaza de reiteración violenta propia del terrorismo, que representa el genuino núcleo de lesividad o antijuridicidad, con fundamento criminológico o material que pueda justificar su incardinación en un injusto terrorista. De hecho, resoluciones como la STS 354/2017 de 17 de mayo, se han manifestado de forma crítica respecto a este y su posible encaje constitucional, exigiendo su “necesaria interpretación restrictiva” para lograr la “subsistencia” (*sic*) de los derechos a la libertad ideológica y a la información *ex art. 20 CE* (F. J. 2.1). Desde las propuestas conceptuales planteadas en epígrafes anteriores, entendemos que el adoctrinamiento pasivo no incide en los bienes jurídicos de la paz pública y libertad de decisión y significación política que genuinamente dañaría la violencia terrorista. De hecho, si hablamos de “protopreparación” de un acto violento, difícilmente podremos incardinar tal conducta como un delito autónomo, en tanto el injusto terrorista y su lesividad sustantiva propuestos en clave crítica, requerirían que un tipo penal autónomo de terrorismo incluyera los elementos esenciales de violencia grave inicial y una amenaza de reiteración de tal violencia que afectara a los bienes jurídicos delimitados. La exigencia de afectación a estos bienes, conforme al principio de lesividad o mínima sujeción a bienes jurídicos, depara concebir el injusto de terrorismo propuesto como de resultado. A la luz de ello, una conducta que no ejecutara tal violencia o consi-

*alguno en el futuro y se prepara para poder hacerlo, y a quien se instruye estando ya resuelto a ejecutar por su propia mano un concreto y cercano delito? ¿O que haga lo mismo con quien se quiere preparar para cometer un atentado con múltiples víctimas mortales que a quien solo pretende cometer unos daños informáticos del 264 CP con fines terroristas?”* (cfr. GALÁN MUÑOZ, A. “Leyes que” (...) *op. cit.*, pp. 112-113).

<sup>94</sup> El Derecho internacional no obliga a tipificar el autoadoctrinamiento en sentido estricto, y, de hecho, así lo ratifica la STS 354/2017 de 17 de mayo, en sus F. J. 1 y 2.

<sup>95</sup> De hecho, la previsión como delito genuinamente terrorista del enaltecimiento y justificación de cualquier otro delito de terrorismo (art. 578 CP), haría legalmente perseguible como “autoadoctrinamiento” el acceso a textos ensalzadores de la vida y obra de terroristas, si el fin de ello radicara en nutrir un futuro discurso de enaltecimiento o justificación.

guiente amenaza de reiteración, como sucede en este tipo de adoctrinamiento, constituirá un acto preparatorio *sui generis más que un injusto materialmente autónomo*.

## 7.2. El adoctrinamiento o adiestramiento activo (art. 577. 2 CP)

El adoctrinamiento activo se tipifica en el art. 577.2 CP, como una forma de colaboración terrorista, previéndose la misma pena (cinco a diez años de prisión) que para el tipo nuclear de colaboración, y tipificándose como la captación, adoctrinamiento o adiestramiento dirigida o idónea para cometer delitos de terrorismo, o incorporarse a una organización o grupo terrorista. Se somete a sanción penal, por tanto, la difusión de doctrinas, postulados e ideas que, incluso efectuándose sin dolo de convencer para cometer delitos de terrorismo, puedan ser idóneos para que el receptor cometa alguno de ellos, aunque ni siquiera el eventual y concreto delito no se especifique en el mensaje.<sup>96</sup> Se trataría, por ello, de una provocación o instigación directa más que de una colaboración, pese a la sistemática legal adoptada.<sup>97</sup> Aquí nos parece pertinente reiterar la crítica aducida en el anterior epígrafe, dada la lejanía fáctica de estas conductas con un acto de violencia terrorista con sustantividad para constituir un autónomo delito respecto a los bienes jurídico-penales razonados.

## 7.3. La difusión de mensajes e incitación a la comisión de delitos de terrorismo (art. 579 CP)

La incriminación de mensajes o proclamas dirigidos a que un tercero cometa un delito terrorista parecería plausible y colmada a partir de la modalidad de la inducción delictiva, y la previsión en el art. 579.3 CP, conforme a los arts. 17 y 18 CP, de la provocación, la proposición<sup>98</sup> y la conspiración respecto a los delitos

<sup>96</sup> Vid. GALÁN MUÑOZ, A. “El delito de enaltecimiento terrorista ¿Instrumento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raptos, twitters y titiriteros?”, *Estudios penales y criminológicos*, N° 38, 2018, p. 257.

<sup>97</sup> Vid. GARCÍA RIVAS, N. “Legislación penal española y delito de terrorismo”, en PORTILLA CONTRERAS, G.; PÉREZ CEPEDA, A. I. *Terrorismo y contraterrorismo en el siglo XXI: un análisis penal y político criminal*, Ratio Legis, Salamanca, 2016, p. 96.

<sup>98</sup> En ese sentido, Mir Puig insiste en que la proposición es una criminalización de una inducción que no es acompañada de una posterior ejecución (cfr. MIR PUIG, S. *Derecho penal. Parte Ge-*

de tal capítulo. No obstante, tras la modificación del art. 17.2 CP ex L. O. 1/2015, la proposición delictiva deja de ser una invitación a ejecutar un delito, y pasa a ser una invitación a “participar” en el mismo, por lo que lo solicitado habrá de ser “accesorio o coadyuvante” del delito que quien propone quiere ejecutar.<sup>99</sup> Por tanto, la proposición a terceros de participación en un delito que no ejecutará el proponente quedaría fuera del marco del art. 17.2 CP; pero la L. O. 2/2015 viene a colmar ese aparente vacío de tipicidad con el art. 579.2 CP que castiga, aparte de la incitación pública a la comisión de delitos terroristas, la solicitud a otra persona para que los cometa, concibiéndose por tanto una proposición punible que no se emite por el ejecutor de los hechos propuestos.<sup>100</sup> Por su lado, el art. 579.1 CP castiga la difusión de mensajes que tengan la finalidad de incitar a terceros a la comisión de delitos terroristas, o, sin que concurra tal finalidad, sean idóneos para ello. En caso de ausencia de tal finalidad, la difusión debe resultar idónea *ex ante* para incitar a los posibles receptores a cometer tales delitos y el dolo debe cernirse sobre esa idoneidad.<sup>101</sup>

En estos supuestos, nos encontramos ante formas más concordantes con las clásicas figuras de preparación del delito; la provocación, proposición y conspiración delictiva. Como la comisión de esta figura se castiga con la pena inferior en uno o dos grados a la prevista para el delito que se incite, la crítica que se plantee se tendrá que supeditar necesariamente al análisis de lesividad y posibles bienes jurídicos a proteger de los delitos de referencia en sí.

#### 7.4. El enaltecimiento, justificación y humillación a las víctimas del terrorismo (art. 578 CP)

Por último, hemos de abordar uno de los delitos de terrorismo más genuinamente referidos a la pura expresión de ideas: el delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo, así como de descrédito, menosprecio o humillación a las víctimas, conocido tradicional y coloquialmente como apología del terrorismo. Ya desde la entrada en vigor de la LO 7/2000 se ampliaron sus contornos típicos, pasando a punir

la transmisión de cualquiera de los mensajes que el art. 578 CP prohíbe, como la de aquellos que humillen a las víctimas del terrorismo, sin requerir una finalidad e idoneidad incitadora que sí precisa el concepto clásico de apología (art. 18 CP).<sup>102</sup> Se da, por tanto, una desconexión y autonomía de este delito frente a las modalidades de provocación delictiva terrorista ya estudiadas.<sup>103</sup> Para la apreciación del tipo de humillación a las víctimas no se requiere un daño a los bienes jurídicos individuales de las víctimas, cual modalidad calificada de un delito de injurias, puesto que se ha apreciado jurisprudencialmente sin requerirse prueba objetiva de ese daño individual.<sup>104</sup>

En los últimos años se han seguido dos líneas doctrinales y jurisprudenciales diferenciadas respecto a la aplicación de este controvertido delito: la primera entendería que no protege bienes jurídicos individuales, sino los sentimientos o moral colectiva que se ven dañados por los mensajes humilladores y enaltecedores que constituyen una manifestación del discurso del odio;<sup>105</sup> y la segunda fija que, por muy despreciables e incómodos socialmente que resulten tales mensajes, solo se subsumirán en el tipo tratado si son idóneos para incitar a la comisión delictiva contra terceros.<sup>106</sup> El Tribunal Supremo asume la primera postura en sentencias como la de 18 de enero de 2017, de 13 de julio de 2016 o de 19 de febrero de 2015.<sup>107</sup> Sin embargo, la STC 112/2016, de 20 de junio, cambia el paradigma jurisprudencial hacia la segunda línea interpretativa, fijando que la aplicación del art. 578 CP será respetuosa con la libertad de expresión (art. 20.1

neral, Editorial Reppertor, Barcelona, 2015, p. 353).

<sup>99</sup> Vid. GALÁN MUÑOZ, A. “El delito” (...) *op. cit.*, p. 253; GALÁN MUÑOZ, A. “Leyes que” (...) *op. cit.*, p. 117.

<sup>100</sup> Vid. PASTRANA SÁNCHEZ, M. A. *La nueva (...) op. cit.*, p. 275.

<sup>101</sup> Vid. GALÁN MUÑOZ, A. “El delito” (...) *op. cit.*, p. 256.

<sup>102</sup> Vid. VIVES ANTÓN, T. S. “Sistema democrático” (...) *op. cit.*, pp. 424 y ss.

<sup>103</sup> En ese sentido, Bernal del Castillo entiende que es preciso “desvincular el enaltecimiento del terrorismo de la provocación al terrorismo, otorgándole un contenido sustantivo diferente de un delito de terrorismo en sentido propio” (cfr. BERNAL DEL CASTILLO, J. “El enaltecimiento del terrorismo y la humillación a sus víctimas como formas del “discurso del odio””, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 16. 2016, p. 35).

<sup>104</sup> A favor de ello, vid. MIRÓ LLINARES, F. “Derecho penal y 140 caracteres. Hacia una exégesis restrictiva de los delitos de expresión”, en MIRÓ LLINARES, F. *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*. Ed. Marcial Pons. Madrid, 2017, p. 40.

<sup>105</sup> Vid. MIRÓ LLINARES, F. “Derecho penal” (...) *op. cit.*, p. 40.

<sup>106</sup> Vid. GALÁN MUÑOZ, A. “El delito” (...) *op. cit.*, p. 274.

<sup>107</sup> Esta STS de 19 de febrero de 2015, en atención a la anterior regulación, pone de manifiesto en su F. J. 1º que “la actividad típica está constituida por la mera expresión laudatoria de actos terroristas o de sus autores, sin incitación a la comisión directa ni indirecta”.

CE) de los autores solo si su discurso propicia o aliena, aun indirectamente, “una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades” (F. J. 4)<sup>108</sup>.

En estos delitos, de corte apologético del terrorismo, se da una desconexión palmaria entre las conductas tipificadas y una lesividad genuina y característica del terrorismo, si se conceptúa desde un rigor criminológico que sirva de fundamento material. Se trata, bajo nuestro criterio, del delito contra-discursivo *más ajeno al estricto hecho terrorista*, incluso con independencia de qué fundamento o vertiente criminológica se subraye para su conceptualización. La carencia de un concepto sustantivo de terrorismo en la legislación penal española, con un núcleo de lesividad y bienes jurídicos mínimamente fundamentados, depara que la inclusión legislativa y aplicación judicial de tales delitos en nuestro ordenamiento se someta a cuestiones de mera oportunidad. La criminalización de conductas laudatorias de la violencia, confundiéndola y asimilando su gravedad a la materialidad de la violencia en sí, obedece a la sobreprotección estatal de la moral colectiva dominante (como ya dejaba entrever la primera de las líneas jurisprudenciales referidas), pretendiendo una generalización de juicios morales negativos hacia conductas de este tipo que, sin el explícito etiquetamiento penal,<sup>109</sup> han venido resultando inocuas en el contexto social español a lo largo de las últimas décadas.<sup>110</sup>

<sup>108</sup> El Tribunal Supremo comenzó a aplicar tal línea interpretativa a partir de esta sentencia, como sucedió en la sonada STS de 26 de febrero de 2018, por la que el Tribunal Supremo revocó la condena de 1 año de prisión y 7 años de inhabilitación absoluta impuesta por la Audiencia Nacional a la tuitera Cassandra por un delito de humillación a las víctimas del terrorismo. En este mediático caso, el Tribunal Supremo se sujeta a la línea jurisprudencial que sienta la STC 112/2016, para determinar que “*en el caso enjuiciado entendemos que no se da ninguna de las circunstancias referidas en los criterios señalados en la jurisprudencia del TC, dado que el acusado ni dio muestras con su conducta de que estaba pretendiendo incitar a la violencia abusando de un ejercicio ilícito de la libertad de expresión, ni provocaba al odio hacia grupos determinados, ni tampoco se valía de mofarse del atentado contra un expresidente de Gobierno ocurrido hace más de cuarenta años con intención de justificarlo o de incitar a nuevos atentados*” (F. J. 2.1).

<sup>109</sup> Vid. BECKER, H. S. *Outsiders*, Siglo Veintiuno, Madrid, 2009, p. 224.

<sup>110</sup> Este tipo ha sido aplicado para sancionar tales humillaciones independientemente de que la víctima hubiera fallecido años o décadas antes a su comisión o que las víctimas destinatarias hubieran perdonado o directamente no se consideraran dañadas en su esfera de derechos personalísimos. Es representativo de ello cómo sentencias como la STS de 13 de julio de 2016 condenan a los encausados por la realización de humillaciones a víctimas identificables

La referida *línea jurisprudencial más garantista en la aplicación de este delito, concuerda en mayor grado con la jurisprudencia del TEDH*, que depara que los delitos de expresión solo serán lícitos conforme al CEDH cuando sometan a punición conductas de incitación al uso de la violencia o alteradoras del orden público (STEDH de 13 de marzo de 2018, asunto Stern Taulats y Roura Capellera c. España).<sup>111</sup> Sin embargo, incluso a la luz de tal criterio interpretativo, el delito que recoge el art. 578 CP se situaría dentro del espectro de la preparación delictiva, concretamente de la provocación para delinquir, puesto que precisamente el art. 18.1 CP determina que la apología *stricto sensu* “sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito”. La ubicación del tipo del art. 578 como delito autónomo, con una pena de uno a tres años de prisión y multa de doce a dieciocho meses, rompe con la exigible violencia y amenaza de reiteración que todo delito de terrorismo autónomo, bajo nuestra propuesta crítica, debiera incorporar.

La vaguedad e imprecisión del tipo penal referido, unida a su desconexión con un bien jurídico-penal previamente delimitado, así como con un concepto sustantivo y nuclear de terrorismo que vertebrase la regulación penal del injusto, supone una quiebra del principio de tipicidad penal. Ello queda plenamente demostrado con el *mare magnum* interpretativo que judicialmente se ha dado en la aplicación de *tal figura, dado que, al no completarse* en tal precepto una definición legislativa de la desviación punible, el juez no solo se limita a comprobar la subsunción de los hechos en lo tipificado por la norma, sino que completa el vacío definicional de esta.<sup>112</sup> Así, sucede que el artículo 578 CP contempla unas figuras delictivas elásticas e imprecisas, que connotan la desviación punible

“con su nombre y apellidos”, en este caso, entre otras, Irene Villa, mientras que ella misma ha insistido públicamente en que no le molestan tales chistes sobre su persona: “Irene Villa reitera que no le molestan los chistes sobre ella y que es —un problema sólo de quienes los hagan—”, en Radio Televisión Española, 26 de mayo de 2015, disponible en: <https://www.rtve.es/noticias/20150625/irene-villa-reitera-no-molestan-chistes-sobre-ella-problema-solo-personas-hagan/1168080.shtml>

<sup>111</sup> Vid. FERNÁNDEZ GARCÍA, G. “Comentario de jurisprudencia constitucional en materia de derechos fundamentales (noviembre 2020-abril 2021). Derechos a la libertad de expresión e ideológica en relación a los ultrajes a la bandera de España”, *Revista General de Derecho Penal*, nº 35, pp. 5 y ss.

<sup>112</sup> Vid. FERRAJOLI, L. *Derecho y (...) op. cit.*, pp. 33-34.



en términos vagos o valorativos, más que empíricos, llevándonos a un derecho penal de autor, en contraposición con el derecho penal de la culpabilidad del hecho, como modelo penal más acorde con el principio de proporcionalidad en la limitación de derechos fundamentales que deriva de la CE.<sup>113</sup> El derecho penal de autor, por el contrario, se caracteriza por someter a punición rasgos ontológicos de la personalidad del autor, manifestados por lo que contingente y casuísticamente se considera delictivo, dada la amplitud y flexibilidad de los tipos penales de referencia. Así, las carencias definicionales del injusto recogido en el art. 578 CP trasladan al juez la capacidad de “constituir” la desviación punible a partir de valoraciones personales y no criterios factuales, sustrayendo la verificabilidad o refutabilidad de lo que es objeto del proceso.<sup>114</sup>

Además, la concreción postdelictiva de la definición empírica de la conducta punible, cuando lo es sobre su núcleo fáctico, impide la función preventivo-general de motivación de la norma penal respecto a las concreta conducta que se pretende disuadir, al no venir específicamente descrita.<sup>115</sup> Se perjudica así al principio de culpabilidad como base del reproche de tales conductas, al no poder reconocer el ciudadano *ex ante* la conducta que concretamente se pretende prohibir, con sus matices y ámbito protegido, dándose lugar con tal vacío definicional a problemas sobre el desconocimiento de la antijuridicidad de la conducta. En adición a todo ello, resulta conveniente recordar lo advertido por la STC 199/1987 de 16 de diciembre: “La manifestación pública, en términos de elogio o de exaltación, de un apoyo o solidaridad moral o ideoló-

gica con determinadas acciones delictivas, no puede ser confundida con tales actividades”.<sup>116</sup>

## 8. Reflexiones sobre la eficacia político-criminal de los delitos contra-discursivos

Llegados a este punto, hemos de remarcar que el derecho penal no solo debe aspirar a ajustarse a las reglas básicas que el texto constitucional de todo Estado garantista depara, y a los principios y garantías penales que en ellos enraizan, sino a culminar sus finalidades de prevención y reacción frente a la criminalidad en pos de mantenerla bajo límites tolerables en sociedad.<sup>117</sup> En el ámbito español, si tratásemos de buscar en el Preámbulo de la L. O. 2/2015 un encuadre de finalidades preventivas a las que aspira frente al yihadismo, se podría rescatar esta somera referencia: “la herramienta más eficaz que los demócratas pueden emplear frente al fanatismo totalitario de los terroristas (es): la ley”.

La afirmación de la ley, como instrumento preventivo más eficaz en democracia frente a los terroristas, puede inquietar por categórica y generalista, pero lo hace aún más si se atiende a la realidad criminológica del terrorismo yihadista y a las limitaciones de las leyes penales frente a este.<sup>118</sup> Ello implica una política criminal monolítica, en la que la ley penal no es última sino *prima ratio*. La ilusión de que los sujetos más radicalizados moderen sus conductas más lesivas frente a la amenaza de sanción penal resulta, en nuestra opinión, solamente eso: una ilusión, ya que estos no están guiados por consideraciones estratégicas ni tácticas, ni mucho menos penológicas: se ven inmersos en una guerra total, de tintes apocalípticos, librada contra el mal representado por el mundo occidental; y ello favorece la participación en acciones suicidas y exterminio masivo de personas en los casos de radicalización más extremos.<sup>119</sup>

<sup>113</sup> Un delito sin bien jurídico plantea a priori problemas de inconstitucionalidad al colisionar con el principio de ofensividad, que a su vez se encuentra ínsito en el principio de proporcionalidad (vid. VIVES ANTÓN, T. S. “Sistema democrático” (...) *op. cit.*, pp. 428 y ss; ALONSO ÁLAMO, M. *Bien jurídico (...) op. cit.*, p. 22).

<sup>114</sup> Vid. FERRAJOLI, L. *Derecho y (...) op. cit.*, pp. 36 y ss.

<sup>115</sup> En ese sentido, Roxin razona que “Una ley indeterminada o imprecisa y por ello poco clara no puede proteger al ciudadano de la arbitrariedad, porque no implica una autolimitación del ius puniendi estatal a la que se pueda recurrir; además es contraria al principio de división de poderes, porque le permite al juez hacer cualquier interpretación que quiera e invadir con ello el terreno del legislativo; no puede desplegar eficacia preventivo-general, porque el individuo no puede reconocer lo que se le quiere prohibir; y precisamente por eso su existencia tampoco puede proporcionar la base para un reproche de culpabilidad” (cfr. ROXIN, C. *Derecho Penal (...) op. cit.*, p. 169).

<sup>116</sup> Esta sentencia es citada, además, en la ya referida STS de 19 de febrero de 2015, en su F. J. 1º, y respecto a la anterior regulación penal, que redundaba en tal idea: “en cuanto a la naturaleza de esta apología genérica, laudatoria y sin incitación delictiva concreta (...) no es un delito de terrorismo dado que la actividad típica está constituida por la mera expresión laudatoria de actos terroristas o de sus autores, sin incitación a la comisión directa ni indirecta”.

<sup>117</sup> Vid. BORJA JIMÉNEZ, E.: *Curso de política criminal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 22-23.

<sup>118</sup> Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. “Servicios de inteligencia y Contraterrorismo”, en PORTILLA CONTRERAS, G.; PÉREZ CEPEDA, A. I. *Terrorismo y (...) op. cit.*, pp. 119 y ss.

<sup>119</sup> “From *Dawa* to *Jihad*. The various threats from radical Is-

Proclamar el recurso al castigo penal como gran y exclusiva solución al terrorismo denota la implícita renuncia a otras finalidades de la pena, *más allá de una cuestionable inocuización del sujeto* si tenemos en cuenta el constante recurso a la prisión en estos delitos. Bajo nuestro criterio, la incriminación contradiscursiva no se basa en hechos de lesividad mínimamente exteriorizables, sino en apreciar al reo como una fuente de peligros, en concordancia con la teoría del derecho penal del enemigo. En consecuencia, la regulación prescinde de fijar un concepto de terrorismo delimitado y circunscrito a una lesividad objetivable, para, posteriormente, tampoco distinguir con precisión el terrorismo del radicalismo, cuya relación causal da por sentada,<sup>120</sup> pese a que solo en sus últimas fases se manifiesta de forma externamente lesiva y que apenas una pequeña parte de los simpatizantes culminan su radicalización violenta.<sup>121</sup> Este marco penal concibe en el discurso supuestamente terrorista una suerte de rey Midas de la realidad sobre la que se manifiesta, convirtiendo en terrorista todo lo que toca. Ello se retroalimenta al crear una sensación social de aumento del riesgo, al multiplicarse los procedimientos penales sobre terrorismo de los que se informan en los medios de masas, señalando algún autor incluso su efecto criminógeno.<sup>122</sup>

El creador de la norma, mientras se centra en una perspectiva inocuizadora, desatiende la repercusión que la aplicación de la norma punitiva tiene en los procesos psicosociales por los que se captan terroristas, y ello genera encrucijadas insalvables. Por un lado, aquellos que se encontraban en un peldaño más iniciático en la adaptación cognitiva respecto al discurso radical, apenas familiarizándose con él, son personas con unas circunstancias muy concretas tanto personales (ideología, personalidad y rasgos conductuales) como contextuales. Estos factores, a medida que se van superponiendo e intensificando, generan una propensión mayor a la radicalización, siendo algunos de

los más importantes: la percepción de incapacidad para participar en los asuntos públicos y políticos; la tendencia a la sobre-generalización, al pensamiento dicotómico, a desarrollar prejuicios invariables y a la visión de túnel en la consecución de objetivos;<sup>123</sup> la intolerancia a la ambigüedad y búsqueda de uniformidad y certeza frente a la incertidumbre e inestabilidad contextual, acentuada por conflictos étnicos y bélicos;<sup>124</sup> el afrontamiento de la religión propia como único y gran factor de importancia vital ligado a una percepción de grupos ajenos como una amenaza de profanación hacia lo sagrado;<sup>125</sup> y, además, contextos de carencia de recursos básicos, la percepción de sufrir injusticias o privaciones relativas (inacceso al empleo o élite social deseada), impulsividad y estrés.

De tal modo, por un lado tenemos a aquellos sujetos más radicalizados, como los activistas y radicales, que concebirán en la norma penal una nueva afirmación de su identidad de grupo excluido frente al exogrupo occidental, reforzando su percepción de agravio y acentuando su radicalización.<sup>126</sup> Por otro lado, tenemos a los simpatizantes que se encontraban en un peldaño más iniciático respecto al discurso radical, apenas familiarizándose con él, y que muy fácilmente interiorizarán la experiencia de una pena como un castigo a un mero contenido ideológico, sintiéndose más alejados del contrato social y acercándose a los entornos en los que su incipiente identidad individual se ve más reforzada por un colectivo y entorno, aparentemente, más integrador y comprensivo.<sup>127</sup> Por

*lam to the democratic legal order*”, General Intelligence and Security Service, Ministry of the Interior and Kingdom Relations, 2004, p. 33 y ss. Disponible en: <https://fas.org/irp/world/netherlands/dawa.pdf>

<sup>120</sup> Vid. PÉREZ CEPEDA, A. I. “La criminalización del radicalismo y extremismo en la legislación antiterrorista”, en PORTILLA CONTRERAS, G.; PÉREZ CEPEDA, A. I. *Terrorismo y (...) op. cit.*, p. 21.

<sup>121</sup> Vid. PÉREZ CEPEDA, A. I. “La criminalización” (...) *op. cit.*, p. 25.

<sup>122</sup> Vid. PÉREZ CEPEDA, A. I. “La criminalización” (...) *op. cit.*, p. 28.

<sup>123</sup> Vid. BECK, A. T. *Prisioneros del odio: las bases de la ira, la hostilidad y la violencia*, Paidós, Barcelona, 2003.

<sup>124</sup> Vid. KOSIC, A.; KRUGLANSKI, A. W.; PIERRO, A.; y MANNETTI, L. “The Social Cognition of Immigrants’ Acculturation: Effects of the Need for Closure and the Reference Group at Entry”. *J.Pers.Soc.Psychol.*, N°6, 86, 2004, pp. 796-813.

<sup>125</sup> Vid. RAIYA H. A., PARGAMENT K.I., MAHONEY A. Y TREVINO K. “When muslims are perceived as a religious threat: Examining the connection between desecration, religious coping, and anti-muslim attitudes”, *Basic and Applied Social Psychology*, N°4, 30, 2008, pp. 313 y ss.

<sup>126</sup> No es baladí recordar que los terribles ataques del 11 de marzo de 2004 en Madrid tuvieron su causa inicial, como demostró fehacientemente Reinares Nestares en una exhaustiva investigación, en la venganza asumida personalmente por el líder del grupo que atentó, Azizi, con motivo de las actuaciones antiterroristas desplegadas en España sobre la célula de Abu Dahdah, particularmente la Operación Dátil (vid. REINARES NESTARES, F. *¡Matadlos! Quién estuvo detrás del 11-M y por qué se atentó en España*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2014).

<sup>127</sup> En ese sentido, Cano Paños alude a que “*La mal llamada ‘guerra contra el terrorismo’ debe ser conducida de tal manera que no confirme la ideología de los islamistas radicales*”, (cfr. CANO PAÑOS, M. A. “El caso “Khaled Kelkal”: una clave para enten-

ello, los efectos político-criminales de la aplicación de la norma, en lo que excede a la mera inocuización, sientan una dicotomía paradójica: se refuerza la tendencia conflictiva de los radicales, agrava los sesgos cognitivos de los curiosos y leves simpatizantes frente a la comunidad externa opresora, pero desalienta (“*chilling effect*”)<sup>128</sup> a la expresión de ideas socialmente controvertidas a personas ajenas a la búsqueda de las finalidades terroristas.

Además, las respuestas desproporcionadas del Estado ante el terrorismo, como titular en monopolio de la violencia lícita, incentiva la potenciación de la imagen del simpatizante, seguidor, radical o terrorista condenado como un mártir del sistema. Se favorece así la pendiente resbaladiza de empatizar con aquellos que sufren las consecuencias del Leviatán estatal, pugnando en una lucha asimétrica contra la sociedad y poderes dominantes.<sup>129</sup> Así, una de las estrategias del terrorismo es fomentar un desapego de ciertos sectores hacia el Estado; sectores primeramente indiferentes ante la causa política de los terroristas, pero que se acercan a ellos a través de un rechazo a la represión estatal desmedida,<sup>130</sup> siendo empleada esta estrategia ya por terroristas anarquistas de finales del siglo XIX, entendiéndola como “propaganda por la represión”.<sup>131</sup>

## 9. Consideraciones finales

Tal y como hemos tenido ocasión de razonar, los delitos contra-discursivos del terrorismo prescinden de la identificación de su objeto de protección, imposibilitando así razonar desde la propia ley penal qué es lo concretamente lesivo de las conductas reprochadas. Se prescinde de un hito básico de la política criminal vigente en un concreto contexto sociopolítico, que supone nada menos que explicitar a qué intereses, valores, bienes o derechos sirve en su aplicación. El

der la radicalización islamista en la Europa del año 2015”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, Nº. 17, 2015, p. 28).

<sup>128</sup> Vid. GALÁN MUÑOZ, A. “El delito” (...) *op. cit.*, p. 260.

<sup>129</sup> Vid. GALÁN MUÑOZ, A. “Leyes que” (...) *op. cit.*, p. 107.

<sup>130</sup> Vid. AVILÉS FARRÉ, J. “El terrorismo anarquista como propaganda por el hecho: de la formulación teórica a los atentados de París, 1877-1894”, *Historia y política: Ideas, procesos y movimientos sociales*, Nº 21, 2009, pp. 187-188.

<sup>131</sup> Vid. ANCIO MELIÁ, M. “Terrorismo y Derecho penal: Sueño de la prevención, pesadilla del Estado de Derecho”, en *Política Criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2008, pp. 316 y ss.

vacío legislativo respecto a ello genera un inquietante microverso en el que cada aplicador judicial del *ius puniendi* puede aventurarse a ser un decisor político-criminal *sui generis*, puesto que una decisión casuística y desapegada de cualquier contexto generalizable se desadjetiva de su elemento político. Estaríamos ante un híbrido entre una decisión judicial, por su vertiente procesal-penal y su enfoque casuístico, y una decisión político criminal, con un perturbador ingrediente de delimitación del objeto protegido. Esta delimitación resulta ajena a la perspectiva contextual, y susceptibilidad de generalizarse, modificarse o someterse a debate público de cualquier decisión legislativa y política.

La legislación española antiterrorista ha venido prescindiendo en los últimos tiempos de un concepto nuclear de terrorismo, con un núcleo de lesividad y objeto de protección taxativos y delimitados. Ello ha deparado a una utilización adjetiva y no sustantiva de esta implacable figura delictiva, en la que lo importante no es identificar *ex ante* qué es una conducta terrorista en rigor, sino repercutir la gravedad adicional que comporta esta etiqueta social y jurídica sobre aquella conducta que, coyunturalmente, sea conveniente hacer objeto de un mayor reproche ciudadano e incluso penológico. La carga emocional que denota esta palabra puede conllevar la interiorización de la gravedad de la conducta a la que adjetiva, que si es suficientemente acuciada se trasladará al llano ideario social, siendo muy difícil remover tal interiorización una vez se consolide.<sup>132</sup> Sin embargo, la identificación de los bienes jurídico-penales y las conductas exclusivamente idóneas para dañarlos aquí propuestos, pondría cerco a estos excesos punitivos, al traer consigo la imposibilidad de apreciar lesión de bienes jurídicos en contextos de mera adhesión ideológica, de simpatía o inclusión en un grupo social, en la que no se da una exteriorización que ataque a las libertades propuestas.

Consideramos que esta deriva punitivista no solo colisiona con principios y garantías básicas del sistema constitucional y penal español, sino que tiene una eficacia muy limitada, entendiéndose que una política-criminal antiterrorista efectiva sería aquella de naturaleza transversal que no solo se base en la criminalización, sino que incida en el afrontamiento del

<sup>132</sup> Vid. LLOBET ANGLÍ, M. “Terrorismo o” (...) *op. cit.*, p. 228.

terrorismo como amenaza a través de inversión personal y dotación de instrumentos eficaces de valoración racional del riesgo a los cuerpos de seguridad y de inteligencia. Con ellos se analizarían pormenorizadamente las distintas amenazas, con sus causas, actores, contexto y ámbito geográfico, vectores y potenciadores, y medios empleados para llevarla a cabo,<sup>133</sup> para confeccionar una política criminal “cognoscitivamente”<sup>134</sup> basada en esas valoraciones técnicas, siempre proclives a su debate público, dejando atrás una política criminal simbólica y elusiva del debate racional, por cuanto protege difusos sentimientos colectivos. Por otro lado, se antoja necesaria una concienciación de la sociedad civil, especialmente de la población musulmana, para la creación de contranarrativas que favorezcan una inclusión multicultural y que mitiguen los sesgos experienciales y cognitivos favorecedores de la radicalización.<sup>135</sup> Tales hitos serían propicios si pretendemos dar una respuesta preventiva afinada a la compleja realidad del terrorismo, conservando al mismo tiempo los derechos y garantías esenciales de nuestro ordenamiento cuya salud, sin duda, es un preciso termómetro de la entidad y calidad democrática de nuestro país.

## 10. Bibliografía

ALEXY, R. “¿Derechos humanos sin metafísica?”, *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, Nº 30, 2007.

ALONSO ÁLAMO, M. *Bien jurídico penal y Derecho penal mínimo de los derechos humanos*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 2014.

ASÚA BATARRITA, A. “Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad: fines políticos últimos y fines de terror instrumental”, en ECHANO BASALDUA, J. I. y LIDÓN CORBI, J.

M. *Estudios Jurídicos en memoria de José María Lidón*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002.

AVILÉS, J. Y HERRERÍN, A. *El nacimiento del terrorismo en occidente: anarquía, nihilismo y violencia revolucionaria*, Siglo XXI de España Editores, S.A, Madrid, 2008.

AVILÉS FARRÉ, J. “El terrorismo anarquista como propaganda por el hecho: de la formulación teórica a los atentados de París, 1877-1894”, *Historia y política: Ideas, procesos y movimientos sociales*, Nº 21, 2009.

BECK, A. T. *Prisioneros del odio: las bases de la ira, la hostilidad y la violencia*, Paidós, Barcelona, 2003.

BECKER, H. S. *Outsiders*, Siglo Veintiuno, Madrid, 2009.

BERNAL DEL CASTILLO, J. “El enaltecimiento del terrorismo y la humillación a sus víctimas como formas del “discurso del odio””, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Nº 16. 2016.

BOBBIO, N. *El problema del positivismo jurídico*, Eudeba, Buenos Aires, 1965.

BORJA JIMÉNEZ, E. *Curso de política criminal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

BUKAY, D. *From Muhammad to Bin Laden: religious and ideological sources of the homicide bombers phenomenon*, Transaction Publishers, New Brunswick (Estados Unidos) ; London, 2008.

CANCIO MELIÁ, M. “Concepto jurídico-penal de terrorismo y cese definitivo de la violencia”, en CUERDA RIEZU, A. *El derecho penal ante el fin de ETA*, Tecnos, Madrid, 2016.

CANCIO MELIÁ, M. *Estudios de derecho penal*, Paletstra Editores, Lima, 2010.

CANCIO MELIÁ, M. “Terrorismo y Derecho penal: Sueño de la prevención, pesadilla del Estado de Derecho”, en *Política Criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2008.

CANO PAÑOS, M. A. “El caso ‘Khaled Kelkal’: una clave para entender la radicalización islamista en la Europa del año 2015”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, Nº. 17, 2015.

CANO PAÑOS, M. A. “La reforma penal de los delitos de terrorismo en el año 2015. Cinco cuestiones fundamentales”, *Revista General de Derecho Penal*, Nº. 23, 2015.

<sup>133</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Contraterrorismo (...)* op. cit., p. 1363.

<sup>134</sup> En ese sentido, tomamos la valiosa terminología y planteamientos de Ferrajoli, que abogaba por que, frente a un modelo penal “decisionista, proclive al autoritarismo puesto que las decisiones se basan en criterios morales y subjetivos, no siendo susceptibles de verificación, el modelo cognoscitivista sería el propio del garantismo y por ende de un Estado de Derecho, en el que las decisiones son discutibles y refutables por tanto se refieren a hechos comprobables (Cfr. FERRAJOLI, L. *Derecho y (...)* op. cit., pp. 37 y ss.).

<sup>135</sup> Vid. CANO PAÑOS, M.A. “El caso “Khaled Kelkal”: una clave para entender la radicalización islamista en la Europa del año 2015”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, Nº. 17, 2015, p. 28.

- CAPITA REMEZAL, M., *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, Colex, Madrid 2008.
- CERRADA MORENO, M. *El terrorismo: concepto jurídico*, J. M. Bosch Editor, 2020.
- COLOMER BEA, D. “La incriminación del terrorismo individual en la reforma penal de 2015”, en ALONSO RIMO, A.; CUERDA ARNAU, M. L. y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- CUERDA ARNAU, M. L. “Adoctrinamiento de jóvenes terroristas y sistema penal”, en DE LA CUESTA AGUADO, P. M. y TERRADILLOS BASOCO, J. *Liber amicorum: estudios jurídicos en homenaje al prof. Dr. Dr.h.c. Juan M. Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- CUERDA ARNAU, M. L. “Delitos contra el orden público”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. y VIVES ANTÓN, T. S. *Derecho penal, parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- CUERDA ARNAU, M. L. “Delitos contra la libertad”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. y VIVES ANTÓN, T. S. *Derecho penal, parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- CUERDA RIEZU, A. “La necesidad de modificar la normativa antiterrorista por motivos constitucionales, tras el fin de la actividad armada de ETA”, en CUERDA RIEZU, A. *El derecho penal ante el fin de ETA*, Tecnos, Madrid, 2016.
- DE LA CORTE IBÁÑEZ, L. *La lógica del terrorismo*, Alianza, Madrid, 2006.
- DORADO MONTERO, P. *El Derecho protector de los criminales*, Tomo I, Madrid, V. Suárez, 1916.
- EBILE NSEFUM, J. *El delito de terrorismo. Su concepto*, Montecorvo, Madrid, 1985.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, G. “Comentario de jurisprudencia constitucional en materia de derechos fundamentales (noviembre 2020-abril 2021). Derechos a la libertad de expresión e ideológica en relación a los ultrajes a la bandera de España”, *Revista General de Derecho Penal*, nº 35.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, G. “El derecho penal contra-discursivo frente al terrorismo: análisis y crítica del caso español”, *Derecho Penal Central*, Nº 3.
- FERRAJOLI, L. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1998.
- From Dawa to Jihad. The various threats from radical Islam to the democratic legal order*”, General Intelligence and Security Service, Ministry of the Interior and Kingdom Relations, 2004.
- GALÁN MUÑOZ, A. “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 tirititeros?”, *Estudios penales y criminológicos*, Nº 38, 2018.
- GALÁN MUÑOZ, A. “¿Leyes que matan ideas frente a las ideas que matan personas? Problemas de la nueva represión de los mecanismos de captación terrorista tras la reforma del código penal de la LO 2/2015”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 15, 2016.
- GARCÍA ALBERO, R. “Capítulo VII. De las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo”, en QUINTERO OLIVARES, G., MORALES PRATS, F., *Comentarios al Código Penal Español, Tomo II*, 7.ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- GARCÍA RIVAS, N. “Legislación penal española y delito de terrorismo”, en PORTILLA CONTRERAS, G.; PÉREZ CEPEDA, A. I. *Terrorismo y contraterrorismo en el siglo XXI: un análisis penal y político criminal*, Ratio Legis, Salamanca, 2016.
- GÓMEZ MARTÍN, V., “Notas para un concepto funcional de terrorismo”, en SERRANO-PIEDECASAS, J. R., DEMETRIO CRESPO, E., *Terrorismo y Estado de Derecho*, Iustel, Madrid, 2010.
- GONZÁLEZ CALLEJA, E. *Asalto al poder: la violencia política organizada y las ciencias sociales*, Siglo XXI de España, Madrid, 2017.
- GONZÁLEZ CALLEJA, E. *El laboratorio del miedo: una historia general del terrorismo, de los sicarios a Al Qa'ida*, Crítica, Barcelona, 2012.
- GONZÁLEZ CALLEJA, E. “Las ciencias sociales ante el problema del terrorismo”, *Vínculos de Historia*, Nº3, 2014.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Contraterrorismo*, en DE LA CUESTA AGUADO, P. M. y TERRADILLOS BASOCO, J. *Liber amicorum: estudios jurídicos en homenaje al prof. Dr. Dr.h.c. Juan M. Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *El derecho penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas*, Lección inaugural del curso 2005/2006, Universidad Jaume I, Castellón, 2005.

- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. “Servicios de inteligencia y Contraterrorismo”, en PORTILLA CONTRERAS, G.; PÉREZ CEPEDA, A. I. *Terrorismo y contraterrorismo en el siglo XXI: un análisis penal y político criminal*, Ratio Legis, Salamanca, 2016.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. “Sobre el concepto jurídico-penal de terrorismo”, *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, Nº 3, 2008.
- JAKOBS, G. y CANCIO MELIÁ, M. *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2006.
- KOSIC, A., KRUGLANSKI, A. W., PIERRO, A., y MANNETTI, L. “The Social Cognition of Immigrants’ Acculturation: Effects of the Need for Closure and the Reference Group at Entry”, *J.Pers. Soc.Psychol.*, Nº6, 86, 2004.
- LAMARCA PÉREZ, C. “La dimensión política del terrorismo”, en DE LA CUESTA AGUADO, P. M. y TERRADILLOS BASOCO, J. *Liber amicorum: estudios jurídicos en homenaje al prof. Dr. Dr.h.c. Juan M. Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- LAMARCA PÉREZ, C. “Sobre el concepto de terrorismo (A propósito del caso Amedo)”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Nº 46, 1993.
- LAMARCA PÉREZ, C. *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1985.
- LAQUEUR, W. *Terrorismo*, Espasa-Calve, Madrid, 1980.
- LARRAURI PIJOÁN, E. *Libertad y amenazas*, P.P.U., Barcelona, 1987.
- LLOBET ANGLÍ, M. “¿Terrorismo o terrorismos?: sujetos peligrosos, malvados y enemigos”, *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, Nº 31, 2015.
- LÓPEZ-MUÑOZ, J. *Criminalidad organizada y terrorismo: formas criminales paradigmáticas*, Dykinson, S. L., Madrid, 2019.
- MIR PUIG, S. “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límite del ‘Ius puniendi’”, *Estudios penales y criminológicos*, Nº 14, 1991.
- MIR PUIG, S. *Derecho penal. Parte General*, Editorial Reppertor, Barcelona, 2015.
- MIRÓ LLINARES, F. “Derecho penal y 140 caracteres. Hacia una exégesis restrictiva de los delitos de expresión”, en MIRÓ LLINARES, F. *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*. Ed. Marcial Pons. Madrid, 2017.
- MOYANO PACHECO, M. y TRUJILLO MENDOZA, H. M. *Radicalización islamista y terrorismo: claves psicosociales*, Universidad de Granada, Granada, 2013.
- MUÑOZ CONDE, F.; GARCÍA ARÁN, M. y GARCÍA ÁLVAREZ, P. *Derecho penal: Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- NÚÑEZ, CASTAÑO, E., *Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- PAREDES CASTAÑÓN, J. M. “El ‘terrorista’ ante el Derecho penal: por una política criminal intercultural”, *Nuevo Foro Penal*, Nº 74, 2010.
- PAREDES CASTAÑÓN, J. M. “Terrorismo y principio de intervención mínima”, en ALONSO RIMO, A.; CUERDA ARNAU, M. L. y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- PASTRANA SÁNCHEZ, M. A. “La nueva configuración de los delitos de terrorismo”, *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 2020.
- PÉREZ CEPEDA, A. I. “La criminalización del radicalismo y extremismo en la legislación antiterrorista”, en PORTILLA CONTRERAS, G.; PÉREZ CEPEDA, A. I. *Terrorismo y contraterrorismo en el siglo XXI: un análisis penal y político criminal*, Ratio Legis, Salamanca, 2016.
- POLAINO NAVARRETE, M. *El bien jurídico en el Derecho penal*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1974.
- RAIYA H. A.; PARGAMENT K. I.; MAHONEY A.; Y TREVINO K. “When muslims are perceived as a religious threat: Examining the connection between desecration, religious coping, and anti-muslim attitudes”, *Basic and Applied Social Psychology*, Nº4, 30, 2008.
- RAPOPORT, D. C. “The Fourth Wave: September 11 and the History of Terrorism”, *Current History*, ejemplar 100, nº 650, 2001.
- RAPOPORT, D. C. “The Four Waves of Modern Terrorism” en CRONIN, A.; Y LUDES, J., *Attaching terrorism: Elements of a grand strategy*, Georgetown University Press, Washington D.C., 2004.

- REINARES NESTARES, F. *¡Matadlos! Quién estuvo detrás del 11-M y por qué se atentó en España*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2014.
- REINARES NESTARES, F. *Terrorismo y antiterrorismo*, Paidós Ibérica, Barcelona, 1998.
- ROXIN, C. *Derecho penal: parte general*, Civitas, Madrid, 2014.
- ROXIN, C. “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 15-01, 2013.
- TERRADILLOS BASOCO, J. M. “Terrorismo yihadista y política criminal del siglo XXI”, *Nuevo Foro Penal*, Nº 87, 2016.
- VIVES ANTÓN, T. S. “Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo”, *Estudios penales y criminológicos*, Nº. 25, 2004.



## Los secuestros virtuales



**Daniel González Uriel**

*Juez de apoyo en el Juzgado Central de Instrucción  
núm. 6 de la Audiencia Nacional  
Doctor en Derecho*

**RESUMEN:** *En este trabajo se aborda la fenomenología de los secuestros virtuales, como una modalidad delictiva en la que surgen dudas a propósito de su calificación jurídica. En primer lugar, se pone de manifiesto la confusión terminológica a que conduce su propia denominación. En segundo término, se analizan las posibles tipologías delictivas en que se pueden subsumir tales conductas: esencialmente, en los delitos de estafa o extorsión. A continuación se lleva a cabo un análisis doctrinal y jurisprudencial, fundamentalmente de derecho comparado, y se toma partido por su calificación como extorsión. Para finalizar, se exponen una serie de medidas de prevención frente a este delito y se hace una llamada de atención a la información que se suministra en las TIC y que puede conllevar un riesgo de victimización.*

**PALABRAS CLAVE:** *secuestro virtual, estafa, extorsión, intimidación, engaño.*

**ABSTRACT:** *This paper analyzes the phenomenology of virtual kidnappings, as a criminal modality where we have some doubts about its legal qualification. In the first place, it is revealed the terminological confusion with its own denomination. Secondly, we take into consideration the possible criminal typologies in which such behaviors can be subsumed: essentially, in the crimes of fraud or extortion. Next, we carry out a doctrinal and jurisprudential analysis, fundamentally of comparative law, and we affirm that this crimes may be qualified as extortion. Finally, we expose a series of prevention measures against this crime and we advise that people must be careful with the information that is provided in the ICT and that can carry a risk of victimization.*

**KEYWORDS:** *virtual kidnapping, fraud, extortion, intimidation, scam.*

**SUMARIO:** *1. Concepto y denominación. 1.1. Noción de secuestro virtual y modus operandi. 1.2. Diferencias frente al ransomware. 1.3. Crítica terminológica. 2. Posibles calificaciones jurídicas. 2.1. Delito de extorsión. 2.2. Delito de estafa. 2.3. Solución doctrinal y en el derecho comparado. 2.4. Toma de postura. 3. Medidas de prevención frente a estas conductas delictivas. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.*



## 1. Concepto y denominación

### 1.1. Noción de secuestro virtual y modus operandi

Con esta denominación se alude a una modalidad delictiva que se ha expandido en los últimos años, mediante la cual, en esencia, una persona llama por teléfono a otra, de modo aleatorio, y finge haber secuestrado a un miembro de su familia. En esta conversación se exige una cantidad de dinero para liberar a la persona que presuntamente se ha privado de libertad. Este es el esquema más básico posible de esta tipología criminal. Debemos anudar a esta comprensión una serie de factores que dotan de una cierta verosimilitud a la llamada, y que pueden llevar a su receptor a creer que se trata de una acción delictiva real: en la llamada se emplea un lenguaje violento, se fingen voces que representan llores y lamentos y se apremia al interlocutor a acceder a lo peticionado, indicándole que, de lo contrario, se le causará daño a la víctima.

Muchas de estas llamadas proceden de Chile<sup>1</sup> (prefijo telefónico +56). En especial, la Policía Nacional ha constatado que individuos que se encuentran en prisiones chilenas realizan llamadas a teléfonos fijos españoles. La nota característica es que se trata de comunicaciones al azar, en las que se efectúa una pluralidad de llamadas a los números españoles. Así las cosas, no existe una previa selección de las víctimas sino que, partiendo de que disponen de una base de números de teléfono españoles, y dado que comparten idioma con las hipotéticas víctimas del engaño —el español—, estos individuos llevan a cabo una multitud de llamadas. Otro elemento a tener en cuenta es la duración<sup>2</sup> de la llamada: el presunto secuestrador no permite que esta finalice, por lo que habla de modo ininterrumpido, amenazando e insultando a su interlocutor, creando un ambiente hostil, intimidatorio y tenso, que no finaliza hasta que la víctima, mediati-

zada por ese estado de nerviosismo y terror, procede al pago de la cantidad solicitada, a través de medios de pago rápido, ya sean transferencias bancarias o mediante empresas de envío de dinero. Este último elemento temporal, la continuidad de la llamada sin interrupciones, pretende impedir que la víctima pueda verificar la realidad de lo narrado en la llamada,

Como es de esperar, la mayoría de estas comunicaciones serán fallidas y el interlocutor no accederá a lo solicitado, se percatará del intento de engaño o, en definitiva, los datos de la víctima que le faciliten no coincidirán con los de sus familiares o allegados. Pongamos como ejemplo y pensemos que la persona que llama por teléfono expone a su interlocutor que ha secuestrado a su hija y que tiene que pagarle una cantidad para que la libere sana y salva. Pues bien, en este sencillo caso se constata que, quien no tenga hijas, no se dará por aludido ni se tomará en serio la llamada. Sin embargo, puede suceder que si quien descuelga el teléfono tiene una hija que en ese momento no está en su compañía, la persona crea que puede existir un riesgo real y cierto y, por ende, acceda a lo reclamado.

Según se aprecia, esta dinámica comisiva guarda un parentesco próximo con un envío masivo de correos electrónicos en que se pretenda cometer un *phishing*: comparten, como rasgo característico, la pluralidad indeterminada de destinatarios. El hecho de que un porcentaje relativamente bajo de los intentos de engaño fructifiquen y la circunstancia de que, aunque el nivel de éxito pueda semejar reducido en relación con el volumen total de comunicaciones efectuadas, nos hallemos ante conductas rentables porque, precisamente, esas escasas ocasiones en que la víctima no se percata del ardid resultan lo suficientemente rentables o provechosas como para justificar los intentos que no son exitosos. Puede parecer que se trata de una modalidad de conducta poco relevante, pero lo cierto es que, desde el año 2015, se ha constatado una pluralidad de denuncias —cerca de 1500 hasta el año 2020— en las que el engaño resultó beneficioso para los supuestos secuestradores.

No obstante, no podemos dejar de llamar la atención sobre una modalidad de este comportamiento, mucho más sofisticada, que se ha desarrollado en algunos supuestos en el extranjero<sup>3</sup> —significativamen-

<sup>1</sup> Noticia titulada “Detenida en Chile una implicada en los últimos cinco secuestros virtuales registrados en España”, publicada en el diario *El País* el 4 de marzo de 2020, disponible en <https://elpais.com/espana/2020-03-04/detenida-en-chile-una-implicada-en-los-ultimos-cinco-secuestros-virtuales-registrados-en-espana.html>, [consultada el 26 de noviembre de 2020].

<sup>2</sup> Noticia titulada “La policía alerta de la oleada de timos telefónicos de falsos secuestros”, publicada en el diario *El País* el 21 de febrero de 2015, disponible en [https://elpais.com/politica/2015/02/21/actualidad/1424516895\\_064396.html](https://elpais.com/politica/2015/02/21/actualidad/1424516895_064396.html), [consultada el 26 de noviembre de 2020].

<sup>3</sup> Noticia titulada “El secuestro virtual, la nueva moda en México”, publicada en el periódico digital *La Información* el 7 de

te en México—, en la que una persona, usualmente un ciudadano de otro país, que se hospeda en algún hotel mexicano, recibe la llamada en su teléfono móvil de una persona que le indica que le están controlando y que se encuentra a su merced. En esta modalidad delictiva, los trabajadores de hoteles y alojamientos filtran a bandas organizadas el nombre, apellidos y datos identificativos de los huéspedes extranjeros, así como sus números de teléfono —en esencia, de su habitación o del teléfono de contacto facilitado en el establecimiento—. Con estos datos iniciales, los extorsionadores llaman por teléfono al huésped del hotel, le hacen creer que está siendo vigilado, que siguen sus movimientos y, mediante habilidosas preguntas, consiguen obtener datos particulares suyos en su país, tales como su estado civil, su empleo, números de teléfono de contacto de familiares... Incluso, yendo más lejos, quienes realizan las llamadas pueden llegar a tener bajo su merced absoluta a las víctimas, les hacen creer que no están seguras, que salgan del hotel o que se desprendan de sus teléfonos móviles, señalando que ello les puede perjudicar. En niveles avanzados de esta modalidad, la víctima considera, de modo pleno, que se encuentra privada de libertad y que está bajo el absoluto control de los presuntos secuestradores y, en el devenir de los acontecimientos, se producen llamadas a tres bandas, con los secuestradores y con sus familiares o allegados, en las que se reclaman a estos últimos cantidades de dinero y se exige su pronto pago. Esta tipología delictiva es verdaderamente llamativa, puesto que la víctima, presa de pánico, asume su condición de secuestrada y realiza, bajo tal coerción, todos los actos que le reclaman sus supuestos captores, de un modo inopinado, en la creencia absoluta de que solo así conseguirá salir de su presunto cautiverio.

Semejante modalidad de comportamiento ya ha sido descrita en algún estudio, en el que se expresa que<sup>4</sup> nos hallamos ante un “ciberdelito” en el que no existe ni contacto físico ni amenaza real, pero se consigue que la persona permanezca en cautiverio, comunicándose solo con su captor e incomunicada de su propia familia, que ignora su paradero. En concreto,

se dice en dicho trabajo que esta tipología de secuestro virtual se denomina “plagio virtual” y que aumenta en los períodos vacacionales, cuando los hoteles tienen mayores tasas de ocupación. En ella se da un “doble engaño”; por cuanto, en primer lugar, uno de los supuestos secuestradores se pone en contacto con la víctima, que se encuentra hospedada en el hotel, mientras que, en segundo término, otro cómplice contacta con la familia de la víctima para comunicarle el secuestro. La característica principal es que la víctima no puede solicitar ayuda ni confirmar si el secuestro es verdadero o falso. GAMBOA DE TREJO narra que todo comienza con una llamada a la recepción de un hotel, en que se solicita una habitación al azar, y se puede tener a la víctima durante horas al aparato. Existen reportes en prensa mexicana en los que se relata que<sup>5</sup> la argumentación que emplean los extorsionadores es “muy hábil para enganchar a sus víctimas, a quienes generalmente atemorizan con estar involucrados en algún delito”. Al recibir la llamada al azar, después de que la recepción del hotel la transmita a una habitación, se obtiene información personal de la víctima al hilo de la conversación —su identidad y otros datos privados—, se le expone que está siendo observada y se le indica que ha de hacer lo que se le diga para demostrar que no está involucrada en algún delito. En ese momento la víctima “distrae su capacidad de alerta”, lo que aprovecha el secuestrador para ejercer presión hacia la víctima y su familia, y consigue que se realice rápidamente una transferencia de dinero. En algunos casos documentados, la presión ejercida sobre la víctima llega a tal punto que esta se traslada a otro lugar, fuera del hotel, y llega a dar de baja la aplicación de mensajería WhatsApp, apagar su teléfono móvil, y adquirir otro equipo, con lo que queda *de facto* incomunicada. Cuando enciende el nuevo terminal móvil, los extorsionadores le obligan a descargar WhatsApp y le reclaman el código, con lo que pueden acceder a sus mensajes y llamadas.

No solo queda aquí el empleo de la tecnología, sino que los extorsionadores utilizan los mapas electrónicos del entorno tras conocer en qué hotel se hospeda la víctima, con lo que refuerzan la sensación de control y vigilancia sobre esta, al mencionar los

octubre de 2013, disponible en [https://www.lainformacion.com/mundo/el-secuestro-virtual-la-nueva-moda-en-mexico\\_v6qfYR41CKdzOgmFYtMd6/?autoref=true](https://www.lainformacion.com/mundo/el-secuestro-virtual-la-nueva-moda-en-mexico_v6qfYR41CKdzOgmFYtMd6/?autoref=true), [consultada el 26 de noviembre de 2021].

<sup>4</sup> GAMBOA DE TREJO, A., *A través de la Criminología*, Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2020, pp. 165 y 166.

<sup>5</sup> Noticia titulada “Secuestros virtuales, al alza en vacaciones”, publicada en el periódico digital *El Universal* el 10 de abril de 2017, disponible en <https://www.eluniversal.com.mx/articulo/nacion/seguridad/2017/04/10/secuestros-virtuales-al-alza-en-vacaciones>, [consultada el 23 de diciembre de 2021].

nombres de establecimientos, de calles y al describir el entorno, lo que dota de verosimilitud a esta modalidad. Los lugares de comisión son hoteles porque las víctimas están en una posición de vulnerabilidad, ya que se trata de lugares de paso, en un viaje, con lo que usualmente se tratará de extraños en el lugar, sin contactos ni conocidos en él. En todo caso, el secuestrador intenta evitar que la víctima cuelgue el teléfono, ya que ello supondría el fin de la extorsión.

### 1.2. Diferencias frente al ransomware

Llevamos a cabo esta matización terminológica dado que en algunos estudios se califica a la modalidad de ciberdelincuencia denominada “*ransomware*” como un secuestro virtual, cuando se trata de un comportamiento completamente diferente del analizado en este estudio. En consecuencia, ante la polisemia de los vocablos empleados, y en orden a acotar la materia tratada, hemos de realizar un breve esbozo del *ransomware*. Como ya avanzamos, se trata de una modalidad de ciberdelito. Su denominación<sup>6</sup> se forma al unir los términos ingleses “*ransom*” —rescate— y “*ware*” —producto o mercancía—. De modo sintético, en dicha modalidad el *malware* reclama un rescate a la víctima a través de una ventana emergente. IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS anota que “es un ‘secuestro virtual’ de nuestros recursos por el que nos piden un rescate”. A juicio de VELASCO NÚÑEZ<sup>7</sup> estas conductas constituyen “modalidades extorsivas” que se ejecutan sobre “usuarios informáticos a los que previamente se bloquean accesos, encriptan contenidos o roban informaciones importantes de sus sistemas informáticos que sólo se pueden recuperar mediante un pago económico claramente chantajista”. También se describe esta modalidad como un<sup>8</sup> “software que secuestra ordenadores”, mediante el cual se impide utilizar dichos terminales o se cifran parte de sus archivos, por lo que se deniega el acceso a ellos, “con la

promesa de liberarlos (o brindando una contraseña de recuperación o descifrado) tras el pago de un rescate”. Como señala LÓPEZ TORRES, en tales supuestos, mientras no se pague el rescate no estarán disponibles ni el sistema ni la información o, incluso, esta última puede ser eliminada. Además, dicho autor también se hace eco de la peligrosa expansión de los ataques de *ransomware* en distintos ámbitos, como el de salud, lo que se ve favorecido por el auge de un “creciente nuevo mercado de herramientas e información para realizar ataques de ransomware en la “Dark Web” a costos bajos (Open Ransomware)”. Además, otro factor a tener en cuenta es que los Estados se están involucrando en este tipo de ataques, persiguiendo destruir cierta información. Por último, advierte LÓPEZ TORRES que los ataques de *ransomware* son especialmente peligrosos, no solo por su alcance, sino también porque no existe la garantía de que, una vez abonado el rescate, el atacante permite a la víctima el acceso al sistema o a la información y porque se desconoce si ha podido realizar copias de tales elementos, así como la finalidad ulterior de esta posible conducta.

En esta línea también podemos destacar la notable definición del *ransomware* que nos brinda LIRA ARTEAGA<sup>9</sup> cuando plasma que se trata de una acción

... mediante la cual ya sea a través de un código malicioso diseminado por una red bot, o del engaño a través de un correo electrónico, se vulnera la seguridad de uno o varios equipos de cómputo o sistemas informáticos con la finalidad de encriptar la información y pedir un rescate a cambio de que las víctimas puedan visualizar su información.

Otro aspecto que hemos de reseñar de este programa malicioso es que<sup>10</sup> además de restringir el acceso a los archivos dañados, de cifrarlos e inutilizarlos, se propaga con una gran facilidad.

Con este breve recorrido podemos constatar las notables diferencias que se advierten entre el ciberdelito que acabamos de referir, de modo sintético, y la conducta que es objeto de análisis en este trabajo. Así, aunque en ocasiones se produzca una identidad ter-

<sup>6</sup> IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS, F. L., “La ciberdelincuencia y las reformas del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: Una oportunidad perdida”, en DÍAZ MARTÍNEZ, M./LÓPEZ-BARAJAS PEREA, I. (dirs.), *La nueva reforma procesal penal. Derechos fundamentales e innovaciones tecnológicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 315, nota 11.

<sup>7</sup> VELASCO NÚÑEZ, E., “Tipos delictivos (Parte tercera)”, en VELASCO NÚÑEZ, E./SANCHÍS CRESPO, C., *Delincuencia informática*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 220.

<sup>8</sup> LÓPEZ TORRES, J., *Ciberespacio & Ciberseguridad*, Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2020, pp. 98-100.

<sup>9</sup> LIRA ARTEAGA, O. M., *Ciberdelitos. Perspectiva para su persecución*, Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2018, p. 70.

<sup>10</sup> NAVA GARCÉS, A. E., *Los delitos electrónicos. Casos de autoría y de participación*, Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2020, p. 85.

minológica y se emplee la gráfica alusión al secuestro virtual para hacer mención a que se está sufriendo un ataque de *ransomware*,<sup>11</sup> en nuestro análisis ceñiremos la expresión al comportamiento consistente en la llamada telefónica mendaz.

### 1.3. Crítica terminológica

Al hilo del elemento terminológico, y antes de abordar el aspecto mollar de este estudio, concretado en qué calificaciones jurídicas se pueden emplear, no podemos dejar de advertir que la fórmula “secuestro virtual” constituye un uso del registro coloquial, que ha tenido su calado en los medios de comunicación y en la opinión pública pero que, en puridad y de modo técnico jurídico, no constituye ningún *nomen iuris* propio, pese a la generalización en el empleo de tales vocablos. Se trata de una denominación que ha tenido una amplia acogida en los titulares de los medios de comunicación, pero con ello se corre el riesgo de que se confundan las categorías jurídicas. Precisamente, con afán clarificador, debemos mencionar que el delito de secuestro se recoge en el artículo (art.) 164 del Código Penal (CP), en que se consagra:

El secuestro de una persona exigiendo alguna condición para ponerla en libertad, será castigado con la pena de prisión de seis a diez años. Si en el secuestro se hubiera dado la circunstancia del artículo 163.3, se impondrá la pena superior en grado, y la inferior en grado si se dieran las condiciones del artículo 163.2.

Puesto que hace una remisión al precepto anterior, y a los efectos de una mejor comprensión, hemos de transcribir en este punto el art. 163 CP, donde se recoge el tipo básico del delito de detenciones ilegales, que dispone:

1. El particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años. 2. Si el culpable diera libertad al encerrado o detenido dentro de los tres primeros días de su detención, sin haber logrado el objeto que se había propuesto, se impondrá la pena inferior en grado. 3. Se impondrá la pena de prisión de cinco a ocho años si el encierro o detención ha durado más de quince días. 4. El particular que, fuera de los casos permitidos por las leyes, aprehendiere a una persona para presentarla inmediatamente a la autoridad, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses.

Como se desprende de la lectura de los dos artículos, el secuestro constituye un ataque frente a la libertad deambulatoria del sujeto pasivo en el que concurre una finalidad adicional que no se da en el delito de detenciones ilegales, y que traza la frontera entre ambos, a saber, que se exija alguna condición para poner en libertad a la persona privada de libertad. De modo muy esquemático, ya que en este apartado solo se pretende realizar una crítica terminológica, podemos anotar que el delito de secuestro se caracteriza porque<sup>12</sup> existen dos requisitos fácticos en su tipo objetivo: detener o encerrar a alguien, con lo que se le priva de libertad y, en segundo lugar, la exigencia de una condición para su puesta en libertad. Dicha exigencia puede realizarse a la propia persona privada de libertad o, como regla general, a un tercero y, en todo caso, como elemento diferencial del secuestro, a propósito de la meritada exigencia, ha de probarse “la relación de dependencia entre la exigencia y la cesación de la detención”.

Si trasladamos estas condiciones a las conductas que analizamos, observamos que, en realidad, ninguna persona ha sido privada de su libertad, ya que no se ha detenido ni se ha encerrado a nadie. Por lo tanto, en puridad, no podemos hablar de que se haya cometido secuestro alguno. Sin embargo, sí que se da el segundo elemento, la exigencia de una condición. Con todo, dicha petición tiene como presupuesto el engaño previo, cifrado en que una persona se encuentra privada de su libertad, lo que no se da en esta modalidad delictiva. Por lo tanto, debemos partir por negar la mayor y, pese al triunfo de esta denominación en la opinión pública, hemos de subrayar que

<sup>11</sup> En este sentido, *vid.* algunas menciones a secuestros virtuales que, en puridad, están aludiendo al bloqueo de elementos informáticos y la exigencia de un rescate a cambio (GONZÁLEZ TAPIA, M. L., “Violaciones de seguridad en el Reglamento de Protección de datos”, *La Ley Mercantil*, núm. 40 (octubre), 2017, p. 2 —se advierte al lector que en este trabajo se ha empleado el documento electrónico obtenido en la base de datos Laleydigital, de WOLTERS KLUWER, que tiene su propio paginado, lo que se seguirá aquí y en la bibliografía final—; GÓMEZ SIERRA, P. L., “Medidas especiales de lucha contra el crimen organizado. La monitorización silenciosa de equipos informáticos”, *La Ley Privacidad*, núm. 7, 2021, p. 1 —se efectúa la misma puntualización que en la obra anteriormente citada—).

<sup>12</sup> DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Vademécum de derecho penal*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 356.

no estamos ante ningún tipo de secuestro, por cuanto ningún sujeto ha sido encerrado ni detenido, aunque se haga creer lo contrario a terceras personas, a quienes se intenta, mediante engaño, mover a que hagan un acto de disposición patrimonial, como veremos en el siguiente subapartado, al hilo de en qué modalidades delictivas serían subsumibles, *prima facie*, las conductas descritas.

## 2. Posibles calificaciones jurídicas

### 2.1. Delito de extorsión

Hemos comenzado negando que los comportamientos que hemos narrado constituyan verdaderos secuestros. Sin embargo, una vez que hemos adelantado lo que no son, en este momento debemos analizar qué posibles calificaciones jurídicas podrían tener tales conductas. La primera que nos viene a la mente, si seguimos la sistemática del CP, es el delito de extorsión, que se regula en el art. 243 CP, dentro del Capítulo III, “*De la extorsión*”, del Título XIII, “*Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*” de su Libro II. El citado art. 243 CP dispone:

El que, con ánimo de lucro, obligare a otro, con violencia o intimidación, a realizar u omitir un acto o negocio jurídico en perjuicio de su patrimonio o del de un tercero, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años, sin perjuicio de las que pudieran imponerse por los actos de violencia física realizados.

En lo tocante a los elementos esenciales de este delito podemos anotar que<sup>13</sup> el empleo de la violencia o la intimidación es un medio comisivo similar al delito de robo con violencia, mientras que el elemento diferencial que caracteriza a este delito es la realización del acto o negocio jurídico. Ha de tratarse de una petición a la que el sujeto activo no tenga derecho, porque de lo contrario sería de aplicación el delito de realización arbitraria del propio derecho, por lo que el meritado ánimo de lucro ha de ser antijurídico. El negocio jurídico en cuestión ha de ser de naturaleza patrimonial y no tendrían cabida aquí otros negocios, ya sean nulos o de otra naturaleza, que podrían castigarse como amenazas o coacciones. Hemos de enfa-

zilar en que se trata de un delito autónomo del robo con violencia e intimidación al que<sup>14</sup> se asimilaba en el texto punitivo anterior al CP de 1995, e incluso se le llamaba “robo documental”. Debemos apostillar que nos hallamos ante un tipo pluriofensivo, en que se tutelan, como bienes jurídicos, el patrimonio, ya sea el del sujeto pasivo del delito o el de un tercero, así como la libertad y la integridad física —lo que se desprende de los medios comisivos tasados que se recogen en el precepto—. Además, como destaca CUERDA ARNAU, el negocio jurídico que se realiza u omite por el sujeto pasivo ha de ser “idóneo para producir un perjuicio, si bien existe unanimidad a la hora de entender que no es preciso que lo produzca”.

De modo muy telegráfico debemos analizar sus elementos esenciales, a los efectos de comprobar si la conducta que comentamos tiene encaje en él. Como ya comentara en su día DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO,<sup>15</sup> el CP no contiene una definición de qué ha de entenderse por extorsión a efectos penales, sino que el art. 243 CP se limita a describir la conducta típica. Así, dicho autor recuerda las atinadas palabras de BAJO FERNÁNDEZ cuando anotó que la regulación del anterior art. 503 CP “podría ponerse como ejemplo escolástico ubicado en una ‘zona oscura’ entre las amenazas condicionales, el robo y la estafa, con ciertas afinidades con el supuesto de chantaje”. Asimismo, DÍAZ-MAROTO rememoraba las palabras de la Sala 2ª del Tribunal Supremo (TS), en las que se indicaba que la extorsión era “una figura híbrida entre el robo, la estafa y las amenazas lucrativas”, o que se trataba de “una figura un tanto anómala, híbrida de robo con violencia o intimidación en las personas y defraudación”; a su vez, el autor seguido anotaba que, en cuanto a la conducta típica, el sujeto activo había de “obligar” al sujeto pasivo a realizar u omitir el acto contra su voluntad. Para obligarle, se valía de la “*vis física*” —violencia— o de la “*vis compulsiva*” —intimidación—. A decir de este autor, la

<sup>14</sup> CUERDA ARNAU, M. L., “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (IV): Robo con violencia o intimidación en las personas. Extorsión”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (coord.), *Derecho Penal. Parte especial*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 389 y 390.

<sup>15</sup> DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., “El delito de extorsión”, *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1997, Ref. D-91, tomo 2, (consultado en formato electrónico en [https://laleydigital.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbFICTEAASmgMIMrSy0qzszPsw3LTE\\_NK0IVKy1OLbJcTG-3MDE29osMUytILC4ut3Xx9Y0wivAA0djSzT0AAAA=WKE](https://laleydigital.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbFICTEAASmgMIMrSy0qzszPsw3LTE_NK0IVKy1OLbJcTG-3MDE29osMUytILC4ut3Xx9Y0wivAA0djSzT0AAAA=WKE)), pp. 1, 2 y 4.

<sup>13</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, 23ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 403 y 404.

violencia y la intimidación han de ser entendidas en el mismo sentido<sup>16</sup> que en el delito de robo, y

... la violencia ha de ser aquélla que resulta de la aplicación directa de la fuerza física a otro; la intimidación no exige acometimiento corporal, pues basta con que el autor anuncie o conmine a otro con un mal ‘inmediato, grave, personal y posible que despierte o inspire en el perjudicado un sentimiento de miedo, angustia o desasosiego, ante la probabilidad de un daño real o imaginario’.

A su vez, denunciaba la “inconcreción” de los objetos materiales sobre los que podía recaer la conducta típica, lo que había ampliado el radio de acción del delito, por lo que nos hallamos ante “una cláusula abierta omnicomprendensiva de cualquier comportamiento activo u omisivo con trascendencia en el tráfico jurídico-económico”.

De modo sintético, pero con gran precisión, ZUGALDÍA ESPINAR<sup>17</sup> explica que el delito de extorsión constituye una modalidad específica del delito de coacciones, que el ánimo de lucro, entendido como elemento subjetivo del tipo y descrito como “intención de obtener una ventaja patrimonial a la que no se tiene derecho” es tendencial, “por lo que el delito se consuma con la determinación violenta o intimidatoria que obliga a la víctima a realizar el acto no deseado”, y que la conducta típica puede tener una modalidad activa —para lo que cita como ejemplos obligar a alguien a realizar una transferencia, a otorgar o modificar un testamento, o a otorgar una escritura pública— o bien negativa —mencionando el hecho de impedir

una venta o de impedir que se modifique un testamento—. QUINTERO OLIVARES,<sup>18</sup> tras anotar sus áreas de proximidad con el robo y con el chantaje, acentúa el carácter patrimonial de este delito, calificándolo como “aspecto fundamental de su naturaleza”, y explica que cualquier otro objetivo de la extorsión “que no revista ese contenido de detrimento patrimonial que ha de sufrir el extorsionado, podrá sin duda constituir otro delito, normalmente el de coacciones, pero no el presente de extorsión”.

Por su parte, ÁLVAREZ GARCÍA<sup>19</sup> destaca que la extorsión tiene muy poca presencia en la práctica judicial, ya que la jurisprudencia es escasa, de donde extrae que ha de existir una elevada cifra negra. Destaca la diferenciación que realiza dicho autor entre este delito y los delitos de amenazas, de robo y de estafa. Por lo que hace a las diferencias con las amenazas, enuncia cuatro elementos: i) en las amenazas el medio comisivo es la intimidación, mientras que en la extorsión también cabe la violencia; ii) el mal con que se amenaza en el delito de amenazas se circunscribe a un *numerus clausus*, siendo abierto en la extorsión; iii) en las amenazas condicionales no se especifica la condición, mientras que en la extorsión sí —realizar u omitir un acto o negocio jurídico—; iv) el elemento temporal: en la extorsión se pretende la inmediata consecución del objetivo, pero en las amenazas se persigue su obtención en el futuro. En segundo término, en cuanto a sus diferencias con el delito de robo, ÁLVAREZ GARCÍA enuncia otras cuatro diferencias esenciales: i) la cosa objeto del robo solo puede ser mueble y en la extorsión el objeto material puede ser mueble o inmueble; ii) en el robo la acción se realiza directamente sobre la cosa, si bien en la extorsión la acción se proyecta sobre la realización de actos o negocios jurídicos; iii) el delito de extorsión es un delito de encuentro, plurisubjetivo, en que son precisas las actuaciones complementarias del sujeto activo y del sujeto pasivo, pero en el robo se produce el despojo, sin que sea necesaria la colaboración del sujeto pasivo; iv) en el robo se requiere el desplaza-

<sup>16</sup> En idéntico sentido, MUÑOZ CONDE (MUÑOZ CONDE, F., *op. cit.*, pp. 403 y 404), así como CUERDA ARNAU, quien resalta que este delito comparte con el robo “los medios comisivos”, y efectúa una remisión a la exposición brindada en dicho delito (CUERDA ARNAU, M. L., *op. cit.*, p. 389), mientras que QUERALT JIMÉNEZ indica que “la violencia física o la intimidación sobre las personas a que se refiere el tipo se trata de lesiones (u homicidio) y amenazas, por lo que, en tanto que conceptos normativos, a ellos habrá que remitirse”, (QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho Penal español. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 529. Ha de advertirse al lector que en este trabajo se ha empleado el recurso electrónico que consta en la biblioteca digital de la Editorial Tirant lo Blanch, por lo que el paginado enunciado puede no coincidir con la versión de la obra en papel, tanto en esta cita como en las sucesivas).

<sup>17</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., “Delitos contra la propiedad, el patrimonio y el orden socioeconómico (III)”, en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. (dir.), ESQUINAS VALVERDE, P. (coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 338 y 339.

<sup>18</sup> QUINTERO OLIVARES, G., “De la extorsión”, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), MORALES PRATS, F. (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 10ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 636 y 637.

<sup>19</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., “Robo con violencia o intimidación en las personas y extorsión”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (dir.), MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A./VENTURA PÜSCHEL, A. (coords.), *Derecho Penal Español. Parte especial (II)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 171-173 y 175.

miento físico de la cosa al sujeto activo, lo que no se da en la extorsión. Por último, las diferencias con la estafa se reducen a los medios comisivos: en la estafa se emplea el engaño y en la extorsión, la violencia o la intimidación. Además, hemos de reseñar que el autor analizado niega que el empleo de la fuerza en las cosas pueda tener cabida, como medio comisivo por vía elíptica, si ello se hace como medio de intimidación, ya que el legislador no lo ha previsto de modo expreso, como sí ha hecho en el delito de realización arbitraria del propio derecho.

Mientras que QUERALT JIMÉNEZ<sup>20</sup> observa que la acción típica consiste en “llevar a cabo —o dejar de llevar— un negocio jurídico económico, por las malas”, y que se diferencia del robo en que “existe una apariencia obligacional —que será nula conforme a las reglas civiles de formación de la voluntad contractual (arts. 1261. 1º y 1262 ss. cc)—”. Añade que tales negocios no deben ser escritos ni formales, por lo que no es necesario que la víctima lleve a cabo la suscripción de ningún documento. Agrega QUERALT que el perjuicio ha de ser real, no meramente hipotético, y lo caracteriza como un tipo de resultado cortado, que “se consume cuando se cierra el negocio perjudicial para la víctima o un tercero, sin necesidad que llegue el autor a gozar de los placeres de su fechoría”. Esta condición de delito de resultado cortado es controvertida por otro sector doctrinal<sup>21</sup> que estima que la cláusula del precepto que menciona “en perjuicio de su patrimonio” es el origen de las controversias. Para esta línea de pensamiento, a la que nos adherimos, dicha fórmula no es una mera finalidad, sino la efectiva causación del resultado requerido por el tipo, lo que robustece con dos argumentos: i) la pena con que se puede sancionar es la misma que cabe imponer a las amenazas condicionales lucrativas si se consigue la condición, tal y como prevé el art. 169.1 CP —de 1 a 5 años—, “por lo que no exigir en la extorsión la producción del resultado desequilibraría la relación entre amenazas y extorsión”; ii) la expresión “en perjuicio” difiere de otros usos terminológicos tendenciales del CP, como “para perjudicar”, por lo que una interpretación gramatical de las preposiciones conduce a dicha intelección, dado que “en”, como preposición, significa tiempo y lugar en que, o en donde se está, sucede, o se hace alguna cosa”; de ahí que el tipo exija un

perjuicio que sea efectivo, “por lo que estamos ante un delito de resultado material que se consumará con la producción del deterioro patrimonial”.

Por último, en cuanto a este delito, podemos agregar que algún autor<sup>22</sup> ha destacado que la razón de que la extorsión haya cobrado autonomía frente al delito de robo se basa en que, además de las notas características de este, también se aprecian semejanzas con el delito de estafa, con el de coacciones o con el de amenazas condicionales, lo que nos situaría ante un concurso aparente de normas penales que habría de resolverse en virtud del principio de especialidad, puesto que la extorsión “por sí sola, engloba los requisitos de los demás delitos citados”, dado que persigue “una finalidad defraudatoria, para cuya consecución se vale el agente no ya de engaño, sino de medios coactivos o amenazadores”.

## 2.2. Delito de estafa

De modo sintético y sin pretensión de exhaustividad, hemos de apuntar los rasgos básicos del delito de estafa, con la finalidad de analizar con posterioridad en cuál de ellos se subsumen la modalidad delictiva que analizamos. El punto de referencia es el tipo básico de estafa, que se recoge en el art. 248.1 CP en los siguientes términos: “1. Cometan estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno”. Los cuatro elementos esenciales son<sup>23</sup> el engaño, el error, el acto de disposición patrimonial y el perjuicio, y ha de mediar una relación de causalidad entre engaño y perjuicio, por lo que el citado engaño ha de ser la causa o motivo del perjuicio. El bien jurídico que se protege en este delito es el patrimonio. De notable calidad es la concreción que lleva a cabo DOPICO GÓMEZ-ALLER<sup>24</sup> cuando anota que en este delito no se exigen especiales cualidades en el sujeto activo —es un delito común— ni en el sujeto pasivo,

<sup>20</sup> GARCÍA PÉREZ, J. J., “Capítulo III. De la extorsión”, en SÁNCHEZ MELGAR, J. A. (coord.), *Código Penal. Comentarios y jurisprudencia*, Tomo I, 4ª ed., Sepín, Madrid, 2016, pp. 1752 y 1753.

<sup>21</sup> MUÑOZ CONDE, F., *op. cit.*, p. 414.

<sup>24</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Estafas y otros fraudes en el ámbito empresarial”, en DE LA MATA BARRANCO, N. J./DOPICO GÓMEZ-ALLER, J./LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A./NIETO MARTÍN, A., *Derecho Penal económico y de la empresa*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 170-173.

<sup>20</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *op. cit.*, pp. 529 y 530.

<sup>21</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *op. cit.*, pp. 173 y 174.

aunque las relaciones que medien entre ambos son un elemento de determinación de la pena. Dado que en la estafa el acto dispositivo puede ser en perjuicio propio o de tercero, el perjudicado podrá coincidir o no con el engañado, con lo que, en este último caso, la doctrina alude a la “estafa de triángulo”. Añade dicho autor que este delito “se comete mediante actos de comunicación: engañar para inducir o convencer a alguien de que realice un acto de disposición”. De especial relevancia en la disertación de DOPICO es la mención a la influencia del engaño, que ha de ser determinante de la voluntad del engañado, por lo que “el engañado debe realizar el acto de disposición engañado, condicionado por el engaño del sujeto activo” y si no se da tal condicionamiento solo cabría atender a la tentativa de estafa. No obstante, esta inducción a disponer no debe ser interpretada con las mismas exigencias que la inducción del art. 28 CP, puesto que en la estafa no se requiere la comunicación directa e inmediata entre ambos sujetos. Por último, DOPICO define que el acto dispositivo es “la conducta mediante la cual la víctima hace salir un activo patrimonial de su esfera de dominio”, y concluye expresando que no es preciso que dicho acto sea jurídico-civilmente válido, dado que “en una estafa siempre estaremos hablando de disposiciones civilmente nulas, es decir, realizadas con un consentimiento viciado de nulidad por el engaño del sujeto activo (art. 1265 y 1269 del Código Civil)”.

El elemento nuclear de este delito viene representado por el engaño que, como explica NÚÑEZ CASTAÑO,<sup>25</sup> se puede describir como “toda simulación o disimulación capaz de inducir a error a una o varias personas, es decir, hacer creer a otro algo que no se corresponde con la realidad”, y anota que debe presentar como características que ha de ser previo, causante y bastante, es decir, ser anterior al acto de disposición, debe haber sido el elemento determinante que propició su realización y, en cuanto a la nota de bastante, se asimila a idoneidad, para lo cual han de valorarse los elementos objetivos y subjetivos concurrentes. En lo tocante al error, de modo preciso y concreto, la autora que seguimos lo concibe como “una representación distorsionada o falsa de la reali-

dad, ocasionada por la conducta engañosa del sujeto activo, y que provoca un desconocimiento o un conocimiento deformado o inexacto”, y dicho error ha de ser “activo”, es decir, debe propiciar la realización del acto de disposición. En su exposición también reseña que el acto de disposición implica un desplazamiento patrimonial, que puede ser tanto activo como omisivo, fruto de la voluntad viciada. En cuanto al perjuicio, de modo descriptivo, NÚÑEZ CASTAÑO lo concibe como “la diferencia entre el valor de lo que se entrega o de la prestación que se realiza, y lo que se recibe o contraprestación”, por lo que se trata del menoscabo patrimonial experimentado; a su vez, este último elemento —el perjuicio sufrido— permite delimitar los distintos tipos de estafa.

De modo sumamente gráfico ZUGALDÍA ESPINAR<sup>26</sup> escribe —siguiendo a MATA MARTÍN— que la estafa aparece como “un perfecto mecanismo de relojería o una sucesión de hechos encadenados en una relación de progresión” en el que “cada elemento es presupuesto del siguiente y consecuencia del anterior”, y apostilla que, precisamente dicha sucesión es lo que permite distinguir la estafa del mero incumplimiento de un negocio de naturaleza civil. Manifiesta que se puede cometer este delito tanto a través de “maniobras explícitas engañosas”, como mediante “actos concluyentes”, que las personas jurídicas pueden ser tanto autoras de este delito como víctimas, y que carecen de relevancia penal las simples “inexactitudes o exageraciones en la presentación de las operaciones” y aquellos supuestos en los que la víctima incumple sus deberes de autoprotección. Para verificar este último elemento ha de realizarse un juicio de adecuación entre las circunstancias personales de la víctima, las pautas de confianza, de desconfianza y los distintos elementos en liza —datos suministrados, tipo de negocio o su entidad...—, lo que permite analizar si se ha actuado con la diligencia debida. Por su parte, QUERALT JIMÉNEZ<sup>27</sup> destaca que existe una pluralidad de modalidades comisivas, algunas muy sofisticadas y otras más burdas y simples, por lo que “el ingenio hace que las variedades delictivas sean enormes y cambiantes”. Mientras que GONZÁLEZ CUSSAC<sup>28</sup> subraya que el engaño es el aspecto “más

<sup>25</sup> NÚÑEZ CASTAÑO, E., “Los delitos patrimoniales de defraudación (I): estafa, apropiación indebida y administración desleal”, en GALÁN MUÑOZ, A./NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Manual de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 63-68.

<sup>26</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *op. cit.*, pp. 326-328.

<sup>27</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *op. cit.*, p. 494.

<sup>28</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VII): Estafas”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (coord.), *Derecho Penal...*, cit., pp. 400, 401, 407 y 408.



significativo de los elementos definitorios”, al que describe —siguiendo al TS— como “nervio y alma de la estafa”, que traza la frontera que lo diferencia de otros tipos delictivos y, en cuanto al ánimo de lucro, expresa que debe ser interpretado de modo distinto a como se hace en el hurto o robo, por lo que aboga por una comprensión amplia “como intención de obtener (para sí o para otro) un enriquecimiento patrimonial correlativo (aunque no necesariamente equivalente) al perjuicio típico ocasionado”. Además, dicho autor estima que en este elemento subjetivo del tipo es suficiente con “el ánimo de utilización en beneficio propio de lo obtenido”, y agrega que la jurisprudencia excluye de la esfera típica aquellos casos en los que concurra el dolo *subsequens* o sobrevenido, que define como “el no existente con anterioridad a la celebración del negocio”.

### 2.3. Solución doctrinal y en el derecho comparado

Uno de los aspectos que más llama la atención a la hora de analizar estas conductas es que, si bien despiertan un innegable interés periodístico, como es de ver en la multitud de noticias de prensa en que se recogen, lo cierto es que su tratamiento doctrinal es muy reducido, lo que se puede constatar al analizar el escaso número de autores que lo han tratado de modo específico. Asimismo, en el plano jurisprudencial nos encontramos con un vacío similar o más agravado puesto que, salvo error u omisión en su localización, no hemos encontrado, en las principales bases de datos jurisprudenciales, ninguna resolución judicial en la que se analice tal modalidad delictiva.

Tras esta advertencia inicial, y después de haber esbozado los principales elementos configuradores de los tipos delictivos en los que, *prima facie*, sería posible incardinar los comportamientos apuntados, hemos de atender a la opinión doctrinal al respecto. Para comenzar, podemos traer a colación la escueta mención que efectúa LÓPEZ MELERO,<sup>29</sup> quien lleva a cabo un análisis victimológico de los secuestros y, al hilo de dicha cuestión, proclama que “el «secuestro virtual», propiamente, se trata de extorsiones, y no de secuestros, por lo que quedan regulados por el art. 243 del Código penal”; no obstante, dicha autora

no desarrolla dicha calificación. De una opinión diferente participa MARTIÑÓN CANO,<sup>30</sup> quien incurre en una contradicción al anotar dos figuras delictivas diferentes para subsumir dicha conducta ya que, en su decir, “el ‘secuestro virtual’ se ha concebido como la extorsión amenazando con un secuestro. Ergo no se trata de un secuestro sino del delito de coacciones” y, en otro pasaje apostilla que esta modalidad “no es un secuestro, sino una amenaza de que se va a cometer un secuestro”, lo que tampoco resulta preciso, en puridad, dado que en los comportamientos que hemos adelantado no se amenaza con que se vaya a cometer en el futuro una privación de libertad, sino que se expresa —falazmente— que dicha privación de libertad ya se ha cometido.

Ante la ausencia de análisis específicos de esta modalidad delictiva en el marco doctrinal patrio, podemos traer a colación las reflexiones que han vertido distintos autores a propósito de esta problemática en Argentina. En primer término, merece reseña la explicación que efectúa GALPERN,<sup>31</sup> quien enumera las características de ambos delitos —estafa y extorsión— y justifica que tal modalidad delictiva “puede llevar a la confusión en cuanto a su tipificación entre alguno de los dos”. Como punto en común de ambos anota el acto de disposición patrimonial, cifrando el segundo rasgo compartido en “el vicio de la voluntad que determina en ambas figuras aquella disposición patrimonial”, si bien puntualiza que “la diferencia radica en que ese vicio volitivo es determinado por error en la estafa y por intimidación en la extorsión. Se afecta el conocimiento en un supuesto y la libertad en el otro, como base de formación de la voluntad”. De modo gráfico refiere dicho autor que

... en la estafa, equivocada en cuanto a la situación de hecho, la víctima toma gustosa una decisión que cree que la beneficiará, en el otro, la víctima sabe bien lo que le está ocurriendo y toma la decisión, a regañadientes, para que la amenaza no se cumpla.

Otro argumento que arroja dicho autor es la diversidad de bienes jurídicos en presencia, ya que la extorsión es un delito pluriofensivo en que se salva-

<sup>29</sup> LÓPEZ MELERO, M., “Análisis victimológico en los secuestros”, *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 122, 2016, p. 9.

<sup>30</sup> MARTIÑÓN CANO, G., *El delito de secuestro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 37 y 41.

<sup>31</sup> GALPERN, M. A., “El secuestro virtual: ¿estafa o extorsión?”, *Revista de derecho Penal y Criminología*, núm. 10, 2013, pp. 29-33.

guardan la libertad y la propiedad, mientras que en la estafa únicamente se tutela el patrimonio. A continuación, GALPERN avanza en su exposición y refiere la diversidad de criterios judiciales en Argentina: en la Causa núm. 26.034, sentencia de fecha 31 de marzo de 2005, la Sala IV de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de Capital Federal entendió que se trataba de una extorsión, puesto que

... las amenazas fueron urdidas apelando a circunstanciados detalles que se le transmitieran al sujeto pasivo y lo indujeran a un serio y lógico temor; agregando que si bien el damnificado iba a realizar una disposición patrimonial que habría de perjudicarlo, motivado por un artificio, no se configura el delito de estafa ya que no lo indujeron a error, sino a una férrea compulsión, conformando una intimidación basada en la mentira para obligarlo a la entrega del dinero exigido.

Frente a este parecer, cita otra sentencia, de 5 junio de 2006, de la Sala VI de la misma Cámara, en la Causa núm. 29.535, en la que se indicó que dicha conducta “se subsume en el tipo penal de estafa por considerar que la amenaza nunca podría configurarse al tratarse de una modalidad virtual cuya privación de libertad es inexistente o irreal”, por lo que plasma que el ardid empleado constituye el engaño preciso en el delito de estafa.

Tras mencionar dicha disparidad de criterios, GALPERN escribe que los autores que defienden que nos hallamos ante un tipo de estafa se justifican en que, para que haya extorsión, la amenaza debe cumplir tres requisitos: “ser grave, futura y que su concreción dependa de la voluntad del autor”. Por ende, para dichos autores no concurriría el último elemento en el caso de los secuestros virtuales, ya que “no se tiene el poder para hacer efectivo el daño intimidado sobre las personas supuestamente secuestradas”. Por lo tanto, el razonamiento basilar para dicha línea de pensamiento se ubica en la posibilidad de realización o concreción del mal con que se amenaza. A su vez, dicho autor añade, a propósito de la situación de la víctima en ambos delitos, que “la víctima debe ser susceptible de persuasión a través del ardid desplegado por el sujeto activo que determinó el error en ella”, mientras que en la extorsión el sujeto pasivo ha de ser objeto de intimidación, “pues debe producir efectivamente el terror en él para lograr el objetivo

perseguido”. Además, ubica el foco de atención en la confusión que se da entre el ardid de la estafa y la intimidación extorsionadora, y zanja que

... la injusta prestación patrimonial exigida finca en la intimidación ejercida de ocasionar un daño futuro a la persona supuestamente cautiva, de modo que mal puede sostenerse que esa prestación es tomada libremente a causa de un error: es determinada por la coacción moral ejercida.

Por ello, concluye que la distinción entre la disposición patrimonial en ambos delitos se sitúa en el medio empleado: en la estafa, el cauce por el que se lleva a cabo es el error, mientras que en la extorsión, dicho medio es el miedo. Así las cosas, sentencia que

... el punto fundamental radica en el vicio de la voluntad: en la extorsión el desprendimiento se produce por una coacción moral ejercida sobre el sujeto pasivo, la voluntad de éste no se determina libremente, mientras que en la estafa, en que la prestación es generada por error, la decisión es tomada libremente.

Y de modo clarificador descarta la subsunción en el delito de estafa cuando afirma que “si no hubiera intimidación, la víctima que recibe el llamado podría fácilmente contactarse con el presunto familiar secuestrado y esta especulación fácilmente sería descubierta”, con lo que la clave se encuentra en que la víctima actúa mediatizada por un constreñimiento que doblega su voluntad. Con todo, GALPERN critica la desproporción punitiva a que aboca su interpretación, a la luz de las penas de ambos delitos en el texto punitivo argentino, por lo que reclama una tipificación expresa de los comportamientos analizados.

Otro autor que analiza la situación de referencia desde los parámetros del derecho argentino es LLERA.<sup>32</sup> Comienza indicando, de modo muy gráfico, que esta modalidad de conducta también se conoce como “secuestro sin secuestro”. Si bien, matiza que dicha modalidad comparte *modus operandi* con los secuestros tradicionales, ya que comienza con una llamada telefónica, y en ambos casos se genera en el receptor de la llamada la “misma angustia”. Tras referir la existencia de oscilaciones jurisprudenciales

<sup>32</sup> LLERA, C.E., “Secuestro virtual: ¿estafa o extorsión?”, *Revista de derecho Penal y Criminología*, núm. 8, 2013, pp. 10-18.

en Argentina, a propósito de la subsunción típica en el delito de estafa o en el de extorsión, dicho autor esboza algunos de los argumentos que sostuvo la Sala IV de la Cámara Nacional Criminal y Correccional, en la causa núm. 26.034, ya citada, “Fernández, Susana”, de fecha 31 de marzo de 2005, en la que se subrayó que

... Es suficiente que la producción del mal amenazado luzca dependiente de la voluntad del sujeto activo, que verosímilmente pueda creer que está en poder del intimidante concretarlo (...). Si bien el damnificado iba a realizar una disposición patrimonial que habría de perjudicarlo, motivado por un artificio de los autores, no se configura el delito de estafa ya que ellos no lo indujeron a error, sino a una férrea compulsión, resultando su finalidad conformar una intimidación basada en la mentira y así obligarlo a la entrega del dinero exigido.

Con posterioridad, en una resolución de la Sala VI de dicho tribunal se calificó un hecho similar como estafa, en la causa núm. 29.535, “Cisnero, Susana”, de fecha 5 de junio de 2006, LLERA sintetiza los argumentos del órgano judicial en esta última causa y expresa que el motivo de la decisión se fundamenta en que

... el hecho de realizar una exigencia de dinero, dentro de un marco de amenazas y simulando un secuestro, constituye una maniobra tendiente a afectar psíquicamente al destinatario para hacerlo incidir en un error con el fin de que pague la demanda económica pretendida.

Apostilla que, con posterioridad a este fallo, posteriores resoluciones del Tribunal consolidaron la calificación de los hechos como estafa, y que, en todo caso, la esencia de la argumentación jurisprudencial se fundamenta en que, como “no hay posibilidades de que esa amenaza se concrete, que ese daño prometido se verifique, no se da la extorsión”. Por ende, el factor determinante sería el engaño y no la amenaza del mal.

Abunda en esta línea LLERA, con cita de la sentencia de la Sala V del meritado tribunal, causa núm. 34.800, “Alvarado Navarro, José y otros s/asociación ilícita”, de fecha 22 de julio de 2008 y en la que se concreta que

La simulación en la maniobra constituye una puesta en escena que, mediante engaño, pretende inducir al error al sujeto pasivo y, por esta vía, determinar su poder de decisión y así conseguir que efectúe la disposición patrimonial perjudicial, verificándose de esta forma los elementos de la figura del delito de estafa.

En un momento posterior de su exposición, LLERA analiza las características fundamentales de ambos delitos. En cuanto al tipo de extorsión, anota que en este delito

... el desplazamiento patrimonial se produce por acción propia de la víctima, la cual se determina a base de una voluntad viciada por coacción y esto la diferencia de toda forma de hurto, por una parte, y de estafa, por la otra.

De este modo, la disposición patrimonial surge como consecuencia de una voluntad viciada, a causa de la *vis compulsiva* que experimenta el damnificado. En su decir, con la intimidación se coloca a la víctima ante un “dilema”, que se reduce a dos posibilidades: “o se somete a las exigencias del autor o afronta el riesgo de que el daño anunciado se produzca”. Por el contrario, en la estafa, aunque también se da el desplazamiento patrimonial con base en una voluntad viciada, el vicio se deriva del error, por lo que dicho desplazamiento “no ha sido por temor sino por el error inducido por el engaño del agente”. De la mayor relevancia es la concepción de la intimidación que patrocina LLERA, por cuanto sustenta que el tipo de extorsión “se limita a requerir la aptitud del medio intimidatorio empleado, es decir, que en el caso concreto pueda amedrentar o amilanar a la víctima, independientemente de que el sujeto activo esté en condiciones de consumir la proposición”, por lo tanto, sitúa la clave en que el medio intimidatorio que emplee el sujeto activo posea “potencia para infundir temor”, de donde extrae que la idoneidad de la intimidación se basa en el temor del peligro, y no en “la capacidad de crear un peligro real”, por lo que concluye que es suficiente, para subsumir los hechos en el delito de extorsión, que la víctima crea que el peligro se puede concretar, aunque ello sea imposible, por lo que carece de relevancia típica que la coacción sea factible. Presta especial atención a la conducta del damnificado: que se haya visto obligado a obrar

como se le ordenaba. De forma gráfica, dicho autor expone que en el delito de extorsión basta con que “el delincuente haya logrado hacerse temer, aunque sólo sea con una amenaza vaga o de importancia relativa”, por lo que la intimidación es el medio para perjudicar el patrimonio de la víctima. Asimismo, con una gran elocuencia en la imagen que presenta, LLERA relata que lo que “estimula el desconcierto en estos supuestos es que la víctima parece estar tan amilana-da como engañada”, por lo que la intimidación sirve de medio al engaño, si bien lo relevante es que se infunda temor en el destinatario. A su vez, advierte que, pese a que se aprecia una estructura común en ambos ilícitos, dado que existe un acto de disposición de la víctima con una voluntad viciada, “en el caso de la estafa está representada por el engaño productor del error y en el caso de la extorsión es la coacción que neutraliza la libertad de decisión del titular, que afecta su patrimonio”.

Por todo ello, LLERA concluye que en estos supuestos lo determinante es concretar si ha existido o no intimidación. Afea a la corriente de pensamiento que sostiene que nos hallamos ante una estafa que resulta “paradójico” que sostenga que “el medio intimidatorio seleccionado por el agente ha sido idóneo para atemorizar a la víctima y luego aseverar que como dicha intimidación era de imposible realización la figura se traslada al delito de estafa”. También defiende que la idoneidad intimidatoria de las amenazas, en el tipo de extorsión, resulta “a todas luces diferente de la inducción a error, que es la nota característica del tipo objetivo de la estafa”. De ahí que sitúe la clave de su postura en la idoneidad de la amenaza para atemorizar, considerando suficiente que la realización del mal sea probable. Agrega dicho autor, con atención al bien jurídico tutelado en el delito de extorsión, que “la afectación a la libertad de determinación de la víctima es sólo el medio para lesionar el derecho de propiedad del extorsionado”. De ahí que el elemento diferencial entre estafa y extorsión se encuentre en la intimidación, por cuanto, en síntesis, “en el fraude el individuo cede por el engaño, mientras que en la extorsión en cambio, el individuo cede ante el temor”. LLERA propone como solución que “cuando ambos aspectos, base ardidosa o intimidación (amenaza-exigencia), aparezcan en la conducta, queda claro que el delito de extorsión es la opción adecuada”, y abunda en que, en tales supuestos, el acto de disposición no se

basa en el error de la víctima, sino en la compulsión sufrida. A su vez, coloca el foco en el proceso de formación de la voluntad del sujeto pasivo y razona que

... en la estafa el sujeto pasivo —por regla general— se desprende de la cosa voluntariamente en la creencia de que hace lo correcto o lo debido, situación que no sucede en la extorsión, donde el desprendimiento sucede a consecuencia de un vicio de la voluntad, hijo de la intimidación que atemoriza a la víctima.

En este sentido, la víctima actúa a consecuencia de la violencia moral. Precisamente, el elemento esencial en estos casos es “el temor”, que impide a la víctima “ejercer normalmente su libertad moral”. Por último, dicho autor anota una serie de sentencias de la Cámara Nacional de Casación Penal<sup>33</sup> en las que se consideró que los secuestros virtuales eran subsumibles en la extorsión.

También centrado en el ordenamiento jurídico argentino, BLAS ESTEBAN<sup>34</sup> expone que el punto de confluencia entre ambas figuras delictivas se produce cuando la víctima accede a abonar el rescate “tanto debido a una apreciación errada de las cosas (engaño), como temiendo por la suerte del presunto retenido (intimidación)”. Tras anotar la esencia de la estafa y de la extorsión, dicho autor escribe que nos hallamos en ambos casos ante abusos contra el patrimonio que se proyectan sobre “aspectos distintos de la voluntad”. En el caso de la estafa, el fraude opera “en la esfera del entendimiento generando una visión deformada de las cosas”, mientras que en la extorsión la ventaja patrimonial se obtiene “coartando la autodeterminación del ofendido a través del miedo”, por lo que hemos de dilucidar en qué esfera nos movemos en los supuestos analizados, ya que, a primera vista, en los secuestros virtuales se aprecian tanto “elementos de astucia como de intimidación”. En cuanto

<sup>33</sup> Sentencia de la Sala I, causa núm. 10.965, “Méndez, Gabriel Luciano s/recurso de casación”, Reg. núm. 17.266, de fecha 16 de febrero de 2011; sentencia de la Sala III, causa núm. 12.024, “Abelenda, Pablo Daniel s/recurso de casación”, Reg. núm. 1217/10, de fecha 28 de agosto de 2010 y sentencia de la Sala III, causa núm. 13.050, “Prunesti, Fernando Javier s/recurso de casación”, de fecha 29 de marzo de 2011.

<sup>34</sup> BLAS ESTEBAN, P., “Consideraciones sobre el encuadre jurídico del ‘secuestro virtual’”, *Revista Pensamiento Penal*, publicado el 5 de julio de 2016, pp. 1-10, disponible en <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/43766-consideraciones-sobre-encuadre-juridico-del-secuestro-virtual>, [consultado el 13 de febrero de 2022].

a los argumentos favorables a su calificación como estafa, en tanto en cuanto se ensalza el carácter falaz y manipulador del anuncio relativo a la privación de libertad, BLAS ESTEBAN enumera los siguientes: i) la simulación constituye una “puesta en escena” que persigue inducir a error a la víctima; ii) que la amenaza que sirve de base a la llamada —el daño a la víctima secuestrada— consistente en un mal futuro, grave y que depende del autor es de imposible realización en la práctica, ya que “la hipótesis de daño es puramente ficticia”; iii) que el foco no ha de ubicarse solo en la víctima, sino que ha de atenderse a la posición del sujeto activo, que conoce que se trata de una amenaza irrealizable o, precisando aún más, que ha de atenderse a la “realidad objetiva del suceso”, por lo que habría de tomarse en cuenta la postura del observador neutral que conoce todos los elementos de la situación en cuestión y, sobre todo, lo mendaz del peligro que se anuncia; iv) también se alude a la desproporción punitiva entre ambos delitos, por lo que se vulnerarían el principio de culpabilidad y de proporcionalidad, en atención a la disparidad penológica en Argentina entre la estafa y la extorsión —lo que sería aplicable en España si comparamos las penas de ambos delitos, en los arts. 243 y 249 CP—.

En segundo término, BLAS ESTEBAN también hace un listado de argumentos que sostienen los partidarios de subsumir la conducta estudiada en el delito de extorsión: i) se estima que “la intimidación apoyada en una mentira no deja de ser intimidación”; ii) la sanción como estafa no valoraría la lesión a la “libertad moral”; iii) si no se diese una exigencia patrimonial no habría estafa ni extorsión, pero cabría calificar los hechos como amenazas o coacciones y, en tal caso, en el supuesto que estudiamos, habría que entender que se trata de una extorsión, ya que esta “no es más que una coacción o amenaza con fin patrimonial”; iv) en supuestos limítrofes, en los que aunque hay una mínima cuota de ardid se atiende a otras calificaciones, el hecho de que los secuestros virtuales se subsumiesen en la estafa, conllevaría que se dejase de valorar la intimidación como violencia propiamente dicha, por lo que la “violencia moral” ha de imponerse sobre el engaño al llevar a cabo la calificación.

A continuación, el autor que seguimos desarrolla una serie de argumentos que tilda de “ambiguos”, porque han sido empleados por los dos sectores de opinión: entre ellos advierte que hay autores que, par-

tiendo de que en estas conductas existen elementos de engaño y de temor, se cuestionan “¿cuál inspiró al otro en el ánimo de la víctima?, ¿cuál es el estado subjetivo medio y cuál el estado subjetivo fin?”. Si bien responde que esta construcción presenta demasiados visos de “naturalismo” y que, en todo caso, los partidarios de ambas corrientes lo han empleado como refuerzo de su postura. Para finalizar, en su toma de postura, BLAS ESTEBAN advierte que se trata de una discusión “ardua”, y se adhiere al sector doctrinal que estima aplicable, en tales circunstancias, el delito de extorsión. A su parecer, que el perjuicio en la esfera personal del secuestrado no se vaya a materializar —ante la inexistencia del secuestro— y sea de imposible realización no constituye un obstáculo, ya que “el requisito de que el mal sea posible, futuro y dependiente de la voluntad del sujeto activo no lleva pretensiones de verdad empírica, sino que hace a la idoneidad del anuncio para conmover al destinatario”, por lo que lo esencial reside en la idoneidad del mensaje y en su aptitud para “doblegar la voluntad ajena”. Refuerza su adscripción cuando manifiesta que, aunque se trate de una coerción “materialmente imposible”, presenta “suficientes visos de realidad para que el damnificado la tome por buena”, por lo que colma las exigencias típicas de la extorsión. Apostilla también que ha de atenderse a las concretas circunstancias de la víctima, aunque haya de estarse a un estándar razonable de resistencia. Así las cosas, dicho autor sitúa el núcleo de la cuestión en la coerción moral, “mientras que la consideración sobre el cariz objetivo de la maniobra (posibilidades de concreción del daño) se encuentra evidentemente relegada y apenas si es tenida en cuenta para verificar que la amenaza no sea burda o manifiestamente inidónea”.

Por lo que hace a la jurisprudencia extranjera —ya hemos adelantado que no se han encontrado resoluciones de los tribunales españoles—, podemos constatar que en distintos fallos en Argentina se ha declarado que nos hallamos ante conductas subsumibles en el delito de extorsión, como se aprecia en la resolución de fecha 12 de septiembre de 2013,<sup>35</sup> en la que la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal de Buenos Aires desestimó la petición del recurrente,

<sup>35</sup> El texto íntegro de esta resolución se encuentra en la página web: <https://www.erreius.com/Jurisprudencia/documento/20131122110910756/delitos-extorsion-en-grado-de-tentativa-secuestro-virtual#corre>, [consultado el 13 de febrero de 2022].

relativa a que los hechos habían de calificarse como estafa, en los siguientes términos:

La defensa postuló que debería aplicarse al caso el tipo penal previsto en el art. 172 CP. Al respecto, corresponde syndicar que el tipo de estafa se caracteriza por la existencia de un ardid o engaño que ocasiona el error de la víctima que efectúa una disposición patrimonial.

En el presente caso, el damnificado efectuó una disposición patrimonial fundada en el temor de que su cónyuge sufriera un mal; luego la entrega del dinero no fue, por tanto, voluntaria, sino coaccionada por la amenaza.

Se debe señalar que aun cuando la amenaza no podía ser efectivamente consumada, la representación equivocada de la realidad, no es lo que caracteriza el factum, ya que lo determinante para fundar la imputación en orden al tipo de extorsión fueron la maniobra intimidante y la involuntariedad de la entrega del dinero.

Una vez más: la presente modalidad delictiva se diferencia del secuestro extorsivo, donde la privación de la libertad debe ser real y efectiva, cuando se invoca falsamente un secuestro de modo de hacer posible la liberación de la persona (secuestro virtual), y a diferencia de la estafa, se usa la coacción como medio para obligar la entrega de una suma de dinero.

Otro modelo de derecho comparado al que podemos aludir, antes de efectuar nuestra toma de postura, es el ordenamiento penal peruano. En relación con él, GUILLÉN LEDESMA<sup>36</sup> efectúa un interesante repaso de su legislación, que complementa con el esbozo de las soluciones ofrecidas en otros países. Podemos, por ende, comentar en este punto las explicaciones que brinda dicha autora. En su decir, en los secuestros virtuales —que también califica como “llamadas intimidantes” o “intimidatorias”— se dan tanto un engaño como un factor de intimidación: el engaño es el medio para intimidar ya que, a resultas de la comunicación, “la víctima se sentirá indefensa y cederá ante la exigencia del delincuente”. Después de aludir al sentido contradictorio de los fallos judiciales en Argentina, la autora que seguimos comenta que, mientras en el texto punitivo argentino la extorsión requiere como medio comisivo “la intimidación” o

“la violencia”, en el art. 200 del CP peruano, la extorsión tiene como medios comisivos “la violencia” o “la amenaza”, pero no alude a la intimidación; no obstante, dicha autora equipara ambas legislaciones, puesto que interpreta que en la norma penal argentina, “no es que se excluya la amenaza, sino que esta se equipara a la intimidación”. Después de apuntar las oscilaciones jurisprudenciales en Argentina, la autora que seguimos tacha de “contradictorias” las conclusiones que se alcanzan en una resolución en la que se defendía que se trata de una estafa, puesto que afirma que sí que hubo intimidación —medio comisivo de la extorsión—, pero, por otro lado, sostiene que “la intimidación y/o exigencia ‘enmarcada en amenazas y simulando un secuestro’, forma parte del ardid tramado por el sujeto activo, que tuvo por finalidad afectar la psiquis de la víctima y así, hacerlo incurrir en error e ‘inducirlo a concretar la disposición patrimonial, por lo que deducen que se trata de una estafa’”. A juicio de GUILLÉN LEDESMA, semejantes postulados obvian que en la estafa el engaño constituye un “puente” para llegar a la psique de la víctima, con la finalidad de persuadirla sobre la conveniencia del negocio o propuesta: en este caso, el sujeto pasivo toma la decisión libremente —aunque con un vicio que produce un error—. Por el contrario, en el caso del secuestro virtual, el sujeto activo usa del engaño, “pero para conectarlo con el afectado el ardid o mentira debe tener la condición de intimidante o atemorizante”, por lo que dicho engaño produce un efecto de temor en el damnificado, que puede alcanzar una magnitud diversa. Con posterioridad, dicha autora rechaza como elemento esencial que la amenaza en que se concreta la intimidación no pueda actualizarse en el caso de los secuestros virtuales, y anota que la extorsión constituye un delito pluriofensivo, en que se ven afectados tanto el derecho de propiedad como la libertad de autodeterminación de la víctima. Por último, pone de manifiesto que este tema es controvertido en distintas latitudes, y cita la iniciativa de un diputado chileno —Jorge Tarud Daccarett— para modificar el art. 467 del texto punitivo chileno e incluir, dentro de la estafa, una modalidad específica a propósito de las llamadas intimidantes, si bien, aunque aplaude la iniciativa, rechaza que esa calificación sea idónea.

En definitiva, GUILLÉN LEDESMA concluye que, aunque el engaño esté presente en estas modalidades de conducta, se trata de un medio para infundir

<sup>36</sup> GUILLÉN LEDESMA, M.E., “Llamadas intimidantes: ¿estamos frente a un delito de estafa o de extorsión?”, *Revista oficial del poder judicial*, vol. 8, núm. 10, pp. 473-479, disponible en <https://revistas.pj.gob.pe/revista/index.php/ropj/article/view/247/302>, [consultado el 23 de abril de 2022]. (Cursivas en el original).

temor en las víctimas, y arguye que es dicho miedo a que le pase algo a un ser querido el que produce el desprendimiento patrimonial. Asimismo, contrapone dicho *modus operandi* al de la estafa, en que el sujeto activo se vale del engaño como medio para defraudar, y no para atemorizar, por lo que la víctima toma la decisión de modo libre, “sin que medie presión o intimidación alguna”. De este modo en los secuestros virtuales concurren tanto el engaño como la intimidación, elementos que vician la voluntad del sujeto pasivo, y habrán de ser calificados como extorsiones. Por todo ello propone una modificación del CP peruano, con una nueva redacción de su art. 200, en el que se expliciten, de modo expreso, los casos de llamadas intimidantes.

#### 2.4. Toma de postura

Una vez que hemos anotado algunas ideas a propósito de las dudas que surgen en cuanto a la calificación jurídica de las modalidades de conducta anunciadas, forzoso es que realicemos nuestra toma de postura argumentada, so riesgo de caer en una mera adscripción inopinada a postulados ajenos. El punto de partida fundamental a la hora de llevar a cabo nuestra adhesión es atender a qué bienes jurídicos afectan los secuestros virtuales. En primer lugar, resulta evidente que se ve comprometido el derecho de propiedad, por cuanto el desplazamiento patrimonial —y correlativo empobrecimiento del sujeto pasivo— que se efectúa por quien realiza la transferencia para poner a salvo a su ser querido conlleva un menoscabo en su esfera patrimonial. Sin embargo, en nuestra opinión, no es el único interés tutelado que se ve afectado. La propia dinámica comisiva hace que la libertad de autodeterminación del damnificado se vea comprometida. Así las cosas, no se trata de una simple transmisión o transferencia fruto del engaño que provoca el sujeto pasivo, sino que semejante *modus operandi* conlleva un plus de desvalor, puesto que incide de modo directo en el proceso de conformación de la voluntad. El destinatario de la llamada se ve compelido a realizar algo que no desea, y ha de realizarlo en un breve lapso temporal, so riesgo de que se actualice la amenaza, concretada en atentar contra la vida o integridad física de un ser querido. Precisamente, semejante coerción moral afecta de modo pleno a la libertad en la toma de decisión de realizar la transferencia: la víctima se ve

compelida, forzada, a realizar el acto de disposición patrimonial. No es una decisión libre, no se le concede un margen temporal de reflexión y valoración serena de los distintos elementos en presencia, sino que el sujeto activo requiere la inmediatez. Con anterioridad se aludió a la presencia de un dilema, y podemos convenir en que semejante fórmula resulta muy acertada para describir la situación ante la que nos hallamos: el sujeto pasivo puede pagar de modo urgente y, con ello, garantizar la seguridad de su ser querido, o bien, rechazar la petición, en cuyo caso puede consumarse el mal con que se le atemoriza.

Sin embargo, dicho mal es de imposible realización, aunque el damnificado desconoce este extremo; o bien, aunque pudiera conocerlo mediante otras vías de comunicación con su ser querido, la situación de emergencia y excepcionalidad le aboca a una conducta que podríamos tachar de irreflexiva, nota que ha de matizarse o ponderarse a la vista del estado de excitación en que se encuentra, debido a la propia dinámica de la operativa de estos secuestros: hemos dicho con anterioridad que el sujeto que realiza la llamada pretende mantener a la víctima bajo su control todo el tiempo que dura la comunicación y hasta que se realiza la transferencia, puesto que no le permite que cuelgue, con lo que se obstaculiza que pueda verificar la veracidad del contenido con que se le atemoriza. De esta manera, el engaño del sujeto activo, que es la base de la llamada, toda vez que no existe ningún secuestro ni se tiene ningún poder de agresión sobre la supuesta víctima secuestrada —pensemos en los casos en que las llamadas se realizan desde prisiones en países extranjeros—, se entremezcla con el temor que se infunde a la persona que recibe la llamada. De ahí que la clave del asunto, a fin de efectuar una calificación jurídica de los hechos, es qué relación se da entre el engaño y la intimidación con un mal de imposible realización, qué imbricación se deriva y, en consecuencia, qué medio comisivo se ha de considerar preponderante: como sabemos, el engaño es el elemento nuclear de la estafa, mientras que si estimamos que ha de prevalecer la intimidación como medio de comisión, ello nos ubica ante el delito de extorsión.

Esta diatriba en la calificación jurídica no constituye una mera elucubración teórica, carente de consecuencias prácticas, sino todo lo contrario. Sin ánimo de agotar la materia debemos enunciar dos consecuencias prácticas de gran relevancia: i) en primer

lugar, existen notables diferencias penológicas entre estafa y extorsión, como se puede comprobar al comparar las penas aplicables, siendo de mayor rigor las imponibles en el caso del delito de extorsión; ii) en segundo lugar, la aplicación de la excusa absolutoria del art. 268.1<sup>37</sup> CP, que podría gozar de virtualidad si los hechos se califican como estafa, pero que no sería aplicable si estimamos que se trata de un delito de extorsión, ya que en él se habría empleado, en este caso, la intimidación, medio comisivo excluido expresamente por el precepto transcrito. Puede considerarse que este último aspecto sería de trascendencia menor, ya que la mayor parte de estos hechos se cometen por personas que no se integran en el núcleo familiar de la víctima; sin embargo, dado que la ley no discrimina entre sujetos activos en el delito de extorsión, tampoco lo haremos nosotros, sin perjuicio de anotar que es factible que tales conductas se desarrollen en el círculo familiar, lo que no sería algo excepcional en la jurisprudencia, como veremos a continuación, donde ya se enjuiciaron supuestos de sujetos que fingían su secuestro y reclamaban el dinero a sus familiares.

Para arrojar luz sobre tales extremos, forzoso es que tomamos en consideración la jurisprudencia de la Sala 2ª TS a propósito de los elementos configuradores de la intimidación y, en segundo lugar, centremos nuestro análisis en algunos supuestos especiales de intimidación en los que era de imposible realización el mal con el que se amenazaba. Dado que, como hemos indicado con anterioridad, en lo tocante a la intimidación en el delito de extorsión, tanto la jurisprudencia como la doctrina consideran extrapolables los requisitos de la intimidación en el delito de robo, debemos atender aquí a sus rasgos característicos, en orden a valorar su presencia en nuestro caso concreto. Seguiremos la síntesis jurisprudencial realizada por un grupo de autores,<sup>38</sup> en que se define la intimidación como:

... el anuncio o conminación de un mal inmediato, grave, personal y posible, que despierte o inspire en la víctima un sentimiento de miedo, angustia o desasosiego, una inquietud anímica apremiante por aprensión racional o recelo más o menos justificado, ante la contingencia de un daño real o imaginario, si no se pliega a las exigencias del sujeto agente.

En cuanto a la exégesis de sus notas características, en la obra que comentamos se alude a que la intimidación ha de ser “relevante, jurídicamente típica y ejercerse de forma incontestada”. Además, en relación con el delito de robo se describe dicha intimidación como “instrumento del desapoderamiento”, como la causa determinante de él, por lo que se encuentra “ordenada de medio a fin”. Asimismo, se explicita que dicha intimidación “no ha de ser invencible”, por lo que es suficiente con que se inspire a la víctima el meritado sentimiento de temor o angustia “ante la contingencia de un mal real o imaginario”. De interés es la matización que realizan cuando detallan que cobra gran protagonismo la valoración circunstancial, dado que “ofrece siempre una gran carga de subjetividad”, por lo que se deben tomar en consideración las circunstancias personales del destinatario, el lugar, tiempo y “cualesquiera perspectivas razonables de valoración”.

Continuando con la obra que seguimos en este punto, en ella se aporta una serie de criterios para graduar la mayor o menor entidad de la intimidación, que se basa en tres elementos: i) la relevancia del mal con que se amenaza; ii) “la mayor o menor intensidad de los sentimientos de temor o alarma provocados”; y iii) el procedimiento que ha empleado el agente para exteriorizar el mal. También reportan, con cita de la STS 1547/1999, de 6 de noviembre, que resulta irrelevante la duración temporal de la intimidación, por lo que el hecho de que haya durado poco “no reduce la gravedad”. Un matiz esencial viene representado por la puntualización que realizan cuando expresan que no es suficiente con que el damnificado sienta miedo o temor, “sino que este estado anímico ha de ser determinado por la conducta del sujeto agente”.

Una vez que hemos esbozado los rasgos esenciales de la intimidación, debemos dar un paso más y analizar qué sucede en aquellos supuestos en los que se entremezcla dicho medio comisivo con el engaño por parte del sujeto activo. Realmente, esta es la cuestión

<sup>37</sup> Art. 268.1 CP: “1. Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación, o abuso de la vulnerabilidad de la víctima, ya sea por razón de edad, o por tratarse de una persona con discapacidad”.

<sup>38</sup> BARRIA DE QUIROGA LÓPEZ, J. (dir.), ENCINAR DEL POZO, M.A./VILLEGAS GARCÍA, M.A. (coords.), *Código Penal con jurisprudencia sistematizada. 2 Tomos, 7ª ed.*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 1652-1654.



mollar en este asunto, el binomio que podríamos denominar de dos modos, como “engaño intimidante” o “intimidación engañosa”. Si atendemos a la jurisprudencia de la Sala 2ª TS, podemos adelantar que ha apreciado la existencia de intimidación en algunos supuestos limítrofes, que nos serán de gran utilidad antes de efectuar nuestra toma de postura. En primer lugar, podemos aludir a un supuesto emparentado con el que tratamos en este trabajo: una persona finge un secuestro, en connivencia con otros intervinientes, y se realizan una serie de llamadas a su padre, a quien se le hace creer que se encuentra secuestrado. Este caso fue abordado en la STS 1174/2004<sup>39</sup> y en él se puso de relieve la falsedad del secuestro del hijo, quien fingió que estaba retenido y que, en caso de que su padre no pagase, lo matarían. En la resolución se afirma que concurren todos los elementos del tipo del art. 243 CP, ya que

... se obliga a una persona a realizar un negocio jurídico de disposición de un dinero de su propiedad, un total de 950.000 pts. en dos veces (450.000 más 400.000). Hay una intimidación utilizada para obligar a la realización de esa disposición de dinero: a Luis Angel se le amenaza con matar a su hijo si el dinero no se entrega. Ciertamente tal disposición de dinero perjudicó en su patrimonio a dicho señor. Todo ello movido por el ánimo de lucro de quienes así actuaron y en definitiva se vieron beneficiados del mencionado negocio jurídico de disposición de dinero.

También podemos traer a colación, dentro de los robos con intimidación, el empleo de armas simuladas y su aptitud para dar lugar a la intimidación típicamente relevante. En este sentido, cabe citar la STS 887/2013,<sup>40</sup> en la que se afirmó que una pistola simulada era apta para causar el temor de la víctima, en los siguientes términos:

De las frases extraídas de la declaración de la víctima no se desprende que ésta tuviera conocimiento de que el arma era simulada, y ello por dos razones. Primera, porque el hecho de que no se trate de las pistolas usualmente utilizadas por la policía, ello no quita que la misma fuera copia exacta de un arma real, concretamente

del Colt modelo M-1911-A1 (véase fundamento jurídico primero). Segundo, porque dada la naturaleza del motivo debemos respetar en su plena integridad el relato probatorio (art. 884.3 L.E.Cr.) y en él se dice que el acusado amenazó a la víctima con “pegarle un tiro” si no hacía lo que le indicaba. Añade que “Araceli, creyendo en todo momento que la pistola era real, y asustada, continúa conduciendo siguiendo las indicaciones del acusado, pidiéndole por favor que no le hiciera nada”.

De modo similar, en la STS 650/2016,<sup>41</sup> en la que el recurrente basaba uno de los motivos de impugnación de la sentencia en que no cabía hablar de robo con violencia, sintetizado en que “Hubo engaño en la intimidación, unas amenazas con arma falsa que no encaja en los conceptos utilizados en el art. 242.2 C.P”, el Alto Tribunal desestimó dicho argumento, alegando que

... respecto a la indebida aplicación del art. 242.3 C.P., habrá que partir de que el uso del arma o instrumento peligroso no implica su empleo directo (en este caso disparo) sino su exhibición o utilización conminatoria por el riesgo que comporta e inspira en las víctimas, sentimiento de miedo, angustia o desasosiego ante la contingencia de un daño real o imaginario, una inquietud anímica apremiante por aprensión racional o recelo más o menos justificado.

Con todo, una de las resoluciones en las que mejor se plasma la confluencia entre engaño e intimidación es la STS 206/2022.<sup>42</sup> En ella se dirimía si un asunto había de ser considerado como un robo con intimidación o como una estafa, dado que se apreciaba la existencia de engaño en la dinámica comisiva: un sujeto fingía ser mosso d'Esquadra y, empleando tal ardid, conseguía acceder a los domicilios de sus víctimas y apoderarse de sus efectos personales. En la resolución se consigna:

Se produjo, ciertamente, una estratagema engañosa. Eso no excluye necesariamente el acompañamiento de una intimidación mediante la creación en la víctima de un sentimiento de inferioridad, de necesidad de sometimiento a las órdenes de obligado cumplimiento ante

<sup>39</sup> STS 1174/2004, de 21 de octubre, ponente: Excmo. Sr. D. JOAQUÍN DELGADO GARCÍA, ECLI: ES:TS:2004:6694.

<sup>40</sup> STS 887/2013, de 27 de noviembre, ponente: Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano, ECLI: ES:TS:2013:5698.

<sup>41</sup> STS 650/2016, de 15 de julio, ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, ECLI: ES:TS:2016:3523.

<sup>42</sup> STS 206/2022, de 8 de marzo, ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García, ECLI: ES:TS:2022:962.

el riesgo de ser detenido de mostrarse refractario a las indicaciones. Esa realidad conformaría una situación intimidatoria generada, sí, mediante un engaño; pero que no por ello dejaría de ser, a la vez, intimidación. Como es intimidación la exhibición de una pistola de juguete que aparenta ser real: es una artimaña engañosa, el artilugio blandido es inidóneo para causar el más mínimo daño; pero no queda excluida la intimidación (que es sensación de amenaza, aunque se apoye en datos mal interpretados o no reales, sino solo aparentes). Ante esas dos concurrentes tipicidades (si es que no hubiese que excluir la estafa en casos en que la entrega no es propiamente voluntaria) el art. 8 CP nos llevaría al robo (seguramente por el principio de especialidad; pero en todo caso y de forma indiscutible a través de la alter-natividad).

Así ha resuelto casos aparentemente similares la jurisprudencia. Tanto la sentencia de instancia como la de apelación se hacen eco de algunos de esos pronunciamientos (SSTS 898/2012, de 15 de noviembre: ‘engaño e intimidación no son conceptos excluyentes. La creación de una atmósfera coactiva que actúa como elemento desencadenante de la entrega de la droga por parte de los afectados, no es incompatible con la concurrencia de una puesta en escena en la que se deslicen afirmaciones falaces’).

Si bien, en esta resolución se casa sentencia recurrida y se concluye que no hubo intimidación, por lo que el relato de hechos probados

... es insuficiente para sustentar esa supuesta intimidación que convertiría el despojo en robo. Se limita a consignar dos verbos (“conminó”, “ordenó”) que rozan la predeterminación. El examen de la causa (art. 899 LECrim) permite comprobar que no fue el tenor conminatorio o el temor a desencadenar una actuación policial lo que llevó a las víctimas a entregar las tarjetas en un caso, o dejar al autor hacerse con los efectos en el otro; sino la confianza en que se trataba de un agente de la autoridad y que nada tenían que temer. Así llegó a exponerlo expresamente una de las víctimas.

Pues bien, esta didáctica resolución nos sirve de puente a la hora de arribar a nuestras conclusiones al respecto. En primer lugar, debemos afirmar que es posible que en una misma dinámica delictiva concurren dos medios comisivos, en este caso, el engaño y

la intimidación. Por lo tanto, es factible apreciar su presencia cumulativa en unos mismos hechos. Dicho lo cual, debemos atender a cuál es el medio comisivo preponderante: si tenemos en cuenta cómo se desarrollan los secuestros virtuales, debemos zanjar que el aspecto basilar viene representado por la situación atemorizante, que infunde miedo en la víctima y le lleva a realizar un acto de disposición patrimonial que no desea. Como hemos visto, no resulta excluyente de la intimidación el hecho de que la amenaza sea de imposible realización, en otras palabras, que sea una amenaza irreal, por cuanto lo que ha de valorarse es el efecto que consigue en la conformación de la voluntad del sujeto pasivo, es decir, su aptitud para infundir temor. Aunque la amenaza sea irreal y, por lo tanto, se base en un engaño, este ardid es el punto de partida que genera la situación intimidatoria para la víctima.

La amenaza, aunque irreal, dado que goza de verosimilitud por coincidir con datos personales de la víctima —por ejemplo, se le dice que se tiene secuestrada a su hija y, efectivamente, el sujeto pasivo tiene una hija—posee virtualidad para conmover el estado anímico del destinatario de la llamada. Por este motivo se propicia una intimidación ambiental. Agreguemos a ello el propio *modus operandi*, en que la víctima es aislada, mediante la llamada, con los términos agresivos empleados, así como con gritos, insultos y conminaciones a actuar en un breve lapso temporal para poner fin a la supuesta privación de libertad. Con este clima amenazante la víctima se ve introducida en una atmósfera estresante, que propicia la irreflexión: pensemos que, si le han llamado a su teléfono móvil y no tiene otro teléfono o dispositivo informático a la mano, no podrá cerciorarse a propósito de la realidad o la amenaza; o, incluso, que se encuentre en su domicilio y, efectivamente, su ser querido no se esté en él y no sea capaz de localizarlo. A este respecto, no podemos perder de vista que el propio mecanismo empleado, la llamada telefónica amenazante, comporta un desvalor adicional, como se aprecia en el art. 169 CP, en sede de delito de amenazas, en que se agrava la pena cuando las amenazas se hubieran realizado por teléfono.

No obstante, retomando nuestro hilo conductor, hemos de advertir que mediante el engaño se genera una situación hostil, amenazante para la víctima. Como se dijo antes, se sitúa al sujeto pasivo ante un

“dilema”. Por lo tanto, su libertad de actuación se encuentra mediatizada por el cumplimiento de la amenaza. La intimidación realizada es seria, se anuncia un resultado grave —la muerte de la persona secuestrada— y cabe afirmar la causación de un profundo temor en el receptor de la llamada. Si atendemos a los criterios jurisprudenciales para graduar la entidad de la intimidación, hemos de concluir que es una amenaza grave y seria: el mal es relevante, el sentimiento de alarma que se produce es notable, lo que se ve incrementado por la evolución de la llamada, el empleo de una agresividad constante y la imposibilidad de analizar los hechos cabalmente y de modo reflexivo, ante la inminencia del mal con que se conmina, ya que si no se paga de modo inmediato, el sujeto pasivo ha de atenerse a las consecuencias. Por último, a propósito del procedimiento empleado por el agente para exteriorizar el mal, ya hemos comentado que se trata de un mecanismo idóneo para infundir temor, como lo corrobora que agrave la pena del delito de amenazas cuando se cometan utilizando el teléfono.

Por ende, nos encontramos con que hay que admitir la concurrencia de engaño y de intimidación en unos mismos hechos, y con que la intimidación que se genera con la llamada es lo suficientemente grave como para crear una situación de profundo temor y miedo en el destinatario de la llamada. De ahí que, en la ponderación de qué medio comisivo se estima prevalente, hemos de valorar varios aspectos: en el proceso de conformación de la voluntad, en la estafa existe libertad en el sujeto pasivo, toda vez que, aunque de modo viciado por el engaño y subsiguiente error, la víctima es libre o no de llevar a cabo el concreto hecho, acto o negocio jurídico. En cambio, en la extorsión el sujeto conoce que el acto de disposición que se le reclama no es un acto libre: su voluntad se encuentra mediatizada por el temor a que se actualice la amenaza. No se trata de un acto libre, ya que el damnificado conoce que con ello se produce una merma patrimonial, si bien, lleva a cabo dicha transmisión para evitar el mal. Por lo tanto, la conminación, la coerción moral es el elemento sustancial en esta dinámica comisiva, por lo que se afecta, de modo pleno, a la autodeterminación de la voluntad del sujeto pasivo. En síntesis, es una modalidad pluriofensiva, en que se ven afectados tanto el patrimonio de la víctima como su libertad. De ahí que el análisis del bien jurídico afectado nos lleve a afirmar que se lesionan

ambos intereses tutelados por el derecho, por lo que su subsunción más acabada y respetuosa con dicho elemento hermenéutico se lleva a cabo calificando tales hechos como extorsión.

En última instancia, cabría analizar qué clase de concurso de normas se daría en este particular: *prima facie*, los hechos serían subsumibles tanto en el delito de estafa —como se ha verificado en algunas diligencias previas incoadas en distintos juzgados— como en el de extorsión, por lo que existe un concurso aparente de normas. Si estamos al art. 8 CP, tal y como se refirió en la STS 206/2022, cabría atender tanto a la regla de especialidad —regla 1<sup>a</sup>—<sup>43</sup> como a la de alternatividad —regla 4<sup>a</sup>—<sup>44</sup>. A nuestro parecer, en ambos supuestos sería de aplicación el delito de extorsión: por lo que hace al principio de especialidad, dado que hemos afirmado que el elemento esencial es la intimidación —aunque sea una intimidación basada en el engaño—, el tipo que acoge este medio comisivo es la extorsión, por lo que sería aplicable el art. 243 CP, ya que recoge los hechos de modo más específico o acabado. En segundo término, y si no se considerase como especial este tipo, la regla de alternatividad, atendiendo a la mayor pena a imponer, también nos lleva a afirmar que sería de aplicación el delito de extorsión. Así las cosas, si bien partimos de que la calificación correcta es como delito de extorsión, la propia resolución del concurso aparente, conforme a los criterios anotados, refuerza nuestra opinión.

### 3. Medidas de prevención frente a estas conductas delictivas

En este último apartado seremos breves y escuetos, toda vez que la finalidad esencial del trabajo es perfilar la calificación jurídica de estos comportamientos. Con todo, hemos de efectuar un llamamiento a la prudencia y al cuidado, a fin de evitar que se produzcan tales conductas. Lo primero que se precisa es la divulgación de esta modalidad delictiva: que la población conozca sus características, la dinámica de las llamadas, su contenido y, por ende, esté alerta al respecto. En segundo término debemos prestar atención

<sup>43</sup> Art. 8 CP, regla 1<sup>a</sup>: “1.ª El precepto especial se aplicará con preferencia al general”.

<sup>44</sup> Art. 8 CP, regla 4<sup>a</sup>: “4.ª En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor”.

a una serie de guías o consejos que brindan las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (FFCSE), tanto el Cuerpo Nacional de Policía (CNP) como la Guardia Civil (GC). Si atendemos a las recomendaciones que da la Benemérita, podemos citar el<sup>45</sup> *Decálogo de comportamiento ante llamadas extorsivas relacionadas con el secuestro virtual*, donde se enumeran, en síntesis: i) precaución con llamadas con prefijos desconocidos o con numeración oculta; ii) conservar la calma y la serenidad; iii) dejar hablar al interlocutor y grabar la conversación si es posible; iv) no proporcionar datos personales durante la llamada; v) dejar libre una línea de comunicación para otros contactos —con la víctima o con policía—; vi) intentar realizar preguntas personales sobre la víctima para descubrir la inexistencia de privación de libertad; vii) no efectuar los pagos requeridos; viii) no dudar en cortar la llamada; ix) denunciar siempre los hechos; y x) controlar los datos que se publican en redes sociales.

En un interesante tríptico<sup>46</sup> sobre prevención de esta forma de delincuencia, el CNP efectúa una serie de advertencias: la importancia de saber que las llamadas se efectúan desde prefijos extranjeros —habitualmente, +056— u ocultos, por lo que se recomienda no descolgar la llamada o colgar inmediatamente. Asimismo se hace un llamamiento a la cautela y a la prudencia, en orden a que se desconfíe si se le comunica el secuestro de un familiar o si se fingen voces de fondo o habla una persona que no es su familiar. Ante la advertencia de que el falso secuestrador emplea un tono agresivo y violencia verbal se aconseja mantener la calma y no entrar en pánico. También se recuerda la necesidad de comprobar, en la medida de lo posible, la realidad de la amenaza y, al igual que en el caso de GC, se aconseja no abonar el pago reclamado, se exhorta a que no se colabore con el delincuente, facilitando datos personales y, en última instancia, que se ponga en conocimiento de la policía dicha llamada.

Evidentemente, compartimos todas las medidas de prevención que hemos enumerado. Si bien, nos gustaría llamar la atención sobre un aspecto en particular,

que se ve potenciado por el uso de las TIC y, fundamentalmente, de las redes sociales: el hecho de compartir datos personales con terceros desconocidos, o de subir tal información a la Red, puede ser un factor desencadenante de posteriores victimizaciones, por lo que se aconseja una especial prudencia y cuidado a la hora de incorporar información personal y datos privados al ciberespacio. En este sentido, podemos recordar, brevemente, el denominado “*online disinhibition effect*”, brillantemente sintetizado por AGUSTINA SANLLEHÍ,<sup>47</sup> en cuya virtud se pone de relieve una serie de pautas de comportamiento que los ciudadanos llevan a cabo en el espacio virtual. En concreto, el autor destaca que dicho contexto coadyuva a que los sujetos lleven a cabo actos que no desarrollarían en el espacio físico, por lo que existe una disparidad de conductas. En dicho entorno las personas están “menos constreñidas, más sueltas y se expresan de una forma mucho más abierta”. Dicho autor —siguiendo a SULER— sintetiza en seis los rasgos del efecto desinhibidor *online*, que aquí solo enumeraremos: i) la anonimidad disociativa, ii) la invisibilidad, iii) la asincronicidad, iv) la introyección solipsística, v) la imaginación disociativa y vi) la minimización del *status* y de la autoridad. A continuación AGUSTINA subraya que estos elementos “elevan, lógicamente, las probabilidades de que los usuarios incurran en conductas de riesgo y acaben siendo cibervictimizados”. De ahí que la meritada desinhibición lleve a la víctima a “cruzar el umbral de riesgo”.

Pues bien, como hemos indicado, lo usual en esta modalidad delictiva es que la llamada telefónica sea fruto del azar, sin previa conexión o conocimiento entre los interlocutores y que, durante el desarrollo de la comunicación, y con base en la situación de nervios que sufre la víctima, sea esta quien vaya facilitando, de modo inconsciente, datos personales, que son empleados por el sujeto activo. Sin embargo, no podemos descartar en todo caso que, en otras ocasiones, los falsos secuestradores hayan efectuado un previo rastreo, una mínima investigación, siquiera en fuentes abiertas y redes sociales, y que, al realizar la llamada, conozcan una serie de datos personales y privados de sus víctimas. Precisamente, como medida para prevenir esta última circunstancia, y tomando en considera-

<sup>45</sup> Disponible en la página web del Ministerio del Interior de España en el siguiente enlace: [http://www.interior.gob.es/documentos/10180/12005602/DECALOGO\\_ACTUACION\\_ANTE\\_SECUESTRO\\_VIRTUAL.pdf/5a8d9da3-9ed6-49c0-94fa-aca9369adb24](http://www.interior.gob.es/documentos/10180/12005602/DECALOGO_ACTUACION_ANTE_SECUESTRO_VIRTUAL.pdf/5a8d9da3-9ed6-49c0-94fa-aca9369adb24), [consultado el 29 de abril de 2022].

<sup>46</sup> Disponible en la página web del Cuerpo Nacional de Policía en el siguiente enlace: [https://www.policia.es/miscelanea/participacion\\_ciudadana/triptico\\_prevenccion\\_secuestro\\_virtual.pdf](https://www.policia.es/miscelanea/participacion_ciudadana/triptico_prevenccion_secuestro_virtual.pdf), [consultado el 29 de abril de 2022].

<sup>47</sup> AGUSTINA SANLLEHÍ, J.R., “Cibercriminalidad y perspectiva victimológica: un enfoque general explicativo de la cibervictimización”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 114, 2014, pp. 162-164.

ción los riesgos de victimización derivados del efecto desinhibidor online, desde aquí hemos de hacer una llamada a la prudencia, a la mesura y a la cautela en los contenidos que se comparten en las TIC y, muy especialmente, en las redes sociales. Hemos de ser conscientes de que, con ser una gran herramienta de comunicación, las TIC tienen sus efectos negativos. Si introducimos en el ciberespacio nuestros bienes jurídicos más íntimos, hemos de ser cautelosos en su uso y en la información que compartimos con terceros, al interactuar con ellos, sobre todo, en el caso de desconocidos. Aunque pueda resultar inocuo, a primera vista, un tuit en que se comparta una fotografía nuestra, o un post en Facebook o en el *feed* de Instagram en que se indique dónde pasamos las vacaciones, a qué lugares acudimos en nuestro tiempo libre, cuál es nuestro gimnasio, cómo se llaman nuestros hijos, fotos tuyas, etc., lo cierto es que tales datos privados resultan de gran interés para los ciberdelincuentes, y para todas aquellas personas que, con fines espurios, hagan acopio de la información disponible sobre una persona. Por este motivo, y en el ámbito que nos ocupa, el del uso de las TIC, hemos de alertar de los riesgos que corremos al introducir nuestra información personal en el ciberespacio, en el uso de las redes sociales, sobre todo en perfiles públicos y no restringidos y, en última instancia, del peligro que supone que sujetos con intereses aviesos puedan tener al alcance de su mano tanta información nuestra. Ello supone un grave riesgo que hemos de conjurar mediante una conducta prudente y cautelosa en las TIC, que se han convertido, en el S. XXI, en un gran campo de actuación de la ciberdelincuencia y en el que, lamentablemente, las legislaciones nacionales van, como de costumbre, uno o varios pasos por detrás del fenómeno delictivo.

#### 4. Conclusiones

1. Los denominados secuestros virtuales constituyen una modalidad delictiva, de constante incremento, en que las víctimas se ven sometidas, mediante una llamada telefónica falaz, a una situación de intimidación, ante la perspectiva de que, si no pagan el precio del rescate en un corto plazo temporal, los supuestos secuestradores puedan llevar a cabo actos que atenten contra la vida o integridad física de sus seres queridos. Con todo, la denominación de “secuestro virtual” para dicho fenómeno delictivo, aunque sea gráfica y

haya calado en la opinión pública y en los medios de comunicación, no resulta jurídicamente técnica ni precisa, ya que no se produce ningún secuestro. En consecuencia, se trata de un giro lingüístico popular, pero no jurídico.

2. Este fenómeno ha sido escasamente tratado en la doctrina española, y en las bases de datos comerciales no existen resoluciones judiciales en las que se aborde dicho delito, por lo que es preciso atender a la doctrina y a la jurisprudencia extranjera. En el derecho comparado destacan las oscilaciones jurisprudenciales que se han producido en distintos países, significadamente en Argentina, donde tales hechos han sido calificados como estafa y como extorsión. La polémica doctrinal también presenta alcance internacional, surgiendo voces discrepantes en distintos países a propósito de qué calificación dar a tales hechos.

3. En nuestra opinión, se trata de un delito de extorsión. El medio comisivo esencial que se emplea es la intimidación. Aunque concurren la intimidación y el engaño en esta llamada, ha de prevalecer la subsunción en la extorsión, toda vez que se crea un ambiente intimidante, que infunde temor en la víctima. Su proceso de decisión está viciado por la intimidación, no por el error. Es el miedo a que se actualice la amenaza lo que provoca que el damnificado proceda al pago. Por lo tanto, un punto de interpretación esencial viene dado por qué bienes jurídicos se ven vulnerados con esta conducta: podemos afirmar que se afectan tanto a la libertad de autodeterminación de la víctima como a su patrimonio. Este carácter pluriofensivo es propio del delito de extorsión. Además, incluso aplicando las reglas del concurso aparente de normas penales del art. 8 CP, tanto el principio de especialidad como el de alternatividad llevan a que tales comportamientos se consideren subsumibles en el delito de extorsión y no en el de estafa.

4. Por lo que respecta a las medidas de prevención del delito, debemos seguir los consejos que dan las FCC-SE: hemos de desconfiar de llamadas de teléfono sospechosas, debemos mantener la calma si se producen, así como colgar en cualquier momento y no hemos de facilitar datos personales o privados durante tales conversaciones. Asimismo, no hay que pagar el rescate requerido y han de denunciarse con prontitud tales

hechos. Por último, debemos ser especialmente cautelosos y prudentes con la información personal que incorporamos al ciberespacio y con las interacciones que desarrollemos, en el ámbito de las TIC, con personas desconocidas. La mejor medida de prevención viene dada por el conocimiento de este fenómeno y por la adopción de las medidas de prudencia aconsejadas desde las instancias policiales.

## 5. Bibliografía

- AGUSTINA SANLLEHÍ, J. R., “Cibercriminalidad y perspectiva victimológica: un enfoque general explicativo de la cibervictimización”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 114, 2014, pp. 143-178.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., “Robo con violencia o intimidación en las personas y extorsión”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (dir.), MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A./VENTURA PÜSCHEL, A. (coords.), *Derecho Penal Español. Parte especial (II)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 139-180.
- BARJA DE QUIROGA LÓPEZ, J. (dir.), ENCINAR DEL POZO, M. A./VILLEGAS GARCÍA, M.A. (coords.), *Código Penal con jurisprudencia sistematizada. 2 Tomos*, 7ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- BLAS ESTEBAN, P., “Consideraciones sobre el encuadre jurídico del ‘secuestro virtual’”, *Revista Pensamiento Penal*, publicado el 5 de julio de 2016, pp. 1-10, disponible en <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/43766-consideraciones-sobre-encuadre-juridico-del-secuestro-virtual>.
- CUERDA ARNAU, M. L., “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (IV): Robo con violencia o intimidación en las personas. Extorsión”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (coord.), *Derecho Penal. Parte especial*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 373-390.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Vademécum de derecho penal*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., “El delito de extorsión”, *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1997, Ref. D-91, tomo 2, (consultado en formato electrónico en [https://laleydigital.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEEAMtMSbF1CTEAASMGmIMrSy0qzszPsw3LTE\\_NK0IVKy1OLbJ1cTG3 MDE29osMUytILC4ut3Xx9Y0wiwAA0djSzT0AAAA=WKE](https://laleydigital.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEEAMtMSbF1CTEAASMGmIMrSy0qzszPsw3LTE_NK0IVKy1OLbJ1cTG3 MDE29osMUytILC4ut3Xx9Y0wiwAA0djSzT0AAAA=WKE)).
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Estafas y otros fraudes en el ámbito empresarial”, en DE LA MATA BARRANCO, N. J./DOPICO GÓMEZ-ALLER, J./LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A./NIETO MARTÍN, A., *Derecho Penal económico y de la empresa*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 169-235.
- GALPERN, M. A., “El secuestro virtual: ¿estafa o extorsión?”, *Revista de derecho Penal y Criminología*, núm. 10, 2013, pp. 29-33.
- GAMBOA DE TREJO, A., *A través de la Criminología*, Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2020.
- GARCÍA PÉREZ, J. J., “Capítulo III. De la extorsión”, en SÁNCHEZ MELGAR, J. A. (coord.), *Código Penal. Comentarios y jurisprudencia*, Tomo I, 4ª ed., Sepín, Madrid, 2016, pp. 1749-1754.
- GÓMEZ SIERRA, P. L., “Medidas especiales de lucha contra el crimen organizado. La monitorización silenciosa de equipos informáticos”, *La Ley Privacidad*, núm. 7, 2021, pp. 1-7.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VII): Estafas”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (coord.), *Derecho Penal...*, cit., pp. 399-420.
- GONZÁLEZ TAPIA, M. L., “Violaciones de seguridad en el Reglamento de Protección de datos”, *La Ley Mercantil*, núm. 40 (octubre), 2017, pp. 1-5.
- GUILLÉN LEDESMA, M. E., “Llamadas intimidantes: ¿estamos frente a un delito de estafa o de extorsión?”, *Revista oficial del poder judicial*, vol. 8, núm. 10, pp. 459-479, <https://revistas.pj.gob.pe/revista/index.php/ropj/article/view/247/302>.
- IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS, F. L., “La ciberdelincuencia y las reformas del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: Una oportunidad perdida”, en DÍAZ MARTÍNEZ, M./LÓPEZ-BARAJAS PEREA, I. (dirs.), *La nueva reforma procesal penal. Derechos fundamentales e innovaciones tecnológicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 309-335.
- LIRA ARTEAGA, O. M., *Ciberdelitos. Perspectiva para su persecución*, Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2018.
- LLERA, C. E., “Secuestro virtual: ¿estafa o extorsión?”, *Revista de derecho Penal y Criminología*, núm. 8, 2013, pp. 10-18.

- LÓPEZ MELERO, M., “Análisis victimológico en los secuestros”, *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 122, 2016.
- LÓPEZ TORRES, J., *Ciberespacio y Ciberseguridad*, Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2020.
- MARTIÑÓN CANO, G., *El delito de secuestro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, 23ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- NAVA GARCÉS, A. E., *Los delitos electrónicos. Casos de autoría y de participación*, Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2020.
- NÚÑEZ CASTAÑO, E., “Los delitos patrimoniales de defraudación (I): estafa, apropiación indebida y administración desleal”, en GALÁN MUÑOZ, A./NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Manual de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 61-106.
- QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho Penal español. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- QUINTERO OLIVARES, G., “De la extorsión”, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), MORALES PRATS, F. (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 10ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 636-638.
- VELASCO NÚÑEZ, E., “Tipos delictivos (Parte tercera)”, en VELASCO NÚÑEZ, E./SANCHÍS CRESPO, C., *Delincuencia informática*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 209-252.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., “Delitos contra la propiedad, el patrimonio y el orden socioeconómico (III)”, en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. (dir.), ESQUINAS VALVERDE, P. (coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 325-342.



## La comisión imprudente del blanqueo



**Yago González Quinzán**

*Graduado en Derecho y Máster en abogacía  
Universidad de Santiago de Compostela  
Correo electrónico: yago.gonzalez.quinzan@rai.usc.es*

**RESUMEN:** *En este artículo se analiza la comisión imprudente del blanqueo, delito en el que se critican no solo elementos propios de su configuración típica, sino también el fundamento político-criminal para su castigo. Sobre esta última cuestión, se recogen los argumentos esgrimidos en contra de su previsión, pues una parte de la doctrina ha recomendado su supresión y reconducir la sanción de tales conductas al ámbito administrativo sancionador. Además, se abordan otros aspectos como la calificación del art. 301.3 CP como un delito común o especial, el deber objetivo de cuidado, así como la distinción entre el dolo eventual y la imprudencia grave.*

**PALABRAS CLAVE:** *imprudencia, dolo eventual, deber objetivo de cuidado, sujeto obligado, delito común, delito especial, prevención y conocimiento.*

**ABSTRACT:** *This article analyses the reckless commission of money laundering, a crime in which not only various elements of its typical configuration are discussed, but also the political-criminal basis for its punishment. On this last issue, the arguments put forward against its provision are collected, since a part of the doctrine has recommended its suppression and redirecting the sanction of such conduct to the sanctioning administrative sphere. In addition, other criminal aspects are addressed, such as the qualification of art. 301.3 cp as a common or special crime, the objective duty of care, as well as the distinction between eventual intent and gross negligence.*

**KEYWORDS:** *imprudence, eventual intent, objective duty of care, obligated subject, common crime, special crime, prevention, and knowledge.*

**SUMARIO:** *1. La modalidad imprudente del blanqueo en la normativa internacional: especial referencia a la Directiva (UE) 2018/1673. 2. Fundamento político-criminal para la tipificación del blanqueo por imprudencia grave. 3. Determinación del sujeto activo en el art. 301.3 CP: ¿delito común o especial? 4. Aproximación al deber objetivo de cuidado. 5. Gradación de la culpa como “grave” y su delimitación respecto al dolo eventual. 6. Conductas típicas susceptibles de comisión imprudente. 7. Valoraciones finales. 8. Bibliografía. 8.1. Referencias doctrinales. 8.2. Referencias jurisprudenciales.*



## 1. La modalidad imprudente del blanqueo en la normativa internacional: especial referencia a la Directiva (UE) 2018/1673

El blanqueo de capitales se concibe unánimemente como una “amenaza global frente a la seguridad,<sup>1</sup> *ratio* que se emplea siempre en último término para justificar cualquier exceso típico que se incorpore en este delito.<sup>2</sup> Sin negar la procedencia de una lucha incesante contra este fenómeno, la “tendencia expansiva”<sup>3</sup> predominante en las últimas reformas penales es objeto de numerosas críticas, con razón, pues como afirma ABEL SOUTO, la expansión en el castigo del blanqueo lo configura como un “innovador instrumento de control económico y social”.<sup>4</sup> En este sentido, la introducción de la posesión y de la utilización como conductas típicas,<sup>5</sup> el autoblanqueo<sup>6</sup> o incluso los recientes tipos agravados introducidos en 2021<sup>7</sup> son decisiones legislativas que han dado lugar a múltiples pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales acerca de su acierto jurídico-criminal.

Ante el mencionado escenario de continua reflexión y crítica, el presente artículo tiene por objetivo analizar la comisión imprudente del blanqueo, prevista en el art. 301.3 CP. Con carácter previo al texto punitivo de 1995, la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas, introdujo el art. 344 bis h), que en su numeral 3 preveía el lavado de activos “por negligencia o ignorancia inexcusables”. La posterior inclusión del blanqueo por imprudencia grave en el Código Penal vigente ha suscitado un profundo debate acerca de las verdaderas razones para su castigo y, con ello, también sobre ciertos elementos del tipo penal (*v. gr.*: el discutido ámbito de aplicación del art. 301.3 CP o la difícil delimitación entre la imprudencia grave exigida y el dolo eventual).

Antes de abordar las problemáticas *supra*, conviene exponer el tratamiento del binomio blanqueo-imprudencia en la normativa internacional. En primer lugar, debe hacerse referencia a aquellos instrumentos que sí se pronunciaron sobre esta forma de culpabilidad, bien mediante la fijación de cláusulas potestativas, bien con la inclusión de la culpa en la propia definición de blanqueo o bien estableciendo recomendaciones para su tipificación. El Consejo de Europa, por medio del Convenio de Estrasburgo, de 8 de noviembre de 1990, fijó una cláusula para que cada Estado Parte pudiese adoptar las medidas necesarias para tipificar como delitos las acciones descritas en el propio documento y en las que el delincuente “debería haber presumido que los bienes eran producto de un delito”.<sup>8</sup> Dos años más tarde, el Reglamento Modelo sobre delitos de lavado de activos, de la Organización de Estados Americanos de 1992, preveía en el concepto de delito el inciso “debiendo saber”,<sup>9</sup> el cual equivale a imprudencia o culpa. Y, en 1997, el Plan de acción para luchar contra la delincuencia organizada sugirió, en su recomendación n° 26, la conveniencia de incluir dentro del blanqueo la conducta negligente.<sup>10</sup>

<sup>1</sup> MATALLÍN EVANGELIO, Á. ¿Qué ha cambiado en el concepto de blanqueo con la directiva 2018/1673, de 23 de octubre, relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el derecho penal?. En: León Alapont, J. dir. *Temas clave de derecho penal: presente y futuro de la política criminal en España*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2021, p. 449.

<sup>2</sup> *Ibidem*.

<sup>3</sup> FERRÉ OLIVÉ, J. C. *Tratado de los delitos contra la hacienda pública y contra la seguridad social*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 357.

<sup>4</sup> Véase ABEL SOUTO, M. El blanqueo de dinero como innovador instrumento de control económico y social. *Revista penal México*, 2013, n° 5, pp. 109-140.

<sup>5</sup> Para GONZÁLEZ URIEL, D. *Aspectos básicos del delito de blanqueo de dinero*. Granada: Comares, 2021, p. 200, es dudosa la compatibilidad de la posesión con el autoblanqueo; y CASTRO MORENO, A. Reflexiones críticas sobre las nuevas conductas de posesión y utilización en el delito de blanqueo de capitales en la reforma del anteproyecto de 2008. *Diario La Ley*. 2009, n° 7277, p. 4, indica que el hecho de poseer los bienes es “consustancial” al blanqueo.

<sup>6</sup> Esta modalidad se introdujo en 2010 con la fórmula “cometida por él o por cualquiera tercera persona”, añadida en el art. 301.1 CP. Ahora su previsión responde a exigencias comunitarias; véase el considerando 11 y el art. 3.5 de la Directiva (UE) 2018/1673.

<sup>7</sup> ABEL SOUTO, M. Tres décadas de expansión en el castigo del blanqueo de dinero. En: Abel Souto, M.; Brage Cendán, S. B.; Guinarte Cabada, G.; Martínez-Buján Pérez, C.; y Vázquez-Portomeñe Seijas, F. coords. *Estudios penales en homenaje al profesor José Manuel Lorenzo Salgado*. Valencia: Tirant lo blanch, 2021, p. 35, expone que gran parte de los nuevos ilícitos previos que dan lugar a tipos agravados son delitos menos graves y de ellos no resultan cuantías excesivamente elevadas para el blanqueo.

<sup>8</sup> *Cfr.* el art. 6.3 letra a) del Convenio relativo al blanqueo, sequestramiento, embargo y decomiso de los productos del delito, hecho en Estrasburgo el 8 de noviembre de 1990.

<sup>9</sup> DELGADO SANCHO, C. D. y LAGO GARMA, A. *Blanqueo de capitales y financiación del terrorismo*. A Coruña: Colex, 2019, p. 30.

<sup>10</sup> Plan de acción para luchar contra la delincuencia organizada, adoptado por el Consejo el 28 de abril de 1997. *Diario Oficial* n° C 251 de 15/08/1997 pp. 1-16.

Los anteriores instrumentos fueron los primeros textos normativos que contuvieron una mención expresa sobre el blanqueo imprudente. De tal forma, puede afirmarse inequívocamente que su tipificación no respondió ni a las exigencias de Convenios internacionales como el de Viena de 1988, Palermo del año 2000 o Mérida del 2003,<sup>11</sup> ni tampoco a las 40 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI). La ausencia de referencias en estos documentos que, como señala FERRÉ OLIVÉ, son los que propiciaron “la más amplia criminalización del blanqueo de capitales”,<sup>12</sup> demuestra que la punición del blanqueo imprudente no resulta una prioridad en las instancias internacionales. En este contexto, hubo que esperar hasta el Convenio de Varsovia de 2005 para encontrar, dentro del articulado, una cláusula referida a la posibilidad de tipificar el blanqueo por imprudencia, si bien tampoco imponía una efectiva obligación para los Estados.<sup>13</sup>

En la Unión Europea, la Directiva 91/308/CEE, primera norma sobre el blanqueo, tampoco introdujo disposición alguna en la que se mencionase la imprudencia. Únicamente en su art. 15 preveía que todo Estado miembro podía adoptar disposiciones más estrictas para impedir el blanqueo. Con el transcurso de los años, y a pesar de la promulgación de varias normas comunitarias en la materia,<sup>14</sup> tampoco se hizo pronunciamiento alguno respecto a la opción político-criminal en cuestión, vacío que finalmente sí ha sido cubierto por la Directiva (UE) 2018/1673. Esta constituye la última norma dictada hasta el momento en materia de blanqueo de capitales, y en su art. 3.2 establece expresamente que

... los Estados miembros podrán adoptar las medidas necesarias para garantizar que las conductas a que se refiere el apartado 1 sean castigadas como delito cuando el autor sospechara o debiera haber sabido que los bienes provenían de una actividad delictiva.

Ahora bien, esta disposición no ha generado un problema *ex novo* en el sistema penal español, pues la previsión del blanqueo imprudente desde finales del siglo xx ejemplifica la intensa lucha que en España existe contra este fenómeno, planteándose así por la doctrina la contravención de los principios de legalidad y de *ultima ratio* que deben presidir todo orden penal.<sup>15</sup>

Sin perjuicio de las objeciones técnicas sobre el tipo imprudente de blanqueo, las cuales se tratarán en los siguientes apartados, el hecho de que el legislador europeo estableciese la facultad para que los Estados miembros tipifiquen el lavado de activos por imprudencia grave resulta coherente con el marco de mínimos que pretendía imponer dicha norma comunitaria.<sup>16</sup> Debe recordarse que en la cadena de directivas sobre el blanqueo que se han promulgado en los últimos 30 años, la Directiva (UE) 2018/1673 constituye la única norma referida al ámbito penal y su elaboración respondía a dos objetivos concretos. En primer lugar, el establecimiento de un marco de mínimos uniforme en todos los Estados miembros de la UE;<sup>17</sup> y, en segundo lugar, una actualización de las distintas legislaciones estatales, con especial énfasis en las penas posibles a imponer y en la configuración de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas.

<sup>11</sup> En los arts. 24 de la Convención de Viena, 34.3 de la Convención de Palermo y 65.2 de la Convención de Mérida se faculta a los Estados a aplicar medidas más estrictas que las establecidas en los preceptos de dichos instrumentos.

<sup>12</sup> FERRÉ OLIVÉ, J. C. La imprudencia en los delitos de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo. *Revista General de Derecho Penal*. 2020, nº 33, p. 9.

<sup>13</sup> *Cfr.* el art. 9.3 del Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005.

<sup>14</sup> Ni la Directiva 2001/97/CE, de 4 de diciembre de 2001, ni la Directiva 2005/60/CE, de 26 de octubre de 2005, ni la Directiva (ue) 2015/849, de 20 de mayo de 2015, ni la Directiva (UE) 2018/843, de 30 de mayo de 2018, aluden a la imprudencia en el blanqueo de capitales, definiendo las conductas que constituyen tal delito si son realizadas intencionadamente.

<sup>15</sup> MUÑOZ CUESTA, J. Blanqueo de capitales imprudente: una figura más que discutible. Comentario a STS, Sala 2ª, de 14 septiembre 2005. *Repertorio de jurisprudencia Aranzadi*. 2005, nº 7, p. 21780, señala que el blanqueo posee un carácter eminentemente doloso, por lo que todo incumplimiento de deberes preventivos en materia de blanqueo debe castigarse por la vía administrativa.

<sup>16</sup> No obstante, el hecho de establecer la tipificación del blanqueo por imprudencia grave como una opción de política criminal puede generar disfunciones respecto a aquellos Estados miembros que no lo tipifiquen por contravenir sus principios penales básicos.

<sup>17</sup> PELÁEZ RUIZ-FORNELLS, A. F. Blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, dos delitos relacionados. *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*. 2021, nº 148, p. 9.

## 2. Fundamento político-criminal para la tipificación del blanqueo por imprudencia grave

Desde un punto de vista dogmático, el tipo imprudente de blanqueo ha generado una profunda discusión acerca de los motivos político-criminales que justifican su castigo. En efecto, a partir de su introducción en el ordenamiento jurídico español, se han realizado múltiples críticas en contra de esta figura delictiva, controversia que no desconoce ni la misma jurisprudencia del Tribunal Supremo. En este sentido, la STS 286/2015, de 19 de mayo, señala, en primer lugar, que el tipo imprudente de blanqueo tiene un encaje jurídico-penal incierto, pues este último se trata de un delito “esencialmente”<sup>18</sup> doloso y con un elemento subjetivo del injusto fundamental, consistente en el conocimiento de la ilícita procedencia de los bienes y la intención de coadyuvar a su ocultación o transformación. Y, en segundo lugar, también se indica que la distinción entre la imprudencia punible —grave— y la no punible se trata de un aspecto ambiguo e inespecífico, que participa del dudoso cumplimiento del principio de taxatividad penal.<sup>19</sup>

Ante la decisión de incriminar la comisión imprudente del blanqueo, parte de la doctrina abogó, desde un primer momento, en fundamentar su previsión como una alternativa para los supuestos de imposibilidad probatoria del dolo. El art. 301.3 CP se trataría de un tipo de recogida,<sup>20</sup> o lo que es lo mismo, un delito destinado a aplicarse cuando no puedan probarse en el proceso los elementos subjetivos del injusto requeridos por el tipo doloso y, en especial, respecto al hecho de actuar a sabiendas de que los bienes proceden de una actividad delictiva.<sup>21</sup> Efectivamente, al margen del debate sobre qué conductas típicas admiten la comisión imprudente o no, tanto el art. 301.1 y 2 CP, bien expresamente o bien de manera implícita mediante el empleo de verbos como ocultar

o encubrir, exigen varios aspectos subjetivos sobre los que ha de existir prueba suficiente.<sup>22</sup> No obstante, a pesar de los esfuerzos doctrinales para justificar de tal forma la introducción del blanqueo imprudente, discrepo de dicho planteamiento por lo siguiente. En primer lugar, reconocer dicha naturaleza se traduciría en aceptar numerosas sentencias condenatorias por el art. 301.3 CP cuando, en el fondo, se halla la posible comisión de un blanqueo doloso por la persona condenada.<sup>23</sup> En segundo lugar, porque se vulnera la presunción de inocencia al pretender salvar por medio del derecho material las dificultades probatorias en el proceso penal.<sup>24</sup> Y, en tercer lugar, porque dicha visión utilitarista no tiene en cuenta que las verdaderas dificultades probatorias del blanqueo, en muchos casos, se refieren a la conexión del bien con el delito que le procede.<sup>25</sup>

Más allá de la búsqueda del fundamento político-criminal en sede probatoria, la doctrina contraria a la tipificación del blanqueo por imprudencia grave ha expuesto numerosas razones para su eliminación, las cuales se analizan en las líneas siguientes. En clave constitucional se ha afirmado que la modalidad imprudente del blanqueo supone que todo ciudadano, en su participación en el tráfico económico común, ostenta un deber de investigación y conocimiento de la procedencia de los bienes y de las conductas desarrolladas por los participantes en el tráfico económico.<sup>26</sup> Esta objeción la considero superada pues, como señala LORENA VARELA, los deberes objetivos de cuidado se tratan de exigencias referenciales y se arti-

<sup>18</sup> REINOSO MARTÍNEZ, F. *Prontuario jurisprudencial del delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Dykinson, 2020, p. 87, critica esta expresión utilizada por la doctrina y la jurisprudencia al considerar que se incurre en una *contradictio in terminis*. El autor propone que, con apoyo en la distinción entre elementos naturales y esenciales, se utilice la expresión “naturalmente doloroso” para identificar el delito de blanqueo.

<sup>19</sup> Véase el FD 11º de la STS 286/2015, de 19 de mayo.

<sup>20</sup> BLANCO CORDERO, I. *El delito de blanqueo de capitales*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2012, p. 738.

<sup>21</sup> FARALDO CABANA, P. Aspectos básicos del delito de blanqueo de bienes en el Código Penal de 1995. *Estudios penales y criminológicos*. 1998, nº 21, p. 154.

<sup>22</sup> Para VIDALES RODRÍGUEZ, C. El delito de blanqueo de capitales. En: Fabra Valls, M. coord. *Régimen jurídico de la prevención y represión del blanqueo de capitales*. Valencia: Tirant lo blanch, 2015, p. 333, la limitación de los sujetos activos tampoco permite defender la decisión de política criminal adoptada.

<sup>23</sup> FERRÉ OLIVÉ, J. C. La imprudencia en los delitos ..., *cit.*, p. 10, indica que se trata de “una argumentación difícilmente aceptable y hasta absurda”; BLANCO CORDERO, I. *El delito de blanqueo* ..., *cit.*, p. 738, recoge la crítica de que el blanqueo imprudente se trata de una mera sanción por la sospecha, aplicable cuando no se pueda determinar el dolo del inculcado.

<sup>24</sup> BLANCO CORDERO, I. *El delito de blanqueo* ..., *cit.*, p. 740.

<sup>25</sup> ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 281.

<sup>26</sup> BLANCO LOZANO, C. El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas en el ordenamiento penal español (arts. 344 bis h) e i) del Código penal). En: Cobo del Rosal, M. dir. *Comentarios al Código Penal*. Madrid: Edersa, 1996, p. 89 [citado en BLANCO CORDERO, I. *El delito de blanqueo* ..., *cit.*, p. 734].

culan en función del sujeto destinatario, su actividad o situación y el objeto de que se trate.<sup>27</sup>

De la misma forma, con el fin de negar el fundamento de la sanción del tipo imprudente de blanqueo, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ<sup>28</sup> esgrime dos motivos que deben ser objeto de mención y análisis. En primer lugar, la quiebra de la regla de la irrelevancia penal de la imprudencia en los delitos socioeconómicos<sup>29</sup> y, en segundo lugar, una notable distorsión de la actividad económica, en particular, en la actuación de los intermediarios financieros en mercados de crédito. El primero se fundamenta en la vulneración del principio de intervención mínima<sup>30</sup> e implica catalogar a los controles extrapenales, fijados por las normas deontológicas y administrativas en materia de prevención del blanqueo, como insuficientes e ineficaces.<sup>31</sup> Y, respecto a la segunda afirmación, el mentado autor señala que las transacciones de blanqueo no se diferencian externamente de las legales, no existe una forma inequívoca de conocer el origen del dinero, al mismo tiempo que una operación de blanqueo se oculta fácilmente entre transacciones con dinero y causas aparentemente legales.<sup>32</sup>

A pesar de los distintos argumentos que se han expuesto en contra de la sanción de la comisión imprudente del blanqueo, considero que su previsión no conculca ningún principio formal y material propio del derecho penal, ni mucho menos existe algún motivo de inconstitucionalidad en esta decisión político-criminal. Si bien es cierto que la forma de redacción del art. 301.3 CP es simple y escueta, el principio de taxatividad no resulta afectado, pues este precisamente requiere una cierta flexibilización en todo delito imprudente. Los ilícitos susceptibles de comisión imprudente se basan en el incumplimiento de deberes

objetivos de cuidado que, para su identificación y definición, exigen una remisión a normativa extrapenal.<sup>33</sup> Además, respecto a la vulneración del principio de intervención mínima y las negativas consecuencias del castigo del blanqueo imprudente en el tráfico económico, debe recordarse lo siguiente. Con la tipificación del blanqueo culposo, la finalidad del Estado consiste en comprometer, para la protección de un bien jurídico supraindividual como el orden socioeconómico, a todos los operadores y participantes en el tráfico económico, bien sean profesionales o no. Y, al mismo tiempo, tampoco puede afirmarse que, en la calificable ya como amplia trayectoria del blanqueo imprudente desde los años 90, se haya afectado de forma grave al sector bancario o financiero o a los propios ciudadanos.<sup>34</sup>

### 3. Determinación del sujeto activo en el art. 301.3 CP: ¿delito común o especial?

En el ámbito de aplicación del tipo imprudente del blanqueo se trata uno de los aspectos que, tanto desde un punto de vista teórico como práctico, mayor confrontación jurídica ha generado. Por parte de la doctrina y de la jurisprudencia se han utilizado múltiples argumentos para justificar una u otra definición del delito pues, a falta de mención expresa por el legislador, debe determinarse de algún modo el sujeto activo del blanqueo por imprudencia grave. En el fondo de la cuestión subyace la exigibilidad de un deber de cuidado a todos los ciudadanos o solo a aquellos profesionales enumerados en el art. 2.1 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. Sin perjuicio de su tratamiento en el epígrafe posterior, en caso de optar por la configuración del art. 301.3 CP como un delito común, el deber objetivo de cuidado que se puede infringir por cualquier ciudadano se vincula con la conducta que desarrollaría cualquier “persona inteligente y sensata”<sup>35</sup> en relación con una determi-

<sup>27</sup> VARELA, L. Razón filosófico-política a favor de la criminalización del blanqueo de capitales imprudente. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 2016, nº 16, p. 253.

<sup>28</sup> ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C. *El delito de blanqueo ...*, cit., p. 277.

<sup>29</sup> FABIÁN CAPARRÓS, E. A. Consideraciones dogmáticas y político-criminales sobre el blanqueo imprudente de capitales. *Revista General de Derecho Penal*. 2011, nº 16, p. 26, destaca la infrecuencia de la tutela penal de bienes jurídicos colectivos frente a ilícitos imprudentes.

<sup>30</sup> Principio al que también alude BAJO FERNÁNDEZ, M. El desatinado delito de blanqueo de capitales. En: Bajo Fernández, M. y Bacigalupo, S. eds. *Política criminal y blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 18.

<sup>31</sup> ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C. *El delito de blanqueo ...*, cit., p. 278.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

<sup>33</sup> VARELA, L. 25 aniversario del blanqueo imprudente: un par de cuestiones aún por debatir. *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*. 2017, nº 128, p. 14.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>35</sup> La STS 468/2020, de 23 de septiembre, en su FD 4º, tras afirmar que se trata de un delito común, reconoce que “problemático será en las actividades sociales en que no se han establecido normas de cuidado, o en las situaciones atípicas, determinar el cuidado objetivamente debido mediante el criterio de la conducta que observaría en esa situación concreta una persona inteligente y

nada operación, criterio que se emplea jurisprudencialmente al no regularse ni definirse expresamente en una norma la diligencia exigible a una persona en el tráfico económico común.

Acerca de la consideración del blanqueo imprudente como un delito común, BLANCO CORDERO utiliza, como punto de partida, un criterio literal o gramatical al indicar que el art. 301.3 CP no limita expresamente, a diferencia de otros preceptos,<sup>36</sup> el ámbito de aplicación del delito.<sup>37</sup> En base a esta concepción, cualquier persona debe adoptar las medidas más básicas para no realizar alguna de las conductas típicas de blanqueo y lesionar o poner en peligro los bienes jurídicos protegidos.<sup>38</sup> Como se ha mencionado, el deber objetivo de cuidado exigible a cualquier ciudadano no se define en ninguna norma y, en suma, es necesario determinar cuándo una conducta no diligente se puede considerar grave y cuándo no. Sobre ello, GONZÁLEZ URIEL, que también considera al art. 301.3 CP como un delito común, señala que, en toda transacción comercial o financiera, cualquier persona ha de cumplir los mínimos estándares de cautela, de manera que todos los participantes en el tráfico económico cumplan las precauciones mínimas a la hora de transferir bienes, constituir derechos reales o realizar cualquier otro tipo de acto económico<sup>39</sup>. Además, dicho autor pondera de forma esencial el carácter global del orden socioeconómico en relación a la necesaria licitud de los bienes con los que se operan, extremos que permiten exigir a cualquier ciudadano el cumplimiento de una mínima alerta y cuidado.<sup>40</sup> En

idéntico sentido se expresa FABIÁN CAPARRÓS,<sup>41</sup> que señala, con apoyo en la jurisprudencia,<sup>42</sup> que aunque normalmente el tipo imprudente sea cometido por los sujetos obligados por la normativa de prevención, la infracción de tal régimen tampoco constituye un presupuesto necesario para confirmar la comisión de un delito de blanqueo por imprudencia grave.<sup>43</sup>

No obstante, desde otro sector de la doctrina y de la jurisprudencia se ha propugnado que el art. 301.3 CP configura un delito especial. MUÑOZ CONDE, que restringe a su vez las conductas susceptibles de comisión imprudente a las enumeradas en el apartado 2, expone que las únicas personas que pueden realizar de forma imprudente tales acciones son aquellas enumeradas en la Ley 10/2010.<sup>44</sup> Para la defensa de esta consideración, el principio de intervención mínima se erige en nota fundamental, pues en función de este los ciudadanos, en su actividad económica, no se hallan sujetos a obligaciones formales —comprobación de la procedencia de un bien, identificación del cliente, etcétera— como sí ocurre en el caso de los profesionales enumerados en la normativa de prevención. La jurisprudencia del Tribunal Supremo también se ha pronunciado en distintas ocasiones a favor de esta postura, defendiendo que el art. 301.3 CP se trata de una ley penal en blanco y que el deber objetivo de cuidado, definido en la normativa administrativa, resulta exigible únicamente a ciertos profesionales que desempeñan actividades cualificadas. Esto último excluye, por tanto, cualquier “deber de diligencia intensificado”<sup>45</sup> para todo ciudadano en su actuación en el tráfico económico.

sensata de la misma profesión o círculo social, y si es en el ámbito de los negocios cuál sería la actitud con respeto a la realización de operaciones comerciales extrañas (pago con elevadas sumas en metálico, transferencias a o de paraísos fiscales, etc.)”.

<sup>36</sup> Véase el art. 576.4 CP sobre el tipo imprudente del delito de financiación del terrorismo. En dicho precepto se restringe expresamente a los sujetos que, por ministerio de la ley, están obligados a colaborar con la autoridad en la prevención de dichas actividades.

<sup>37</sup> BLANCO CORDERO, I. *El delito de blanqueo ...*, cit., p. 756. La STS 970/2016, de 21 de diciembre, en su FD 11º, parte de la no determinación del sujeto activo y de que los tipos dolosos pueden tener como autor a cualquier persona para afirmar que “no resulta congruente configurar la modalidad imprudente como delito especial”. A renglón seguido, indica que el blanqueo por imprudencia grave “lo puede cometer cualquier particular que deba ser más cuidadoso en el manejo de fondos, ante el dato de que el dinero pudiera proceder de una actividad delictiva”.

<sup>38</sup> DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. *El blanqueo de capitales en el derecho español*. Madrid: Dykinson, 1999, p. 32.

<sup>39</sup> GONZÁLEZ URIEL, D. *Aspectos básicos ...*, cit., p. 314.

<sup>40</sup> *Ibidem*.

<sup>41</sup> FABIÁN CAPARRÓS, E. A. Algunas observaciones sobre el blanqueo imprudente de capitales (aspectos doctrinales y jurisprudenciales). *Iustitia*. 2010, nº 8, p. 84.

<sup>42</sup> Así se manifiesta, entre otras, en la STS 508/2015, de 27 de julio -FD 159º-: “La responsabilidad penal del profesional por participación en operaciones de blanqueo de capitales puede discurrir por senderos diferentes a esas obligaciones administrativas y, en concreto, por contribuir a la actividad blanqueadora, ... Otra cosa es que el incumplimiento de esas obligaciones administrativas sea un dato que permite apuntalar la convicción de esa responsabilidad, o sobre el que construir la negligencia”.

<sup>43</sup> FABIÁN CAPARRÓS, E. A. Consideraciones dogmáticas ..., cit., p. 24.

<sup>44</sup> MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, p. 532.

<sup>45</sup> La STS 924/2005, de 17 de junio, en su FD 1º, indica que “el deber de especial diligencia o cuidado para detectar los signos que pudieran llevar a la sospecha de la procedencia ilícita del dinero está previsto para ser exigidos a aquellos que tienen estas especiales cualificaciones funcionariales o profesionales. No se puede extender y es de difícil configuración, para los particulares que se

Expuestas las consideraciones esenciales a favor y en contra de cada posición, considero que el art. 301.3 CP se trata de un delito común. En primer lugar, en base a una interpretación gramatical del precepto, deduciéndose de su tenor literal que el círculo de sujetos no se halla limitado. Y, en segundo lugar, atendiendo al bien jurídico que se ampara por el delito de blanqueo de dinero, a saber, el orden socioeconómico y la protección del sistema financiero. La dimensión colectiva del valor protegido por la norma penal permite exigir a toda persona que intervenga en el tráfico económico el cumplimiento de los más mínimos estándares de diligencia y cuidado. Tales deberes se identifican, en la línea de lo señalado, con la observancia de las medidas más básicas según el caso concreto. De este modo, la determinación del blanqueo imprudente como un delito común, recientemente apoyada por el Tribunal Supremo,<sup>46</sup> resulta la ponderación más acertada, si bien no se niega que una identificación precisa del sujeto activo por parte del legislador, como en el delito de financiación del terrorismo, solventaría la todavía inacabada discusión al respecto.

#### 4. Aproximación al deber objetivo de cuidado

La noción “diligencia debida” hace referencia a la actitud que debe mostrar toda persona en un determinado supuesto y circunstancias, así como, en términos generales, el cumplimiento por parte de los profesionales de los deberes específicos impuestos por la normativa administrativa o de prevención. El quebrantamiento de tal regla es lo que subyace al delito imprudente de blanqueo, pero este extremo resulta de difícil valoración, pues determinar cuándo un comportamiento resulta gravemente culposo y atenta contra las normas más básicas de cuidado puede depender

prestan a realizar un traslado en maletas o de forma similar, de una suma de dinero metálico”. Pese a la posterior jurisprudencia del Alto Tribunal calificando al art. 301.3 CP como delito común, la SAP de Barcelona 903/2015, de 26 de octubre, amparándose en una interpretación legal *pro-libertate*, reitera que el “deber de diligencia intensificado” solo se puede exigir a aquellos que por su profesión están obligados a observar mayores cautelas (FD 1º).

<sup>46</sup> Entre ellas, la STS 383/2019, de 23 de julio (FD 2º): “Y a pesar de las divergencias existentes al respeto en la doctrina, puede concluirse que el supuesto previsto en el art. 301.3 del Código Penal es un delito común, de manera que puede ser cometido por cualquier ciudadano, en la medida en que actúe con falta del cuidado socialmente exigible para evitar el daño al bien jurídico protegido”.

de múltiples factores.<sup>47</sup> Por ello, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ señala que, para cualificar una imprudencia como grave, hay que analizar los elementos normativos y psicológicos —como la formación y educación del sujeto— que rodearon la infracción del deber objetivo de cuidado.<sup>48</sup>

Debido a la propia configuración de la imprudencia en el blanqueo, no existe ninguna duda de que para condenar por el art. 301.3 CP debe probarse que existían elementos suficientes para que la persona supiese la procedencia ilícita de los bienes, ello a tenor del deber objetivo de cuidado exigible. Este deber, a su vez, puede escindirse en dos vertientes: una interna, que implica atender al peligro existente; y otra externa, es decir, actuar correctamente ante el peligro que se conoce.<sup>49</sup> De tal forma, debe ponderarse la actitud mostrada por el sujeto para identificar el origen de los bienes y actuar conforme a unos parámetros diligentes, o lo que es lo mismo, aparte de valorar si ha habido una conducta proactiva, debe establecerse una causalidad entre la ausencia de esta última y el riesgo jurídico creado.<sup>50</sup>

Como señala BLANCO CORDERO, la contravención de las normas de cuidado más elementales constituye el desvalor de la conducta imprudente, si bien existe un problema fundamental: determinar cuál es el deber objetivo de cuidado exigible a todo ciudadano común. Para el mentado autor, este concepto es puramente normativo, pero su definición en las diversas normativas solo resulta aplicable a determinadas profesiones y actividades.<sup>51</sup> Por ello, expone que el criterio que debe seguirse es la precaución o comportamiento que mostraría en un supuesto con-

<sup>47</sup> La STS 47/2021, de 21 de enero, reconoce expresamente que “la valoración del comportamiento gravemente imprudente es siempre compleja y aún más si cabe en un delito como el de blanqueo de capitales cuya estructura comisiva dificulta esta forma de culpabilidad alternativa. Los fines de política criminal pueden justificar la incriminación imprudente, pero ello no despeja los problemas que comporta a la hora de identificar el entramado de deberes que integra el módulo del exigible comportamiento”.

<sup>48</sup> ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C. *El delito de blanqueo ...*, cit., p. 285.

<sup>49</sup> RUANO MOCHALES, T. El delito de blanqueo de capitales frente a la Directiva relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal. *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*. 2020, nº 147, p. 17.

<sup>50</sup> *Ibidem*.

<sup>51</sup> BLANCO CORDERO, I. *El delito de blanqueo ...*, cit., p. 740, expone que el deber objetivo de cuidado está determinado en ocasiones por normas administrativas, como en el tráfico de vehículos, al igual que existen profesiones con reglas técnicas (*lex artis*) que fijan la diligencia debida.

creto cualquier persona inteligente y sensata perteneciente a un determinado círculo.<sup>52</sup> Advuértase que ello resulta tremendamente difícil en la práctica y que el tipo imprudente del blanqueo no supone, en absoluto, castigar cualquier imprudencia. La inobservancia de las normas de cuidado debe ser grave, ponderación que compete al tribunal en una casuística muy diversa.<sup>53</sup> Precisamente, ante tales dificultades, sería conveniente fijar los parámetros básicos que permitiesen identificar la imprudencia grave en aquellos supuestos en los que el deber objetivo de cuidado no se contempla.<sup>54</sup>

En efecto, la concreción del deber objetivo de cuidado presenta dificultades muy notables en relación con el blanqueo imprudente y los sujetos comunes o no cualificados, pues la diligencia debida solo tiene base legal en relación con las personas enumeradas en la Ley 10/2010.<sup>55</sup> Así las cosas, en la actuación de cualquier ciudadano, la infracción se determina por la inadecuación de su conducta a las reglas normales de la lógica y la experiencia.<sup>56</sup> Como ejemplo de omisión de las cautelas que una persona mínimamente cuidadosa habría adoptado puede señalarse la SAP de Asturias de 4 de noviembre de 2021. En esta resolución se considera que la acusada desatendió absolutamente el deber objetivo de cuidado que le era exigible pues, sin conocer a la persona que se lo propuso, aceptó recibir fondos en su cuenta bancaria para luego retirar el importe e ingresarlo en cuentas de terceras personas a cambio de una importante comisión mensual. El órgano judicial concluye que la acusada debió preguntarse el porqué de la cuantiosa retribución ante dicho

trabajo, al mismo tiempo que la relación laboral no se documentó de ninguna forma.<sup>57</sup>

La doctrina y jurisprudencia concuerda, sin resultar ello incompatible con la consideración antes expuesta como delito común, en que el tipo imprudente tendrá una aplicación primordial en relación con los sujetos obligados por el art. 2.1 de la Ley 10/2010. Acerca de las obligaciones que se establecen para tales profesionales y demás entidades, ZARAGOZA AGUADO advierte que el incumplimiento de cualquier deber de prevención de los previstos en dicha norma administrativa no da lugar a responsabilidad penal.<sup>58</sup> El autor clasifica en dos grupos las obligaciones establecidas en dicha Ley y las consecuencias de su inobservancia. En primer lugar, aquellos deberes de prevención puramente administrativos, no equivalentes a la falta de diligencia que exige el art. 301.3 CP, por lo que su trascendencia radica únicamente a efectos del posible procedimiento administrativo sancionador; por ejemplo, el deber de conservación de documentos —art. 25— o los establecidos en los arts. 26 a 33.<sup>59</sup> Y, en segundo lugar, agrupa aquellas obligaciones que componen el catálogo de infracciones graves o muy graves y que, en su caso, sí pueden resultar determinantes para integrar la imprudencia grave exigida por el tipo de blanqueo imprudente. En este conjunto de deberes se incluyen los arts. 3 a 14 sobre “diligencia debida”,<sup>60</sup> la obligación de examen especial ante hechos u operaciones que pueden estar relacionados con el blanqueo (art. 17), la obligación de comunicación por indicio y sistemática de ope-

<sup>52</sup> *Ibidem*.

<sup>53</sup> BUSTOS RUBIO, M. El delito de blanqueo de capitales. En: Gómez Pavón, P. coord. *Delitos económicos. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Madrid: Bosch, 2019, p. 338.

<sup>54</sup> VARELA, L. 25 aniversario del blanqueo ..., *cit.*, p. 8, define este aspecto como una de las “complicaciones” del tipo imprudente de blanqueo, si bien recuerda que, por razón de la actividad que desempeñan ciertos sujetos profesionales, el deber de cuidado debe verse modulado en el sentido de no exigir la misma diligencia a un sujeto común.

<sup>55</sup> La mencionada STS 47/2021, de 21 de enero, señala que “el hecho de que cualquier persona, no solo las que operan en sectores del tráfico jurídico especializado de bienes y capitales, pueda cometer un delito de blanqueo por imprudencia no rebaja las dificultades de apreciación del estándar de diligencia debida”.

<sup>56</sup> DEMETRIO CRESPO, E. El blanqueo imprudente: algunas reflexiones sobre normativa de prevención y deber de cuidado. En: Sanz Hermida, Á. M. dir. *La justicia penal del siglo XXI ante el desafío del blanqueo de dinero*. Valencia: Tirant lo blanch, 2021, p. 85.

<sup>57</sup> La SAP de Asturias 404/2021, de 4 de noviembre, condena por imprudencia grave pues no se trataba de que la penada se prestase a dicho trabajo conociendo el carácter fraudulento de las transferencias, sino que no lo sabía debido a una vulneración por su parte de las normas más básicas de cuidado.

<sup>58</sup> ZARAGOZA AGUADO, J. A. El delito de blanqueo de capitales. En: Camacho Vizcaino, A. dir. *Tratado de Derecho Penal Económico*. Valencia: Tirant lo blanch, 2019, p. 1294; DEMETRIO CRESPO, E. El blanqueo imprudente: algunas ..., *cit.*, p. 86; VIDALES RODRÍGUEZ, C. El delito de blanqueo ..., *cit.*, p. 336.

<sup>59</sup> Por ejemplo, el incumplimiento de la obligación de aprobar por escrito y aplicar políticas y procedimientos adecuados de control interno (arts. 26 y 26 bis), de la obligación de examen externo (art. 28), de la obligación de formación de empleados (art. 29), o de la obligación de adoptar las medidas adecuadas para mantener la confidencialidad sobre la identidad de los empleados, directivos o agentes que hayan realizado una comunicación a los órganos de control interno (art. 30).

<sup>60</sup> En tales artículos la Ley establece tres grupos de medidas de diligencia debida: normales -arts. 3 a 8, como identificación formal, del titular real y seguimiento continuo de la relación de negocios-, simplificadas -arts. 9 y 10- y reforzadas -arts. 11 a 16-.

raciones al SEPBLAC (arts. 18 y 20), la obligación de abstención de ejecución (art. 19), la prohibición de revelación ni a clientes ni a terceros de comunicaciones al SEPBLAC o de posibles investigaciones (art. 24), o la declaración de movimientos de medios de pago (art. 34). Tales deberes, siguiendo al mentado autor, se pueden valorar de forma individual o conjunta a efectos de colmar la noción de imprudencia grave del art. 301.3 CP.<sup>61</sup>

## 5. Gradación de la culpa como “grave” y su delimitación respecto al dolo eventual

Atendiendo al tenor literal del art. 301.3 CP,<sup>62</sup> únicamente se comete un delito de blanqueo culposo cuando la imprudencia mostrada pueda ser calificada como grave. Esta gradación fijada por el legislador de 1995 es también por la que se ha optado en la Directiva (UE) 2018/1673 que, remitiéndome al primer apartado de este artículo, prevé una cláusula facultativa para que los Estados Miembros puedan tipificar, de acuerdo con sus principios, el blanqueo cometido por negligencia grave.<sup>63</sup> Ante esta configuración del tipo imprudente, el punto de partida radica en determinar qué faltas de diligencia colman la entidad exigida para esta forma de culpabilidad en el blanqueo, pues aquellas que no sean graves resultan penalmente irrelevantes. Esta tarea resulta ardua en la *praxis*, a lo que se añade desde el 2015 el castigo no solo de la imprudencia leve, sino también de la menos grave, agravándose así la dificultad de la labor de medición de la lesión del deber objetivo de cuidado.<sup>64</sup>

En aras de determinar qué conductas imprudentes son punibles y cuáles no, resulta fundamental analizar algunos de los supuestos examinados por la jurisprudencia. Así, la SAP de Asturias, de 18 de junio de 2021 establece que la imprudencia del acusado es calificable como grave, pues este aceptó un trabajo consistente en recibir unos móviles, venderlos y en-

tregar el dinero de la venta a terceros, previa detración de una comisión a su favor. El propio condenado reconoció que tuvo dudas sobre la legalidad de la forma de proceder que se le pedía, razón por la que el tribunal considera que la mínima e insuficiente labor de indagación que realizó —preguntar a la persona que le propone el trabajo sobre su legalidad— no permite calificar su imprudencia como impune.<sup>65</sup> A *sensu contrario*, no se aprecia conducta gravemente imprudente por parte de la titular de una cuenta bancaria que recibe un dinero por un alquiler turístico, gestionado por otra persona, y procede inmediatamente a extraer dicho importe e ingresarlo en su patrimonio (SAP de Barcelona de 7 de febrero de 2020);<sup>66</sup> al igual que tampoco se castiga la recepción por el acusado de varias transferencias realizadas a su favor mediante manipulación informática no concretada y que no fueron autorizadas por la ordenante (SAP de Madrid de 26 de marzo de 2021).<sup>67</sup>

La imprudencia, con carácter general, presupone la concurrencia de los siguientes elementos:

a) una acción u omisión voluntaria, base de todo delito; b) la producción de un resultado típico y anti-jurídico, es decir, la realización de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico en que el injusto consiste; c) previsibilidad y evitabilidad del resultado; así

<sup>65</sup> La SAP de Asturias 137/2021, de 18 de junio, en su FD 3º, indica que “La forma de proceder del recurrente no puede sino ser calificada de imprudencia grave... al haberse limitado a preguntar al ofertante del “puesto de trabajo”, si era todo legal y ante una simple de respuesta de “no va a pasar nada”, decide en sus propia palabras fiarse de él y proceder como se le pedía; sin haber exigido otro tipo de información y pasando por alto la absoluta falta de seriedad de la oferta de trabajo que no iba acompañada de contrato formal ni de dato alguno en relación a la empresa o persona que le contrataba o al destino del dinero que el recurrente recibía”.

<sup>66</sup> La SAP de Barcelona 64/2020, de 7 de febrero, no consideró acreditado comportamiento imprudente alguno por la acusada y, respecto al conocimiento de la procedencia delictiva del dinero, concluyó que cabían varias hipótesis alternativas. Además, en la cuenta de la acusada se realizaban otras transferencias de similar cuantía, y sobre ellas un agente de los Mossos d’Esquadra no pudo comprobar que fuesen de procedencia ilícita. Por tanto, no constaba dato alguno que implicase que la acusada debiera sospechar ni que el dinero procedía de un delito ni que la entidad bancaria había sido burlada en su capacidad de controlar movimientos de dinero.

<sup>67</sup> La SAP de Madrid 167/2021, de 26 de marzo, en su FD 2º, indica que el dinero de las dos transferencias procedía directamente de la cuenta de la perjudicada a la del acusado por Bizum. Se trató así de una operación realizada de teléfono móvil a teléfono móvil, sin especificarse que el acusado debiera sospechar que el dinero transferido procedía de un hecho delictivo o si tenía que realizar otra operación posterior.

<sup>61</sup> ZARAGOZA AGUADO, J. A. El delito de blanqueo ..., *cit.*, p. 1294.

<sup>62</sup> Art. 301.2 CP: “Con las mismas penas se sancionará, según los casos, la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos”.

<sup>63</sup> Véase el considerando 13 y el art. 3.2 de la Directiva (UE) 2018/1673.

<sup>64</sup> DELGADO SANCHO, C. D. y LAGO GARMA, A. *Blanqueo de capitales* ..., *cit.*, p. 30.



como d) la infracción de un deber objetivo de cuidado. Como se mencionó anteriormente, en el blanqueo imprudente se exige que la culpa sea grave, entidad que se fija a partir de la lesión que se causa a las normas de cuidado, junto con el riesgo creado por el sujeto activo por su no atención a los deberes más elementales y no evitación del peligro subsiguiente.<sup>68</sup> Adviértase que, en la noción de imprudencia, se incluye tanto la culpa consciente —con representación— como inconsciente —sin representación—. En la primera, el autor ha previsto el resultado de su acción, pero desarrolla igualmente la acción confiando en que no se produciría; mientras que, en la segunda, el autor, por haber desatendido el deber de precaución, no ha previsto el resultado de su conducta.<sup>69</sup>

Así las cosas, comete blanqueo imprudente *ex art.* 301.3 CP el sujeto que podía o debía conocer el origen ilícito de los bienes, pero que desconoce inexcusablemente, y luego opera en el tráfico económico.<sup>70</sup> Esta idea supone que la persona omite las reglas de diligencia más elementales, que de adoptarlas le permitiría tener constancia del carácter delictivo de los bienes, y con su actuar contribuye esencialmente al movimiento del dinero ilícito. Es decir, el actor imprudente no respeta los deberes más básicos de cuidado que le conciernen y ello le sitúa en un estado de desconocimiento.<sup>71</sup> Al respecto puede confrontarse la SAP de Bizkaia de 16 de diciembre de 2020, que condena a dos acusadas que atendieron los requerimientos de un intermediario empresarial falsamente identificado y realizaron el trabajo que les propuso, al reportarles tal labor ingresos rápidos en concepto de comisiones. Esta resolución permite apreciar perfectamente cuando se colman los parámetros que exige la imprudencia grave, pues las mujeres actuaron sin

solicitar la identificación completa del intermediario que les contactó, sin determinar la identidad de a quien tenían que entregar el dinero, sin documentar la relación contractual y sin comprobar mínimamente el origen o destino de los fondos, los cuales fácilmente podían tener un origen ilícito.<sup>72</sup>

La imprudencia grave exigida por el tipo penal no recae sobre la forma en que se ejecuta el hecho, sino sobre el conocimiento de la naturaleza delictiva de los bienes. Esta vinculación de la culpa grave con el conocimiento de la procedencia ilícita de los bienes justifica que, en el art. 301.3 CP, no se agrave la pena cuando los bienes proceden de algunos de los delitos previos que determinan la aplicación de un tipo cualificado.<sup>73</sup> Además, siguiendo a VIDALES RODRÍGUEZ, la relación culpa-procedencia ilícita de los bienes excluye necesariamente como posibles autores del blanqueo imprudente a aquellos sujetos que han perpetrado el delito previo del que proceden los bienes, supuesto en el que resulta inexcusable el conocimiento delictivo acerca de ellos.<sup>74</sup>

El tipo imprudente de blanqueo no exige que el sujeto sepa la procedencia de los bienes, sino que debía conocer tal origen solo con observar las cautelas propias de su posición o actividad. La inobservancia por su parte de los deberes objetivos de cuidado que le eran exigibles, incluso impuestos normativamente en orden a averiguar la procedencia de los bienes o a abstenerse de operar con ellos, da lugar a la comisión de una conducta constitutiva de blanqueo.<sup>75</sup> Sobre el posible conocimiento delictivo de los bienes, la SAP de Zaragoza, de 26 de abril de 2021, condena a una mujer que, sin verificar la procedencia del dinero, aceptó recibir en su cuenta diversas transferencias *on*

<sup>68</sup> RUANO MOCHALES, T. El delito de blanqueo de capitales ..., *cit.*, p. 18.

<sup>69</sup> BLANCO CORDERO, I. *El delito de blanqueo* ..., *cit.*, p. 732, pone como ejemplo al empleado de banca que acepta el ingreso de un cliente por varios millones de euros en su cuenta, normalmente inactiva y con balances de movimientos en pequeñas cantidades. Si con el paso del tiempo se determina el origen delictivo del dinero, y pese a que no se le representó tal posibilidad, el empleado comete blanqueo por imprudencia, pues debía haber observado los indicios de tal delito.

<sup>70</sup> FERRÉ OLIVÉ, J. C. La imprudencia en los delitos ..., *cit.*, p. 15.

<sup>71</sup> MORENO CARRASCO, F. El blanqueo de capitales. Claves para la interpretación del delito en la legislación española. Apuntes sobre el ámbito deportivo como escenario propicio para el blanqueo de capitales. *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*. 2017, n° 54, p. 84.

<sup>72</sup> La SAP de Bizkaia 90246/2020, de 16 de diciembre, condena por blanqueo imprudente a dos mujeres que aceptaron el encargo que les propuso un intermediario de empresas cuyo supuesto objetivo era traer dinero a España pagando menos impuestos. Por el cumplimiento de tal tarea, consistente en prestar sus datos bancarios para recibir el dinero y luego extraerlo en metálico y entregarlo a la persona designada vía email, las acusadas recibían comisiones en metálico equivalentes al 5% de los ingresos. Ante tales hechos, la Audiencia señala que “en ambos casos se planteó la ejecución de actividades que a cualquier ciudadano medio le hubiera suscitado la sospecha sobre el origen y el destino del dinero y correlativamente a abstenerse de operar, pero aquellas prefirieron no comprobar o no saber”.

<sup>73</sup> MORENO CARRASCO, F. El blanqueo de capitales. Claves para ..., *cit.*, p. 84.

<sup>74</sup> VIDALES RODRÍGUEZ, C. El delito de blanqueo ..., *cit.*, p. 335.

<sup>75</sup> Véase el FD 2° de la STS 383/2019, de 23 de julio.

*line* hechas por personas no identificadas para, tras los ingresos en cuestión, extraer y entregar el dinero a las personas determinadas entre las partes, mediando una comisión.<sup>76</sup> No obstante, adviértase que debe acreditarse suficientemente que una persona podía saber o conocer el origen ilícito del dinero, pues en su defecto sostener tal interpretación constituye una mera sospecha contra reo inadmisibles. En este sentido, la SAP de Madrid, de 26 de enero de 2021, revocó la condena efectuada en la instancia al considerar que el acusado se limitó a hacer un favor a un conocido —recepción y extracción del dinero en efectivo para su posterior entrega—, sin obtener beneficio alguno a cambio y habiendo devuelto la mayor parte del dinero tras saber su procedencia ilícita.<sup>77</sup>

La distinción entre el dolo eventual y la imprudencia grave es también uno de los aspectos más problemáticos que se han puesto de relieve en relación con el art. 301.3 CP. La doctrina señala que la delimitación entre tales formas de culpabilidad reside en la “zona de duda”:<sup>78</sup> en el dolo eventual la persona asume el resultado que se puede causar, mientras que en la culpa (consciente) confía en que no se produzca el resultado típico.<sup>79</sup> Efectivamente, la distinción resulta trascendente entre las formas señaladas, pues como afirma MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, entre el dolo eventual y la culpa inconsciente no se generan problemas notables “habida cuenta de que en esta el juzgador ha llegado a la conclusión de que existió, o

bien un absoluto desconocimiento de la peligrosidad de la conducta en relación con un hecho típico, o bien (aun cuando exista conciencia de la posibilidad y peligro de que concurren algunos elementos del tipo) un error vencible sobre algún elemento típico”.<sup>80</sup>

Por último, cabe la posibilidad de que un sujeto sea penalmente responsable a través de la ignorancia deliberada o *willfull blindness*, figura que ha generado un intenso debate sobre su aplicación y recepción en nuestro sistema penal.<sup>81</sup> Si bien no existe unanimidad al respecto, la “ceguera intencional” puede dar lugar a responsabilidad penal a título de dolo eventual o a título de imprudencia.<sup>82</sup> Respecto a la primera forma, se incluyen los casos en los que el sujeto no tiene un conocimiento exacto del origen ilícito de los bienes, pero es consciente de la alta probabilidad de tal procedencia, lo cual le resulta indiferente.<sup>83</sup> ZUGALDÍA ESPINAR califica así a la ignorancia deliberada como una “modalidad aligerada de dolo eventual” y señala que el tratamiento de tales casos como dolosos obedece a las exigencias de la *actio liberae in causa*, porque una intencionada exclusión del dolo no debe excluir el dolo.<sup>84</sup> No obstante, también puede responderse a título de culpa, tanto si hay representación —el sujeto estima posible la procedencia delictiva de los bienes, pero actúa confiando en que no se producirá la ocultación o encubrimiento del origen de los bienes— como cuando no existe —el sujeto no prevé que se produzca un delito de blanqueo, pero debió haber apreciado la existencia de indicios sobre el origen ilegal de los bienes—. <sup>85</sup> Como ejemplo de ignorancia deliberada

<sup>76</sup> La SAP de Zaragoza 161/2021, de 26 de abril, en su FD 1º, se basa en tres aspectos para fundamentar la falta de diligencia debida en relación con la procedencia del dinero. En primer lugar, un indicio de actividad ilícita era la entrega de una comisión, sobre la cual la propia acusada mantuvo diferentes cuantías a lo largo de las fases del procedimiento penal. En segundo lugar, el órgano judicial esgrime que resultaba fácilmente comprensible por cualquiera que el dinero no provenía de trabajos legalmente realizados, sino que eran ingresos irregulares. Y, en tercer lugar, tampoco se otorga ninguna virtualidad a la falta de conocimientos bancarios alegada por la recurrente, pues de los reintegros efectuados resulta que no superó el límite de dinero en efectivo que se puede retirar de una cuenta sin informar a Hacienda.

<sup>77</sup> La SAP de Madrid 25/2021, de 26 de enero, justifica su decisión en que se trata de dos personas de nacionalidad extranjera, que no tienen la posibilidad de abrir una cuenta bancaria por falta de documentación para ello. Además, si bien el acusado retira y entrega el dinero, se considera que el indicio que determina la falta de conocimiento y sospecha de que el dinero tenía un origen ilícito radica en que el acusado, tras la llamada del hijo de la perjudicada, devolvió la mayor parte de la cantidad apropiada.

<sup>78</sup> MOLINA MANSILLA, M. del C. y MOLINA MANSILLA, L. *El Blanqueo de dinero*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2008, p. 28.

<sup>79</sup> *Ibidem*.

<sup>80</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Elementos subjetivos en la antijuridicidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, p. 256. Respecto al dolo eventual-culpa consciente, el mentado autor pone el foco en la existencia o no del elemento volitivo.

<sup>81</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. 2015, nº 3, p. 12, plantea su difícil conjunción con los principios de culpabilidad y presunción de inocencia.

<sup>82</sup> VARELA, L. 25 aniversario del blanqueo ..., *cit.*, p. 8.

<sup>83</sup> Así se afirma en el FD 98º de la STS 725/2020, de 3 de marzo: “quien pudiendo y debiendo conocer la naturaleza del acto o colaboración que se le pide, se mantiene en situación de no querer saber, pero no obstante presta su colaboración, se hace acreedor a las consecuencias penales que se deriven de su actuar antijurídico”.

<sup>84</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. Lección 19. Delitos contra la propiedad, el patrimonio y el orden socioeconómico (V). En: Esquinas Valverde, P. coord. *Lecciones de Derecho Penal Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, p. 375.

<sup>85</sup> Véase el FD 4º de la STS 1034/2005, de 14 de septiembre. A nivel doctrinal, FABIÁN CAPARRÓS, E. A. Consideraciones dogmáticas ..., *cit.*, p. 14, no se muestra favorable a tal amplitud de la *willfull blindness*.

que se castiga a título de culpa grave puede señalarse la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 8 de octubre de 2021, que condena al acusado que recibió en su cuenta bancaria una cantidad considerable de dinero y, días más tarde, la envió a una persona residente en el extranjero a través de una compañía multinacional prestadora de servicios financieros.<sup>86</sup>

## 6. Conductas típicas susceptibles de comisión imprudente

La determinación de qué acciones previstas en los tipos penales de blanqueo son susceptibles de comisión imprudente no se trata tampoco de una cuestión exenta de polémica. El art. 301.1 CP dispone que

... el que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos.

Ante este tenor literal, parte de la doctrina, con la que concuerdo, estima incompatibles los elementos subjetivos del injusto exigidos con la comisión culpable. Así, PALMA HERRERA indica que la necesidad lógica de que el sujeto tenga conocimiento de la procedencia ilícita de los bienes para perseguir el logro de algunas de las finalidades *supra* impide hablar de desconocimiento imprudente. Es decir, en el supuesto de que una persona no sepa que unos determinados bienes proceden de un delito cometido previamente, resulta imposible que pueda cumplir con alguno de los elementos subjetivos del injusto (ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes, o ayudar al delincuente a eludir las consecuencias legales de sus actos), de forma que su conducta será atípica.<sup>87</sup>

<sup>86</sup> La SAP de Santa Cruz de Tenerife 358/2021, de 8 de octubre, indica, en su FD 3º, que la ignorancia deliberada del acusado no le exime de responsabilidad, pudiéndose calificar su comportamiento como gravemente negligente. El acusado, sin respetar las normas de cuidado que le resultaban exigibles, facilitó sus datos personales y bancarios a terceros para que le transfirieran una importante cantidad de dinero, y luego enviarlo este por *Western Union* a una persona residente en Moldavia. El sujeto, aun siendo cliente habitual de entidades bancarias, no consultó nada acerca de la actividad a desarrollar ni por la procedencia del dinero.

<sup>87</sup> PALMA HERRERA, J. M. *Los delitos de blanqueo de capitales*. Madrid: Edersa, 2000, p. 591.

Sin embargo, otro sector doctrinal señala que la comisión imprudente puede referirse a algunas de las conductas típicas del art. 301.1 CP al defenderse la división de este apartado en dos incisos. Según esta posición, se pueden distinguir en el mencionado precepto dos acciones típicas: “adquirir, poseer, utilizar, convertir o transmitir bienes sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva —sin ninguna finalidad—” y “realizar cualquier acto para ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o ayudar a un sujeto a eludir las consecuencias legales de sus actos”. La razón que se esgrime para esta diferenciación se vincula con la normativa internacional contra el blanqueo, que impone a los Estados la tipificación de acciones como la posesión o utilización sin especificar ninguna finalidad concreta.<sup>88</sup> Por tanto, en relación con el primer inciso, el elemento consistente en conocer el origen delictivo de los bienes se incluye en el dolo típico, mientras que en la segunda de las conductas típicas se añade también un determinado elemento subjetivo del injusto.<sup>89</sup> Esta división resulta importante en cuanto al tipo imprudente de blanqueo, pues determina que las acciones del primer inciso del art. 301.1 CP podrían llevarse a cabo por culpa grave,<sup>90</sup> a diferencia de las obrantes en el segundo inciso, las cuales quedarían “extramuros de la imprudencia”<sup>91</sup> y solo admitirían su comisión dolosa.

CALDERÓN TELLO difiere de la tesis que vincula las conductas del primer inciso del art. 301.1 CP con las finalidades del segundo inciso, considerándola una interpretación que va más allá del tenor literal del precepto. Misma razón esgrime también para la defensa de tales acciones como ejemplos de la expresión “cualquier otro acto”, teoría que considera incoherente e ilógica pues la cláusula general ya abarcaría tales conductas.<sup>92</sup> En clara contraposición, DEL

<sup>88</sup> GALÁN MUÑOZ, A. y NÚÑEZ CASTAÑO, M. E. *Manual de Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, p. 281. Al respecto, véase, por ejemplo, el art. 3.1 letra c) de la Directiva 2018/1673, que señala que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que sean castigadas como delito “la adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de la recepción, de que dichos bienes provienen de una actividad delictiva”.

<sup>89</sup> GALÁN MUÑOZ, A. y NÚÑEZ CASTAÑO, M. E. *Manual de derecho penal ...*, cit., p. 284.

<sup>90</sup> BLANCO CORDERO, I. *El delito de blanqueo ...*, cit., p. 733.

<sup>91</sup> BUSTOS RUBIO, M. *El delito de blanqueo ...*, cit., p. 335.

<sup>92</sup> CALDERÓN TELLO, L. F. *El delito de blanqueo de capitales: problemas en torno a la imprudencia y la recepción*. Universidad Complutense de Madrid: Tesis Doctoral, 2016, p. 206.

CARPIO DELGADO considera que una concepción restrictiva del art. 301.1 CP permite dejar fuera del ámbito punitivo a aquellas actividades económicas o negociales que no están relacionadas en absoluto con el lavado de activos.<sup>93</sup> Además, defiende que la enumeración que se realiza en dicho precepto, si bien luego se establece una cláusula general como “cualquier acto”, se justifica porque precisamente tales acciones enumeradas son las más habituales en la práctica.<sup>94</sup> Pues bien, cabe decir que a nivel jurisprudencial esta última postura es la que se pondera como más adecuada, ya que la primera concepción “conduciría a una interpretación excesivamente amplia de la conducta típica y a la imposibilidad de eludir la vulneración del principio *non bis in idem* en los supuestos de autoblanqueo”.<sup>95</sup>

El art. 301.2 CP, por su parte, dispone que

... con las mismas penas se sancionará, según los casos, la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos.

Así, respecto a esta conducta típica, entiendo que es perfectamente posible la comisión imprudente atendiendo a que el propio precepto no exige ningún elemento subjetivo del injusto. Esto es, si una persona oculta o encubre bienes con carácter delictivo cuya naturaleza desconoce gravemente por inobservancia de la diligencia debida, puede ser condenado por el tipo penal del art. 301.3 CP.<sup>96</sup> Recuérdesse que en el texto

<sup>93</sup> DEL CARPIO DELGADO, J. Análisis de la evolución legislativa de las conductas típicas del delito de blanqueo de capitales, a la vez, sobre los criterios jurisprudenciales para limitar su ámbito de aplicación. En: Barrero Ortega, A. coord. *Regeneración democrática y estrategias penales en la lucha contra la corrupción*. Valencia: Tirant lo blanch, 2017, p. 921.

<sup>94</sup> *Ibidem*.

<sup>95</sup> En el FD 4º de la STS 212/2022, de 9 de marzo, se indica expresamente que “la inclusión en la redacción típica de dos incisos (“sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva”, “cometida por él o por cualquier tercera persona”), conduce a algunos intérpretes de la norma a estimar, erróneamente, que la finalidad esencial del blanqueo (ocultar o encubrir el origen ilícito del dinero) solo se predica de “cualquier otro acto”, y no de todas las conductas descritas en el tipo... la mera adquisición, posesión, utilización, conversión o transmisión constituye un acto neutro que no afecta por sí mismo al bien jurídico protegido”.

<sup>96</sup> MUÑOZ CUESTA, J. Blanqueo de capitales imprudente: ...,

punitivo se configuran distintos delitos que solo son jurídicamente relevantes si concurre el elemento anímico exigido por la norma que, precisamente, determina cuáles son las conductas que entrañan un significado necesario para crear un riesgo o para dañar el bien jurídico protegido.<sup>97</sup> Pues bien, tales intenciones o elementos subjetivos del injusto son incompatibles con la imprudencia, forma de culpabilidad en la que, no intencionadamente, se produce un resultado típicamente antijurídico, previsible y evitable si se hubiese prestado la diligencia debida.

## 7. Valoraciones finales

**I.** El blanqueo de dinero constituye uno de los retos más importantes de la política criminal actual. Esta consideración, unánimemente compartida, no ampara, sin embargo, la incontrolable expansión en el castigo de este fenómeno delictivo que predomina en las últimas reformas penales. El blanqueo imprudente, tipificado en el vigente Código Penal de 1995, se justifica no por constituir una alternativa en aquellos supuestos en los que no se puede probar el dolo, sino que debe entenderse en relación con la protección del orden socioeconómico. Esta debe ser la perspectiva que se adopte sobre el tipo culposo de blanqueo, aceptándose que todo ciudadano, en línea con la calificación del art. 301.3 CP como delito común, debe observar y operar en el tráfico económico común conforme a un deber objetivo de cuidado, el cual alude a las cautelas más elementales.

**II.** Si bien la Directiva (UE) 2018/1673 prevé una cláusula facultativa para los Estados miembros para que tipifiquen el lavado de activos por negligencia grave, no existe óbice alguno para afirmar que el tipo culposo de blanqueo no se configura como una prioridad internacional. Esta conclusión encuentra su apoyo en la no previsión de la imprudencia en la mayor parte de textos supranacionales sobre la materia, en las que se define el blanqueo a partir de determinadas conductas que se cometan intencionadamente. Ade-

*cit.*, p. 21778. Este autor es muy crítico con la posibilidad imprudente del apartado primero, ya que concibe como “altamente difícil o imposible compatibilizar una actuación imprudente cuando el tipo doloso exige unos fines que guían al sujeto”.

<sup>97</sup> ORTS BERENQUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Introducción al Derecho Penal. Parte General*. Valencia: Tirant lo blanch, 2020, p. 128.

más, este escaso apoyo internacional del blanqueo imprudente permite a los detractores de su tipificación defender que tales conductas deben ser reconducidas al ámbito administrativo sancionador.

**III.** Las diferentes razones expuestas en contra de la sanción del blanqueo imprudente no permiten, a mi juicio, establecer una contravención absoluta de los principios formales y materiales del derecho penal. No se niega la necesidad de establecer un tipo autónomo que no se remita para su determinación a los tipos dolosos, pero por lo demás el principio de taxatividad penal debe ser modulado en relación con la imprudencia. Esta forma de culpabilidad exige, en los delitos en que se prevé (sistema de *numerus clausus ex art. 12 CP*), una remisión a normativa extrapenal para la identificación del deber objetivo de cuidado. Respecto a qué contenido integra la diligencia debida de todo sujeto común, como realiza la jurisprudencia actual, debe identificarse como la adopción de un comportamiento conforme a las reglas esenciales de la lógica y la experiencia, esto es, la conducta que desarrollaría cualquier persona inteligente y sensata en una determinada operación.

**IV.** Otro de los temas profundamente debatidos y no aclarado sobre el tipo imprudente de blanqueo es su definición como un delito común o especial. Conforme al principio de legalidad y desde una interpretación literal y sistemática del precepto, considero que debe entenderse su ámbito de aplicación como generalizado y no restringirlo únicamente a aquellos profesionales enumerados en la Ley 10/2010. El legislador, a diferencia del delito de financiación del terrorismo, no ha limitado el círculo de sujetos activos del delito, y ello unido a la dimensión colectiva del valor protegido por la norma penal permite fundar su determinación como delito común. No obstante, el tipo imprudente de blanqueo guarda una estrecha relación con los profesionales enumerados en la normativa de prevención, de modo que, de *lege ferenda*, el legislador podría optar por configurar, en las venideras reformas penales, el art. 301.3 CP como un delito especial.

**V.** Otros aspectos que conviene señalar son los siguientes. En primer lugar, la imprudencia grave recae sobre el conocimiento de la naturaleza delictiva de los

bienes, es decir, el tipo imprudente de blanqueo no exige que el sujeto sepa la procedencia de los bienes, sino que debía conocer tal origen solo con observar las cautelas propias de su posición o actividad. En segundo lugar, la delimitación entre el dolo eventual y la culpa grave se halla en la calificada por la doctrina como “zona de duda”: en el dolo eventual la persona asume el resultado que se puede causar, mientras que en la imprudencia grave confía en que no se produzca el resultado. Y, en tercer lugar, debe advertirse que la jurisprudencia admite la posibilidad de responder penalmente, bien a título de dolo o culpa, en aquellos casos en los que el sujeto adopta una “ceguera intencional” o ignorancia deliberada (*willfull blindness*).

**VI.** Por último, considero que el art. 301.1 CP no prevé conducta típica alguna que se pueda cometer de forma imprudente, pues los elementos subjetivos del injusto requeridos en el propio precepto impiden tal posibilidad. Discrepo también de aquel sector doctrinal que divide dicho precepto en dos incisos, segmentación que permitiría, en su caso, establecer la comisión culposa de las conductas típicas del primer inciso al no exigirse así finalidad alguna. Por otra parte, el art. 301.2 CP no presenta, a mi juicio, impedimento alguno para su posible comisión por imprudencia grave al no exigirse ningún elemento anímico concreto.

## 8. Bibliografía

### 8.1. Referencias doctrinales

- ABEL SOUTO, M. El blanqueo de dinero como innovador instrumento de control económico y social. *Revista penal México*. 2013, nº 5, pp. 109-140.
- ABEL SOUTO, M. Tres décadas de expansión en el castigo del blanqueo de dinero. En: Abel Souto, M.; Brage Cendán, S. B.; Guinate Cabada, G.; Martínez-Buján Pérez, C.; y Vázquez-Portomeñe Seijas, F. coords. *Estudios penales en homenaje al profesor José Manuel Lorenzo Salgado*. Valencia: Tirant lo blanch, 2021, pp. 27-39.
- ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2000.
- BAJO FERNÁNDEZ, M. El desatinado delito de blanqueo de capitales. En: Bajo Fernández, M. y Bacigalupo, S. eds. *Política criminal y blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2009, pp. 11-20.

- BLANCO CORDERO, I. *El delito de blanqueo de capitales*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2012.
- BLANCO LOZANO, C. El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas en el ordenamiento penal español (arts. 344 bis h) e i) del Código Penal). En: Cobo del Rosal, M. dir. *Comentarios al Código Penal*. Madrid: Edersa, 1996, pp. 53-106.
- BUSTOS RUBIO, M. El delito de blanqueo de capitales. En: Gómez Pavón, P. coord. *Delitos económicos. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Madrid: Bosch, 2019, pp. 317-350.
- CALDERÓN TELLO, L. F. *El delito de blanqueo de capitales: problemas en torno a la imprudencia y la receptación*. Universidad Complutense de Madrid: Tesis Doctoral, 2016.
- CASTRO MORENO, A. Reflexiones críticas sobre las nuevas conductas de posesión y utilización en el delito de blanqueo de capitales en la reforma del anteproyecto de 2008. *Diario La Ley*. 2009, nº 7277, pp. 1-13.
- DEMETRIO CRESPO, E. El blanqueo imprudente: algunas reflexiones sobre normativa de prevención y deber de cuidado. En: Sanz Hermida, Á. M. dir. *La justicia penal del siglo XXI ante el desafío del blanqueo de dinero*. Valencia: Tirant lo blanch, 2021, pp. 76-88.
- DELGADO SANCHO, C. D. y LAGO GARMA, A. *Blanqueo de capitales y financiación del terrorismo*. A Coruña: Colex, 2019.
- DEL CARPIO DELGADO, J. Análisis de la evolución legislativa de las conductas típicas del delito de blanqueo de capitales, a la vez, sobre los criterios jurisprudenciales para limitar su ámbito de aplicación. En: Barrero Ortega, A. coord. *Regeneración democrática y estrategias penales en la lucha contra la corrupción*. Valencia: Tirant lo blanch, 2017, pp. 891-936.
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. *El blanqueo de capitales en el derecho español*. Madrid: Dykinson, 1999.
- FABIÁN CAPARRÓS, E. A. Consideraciones dogmáticas y político-criminales sobre el blanqueo imprudente de capitales. *Revista General de Derecho Penal*. 2011, nº 16, pp. 1-33.
- FABIÁN CAPARRÓS, E. A. Algunas observaciones sobre el blanqueo imprudente de capitales (aspectos doctrinales y jurisprudenciales). *Iustitia*. 2010, nº 8, pp. 59-86.
- FARALDO CABANA, P. Aspectos básicos del delito de blanqueo de bienes en el Código Penal de 1995. *Estudios penales y criminológicos*. 1998, nº 21, pp. 117-166.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. 2015, nº 3, pp. 1-29.
- FERRÉ OLIVÉ, J. C. *Tratado de los delitos contra la hacienda pública y contra la seguridad social*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.
- FERRÉ OLIVÉ, J. C. La imprudencia en los delitos de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo. *Revista General de Derecho Penal*. 2020, nº 33, pp. 1-27.
- GALÁN MUÑOZ, A. y NÚÑEZ CASTAÑO, M. E. *Manual de Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.
- GONZÁLEZ URIEL, D. *Aspectos básicos del delito de blanqueo de dinero*. Granada: Comares, 2021.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Elementos subjetivos en la antijuridicidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.
- MATALLÍN EVANGELIO, Á. ¿Qué ha cambiado en el concepto de blanqueo con la directiva 2018/1673, de 23 de octubre, relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el derecho penal? En: León Alapont, J. dir. *Temas clave de derecho penal: presente y futuro de la política criminal en España*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2021, pp. 447-494.
- MOLINA MANSILLA, M. del C. y MOLINA MANSILLA, L. *El blanqueo de dinero*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2008.
- MORENO CARRASCO, F. El blanqueo de capitales. Claves para la interpretación del delito en la legislación española. Apuntes sobre el ámbito deportivo como escenario propicio para el blanqueo de capitales. *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*, 2017, nº 54, pp. 67-118.
- MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.
- MUÑOZ CUESTA, J. Blanqueo de capitales imprudente: una figura más que discutible. Comentario a STS, Sala 2ª, de 14 septiembre 2005. *Repertorio de jurisprudencia Aranzadi*, 2005, nº 7, pp. 21777-21780.

- ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Introducción al Derecho Penal. Parte General*. Valencia: Tirant lo blanch, 2020.
- PALMA HERRERA, J. M. *Los delitos de blanqueo de capitales*. Madrid: Edersa, 2000.
- PELÁEZ RUIZ-FORNELLS, A. F. Blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, dos delitos relacionados. *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*. 2021, n° 148, pp. 1-20.
- REINOSO MARTÍNEZ, F. *Prontuario jurisprudencial del delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Dykinson, 2020.
- RUANO MOCHALES, T. El delito de blanqueo de capitales frente a la Directiva relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal. *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*. 2020, n° 147, pp. 1-33.
- VARELA, L. Razón filosófico-política a favor de la criminalización del blanqueo de capitales imprudente. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 2016, n° 16, pp. 225-274.
- VARELA, L. 25 aniversario del blanqueo imprudente: un par de cuestiones aún por debatir. *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*. 2017, n° 128, pp. 1-39.
- VIDALES RODRÍGUEZ, C. El delito de blanqueo de capitales. En: Fabra Valls, M. coord. *Régimen jurídico de la prevención y represión del blanqueo de capitales*. Valencia: Tirant lo blanch, 2015, pp. 310-353.
- ZARAGOZA AGUADO, J. A. El delito de blanqueo de capitales. En: Camacho Vizcaino, A. dir. *Tratado de Derecho Penal Económico*. Valencia: Tirant lo blanch, 2019, pp. 1228-1330.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. Lección 19. Delitos contra la propiedad, el patrimonio y el orden socioeconómico (V). En: Esquinas Valverde, P. coord. *Lecciones de Derecho Penal Parte especial*. Valencia: Tirant lo blanch, 2021, pp. 359-376.
- Tribunal Supremo. Sentencia núm. 1034/2005, de 14 de septiembre. Ponente: Francisco Monterde Ferrer [ECLI:ES:TS:2005:5288]
- Tribunal Supremo. Sentencia núm. 286/2015, de 19 de mayo. Ponente: Andrés Martínez Arrieta [ECLI:ES:TS:2015:2084]
- Tribunal Supremo. Sentencia núm. 508/2015, de 27 de julio. Ponente: Juan Saavedra Ruiz [ECLI:ES:TS:2015:3699]
- Tribunal Supremo. Sentencia núm. 970/2016, de 21 de diciembre. Ponente: Pablo Llarena Conde [ECLI:ES:TS:2016:5658]
- Tribunal Supremo. Sentencia núm. 383/2019, de 23 de julio. Ponente: Pablo Llarena Conde [ECLI:ES:TS:2019:2611]
- Tribunal Supremo. Sentencia núm. 725/2020, de 3 de marzo. Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre [ECLI:ES:TS:2021:1489]
- Tribunal Supremo. Sentencia núm. 468/2020, de 23 de septiembre. Ponente: Vicente Magro Servet [ECLI:ES:TS:2020:2987]
- Tribunal Supremo. Sentencia núm. 47/2021, de 21 de enero. Ponente: Javier Hernández García [ECLI:ES:TS:2021:218]
- Audiencia Provincial de Barcelona (sección 5ª). Sentencia núm. 903/2015, de 26 de octubre. Ponente: María Magdalena Jiménez Jiménez [ECLI:ES:APB:2015:9285]
- Audiencia Provincial de Barcelona (sección 3ª). Sentencia núm. 64/2020, de 7 de febrero. Ponente: María del Carmen Martínez Luna [ECLI:ES:APB:2020:14442]
- Audiencia Provincial de Bizkaia (sección 2ª). Sentencia núm. 90246/2020, de 16 de diciembre. Ponente: Elsa Pisonero del Pozo Riesgo [ECLI:ES:APBI:2020:2607]
- Audiencia Provincial de Madrid (sección 16ª). Sentencia núm. 25/2021, de 26 de enero. Ponente: Pilar Alhambra Pérez [ECLI:ES:APM:2021:223]
- Audiencia Provincial de Madrid (sección 6ª). Sentencia núm. 167/2021, de 26 de marzo. Ponente: María de la Almudena Álvarez Tejero [ECLI:ES:APM:2021:3065]
- Audiencia Provincial de Zaragoza. Sentencia núm. 161/2021, de 26 de abril. Ponente: María Pilar Lahoz Zamarro [ECLI:ES:APZ:2021:892]


## 8.2. Referencias jurisprudenciales

Tribunal Supremo. Sentencia núm. 924/2005, de 17 de junio. Ponente: José Antonio Martín Pallín [ECLI:ES:TS:2005:3953]


- Audiencia Provincial de Asturias (sección 8ª). Sentencia núm. 137/2021, de 18 de junio. Ponente: Elena Fernández González [ECLI:ES:APO:2021:2131]
- Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (sección 2ª). Sentencia núm. 358/2021, de 8 de octubre. Ponente: Esther Nereida García Afonso [ECLI:ES:APTF:2021:2325]
- Audiencia Provincial de Asturias (sección 3ª). Sentencia núm. 404/2021, de 4 de noviembre. Ponente: Francisco Javier Rodríguez Santocildes [ECLI:ES:APO:2021:3585]







**Obra: *Tratado sobre delincuencia juvenil y responsabilidad del menor*, Alfredo ABADÍAS, Sergio CÁMARA, Pere SIMÓN, Wolters Kluwer, Madrid, 2021, 1174 pp.**



DOUGLAS DURÁN CHAVARRÍA  
Director

Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención  
del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD)

Ha sido publicada recientemente la obra de Abadías, Cámara y Simón titulada *Tratado sobre delincuencia juvenil y responsabilidad penal del menor*, que puede ser considerada enciclopédica en cuanto a estos temas concierne, no solo por su extensión, pues incluye más de 70 autores, sino —y, sobre todo— por lo comprensivo y amplio de su abordaje, a la vez que por lo profundo del análisis.

El libro se publica con ocasión de cumplirse los 20 años de la promulgación y entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, la cual de forma inédita tuvo una *vacatio legis* de un año.

Se trata del análisis del modelo de control social relativo a las personas menores de edad infractoras que surge con esta ley, tanto en lo jurídico como en lo concerniente a la institucionalidad necesaria luego del cambio resultante, centrado —como lo indica su nomenclatura— en un sistema de responsabilidad que se aleja del paradigma tutelar.

En lo atinente al campo jurídico, es muy amplio el recorrido tanto en lo sustantivo como en lo adjetivo, pues se tratan temas de fondo y procesales, todo ello con gran agudeza.

Sin embargo, la riqueza de la obra que ahora reseñamos también estriba en que se trata de un estudio

no solamente jurídico del mencionado cuerpo legal, sino que es, igualmente, de gran utilidad para quienes se interesan por el contexto histórico en el cual se gestó y se puso en marcha la Ley Orgánica, lo mismo que sus reformas posteriores, especialmente, por lo fuerte de los cambios que introdujo, la que supuso la LO 8/2006.

Por otro lado, llama la atención en esta obra, que se aborda el análisis con una perspectiva crítica, lo que se concreta en aportes para la discusión innegables sobre la legislación examinada, algunos de los cuales introducen visiones, incluso a veces, en alguna medida contrapuestas, lo que hace más rico el debate y el diálogo que se entretienen, de manera tácita, entre los diversos autores.

Al respecto, se nota un alto grado de objetividad en él, tanto se resaltan por parte de los autores las virtudes, pero también las cosas por cambiar en la ley de referencia; ello en función de avanzar hacia lo que consideran sería una legislación más completa y mejor adaptada a las necesidades en la materia, por lo que se suman al texto incluso propuestas de reforma.

Pero se trata de un libro que va más allá de lo jurídico y se adentra en campos de conocimiento tales como la criminología, sociología, psicología, psiquiatría o los saberes pedagógicos, por lo que está revesti-

do de gran interés para los profesionales que trabajan en estas áreas.

Otra virtud del tratado es que toca temas de actualidad y que eran totalmente inexistentes al momento en que se sancionó la Ley Orgánica, lo que le ubica muy bien en el contexto contemporáneo en tópicos tales como la violencia filio-parental, las redes sociales, el *stalking*, el *ciberbullying*, el *sexting*, el *hacking* y, en general, todas aquellas conductas ligadas a las nuevas tecnologías y al ciberespacio.

El libro también es actual en lo referente a las corrientes y herramientas que han sido desarrolladas con más énfasis en los últimos tiempos para abordar las situaciones problemáticas en las que se ven relacionadas las personas menores de edad, como en el caso de las de naturaleza restaurativa que, si bien surgieron antes de la Ley Orgánica, han tenido un gran impulso en el curso del siglo XXI.

La obra es interesante también en cuanto hace un acercamiento a la perspectiva comparada, cuya relevancia destaca, por ejemplo, BENNETT quien, al referirse al tema de la investigación comparada en justicia penal, explica que lo comparativo expande los horizontes intelectuales y profundiza el entendimiento relativo a cómo operan los sistemas, lo que tiene implicaciones inmediatas para los encargados de formular política criminal, lo mismo que para los profesionales y técnicos que trabajan en el campo.<sup>1</sup>

El tratado es tan amplio y comprensivo que da una idea extremadamente completa de los orígenes de la Ley Orgánica, del contexto en el que se gestó y del entramado institucional que surgió para su puesta en marcha, todo ello sin dejar de poner el acento también en las contradicciones que se dieron desde el inicio en todos los ámbitos, y en los procesos de adaptación que fueron necesarios para llevar adelante el cambio que, como en toda organización compleja, es siempre complicado en sus inicios.

Las tensiones señaladas, algunas incluso polémicas, no dejan tampoco de sentirse hoy, por lo que las discusiones académicas y las que pueden generar las experiencias de los actores de los diversos sectores, que podemos leer en este extenso tratado, continúan teniendo gran actualidad, lo que le hace de especial interés para todas aquellas personas que, desde los diferentes ámbitos de conocimiento, señalados en los párrafos precedentes, investiguen o trabajen en estos temas.

Se trata, pues, de un libro recomendable desde todo punto de vista y que, indudablemente, hace un aporte inmenso a la discusión de temas tan importantes como son el derecho penal juvenil de hoy, sus orígenes y su proyección a futuro.

<sup>1</sup> Richard BENNETT: Comparative Criminological and Criminal Justice Research and the Data that Drive Them, in *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice*, 33:2, 2009, p. 174, (<https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/01924036.2009.9678804>).

**Obra: *Cuestiones penales a debate*, Simón Castellano, Pere y Abadías Selma, Alfredo (Coords.). Barcelona, J. M. Bosch Editor (Colección “Penalcrim”), 2021, 495 pág.**

CRISTIAN MORLANS PRADOS  
Universidad Internacional de La Rioja

## I

La obra que hoy recensiono nace como resultado del congreso que tuvo lugar el pasado mes de marzo de 2021 bajo la organización de la entidad *World Compliance Association* y la dirección de los Dres. Abadías Selma, Simón Castellano y Bustos Rubio. En ella, magistrados, jueces, fiscales, académicos de primer nivel, abogados y reputados expertos en cumplimiento abordaron, en clave crítica, algunas de las más destacadas, cuando no controvertidas, actuaciones —u omisiones— del legislador penal español de los últimos años.

En claro reflejo de las materias debatidas, el texto en comentario presenta una sistemática nítidamente dividida en dos bloques temáticos. Bajo la denominación “[i]nterpretaciones sobre la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”; el primero de ellos expone, a lo largo de 12 capítulos, las principales aristas y retos legislativos de la cuestión que lo intitula; el segundo bloque, de pareja extensión, lo conforman nueve capítulos de contenido disparado, heterogéneo, que ofrecen, empero, una detallada exégesis de ciertos delitos atentatorios de bienes jurídicos individuales y respecto de los que la obra trata de aportar conocimiento de la mano de acreditados expertos.

## II

El Dr. Simón Castellano —quien, además de sumarse a la autoría, coordina la obra— principia el primer bloque temático con una brillante digresión sobre el alarmante cariz que está tomando la política criminal de tiempos recientes, cada vez más alejada de la que debiera ser su fundamentación —un diseño racional,<sup>1</sup> apoyado en la evidencia empírica— y próxima a lo que parece ser su único objetivo: el rédito electoral. De forma preclara, el autor se hace eco de mediáticos y ampliamente conocidos casos para ilustrar la deriva del legislador penal. Una deriva presidida por la inmediatez y satisfacción (acallamiento) del clamor social, que no duda en servirse del derecho penal como arma arrojadiza, conculcando, por de pronto, algunos de los más fundamentales principios que lo informan. En definitiva, una crítica mordaz y acertada que presenta al lector lo que —en opinión de quien suscribe la presente— constituye el común denominador de las contribuciones que conforman el texto.

En palabras del Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez, “[l]a incorporación a nuestro sistema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas constituye una novedad *cuasirrevolucionaria*”.<sup>2</sup> No es de

<sup>1</sup> Vid. Díez RIPOLLÉS, J. L., *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*, 2ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 2013.

<sup>2</sup> MARCHENA GÓMEZ, M., “La contribución del Magistrado José Manuel Maza a la consolidación de un modelo de autorrespon-

extrañar, por tanto, que se trate de uno de los tópicos que mayor interés dogmático suscita. Son numerosos los foros, debates, capítulos de libros, monografías, etcétera, que versan, entre otros relativos, sobre extremos tales como el nulo encaje ontológico del modelo;<sup>3</sup> las garantías procesales de la persona jurídica; el *fraude de etiquetas* del art. 129 del CP.

Las disertadas contribuciones que ocupan los siguientes capítulos revisten, sin embargo, un interés particular, pues vehiculan problemáticas de especial calado y pendiente resolución de la cuestión en comentario —fruto, quizá, de la premura con que se llevó a cabo su introducción—. Veámoslas.

Centrada la temática, el capítulo dos explora su génesis, recordando el carácter excepcional del frecuentemente utilizado principio *societas delinquere non potest*. De forma sucinta, Menéndez Conca realiza un esclarecedor repaso de la evolución histórica de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, abarcando desde las primeras muestras de responsabilidad penal colectiva contenidas en el *Código de Hammurabi*, hasta su debate en el siglo XIX. Ello para colegir, en línea con lo expuesto por otros autores referentes en la materia, el predominio histórico de la aceptación de que las personas jurídicas sí pueden cometer delitos y ser sujetos de sanciones penales<sup>4</sup> o, dicho con otras palabras: *universitas delinquere et puniri potest*.

En el capítulo tres, el Dr. León Alapont ofrece al lector un detallado análisis de las circunstancias de atenuación —o aminoración— de pena y responsabilidad penal previstas en sede de los arts. 31 *bis*.2 y 4 *in fine* del CP y art. 31 *quater* del mismo texto punitivo. Ciertamente, como indica el autor, desde la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo,<sup>5</sup> la doctrina ha concentrado su interés en

sabilidad penal de las personas jurídicas”, en SEGARRA CRESPO, M. J. et al, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Homenaje al Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín*, Madrid, FGE, 2018, 241-254, a p. 242.

<sup>3</sup> Vid. GRACIA MARTÍN, L., “Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 18, 2016.

<sup>4</sup> Matiza el autor que de ello no debe colegirse en modo alguno su respaldo al modelo que atribuye capacidad delictiva a las personas jurídicas. Cfr. MENÉNDEZ CONCA, L.G., “Breve apunte sobre la evolución histórica de la responsabilidad penal corporativa”, en SIMÓN CASTELLANO, P. Y ABADÍAS SELMA, A. (coords.), *Cuestiones penales a debate*, Barcelona, J.M. Bosch Editor, 2021, 43-62, a p. 60.

<sup>5</sup> Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

la eventual exoneración de responsabilidad penal a que pueden conducir los modelos de organización y gestión, relegando, a un plano secundario, su estudio como circunstancia atenuante. La aportación del Dr. León Alapont reviste, por consiguiente, una importancia nuclear. No solo por la minuciosidad de su exégesis, a través de la que señala los requisitos y pautas estructurales de aplicación, sino por reclamar el foco en una cuestión, sin duda, de máxima relevancia.

El Dr. Abel Souto, presidente de la Asociación Iberoamericana de Derecho Penal Económico y de la Empresa y catedrático acr. de Derecho penal de la Universidad de Santiago de Compostela, expone, en el capítulo cuatro, algunos ejemplos de las notorias deficiencias e incongruencias de que se ve afectado el modelo. El autor se sirve para ello de un profuso análisis comparado del estado de la cuestión en las diferentes reglamentaciones —especialmente iberoamericanas—. Mención aparte merece la reflexión con la que cierra el capítulo, evidenciando la fricción con el principio *ne bis in idem*, habida cuenta de la manifiesta ausencia de complejidad interna de las empresas que conforman el grueso del tejido industrial español.

En línea con la precitada reflexión, los capítulos cinco y seis abordan la problemática derivada de la exclusión jurisprudencial de determinadas personas jurídicas del elenco de las penalmente responsables y las eventuales vías o instrumentos a que acudir para actuar sobre aquellas.

En efecto, el capítulo cinco, a cargo de la Dra. Gutiérrez Pérez, comienza recalcando la paradójica indefinición que padece el ámbito subjetivo del constructo, carente de una definición jurídico-penal de persona jurídica para, a renglón seguido, incidir en la inimputabilidad de las sociedades unipersonales. En este sentido, deduce, la unipersonalidad de la sociedad no debe conllevar, apriorísticamente, su inimputabilidad: la conculcación del principio *ne bis in idem* se producirá por la falta de complejidad interna de la sociedad y no por la mera unicidad en la titularidad de su capital social.<sup>6</sup> Concluye, en fin, con la exégesis del criterio de modulación de la pena de multa *ex art. 31 ter.1* del CP.

(BOE núm. 77, de 31/03/2015).

<sup>6</sup> Cfr., como colaciona la autora, LUZÓN CÁNOVAS, A., “Personas jurídicas exentas y personas jurídicas excluidas de responsabilidad penal”, en SEGARRA CRESPO, M. J. et al, *La responsabilidad penal... op. cit.*, 213-240, a p. 221.

El capítulo seis, autoría del Dr. Fernández Teruelo —catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Oviedo y, sin lugar a duda, referente indiscutible en la materia que aquí ocupa— pone el acento en el estudio de las posibles reacciones o mecanismos con que cuenta el derecho penal para “desactivar”<sup>7</sup> las sociedades instrumentales o sociedades pantalla, dada su inimputabilidad. En este sentido, el autor, que se muestra conforme con la exclusión de estas del régimen del art. 31 *bis* del CP —nótese la absoluta incoherencia que supondría lo contrario—, propone el recurso al decomiso como instituto con que conseguir dicha pretendida desactivación.

En el capítulo siete, Martínez López —vicepresidente internacional de la entidad *World Compliance Association* y contrastado experto en cumplimiento normativo— desgrana los pormenores del estándar *ISO 37301:2021*; próxima, si no actual, referencia en cuanto a los requisitos a que deben adecuarse los así denominados programas de cumplimiento. Aportación, por tanto, de inefable ayuda para el lector en la efectiva implementación fáctica de estos.

Piñeyro Cuevas aborda, en el capítulo ocho, la cada vez más frecuente especialidad forense del peritaje en *compliance*. De reciente creación, sostiene el autor, esta práctica está llamada a desempeñar un papel destacado en materia de acreditación y prueba de la idoneidad de los modelos de organización y gestión, dado el elevado conocimiento de carácter extrajurídico que se debe de poseer para su adecuada valoración. Cuestión, esta última, que, entiende, permite igualmente salvaguardar la eventual desavenencia que podría generar con el principio *iura novit curia* desde el momento en que el legislador recogió en sede del art. 31 *bis*.5 del CP los requisitos que aquellos deben poseer para desplegar sus efectos como causa de exclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Continuando con el análisis de los modelos de organización y gestión, los capítulos nueve y diez ponen el foco en uno de sus elementos esenciales, los canales de denuncias —o como adecuadamente matiza Morte Ferrer, los “canales éticos o de comunicaciones”—. <sup>8</sup>

En clave eminentemente práctica, los autores Interdonato y Morte Ferrer analizan en sendas sedes los quid estructurales de dichos instrumentos.

En el capítulo once, la Dra. Campos Acuña —destacada pluma y una de las mayores expertas en cumplimiento en el Sector Público— centra la atención del lector en la efectiva traslación del *compliance* a dicho ámbito y en su interrelación con los principios de buen gobierno y de buena administración. Amén de aportar las directrices para su adecuado despliegue y ejecución, la autora analiza la esencia del *compliance* en la contratación pública, sin duda, espacio que debiere ser paradigma de transparencia, integridad y cumplimiento. En fin, aborda el desafío de la gestión de los fondos *NextGenerationEU*, enmarcados en el ámbito del Plan de recuperación para Europa tras la pandemia.

Concluye este primer bloque sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas Carratalá Valera, quien plantea una terna de hipótesis sobre lo que son cuestiones fundamentales del régimen del art. 31 *bis* del CP —entre otras, sin ánimo exhaustivo, la conceptualización del modelo como mixto, habida cuenta de la existencia, afirma, de inherencias tanto de autorresponsabilidad cuanto de heterorresponsabilidad en los hechos de conexión del precitado precepto—.

### III

Abre el segundo bloque temático, de título “[d]escripción y crítica de algunas reformas de la parte especial”, el excelente y minucioso análisis del delito de *mobbing* inmobiliario llevado a cabo por el Dr. Abadías Selma. El autor —quien, además, efectúa la coordinación del texto— se hace eco, en primer lugar, de algunos de los más flagrantes casos de *blockbusting* —americanismo con el que también se conoce a esta conducta criminal— acontecidos en nuestro país, permitiendo que el lector tome conciencia del alcance y de la problemática fáctica de esta forma de ejercicio violento.<sup>9</sup> Acto seguido, aborda la dicotómica regu-

de comunicaciones/canales éticos”, en SIMÓN CASTELLANO, P. Y ABADÍAS SELMA, A. (coords.), *Cuestiones penales... op. cit.*, 223-237, a p. 237.

<sup>9</sup> Sobre la conceptualización del delito de *mobbing* inmobiliario como forma de ejercicio violento, *vid.* MAGRO SERVET, V., “El “mobbing inmobiliario” como manifestación de la violencia inmobiliaria”, *Diario La Ley*, núm. 9937, 2021 (comillas angulares en el original).

<sup>7</sup> FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., «Personas jurídicas inimputables a las que les resulta inaplicable el régimen del art. 31 bis CP. Respuesta penal a través de la figura del decomiso», en SIMÓN CASTELLANO, P. Y ABADÍAS SELMA, A. (coords.), *Cuestiones penales... op. cit.*, 139-158, a p. 150.

<sup>8</sup> MORTE FERRER, R., “Algunas reflexiones sobre los canales

lación del acoso inmobiliario *ex arts.* 172.1 y 173.1 *in fine* del cp para concluir, en fin, con una atinada propuesta *de lege ferenda* llamada a alejar “las ambigüedades y dobleces que en nada favorecen a quienes sufren este acoso”,<sup>10</sup> toda vez que nos encontramos ante un derecho que, sostiene —no fálto de razón—, debiera ser elevado a la categoría de derecho fundamental.

El capítulo catorce corre de la mano de Álvarez-Hernández, quien se ocupa del siempre controvertido instituto del decomiso tras las relativamente recientes reformas efectuadas por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. En concreto, el autor analiza la fricción de una regulación mercantilizada, marcada por la búsqueda de la eficacia y la realización de la máxima *crime does not pay*,<sup>11</sup> con el principio de legalidad —y el *subprincipio* de *lex certa* o taxatividad— y los derechos a la presunción de inocencia y a guardar silencio y no declarar contra uno mismo.

En sede de delitos contra la seguridad vial, el profesor García Amez analiza, en el capítulo quince, el nuevo delito de abandono del lugar del accidente del art. 382 *bis* del cp: figura delictiva debatida por la doctrina<sup>12</sup> desde su introducción en virtud de la Ley Orgánica 2/2019, de 1 de marzo.<sup>13</sup> Amén de un lato y crítico estudio de los diferentes elementos integrantes del delito, García Amez discute la suficiencia del bien jurídico tutelado como legitimador de la intervención penal. Entiende, en tal sentido, que dicha tuición es susceptible de ser dispensada a través de la norma administrativa, lo que no haría sino contravenir el —denostado— principio de intervención mínima del derecho penal.

El capítulo dieciséis supone un paréntesis en la narrativa que conduce esta segunda parte de la obra, desde luego justificada por la importancia de la te-

mática en él abordada: la responsabilidad dimanante de las operaciones de tratamiento de datos para el —permítaseme la redundancia— responsable del tratamiento de datos. El Dr. Rodríguez Ayuso expone el estado de la cuestión a la luz del nuevo principio de proactividad que la normativa recoge y las vueltas en clave civil, administrativa y penal que pueden derivarse de las obligaciones que implica. Especial mención merece el estudio de la responsabilidad objetiva de las administraciones públicas que realiza una aportación, en definitiva, de máxima importancia.

En el capítulo diecisiete, Fernández Albesa retoma el hilo conductor de esta segunda parte del texto perfilando las aristas del siempre controvertido delito de sedición. La autora se hace eco de la evolución de la pretendida —y al momento de redacción de la presente recensión, postergada— reforma del art. 544 del cp, analizando en clave comparada lo que, a su entender, constituyen los principales aspectos problemáticos del vigente delito y que vendrían a justificar ora su reforma, ora su derogación.

En clave *de lege ferenda*, el Dr. Sánchez Benítez plantea, en el capítulo dieciocho, una valiosa y pormenorizada propuesta de modificación del actual tenor del delito de hostigamiento o *stalking ex art.* 172 *ter* del cp.

El capítulo diecinueve versa sobre las así denominadas conductas de suplantación de identidad digital y la problemática que su encaje jurídico-penal plantea en una reglamentación que afronta, con dificultad, las nuevas formas de *cibercriminalidad*. Sirviéndose de una nítida y estructurada exposición, la Dra. Solari-Merlo defiende, en primer lugar, el concepto de identidad digital y su suficiencia en cuanto bien jurídico digno de tuición penal, para dar paso, a continuación, a la delimitación de las conductas que suponen su suplantación, con especial énfasis en la equivocada —más frecuente— calificación de aquellas como conductas de usurpación del estado civil. Un riguroso análisis que permite sostener, efectivamente, su categorización como figura delictiva autónoma y merecedora de reproche penal.

En fin, los capítulos veinte y veintiuno ponen el broche al elenco de aportaciones, abordando diferentes cuestiones relativas a los menores de edad. Mientras que en el capítulo veinte Leal Ruiz recensiona los diferentes delitos atentatorios de la indemnidad sexual en que tanto autores como víctimas son meno-

<sup>10</sup> ABADÍAS SELMA, A., “La ignominiosa realidad del mobbing inmobiliario”, en SIMÓN CASTELLANO, P. Y ABADÍAS SELMA, A. (coords.), *Cuestiones penales... op. cit.*, 289-326, a p. 321.

<sup>11</sup> Expresión americana que podría interpretarse como *el delito no sale a cuenta*.

<sup>12</sup> *Cfr.*, entre otros, BUSTOS RUBIO, M., “Aproximación crítica al nuevo delito de abandono del lugar del accidente (art. 382 *bis* del Código Penal)”, *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 138, 2019.

<sup>13</sup> Ley Orgánica 2/2019, de 1 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de imprudencia en la conducción de vehículos a motor o ciclomotor y sanción del abandono del lugar del accidente (BOE núm. 53, de 2/03/2019).

res de edad; el Dr. Cámara Arroyo cierra esta segunda parte del texto reclamando la atención de la doctrina con una brillante exposición analítica en torno a dos de las reformas que llevan años gravitando sobre la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores:<sup>14</sup> “la rebaja de edad de responsabilidad penal a los 12 años y la posibilidad de enjuiciamiento conjunto de menores y adultos para supuestos graves cometidos en coautoría o participación”.<sup>15</sup> Sin duda, un excelente punto final con que franquear la abulia que aparenta padecer el derecho penal de menores.

## IV

Como el lector habrá podido colegir, el libro que coordinan los Dres. Simón Castellano y Abadías Selma constituye una considerable aportación a la necesaria dogmática analítica y crítica para con la actividad del legislador penal.

De contenido dispar —extremo que el propio Dr. Simón Castellano señala al resaltar su carácter de “libro de actas”—<sup>16</sup> la brillantez general de las contribuciones que contiene y el bagaje de las consiguientes plumas que las suscriben suplen ampliamente cualquier eventual discordancia. No en vano, entre sus autores figuran significados catedráticos y profesores de universidad, académicos y profesionales, penalistas y expertos en *compliance*.

Su primera parte, centrada en la responsabilidad penal de las personas jurídicas, aborda cuestiones hasta el momento escasamente —o al menos no con la misma intensidad que otros tópicos— tratadas por la doctrina, lo que pone de relieve su valor. Su segunda parte, alejada de la sistemática propia del compendio o comentario penal al uso, se erige en un excelente instrumento con el que aprehender, desde el análisis y la reflexión crítica, el estado de la cuestión de las diferentes realidades tipológicas en ella incluidas.

En definitiva, un texto útil en su contenido —con los matices indicados— y acertado en su estructura y coordinación, que responde satisfactoriamente al objeto con que se plantea: presentar un sólido marco de conocimiento a partir del que emprender (enmendar) las reformas pendientes (efectuadas).

<sup>14</sup> Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE núm. 11, de 13/01/2000).

<sup>15</sup> CÁMARA ARROYO, S., “Las futuras reformas de la Ley Orgánica 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, en SIMÓN CASTELLANO, P. Y ABADÍAS SELMA, A. (coords.), *Cuestiones penales... op. cit.*, 457-495, a p. 460.

<sup>16</sup> SIMÓN CASTELLANO, P., “Legislador científico y furor punitivo. Evitar el diseño de la política criminal a golpe de tuit”, en SIMÓN CASTELLANO, P. Y ABADÍAS SELMA, A. (coords.), *Cuestiones penales... op. cit.*, 25-42, a p. 35.







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

