



LA CRISIS DEL
PRINCIPIO
DEL HECHO
en Derecho penal

MARIO MARAVER
LAURA POZUELO
COORDINADORES

LA CRISIS DEL
PRINCIPIO
DEL HECHO
en Derecho penal

MARIO MARAVER - LAURA POZUELO

(Coordinadores)

ANNEKE PETZSCHE - ALBERTO ALONSO RIMO

VÍCTOR GÓMEZ MARTÍN - MARÍA LUISA CUERDA ARNAU

MIGUEL BUSTOS RUBIO - DYANGO BONSIGNORE FOUQUET

LA CRISIS DEL
PRINCIPIO
DEL HECHO
en Derecho penal

II Seminario de Derecho Penal de la UAM

REUS
EDITORIAL

2020

editorial
 de
Montevidéu

Colección: Ciencias Penales, N° 4
Dirigida por: Mirentxu Corcoy Bidasolo, Catedrática de
Derecho Penal en la Universidad de Barcelona.

I.S.B.N.: 978-9915-650-12-8 (Latinoamérica)

I.S.B.N.: 978-84-290-2366-4 (España)

En Madrid, España:

© Editorial Reus

C/ Rafael Calvo, 18. 2º C - 28010-Madrid (España)

Tels.: (+34) 91 521 3619, (+34) 91 522 3054

e-mail: reus@editorialreus.es

www.editorialreus.es

En Buenos Aires, República Argentina:

© Euros Editores S.R.L.

Av. Congreso 4744 (C1431AAP) - Tel./Fax: (005411) 4522-1483

e-mail: euroseditores@fibertel.com.ar

www.euroseditores.com

En Montevideo, República Oriental del Uruguay:

© B de F Ltda.

Buenos Aires 671 (CP 11000) - Tel./Fax: (00598) 2916-5238

e-mail: bdef@netgate.com.uy

www.editorialbdef.com

Impreso en España en el mes de octubre de 2020 por:

Estilo Estugraf Impresores S.L.

ÍNDICE

PRÓLOGO. <i>La crisis del principio del hecho</i>	XI
--	----

LA CRIMINALIZACIÓN DE LOS ACTOS
PREPARATORIOS COMO DESAFÍO AL PRINCIPIO
DEL HECHO: LA PERSPECTIVA ALEMANA

Anneke Petzsche

1. Introducción.....	1
2. Definición conceptual: Derecho penal del hecho y de autor	7
3. La evolución actual del Derecho penal alemán: extensión de la criminalización de los actos preparatorios	11
4. ¿Abandono del Derecho penal del hecho mediante la criminalización de actos preparatorios?	16
5. Límites de la criminalización de actos preparatorios en un Derecho penal del hecho ..	27
6. Conclusión	29

ACTOS PREPARATORIOS Y
PRINCIPIO DEL HECHO

Alberto Alonso Rimo

1. Introducción.....	31
2. Actos preparatorios ¿impunes?	32
3. El fundamento del castigo de la preparación delictiva.....	39
3.1. La sombra del Derecho penal de autor	39
3.2. Actos preparatorios y Derecho penal de la peligrosidad. Dos casos paradigmáticos ..	53
3.3. ¿Medidas de seguridad pre-delictuales? Levantar el velo	59
4. La deriva hacia el estado preventivo.....	63
4.1. La experiencia anglosajona.....	69
5. Algunas conclusiones	72
5.1. ¿Es compatible la criminalización de los actos preparatorios con el principio del hecho?	77
5.2. Apunte final	84

DELITOS DE ODIOS Y
DERECHO PENAL DE AUTOR

Victor Gómez Martín

1. Planteamiento	89
2. Los delitos de odio tras la ley orgánica 1/2015 ..	91
2.1. La nueva configuración de los tipos básicos.....	91
2.2. La novedad de las “razones de género”..	106
2.3. Los nuevos tipos agravados	112
2.4. Nuevas consecuencias jurídicas.....	114
3. Los delitos de odio en las redes sociales.....	117

3.1. Introducción	117
3.2. Ciber-odio: cinco casos recientes	119
4. ¿Es el art. 510 CP un exponente de Derecho penal de autor?.....	133

EL AUTOADOCTRINAMIENTO Y
 AUTOADIESTRAMIENTO TERRORISTA
 FRENTE A LA SUPUESTA VULNERACIÓN
 DE LOS PRINCIPIOS DEL HECHO
 Y OFENSIVIDAD DELICTIVA

María Luisa Cuerda Arnau

1. Intervención penal preventiva: el caso del autoadoctrinamiento y autoadiestramiento como paradigma.....	143
2. El art. 575.1 y 2: ¿delito de posesión, delito preparatorio, delito preparatorio de posesión?..	149
2.1. El art. 575. 1 y 2 como delito de posesión.....	149
2.2. El art. 575. 1 y 2. como delito preparatorio	156
2.3. El art. 575.1 y 2 como delito de posesión preparatorio	159
2.4. Recapitulación.....	160
3. Preparación delictiva, peligro abstracto y ofensividad delictiva: el contenido mínimo del principio del hecho	160
4. El adoctrinamiento y el adiestramiento como resolución criminal manifestada: requisitos mínimos de punibilidad.....	164
5. Conclusión: el art. 575 no vulnera el principio del hecho, pero no es una opción político-criminal aceptable	175

EL EXCESIVO ADELANTO DE LA BARRERA
PUNITIVA EN LOS DELITOS ACUMULATIVOS:
UN ARQUETIPO DEL MODERNO DERECHO PENAL

Miguel Bustos Rubio

El excesivo adelanto de la barrera punitiva en los delitos acumulativos: un arquetipo del moderno Derecho penal	183
---	-----

LIBERTAD VIGILADA, FORMAS IMPURAS DE
PELIGROSIDAD Y PRINCIPIO DEL HECHO

Dyango Bonsignore Fouquet

1. Introducción.....	197
2. Derecho penal del hecho y derecho penal de auto, una definición instrumental.....	198
3. La libertad vigilada: metodología para la selección del delincuente imputable peligroso.....	199
4. El hecho y el autor en la plasmación legal de la libertad vigilada	201
5. Formas “impuras” de peligrosidad y el vínculo autor-hecho	203
6. Conclusiones	205
7. Bibliografía.....	206

PRÓLOGO

La crisis del principio del hecho

I

Siguiendo el mismo formato y la misma filosofía que inspiró el seminario del año anterior (*I Seminario de Derecho Penal de la UAM – La culpabilidad*), durante los días 17 y 18 de mayo de 2018 se celebró en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid el II Seminario de Derecho Penal de la UAM, en esta ocasión sobre el tema de “La crisis del principio del hecho”.

El libro que ahora publicamos, gracias de nuevo a la amable disposición de la Editorial BdeF, recoge las cuatro ponencias y las dos comunicaciones que se presentaron en aquel seminario. En primer lugar, las dos ponencias del jueves 17, las de los profesores Anneke Petzsche (Universidad Humboldt de Berlín) y Alberto Alonso Rimo (Universidad de Valencia), y a continuación las dos ponencias del viernes 18, las de los profesores Víctor Gómez Martín (Universidad de Barcelona) y María Luisa Cuerda Arnau (Universidad Jaume I).

Al igual que hicimos en el libro de la edición anterior, queremos antes que nada mostrar nuestro agradecimiento a los ponentes del seminario por haber aceptado en su momento participar en el mismo y por permitir

ahora que publiquemos sus trabajos. Todos ellos, además de excelentes penalistas, son reconocidos expertos en el tema de la crisis del principio del hecho, por lo que fue una suerte para nosotros poder contar con su participación. Estamos seguros de que las ponencias que presentaron y las observaciones con las que enriquecieron los debates de las distintas sesiones fueron clave para el éxito del seminario. Hacemos extensivo este agradecimiento a los autores de las comunicaciones, en especial a los autores de las dos comunicaciones que resultaron finalistas, y al conjunto de profesores e investigadores, procedentes de diferentes universidades, que asistieron al seminario y contribuyeron con sus aportaciones a la discusión. Por último, aprovechamos para dar también las gracias a las compañeras y compañeros del Área de Derecho Penal de la UAM que colaboraron en la organización de esta segunda edición del seminario; y en especial a Marta Pantaleón Díaz y a David Gallego Arribas, por moderar las sesiones.

Los buenos resultados obtenidos en estas dos primeras ediciones nos reafirman en nuestra voluntad y en nuestro compromiso de seguir organizando, desde el Área de Derecho Penal de la UAM, un seminario de similares características que ofrezca cada año un espacio de encuentro y discusión a todos los interesados en el estudio del Derecho Penal.

El tema de este segundo seminario fue “La crisis del principio del hecho”, un tema de enorme relevancia político-criminal en el que se plantean importantes cuestiones dogmáticas relacionadas con la teoría general del delito y con el alcance de los principios fundamentales del Derecho penal.

Como es sabido, en los últimos años, tanto en España como en otros muchos países de nuestro entor-

no cultural, se ha ido imponiendo, de manera cada vez más evidente, un modelo político-criminal basado en la seguridad; un modelo, dicho más concretamente, en el que la libertad individual y los principios y garantías tradicionalmente destinados a limitar el *ius puniendi* estatal han ido cediendo terreno ante la creciente preocupación por la seguridad –o por una particular forma de seguridad–. Este modelo ha dado lugar a una serie de modificaciones legislativas en las que puede apreciarse cierta tendencia a utilizar la sanción penal más como una forma de evitar conductas peligrosas o de inocular a quienes pueden ser considerados sujetos peligrosos, que por castigar de manera justa la comisión de un hecho delictivo. Entre las numerosas manifestaciones de esta nueva orientación político-criminal se encuentran precisamente algunas nuevas figuras delictivas que sancionan determinadas conductas por el peligro que a partir de ellas se le presume al autor de las mismas, y no tanto por la amenaza que el hecho realizado representa realmente para los intereses o bienes jurídicos que se desea proteger. Hasta el punto de que, en ocasiones, da la impresión de que, directamente, la sanción penal no se impone por el hecho cometido, sino por el hecho que se puede llegar a cometer, lo que supone la vulneración de uno de los principios más importantes del Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho: el llamado “principio del hecho”.

“La crisis de principio del hecho” constituye, en definitiva, un tema de gran actualidad y trascendencia que nos obliga a reflexionar nuevamente sobre la importancia y el alcance de los principios limitadores del Derecho penal, así como sobre su anclaje jurídico-constitucional y sobre el tipo de interpretaciones que permiten garantizar su cumplimiento. Todas estas cuestiones,

relativas principalmente –aunque no solo– al principio del hecho, son las que se abordaron en el seminario y las que ahora presentamos en este libro.

II

En el primero de los trabajos, titulado “La criminalización de los actos preparatorios como desafío al principio del hecho: la perspectiva alemana”, la profesora Petzsche, además de formular unas consideraciones generales sobre la importancia del principio del hecho y sobre los riesgos que para este principio representa la criminalización de los actos preparatorios, analiza de forma crítica algunas reformas concretas del Código penal alemán en las que se tipifican ciertos actos preparatorios relacionados con los delitos de terrorismo y de trata de seres humanos.

Reivindica así, en primer lugar, la importancia del hecho como principio básico de un Estado de Derecho liberal, recordando que dicho principio sirve fundamentalmente para garantizar la libertad del individuo frente al poder punitivo del Estado. Por una parte, porque contribuye a la seguridad jurídica, identificando la conducta prohibida cuya realización puede llevar aparejada una sanción penal. Por la otra, porque pretende impedir que el Estado castigue aspectos tan esenciales de la libertad individual como los pensamientos, la personalidad o la conducción de vida.

Llama la atención a continuación sobre el incremento de los delitos que castigan conductas realizadas en un estadio previo a la lesión del bien jurídico, pues cuanto más alejada está la conducta del ataque efectivo al bien jurídico, más fácil es que la conducta se presente como una conducta objetivamente inocua, neutra o

socialmente adecuada, plenamente equiparable a cualquier otra actividad de la vida diaria. En tal caso, explica Petzsche, lo que acaba siendo determinante para justificar la imposición de la sanción penal es la peligrosidad que se desprende de la intención o la voluntad del autor. Y cuando la sanción no se hace depender de la conducta realizada, sino de la intención del autor o de la peligrosidad que se deduce de su forma de ser, se produce una clara vulneración del principio del hecho.

Al criminalizar los actos preparatorios se corre el riesgo, por tanto, de acabar castigando solamente la intencionalidad o la personalidad aparentemente peligrosa de quien realiza la conducta, lo que constituye en realidad una manifestación del Derecho penal de autor. Existen otros ámbitos, dice Petzsche, en los que tradicionalmente se ha reflejado la preocupación por la posible aplicación de un Derecho penal de autor, como en el castigo de la tentativa inidónea, la regulación de algunos delitos de peligro abstracto o la agravación de la pena en caso de reincidencia, pero en los últimos tiempos la creciente importancia que han ido adquiriendo los delitos preparatorios, en los que se aprecia una cierta tendencia a valorar la peligrosidad personal del autor, ha llevado a centrar también en estos delitos el debate en torno a la delimitación entre el Derecho penal del hecho y el Derecho penal de autor. Sostiene Petzsche, a este respecto, que aunque no pueda afirmarse que toda sanción de actos preparatorios es contraria al principio del hecho –y, por tanto, ilegítima–, sí es necesario exigir el cumplimiento de algunas garantías para no incurrir en un Derecho penal de autor. Esas garantías pasan, a su juicio, por exigir que la conducta represente un riesgo objetivo para el bien jurídico protegido y por respetar en todo momento el principio de proporcionalidad.

Desde esta perspectiva, Petzsche se muestra particularmente crítica con algunas reformas legislativas que se han producido en Alemania durante los últimos años, sobre todo en relación con los delitos de terrorismo y de trata de seres humanos.

En materia de terrorismo, por ejemplo, critica la reforma de 2009 que introdujo el delito del § 89a del *Strafgesetzbuch*, en el que se castiga la llamada *preparación de graves delitos violentos que ponen en riesgo al Estado*. En concreto, se castiga la preparación que se lleva a cabo a partir de una serie de actos tasados como el de instruir o dejarse instruir sobre la fabricación o el uso de armas de fuego, explosivos y otras sustancias peligrosas, o el de fabricar o almacenar tales armas, explosivos y sustancias, incluyendo los productos necesarios para su preparación. La generalidad con la que están definidos estos actos permite considerar típicas algunas conductas de las que difícilmente puede afirmarse que constituyen un peligro para el bien jurídico y para las que resulta determinante, por tanto, el elemento subjetivo de la intención o finalidad del autor. Conductas, por ejemplo, como la de recibir un curso de formación para pilotar aviones o la de adquirir un teléfono móvil que posteriormente puede ser utilizado para activar una bomba. Ello se hace todavía más evidente tras la última reforma de 2015, en la que se introduce un nuevo apartado 2a, dentro de este mismo § 89a, para añadir expresamente otros posible acto preparatorio consistente en *intentar salir de la República Federal de Alemania* con el propósito de cometer alguno de esos graves delitos violentos que ponen en riesgo al Estado. En este caso, es especialmente claro que, desde el punto de vista objetivo, la conducta típica es una conducta completamente inocua que realizan a diario miles de personas. Para

determinar la gravedad de la conducta y marcar la diferencia con respecto a otras conductas atípicas resulta determinante de nuevo el elemento subjetivo de la finalidad o la peligrosidad del autor, lo que constituye una flagrante vulneración del principio del hecho.

Advierte también Petzsche de los problemas que este tipo de delitos plantean desde el punto de vista procesal, pues la prueba ya no se refiere a la realización de un hecho concreto, sino a una determinada intención o forma de ser, lo que puede generar no pocas inseguridades y arbitrariedades.

Con todo, concluye Petzsche, lo más grave de este tipo de delitos que sancionan conductas preparatorias muy alejadas del peligro o la lesión del bien jurídico es que terminan incurriendo a menudo en un denostado Derecho penal de autor que criminaliza la peligrosidad personal y que afecta desproporcionada e injustificadamente al núcleo esencial de la libertad individual.

III

En el segundo de los trabajos, titulado “Actos preparatorios y principio del hecho”, el profesor Alonso Rimo muestra también su preocupación por la creciente criminalización de los actos relacionados con la *preparación delictiva*, afirmando que son muchos, a su juicio, los casos en los que esta criminalización atenta claramente contra el principio del hecho.

Empieza señalando, en este sentido, que aunque en la Parte General de nuestro Código penal se tome como punto de partida la impunidad de los actos preparatorios, estableciendo la posibilidad de castigar solamente algunos actos concretos como la conspiración, la proposición y la provocación –y solamente en aquellos delitos en los que así se reconozca expresamente–, en la

Directora
MIRENTXU CORCOY BIDASOLO
Universidad de Barcelona

Miembros del Consejo Editorial

- **GUSTAVO EDUARDO ABOSO**, Universidad de Buenos Aires, Argentina.
- **GERMÁN ALLER**, Universidad de la República, Uruguay.
- **MANUEL CANCIO MELIÁ**, Universidad Autónoma de Madrid, España.
- **RAÚL CARNEVALI**, Universidad de Talca, Chile.
- **JOSÉ DANIEL CESANO**, Universidad de Córdoba, Argentina.
- **EDUARDO DEMETRIO CRESPO**, Universidad de Castilla - La Mancha, España.
- **MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO**, Universidad de León, España.
- **VÍCTOR GÓMEZ MARTÍN**, Universidad de Barcelona, España.
- **MARIO PEREIRA GARMENDIA**, Universidad de Navarra, España.
- **GABRIEL PÉREZ BARBERÁ**, Universidad de Córdoba, Argentina.
- **PABLO SÁNCHEZ-OSTIZ**, Universidad de Navarra, España.

España

978-84-290-2366-4



9 788429 023664

Uruguay

978-9915-650-12-8



9 789915 650128