

## Capítulo IV

# Prevenir y evitar: consideraciones en torno a un modelo de intervención penal anticipativa

JUAN JOSÉ LÓPEZ ORTEGA  
JUAN MANUEL ALCOCEBA GIL

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA COLONIZACIÓN DEL DERECHO PENAL POR LOS SERVICIOS DE INTELIGENCIA. 1. *La criminalidad organizada como punto de partida*. 2. *El papel del 11S en la consolidación del modelo*. 3. *El desarrollo tecnológico y la evolución del modelo*. III. LA EMERGENCIA DE UN NUEVO DERECHO PENAL ANTICIPATIVO. 1. *El progresivo adelantamiento de la intervención penal*. 2. *La seguridad como derecho basado en la tecnología*. IV. LA CRISIS DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL CLÁSICO. 1. *La tipicidad y los elementos constitutivos del delito*. 2. *Los principios de presunción de inocencia, prueba y defensa contradictoria*. V. CONCLUSIONES.

### I. INTRODUCCIÓN

Mucho se ha escrito sobre la profunda crisis en que desde hace varias décadas se encuentra sumido el pensamiento occidental. Ante el progresivo debilitamiento de los fundamentos, de origen ilustrado, que sostenían el constructo histórico, filosófico, político y jurídico llamado modernidad, el momento presente parece situarse entre el final de una época y el inicio de la siguiente, sin que sea posible aún discernir donde empieza una y acaba la otra.

El Derecho penal no es ajeno a esta situación. Como parte constitutiva de la estructura social, se ve afectado por los reajustes que en ella se producen, reflejando ahora la naturaleza transitoria del contexto actual. De hecho, las recientes tensiones experimentadas por el sistema punitivo han sido tales que la transformación del mismo actualmente en curso es de una magnitud desconocida, pues va más allá de los lugares comunes creados por el debate doctrinal contemporáneo<sup>1</sup>. El

---

1. Para GONZALEZ CUSSAC, J. L. «Apuntes de un derecho penal híbrido», en QUERALT JIMÉNEZ, J. J., et al. *Estudios de Derecho penal Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2017, nos hallamos en un tiempo donde el viejo mundo agoniza y el nuevo no ha

cambio que está en marcha no solo implica una alteración parcial de los principios inspiradores del modelo, sino que constituye un replanteamiento de su finalidad y presupuestos legitimadores.

Ya no se trata, únicamente, de reaccionar frente al delito cometido, sino antes de eso impedir su comisión, anudando al sistema de justicia criminal una función de carácter anticipativo, que hasta ahora le ha sido ajena. La introducción de esta finalidad conlleva necesariamente una traslación del eje sobre el que orbita la lógica del modelo clásico. Elementos nucleares en la construcción del derecho penal moderno, como la tipicidad, la culpabilidad o la presunción de inocencia, pierden peso en un modelo de intervención punitiva que se adelanta cada vez más en el tiempo con el objeto de neutralizar las posibles amenazas a la seguridad. Además, al hacerlo se prescinde de la necesaria concurrencia de hechos lesivos para fundamentar la reacción penal, las penas se sustituyen por medidas pre-delictivas y la restricción de derechos se legitima en base a la peligrosidad –en vez de culpabilidad– del individuo. Nos encontramos, en esencia, frente a la sustitución del modelo de intervención penal hasta ahora imperante, ante el tránsito de un derecho penal *reactivo* a un derecho penal *anticipativo*.

No obstante, esta transformación no se produce súbitamente, sino de forma paulatina y a través de diferentes mecanismos. Aunque el punto de inflexión suele situarse en los atentados terroristas que se produjeron el 11 de septiembre de 2001 en Nueva York, la idea de anticipación, como fin del Derecho y del proceso penal, empieza a introducirse en los fundamentos de la política criminal contemporánea desde bastante antes. Es un fenómeno anterior a los grandes atentados *yihadistas* que hay que ubicar en las profundas transformaciones que dieron comienzo en las sociedades occidentales al final de la década de los ochenta, coincidiendo con la caída del telón de acero y la superación de la guerra fría. Desde los inicios de la *globalización* parece haberse iniciado un proceso de reestructuración de fuerzas en lo externo y de redefinición de la función del Estado en lo interno que, pese a no haber concluido aún, ya ha afectado de manera determinante a cuestiones como la forma en que se comprende la criminalidad, la finalidad que cumple el sistema de justicia frente a la misma y los medios con los que se cuenta para combatirla.

En relación con la percepción del fenómeno delictivo, resulta especialmente relevante el peso que a lo largo de la segunda mitad del pasado siglo va adquiriendo la idea de *organización*, de forma que, a finales de los años 90, la realidad criminológica se encuentra centrada en la delincuencia de base colectiva. Poner el foco en el aspecto asociativo de la delincuencia trae consigo el inicio de una importante modificación en los medios utilizados para la averiguación del delito y también para su represión. Las técnicas subrepticias de investigación y la infiltración van ganando peso dentro del ámbito penal. Pero siendo esto importante, lo más relevante del proceso es que no sólo se incorporan las *herramientas*, sino también la *metodología* propia de los servicios de *inteligencia* basada en el acopio

---

llegado todavía... «Naturalmente el derecho penal en estas últimas décadas, y como fruto de su tiempo que es, no escapa a este diagnóstico. El bueno y viejo derecho penal liberal se muere, y mientras no nace un nuevo derecho penal, asistimos perplejos al nacimiento de un monstruo.»

de información, su tratamiento y análisis. Simultáneamente a este giro metodológico, se produce también un adelantamiento en la intervención punitiva, que pasa a guiarse por criterios estratégicos dirigidos a la neutralización de riesgos. Si la inteligencia es el método, la detección de amenazas se convierte en el fin de la investigación y la evitación de la lesión en el de la pena.

Es una modificación de gran calado, estrechamente ligada al desarrollo tecnológico que se ha producido en las últimas décadas, pues es a través de la aplicación a la investigación penal de los adelantos técnicos más sofisticados y novedosos, como se entiende posible detectar las amenazas antes de que se concreten en hechos delictivos. La tecnología se convierte en el medio posibilitador de la evitación. En este sentido, la acumulación y tratamiento automatizado de la información obrante en bases de datos y, más recientemente, el uso de algoritmos basados en el Big data como mecanismo predictivo, son claros ejemplos del paralelismo existente entre el surgimiento de la evitación del delito como principal finalidad del sistema de justicia criminal y la revolución tecnológica.

Resulta difícil imaginar qué artefacto jurídico surgirá de la metamorfosis que experimenta hoy el Derecho penal. Lo que parece evidente, incluso en su etapa embrionaria, es la discontinuidad que supone con el modelo clásico de base ilustrada que le precede. Si las diferencias residen, tal y como parece, en la raíz axiológica de ambas construcciones, no puede entenderse lo nuevo como una evolución o deformación de lo anterior, sino como un cambio cualitativo, como el surgimiento de un paradigma distinto de carácter autónomo. La presente contribución no persigue hacer una fiel descripción del nuevo derecho penal que se está conformando, sino evidenciar su existencia, ubicar su origen y destacar las principales contradicciones que tienen lugar cuando se pretende analizar desde la óptica del pensamiento jurídico penal clásico.

## II. LA COLONIZACIÓN DEL DERECHO PENAL POR LOS SERVICIOS DE INTELIGENCIA

### 1. LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA COMO PUNTO DE PARTIDA

La criminalidad organizada no es un fenómeno nuevo, ni tan siquiera puede circunscribirse al último siglo. Aunque se tiene constancia de la existencia de mafias, bandas, logias o grupos de bandoleros desde épocas anteriores al nacimiento del Estado moderno<sup>2</sup>, la evolución experimentada por la legislación penal desde finales del siglo XX revela una creciente preocupación tanto en el ámbito nacional como a escala global por esta realidad criminológica, cuya represión ha acabado por convertirse en el eje principal de la política criminal contemporánea<sup>3</sup>.

2. Con relación a España, SANTOS TORRES, J. *El Bandolerismo en España: Una Historia Fuera de la Ley*. Madrid: Temas de hoy, 1995.

3. En la esfera internacional, el fenómeno pasará relativamente inadvertido hasta 1975, año en que la *V Convención de las Naciones Unidas para la Prevención del Crimen* aborda por primera vez la cuestión de forma tangencial, diferenciando la delincuencia organizada de otros tipos de

Existen numerosas explicaciones acerca del por qué la criminalidad organizada y el terrorismo se definen como una de las principales amenazas a la seguridad de las sociedades contemporáneas. La mayoría combinan componentes de carácter político con otros de naturaleza económica y social, como puedan ser: el proceso de neoliberalización y la globalización; el desarrollo de las comunicaciones y las tecnologías; la superación del orden bipolar propio de la guerra fría o la existencia de movimientos ideológicos y religiosos que interaccionan con los anteriores<sup>4</sup>. Sin duda, se trata de un fenómeno complejo determinado por múltiples variables, sobre las que destaca la perspectiva política adoptada por los poderes públicos en el concreto momento histórico<sup>5</sup>.

En cualquier caso, lo que resulta claro es que la *organización* se convierte en el paradigma de la política criminal que se desarrolla en la década de los años 90. Como consecuencia de ello, la finalidad de la investigación penal se modifica, se reorienta hacia el descubrimiento de estructuras criminales, a hacer aflorar la actividad que se está desarrollando en su seno y a la imposición de medidas coactivas dirigidas a evitar que tales colectivos sigan operando<sup>6</sup>.

Si amplios sectores de la criminalidad pasan a concebirse como un fenómeno frecuentemente protagonizado por sujetos de carácter asociativo, los mecanismos de investigación dejan de centrarse exclusivamente en los hechos para comenzar a articularse en torno a la idea de detección y neutralización de la organización. En la medida que se tipifica como conducta punible la pertenencia a colectivos o grupos, la investigación se redirige hacia el descubrimiento de todos aquellos elementos que puedan acreditar tal realidad inmaterial. De este modo, la obtención *subrepticia* de información y el *secreto* van ganando peso en el marco del proceso penal. La *inteligencia* y la *infiltración* se abren camino hasta convertirse, a través de las figuras de la prueba pericial de inteligencia y el agente encubierto, respectivamente, en herramientas comunes del sistema de enjuiciamiento criminal. En resumidas cuentas, se produce una extensión de las funciones de los servicios de inteligencia a ámbitos que hasta entonces se habían considerado exclusivos de

---

criminalidad. Al citado acuerdo le seguirán múltiples documentos que culminarán en el año 2000 con la aprobación la *Convención contra la Criminalidad organizada transnacional*, denominada comúnmente Convención de Palermo. Por su parte, la Unión Europea expresa por primera vez su interés en armonizar la legislación sobre criminalidad organizada como paso previo a la creación de mecanismos de cooperación para su persecución, a través de la Acción común adoptada por el Consejo el 21 diciembre 1998 sobre la base del artículo k.3 del TUE, *relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los estados miembros de la Unión Europea*. Con posterioridad se ha desarrollado una amplia normativa con el objetivo específico de combatir este tipo de delincuencia, de entre la que sobresalen por su importancia las Decisiones Prüm y el Sistema de Información de Schengen de primera y segunda generación.

4. Por todas DE LA CORTE IBÁÑEZ, L. *Crimen Org: Evolución y claves de la delincuencia organizada*. Barcelona: Ariel. 2010.
5. Sobre cómo ha influido el tratamiento informativo del fenómeno puede consultarse; JIMÉNEZ RODRIGO, M. L., y AUGUSTO DOS SANTOS, R. «Derecho penal de emergencia: medios de comunicación y adopción de medidas penales excepcionales». *Rev. Fac. Direito UFMG*, N.º 67, 2015, pp. 483-508. Sobre su tratamiento jurídico: LUZÓN CANOVAS, M. «La tipificación penal de la organización y el grupo criminal. Problemas concursales». *Revista de Jurisprudencia*. N.º 3, 2011.
6. En el mismo sentido: CANCIO MELIÁ, M. *Delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*. Madrid: Editorial Reus, 2010.

la investigación penal, asumiendo junto a las funciones de defensa y seguridad nacional que le son típicas, cometidos de seguridad interior relacionados con la represión del crimen organizado<sup>7</sup>.

Así, el gigantesco aparato de inteligencia civil y militar generado al calor de la guerra fría, lejos de perder relevancia, continúa desarrollándose una vez superado este periodo histórico hasta convertirse en uno de los principales instrumentos de lucha contra la criminalidad. En la época post-soviética, la comunidad de inteligencia se recicla, redefine sus objetivos y pone sus sofisticados *sistemas de vigilancia* –desarrollados por las superpotencias antagónicas con fines estratégicos–, al servicio de la investigación criminal a través de su introducción en el marco de la lucha contra el terrorismo y los grupos criminales.

## 2. EL PAPEL DEL 11S EN LA CONSOLIDACIÓN DEL MODELO

Este planteamiento, además de verse especialmente reforzado y potenciado, encuentra anclaje normativo a raíz de los atentados del 11 de septiembre de 2001 contra el World Trade Center. La denominada *War on Terror* que emprendió la Administración Bush tras el 11S y que implicó a la mayor parte de los países occidentales, elevó la consideración del terrorismo a uno de los principales puntos en la agenda política exterior e interior del país. El inicio de la ofensiva global destinada a acabar con la amenaza terrorista precipitó el desarrollo de una política encaminada a rediseñar la forma en que las organizaciones criminales habrían de ser detectadas, investigadas y neutralizadas<sup>8</sup>.

La estrategia antiterrorista nacida del 11S poseía una naturaleza híbrida, que comprendía tanto la ampliación sin precedentes de las competencias en materia de investigación extraprocésal conferidas a las fuerzas de seguridad, como la intervención de las fuerzas armadas y los servicios de inteligencia en la investigación penal. Es decir, se basaba en la combinación del trabajo realizado por las instituciones encargadas de la seguridad interior –cuyo cometido era investigar y desarticular las posibles células terroristas existentes mediante los mecanismos propios del sistema de justicia–, con intervenciones militares dirigidas a identificar y neutralizar los recursos económicos, materiales y humanos de los que disponían estas organizaciones criminales dentro y fuera del país<sup>9</sup>.

7. BACHMAIER WINTER, L. «Información de Inteligencia y Proceso Penal», en BACHMAIER WINTER, L. (coord.). *Terrorismo, Proceso penal y derechos fundamentales*. Madrid: Marcial Pons, 2012, págs. 56 y 57 señala como la convergencia entre inteligencia e investigación penal en el ámbito de la lucha contra el terrorismo y la delincuencia organizada se produce, en esencia, porque son fenómenos que afectan tanto a la esfera de los servicios de inteligencia como del proceso penal.

8. Sobre el impacto de la reacción estadounidense al 11S en la conformación de la política antiterrorista del SXXI véase ALCOCEBA GIL, J.M. «Contraterrorismo del Siglo XXI: de Seguridad a Defensa», en *El estado de derecho a prueba: seguridad, libertad y terrorismo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, págs. 119-148.

9. Al respecto, resulta especialmente reveladora la resolución conjunta del Congreso 107-40 de 18 de septiembre de 2001 que autorizó el uso de fuerza militar para detener y prevenir el terrorismo internacional en el interior de los Estados Unidos, abriendo la puerta a que grupos terroristas localizados dentro del territorio nacional fueran investigados por el ejército y sus servicios

En realidad, tras el 11S no se inventa nada nuevo, más bien se afianza y acelera una tendencia que venía desarrollándose con anterioridad en relación con el crimen organizado, pero que hasta ese momento no contaba con respaldo legal expreso. Tal y como numerosos autores vienen señalando desde entonces, las medidas adoptadas por EEUU a partir de 2001 marcan la vuelta a una política antiterrorista construida sobre la base del estado de excepción permanente y el Derecho penal del enemigo<sup>10</sup>, pero también suponen la consolidación legislativa de un modelo de investigación proactivo basado en la inteligencia, el secreto y la vigilancia masiva, que pese a no ser novedoso, nunca había alcanzado tales cotas de cobertura jurídica y desarrollo técnico<sup>11</sup>.

Las duras críticas que, desde el ámbito universitario, organizaciones internacionales y ONGs se vierten contra la doctrina antiterrorista desarrollada tras los atentados de las torres gemelas, no han bastado para impedir la expansión legislativa del modelo fuera de Estados Unidos. En el caso de Europa, una clara muestra de ello es la Decisión Marco 2006/960/JAI de 18 de diciembre, sobre la *simplificación del intercambio de información e inteligencia entre los servicios de seguridad de los Estados miembros de la Unión Europea*, también conocida como «Iniciativa Sueca» e incorporada al ordenamiento español por la Ley 31/2010 de 27 de julio. De ambos textos se deduce la práctica disolución de la tradicional distinción entre las actividades de investigación e inteligencia en el ámbito de la cooperación entre países de la UE, pues tanto en la Exposición de Motivos como en su articulado, ambos conceptos se refunden bajo la expresión común «*intercambio de información e inteligencia*» entre los servicios de seguridad de los Estados miembros.

En relación a España, más allá de la normativa previamente citada, es preciso destacar que la ausencia de regulación sobre la posibilidad de trasvasar información de inteligencia al proceso penal no ha sido obstáculo para que, en la práctica, se haya acabado por normalizar su empleo, tanto durante la fase de instrucción judicial como de enjuiciamiento. Su utilización, además, se ha visto favorecida por una jurisprudencia complaciente desarrollada por el Tribunal Supremo desde finales de los años 90 y, sobre todo, durante el nuevo siglo<sup>12</sup>, tendente a validar

---

de inteligencia. A esta ley le siguieron otras como el *USA PATRIOT Act* de 26 de octubre de 2001 y el Decreto Presidencial *Military Order* de 13 de noviembre de 2001, las normas más conocidas de una serie, que no hicieron sino avanzar en la misma línea, proporcionando encaje legal a la metodología anteriormente descrita.

10. A este respecto véase: ASUA BATARRITA, A. «El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho penal. Delitos de terrorismo, “finalidades terroristas”, y conductas periféricas», en CANCIO MELIÁ, M. (coord.), y GÓMEZ-JARA DIEZ, C. (coord.). *Derecho penal del enemigo El discurso penal de la exclusión*. Vol. 2006, págs. 239-276.
11. En el mismo sentido BACHMAIER WINTER, N. «Información de Inteligencia y Proceso Penal...», ob cit. pág. 56, señala como «desde hace varias décadas y, especialmente desde los atentados del 11 de septiembre de 2001 en Nueva York, la línea de separación entre inteligencia y proceso penal, entre prevención y represión se ha ido diluyendo, en particular en los casos de delitos de terrorismo y de grave delincuencia organizada», puntualizando el hecho de que «la convergencia se acentúa a partir de los atentados del 11 de septiembre, pero ese proceso de aproximación ya era visible mucho antes».
12. De la que son muestra las SSTs 1215/2006 de 4 de diciembre; 1025/2007 de 19 de enero; 585/2007 de 20 de junio; 783/2007 de 1 de octubre; 124/2009 de 13 de febrero; 985/2009 de 13 de octubre; 480/2009 de 22 de mayo; 209/2010 de 31 de marzo; 197/2011 de 25 de octubre. Para mayor

la admisibilidad de la denominada *prueba pericial de inteligencia*<sup>13</sup>. Si bien es cierto que la institución ha generado un amplio debate doctrinal, lo llamativo es que se haya centrado en la naturaleza (pericial) de este medio de prueba<sup>14</sup>, cuando el verdadero problema reside en que, al permitir el acceso sin restricciones al procedimiento investigador de las informaciones obtenidas por los servicios de inteligencia, la opacidad y la prueba referencial se generalizan, con el consiguiente debilitamiento de los principios de contradicción y defensa<sup>15</sup>.

### 3. EL DESARROLLO TECNOLÓGICO Y LA EVOLUCIÓN DEL MODELO

A causa de la cada vez mayor presencia de los servicios secretos en el ámbito penal, se va normalizando por parte de la policía el uso de las técnicas propias de la inteligencia, que pasan a ser empleadas de un modo general para la investigación de los delitos<sup>16</sup>. Su implementación generalizada se encuentra, además, en estrecha relación con el incremento de la eficacia de los sistemas de vigilancia, propiciado por el desarrollo exponencial de las tecnologías de la información.

Si en un primer momento el medio de investigación por excelencia era la *vigilancia física*, característico de una concepción pretecnológica de la investigación criminal, bien pronto se completará con la *vigilancia de las comunicaciones*, la cual, una vez se digitaliza (SITEL), permite hacer objeto de investigación, simultáneamente, a decenas de miles de personas. Además, una vez implementada, la digitalización no sólo permite escuchar las conversaciones del investigado, sino también obtener en tiempo real otros datos complementarios asociados al proceso de comunicación, como la localización y el movimiento del sospechoso. Una capacidad indagatoria hasta hace poco impensable, que todavía pone el punto de

---

detalle BACHMAIER WINTER, N. «Información de Inteligencia y Proceso Penal...», ob cit. págs. 56-57.

13. Termino sobre el que tampoco ha existido unanimidad jurisprudencial desde un inicio, según muestran la STS 2084/2001 de 13 de septiembre (FJ 14) que la denomina como prueba «pericial de inteligencia» y la STS 786/2003 de 29 de mayo (RJ 2003, 4242) (FJ2) utiliza la acepción de prueba pericial de información.
14. En este sentido: CASTILLEJO MANZANARES, R. «La prueba pericial de inteligencia». *Diario La Ley*. N.º 7756, 2011; GUERRERO PALOMARES, S. «La denominada “prueba de inteligencia policial” o “pericial de inteligencia”». *Revista de derecho y proceso penal*. N.º 25, 2011, págs. 75-91; GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F. «La presunta prueba pericial de inteligencia: análisis de la STS de 22 de mayo de 2009». *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*. N.º 64, 2009, pág. 5 y ss.
15. A este respecto véase LÓPEZ ORTEGA J. J. «¿Puede reconocerse algún valor probatorio a la denominada prueba pericial de inteligencia (análisis de información)?» en HERNÁNDEZ J. (Dir.) *113 Cuestiones sobre la prueba en el proceso penal*. Cuadernos Digitales de Formación. Consejo General del Poder Judicial 31-2013, págs. 75-79.
16. Así, VERVAELE, J. A.E. «Medidas procesales especiales y protección de los derechos humanos Informe general». *Utrecht Law Scholl Review*, Vol. 5, N.º 2, 2009, pág. 169, señala como en el ámbito de la lucha contra la delincuencia grave juegan un papel creciente las agencias administrativas y de inteligencia: «Ganando terreno en el sistema de justicia penal están también los Servicios de Inteligencia (SI), tanto las unidades de policía especializadas que se ocupan de la inteligencia de la policía, como las agencias de seguridad. Su responsabilidad es la de servir como precursores de las investigaciones policiales y orientadas por datos de inteligencia, y, en algunos países informantes, han obtenido incluso competencias coactivas y/o judiciales. Las agencias clásicas AIJ se han convertido en agencias de inteligencia y han cambiado su cultura y su comportamiento».

mira en un sujeto, en una persona determinada a quien se otorga la *condición de sospechoso*. El gran cambio se producirá en un momento posterior. Al compás de este desarrollo tecnológico y a medida que el nuevo modelo avanza, la cualidad del sujeto pasivo del proceso, como presupuesto legitimador de la intervención penal, se irá diluyendo, de forma que desde el inicio de este siglo empiezan a surgir legislaciones que imponen obligaciones en materia de conservación de datos<sup>17</sup>, no con el fin de utilizarlos para investigar a una persona concreta por un delito ya sucedido, o que pueda estarse cometiendo, sino para el caso de que el afectado (cualquiera) llegue en el futuro a ostentar la condición de sospechoso<sup>18</sup>.

Esta situación, que hasta hace poco constituía el estadio final del progreso tecnológico aplicado al desarrollo de la investigación criminal y el último escalón de la colonización del Derecho penal por la inteligencia, está siendo superada en la actualidad por el uso del *Big Data* como instrumento de detección de la criminalidad antes de que esta haya llegado a materializarse en la comisión de delitos concretos. A partir de la información obtenida por el aparato de monitorización a gran escala, al que está dando lugar la política criminal contemporánea, se pretende identificar patrones o regularidades asociados a las conductas potencialmente delictivas. Todo ello con el fin de anular el riesgo de que tales comportamientos puedan llegar a concretarse en hechos mediante intervenciones preventivas<sup>19</sup>. De esta forma, no puede extrañar que en la actualidad se asuma y entienda sin tapujos que «el principal valor añadido de la actividad policial moderna en la lucha contra la criminalidad procede de la gestión de la información y de la capacidad para generar inteligencia, puesto que de ella depende que se puedan apreciar *patrones de comportamientos delincuenciales* individuales o colectivos y así neutralizar las acciones criminales» previamente a que se produzca el daño<sup>20</sup>.

- 
17. Con este propósito, desde la Unión Europea, se ha desarrollado una regulación en materia de telecomunicaciones que se inicia con la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, *relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas*. Esta regulación posteriormente será ampliada y reforzada por la Directiva 2006/24/CE de 15 de marzo de 2006 *sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones*, cuyo contenido se integra en el ordenamiento español a través de la Ley 25/2007, de 18 de octubre, *de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones*, que sin embargo ha sido invalidada por el TJUE mediante sentencia de 8 de abril de 2014, Digital Rights Ireland y Seitlinger y otros (asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12) y sentencia de 16 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-203/15 Tele2 Sverige AB / Post- och telestyrelsen y C-698/15 Secretary of State for the Home Department/Tom Watson y otros.
18. Siendo otro claro ejemplo de ello la regulación española en materia de almacenamiento y conservación de perfiles genéticos con fines de investigación penal establecida por la LO 10/2007.
19. Aunque por el momento este parece ser un objetivo todavía inalcanzado, ya que la eficacia de las técnicas de minería de datos destinadas a identificar potenciales criminales no ha sido demostrada, dando lugar por el contrario a resultados catastróficos en los estudios publicados hasta la fecha (véase BISGAARD MUNK, T. «100,000 false positives for every real terrorist: Why anti-terror algorithms don't work». *First Monday*, Vol. 22, N.º 9-4, 2017), lo relevante, sin embargo, es que constituye la expresión de una tendencia cuyo desarrollo en un futuro inmediato es capaz de corromper la comprensión actual de los fundamentos del sistema penal, tal y como hasta ahora han sido entendidos.
20. JAIME-JIMÉNEZ, O., y CASTRO MORAL, L. «La criminalidad organizada en la Unión Europea Estado de la cuestión y respuestas institucionales». *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*. N.º 91, 2010, p. 179.

Un claro ejemplo de esta evolución lo constituye la proliferación de organismos como el *Threat Terrorism Integration Center* estadounidense, creado en mayo de 2003 y reconvertido en el *National Counterterrorist Center* (NCTC) un año después mediante el *Intelligence Reform and Terrorism Prevention Act* de 2004. Esta agencia independiente del gobierno de Estados Unidos –cuyo máximo responsable es el director de la CIA–, tiene como cometido principal la recopilación y análisis de la información obtenida por más de una veintena de agencias e instituciones de entre las que destacan la propia CIA, el Pentágono y el FBI<sup>21</sup>. En 2012, el fiscal general de Estados Unidos, Eric Holder, concedió autorización expresa al NCTC para acceder y examinar la información personal de los ciudadanos norteamericanos almacenada en todas las bases de datos de titularidad pública o privada existentes en el país, con el fin de *predecir posibles comportamientos criminales*. Desde entonces, la vigilancia masiva llevada a cabo por la NCTC comprende entre sus principales tareas la creación y análisis de perfiles y patrones sobre sujetos potencialmente peligrosos a los que investigar<sup>22</sup>.

En esta misma línea ahonda la Directiva (UE) 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativa a la utilización de datos del Registro de Nombres de los Pasajeros (PNR) para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y de la delincuencia grave. En su Exposición de Motivos se recoge claramente: «la evaluación de los datos PNR permite la identificación de personas *no sospechosas* de estar implicadas en delitos de terrorismo o en delitos graves antes de que un análisis de sus datos indique que puedan estar implicadas en los mismos, y deban ser objeto de investigación adicional por parte de las autoridades competentes<sup>23</sup>». A ello se añade que el Anteproyecto de Ley con el que se pretende trasponer tal instrumento en el ordenamiento español<sup>24</sup> amplía el ámbito material de la disposición europea, habilitando al Estado para la utilización de los datos PNR en todo tipo de delitos y en toda clase de investigaciones, ya sean estas judiciales o meramente policiales<sup>25</sup>. Pero, lo que resulta aún más

21. El modelo de agencia establecido por el NCTC ha servido de referente a la mayor parte de países occidentales para diseñar los llamados Centros de Coordinación Antiterroristas. Se trata en esencia, de instituciones con capacidad y cobertura legal para recabar información –y transformarla en inteligencia– proveniente tanto de organismos civiles como militares, todo ello con total opacidad respecto a las fuentes y métodos.
22. Para más información puede consultarse BLOY, N y PETERS, H. M. «National Counterterrorism Center (NCTC)». *Washington, DC: Congressional Research Service*. N.º 7-5700, 2017; KELLY, M. «US Counterterrorism Agency Can Amass Data On Any Citizen». *Business Insider*. 14 de diciembre de 2012.
23. Téngase en cuenta que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea recientemente ha invalidado el Acuerdo sobre PNR previsto entre la UE y Canadá (Dictamen 1/15 del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de julio de 2017 (2017/C 309/03), cuyo contenido es similar a la citada directiva, que, si bien no afecta a su actual vigencia, sí permite prever el resultado de una impugnación, si esta llega a producirse.
24. Anteproyecto de Ley sobre uso de datos del Registro de Nombres de Pasajeros para la prevención de delitos de terrorismo y delitos graves, remitido al Consejo de Estado el 9 de febrero de 2018.
25. El art. 9.4 del texto articulado señala como: «Los datos remitidos por la Unidad de Información sobre Pasajeros a las autoridades competentes podrán ser objeto de tratamiento posterior por éstas, únicamente con los fines específicos de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de delitos de terrorismo y delitos graves, sin perjuicio de las actuaciones policiales o

importante, es que la citada normativa servirá, a la postre, para dar cabida en España a la creación de un sistema informático diseñado para la obtención masiva y tratamiento de información, en el marco del cual los datos del PNR son solo una pequeña parte de los datos que se analizarán para identificar sujetos que presenten perfiles de riesgo<sup>26</sup>.

### III. LA EMERGENCIA DE UN NUEVO DERECHO PENAL ANTICIPATIVO

#### 1. EL PROGRESIVO ADELANTAMIENTO DE LA INTERVENCIÓN PENAL

Como se viene exponiendo, el énfasis criminológico que desde finales del pasado siglo se pone en los *delitos de organización*, no solo trae consigo la incorporación del aparato de inteligencia al ámbito penal, sino que también da inicio a un progresivo adelantamiento de la intervención punitiva, localizándola en estadios anteriores a la producción de los hechos lesivos de los bienes jurídicos tradicionalmente protegidos por el ordenamiento penal<sup>27</sup>.

El tratamiento penal del terrorismo y la criminalidad organizada no solo es el origen, sino también el mejor ejemplo de esta nueva orientación de política criminal. Puesto que los delitos de pertenencia a organizaciones o grupos criminales (570 bis, 570 ter y 570 quáter CP) se configuran como tipos independientes de los delitos que se cometen aprovechando la estructura criminal, resulta obvio que los actos concretamente realizados para la integración en una organización criminal son previos conceptualmente a toda preparación o participación respecto de una infracción concreta<sup>28</sup>. Dicho de otro modo, en los delitos asociativos no se produce lesión alguna desde la perspectiva de los bienes jurídicos individuales, constituyendo tales conductas meros supuestos de *pre-preparación* o *proto-participación*, según ha señalado la más autorizada doctrina<sup>29</sup>.

---

judiciales que puedan llevarse a cabo en el caso de que, como consecuencia del tratamiento de dichos datos, se detecten otros delitos o indicios de ellos».

26. De hecho, en el Pliego de Prescripciones Técnicas para la Contratación del Desarrollo del Sistema de Registros de Nombres de Pasajeros (Proyecto PNR), que la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del interior publicó en 2015 y en enero de 2016 se adjudicó a la empresa Indra por 1,39 millones de euros, se recoge expresamente que el software tendrá por objeto la información referente a los vuelos con toda aquella relativa a su persona que pueda «captarse» de las redes sociales, de entre las que en concreto se señalan: Twitter, Google Plus, LinkedIn, Tumblr, Instagram y Flickr. De este modo, se señala en el propio documento: «El sistema deberá extraer información de forma continua de las fuentes soportadas, de forma que pueda crearse un histórico de información», pues se parte de la premisa de que «cruzando esos datos con la información local del aeropuerto se pueden llegar a predecir comportamientos o alertas sobre movimientos y decisiones inesperadas».
27. FUENTES OSORIO, J. L. «Formas de anticipación de la tutela penal». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. N.º 08-08, 2006, pág. 19.
28. CANCIO MELIÁ, M. «El injusto de los delitos de organización: peligro y significado». *Revista General de Derecho Penal*. N.º 8, 2007, pág. 247.
29. CANCIO MELIÁ, M. «Delitos de organización criminalidad organizada común y delitos de terrorismo», en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (DIR.), RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (pr.)

A efectos de política criminal, con la tipificación de estas conductas se busca atacar a la organización antes de que pueda cometer los delitos de resultado, o lo que es lo mismo, se pretende detener la lesión de los bienes jurídicos concretos en una fase anterior a la perpetración de hechos que dan lugar al resultado lesivo<sup>30</sup>, aunque dicha fase difícilmente pueda llegar siquiera a entenderse como preparatoria<sup>31</sup>. La pena opera, en estos casos, como elemento neutralizador del ilícito de resultado y no como reacción al mismo, dando lugar a un concepto de prevención distinto al utilizado por la dogmática clásica<sup>32</sup>. Es por ello que los delitos de organización han acabado por ocupar un importante lugar en el debate contemporáneo sobre las deformaciones experimentadas por el derecho penal liberal, siendo considerada su regulación desde hace tiempo por numerosos autores como la punta de lanza del populismo punitivo y la tendencia expansionista del *ius puniendi*<sup>33</sup>. No obstante, lo relevante de este fenómeno es que supone el punto de partida de una propensión, cada vez mayor del legislador, a desvincular las conductas castigadas de la realización de hechos penalmente relevantes. Todo ello con el objeto de prevenir la lesión adelantando el momento de la intervención y modificando así los presupuestos legitimadores de la pena.

Un importante paso en esta línea lo constituye la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo *en materia de delitos de terrorismo*. Tal modificación, consecuencia del *Acuerdo para afianzar la unidad en defensa de las libertades y en contra del terrorismo*<sup>34</sup>, ha dado lugar a la aparición de los nuevos tipos de capacitación, autocapacitación y autoadoctrinamiento terrorista, recogidos todos ellos en el art. 575.1 y.2 CP<sup>35</sup>.

---

*Estudios sobre las reformas del Código Penal: (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*. Madrid: Civitas, 2011, p 643 y ss; CANCIO MELIÁ, M. «El injusto de los delitos de organización...», ob cit. Pág. 247.

30. Siendo la finalidad de realizar dichos hechos lo que permite, entre otra serie de elementos, categorizar a la organización o grupo, como criminal; STS 1003/2006 de 19 octubre (RJ 2006, 7706) y STS 1145/2006 de 23 noviembre.
31. CANCIO MELIÁ, M. *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto...*, ob cit. pág. 87 y ss.
32. Que supone según GONZÁLEZ RUS, J. J. «La criminalidad organizada en el Código Penal Español. Propuestas de reforma». *Anales de derecho*. N.º 30, 2012, pág. 16; «un ejemplo modélico del punitivismo más reaccionario y de la exacerbación de la función simbólica del ordenamiento punitivo», siendo además en el caso de la regulación española una de las más claras expresiones del tan (teóricamente) denostado «Derecho penal del enemigo».
33. Por todos: SILVA SÁNCHEZ, J. M. *La expansión del Derecho penal*. Madrid: Civitas, 2001.
34. Firmado el 2 de febrero de 2015 por el PSOE y el PP, tiene por objeto adaptar la respuesta legal a las formas que pueda adquirir la amenaza del terrorismo en la actualidad.
35. 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

Independientemente de las comprensibles reticencias que la penalización de estas conductas pueda generar, en este momento lo importante es destacar que el autoadoctrinamiento constituye el paradigma de esta nueva tendencia anticipativa y neutralizadora que inspira la política-criminal contemporánea. En el segundo y tercer párrafo del 575.2 CP se establece como ilícito penal el mero acceso a información susceptible de radicalizar al receptor, conducta que no puede ser ligada al *iter criminis* de delitos de resultado lesivo, sino que consiste en un paso previo, ni tan siquiera necesario y en ningún caso preparatorio al de pertenencia a organización terrorista.

Si como se viene exponiendo, la política criminal basada en la proliferación y endurecimiento de los ilícitos asociativos adelanta la barrera punitiva al momento en que los individuos se constituyen como miembros de una organización que tiene por objeto la perpetración de actos lesivos de bienes jurídicos protegidos, con la inclusión del delito de autoadoctrinamiento terrorista y, en definitiva, la tipificación del adoctrinamiento pasivo, se pretende castigar una situación aún anterior, donde el autor del delito ni siquiera ha adquirido tal disposición hacia la comisión de los hechos susceptibles de producir daño, sino que está en vías de adquirirla. Se incrimina un *siendo*, en lugar de un *es*; un estarse radicalizando, en el lenguaje comúnmente utilizado por los medios, en lugar de un ser terrorista. En suma, ya no se trata de penar la pertenencia a colectivos que promueven la comisión de actos dañinos por el riesgo que ello supone, sino de intervenir ante situaciones donde se prevé que el sujeto pasivo pueda alcanzar un estatus –de perteneciente o adhesión–, que todavía no ostenta. De punir la integración en estructuras penalmente ilícitas, como delitos de riesgo abstracto, con la finalidad político-criminal de prevenir los delitos de resultado a los que la organización pueda dar lugar, se pasa a retribuir las conductas que promueven dicha pertenencia o adhesión para evitar, no ya el resultado lesivo, sino antes de eso, la situación de riesgo.

Así, pueden distinguirse dos etapas en la progresiva desvinculación del elemento factico que está experimentando la legislación penal. En un primer momento se abandona la idea del hecho lesivo, como presupuesto legitimador de la intervención penal, para poner el punto de mira en la situación de riesgo que precede a su materialización, dando rienda suelta al desarrollo de un Derecho penal preventivo basado en la seguridad<sup>36</sup>. Esta etapa, que coincide con el auge del paradigma criminológico centrado en la idea de organización, se identifica en lo metodológico con la colonización de la investigación penal por la inteligencia

---

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.

36. Modelo que se encuentra magistralmente descrito por DIEZ RIPOLLÉS, J.L. «El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. N.º 06-03, 2004, págs. 13-52.

en sus primeras fases<sup>37</sup>. Sin embargo, actualmente nos encontramos en un estadio posterior, un segundo momento donde la prevención buscada por la intervención penal se torna *anticipativa*, focalizándose sobre las circunstancias que pueden dar lugar a la situación de riesgo que precede al hecho lesivo. Si la primera etapa se caracteriza por el giro de la legislación penal hacia impedir la lesión puniendo la situación de riesgo, la segunda consiste en evitar la situación misma de riesgo interviniendo ante los factores que la pueden producir.

El autoadoctrinamiento terrorista no es un delito de peligro, pues no pone en riesgo ningún bien jurídico protegido, sino que trata de impedir, penando conductas temporal y lógicamente anteriores, que se dé la situación de peligro constitutiva de ciertos delitos de riesgo, como son la pertenencia a organización terrorista o criminal. Por ello, esta tipología delictiva, sin ser la única que responde al razonamiento precedente<sup>38</sup>, evidencia de forma especialmente clara la tendencia del legislador a concebir el sistema de justicia penal «como un instrumento para regular el presente y el futuro y no para castigar el comportamiento del pasado<sup>39</sup>» y en ese afán de anticiparse a lo aún no acontecido, los hechos y su lesividad, es decir, el *factum* deja de ser condición necesaria para el castigo, a la par que el proceso abandona –por razones obvias– la búsqueda de la verdad sobre los mismos, para adoptar funciones vinculadas al control del riesgo social y la neutralización de la peligrosidad individual. De este modo, se produce un doble tránsito: primero de la reacción clásica a la prevención proactiva; después de la prevención proactiva, a la prevención anticipativa. Este proceso que en cierto modo parece reflejar el triunfo de las teorías de la inocuización, ya no del criminal reincidente, sino del individuo potencialmente peligroso, dota de fundamento a la actividad punitiva en base a un nuevo concepto de prevención especial negativa *pre-factual*<sup>40</sup>.

## 2. LA SEGURIDAD COMO DERECHO BASADO EN LA TECNOLOGÍA

La aparición del paradigma preventivo también se ve favorecida por el descredito de los planteamientos criminológicos orientados a la reducción y

37. Puesto que como señala VERVAELE, J. A.E. «Medidas procesales especiales y protección de los derechos...», ob cit. págs. 171 y 172, este modelo penal «no se basa en sospechas ni persigue a los sospechosos, sino que pretende la recopilación de información (investigación para obtener información e inteligencia en materia penal) y regula los procedimientos de exclusión de las personas potencialmente peligrosas.»

38. Siendo otro buen ejemplo de ello los delitos de posesión y adquisición de pornografía infantil virtual y la pornografía técnica del art. 189.5 CP cuya redacción, introducida por la LO 1/2015, castiga el consumo del material sexual cuando la imagen del menor es una creación artificial pero realista, elaborada por el ordenador o por otro medio, situación en la que obviamente no existe bien jurídico individual vulnerado.

39. VERVAELE, J. A.E. «Medidas procesales especiales y protección de los derechos...», ob cit. pág. 171.

40. Sobre la creciente intención neutralizadora del delincuente puede consultarse SILVA SÁNCHEZ, J. M. «El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delinquentes sexuales violentos» en, ARROYO ZAPATERO, L. A. (coord.), BÉRDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I (coord.) *Homenaje al Doctor Marino Barbero Santos in memoriam*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca, 2001, pp. 699-710.

reinserción del delincuente, que fueron dominantes en los años 70 y 80 del pasado siglo y entraron en crisis a partir de la década de los 90, con el desarrollo de una política criminal caracterizada por centrarse en el control objetivo de la población a partir del cálculo de riesgos. Lo más característico de la nueva política es que se renuncia a «identificar los motivos psicosociales de la delincuencia, a actuar sobre los mismos y a rehabilitar al delincuente<sup>41</sup>», en beneficio de políticas focalizadas en la seguridad<sup>42</sup>. Desde esta óptica criminológica post-educativa, que cristaliza con la llegada del nuevo siglo, «los delincuentes vuelven a concebirse como personas normales, bien integradas o integradas aceptablemente en la comunidad, que actúan de modo racional y que se limitarían a aprovechar las oportunidades de delinquir que se les ofrecen<sup>43</sup>», de tal modo que centrar la atención en sus condiciones económicas, sociales o culturales para explicar las causas de su conducta se convierte en un ejercicio inútil, pues su motivación, además de considerarse irrelevante, no tiene por qué distar mucho de la de cualquier otro individuo.

Con el retorno a esta concepción del comportamiento criminal basada en planteamientos cercanos al modelo teleológico de acción de Weber, a partir del cual la actuación de todo sujeto que persigue un determinado fin es guiada por decisiones enteramente racionales<sup>44</sup>, adquiere un renovado interés la identificación de patrones comunes en la delincuencia que permitan la categorización de los individuos según niveles de peligrosidad<sup>45</sup>. La detección de estos patrones –cuya naturaleza responde hoy a la idea de regularidades estadísticas no exclusivamente vinculadas a la biología o psicología del delincuente, sino también a factores externos a este–, además de constituir una opción que se ve especialmente favorecida por los avances tecnológicos en materia de procesamiento masivo y automatizado de la información, es una actividad dirigida no tanto a explicar las causas del comportamiento humano como a predecirlo, lo que aplicado a la política criminal conduce a posibilitar que al poder público intervenga antes de que el delito sea cometido. Esto explica que las instituciones penales progresivamente vayan dejando de incorporar a su dinámica de funcionamiento objetivos externos o de carácter educativo<sup>46</sup>, a la par que los hechos delictivos pasan a ser concebidos como meros accidentes o

41. DOMÍNGUEZ FIGUEIRIDO, J.L. y RODRÍGUEZ BASANTA, A. «Lógica actuarial, seguridad y sistema de justicia criminal» en, DA AGRA, C. *La seguridad en la sociedad del riesgo: un debate abierto*. Barcelona: S.A Atelier, 2003, p. 332.

42. REICHMAN, N. «Managing crime risks: toward and insurance based model of social control». *Research in Law, Deviance and Social Control*. Vol, 8, 1986, pp. 151-172.

43. DIEZ RIPOLLÉS, J.L. «El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. N.º 06-03, 2004, p. 20.

44. Para mayor ahondamiento sobre esta concepción de la acción puede consultarse LÓPEZ MORENO, A. «La teoría de la acción en Weber. Parsons y Habermas: algunas consideraciones críticas». *Foro, Nueva época*. N.º 1, 2005, págs. 179-201.

45. Vertiente de la criminología que, a excepción del ámbito penitenciario, había pasado a un plano secundario desde la caída en desgracia de las tesis sostenidas por la escuela positivista italiana de finales del XIX, de la que es exponente LOMBROSO, C. *L'uomo delinquente*. Vol 1. (5.ª Ed). Turin: Fratelli Bocca Editori, 1896.

46. En general; MARCUELLO-SERVÓS, C. y GARCÍA-MARTÍNEZ, J. «La cárcel como espacio de de-socialización ciudadana: ¿fracaso del sistema penitenciario español?» *Portularia*. N.º XI, 2011.

errores en un sistema de salvaguarda de bienes, personas y derechos que el aparato represivo del Estado es llamado a articular mediante una serie de estrategias de gestión de riesgos sociales conocidas como *criminología actuarial*.

En esencia, existe una relación de retroalimentación entre la *lógica objetivadora* del delincuente –en renovado auge– y la *lógica anticipativa* propia del nuevo derecho penal en formación. Solo bajo una concepción objetiva del criminal, cuyo comportamiento obedece a planteamientos racionales en la consecución de unos fines ilícitos, puede entenderse posible la predictibilidad de sus actos en virtud de parámetros estadísticos. Correlativamente, la capacidad de anticipar acciones individuales a partir de regularidades estadísticas, indica que el individuo actúa en función de patrones vinculados a comportamientos tipo. En resumidas cuentas, los planteamientos anticipativos parten de una concepción determinista del comportamiento criminal vinculada a una serie de factores generales (no imputables a elementos puramente subjetivos) de muy diversa índole que permiten su detección antes de que se traduzca en hechos lo que, a su vez, evidencia el carácter predeterminado de dicho comportamiento.

Esta relación, que obtiene sustento material en la sofisticación tecnológica de los sistemas de vigilancia y en el desarrollo de un aparato de inteligencia global destinado a la obtención masiva de información, conecta con la noción del riesgo social no consistente en una mera contingencia del entorno, sino en un fenómeno complejo relacionado con las consecuencias no deseadas de las decisiones políticas y, sobre todo, con las incapacidades del propio funcionamiento del sistema social para neutralizar las amenazas internas<sup>47</sup>. Es esta idea del riesgo propia de las sociedades posindustriales, la que además de vincular ambas lógicas, define la nueva función de las instituciones penales, encomendándoles la administración eficaz del mismo como principal cometido<sup>48</sup>. Así, bajo la perspectiva de la gestión de riesgos la anticipación cobra especial relevancia como estrategia preventiva, llegando a situarse como uno de los principales objetivos de la intervención punitiva. Pueden considerarse expresiones del giro criminológico descrito la emergencia del denominado modelo penal de la seguridad ciudadana definido por Díez Ripollés<sup>49</sup> y la transformación experimentada por la función policial en las sociedades posmodernas expuestas por Ericson y Haggerty, cuya definición orbita en torno al desplazamiento del enfoque basado en la desviación, el control y el orden hacia el enfoque centrado en el riesgo, la vigilancia y la seguridad<sup>50</sup>.

47. Así, la idea de las sociedades del riesgo acuñada por ULRICH, B. *La sociedad del riesgo Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós. 1998; señala que la noción de riesgo social en nuestro tiempo ya no hace referencia a todo tipo de peligros, sino que alude directamente a las consecuencias derivadas de decisiones tomadas tras las pertinentes ponderaciones de los beneficios vinculados a las mismas.

48. RODRÍGUEZ BASANTA, A Y DOMÍNGUEZ FIGUEIRIDO, J. L. «Lógica actuarial, seguridad y sistema de justicia criminal». *Seguridad en la sociedad de riesgo: un debate abierto*, 2003, p. 339.

49. Para mayor ahondamiento DIEZ RIPOLLÉS, J.L. «El nuevo modelo penal de la seguridad...», ob cit. y DIEZ RIPOLLÉS, J.L. «De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. N.º 07-01 2005.

50. Más ampliamente en ERICSON, R. V. y HAGGERTY, K. D. *Policing the risk society*. Oxford: Clarendon Press, 1997; ERICSON, R. V. y HAGGERTY, K. D. «The policing of risk», en BAKER, T. y

En cualquier caso, lo que resulta indudable es que situar los delitos en la dimensión de aquello que debió ser evitado, lleva invariablemente a un incremento en la demanda de seguridad por parte de la ciudadanía, que no solo espera del sistema de justicia penal un castigo al infractor de la norma, sino también la articulación de mecanismos de protección eficaces para la salvaguarda de su persona. Tales planteamientos, que sin duda se encuentran en alza, no solo juegan una importante baza en el diseño de la actual política criminal, sino que también han encontrado respaldo en un sector de la doctrina, que se ha pronunciado partidario de reconocer la existencia de «un *derecho fundamental a la seguridad* con nuevos perfiles. Un derecho fundamental de nuevo cuño, definido como aquel derecho del que goza toda persona a que los poderes públicos actúen con diligencia para prevenir graves riesgos<sup>51</sup>». Los precursores de esta corriente parten de un concepto de lucha contra la criminalidad que «implica la responsabilidad de los poderes públicos (globalmente considerados) en la anticipación de las amenazas, de los riesgos, cualquiera que sea su naturaleza. Esta estrategia exige que todos aquellos que puedan ejercer funciones al respecto intervengan en la adopción de decisiones anticipatorias<sup>52</sup>». Es decir, la asunción de una política criminal que vincula las competencias de defensa y seguridad contenidas en los artículos 8.1 y 104.1 de la CE, respectivamente, y las centraliza en un poder público genérico, al que se encomienda principalmente la actividad investigadora y operacional *ante-delictum*, capaz de neutralizar la criminalidad antes de que se manifieste.

Es en este contexto donde los planteamientos proactivos introducidos por la política desarrollada en torno al crimen organizado se extienden a otros tipos de delincuencia, como los delitos contra la libertad e indemnidad sexual o la violencia de género; al tiempo que se ultima –con la aquiescencia de la sociedad civil–, un sistema de vigilancia a gran escala basado en la obtención y procesamiento masivo de información cuyo fin es localizar individuos potencialmente peligrosos. La monitorización realizada por un compendio cada vez mayor de entidades públicas y privadas no encuentra a día de hoy más límites que los impuestos por los medios materiales y económicos destinados al efecto, puesto que en la mayoría de los casos la regulación es inexistente o muy permisiva. Paradójicamente, al tiempo que se amplía la capacidad invasiva de los medios de vigilancia sus presupuestos legitimadores se debilitan: progresivamente, tiende a diluirse la exigencia de una *sospecha previa*, al tiempo que se transforma la naturaleza de la intervención, basada en la aplicación de *medidas predelictuales*, dotándola de un carácter anticipatorio de evitación del delito.

La lucha contra el terrorismo es sin duda el mejor banco de pruebas para poner en funcionamiento este nuevo modelo de intervención, más difuso por la

---

SIMON, J. (eds.), *Embracing Risk. The Changing Culture of Insurance and Responsibility*. Chicago: University of Chicago Press, 2002, pp. 238-272; ERICSON, R. V. Y HAGGERTY, K. D. «The surveillant assemblage». *British Journal of Sociology*. Vol. 51. N.º 4, 2000, pp. 605-622.

51. Buen ejemplo de ello es el concepto de «seguridad integrada» manejado por GUILLÉN LÓPEZ, E. «Inserción de las FAS en un sistema integral de intervención: Terrorismo, inmigración ilegal, crimen organizado, protección en el ámbito civil». *Revista ejército*. N.º 846, 2011, pág. 54.

52. *Idem*.

indefinición de sus presupuestos y por confiar su aplicación a las autoridades administrativas, sin apenas control judicial o con un control muy débil. La *Ley francesa de 30 de octubre de 2017, de refuerzo de la seguridad interior y de lucha contra el terrorismo*, constituye un buen ejemplo de esta nueva orientación de política criminal. Se refuerzan las medidas de vigilancia individual, contemplándose, entre otras, el confinamiento, la obligación de declarar el domicilio, de someterse a vigilancia electrónica o de no establecer relación con determinadas personas. Son, todas ellas, auténticas medidas pre-delictivas de carácter administrativo cuyo presupuesto de adopción es que existan razones serias para pensar que el comportamiento del afectado constituya una amenaza particularmente grave para la seguridad y el orden público y tenga relación con personas u organizaciones que inciten, faciliten o participen en actos de terrorismo, en apoyo de los mismos o en su difusión o cuando ésta vaya acompañada de una manifestación de adhesión a la ideología expresada o de adhesión a sus tesis incitando a la comisión de actos de terrorismo o haciendo apología de los mismos<sup>53</sup>. En suma, medidas que se traducen en importantes restricciones en los derechos individuales, impuestas unilateralmente por las autoridades administrativas, basándose en sospechas que a menudo solo provienen de las *notes blanches* elaboradas por los servicios de información<sup>54</sup>.

#### IV. LA CRISIS DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL CLÁSICO

##### 1. LA TIPICIDAD Y LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO

La lógica anticipativa que se acaba de describir resulta imposible de conciliar con los principios de *lesividad*, *materialidad* y *responsabilidad personal*, que respectivamente definen los tres elementos constitutivos del delito, según el derecho penal clásico: el *resultado*, la *acción* y la *culpabilidad*. La configuración de tales elementos como presupuestos necesarios de la pena, integra el núcleo del discurso punitivo mantenido por la tradición jurídica occidental desde el nacimiento del Estado moderno<sup>55</sup>. A pesar de ello, hoy parecen diluirse ante la tendencia a tratar de neutralizar la criminalidad interviniendo antes incluso de que se haya evidenciado su existencia.

Tanto desde el punto de vista sustantivo –referido a la prohibición y punición de las conductas–, como en lo atinente al ámbito procesal –donde la actividad probatoria se configura como herramienta principal para la construcción del juicio histórico–, el derecho penal moderno orbita en torno a la existencia de unos hechos cuya lesividad para los bienes protegidos por el ordenamiento les

53. Art. 3, *Loi n.º 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme*.

54. Informe de la Ligue des droits de l'homme: <https://www.ldh-france.org/wp-content/uploads/2017/10/avis-d%C3%A9tail%C3%A9-sur-le-projet-loi-s%C3%A9curit%C3%A9-int%C3%A9rieure-et-lutte-contre-terrorisme-juillet-2017-envoy%C3%A9-aux-d%C3%A9put%C3%A9s-et-s%C3%A9nateurs.pdf>

55. FERRAJOLI, L. *Derecho y razón...*, ob cit. págs. 464 y ss.

convierte en merecedores del reproche jurídico<sup>56</sup>. Por el contrario, la irrupción de la prevención anticipativa en el panorama de la política criminal contemporánea rompe con esta lógica. La pretensión misma de evitar el daño impide que, de tener éxito, haya una transformación de la realidad susceptible de afectar a bienes protegidos por el ordenamiento, o lo que es lo mismo, imposibilita que el hecho injusto llegue a producirse. Y, sin hechos: ¿Sobre qué pivota el castigo? ¿Qué medida hay que tener en cuenta para determinar la naturaleza o gravedad de las penas a imponer? Y en último lugar, aunque no por ello menos importante ¿sobre qué base se justifica el castigo?

Aunque bien puede afirmarse que la prevención de la actividad delictiva es desde la modernidad el fin último que persigue el derecho penal<sup>57</sup>, de lo que no hay duda es de que el adelantamiento de la intervención penal a estadios cada vez más distantes de los bienes jurídicos que se tratan de preservar no tiene precedente, pues al fundamentarse la consecuencia punitiva en patrones coincidentes con perfiles de peligrosidad establecidos previamente e independientes de cualquier acción delictiva, la exigencia de responsabilidad se sitúa en estadios donde aún no se ha exteriorizado por parte del sujeto ni tan siquiera una conducta que ponga en riesgo los referidos bienes. A diferencia de otros momentos de la historia, esta vez la desvinculación entre hecho lesivo e intervención penal no solo estriba en un posible exceso de celo por parte del legislador, sino en la creencia social y política de que, a partir del desarrollo del tratamiento de datos recabados por las tecnologías de la información, la neurociencia y otros adelantos científico-técnicos, estamos en disposición de identificar, o más bien *calcular* cuáles son los factores previos a la externalización de la conducta criminal e interrumpir el curso causal de los acontecimientos antes de que se hayan manifestado empíricamente. Es el poder de la estadística aplicado a la sociedad de la información lo que lleva a superar los límites del derecho penal liberal, que tal y como ahora se revela no solo habían sido establecidos en base a consideraciones éticas, sino también a imposibilidades fácticas.

Pero, la problemática derivada de los planteamientos anticipativos no acaba aquí. Junto con la existencia de un resultado lesivo que se concreta en el hecho típico y antijurídico, la teoría clásica del delito comprende el concepto de *imputación* y *culpabilidad* de su autor, que también opera como fundamento y límite de la pena. En este sentido, el principio de *materialidad*, como presupuesto previo a la culpabilidad, impone a través del axioma *nulla iniuria sine actione* que ningún daño, por grave que sea, puede estimarse penalmente relevante sino como efecto de una conducta humana. Es decir, para que una acción humana sea jurídicamente relevante, habrá de desprender efectos materiales, perceptibles en el mundo físico y empíricamente observables, pues de lo contrario resultará imposible probar la necesaria interrelación existente entre esta y los hechos, de tal modo

56. WEZLZEL, H. *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Roque Depalma. 1956, págs. 55 y ss.

57. En los albores del iluminismo ya se señalaba que «es mejor evitar los delitos que castigarlos»: BECCARIA, C. *Tratado de los delitos y de las penas*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pág. 87.

que el paso siguiente a la constatación de la existencia de un hecho injusto en la determinación de la responsabilidad penal, consiste en vincular su producción [la del injusto] a la acción de una persona concreta en virtud de las leyes de la causalidad<sup>58</sup>.

La concepción de la causalidad manejada por el Derecho penal como criterio de imputación adquiere, además, un sentido diferente al empleado en el ámbito de las ciencias naturales, ya que no se limita a describir la relación existente entre dos estados que se ordenan según las leyes naturales, sino que también abarca aspectos jurídico-sociales de carácter ontológico y psicológico<sup>59</sup>. A nivel psicológico, se encuentra interrelacionada con la idea de *culpabilidad*, que acontece cuando la persona que «incurre en la conducta típica, antijurídica, goza del sano uso de sus facultades mentales superiores, es decir, tiene pleno conocimiento de causa y libre capacidad de volición. En otras palabras, sabía a total conciencia por qué y para qué actuaba, era capaz de medir las consecuencias de sus actos, y dichos actos fueron determinados libremente, siendo, por consiguiente, también culpable<sup>60</sup>». De esta forma, el hecho o injusto ha de estar conectado a la persona de su autor mediante una relación causal que vincula recíprocamente decisión, acción y resultado lesivo<sup>61</sup>.

Pues bien, frente a un hecho no acontecido sino evitado, la acción u omisión que permite imputar responsabilidad sobre el mismo, solo puede concebirse en el plano de la hipótesis o conjetura, ya que nunca llega a desplegar efectos en el mundo físico. El nexo entre el sujeto pasivo de la intervención anticipativa y los hechos injustos cuya comisión trata de evitarse a través de la propia intervención, queda fuera del orden de la causalidad, ya que tal y como señala la doctrina clásica «para establecer un nexo causal real, se debe partir siempre de las circunstancias concretas<sup>62</sup>», de modo que «las circunstancias solamente posibles o verosímiles, que no se han producido, no se deben agregar mentalmente<sup>63</sup>» al juicio de culpabilidad. Ante la mera hipótesis, por muy probable que pueda parecer el resultado lesivo, no hay causalidad posible, excepto la simulada. En tanto la intervención penal anticipativa tiene precisamente la finalidad de adelantarse

58. En este sentido, por todos; JAKOBS, G. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons, 1997.

59. Así WEZLZEL, H. *Derecho Penal Parte General*, ob cit. 48-49; señala como «El concepto causal no es un concepto jurídico, pero tampoco una categoría meramente lógica, del “ser”. Por eso, el nexo causal no es una vinculación meramente lógica y menos aún una relación mental de varios acontecimientos, sino el nexo legal, por cierto no perceptible, pero susceptible de ser captado mentalmente a través de la sucesión del acontecer real y, por tanto, es como tal, tan real como el acontecer mismo. También el derecho debe partir de este concepto causal “ontológico”; no hay una causalidad jurídica especial, si bien no todos los acontecimientos causales son también jurídicamente relevantes».

60. MESA TABORDA T. *Psicología Jurídica. Un enfoque cognoscitivo*. Bogotá: Biblioteca Jurídica DIKE, 2007, pág. 397

61. Sobre esta idea se asienta la teoría de la imputación objetiva; CANCIO MELIÁ, M. *Líneas Básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*. Madrid: Ediciones Jurídicas Cuyo. 2004; HIRSCH, H. *Derecho penal Obras completas (Tomo I)*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores, 2011.

62. WEZLZEL, H. *Derecho Penal Parte General...*, pág. 50.

63. *Idem*.

a la acción que da inicio a la cadena por la que se habría llegado a producir el hecho, ésta solo puede ser contemplada como un supuesto más o menos probable, pero en ningún caso real. Y, no habiendo relación causal posible entre una acción imaginaria y un injusto evitado, resulta igualmente imposible plantearse siquiera la imputación del hecho.

De igual manera, la posibilidad de anticiparse a la acción acaba también con el concepto estricto de culpabilidad, tanto en su sentido metafísico –vinculado a la idea de «libertad de voluntad» que permite al delincuente actuar de un modo distinto al que lo hace<sup>64</sup>–, como en el garantista, donde opera a modo de límite del poder de intervención estatal<sup>65</sup>. Si, tal y como ya se ha mencionado, resultase posible acreditar la conducta futura de un individuo hasta el punto de considerar eficaz el intervenir previamente a que esta se evidencie, no cabría la espontaneidad humana<sup>66</sup>, pues a mayor certeza sobre las previsiones realizadas, menor creencia en la libertad de decisión de los sujetos intervinientes<sup>67</sup>. Pero, lo que es más importante, anticipándose también se prescinde del concepto en su función protectora, que es la que obliga a que la extensión y gravedad de la pena en ningún caso pueda ser superior al grado de culpabilidad. Tal y como señala Roxin, esta segunda función del concepto de culpabilidad «no perjudica al delincuente, sino que lo protege, impidiendo que por razones puramente preventivas se limite su libertad personal más de lo que corresponda a su culpabilidad<sup>68</sup>». Y en ausencia de culpabilidad como requisito necesario para la imposición de la pena, modular la gravedad de esta resulta un ejercicio abocado a la arbitrariedad, sobre todo cuando el referente coincide con una idea de peligrosidad social basada en unos hechos no acontecidos, es decir, en unas posibles (o probables) acciones e intenciones presupuestas.

No obstante, hay que reconocer que existen ciertas figuras, con largo recorrido en la tradición jurídica continental, las *medidas de seguridad* muy especialmente, capaces de provocar una intervención restrictiva de derechos sin requerir la culpabilidad del sujeto que las soporta. En estos casos, en lugar del juicio de reproche, se realiza un juicio de peligrosidad, que orbita en torno a la probabilidad

64. ROXIN, C. *Culpabilidad y prevención en el derecho penal*. Madrid: Reus, S.A. 1981, p. 40.

65. En relación con ambos sentidos puede verse en general ROXIN, C. *Culpabilidad y prevención...*, ob cit. pág. 41 y ss.

66. Es relevante señalar que la culpabilidad entendida como fundamento de la retribución parte de la idea kantiana de libertad, en tanto «desencadenante de una serie causal, pero sin que ello sea suficiente para convertirla en algo efectivo, al no poder ser encuadrada bajo unas condiciones espacio-temporales definidas y al no poder ponerla, por definición, en relación con una causa anterior que determinara su actuación»; FERRER SANTOS, U. «De la libertad como espontaneidad causal en Kant a la libertad de la persona». *Studia Poliana*. N.º 16, 2014, págs. 83-97.

67. Lo que resulta especialmente revelador en relación al carácter autónomo e independiente que el Derecho penal anticipativo muestra respecto de los principios clásicos cuyo origen se remonta al paradigma liberal, que como su propio nombre indica, pivota sobre el concepto de libertad del individuo como máximo valor jurídico-político. Sobre este aspecto es interesante ZAFFARONI, E. «El Derecho penal liberal y sus enemigos», en *Investidura como Doctor «Honoris Causa» por la Universidad de Castilla-La Mancha del Excmo. Sr D. Eugenio Raul Zaffaroni*, Universidad Castilla-La Mancha, 29 de enero de 2004, págs. 19-46.

68. ROXIN, C. *Culpabilidad y prevención...*, ob cit. pág. 43.

de que el afectado reincida en la conducta criminal<sup>69</sup>. Así, desde un punto de vista formal, la culpabilidad actúa como estándar o conjunto de condiciones que justifican la imposición de una pena al autor de un delito, mientras que la peligrosidad, tal y como viene recogida en el Código Penal, es decir, entendida como probabilidad de reincidencia, se constituye como el elemento que justifica la imposición de una medida<sup>70</sup>.

Aunque ciertamente no puede negarse la semejanza que existe entre la idea de intervención penal anticipativa y las medidas de seguridad, puesto que ambas suponen una respuesta jurídica de carácter preventivo que escapa al juicio de culpabilidad, entre ellas hay una importante diferencia, ya apuntada con anterioridad: la concurrencia de unos hechos como punto de partida de las segundas que sirve para fundar el juicio de peligrosidad y permite su adopción<sup>71</sup>, de tal modo que en su configuración actual la medida de seguridad trata de ajustarse en lo posible al principio de responsabilidad por el hecho cometido, quedando descartadas, por ello, no sólo las medidas pre-delictuales, esto es las que se fundamentan en una peligrosidad social que no criminal, sino también aquellas que conllevan consecuencias más gravosas para el que las soporta que la imposición de una pena por el mismo hecho<sup>72</sup>. En contrapartida, la intervención anticipativa se basa en la aplicación de medidas pre-delictivas contra quienes, ni tan siquiera han actuado poniendo en riesgo el bien jurídico, pero incurrir en ciertos perfiles basados en la obtención de información y en su posterior análisis estadístico, al que se otorga una injustificada presunción de infalibilidad, absolutamente incompatible con la presunción de inocencia y los principios procesales que regulan la actividad probatoria<sup>73</sup>.

## 2. LOS PRINCIPIOS DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, PRUEBA Y DEFENSA CONTRADICTORIA

Al igual que ocurre con los elementos constitutivos del delito enunciados por la teoría penal clásica, los principios procesales que sustentan el modelo

69. Para mayor detalle sobre la cuestión, ANDRÉS-PUEYO, A. «Peligrosidad criminal: análisis crítico de un concepto polisémico» en, MAROTO CALATAYUD, M y DEMETRIO CRESPO, E (dir). *Neurociencias y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Madrid: Edifoser, 2013, pág. 491.

70. ROXIN, C. *Culpabilidad y prevención...*, ob cit. pág. 14.

71. Sobre los elementos de juicio en la valoración de la peligrosidad, donde los hechos ya acontecidos juegan un importante papel, puede consultarse MARTÍNEZ GARAY, L. «La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad». *InDret*. N.º 2, 2014, págs. 1-77.

72. RODRÍGUEZ GÓMEZ, C. «Las medidas de seguridad en el ordenamiento español», en: DIEGO DÍAZ-SANTOS, M.R. (Coord.). *Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito*. España: Tecnos, 1995, págs. 189-210.

73. De la misma lógica anticipativa participan los delitos de riesgo, que suponen un adelantamiento de la barrera penal al momento previo a la lesión del bien jurídico. También aquí la diferencia reside en los hechos, pues a través de estos delitos se incriminan conductas, comportamientos humanos peligrosos para el bien jurídico, a diferencia de las medidas pre-delictivas que se aplican sin necesidad de una actuación previa.

acusatorio de enjuiciamiento también se desvanecen ante la perspectiva de la intervención anticipativa. Tanto desde un punto de vista axiológico, a partir del cual el proceso opera como legitimador del ejercicio de la jurisdicción y en último término de la pena<sup>74</sup>, como en relación con la función epistemológica del mismo dirigida a dotar al juzgador de un conocimiento cierto sobre la realidad material objeto de enjuiciamiento<sup>75</sup>, los fundamentos del modelo procesal penal moderno chocan con la lógica pre-factual anteriormente descrita.

Si los axiomas sobre los que se funda el garantismo penal en su vertiente sustantiva son la estricta legalidad, la lesividad-materialidad de los delitos y la responsabilidad personal<sup>76</sup>, en lo procesal las bases del sistema reposan sobre la *actividad probatoria* regida por el principio de *presunción de inocencia* y sobre la *contradicción* entre partes, articulada a través del ejercicio de la *defensa contradictoria*. No es de extrañar que, al igual que los primeros, estas garantías procesales vayan perdiendo virtualidad a medida que nos introducimos en un nuevo escenario caracterizado por la *predictibilidad* de los actos criminales y la *neutralización del riesgo* mediante intervenciones *ante-delictum*. El giro epistemológico que supone situar la peligrosidad del sujeto pasivo del proceso en el lugar central de la valoración llevada a cabo por el juez, conlleva necesariamente la modificación radical de la función desempeñada por la actividad probatoria y, con ello, la evaporación de la presunción de inocencia como principio rector de esta. Del mismo modo, obliga al replanteamiento de la contradicción como eje del debate, ya sea entendida como garantía instrumental del derecho de defensa o herramienta epistémica.

La función que la actividad probatoria desarrolla en el proceso es doble. Por una parte, opera como un derecho fundamental, permitiendo que aquel contra quien se dirige la acusación pueda ejercer su defensa; por otra, como vía de acceso al conocimiento por parte del juez, que forma su convicción apreciando libremente las pruebas. La valoración racional de la prueba es, en este sentido, el método a través del que se forma la convicción judicial sobre los hechos, obviamente hechos del pasado, pues cuando la decisión versa sobre hechos futuribles, la prueba penal deja de desempeñar función alguna, o al menos no la desempeña en los mismos términos que hasta ahora.

Desde la primera perspectiva, la consideración de la prueba como derecho, si tiene por objeto demostrar que un sujeto no es peligroso o que se abstendrá de cometer actos reprobables, por lógica, verá reducido su contenido al de un acto de persuasión totalmente infundado, lo que la hace indistinguible de la mera alegación de parte<sup>77</sup>. Ante las presunciones sobre lo que hará o dejará de hacer un determinado individuo, solamente cabe especular de la forma más convincente

74. Véase GIMENO SENDRA, J. V. *Fundamentos del Derecho Procesal*. Madrid: Civitas, 1981, pág. 42 y ss.

75. Cosa que se consigue mediante el desenvolvimiento de la actividad probatoria; TARUFFO, M. «Consideraciones sobre prueba y motivación». *Jueces para la Democracia*. 2007, n.º 59, pág. 71-79; TARUFFO, M. «Leyendo a Ferrajoli: Consideraciones sobre la jurisdicción». *Ensayos*. 2010, p. 72.

76. FERRAJOLI, L. *Derecho y razón...*, ob cit. pág. 465 y ss.

77. La escasa virtualidad del derecho de prueba, cuando es ejercido sobre conjeturas relativas a la peligrosidad o probabilidad futura de comisión delictiva, coincide a nuestro parecer con la

posible, de modo que, bajo el paradigma de la anticipación, el derecho a la prueba solo podría subsistir transformado en un pseudo-derecho de carácter retórico, «que se plantea únicamente en la vertiente de los hechos psicológicos y desatiende completamente la racionalidad de los argumentos que respaldan o chocan con la creencia de un sujeto<sup>78</sup>».

Y en cuanto a la función epistemológica que cumple la actividad probatoria, como medio de formación de la convicción judicial sobre los hechos, difícilmente puede sostenerse la existencia de pruebas que no versen sobre unos hechos ya acontecidos. Solo prescindiendo del concepto de proceso judicial como instrumento destinado al descubrimiento de la verdad y limitando, por tanto, su función a la de simple método de resolución de conflictos, es posible desligar el objeto de prueba del elemento factico. Ello es así, porque al prescindir de la verdad como referente de la actividad probatoria, se asume tácitamente la irrelevancia de los hechos acaecidos a cuyo conocimiento se renuncia y, siendo estos considerados como irrelevantes, se abre la puerta a su posible sustitución por otros elementos de juicio<sup>79</sup>.

Parece lógico, por tanto, que negar la capacidad del juez para conocer los hechos, sea la vía para prescindir de ellos, sustituyendo el elemento factico del juicio histórico por probabilidades de riesgo y valoraciones estadísticas. Téngase en cuenta que por muy probables que resulten, los juicios de peligrosidad o posibilidad no son susceptibles de verificación o falsación y, por ende, son ajenos al concepto mismo de verdad<sup>80</sup>. Por ello, la forma de articular la prueba, cuando esta no versa sobre los hechos, sino sobre los riesgos, pasa por abandonar previamente la aspiración de alcanzar un conocimiento cierto por parte del órgano judicial, cosa que parece justificarse en pos de la consecución de objetivos y finalidades socialmente útiles, de entre los que puede destacarse para el caso de la justicia criminal la prevención de la actividad delictiva y la neutralización del peligro inherente a ciertos individuos<sup>81</sup>. Ante tal perspectiva, la función epistemológica

---

concepción persuasiva de la misma enunciada por TARUFFO, M. «Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad». *Discusiones: Prueba y conocimiento*. N.º 3, 2003.

78. TARUFFO, M. «Consideraciones porque sobre prueba...», ob cit. págs. 71-79.

79. A este respecto, tal y como señala TARUFFO, M. «Consideraciones sobre prueba y motivación». En: *Ponencia expuesta por el autor en el 9.º Seminario sobre derecho y jurisprudencia, organizado por la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, del Colegio de Registradores de España (21-22 de junio de 2007)* en estas últimas décadas, existe una preferencia, más o menos marcada, por alguna forma de irracionalismo en muchos sectores de la cultura post-moderna, que se manifiestan con especial claridad cuando se desestima, o se niega sentido, al problema de la verdad, en general y en sus manifestaciones procesales; y cada vez que el sistema político se desentiende simplemente de las maneras y de los criterios con los que se administra justicia

80. Entendida esta como la correspondencia entre la proposición enunciada por el juez en la resolución judicial y un determinado hecho, fenómeno o realidad externos al proceso. En este sentido puede consultarse: BOUZAT, A y CANTARO, A. S. «Verdad y prueba en el proceso acusatorio». *Discusiones: Prueba y conocimiento*. 2003, n.º 3; GASCÓN ABELLÁN, M. *La prueba de los hechos. Bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2004.

81. Posición ideológica subyacente a nuestro entender a los planteamientos defendidos por LAUDAN, L. *Verdad, error y proceso penal Un ensayo sobre epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013; El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal. Talcahuano: Hammurabi, 2011.

de la actividad probatoria muta. De ser un método de conocimiento del pasado inspirado en la experiencia, la lógica y la corroboración empírica, pasa a ser un sistema predictivo basado en la estadística y encauzado a nutrir de elementos de convicción el juicio de posibilidad<sup>82</sup>.

La incompatibilidad entre las bases del proceso penal acusatorio y los planteamientos anticipativos se agudiza aún más si se confrontan con el principio de *presunción de inocencia* como elemento nuclear de la actividad probatoria. Este principio, que define estructuralmente el modelo de enjuiciamiento ilustrado<sup>83</sup>, supone uno de los más claros límites del poder estatal en el ejercicio de la potestad punitiva, a la par que expresa la conciencia jurídica universal sobre el valor que se atribuye a la persona en el proceso penal liberal. Es, por tanto, el liberal, un modelo de proceso penal que, como ya advirtiera Carrara, guiado por tal presunción habrá de poner la regulación de cada una de sus actividades al servicio de la idea de inocencia<sup>84</sup>. Sin embargo, del mismo modo en que no cabe hablar de culpabilidad, la propia idea de inocencia se relativiza cuando el juicio o valoración es de prognosis. Desde el momento en que se busca impedir la comisión de futuros delitos por parte de un sujeto, el que se haya acreditado o no su culpabilidad, más que a modo de garantía, opera como elemento de convicción sobre su peligrosidad.

Igualmente resulta claro que si la presunción de inocencia desempeña una función transcendental al hacer recaer en la acusación la obligación de probar los hechos constitutivos del delito exigiendo probar la culpabilidad del acusado *beyond and reasonable doubt*<sup>85</sup>, el desenvolvimiento de este estándar es incompatible con la posibilidad de intervenir preventivamente, antes de que ocurran los hechos penalmente relevantes, pues en este caso las evidencias utilizadas para probar eventos futuros solo permiten alcanzar conclusiones probabilísticas construidas sobre presuposiciones, cuyo valor lógico es por fuerza especulativo. La pretensión de *probar* aquello que aún no ha ocurrido, no solo es contraria a la lógica, sino que lleva necesariamente a sustituir el juicio categórico –sobre el que parece apoyarse el principio de presunción de inocencia cuando impone el estándar de la duda–, por el juicio hipotético, sostenido sobre fundamentos no vinculados a la

82. A este respecto, no puede obviarse que, tal y como señala TARUFFO, M. «Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba...», ob cit. pág. 32; respecto de la concepción persuasiva de la prueba; «en el marco de una concepción de este tipo es extremadamente difícil (y, de todas maneras, totalmente inútil) analizar las características y la estructura de la prueba: de hecho, ella es compatible con (más aún, implica) una concepción irracional de la prueba judicial y, en todo caso, no exige que se dé una definición específica de la prueba.»

83. Véase LÓPEZ ORTEGA, J. J. y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I. «El proceso penal como sistema de garantías (IV). La presunción de inocencia como elemento estructurador del proceso penal acusatorio». *La Ley*. N.º 8121, 2013.

84. CARRARA, F. «Derecho penal y procedimiento penal». *Opúsculos de Derecho Criminal* Vol. V. Bogotá: TEMIS, 1978, págs. 14 y 15. al elevarlo a postulado esencial de la ciencia procesal y presupuesto de las demás garantías del proceso.

85. Sobre la evolución del principio: WHITMAN, J. Q., «The Origins of “Reasonable Doubt”». *Yale Faculty Scholarship Series*. Paper 1, 2005; DIESEN, C. *Beyond Reasonable Doubt Standard of Proof and Evaluation of Evidence in Criminal Cases*. *Stockholm Institute for Scandianvian Law*. N.º 1957, 2009.

realidad empírica. En este sentido, resulta difícil de imaginar, al menos en términos racionales y no meramente psicologistas, de qué manera pueden superarse las dudas sobre si, aquello que se piensa puede ocurrir, efectivamente ocurrirá.

No mejor suerte corre el *principio de contradicción* bajo la lógica enunciada. Al igual que en el caso de la prueba, la contradicción viene desempeñando desde su inclusión en el sistema procesal por el legislador decimonónico dos funciones complementarias: sirve como garantía de defensa de quien soporta la actividad investigadora y recae la acusación, al tiempo que constituye un medio concreto de conocimiento para el órgano juzgador, que verá forjada su convicción a través de la confrontación de hipótesis que tiene lugar en el acto del juicio<sup>86</sup>. Para que el primero de los fines pueda llevarse a cabo, además de su presencia durante el enjuiciamiento, es necesaria la participación del investigado en las fases previas al juicio oral. La contradicción característica de la fase indagatoria del proceso penal tiene una dimensión estructural, por lo que no se trata de que esté presente en la práctica de todas y cada una de las diligencias investigadoras, sino de que, como punto de partida, se le dé conocimiento de que existe un proceso que se dirige contra él y pueda acceder y participar en las actuaciones que se estén llevando a cabo.

Se trata, igualmente, de asegurar que la defensa pueda someter los cargos penales que se formulan en su contra a la decisión de un tercero ajeno a la contienda<sup>87</sup>. Por ello, la segunda función, de carácter epistemológico, hace pivotar la decisión del órgano enjuiciador única y exclusivamente en lo acontecido durante el juicio oral, en el que el acusado deberá estar presente y en el que operan los principios de publicidad, oralidad, inmediatez y contradicción, así como la libre valoración de la prueba por parte del juez. Todos ellos son principios que operan a modo de cautelas para ayudar a expulsar del proceso aquellas conjeturas e ideas preconcebidas anteriores a la celebración del juicio<sup>88</sup>, de tal modo que solo a través de actos que cuenten con la presencia y participación del acusado, pueda entenderse demostrada su culpabilidad.

Pues bien, este modelo procesal supone, de entrada, un esquema radicalmente incompatible con las prácticas habituales de los servicios de inteligencia adscritos a los cuerpos de seguridad o las fuerzas armadas, cuyo trabajo está centrado en la obtención y análisis de información con fines estratégicos que, por su propia naturaleza, resulta opaco. Por esta razón, tal y como se ha desarrollado con anterioridad, la colonización del proceso penal por parte de la inteligencia, está dando lugar a una profunda transformación de sus estructuras. El secreto y la infiltración ocupan un espacio cada vez mayor en la investigación criminal, hasta el punto de existir ordenamientos, como el de Estados Unidos

86. GIMENO SENDRA, J. V. *Fundamentos del Derecho Procesal...*, ob cit.

87. LÓPEZ ORTEGA, J. J. y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I. «El proceso penal como sistema de garantías (III): la contradicción previa al juicio en el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal y en la propuesta de Código Procesal Penal». *La Ley*. N.º 8111, 2013.

88. ALCOCEBA GIL, J. M. «Contraterrorismo del Siglo XXI...», ob cit. pág. 121.

de América<sup>89</sup> o Reino Unido<sup>90</sup>, donde se regulan procedimientos sustanciados íntegramente bajo el desconocimiento de aquel contra el que se procede, de forma que el secreto opera sobre la existencia del propio proceso, la composición del tribunal y sus resoluciones<sup>91</sup>. En la ignorancia de que se está siendo procesado, no solo la defensa resulta imposible de articular, sino que la decisión, obtenida a través de un juicio que prescinde del sujeto pasivo, habrá de adoptarse sin tener en cuenta la información que este pueda aportar sobre el objeto de enjuiciamiento. Cercenando de este modo las posibilidades de defensa, también se modifica el instrumento epistemológico que supone la contradicción.

Aunque tal situación puede considerarse extraordinaria, no debe obviarse que países de nuestro entorno, en las últimas décadas, han promovido un gran número de reformas tendentes a ampliar el papel de los servicios y agencias de inteligencia en materia de investigación criminal; promover la obtención masiva de información; autorizar la investigación encubierta o subrepticia y permitir la introducción en el proceso de pruebas cuya fuente es secreta<sup>92</sup>. Así, el relajamiento del elemento estructural que supone en el proceso penal moderno la defensa contradictoria, se ve claramente motivado por el uso cada vez mayor de las denominadas *técnicas especiales de investigación*, de entre las que sobresalen los medios de vigilancia tecnológicos y la infiltración policial, pues en ambos casos el presupuesto para que resulten eficaces es la ocultación de su existencia al investigado<sup>93</sup>. Precisamente, por ello, la proliferación de estas técnicas afecta al diseño del proceso en las etapas anteriores al enjuiciamiento: o bien la investigación se ve desplazada a fases previas a la incoación formal de la causa, es decir, a momentos anteriores a la existencia de partes activa y pasiva –a partir de las que se produce la contradicción–, o bien obliga a que dicha fase se desenvuelva total

89. Ya en 1978 los EE.UU. de América introdujeron la vigilancia FISA, que permite interceptar y grabar sin autorización judicial a las potencias extranjeras y sus agentes, redes extranjeras o personas o actividades terroristas. Para la grabación o la escucha de los ciudadanos de los EE.UU. de América o los residentes en este país debe existir una orden dictada por un tribunal secreto FISA. Los actos de investigación realizados son siempre secretos y las personas afectadas no son informadas, ni antes ni después de que tales actuaciones se lleven a cabo. Para mayor detalle VERVAELE, J. A. «Secreto de estado y “privilegios probatorios”». En: BACHMAIER WINTER, L. (coord.). *Terrorismo, Proceso penal y derechos fundamentales*. Madrid: Marcial Pons, 2012, pág. 229-262.

90. Que cuenta con un procedimiento secreto en casos de expulsión de los inmigrantes ilegales

91. VERVAELE, J. A.E. «Medidas procesales especiales y protección de los derechos humanos...», ob cit. pág. 148.

92. Más allá de lo expuesto en el primer epígrafe de la presente contribución, resulta especialmente significativas las medidas introducidas en el ordenamiento de Países Bajos en materia de terrorismo, a partir de las cuales se abre la puerta a que miembros de los servicios de inteligencia declaren en la fase oral del procedimiento bajo identidad secreta, cuando así sea necesario para garantizar su seguridad o la de las investigaciones que se encuentren en marcha: VERVAELE, J. A. «Terrorismo e intercambio de información entre los servicios de inteligencia y las autoridades de investigación judicial en los Estados Unidos y en los Países Bajos: ¿Derecho Penal de emergencia?». En: CALLE CALDERON, A. L. *El Estado actual de las ciencias penales*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2009, pp. 319-359.

93. En este sentido véase: VERVAELE, J. A. «Medidas de investigación de carácter proactivo y uso de información de inteligencia en el proceso penal». En: PÉREZ GIL J. (coor.). *El proceso penal en la sociedad de la información*. Madrid: Dickinson, 2012.

o parcialmente en secreto, en cuyo caso se sustancia únicamente con la participación de la acusación.

La realidad descrita, además de ser cada vez más común, ha sido interiorizada por la jurisprudencia de los más altos tribunales encargados de garantizar la vigencia de los derechos humanos, como es el caso del TEDH que, ya en la sentencia *Edwards y Lewis contra Reino Unido*, de 22 de julio de 2003, estableció que el principio de contradicción no llega a ser un derecho absoluto, puesto que pueden concurrir circunstancias que, atendiendo a intereses más importantes, conlleven una limitación del mismo durante la fase de investigación<sup>94</sup>. El propio tribunal de Estrasburgo alude expresamente en su STEDH *Van Wesenbeeck c Bélgica* de 23 de mayo de 2017 a la merma que el uso de *observation and infiltration methods* ocasiona en la contradicción, supeditando su uso a la previa ponderación entre la necesidad de recurrir a los mismos y el ejercicio de una defensa efectiva. Pero, el debilitamiento del principio de contradicción generado por el auge de las mencionadas técnicas de investigación no acaba aquí, pues cuando la información obtenida de forma subrepticia se introduce en juicio oral como prueba de cargo, suele hacerse en régimen de secreto sobre sus fuentes. Tal posibilidad, que vacía de contenido el principio de contradicción aplicado a la prueba, lejos de ser descartada, fue aceptada por el TEDH en la sentencia *Jaspers v. United Kingdom*, de 16 de febrero de 2000, a condición de que resulte necesario para la consecución de ciertos intereses superiores, como pueden ser la protección de testigos o la seguridad nacional<sup>95</sup>. Es por ello que, ante la emergencia de las técnicas de investigación anticipativas, la estructura clásica del proceso se relativiza, dando lugar al fenómeno bien conocido de *huida generalizada del juicio oral*, al que subyace la tendencia común a alejar de él las fuentes de información que pretenden hacerse valer como prueba, todo lo cual, conduce a la generalización de la prueba referencial y, en última instancia, al final de la defensa contradictoria tal y como hasta ahora ha venido siendo entendida.

## V. CONCLUSIONES

El Derecho y el proceso penal se están transformando a un ritmo vertiginoso buscando encontrar una respuesta eficaz frente a la gran criminalidad, fundamentalmente la delincuencia organizada de carácter transnacional, de la que el

94. En el mismo sentido, aunque reconociendo un núcleo esencial irreductible del derecho de defensa: STEDH *Othman (Abou Qatada) c. Reino Unido* de 17 enero de 2012. En general véase: AGUDO ZAMORA, M. y MILLONE, C. «El derecho a ser informado de la acusación en la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos y del tribunal constitucional español» *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*. N.º 23, 2009, pp. 189-221.

95. Así el TEDH en la citada sentencia señala que «en cualquier proceso penal pueden existir intereses en conflicto como la seguridad nacional o la necesidad de proteger a testigos de posibles represalias o de mantener reservados ciertos métodos policiales de investigación criminal, intereses que han de ser ponderados en relación con los derechos del imputado». Y admitir a continuación que «En algunos casos será preciso no desvelar las fuentes de prueba a la defensa, con el fin de preservar los derechos fundamentales de otro individuo o de proteger otro interés público importante. Sin embargo, conforme al art. 6.1 CEDH, estas restricciones del derecho de defensa solo son admisibles si resultan estrictamente necesarias».