

ExLibris

Sección coordinada por *Pablo Sánchez-Ostiz*

Recensiones:

Recensión a Jesús Alfredo ALPACA PÉREZ, *Teoría de las normas e injusto penal*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2022, 471 páginas, por Nicolás Eduardo AYESTARÁN

Recensión a Giorgio Darío María CERINA, *El bien jurídico protegido en el delito de cohecho*, Tirant lo blanch, Valencia, 2022, 427 páginas, por Eduardo RIQUELME PORTILLA

Recensión a Roberto NAVARRO-DOLMESTCH, *Legalidad penal como limitación al poder punitivo*, Editorial Reus, Madrid, 2022, 426 páginas, Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ

Recensión a Clive WALKER/Mariona LLOBET ANGLÍ/Manuel CANCIO MELIÁ (eds.), *Precursor Crimes of Terrorism. The Criminalisation of Terrorism Risk in Comparative Perspective*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, Northampton, 2022, 355 páginas, por Antonio FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ

-

InDret

1.2023

Jesús Alfredo Alpaca Pérez, Teoría de las normas e injusto penal, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2022, 471 páginas

Nicolás Eduardo Ayestarán
Universidad Nacional de San Juan (Argentina)
Abog.nicolas.ayestaran@gmail.com

Esta monografía cristaliza la tesis doctoral del profesor Jesús Alfredo ALPACA PÉREZ, defendida en 2020, bajo la dirección del Prof. Dr. Dr. h. c. Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de León.

En el terreno de la dogmática jurídico-penal, se advierte en los últimos años un renovado interés en el estudio de la teoría de las normas. De esto no sólo da cuenta el autor, sino también otros juristas que en el último tiempo han emprendido investigaciones sobre este punto (ROBLES PLANAS, entre otros). Sin embargo, la obra que se reseña presenta dos particularidades que cimientan su carácter original: por un lado, su peculiar abordaje sobre la norma primaria; y, por otro, la incidencia de este enfoque en la concepción de injusto penal y su necesaria distinción categorial con la culpabilidad. Esta comprensión imperativa de la norma, a criterio del autor, resulta compatible con el modelo de Estado actualmente vigente. Esto es así pues tal comprensión, tomando en cuenta las exigencias actuales, debe conducir a repensar la propia relación entre el Estado y el ciudadano, así como a reflexionar sobre la norma como elemento que permite esa relación.

Desde que BINDING publicó *Die Normen und ihre Übertretung*, la conocida distinción entre «norma» y «ley penal» no ha pasado desapercibida para la comunidad jurídica. Si bien esta interpretación bipartita se erige en un aspecto nuclear de la teoría de las normas propuesta por el jurista alemán, las obras que se han dedicado al estudio y análisis de estas consideraciones normológicas no han demostrado, a criterio del autor, la admisión de tal dualidad. Tampoco ha resultado acogida la concepción de delito como infracción de la norma, circunstancia que emana de esta concepción. Si bien el autor postula sus diferencias respecto del jurista alemán, comparte la premisa de que la teoría de las normas debe funcionar como «columna vertebral» de la teoría del delito. En función de ello, propone su concepción sobre la norma y, a partir de ahí, cimienta su visión del injusto penal.

ALPACA PÉREZ, desde las primeras páginas de su obra, se hace cargo de un aspecto central de su tesis, que repercutirá en el desarrollo de las ideas que busca promover a lo largo del libro: la concepción de la norma primaria (privilegia esta terminología sobre la difundida «norma de conducta») como una de carácter imperativo, genuinamente penal (y no de Derecho público), dirigida a un destinatario idóneo. Es decir, para el autor la primaria no está «dirigida a todos», sino que tiene carácter individual. En otras palabras, sólo podrá ser destinatario quien, en el caso concreto, se encuentre en condiciones de poder cumplir con el mensaje imperativo allí consignado. En estos términos, la norma primaria constituiría un primer nivel de limitación de

la libertad de acción, dirigida al individuo en la situación concreta en la que se encuentra al momento del hecho, materializándose una «genuina relación normativa entra la norma y el destinatario». Dentro de este planteamiento, la capacidad de culpabilidad es un presupuesto indispensable para la imposición de una pena, cuya medida o graduación no puede escindirse de su carácter estrictamente personal. Esto le permite al autor mantener la distinción categorial entre injusto y culpabilidad.

El trabajo se estructura en cinco capítulos y un apartado destinado a las conclusiones a las cuales arriba el autor.

En el primer capítulo, el autor se ocupa de realizar una reconstrucción histórico-dogmática sobre el concepto de norma y la relación de este con el concepto de delito. Este análisis permite comprender con claridad la influencia de la perspectiva normológica a lo largo del desarrollo de la ciencia jurídico-penal de raigambre germánica sobre la teoría de las normas y su incidencia en el concepto de delito. A lo largo de este capítulo, el autor expone y analiza las diversas posiciones doctrinales sobre la norma y las teorías de la imputación más difundidas en la ciencia jurídico-penal. En cuanto a las primeras, hace referencia a la norma de determinación (y a su antecedente histórico directo: la teoría de los imperativos) y a la norma de valoración (y a su planteamiento más significativo: la teoría de la doble naturaleza). En cuanto a las teorías de la imputación, aborda el planteamiento de la norma como norma objetiva de conducta (en la que la imputación, entendida desde una perspectiva kantiana, interviene decisivamente mediante diversos niveles de enjuiciamiento) y el de la norma como expectativa de conducta institucionalizada (en el que la imputación, sostenida sobre planteamientos hegelianos, tiene un carácter global y unitario).

En el segundo capítulo el autor realiza principalmente un abordaje exegético sobre los conceptos de «norma primaria» y «norma secundaria», señalando que cada una de ellas tiene un distinto destinatario, que se relaciona de manera diversa con el precepto del que se extrae y enlaza de manera diferente con el fin del Derecho penal (protección de bienes jurídicos). En efecto, postula que mientras la primaria se dirige al individuo en la situación concreta en la que actúa u omite para imponerle un correspondiente deber, la secundaria se dirige al juez para imponerle un deber de juzgar, esto es, un deber de reconstruir el hecho mediante el que se expresa la infracción de la norma y, de ser el caso, concretar la amenaza de pena anunciada.

ALPACA PÉREZ se distancia del «modelo de la sanción», planteando un esquema diferente: la norma, entendida como mensaje prescriptivo, está llamada a ser el instrumento que, en primera línea, transmita al destinatario el correspondiente mandato o prohibición que aquel deberá adoptar como razón excluyente para su actuar u omitir, respectivamente. En definitiva, la norma primaria refleja el mandato o la prohibición dirigida al individuo, a quien se le impone un correspondiente deber de actuar u omitir. Mediante la imposición de ese deber, se limita la libertad de acción del individuo. Por su parte, la norma secundaria, recoge las instancias tanto de la conminación penal como de la imposición de la pena: adopta aquí una perspectiva retributiva de la imposición de una pena (sostenida sobre una ética consecuencialista no utilitarista).

Sin embargo, resalta el autor, la norma puede fracasar por dos motivos. Primero, porque el destinatario idóneo del mandato o prohibición no quiera tomarla como un motivo para su actuación o abstención, respectivamente. Segundo, porque el individuo no posee el carácter de destinatario idóneo, sino que se trata de un inimputable o de una persona que actúa en situación

de error de prohibición invencible. En estos dos escenarios, la norma, como mandato o prohibición, fracasa. No obstante, el autor cierra este capítulo postulando que el Estado tiene aún una herramienta para garantizar el resguardo del bien jurídico de quien se encuentra situado en el mismo perímetro normativo de aquel que, en el caso concreto, no puede o no quiere motivarse por la norma: el derecho subjetivo. Esta clase de prerrogativa tiene dos funciones: una función de utilización y una función de exclusión. La función de utilización supone que el titular del derecho utilice sus bienes de la manera que considere más apropiada. Por su parte, la función de exclusión implica la posibilidad de reaccionar frente a una intromisión ilegítima ajena. Así las cosas, el derecho subjetivo «rodea» al bien jurídico para así dotarle de una importante dinámica: garantiza la utilización libre del bien jurídico por parte del titular y garantiza que el bien jurídico no será afectado en el ámbito de la interacción social. Cada una de esas funciones se despliega tanto si se está en un estado de «juridicidad» o de «antijuridicidad».

El tercer capítulo se ocupa sobre la relación entre antinormatividad e injusto penal. Se parte de una firme toma de posición: la antinormatividad (o, con mayor precisión: la infracción del deber impuesto por la norma) se produce en el último tramo de la determinación de responsabilidad individual, esto es, con la culpabilidad. Así, el hecho de que la infracción del deber impuesto por la norma sea un asunto que se integra en la culpabilidad no quiere decir, necesariamente, que la norma no desempeñe un papel en el injusto como categoría previa. Según la postura adoptada por el autor, y dentro del ámbito del injusto, la norma primaria desempeña una función distributiva. Esa función se traduce en el despliegue de una tarea de selección de conductas que manifiestan una mínima libertad de acción, pues son ellas la que permiten realizar hechos de relevancia jurídico-penal. Ese presupuesto (el de la mínima libertad de acción) puede ser verificado tanto en destinatarios idóneos (culpables) como en destinatarios no idóneos (no culpables), pues tanto unos como otros pueden afectar bienes jurídicos protegidos por el Derecho penal. El injusto se encuentra entonces condicionado por esta función distributiva que se despliega desde la norma primaria.

En este capítulo se despliega, a mi criterio, el andamiaje teórico más relevante de esta obra: partiendo del inderogable principio «no hay pena sin culpabilidad», se postula que la principal manifestación del Derecho penal –la pena– no podrá imponerse a nadie si es que no se cumple con la verificación de determinadas condiciones subjetivo-individuales en esa persona. Por lo tanto, si la infracción de la norma primaria es la condición de aplicación de la norma secundaria, entonces aquella debe expresar lo que condiciona necesariamente la imposición de la pena (que es a lo que apunta la norma secundaria vista desde la perspectiva del juez): la culpabilidad. De esta manera, sólo puede infringir un deber impuesto por una norma primaria el destinatario que actúa culpablemente, esto es, quien conoce la norma (el mandato o la prohibición) y actúa con tal comprensión en el sentido contrario a lo que ella dispone. Esta conclusión resulta coherente con la piedra angular sobre la que se sostiene esta obra: la norma primaria solo está dirigida a quien pueda cumplirla. Esto no es más que la expresión del *ultra posse nemo obligatur*.

Por último, el cuarto capítulo aborda el problema de la justificación penal desde su concepción de la teoría de las normas. Particularmente, el autor entiende que la teoría de la norma aquí defendida (la primaria como un mandato o prohibición, esto es, como de carácter imperativo), puede ser evaluada especialmente en el ámbito de la justificación penal. El autor enfatiza que en este ámbito adquiere relevancia el concepto de injusto que defiende a lo largo de su obra. El fin de protección de bienes jurídicos no se produciría solo mediante la imposición de deberes, sino también mediante la asignación de derechos. La norma primaria es tanto directiva de conducta

(para el destinatario de esa norma) como fuente de orientación contrafáctica (fuente de derechos) en el caso concreto. La asignación de un derecho subjetivo (de un «derecho a lesionar», en el caso de la legítima defensa, o de un «derecho a actuar», en el caso del estado de necesidad defensivo) permite la consideración de una conducta típica como «permitida», por lo que la afectación de los bienes jurídicos del agresor (en la legítima defensa) o del generador de la fuente de peligro (en el estado de necesidad defensivo) deja de tener relevancia jurídico-general o jurídico-penal, respectivamente. Así las cosas, mediante la asignación de un derecho de intromisión (cuyo ejercicio o no queda ya a discreción del beneficiado), el Derecho penal mantiene su «pretensión preventiva» aunque la norma, en el caso concreto, haya fracasado. De esta manera, la justificación penal permitiría vincular la función de exclusión del derecho subjetivo con el escenario o contexto en el que esa función se lleve a cabo mediante una conducta típica, la cual, al ser realizada en una situación de defensa o necesidad, quedará justificada.

En este punto, resulta cuestionable (o al menos llamativo) que para defender una concepción de norma que carece de los atributos de generalidad y abstracción, y ante el fracaso de un mensaje imperativo, se haga alusión a una categoría de prerrogativa especial (como contrapartida de un deber) como los derechos subjetivos. De hecho, la existencia de estos radica, según el autor, en el hecho de que de la existencia de normas dimanen expectativas (se comprende a la norma como fuente generadora de derechos). La compatibilidad de esta idea con un planteamiento que rechace el carácter «general» de la norma es, cuanto menos, problemática.

La observación formulada cobra más sentido si se parte de la base que el autor reconoce que la norma –el mandato o la prohibición–, en el caso concreto, no solo impone un deber (la comprensión de la norma como fuente de deberes), sino que también genera expectativas (la comprensión de la norma como fuente de derechos). Sin embargo, para la existencia de una expectativa, es necesario partir de la base que las personas se comportarán de acuerdo al rol que desarrollan, o que simplemente evitarán inmiscuirse en esferas de organización ajenas. Estos parámetros de conducta son provistos, precisamente, por las normas que establecen pautas para regir la agencia. Si éstas no tuviesen vocación de «generalidad», no sería razonable depositar expectativas de conducta sobre terceros. De esta manera, para la existencia de expectativas no bastaría que la norma primaria se limite a desarrollar una función distributiva, sino que debe necesariamente operar como un mensaje que define pautas destinadas a la generalidad. De hecho, considero que un planteamiento de estas características es compatible con uno de los pilares de la tesis defendida por el autor: que sea eventualmente en el ámbito de la culpabilidad donde se analice la idoneidad o inidoneidad de quien, en un caso concreto, no ajustó su conducta al mensaje imperativo que emergía de la norma.

Existen numerosos trabajos que abordan la teoría de las normas en Derecho penal, pero esta obra se caracteriza por dos notas: por la conceptualización de norma primaria que se defiende, y por el esfuerzo con que el autor busca entrelazar funcionalmente esta con su comprensión del injusto penal. Posiblemente existan otros trabajos que arriben a resultados similares. Así las cosas, si bien el autor admite influencias de la doctrina clásica de la imputación (a la cual critica en el entendimiento de que la función de configuración de la regla de conducta es un «epifenómeno» de la función de baremo de medición, que es la que declara que el hecho imputado en un primer nivel es antijurídico), pareciera soslayar el carácter de co-configurador de la norma que muchos exponentes de esta escuela teórica le asignan al destinatario. Incluso, la tarea de valorar si lo actuado por el destinatario de la norma se condice con el mensaje imperativo propugnado por

esta formaría parte de la operación que integra la doctrina de la imputación, conocida como *applicatio legis ad factum*.

Es decir, es posible que en la literatura jurídico-penal hayan existido elementos para poner de manifiesto la noción de norma como mensaje prescriptivo dirigido a un individuo en una situación concreta, sin cuestionar su carácter general y abstracto. Sin embargo, las observaciones efectuadas no deben conducir a pensar que *para ese viaje no se necesitan alforjas*, o que la obra comentada no resulte novedosa dentro de su particular ámbito de estudio. Por el contrario, este trabajo se erige en una obra de insoslayable lectura para quienes en un futuro deseen abordar un estudio de la teoría del delito bajo una perspectiva normológica, introduciendo novedosas ideas y perspectivas que sin lugar a dudas impactarán en las discusiones futuras. Por otra parte, resulta refrescante abordar el estudio del injusto penal desde una óptica tan diferente como la propuesta por el autor, donde la antinormatividad sólo puede ser constatada en el plano de la culpabilidad.

InDret

1.2023

Giorgio Darío María Cerina, El bien jurídico protegido en el delito de cohecho, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, 427 páginas

Eduardo Riquelme Portilla
Abogado. Santiago de Chile
eduardo@riquelmeportilla.cl

La corrupción es un fenómeno que parece inherente a la actividad pública. La lectura de algunos textos clásicos de Grecia y Roma dan cuenta que de modo alguno es exclusivamente contemporánea. Desde siempre han existido funcionarios y políticos cínicos, corruptos y venales, lo que implica que esas características son aparentemente inescindibles de la función pública y –por qué no decirlo– de la naturaleza humana misma. Pero esto no impide que Ética y Derecho aspiren a evitar la corrupción. Con todo, es cierto que, en el último tiempo, a partir de escándalos que han afectado decididamente la confianza de la ciudadanía en sus autoridades, el debate sobre la corrupción pública ha pasado al centro de la escena. De ahí que diversos académicos e investigadores hayan abocado sus tareas a profundizar y problematizar diversos tópicos vinculados a esta temática. En este contexto ubicamos la investigación que es objeto de esta recensión, que se puede inscribir en una línea de investigación en este tema seguida por el autor, que se plasmó también en su obra anterior *La insostenible levedad del concepto de corrupción* (2021) y que trae causa de su tesis doctoral *La lucha contra la corrupción en el siglo XXI. El papel del Derecho penal. Estudio crítico del delito de cohecho en Italia y en España* (2010).

Esta obra de CERINA abarca un estudio extenso, que comprende la totalidad de las figuras típicas del delito de cohecho, con referencias a la legislación, doctrina y jurisprudencia española e italiana. De esta manera, aunque el objeto declarado de la investigación busca centrarse en la discusión acerca del bien jurídico protegido en el delito de cohecho, en verdad estamos ante un análisis más vasto acerca de este ilícito.

El trabajo se desarrolla en cinco capítulos.

En el capítulo primero («Anotaciones introductorias»: pp. 15-16), el autor expresa qué se debe entender por cohecho propio, impropio, antecedente, subsiguiente, activo, pasivo y de facilitación, señalando que cohecho y corrupción «para nuestros efectos, será lo mismo» (p. 15), lo que no es del todo cuestionable, aunque hubiera sido deseable establecer que la relación entre la corrupción y el cohecho es de género a especie, puesto que el cohecho implica corrupción, pero no toda corrupción implica cohecho, dado que hay delitos distintos del cohecho que pueden caer en la categoría de «corrupción», como el tráfico de influencias, por ejemplo.

Por su parte, en el segundo capítulo («Breves notas sobre la corrupción en Italia e España y su impacto sobre la reconstrucción de *iure condito* del bien jurídico protegido»: pp. 17-51), se busca establecer un marco fáctico en los graves escándalos de corrupción acaecidos en España e Italia y las consecuentes evoluciones legislativas en ambos países, que de manera notoria han incrementado la severidad en el castigo de las conductas antes referidas. La evolución que se desarrolla comprende mayormente la situación italiana (pp. 20-47), repasando el derrotero desde

el tratamiento del Código penal italiano de 1930 hasta las reformas de 1990, 2012, 2015 y 2019. Por su parte, respecto de la situación en España (pp. 47-51), comienza con el tratamiento de este delito en el Código penal de 1995, para enseguida analizar brevemente las reformas de 2010, 2015 y 2019.

Luego, en el tercer capítulo («El bien jurídico protegido por el delito de cohecho: debate doctrinal y posturas de las jurisprudencia italiana»: pp. 53-111), se analiza el debate en la doctrina y jurisprudencia italianas respecto del bien jurídico del delito de cohecho, distinguiendo entre posturas «tradicionales», «constitucionales» y «originales» (pp. 54-56), para concluir con un análisis del impacto que en el debate relativo al bien jurídico protegido por el delito de cohecho han tenido las modificaciones al Código penal italiano. Una particular atención presta el autor al alcance de la imparcialidad y buen funcionamiento de la administración como bienes jurídicos protegidos en el delito de cohecho, señalando que «es realmente chocante la variedad de definiciones que de los mismos han sido proporcionadas» (p. 72), planteamiento que luego es desarrollado en extenso en el capítulo final.

En el capítulo cuatro («El debate en España»: pp. 117-179), CERINA repasa la evolución que en la doctrina española ha tenido dicha figura delictiva, analizando las posturas tradicionales y recientes, y concluyendo con un breve análisis del efecto que el desarrollo de la discusión ha tenido en la jurisprudencia, que ha sido inconsistente –a su parecer– en la determinación del bien jurídico protegido en el delito en comento. Se aprecia que CERINA recurre frecuentemente a las categorías de cohecho propio e impropio, y activo y pasivo, señalando en el capítulo siguiente que este último binomio no es pacífico (p. 251), pero manteniéndolo en el curso de su análisis en toda la obra. El mantener las categorías antes mencionadas, que a primera vista puede ser baladí, en verdad no lo es desde la óptica de la claridad de los planteamientos que se formulan. En efecto, este delito posee diversas hipótesis típicas, con dos sujetos que necesariamente deben intervenir (aunque sea para que el particular rechace la petición que le hace el funcionario, o para que el funcionario rechace el ofrecimiento del particular). De esta manera, puede implicar una dificultad el mezclar planteamientos *lege lata* y *lege ferenda* del autor, para las alternativas típicas referidas, con planteamientos de la doctrina y jurisprudencia. En todo caso la dificultad no disminuye el mérito del esfuerzo por plantear variables y contradicciones, reales o aparentes, que enriquecen sin duda la discusión.

Finalmente, en el capítulo quinto («Postura del autor»: pp. 187-404), el más extenso de la obra en comento, nos dirigimos hacia el planteamiento de CERINA que, adelantamos, propone que el bien jurídico protegido en el delito de cohecho es la protección de la «imparcialidad procedimental de la acción administrativa» (p. 266). Debo comenzar señalando que OLAIZOLA NOGALES, en 1999, ya proponía como bien jurídico «el buen funcionamiento de la administración pública, entendido como la imparcialidad, legalidad y objetividad» y, de manera más reciente, como el propio CERINA reconoce en el capítulo anterior (p. 141), RODRÍGUEZ PUERTA también refiere que el bien jurídico protegido en el delito de cohecho es la imparcialidad. De esta manera, la diferencia distintiva en el planteamiento del autor estaría en el adjetivo «procedimental» de la imparcialidad. A este respecto señala que «el procedimiento de la formación de la voluntad, para ser legalmente imparcial, precisa prescindir de (ciertas) influencias externas» (p. 275). Y luego se aboca a argumentar en torno al proceso de formación de la voluntad del *intraneus*, con referencia al procedimiento. Pero en rigor, no se divisa claramente cuál es el aporte del término «procedimiento» o «procedimental» referidos a la imparcialidad, con el riesgo de considerar que todo aquello que esté fuera del procedimiento reglado no es de interés a los efectos de la

tipificación. No creo que ese sea el propósito del autor, aunque no lo descarta expresamente. Un planteamiento de este tipo, salta a la vista, tiene el defecto de ser excesivamente formal, y se muestra incapaz de abarcar algunas conductas que podrían no estar regladas y sin embargo ser punibles, como por ejemplo pagar para ser atendido antes en un servicio público, respetándose en la forma y el fondo el procedimiento administrativo (salvo en aquella parte que prohíbe recibir estipendios ajenos a los oficiales).

Una posición formalista hace crisis, por ejemplo, en lo relativo al cohecho parlamentario. En este ámbito el autor dirige el concepto de «imparcialidad procedimental» hacia el proceso de formación de la voluntad parlamentaria, pues «el abanico de posibles razones subyacentes a su toma de decisión es amplísimo y que es igualmente amplio el horizonte de las decisiones posibles» (p. 371), desvinculando la legitimidad de la decisión política de su contenido y de la motivación, para centrarse en el procedimiento de expresión de la voluntad parlamentaria. No comparto este planteamiento. Los casos de corrupción política muestran al corrupto respetuoso del procedimiento, seguramente para no quedar al descubierto o no levantar alguna sospecha. De hecho, vista externamente, la decisión del corrupto en nada se diferencia de la decisión del que no lo es, puesto que la diferencia no está en la forma ni en el contenido de la decisión: cualquier decisión es válida para un parlamentario. Lo que no está permitido es que la motivación de esa decisión obedezca a un interés económico, y que el interés político sea solo aparente. Por lo tanto, si un parlamentario vota una ley a cambio de dinero, esto es, si vende su voto, en el caso de que esa votación se realice respetando perfectamente el procedimiento, desde la perspectiva de CERINA, nada puede reprochársele penalmente al corrupto, lo que, desde luego, no es lo previsto por el legislador penal. Puede que esta respuesta de la ley penal sea criticable desde la mirada *lege ferenda* del autor, pero resulta difícil de sostener desde una perspectiva *lege lata*.

No hay duda de que el parlamentario que vende su voto, respetando el procedimiento en el modo de expresar su voluntad, comete el delito de cohecho. La objeción de que el análisis del contenido de la decisión política estaría proscrito para el juez penal es una afirmación que no termina de justificar el autor, no se funda en norma alguna e implica, en los hechos, que los parlamentarios no podrían ser autores del delito de cohecho. Quizás la confusión esté en qué entendemos por «contenido». Si se estima que se refiere al mérito de la decisión legislativa, desde luego que ese análisis está prohibido para todos, pues una limitación de ese tipo implica que la representación política, que es expresión de la soberanía, estaría amenazada. No hay una pauta con respecto a la cual contrastar una decisión legislativa, que siempre es política, en el sentido de que puede estar fundada en las más variadas razones. En cambio, si entendemos por contenido no la naturaleza misma de la decisión, sino su motivación, entonces estaríamos refiriéndonos a algo distinto. Por motivación quiero decir lo que inspira la decisión y no a la decisión misma. De esta manera, si en medio del debate político un parlamentario emite una opinión o voto a cambio de dinero, da lo mismo que esa decisión fuera idéntica a la que hubiera tomado sin recibir el beneficio económico, lo que se castiga no es la violación de la forma o procedimiento de toma de la decisión, ni tampoco su contenido; lo que se castiga es que esa decisión se tome a cambio de un beneficio. Por esta razón, el juez penal se debe pronunciar sobre la «motivación de la decisión» –que en este caso es la percepción de una ganancia indebida–, más allá de la forma y contenido de la votación, que a estos efectos es indiferente.

Por otro lado, el autor es crítico con la punibilidad de las conductas de «cohecho impropio», puesto que el acto del funcionario público es igual al que hubiera realizado sin dicho acuerdo (p. 243), lo que desde luego es cierto. En efecto, en esta hipótesis lo que se reprocha no es el

contenido de la actuación del funcionario público, sino el solicitar o aceptar un beneficio económico indebido para o por su actuación. Señala el autor que la tipificación de esta clase de cohecho tiene problemas de lesividad, lo que es cierto parcialmente, puesto que efectivamente en cuanto al contenido de la decisión no se aprecia diferencia con el acto del no corrupto. Pero sí la hay desde la perspectiva de otros deberes de la función pública, que precisamente forman parte del conjunto de garantías constitucionales del Estado de Derecho. Me refiero a la igualdad de trato y a la igual facilidad de acceso a la Administración pública. Además, es obvio que un funcionario público que recibe beneficios para o por cumplir su deber se encuentra más próximo a recibirlos por dejar de cumplirlo, respecto de otro funcionario público que no recibe beneficio alguno de parte de los usuarios. La muralla del cumplimiento del deber, en el caso de este último, es total. Cuando la puerta se abre, la experiencia indica que es difícil cerrarla, puesto que la necesidad que se satisface con el beneficio económico para o por cumplir el deber puede posteriormente demandar su satisfacción a partir de otras conductas. Lo sustantivo es que la función pública no puede ser fuente de ingresos extraordinarios.

Con todo, el exhaustivo trabajo de CERINA, con una amplia bibliografía española e italiana, es una contribución en la discusión de estos tópicos que, como pocos, se encuentran dentro de las preocupaciones más acuciantes de la ciudadanía, por sus perniciosas consecuencias para el buen funcionamiento del sistema democrático, lo que ha suscitado una reacción legislativa. Por lo anterior, es valioso el aporte de los académicos e investigadores, para tensionar, cuestionar y poner en valor ciertos principios que pueden estar amenazados por el populismo penal. Este propósito es cumplido ampliamente por el autor.

Roberto Navarro-Dolmestch, Legalidad penal como limitación al poder punitivo, Editorial Reus, Madrid, 2022, 426 páginas

Pablo Sánchez-Ostiz
Universidad de Navarra
pablosostiz@unav.es

-

Esta monografía recoge los resultados de la tesis doctoral del autor, defendida en 2021 en la Universidad da Coruña, y se suma a un conjunto de publicaciones que desde hace años ha venido ofreciendo. En la actualidad, Roberto NAVARRO-DOLMESTCH es profesor de Derecho penal en la Universidad Autónoma de Chile. A su formación académica añade la experiencia en el ámbito de la persecución de delitos en el Ministerio Público de Chile.

En *Legalidad penal como limitación al poder punitivo* no se traza una visión convencional del principio de legalidad, sino que se presenta una consideración crítica, comparativa y analítica, sobre su incapacidad para restringir el poder punitivo del Estado. Este es el hilo conductor de la monografía, en la que se afrontan las múltiples facetas del tema. En efecto, se abordan las diversas aristas del principio de legalidad desde el prisma de su incapacidad demostrada en la historia para restringir el *ius puniendi*, y esto con un método que describe, compara y critica. Su exposición combina la reflexión teórica con la referencia a casos y situaciones debatidos, sean casos de la jurisprudencia o preceptos legales de decisión o interpretación dudosas.

La obra se estructura en tres amplios capítulos, en los que se suceden los epígrafes, con numeración continuada a lo largo de todo el libro. En el cap. I, a modo de marco de la investigación, se describe la visión continental del tema («Naturaleza y contenido de la legalidad penal»: pp. 27-157). En el cap. II, de manera crítica, se traza la evolución histórica, desde sus orígenes ilustrados, hasta las actuales derivas expansionistas, simbólicas y populistas, y en donde se muestra cómo la legalidad penal no es capaz de ofrecer suficiente resistencia a las pretensiones del poder punitivo, y se requiere en cambio hallar nuevos mecanismos de contención («La evolución de la legalidad penal»: pp. 159-287). En el cap. III se muestra cómo, además de la versión continental, son relevantes la de la cultura angloamericana y la del Derecho internacional de los derechos humanos («El modelo policéntrico»: pp. 289-358). La publicación se completa con la Introducción (pp. 19-26), unas «Consideraciones finales» (pp. 359-372) y dos tablas comparativas de cómo se han plasmado los aspectos del principio de legalidad en diversos ordenamientos (pp. 373-376). La bibliografía recogida en la extensa relación final (pp. 377-421: en lenguas española, inglesa e italiana; de la doctrina penal, junto a otras como la constitucionalista, internacionalista o iusfilosófica) muestra un bagaje y amplitud de intereses que enriquecen el abordaje del problema. En esta línea, a pesar de la amplia bibliografía empleada, podría haberle sido de utilidad el recurso a más autores de la doctrina alemana. Aunque no escasean las notas a pie de página que aligeran el contenido del discurso principal o dan cabida a cuestiones ya asumidas (cfr. por ejemplo, p. 121, n. 96; p. 290, n. 221), las referencias bibliográficas proliferan incluidas en el cuerpo del texto.

El cap. I arranca con una precisión conceptual: la *juridicidad*, como principio general del Derecho público, designa la sujeción de las personas e instituciones al ordenamiento, y sería el género al que pertenece la *legalidad* como especie, que indica la garantía de la libertad (p. 33). Y *legalidad penal* se refiere a la restricción sobre la forma de ejercicio de la potestad punitiva, solo a través de la ley, que debe ser parlamentaria (p. 34). A su modo de ver, la legalidad penal no es un principio, como tampoco un derecho fundamental, sino que tiene naturaleza de regla y cumple una función de garantía: como regla, expresa un mandato que ha de ser obedecido tanto por el propio legislador como por los jueces; y como garantía, es un instrumento de vigencia de los derechos que viene, en concreto aquí, a «proteger la libertad de las personas de las injerencias estatales a través del ejercicio de la potestad punitiva» (p. 50). Tomando como instrumentos las categorías de HART (reglas de reconocimiento, de adjudicación y primarias: de manera sinóptica en p. 61), se expone el contenido del axioma «*nullum crimen nulla poena sine lege parlamentaria scripta, certa et stricta*»). A partir de aquí, el autor argumenta otra de sus tesis centrales: la legalidad penal es una garantía de carácter procedimental o formal (pp. 61-63, 117-123 y *passim*) y no material, de modo que no se le puede pedir una función limitadora extensa (p. 119), ni de legitimidad de los contenidos de la ley (p. 122). Por lo que «[t]odo el control ‘material’ sobre el Derecho penal que se espera de la legalidad, no puede esperarse de ella, sino que debe encontrarse en otros instrumentos jurídicos o estrategias» (p. 123).

Cómo se ha llegado a esta *procedimentalización* de la legalidad penal es el contenido del cap. II. El contenido actual de la legalidad difiere del planteamiento ilustrado originario, el cual fue modificándose con la evolución política y económica, al ritmo de fenómenos como el del constitucionalismo (p. 183), el Estado legalista (con el que perdió los contenidos materiales de contención del poder con los que fue dotado inicialmente). Expone cómo legalidad no es sinónimo de empleo de la ley (p. 161): no cabe confundir la técnica de regulación con su función de garantía de la libertad, cuyo origen se sitúa en la Ilustración; primero, como asignación del poder punitivo al legislador (p. 163), y después en las concretas garantías, momento que con razón puede asociarse a la formulación de Feuerbach (pp. 165-166). Con todo, «su principal déficit se manifestó en una débil justificación de la potestad punitiva y en un inacabado estatuto de su limitación que, a poco andar, el liberalismo transformó y terminó por desdibujar» (p. 168). Ciertamente, el modelo inicial se ha visto alterado (pp. 192-205). En su opinión, continúa siendo un reto para la doctrina cómo legitimar el castigo y cómo considerar al delincuente; en este contexto, surge el ideal humanizador de las penas, al que el autor atribuye gran relevancia (p. 171). Esta evolución de la legalidad le lleva a describir y analizar las opiniones que consideran a esta en *crisis*: sea de la ley formal, por la aparición de variadas fuentes, la Constitución y los derechos humanos (pp. 209-217); sea de pérdida de su carácter garantista, con lo que denomina el «neoabsolutismo parlamentarista» (pp. 227-234), sin que se hayan proporcionado alternativas suficientes (pp. 218-248); sea de capacidad limitadora del poder punitivo en contextos dominados por la ideología neoliberal (pp. 248-283). Al final, su posición es que, dado «su carácter esencialmente procedimental» (p. 286), «la legalidad penal no tiene ninguna función de limitación a la potestad punitiva» (p. 286), y «la actual formulación de la legalidad penal necesariamente va a producir rendimientos limitados en cuanto a su rol de garantía» (p. 287). A pesar de esta pérdida de contenido material limitador, buena parte de la doctrina sigue exigiendo a la legalidad algo que no puede aportar.

El cap. III expone tres versiones de la legalidad penal: de la cultura continental (pp. 308-313, angloamericana (pp. 293-307) y del Derecho internacional de los derechos humanos (pp. 313-358), «como tres enfoques de un mismo instituto jurídico» (p. 289), y que ha sido descrito como

un modelo «policéntrico», caracterizado por «la rotura de un sistema cerrado de fuentes del Derecho» (p. 292). Aunque las tres tradiciones tienen en común que aspiran a ser garantía de la libertad frente al poder punitivo, el modo de lograrlo es diverso: en la continental, sobre todo, de manera procedimental mediante la ley parlamentaria; y en la anglosajona, de manera más «sustancialista» a través de la predictibilidad y accesibilidad; por su parte, en el Derecho internacional de los derechos humanos se da una «amalgama de las culturas jurídicas del *common law* y del *civil law*», «un sincretismo entre la comprensión continental y anglosajona de la legalidad» (p. 315). Como no se trata de un ordenamiento más, sino que el Derecho internacional de los derechos humanos integra el Derecho español, se llega a la importante conclusión de que la legalidad penal no queda adecuadamente recogida en el *nullum crimen, nulla poena, sine lege*, sino que ha de añadir también las previsiones de dicho sistema, de modo que debería expresarse así: *nullum crimen, nulla poena «sine iure»* (pp. 320-321; 329-333). Y ante la amplitud de fuentes menos formalizadas pero admitidas en el Derecho internacional de los derechos humanos, señala cómo el TEDH recurre a los criterios de accesibilidad y predictibilidad, propios de la tradición angloamericana (pp. 334-340). También es problemática la admisión de la cláusula Núremberg (o de aplicación retroactiva, según los principios generales reconocidos por el conjunto de las naciones civilizadas: arts. 72 CEDH, 15.2 PIDCP y 49.2 CDFUE), pero que el autor salva cuando «el principio general que se use como fuente en el caso concreto haya existido al momento de ejecutarse la conducta», de modo que no se daría aplicación retroactiva (p. 343).

En definitiva, la legalidad penal reviste carácter procedimental, y ha sido despojada a lo largo de la historia, de su originario sentido liberal, hasta hacerse incapaz de ofrecer en la actualidad un límite al poder punitivo. Serían precisos límites materiales, que la legalidad no está en condiciones de aportar (cfr. en las «Consideraciones finales», pp. 371-372).

Se trata de un estudio original por su enfoque y relevante en las aportaciones. NAVARRO-DOLMESTCH nos ofrece en esta monografía no solo una descripción de la faceta penal de la legalidad, sino también de sus raíces históricas, filosóficas y políticas. En buena medida se trata de una obra no convencional, con un enfoque novedoso de las cuestiones tradicionales y que, por eso mismo, invita a la reflexión. Así, me permito efectuar alguna consideración suscitada a raíz de su interesante lectura.

Entre otras posibles observaciones, y reconociendo el indudable mérito de su exposición, me permito señalar, en primer lugar, cómo algún tema podría haber recibido mayor profundidad. Por ejemplo, el de la discusión de la doctrina penal sobre las normas primaria y secundaria, de conducta y de sanción: ciertamente el autor recurre a categorías propuestas por HART, y ofrece una explicación plausible al aplicarla a la legalidad; pero se echan en falta planteamientos estrictamente jurídico-penales muy extendidos y que han vuelto a presentarse en la discusión actual sobre teoría de las normas. También el tema de la retroactividad de la *lex mitior*: aunque ciertamente es abordado (pp. 101-107), la peculiar previsión española de aplicarla incluso aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena, bien podría merecer un estudio específico más amplio; sin duda, cuando esto supone la revisión de las condenas en fase de cumplimiento, y cuando el autor expresa cómo en el ordenamiento español la legalidad se ha definido tanto en el plano constitucional como legal (pp. 309-313). A su vez, a la relación entre legalidad penal y legalidad en sentido procesal, sin duda expuesta (en sentido negativo y positivo, pp. 59, 116, 241-248, 365), podría añadirse cómo en la doctrina alemana se distingue entre «Gesetzlichkeit» y «Legalität», respectivamente, y su relevancia. En mi opinión, además, a la culpabilidad (pp. 150, 191, 256) también podría

dedicársele mayor consideración de los contenidos habitualmente incluidos en ella, puesto que el propio autor lo asocia de alguna manera a la previsibilidad y predictibilidad (p. 150), criterios clave en su visión de la legalidad penal. Pero más allá de estas sugerencias, es destacable en su exposición cómo la legalidad penal cataliza consideraciones de diversos órdenes: el principal, el de ser una garantía procedimental (pp. 117-120) y «regla de determinación competencial» (p. 120); a mi modo de ver, en la materia confluyen también factores referidos a la protección de la sociedad (a través de los bienes jurídicos), como también a la libertad del destinatario de las normas, así como a su dignidad e igualdad. En este sentido, podría ampliarse su visión con una referencia a la dialéctica entre regla y excepción (por ejemplo, entre irretroactividad y retroactividad favorable) que opera en la argumentación de las decisiones jurídicas. Pero esto supondría posiblemente abordar la operatividad de los principios.

Sobre los principios cabe efectuar, en segundo lugar, otra reflexión. En efecto, en su investigación, los principios son tenidos en cuenta en diversos lugares (al menos, en pp. 189, 190, 210, 222, 284, 363). Pero lo es a efectos de criticar y rechazar que el recurso a estos sea suficiente para evitar el riesgo de arbitrariedad o inconcreción, pues los considera más como previsiones prudenciales o discrecionales que pondrían en riesgo la seguridad jurídica (p. 189), una concepción «desfasada de los tiempos que corren» (p. 222) o, a fin de cuentas, como «una estrategia inútil» (p. 284). Su postura es explicable, pero llama entonces la atención que se apele a enunciados que deben mucho a la idea de principio. Me refiero al recurso a la igualdad (p. 267) o a la «racionalidad» (pp. 225-226) y sobre todo a la proporcionalidad en sentido amplio, puesto que a ella acude a lo largo de su investigación (pp. 113, 143, 226, 284, 343) como solución a la naturaleza procedimental e insuficiencia limitadora de la legalidad penal (p. 372). El lector puede tener la impresión de que se evita recurrir a los principios, para acabar invocando el de proporcionalidad. A la vista de la opinión generalizada sobre la proporcionalidad (en sentido tanto amplio como estricto), su elaboración jurisprudencial y la vigencia práctica que posee, resulta difícil eludir su carácter *principlal*, y la operatividad mediante ponderación.

Por último, en tercer lugar, abunda el autor en que la legalidad posee naturaleza procedimental y que su evolución ha puesto de manifiesto su incapacidad para limitar el ejercicio del poder punitivo. En diversos lugares se señala cómo se exige al principio a menudo mucho más de lo que puede aportar realmente, y que en este ámbito se da una amplia asimetría entre la realidad práctica y la dogmática (pp. 99, 111, 116, 190, 205). Puede el lector coincidir o no con su diagnóstico, pero no cabe sino darle la razón cuando pone de manifiesto el escaso rendimiento limitador del poder punitivo que puede ejercer la legalidad penal. Por eso mismo, pienso que sigue pendiente la tarea de hallar fundamentos sólidos para el ejercicio ponderado del *ius puniendi* que sean a su vez asumibles en una democracia parlamentaria (p. 123). Adentrarse en este ámbito excedería con mucho los límites de la investigación, pero ahí radica la tarea que se presenta a la dogmática: la de justificar la intervención penal de modo que puedan oponerse límites materiales y no sólo procedimentales.

Con todo, se trata únicamente de algunas reflexiones que suscita la lectura de una investigación como esta y que permiten considerarla con la atención que merece. Estamos ante una obra que ofrece una visión crítica de diversas facetas del tema, y cuya lectura aporta en cuanto hace replantearse conclusiones dadas como firmes. Es resaltable su esfuerzo por adoptar enfoques enriquecedores de la visión penalista habitual, así como su propuesta de soluciones y reconocimiento también de lo que queda por hacer: esa búsqueda de criterios materiales que permitan restringir el poder más allá y mejor que con medios básicamente procedimentales. Hay

que agradecer a NAVARRO-DOLMESTCH la amplitud y documentación de su investigación, así como el rigor con el que la ha llevado a cabo.

InDret

1.2023

Clive Walker/Mariona Llobet Anglí/Manuel Cancio Meliá (eds.), Precursor of Crimes of Terrorism. The Criminalisation of Terrorism Risk in Comparative Perspective, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, Northampton, 2022, 355 páginas*

Antonio Fernández Hernández
 Universitat Jaume I
 anandez@uji.es

-

La obra colectiva objeto de la presente reseña aborda, a través del análisis de la atribución de relevancia penal a los actos protopreparatorios (*precursor crimes*) terroristas, muchas (no todas) de las cuestiones que el terrorismo genera. A través de un enfoque amplio (que abarca desde consideraciones de política criminal hasta la efectividad que las desproporcionadas penas previstas e impuestas revisten) y de un tratamiento internacional (que comprende referencias a los ordenamientos jurídicos español, británico, alemán y australiano) se abordan en ella, de una forma rigurosa y novedosa, cuestiones fundamentales en materia de terrorismo. Los argumentos sobre los que se sustenta, las propuestas de solución ofrecidas o la diversidad de aspectos tratados y su enfoque internacional permiten calificar a esta obra de referente en la materia.

Pese a ser una obra colectiva, la monografía en su conjunto presenta una idea común: la política criminal internacional y de los Estados democráticos de Derecho de nuestro entorno (aunque no solo) en materia de terrorismo se encuentra caracterizada por una marcada naturaleza preventiva e inocuidadora que pone en jaque los propios valores sobre los que estos se sustentan. Así, se parte de la errónea premisa de que el logro de una mayor seguridad requiere, inevitablemente, un mayor recorte de libertades. Recorte de libertades que no debiera plantear problema alguno al común de la ciudadanía por cuanto está previsto en exclusiva para aquellos que incurren en conductas que, en opinión de la Asamblea General de Naciones Unidas, constituyen una amenaza a la paz y seguridad internacionales. El problema, y este es el *leit motiv* de la obra, es que la ampliación y la disolución de los límites de lo que debe considerarse terrorismo, junto con la atribución de tal carácter a un catálogo de conductas consideradas relacionadas con dicho fenómeno criminal, que no cesa de incrementarse, caracterizadas por una vinculación cada vez menor a la exigencia de la producción de un grave resultado lesivo para los bienes jurídicos más relevantes en aras de lograr una ulterior finalidad de carácter político (es decir, un acto terrorista) está comportando que el radio de acción de estas excepcionales medidas termine afectando a un mayor rango de población. Población que, dado el embrionario carácter de las conductas castigadas, termina siendo seleccionada por criterios de raza o vinculación con determinados sujetos, aplicándose la máxima de que «el amigo de mi enemigo es también mi enemigo». De esta manera, conductas con una escasa capacidad de ofensividad son sancionadas con gravosas consecuencias de carácter penal, a cuyo castigo se llega mediante la previsión y reconocimiento de mayores facultades de intromisión del Estado en la vida de los ciudadanos que, además, se

* La obra puede obtenerse en versión eBook o impresa a través de la Edward Elgar Publishing website.

han demostrado ineficaces, olvidando que el principal enemigo de la democracia es un Estado con poderes ilimitados. Precisamente a evitar tan perversos efectos se ofrecen en esta obra diversas propuestas, dignas por ello de atención.

Con un total de veintidós contribuciones, la obra se divide en cinco secciones: una primera introductoria, en la que los editores de la obra abordan la propia noción de los *precursor crimes* al objeto de elaborar un concepto internacionalmente válido, distinguiendo entre un concepto estricto y uno amplio. Delimitación conceptual que resulta esencial, habida cuenta de que se analiza el tratamiento que reciben en diversos ordenamientos jurídicos, lo que obliga a determinar, en primer lugar, si se está hablando o no de lo mismo. Fijada dicha categoría delictiva en la atribución de relevancia penal a conductas preparatorias de futuros actos terroristas o a conductas vinculadas con la actividad propia de las organizaciones terroristas, permite plantearse una importante cuestión: aunque la normativa internacional ha constituido un importante acicate al castigo de estas conductas, algunas de ellas ya eran objeto de tratamiento penal antes del surgimiento del terrorismo yihadista (paradigma del terrorismo internacional) por aquellos Estados que ya debían hacer frente a este fenómeno criminal. El propósito ha sido siempre el mismo: facilitar la condena, desvinculando la responsabilidad del sujeto de la efectiva comisión de un acto terrorista, atribuyendo relevancia penal a etapas más embrionarias o relacionadas, de algún modo, con quienes pueden terminar cometiendo finalmente aquellos actos. Sin duda, los cambios operados en el modo de actuación de los actores del actual terrorismo yihadista han contribuido a profundizar en esta estrategia político criminal. Así, si bien esta estrategia de anticipación de la barrera de punición se centró en los delitos relacionados con las organizaciones terroristas (las conductas de dirección –en sentido amplio–, integración y colaboración), como respuesta a la realidad criminológica que las organizaciones terroristas del pasado siglo presentaban, la organización en red y la relevancia que los elementos terroristas han adquirido en este siglo XXI con la actual oleada del terrorismo ha comportado que el catálogo de los *precursor crimes* se haya ampliado a conductas relativas a comportamientos individuales propios de una fase preparatoria cada vez más alejada de la efectiva ejecución de un acto terrorista.

En el capítulo 2, el profesor Clive WALKER pone de manifiesto que la menor tolerancia al riesgo de las sociedades facilita la asunción de políticas criminales que permiten una intervención temprana en la que no es preciso esperar a la producción del resultado lesivo que pretende evitarse a toda costa. Sin embargo, pese a lo que pudiera parecer, esta estrategia no es todo lo eficaz que cabría esperar, ni a nivel cuantitativo, por cuanto el número de condenas es muy inferior al de las detenciones, ni a nivel cualitativo, dado que no hay constancia de que la radicalización de quienes llevan a cabo delitos de terrorismo se deba a que los enjuiciados sean tratados injustamente. Lo que no es seguro que pueda mantenerse en el futuro, dada la gravedad de las penas previstas para estas conductas. Tal motivo, junto con otros ofrecidos por el autor, ponen de manifiesto que estos delitos no son la forma más oportuna de hacer frente al fenómeno terrorista.

La II parte, integrada por los capítulos 3 a 6, va referida a la criminalización del riesgo de comisión de futuros e indeterminados ataques terroristas. Así, en el capítulo 3, los profesores MASFERRER y TALAVERA ponen de manifiesto que la atribución de la condición de enemigo a los terroristas los convierte en un riesgo para la seguridad del Estado, que sustituye a la seguridad de los ciudadanos como objeto de protección del Derecho penal, lo que acerca los Estados democráticos a los Estados totalitarios, permitiendo poner en duda la propia existencia de un Estado de

Derecho. Por su parte, la doctora Francesca GALLI analiza, en el capítulo 4, los problemas que los instrumentos legislativos emanados de la Unión Europea y las transposiciones que de ellos han realizado sus Estados miembros han generado a la hora de enfrentarse a los nuevos riesgos terroristas, tales como los *homegrown terrorists* y los combatientes terroristas retornados, haciendo evidentes los conflictos que surgen con diversos derechos fundamentales como, por ejemplo, el principio de legalidad, la libertad de expresión o el derecho de asociación. De ahí que finalice con diversas propuestas de actuación de carácter extrapenal. En el capítulo 5, la doctora LANDERA LURI se centra en la escasa (por no decir nula) aplicación que ha tenido en nuestro país el art. 579 bis 3 CP, atribuyéndola al hecho de que jurisprudencialmente se prima el elemento subjetivo consistente en la voluntad de pertenecer a la organización terrorista frente al objetivo derivado de encontrarse cumpliendo una pena privativa de libertad, a lo que deben añadirse las exigencias de confesión y colaboración contenidas en el tipo. En su opinión, la decisión de optar por el abandono de una organización terrorista debería ser garantizada como un derecho. No obstante, no puede olvidarse que este precepto constituye una importación del precepto relativo a los *pentiti* del ordenamiento jurídico italiano que en nuestro caso no ha resultado operativo, no sólo porque el terrorismo pueda ser considerado el paradigma de la delincuencia por convicción (a diferencia de lo que ocurre con la criminalidad organizada común), sino porque los elevados requisitos legalmente exigidos para permitir su aplicación lo han hecho, en la práctica, completamente inoperativo. Finalmente, puede encontrarse en el capítulo 6 un análisis crítico que el profesor Christopher MICHAELSEN hace de los *precursor crimes* (y su aplicación práctica) que Australia ha incorporado a su texto punitivo, pese a apenas haber sufrido actos de terrorismo, poniendo de manifiesto que la introducción de tipos de marcado carácter preventivo y excesivamente gravosos en términos de punición como respuesta al terrorismo ha terminado afectando al tratamiento otorgado a otros fenómenos criminales. Efecto expansivo, por otro lado, que puede apreciarse en todos los ordenamientos jurídicos en los que el legislador ha optado por esta metodología de actuación frente al terrorismo.

La III parte de la obra, que comprende de los capítulos 7 al 10, se centra en los *precursor crimes* de expresión. Lo cual es lógico, habida cuenta de que uno de los ejes sobre los que se ha sustentado la política criminal en materia de terrorismo es el de la lucha contra la radicalización. El problema es la afectación de tales medidas a la libertad de expresión. Así, en el capítulo 7, la profesora Anneke PETZSCHE analiza la normativa europea y la promulgada por los legisladores británico, español y alemán en materia de incitación, enaltecimiento y apología del terrorismo, y concluye que, dada la lejanía de estas conductas con el acto terrorista efectivamente cometido, un modo de lograr tipificar estos comportamientos de manera constitucionalmente legítima pasa por exigir un mayor nexo de unión entre estos y aquel. Una política criminal correcta debe desarrollarse sobre la base de un conocimiento adecuado de la realidad que se va a regular. Precisamente por ello, el profesor MIRÓ LLINARES desarrolla en el capítulo 8 un estudio criminológico sobre el uso de *twitter* en la difusión de mensajes de incitación a la comisión de actos terroristas. Y lo hace al hilo de los comentarios habidos en dicha red social como consecuencia de los atentados cometidos en la sede de la revista Charlie Hebdo y en la Sala Bataclan, para llegar al resultado de que muy pocos de los mensajes analizados contienen discurso del odio y todavía menos son susceptibles de ser considerados incitaciones, directas o indirectas, a la comisión de actos violentos. Realidad que, sin duda, debería ser tenida en cuenta por los legisladores a la hora de diseñar las herramientas de actuación frente a las expresiones que merecen reproche penal. En el capítulo 9 el profesor CANCIO MELIÁ realiza un análisis del delito de enaltecimiento del terrorismo y de cómo ha sido aplicado a supuestos en los que puede ponerse en duda el respeto al derecho a la libertad de expresión de los condenados; pone de

manifiesto, además de la falta de unión entre las expresiones que pueden encontrar acomodo en el ámbito de aplicación del tipo en cuestión y la futura comisión de un acto terrorista, que el Estado debería evitar dar propaganda, a través de su criminalización y enjuiciamiento (y el consiguiente tratamiento mediático), a creaciones que de seguro no resultan merecedoras de tanta atención pública. Pero los riesgos a los que la libertad de expresión debe enfrentarse en nuestro país no proceden sólo de la regulación penal de los delitos de terrorismo, sino que hay otros ámbitos que deben ser tenidos en cuenta a estos efectos como, por ejemplo, la tipificación de los delitos de odio y su aplicación jurisprudencial. Precisamente por ello el doctor DÍAZ LÓPEZ analiza en el capítulo 10 si los delitos de terrorismo pueden ser considerados delitos de odio, concluyendo (tras el análisis de cuestiones tan interesantes como la aplicabilidad de la agravante del art. 22.4 CP a los delitos de terrorismo, la cual niega con base en el principio de inherencia) que, aunque son muy similares, deben ser conceptualmente distinguidos.

La IV parte se ocupa de tres cuestiones fundamentales en relación a los delitos de terrorismo: la evolución que el terrorismo yihadista ha experimentado a nivel organizacional, desde una estructura jerarquizada (que sigue manteniendo) hasta dar lugar al terrorismo individual; el uso de la prueba pericial de inteligencia como prueba en los procesos incoados por delitos de terrorismo y el tratamiento que se ha dado por parte del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas a las nuevas manifestaciones del terrorismo yihadista. Así, en el capítulo 11, el profesor ORTIZ DE URBINA, tras señalar que las necesidades de comunicación que surgen en los grupos organizados generan más inconvenientes que beneficios para las organizaciones terroristas, así como que para intentar superar dicho inconveniente se ha evolucionado a la «yihad sin líder» y de ahí a los combatientes terroristas extranjeros, analiza la regulación británica, española y alemana de los tipos que castigan el autoadiestramiento (y en el caso español también el autoadocctrinamiento), y pone de manifiesto las ventajas que la última presenta sobre las dos primeras. La profesora LLOBET ANGLÍ analiza en el capítulo 12, a través de una sugerente y aguda propuesta, la posibilidad de atribuir a los conocidos como «lobos solitarios» la naturaleza de terroristas individuales. Se aborda así una de las cuestiones doctrinales de mayor relevancia en la actualidad en materia de terrorismo, por cuanto obliga a plantearse la, en absoluto sencilla, cuestión del concepto de terrorismo. El problema planteado va así más allá de la corrección o incorrección técnica de la tipificación de determinadas conductas que pueden ser consideradas protopreparatorias de futuros indeterminados delitos de terrorismo; aborda la cuestión de si se está diseñando correctamente el fenómeno del terrorismo o este se ha desdibujado hasta el extremo de considerar como tales comportamientos que son algo diferente. En el capítulo 13 el letrado BOYE TUSET analiza la prueba pericial de inteligencia, desarrollada por agentes de los cuerpos de seguridad del Estado especializados en la investigación del terrorismo, diferenciándola de la labor de inteligencia llevada a cabo por los servicios de inteligencia y de cómo su empleo afecta al derecho al debido proceso, al derecho de defensa y al de presunción de inocencia. Al respecto ha de tenerse en cuenta, como el autor pone de manifiesto, que la misma traslada al órgano jurisdiccional un saber práctico, no científico, por lo que las inferencias que la misma arroja pueden (y deberían) ser realizadas por el órgano encargado del enjuiciamiento y no por quienes elaboran dicha prueba. Es decir, cabe poner en tela de juicio la propia atribución de la naturaleza de prueba pericial a tales informes de inteligencia policial. Finalmente, el profesor Ben SAUL, en el capítulo 14, realiza un análisis de la evolución del tratamiento que Naciones Unidas ha venido dando al terrorismo, desde los convenios acordados a finales del pasado siglo a las resoluciones emanadas del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en el actual siglo XXI, poniendo de manifiesto que la vaguedad con la que estos instrumentos han sido redactados (la cual podría considerarse inevitable habida cuenta de su naturaleza y de la de los sujetos a los que obligan)

ha permitido que los Estados, a la hora de trasladarlos a sus respectivos ordenamientos jurídicos, en más ocasiones de las que hubiera sido deseable, hayan llegado más lejos de lo que se pretendía.

La V y última parte, la más extensa, aborda las áreas procesal, operativa (tanto policial como judicial) y de ejecución de penas en materia de terrorismo. Así, en el capítulo 15, la profesora Saskia Maria HUFNAGEL, a través de un análisis de los atentados terroristas de Bruselas, París y Berlín, pone de manifiesto uno de los problemas fundamentales en la lucha contra el terrorismo: las deficiencias existentes en el intercambio de información entre los distintos cuerpos policiales y servicios de inteligencia tanto a nivel externo de la Unión Europea (de sus países integrantes con Estados ajenos a ella) como interno (entre sus propios Estados miembros). Dado que el actual terrorismo es un fenómeno internacional, la cooperación a ese nivel resulta imprescindible si se quiere ser eficaz en la respuesta. Algunas de las formas para lograrlo pueden encontrarse en esta contribución. El profesor Paul ARNELL expone en el capítulo 16 cómo el proceso de extradición se ha ido modificando para posibilitar su aplicación a los delitos de terrorismo, y concluye que todavía habrá de seguir evolucionando para poder abarcar plenamente los *precursor crimes*. El capítulo 17, elaborado por los profesores Mark TOPPING y Mark CARROLL, analiza cómo se solventan en el Reino Unido los problemas derivados del uso de información que puede afectar a la Seguridad Nacional en los procedimientos penales por delitos de terrorismo. Así, cuestiones como los testigos protegidos, el uso de información de inteligencia como prueba judicial (materia que no se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico), el estándar *neither confirm nor deny*, la publicidad del proceso o las investigaciones a través de las tecnologías de la comunicación son algunas de las cuestiones abordadas. El abogado SALELLAS I VILAR pone de manifiesto en el capítulo 18 cómo en España no solo puede afirmarse la existencia de un Derecho penal del enemigo, sino también de un Derecho procesal del enemigo en materia de terrorismo, lo cual se hace evidente en el enjuiciamiento de delitos tales como el de colaboración, autoadoctrinamiento o el de enaltecimiento. En el capítulo 19 el profesor RODRÍGUEZ HORCAJO incide en la falsedad de la dicotomía que se ha instalado en torno al fenómeno del terrorismo entre la libertad y la seguridad sobre la base de un análisis de la justificación constitucional de la imposición de un castigo por la comisión de un delito y, más concretamente, por la comisión de un delito de terrorismo. Por su parte, en el capítulo 20 el profesor Gonzalo J. BASSO reseña dos características propias de los *precursor crimes*: la vaguedad en su definición y la gravedad de sus penas. A fin de limitar el alcance de tales defectos propone atender al límite mínimo del marco penal abstracto previsto, de tal manera que los jueces puedan, cuando un determinado comportamiento enjuiciado no alcance el desvalor mínimo requerido para imponer dicho límite mínimo, declarar su irrelevancia penal. En el capítulo 21 la profesora GARRO CARRERA se plantea la cuestión de si la decisión relativa a la concesión de la libertad condicional debe depender o no de que el condenado por un delito de terrorismo muestre signos de arrepentimiento y una revisión crítica de su pasado criminal y de los problemas de legitimidad que ello comporta en relación con el derecho a no declarar contra sí mismo y no autoincriminarse y a la libertad de conciencia. Finalmente, en el capítulo 22, los profesores Florence LEE y Clive WALKER ponen de manifiesto que las graves penas previstas para los *precursor crimes* en el ordenamiento británico son aptas para cumplir los fines de retribución y de protección pública, pero olvidan otros, como el de rehabilitación. Conclusión a la que llegan tras analizar las *guideline* aplicadas en diversos casos.

Ciertamente, la obra recensionada aborda cuestiones fascinantes, y la forma en que lo hace abre la vía de debate en todas ellas. Lamentablemente, en el espacio del que se dispone no pueden abordarse todos ellos, pero sí hay dos aspectos que merecen una especial atención.

En primer lugar, que las palabras pueden ser peligrosas y generar efectos en el mundo físico es una realidad que la historia se ha encargado de demostrar. Y que los daños derivados de la comisión de un acto terrorista son muy graves tampoco creo que pueda ser puesto en tela de juicio. Precisamente por ello la sociedad reclama (en mi opinión también puede coincidirse en esto) una más temprana protección frente a aquellos. Lógicamente, cuanto más se anticipa la barrera punitiva, mayores riesgos de colisión con los derechos fundamentales, las libertades públicas y las garantías constitucionalmente reconocidas surgen. Sin embargo, siempre que ello sea posible (hay casos en los que no lo es) debemos realizar una lectura que haga dichos tipos acordes a la Constitución. Así lo obliga el principio de vigencia. Y ciertamente, como ya señalaron CUERDA ARNAU y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, esto es posible en esta clase de delitos, si bien para ello se requiere la adopción de una serie de precauciones tales como, por ejemplo, la aplicación del test del Plan de Acción de Rabat, en el que se requiere por parte del órgano jurisdiccional enjuiciador una lectura contextualizada del peligro de que el comportamiento sometido a escrutinio judicial pase a la acción, de forma tal que cuando este no concurra no pueda afirmarse su relevancia penal. Desde esta perspectiva, conviene alertar del riesgo de afectación al Estado de Derecho que estos tipos penales representan, pero tal vez debiera recapitarse con un mayor detenimiento sobre su operatividad.

El segundo aspecto que no quisiera dejar de referir es de carácter procesal: el uso que de la información de inteligencia generada por los servicios de inteligencia puede llegar a hacerse en los procedimientos penales por delitos de terrorismo. Con mayor motivo, precisamente ahora que, debido a materias tales como la responsabilidad penal de las personas jurídicas y al surgimiento de las agencias estatales antifraude, se están admitiendo las denuncias anónimas. Soy consciente de que ambas cuestiones están muy lejos de ser semejantes, pero plantean una cuestión que permite su referencia conjunta; la afectación que pueden suponer a los derechos fundamentales de la persona investigada. Es cierto que el Tribunal Supremo viene admitiendo las denuncias anónimas bajo la premisa de que la culpabilidad del imputado se termina concretando en atención a la prueba practicada en el proceso de forma acorde a los derechos fundamentales, de manera que las actuaciones preprocesales, precisamente por ser ajenas al proceso, no pueden ser tenidas en cuenta a efectos de considerar la afectación de derechos fundamentales. Sin embargo, creo que esto, o la inclusión de información de inteligencia en el proceso (con todo lo que ello implica en cuanto al secreto de las fuentes de las que se ha obtenido, al secreto de Estado y a otras prerrogativas estatales –cuya necesidad resulta indiscutible–), plantea un problema que va más allá: los efectos que las pruebas ilícitas u obtenidas con posible vulneración de derechos fundamentales en ámbitos o actuaciones extraprocesales pueden tener de cara a un procedimiento penal que se abre con posterioridad con base en ellas, actuándose, eso sí, a partir de ahí, con pleno respecto a la Constitución. La cuestión de si la conexión de antijuridicidad debería también aplicarse a estos supuestos resulta, en mi opinión, merecedora de una mayor atención de la que ha recibido por parte de la doctrina. Aunque, todo hay que decirlo, tras la Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en el caso conocido como la lista Falciani, no parece que nuestros tribunales sean de la misma opinión.

Concluyo como comencé: la política criminal de carácter preventivo e inocuidador adoptada en materia de terrorismo, materializada en la tipificación de conductas que no suponen todavía la realización de ningún comportamiento encaminado a la comisión de un acto terrorista concreto y el modo en que se persiguen y se juzgan ponen en riesgo los derechos fundamentales y las libertades públicas sobre las que se sustentan los Estados democráticos de Derecho. A denunciar

tal situación e intentar ponerle remedio se dedica esta obra, lo que la hace digna de una detenida atención y análisis.