

DEI S. PRAVIDE ET PRO

# Revista

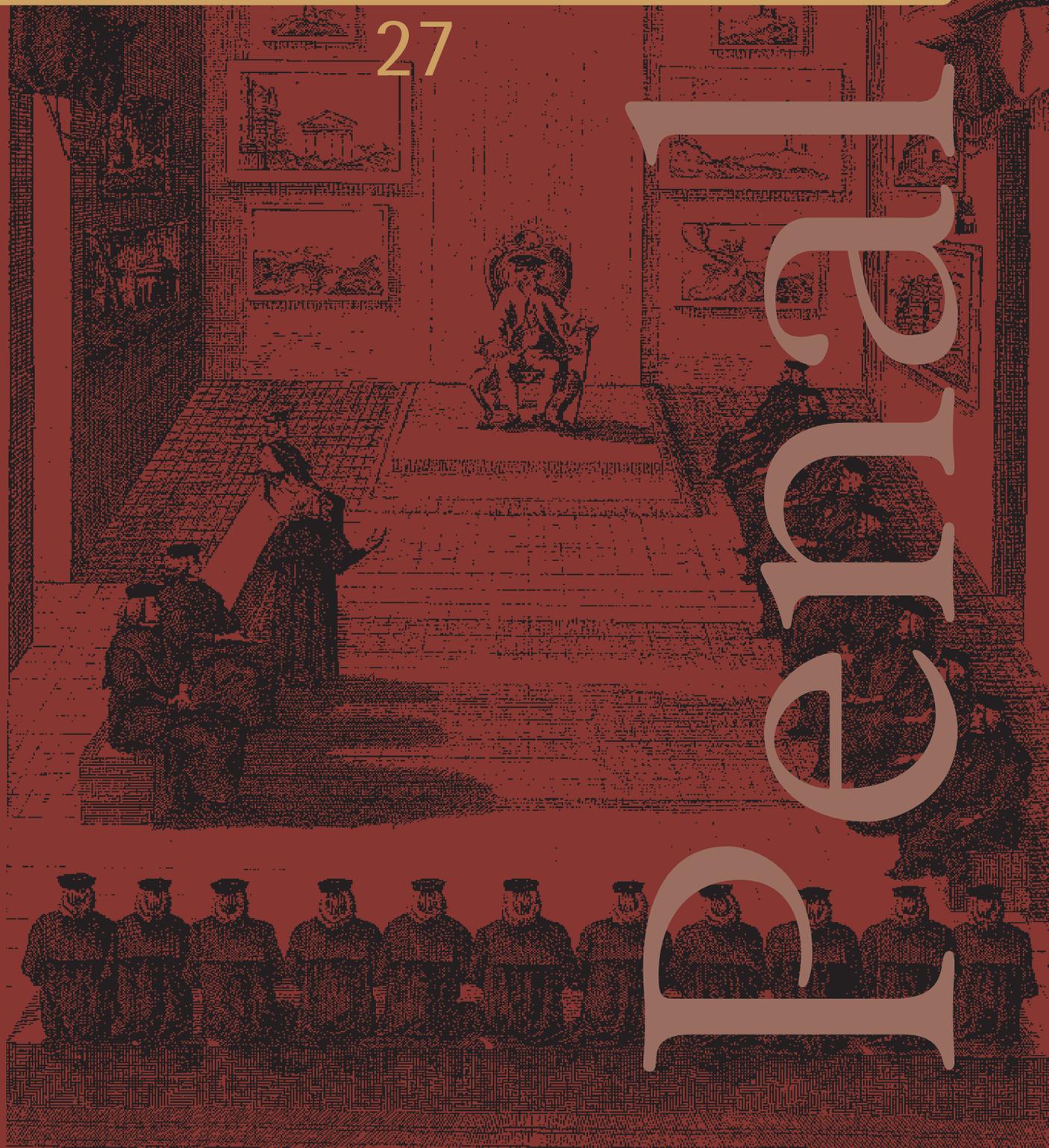
Enero 2011

27

Revista Penal

Enero 2011

# Penal



# Revista Penal

Número 27

## Sumario

### Especial Doctrina: El Derecho penal en la Unión Europea

- Obtención transnacional de pruebas. Diez tesis sobre el Libro Verde de la Comisión Europea sobre «Obtención de pruebas en materia penal en otro Estado miembro y la garantía de su admisibilidad», por *Kai Ambos* ..... 3
- La aproximación constitucional al Derecho penal frente a las fuentes e instituciones supranacionales europeas, por *Alessandro Bernardi* ..... 15
- Bienes jurídicos de relevancia comunitaria y protección penal: el caso de las falsedades en las cuentas de sociedades mercantiles por *Luigi Foffani* ..... 41
- Evaluación Legislativa y Racionalidad en el Ámbito Penal Europeo (y Nacional) por *Marta Muñoz de Morales Romero* ..... 51
- La armonización del derecho penal ante el Tratado de Lisboa y el programa de Estocolmo. *European Criminal Policy Initiative* y el Manifiesto sobre Política Criminal Europea, por *Adán Nieto Martín* ..... 78
- Manifiesto sobre política criminal europea ..... 83

### Doctrina

- ¿Un nuevo sistema de penas?: La *probation* y la suspensión de la ejecución de la pena, por *Miguel Abel Souto* ..... 93
- Medios de comunicación y populismo punitivo. Revisión teórica del concepto y análisis de la reforma penal en materia de hurto, por *Joan Baucells Lladós y Luiz Peres-Neto* ..... 111
- A setenta años de la migración republicana: los juristas, por *Sergio García Ramírez* ..... 132
- La paulatina metamorfosis del juez de instrucción como juez de garantías: pautas jurídicas para la pervivencia de una arraigada institución por *Faustino Gudín Rodríguez-Magariños* ..... 141
- La herencia de Franz von Liszt, por *Francisco Muñoz Conde* ..... 159
- La aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder en América Latina y España: desde el juicio a las juntas militares argentinas hasta los casos contra Abimael Guzmán, Alberto Fujimori y los líderes políticos colombianos vinculados al paramilitarismo por *Francisco Muñoz Conde y Hector Olásolo* .. 175
- La relevancia justificante del consentimiento de las menores de edad en el nuevo sistema de aborto no punible (Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo) *Prof. Dr. Sergio Romeo Malanda* ..... 191
- Introducción al sistema Anti-corrupción de la República Popular China, por *Shizhou Wang* ..... 211

**Sistemas penales comparados:** Derecho Penal Tributario ..... 216

**Bibliografía:** Notas bibliográficas sobre terrorismo y seguridad colectiva, por *Francisco Muñoz Conde* ..... 271

**Crónica.** II International Forum on Crime and Criminal Law in the Global Era, Beijing, 2010 por *Juan Carlos Ferré Olivé y Miguel Ángel Núñez Paz* ..... 283



Universidad de Salamanca



Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.  
Con el apoyo económico de la Consejería de la Presidencia de la Junta de Andalucía.

### **Dirección**

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva  
ferreolive@terra.es

### **Comité Científico Internacional**

Kai Ambos. Univ. Göttingen  
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha  
David Baigún. Univ. Buenos Aires  
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca  
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg  
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra  
George P.Fletcher. Univ.Columbia  
Luigi Foffani. Univ. Módena  
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha  
Vicente Gimeno Sendra. UNED  
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense  
José Luis González Cussac – Univ. Valencia  
Winfried Hassemmer. Univ. Frankfurt  
Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla

Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III  
Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide  
Enzo Musco. Univ. Roma  
Francesco Palazzo. Univ. Firenze  
Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa  
Claus Roxin. Univ. München  
José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha  
Ulrich Sieber. Max Planck Institut- Freiburg  
Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz  
Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg  
John Vervaele. Univ. Utrecht  
Joachim Vogel. Univ. Tübingen  
Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires

### **Consejo de Redacción**

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Víctor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda y Nieves Sanz Mulas (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela).

### **Sistemas penales comparados**

Martin Paul Wassmer (Alemania)  
Luis Fernando Niño (Argentina)  
William Terra de Oliveira y Alexis Couto de Brito (Brasil)  
Felipe Caballero Brun (Chile)  
Shizhou Wang (China)  
Alvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)  
Walter Antillón y Roberto Madrigal (Costa Rica)  
Adán Nieto Martín y (España)  
Dimitris Ziouvras (Grecia)  
Alejandro Rodríguez Barillas (Guatemala)  
Angie Andrea Arce Acuña (Honduras)  
Luigi Foffani y Luca Ramponi (Italia)  
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)

Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)  
Carlos E. Muñoz Pope (Panamá)  
Victor Prado Saldarriaga (Perú)  
Barbara Kunicka- Michalska (Polonia)  
Federico de Lacerda Da Costa Pino (Portugal)  
Ana Cecilia Morún y David Infante Henríquez (República Dominicana)  
Svetlana Paramonova (Rusia)  
Baris Erman y Pinar Yazici (Turquía)  
Wolodymyr Hulkevych (Ucrania)  
Pablo Galain Palermo (Uruguay)  
Jesús Rincón Rincón (Venezuela)

ISSN: 1138-9168

Dep. Legal: B-28.940-1997

[www.revistapenal.com](http://www.revistapenal.com)

Suscripciones: Marcial Pons  
Departamento Suscripciones  
[revistas@marcialpons.es](mailto:revistas@marcialpons.es)  
Tel: 0034 913043303  
Fax: 0034 913272367

# Bibliografía



## Notas bibliográficas sobre terrorismo y seguridad colectiva

Por Francisco Muñoz Conde

Una de las características más relevantes del Derecho penal de la primera década del siglo XXI ha sido el retorno a una concepción del mismo autoritaria y antiliberal, que parecía ya superada por la paulatina desaparición de las dictaduras de uno u otro signo ideológico que dominaron el panorama político internacional durante cincuenta años tras la Segunda Guerra Mundial, y por una mayor sensibilidad por los derechos humanos, que entre tanto se habían reconocido tanto a nivel nacional en la mayoría de los países cuyos Ordenamientos jurídicos se han configurados como democracias regidas por el Estado de Derecho, como internacional en las Declaraciones universales y regionales de reconocimiento de los derechos humanos. Son muchas las causas de este retroceso que ha llevado directamente a un Derecho penal autoritario, poco amigo de consideraciones humanitarias, sólo interesado en un incremento de la gravedad (y con ello, se supone, de la eficacia preventiva) de su arsenal punitivo. La crisis del modelo económico capitalista que se ha puesto de manifiesto tras las convulsiones habidas en el mercado financiero y bursátil estadounidense en los años 2008/2009 con repercusiones negativas en todo el mundo, no sólo ha generado una política económica regresiva que ha repercutido en el mercado laboral creando grandes bolsas de desempleo y un recorte impresionante en el gasto social, sino también en una política penal autoritaria, en la que se refuerza el aparato represivo estatal con la creación de innumerables tipos delictivos de nuevo cuño y un incremento de la gravedad de las sanciones aplicables, en las que predomina la idea de prevención general intimidatoria sobre cualquier otra finalidad de resocializadora o mínimamente humanitaria. Una vez más se demuestra que una mala política económica y social genera una aún peor política criminal y penal.

Pero la causa más palpable de esta involución de la política criminal y penal que se está produciendo en los últimos años a nivel mundial se debe sobre todo a una legislación penal antiterrorista, que inicialmente se originó en países cuyas circunstancias históricas, políticas o sociales habían hecho surgir a mediados de los años 70 del pasado siglo movimientos terroristas o de lucha armada frente al poder constituido Italia: Brigadas Rojas, Alema-

nia: Rote Armée Fraktion; Inglaterra: IRA; España: ETA); pero que tras atentados como el de las Torres Gemelas de Nueva York el 11 de septiembre del 2001 y otros también de gran gravedad, como el de la Estación de Atocha en Madrid en marzo del 2004, o en el Metro de Londres en julio del 2005, perpetrados por el terrorismo islamista, se ha convertido en un fenómeno legislativo universal de reacción frente al terrorismo con medidas excepcionales, de prevención y sanción, policiales, judiciales y penitenciarias, que están más allá de lo que permiten los principios clásicos fundamentales del Derecho penal del Estado de Derecho, como el de legalidad, proporcionalidad, ofensividad, culpabilidad y las garantías del imputado en el proceso penal. Una involución que comenzó en los Estados Unidos de América tras el atentado del 11 de septiembre 2001 con la promulgación del Acta Patriótica y con la guerra de Afganistán y la ilegal invasión de Irak con las secuelas subsiguientes de violaciones de derechos humanos en las prisiones de Abu Chaig y Guantánamo, y que se ha extendido como una pandemia jurídica a todos los países del mundo.

El fenómeno del terrorismo, nacional e internacional, ha suscitado también la aparición en los últimos años en el panorama bibliográfico de un gran número de trabajos, artículos y monografías especialmente dedicados al estudio de este fenómeno. Seguidamente se comentan algunos de estos trabajos que, desde distintas perspectivas, se ocupan de este tema, desgraciadamente cada vez más frecuente y universal.

### **1. Manuel CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo: Estructura típica e injusto*, Madrid 2010, 326 pags.**

Una de las lagunas más sensibles de la dogmática penal española ha sido durante muchos años (y en parte sigue siéndolo) la escasa elaboración que ha hecho de la Jurisprudencia emanada de los Tribunales españoles y especialmente de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo en relación con el terrorismo etarra. Temas tan importantes como la propia naturaleza dogmática y el fundamento de la punibilidad por la pertenencia a esta

organización terrorista, o el problema de la responsabilidad de los dirigentes de la organización por los delitos cometidos por algunos miembros de la misma, sin participar directamente en su ejecución, son despachados, sobre todo en este segundo ámbito, por la Jurisprudencia con una pobre y anticuada fundamentación dogmática, recurriendo a viejas fórmulas legales, como la figura de la cooperación necesaria o la inducción, sin tener para nada en cuenta la amplia bibliografía, que ha surgido en lengua española en los últimos años en materia de autoría y participación.

Pero tampoco la dogmática penal española ha tenido mucho en cuenta no ya sólo la Jurisprudencia emanada de estos tribunales en materia de terrorismo, sino la enorme casuística que los atentados terroristas han generado durante todos estos años. Siguiendo en esto, como en tantas otras materias, fielmente las construcciones de la dogmática penal alemana, la dogmática penal española se ha dedicado sobre todo a discutir las construcciones alemanas sobre la autoría, coautoría, autoría mediata, participación necesaria, inducción y complicidad, intentando interpretar los preceptos del Código penal español sobre la materia de acuerdo con estas construcciones. En la mayoría de las, por las demás excelentes, monografías y trabajos dedicados a la materia apenas hay mención, exposición o crítica de la Jurisprudencia en materia de terrorismo, tan abundante en estos últimos treinta años.

Un ejemplo paradigmático de este divorcio entre la teoría y la práctica en relación con las estructuras de responsabilidad que genera el terrorismo es la enorme bibliografía que ha suscitado entre los teóricos penalistas, principalmente del mundo académico, la tesis de Roxin sobre autoría mediata por utilización de un aparato de poder, y la escasa por no decir nula atención que ha prestado a esa teoría la Jurisprudencia española, a pesar de que dicha teoría puede servir perfectamente de fundamento a la atribución de responsabilidad penal en calidad de autores mediatos a los dirigentes de la banda terrorista que no están presentes en la ejecución de un atentado, pero que han contribuido a su realización, planeando y controlando, aunque sea desde otro lugar, el cómo y el momento de la realización, que llevan a cabo otros miembros de la banda subordinados jerárquicamente a los citados dirigentes.

Se puede discutir hasta que punto en esta o en otras organizaciones terroristas se dan los requisitos que exige Roxin para aplicar su tesis, originariamente pensada para la atribución de la cualidad de autor mediato de los Crímenes contra la Humanidad cometidos en los campos de concentración nazis a los llamados «delincuentes de escritorio»; sobre todo en lo que se refiere a la relación jerárquica entre los miembros del aparato de poder y a la sustituibilidad o intercambiabilidad de los meros ejecutores. Pero del mismo modo que ha sucedido ya en la Jurisprudencia de los Tribunales internacionales y en algunos nacionales (principalmente en Latinoamérica), que han aplicado la tesis de Roxin calificando de autores mediatos a los dirigentes políticos y militares de regímenes dictatoriales en los que miembros de las instituciones policiales,

militares y paramilitares cometieron graves crímenes y violaciones de derechos humanos, podría haberse planteado esta hipótesis también en muchos casos de dirigentes etarras que planificaron, coordinaron, dirigieron y ordenaron atentados terroristas que luego se cometieron a muchos kilómetros de distancia de donde ellos se encontraban en ese momento. El recurso que a veces hace la Jurisprudencia a las figuras de la cooperación necesaria o la inducción, que tienen desde luego reconocimiento legal, no deja de ser insuficiente, sobre todo cuando ya nuestro Código penal reconoce expresamente desde 1995 la figura de la autoría mediata, y son ya muchos los autores y tribunales de otros países (incluyendo Alemania) que consideran aplicable esta figura, aun cuando los ejecutores directores sean también plenamente responsables de los delitos que cometen.

Pero este divorcio entre la elaboración teórica dogmática y la jurisprudencial que se observa en relación con la imputación de la autoría a los dirigentes de una organización criminal por los atentados que cometen otros miembros de la organización, es todavía más patente en relación con la materia que trata Manuel Cancio Meliá en esta monografía, en la que se ocupa de la estructura típica y la configuración del tipo de injusto de los delitos de terrorismo. En esta materia, a diferencia de lo que sucede en relación con la autoría y la autoría mediata, la elaboración teórica no ha sido tan amplia, y salvo algunas excepciones importantes, entre las que se cuentan los trabajos Carmen Lamarca y de Juan Terradillos, ha quedado limitada a las referencias y exposiciones más o menos desarrolladas que se encuentran en los Manuales y Comentarios al Código penal, que se ocupan de la regulación legal de esta materia.

La presente obra de Manuel Cancio viene a colmar esta laguna, y lo hace, a mi juicio, de un modo excelente, derrochando un gran conocimiento no sólo de las particularidades dogmáticas de estos delitos, sino también de la abundante jurisprudencia que existe en España en esta materia.

Para empezar, ofrece Cancio unas Bases para el estudio de este tema, exponiendo la situación político-criminal en la que se plantea. La gravedad y persistencia del fenómeno terrorista en nuestro país ha provocado una legislación excepcional que, sin duda, entra dentro de lo que, su maestro Günter Jakobs denomina «Derecho penal del enemigo», es decir, una legislación que, además de imponer penas muy duras más allá de la idea de proporcionalidad, criminaliza estadios previos a la lesión de algún bien jurídico concreto, como sucede con el delito de asociación ilícita, referida en este caso a las organizaciones terroristas. Por eso, la primera preocupación de Cancio es comprobar hasta que punto esta legislación excepcional es compatible con el Derecho penal del Estado de Derecho, y una vez identificados los elementos que no lo son, proceder a su crítica y rechazo. En el Derecho penal material esta labor requiere, en su opinión, ocuparse sobre todo de la estructura típica y del fundamento del contenido material de su injusto. Cancio considera que

el elemento estructural principal es el concepto de organización, en la medida en que esto es lo que da sentido y autonomía a los tipos delictivos que bajo el nombre de terrorismo se contienen en el Código penal. Tras analizar las diversas teorías que se han dado para justificar la anticipación de la intervención del Derecho penal criminalizando la organización, Cancio considera que es la organización en sí misma, la vinculación entre sus miembros, la jerarquía y distribución de roles entre ellos, lo que justifica esa anticipación de la criminalización. Así, por ejemplo, considera insuficiente la tesis que apoya esta criminalización en la declaración de ilegalidad que hace la Constitución de las asociaciones con finalidad delictiva, considerando que esto no es suficiente para justificar su criminalización sin más. Efectivamente, la mera constatación de un fundamento constitucional a la criminalización de una determinada conducta no dice todavía nada sobre cómo y en que forma y extensión debe ser luego criminalizada por el Derecho penal; del mismo modo que el reconocimiento constitucional de un determinado bien jurídico, sea éste la vida o la libertad, no dice nada sobre cómo y en que manera debe ser protegido a través de la creación de los correspondientes tipos penales. También rechaza que se trate de una anticipación de la protección de bienes jurídicos particulares y que sean, estos, en definitiva, los que se protejan, aunque sea indirectamente, cuando se criminaliza la pertenencia a una organización que, en última instancia, tiene por objeto el ataque a bienes jurídicos singulares (principalmente, vida, libertad y propiedad). En su opinión, esta tesis obliga a considerar la organización terrorista como una especie de delito de peligro abstracto, que queda vacío de contenido por su propia desconexión con los ataques a los bienes jurídicos que puedan producirse posteriormente. Finalmente, rechaza también la tesis que atribuye a la organización criminal un bien jurídico propio de carácter colectivo, bien sea la paz pública, la seguridad colectiva o el propio orden constitucional.

Ciertamente, no le falta razón a Cancio en su crítica a las distintas posiciones teóricas que se han dado para fundamentar la punibilidad de la pertenencia a una organización como un delito autónomo. Pero me parece que tampoco puede desconocerse que en cada una de ellas hay razones que avalan la tipificación autónoma. La tesis constitucionalista parte de la propia prohibición constitucional de la asociación para delinquir, porque, desde luego, la misma un abuso o en un mal uso del derecho fundamental de asociación. Tampoco se puede desconocer la relación existente entre la organización y los delitos contra bienes jurídicos individuales que pueden cometer sus miembros, sobre todo si se tiene en cuenta que a través del ejercicio de la violencia, que es consustancial en las organizaciones terroristas, son precisamente estos bienes (vida, integridad física, libertad y propiedad) los que directamente quedan expuestos a ser atacados antes o después por la organización. Y no cabe duda, finalmente, que la repercusión social este tipo de hechos repercuten en la paz pública, en la seguridad colectiva y, en la medida que su fin sea subvertir

el orden constitucional por medios violentos, en el propio orden constitucional.

Sin embargo, la tesis de Cancio al insistir en la caracterización del injusto de estos delitos como delitos de organización, sin rechazar estrictamente las otras posturas, tiene la ventaja innegable de limitar su ámbito a las organizaciones que realmente pueda ser calificadas como tales, y no a cualquier asociación cuyo objeto sea la comisión de delitos. En consecuencia, exige que la organización tenga un potencial de amenaza que realmente pueda entenderse en términos de desafío del Estado y un determinado grado de fortaleza, coordinación y jerarquía en su estructura organizativa, lo que permite reducir la criminalización de la pertenencia a la organización a las conductas activas, excluyendo las formas de integración pasiva y las modalidades de conductas periféricas de mera colaboración externa o propaganda o simpatía ideológica.

Pero como el mismo Cancio reconoce, la amplitud con que el Código penal español regula estos tipos delictivos, hace difícil delimitar el concepto de terrorismo, que como un fantasma recorre la legislación tanto nacional, como internacional, sin que se haya llegado a una definición que goce de un reconocimiento universal. A este tema dedica Cancio una buena parte de su monografía. Para Cancio, insistiendo en su consideración del fenómeno terrorista como una forma de organización, lo importante es este elemento estructural que es lo que, en su opinión, justifica la autonomía de estos tipos delictivos. Pero a la vista de la regulación legal nacional e internacional hace algunas precisiones conceptuales que le llevan a analizar los otros elementos que caracterizan los delitos de terrorismo. En primer lugar, la intimidación masiva y el carácter armado de la organización. Es este componente lo que realmente produce «terror» en la sociedad, entre otras cosas porque el empleo de la violencia bien con la realización reiterada de atentados que sólo afectan a personas individualizadas (asesinatos de policía, personajes públicos), bien por el medio de destrucción utilizado (bombas, elementos incendiarios y explosivos capaces de producir estragos y afectar a un número indeterminado de personas), supone una violencia incontrolada y rompe el monopolio que de la misma tiene en las sociedades modernas, salvo casos aislados de legítima defensa, el Estado o sus representantes, cuando la ejercen a través de los medios legalmente reconocidos. Pero en el concepto que ofrece Cancio, el ejercicio de este tipo de violencia debe atribuirse a la organización con las características anteriormente descritas, un agente colectivo en el que sus miembros están vinculados entre sí a través de un régimen de pertenencia, de forma permanente, en una estructurada jerárquica y con una actuación coordinada. Para Cancio las expresiones «grupo y banda armada», utilizadas en el Código penal en este contexto, deben reconducirse a este concepto de organización. Algo que se puede compartir plenamente, pero que con la introducción en la reforma del 2010 de unos delitos autónomos de «organizaciones y grupos criminales», como antes muy similares, aunque con algunos elementos distintivos, y el mantenimiento del llamado «terrorismo

individual», puede ser discutible desde el punto de vista de la actual regulación del Código penal. Como también puede ser discutido el concepto de pertenencia, en lo que se refiere a los delitos de colaboración, a la mera participación pasiva en la organización y a la financiación de la misma, tipos delictivos que ensombrecen el concepto restrictivo que da Cancio.

Pero para Cancio el otro elemento conceptual del terrorismo es lo que denomina su «proyección estratégica» que no es otra que la finalidad política de la organización, en lo que ciertamente coincide el Código penal español cuando habla de «subvertir el orden constitucional». Para mantener esta tesis hace una interpretación en clave política del otro elemento al que también se refiere la regulación del Código penal español: «alterar gravemente la paz pública». Ciertamente esta interpretación es obligada, porque de mantener una interpretación de este elemento como simple alteración del orden público, se difuminaría el concepto de terrorismo y permitiría introducir en el mismo otras conductas de colectivos que emplean violencia como forma de reivindicación social, como sucede con el delito de sedición o con el desorden público (y a este respecto es interesante la crítica que hace a la sentencia del TS que consideró como organización terrorista un grupo pro etarra de la llamada Kale Borroka). Pero hay que advertir que la finalidad política, y aun más la de subvertir el orden constitucional, permite incluir también en el concepto de terrorismo el delito de rebelión, algo que parece se olvida ya, pero que hasta hace muy poco tiempo fue una amenaza para el orden constitucional emanado de la Constitución de 1979, y dio lugar en la Transición a algunas leyes de excepción en las que se equiparaban ambos fenómenos. De todas formas, tiene razón Cancio cuando dice que sin esta proyección estratégica el concepto de terrorismo como delito autónomo carece de sentido. Y esta finalidad política es lo que le permite calificar también como terrorismo el «terrorismo de Estado», que, en definitiva, es también una forma de ejercicio de la violencia al margen de los cauces legalmente previstos, y, por tanto, una subversión del orden constitucional. Y también atentados como los producidos en Madrid o en Nueva York por grupos islamistas son igualmente atentados de carácter político, aunque en este caso la proyección estratégica sea la de alterar una determinada política internacional del Gobierno.

La última parte de su monografía la dedica Cancio al análisis de los tipos legales de terrorismo en el Código penal español, algunos de los cuales han sido modificados en la reforma del 2010; lo que no quita un ápice del valor de esta monografía para interpretar de un modo racional la enorme complejidad de unos tipos delictivos, que, sin en esta clase de interpretación restrictiva y constitucionalmente fundada, entran casi por definición, o por vocación, en la categoría de un «Derecho penal del enemigo» incompatible con los principios del Estado de Derecho. La monografía de Cancio es, en definitiva, un excelente ejemplo de cómo una buena elaboración dogmática inspirada o guiada por principios democráticos y constitucionales puede con-

seguir que una regulación legal deficiente y problemática se reconcilie con los postulados del Estado de Derecho.

**2. Mark A: ZÖLLER, *Terrorismustrafrecht, ein Handbuch (Manual de Derecho penal del terrorismo), 2009, 758 pags.***

Lo primero que hay que decir es que esta extensa obra no es, como permite pensar su subtítulo, ningún Manual (Handbuch), ni siquiera un Tratado (Lehrbuch), sino una verdadera Enciclopedia sobre los diversos aspectos jurídicos y no jurídicos que plantea el terrorismo. E inmediatamente hay que decir también que a pesar de este carácter enciclopédico no es una mera obra descriptiva y bien informada, sino un profundo estudio del fenómeno del terrorismo, que constituyó el Escrito de Habilitación que su autor presentó en la Universidad de Mannheim, que, según la tradición aún vigente en Alemania, posibilita, tras el correspondiente llamamiento (Ruf) de otra Universidad, el acceso a la cátedra. Actualmente Zöllner es catedrático de Derecho penal en la Universidad de Trier.

Y la otra peculiaridad es que, a diferencia de lo que suele ser habitual en los escritos de habilitación de los jóvenes penalistas alemanes, que suelen tratar temas de Parte General relacionados con la Dogmática jurídica penal y con su principal ámbito la Teoría General del Delito, éste se ocupa de uno más concreto que podría encuadrarse en la Parte especial del Derecho penal, sobre la que ya Zöllner tiene escrita, a pesar de su juventud, una obra en dos volúmenes. Pero, como no podía ser menos en un escrito de habilitación alemán que da la venia docendi para varias materias, además de Derecho penal, en esta obra se tratan los problemas del terrorismo con una perspectiva más amplia y con una vocación omnicompreensiva de todas las cuestiones que plantea el tratamiento jurídico de este fenómeno, tanto en la Parte General del Derecho penal, en la teoría de la pena, en la Parte Especial y en los nuevos sectores de la misma (como el empleo de Internet en la realización de los delitos terroristas), como en el Derecho procesal penal y en el Derecho penal internacional.

La obra comienza con una referencia histórica, en la que dedica especial atención, como es lógico, a los atentados terroristas llevados a cabo en la República Federal Alemana en los años 70 y 80 del pasado siglo por el grupo de la llamada Fracción Armada Roja. Los mismos se produjeron en una situación política completamente diferente a la actual: La Guerra Fría entre los dos bloques enfrentados que principalmente se reflejaba en la división de Alemania en dos naciones regidas por sistemas políticos diferentes y totalmente opuestos, y que determinó la aparición de este grupo que trajo en jaque a las autoridades de la República Federal y provocó una serie de actuaciones de las mismas bastante discutibles, así como una legislación excepcional que todavía está vigente, a pesar de que tras la Reunificación el grupo terrorista que provocó esta situación ya ha desaparecido e incluso muchos de sus in-

tegrantes que fueron condenados a reclusión perpetua ya están en libertad. Este análisis histórico demuestra hasta que punto el fenómeno terrorista está condicionado por una determinada situación política o social que al cambiarse o transformarse radicalmente, como ha sido el caso en Alemania tras la reunificación, determina su desaparición, sin que ello se deba a ninguna de las medidas legislativas excepcionales que se adoptaron entonces, que, sin embargo, siguen aún vigentes. Pero es que además, como dice Zöllner, tampoco son aplicables o útiles para combatir el terrorismo actual internacional islamista, a cuyo estudio dedica Zöllner todo un capítulo.

Ya en el capítulo histórico dedica especial atención al Movimiento de Liberación Palestino, que llevó a cabo atentados terroristas en suelo alemán, entre ellos el atentado a la Delegación israelí en los Juegos Olímpicos de Munich de 1972, que terminó en un baño de sangre, entre otras causas por la desgraciada actuación policial que intentó abortarlo en el último momento cuando ya los terroristas con sus rehenes estaban a punto de tomar un avión. Pero este grupo terrorista surgido del conflicto palestino-israelí, que no sólo sigue sino que ha incrementado su virulencia, se ha convertido en uno de los otros muchos movimientos (Hamás, Hisbollah, Hermanos Musulmanes, Al Qaeda, etc) encuadrables en el terrorismo islamista que se ha relevado como una verdadera amenaza mundial a raíz de los atentados de Nueva York (2001), Madrid (2004) y Londres (2005), entre otros. El análisis que hace Zöllner de este terrorismo es casi exhaustivo y está muy bien documentado, aunque eso le lleva a prácticamente ignorar otros grupos terroristas más vinculados a situaciones nacionales muy concretas, bien de tipo religioso o independentista, como, por ejemplo, los movimientos independentistas en Irlanda del Norte (IRA), o en el País Vasco (ETA), a los que prácticamente sólo menciona de pasada. Tampoco dedica mucha atención a lo que llama «terrorismo vigilante», en el que podría encuadrarse el «terrorismo de Estado» y el de muchos grupos paramilitares con conexiones con instituciones gubernamentales en algunos países latinoamericanos. También cabría discutir si algunas manifestaciones reivindicativas violentas o de rechazo de tropas invasoras en un determinado país derrotado y ocupado militarmente pueden calificarse como terrorismo.

Pero esto nos lleva a un problema, al que Zöllner dedica especial atención: la delimitación del concepto de terrorismo. Este es un tema del que en general se ocupan todos los trabajos que han estudiado el terrorismo, sin que se haya llegado todavía a un concepto general que vaya más allá de la descripción de algunas características del mismo. La propia plural fenomenología del terrorismo dificulta su conceptualización, pero aún más la dificultan las distintas respuestas legislativas que ha tenido y tiene en el momento presente tanto a nivel nacional, como internacional. Evidentemente, ya no puede hablar de «terrorismo en su sólo país», pero tampoco pueden ignorarse las distintas situaciones nacionales en las que el terrorismo surge que le dan connotaciones distintas, e incluso distintas va-

loraciones. Así, por ejemplo, en muchos casos no es fácil distinguir el terrorismo de la guerra, y ello provoca que muchas veces la reacción y la lucha contra el terrorismo se conciba como una guerra, en la que se emplea el Ejército y todos los elementos de destrucción y aniquilación del enemigo que se emplean en una guerra abierta, con todo lo que ello conlleva de violación y conculcación de derechos humanos y de los principios más elementales del Estado de Derecho, e incluso las leyes de la propia guerra, principalmente el Derecho humanitario de las Convenciones de Ginebra. Pero es que además lo que a veces se llama terrorismo no es más una forma larvada de guerra civil en la que uno de los bandos aparece en forma de guerrilla o de grupos partisanos, que ocupan incluso partes completas de un país. Darle a todos estos fenómenos el nombre de terrorismo y tratarlos como tal es, como reconoce Zöllner, una tarea difícil, por no decir imposible, y en todo caso ideológica y teóricamente discutible. Para superar este escollo, Zöllner diferencia las distintas regulaciones del terrorismo a nivel nacional (Alemania), internacional (Naciones Unidas), europeo (distintas Convenciones de la Unión europea) y angloamericano (la legislación antiterrorista inglesa y el Acta Patriótica americana), llegando a una definición, en la que considera como elementos conceptuales necesarios, comunes a todas estas distintas regulaciones, el empleo de violencia o intimidación con idoneidad de provocar graves daños, realizado con una especial finalidad de provocar terror en una sociedad y coaccionar o perturbar seriamente las decisiones de un Estado o de una Organización internacional. Evidentemente, esta definición es lo suficientemente genérica para englobar a nivel descriptivo los principales elementos conceptuales del terrorismo, que aparecen en casi todas las legislaciones antiterroristas; pero fuera de la misma deja expresamente el terrorismo de Estado, porque, dice, pertenece a un concepto de terrorismo en sentido amplio que no se incluye, lo que puede ser discutible, en el concepto jurídico penal del mismo. También prescinde del elemento de la organización, que, como han demostrado otros autores (por ejemplo, entre nosotros Cancio Melia, en la obra anteriormente comentada), constituye, a mi juicio, presupuesto fundamental de los demás elementos sin el cual carece de sentido el tratamiento del terrorismo como delitos autónomo. Por supuesto, que muchas de las acciones terroristas son realizadas por individuos, pero su tratamiento como terrorismo sólo tiene sentido en la medida en que lo hagan como miembros de una organización y siguiendo las indicaciones u ordenes que le han dado sus superiores jerárquicos dentro de la misma. El «terrorismo individual» no puede tener, por tanto, ninguna connotación que merezca un tratamiento autónomo más allá del delito común que pueda cometer el individuo a título particular y con la motivación o intención que sea, aunque sea de tipo político. De algún modo, esto también lo reconoce implícitamente Zöllner al ocuparse en la parte primera histórica y comparada de los distintos grupos y organizaciones terroristas, igual que también cuando más adelante se ocupa de las Asociaciones terroristas, al anali-

zar la regulación que de las mismas hace el Código penal alemán (véase infra), pero se echa de menos un estudio más detenido de la organización como elemento básico estructural del concepto de terrorismo que ofrece como resultado de su exhaustiva investigación sobre este tema en la Segunda Parte de su monografía.

La Tercera Parte la dedica Zöllner al sentido y fin del castigo de los terroristas; es decir, a analizar la reacción punitiva contra el terrorismo desde el punto de vista de las teorías sobre el sentido y fin de las sanciones penales. Un tema interesante, en el que inmediatamente se ve que los planteamientos tradicionales retributivos y preventivos apenas dan respuesta a esta forma de delincuencia, en la que salvo la constatación de la vigencia de la norma y con ella del Ordenamiento jurídico y político en el que se encuadra, a pesar de su masivo quebrantamiento por los ataques terroristas, el castigo del terrorista no tiene mucho sentido. Desde luego difícilmente puede tener eficacia intimidatoria un aumento continuo del rigor punitivo frente a sujetos completamente decididos a llevar a cabo sus acciones, hasta el punto de sacrificar su propia vida al realizar el acto terrorista (terroristas suicidas). Y este mismo fanatismo ideológico, muchas veces basados en profundas creencias religiosas, dificulta igualmente cualquier intento resocializador que se pretenda hacer con ellos en el ámbito penitenciario, tratándose como se trata en la mayoría de los casos de «delinquentes por convicción»; e igualmente inútiles sería aplicar medidas de seguridad que teóricamente pretenden conseguir esa resocialización por otros medios, como el internamiento en custodia de seguridad, además de que ello supondría un adoctrinamiento ideológico que no se corresponde con lo que debe ser la resocialización. No obstante, la dificultad de comprender la pena del terrorismo con los criterios tradicionales de las teorías de la pena, rechaza Zöllner que haya que entender la respuesta punitiva al terrorismo como un «Derecho penal del enemigo», en el sentido que lo entiende Jakobs, cuyos planteamientos rechaza de forma contundente, en la medida en que supone la utilización de medios represivos fuera de los principios del Estado de Derecho y de la Constitución. Para Zöllner, responder al terrorismo con medidas excepcionales fuera del Estado de Derecho es una forma de perversión de la autoridad del Estado, que carece además de eficacia preventiva. Mientras que una reacción dentro de los parámetros del Estado de Derecho, muestra la firmeza de éste y de sus estructuras sociales, políticas y jurídicas que son, en definitiva, las que el terrorismo pretenden cuestionar.

La Cuarta Parte está dedicada al estudio del ámbito espacial de aplicación de la ley penal alemana en los delitos de terrorismo. Al convertirse éste en un problema universal es claro que aquí el principio de Justicia universal es de plena aplicación, aunque, como advierte Zöllner, ello pueda provocar conflictos jurisdiccionales entre distintos Estados, que, por diversas razones, se consideren competentes para enjuiciar un mismo caso de terrorismo. Para solucionar estos principios propone Zöllner la aplicación del principio de subsidiariedad y también del de oportu-

nidad, respetando en todo caso el de *ne bis in idem*, para evitar un doble enjuiciamiento de un mismo caso. Especialmente interesantes son las páginas que dedica Zöllner al empleo de Internet como instrumento para la comisión de actos terroristas, bien como instrumento de comunicación o de información, de preparación y realización de los atentados terroristas, como propagación de ideas terroristas, así como de delitos específicamente cibernéticos (ciberterrorismo) como el acceso a datos secretos (hackers) o la perturbación, daño o destrucción del material informático. También analiza la responsabilidad en que pueden incurrir los diferentes agentes que intervienen en la Red, desde los servidores, proveedores, almacenistas de datos, etc. Ningún problema plantea, según Zöllner, la aplicación en estos casos de la ley penal alemana, aunque las actividades y resultados se produzcan fuera de territorio alemán, si bien advierte que cuando se trate de delitos de mero peligro abstracto cometidos fuera del espacio alemán, debe limitarse la intervención jurisdiccional de este país.

La Quinta Parte se dedica al análisis de los distintos tipos delictivos contenidos en el Código penal alemán que directa o indirectamente se tienen que ver con el terrorismo. El primero y principal, como es lógico, es el asesinato, ya que el empleo de la violencia característico del terrorismo provoca la muerte de una o varias, como objetivo principal que pretenden los terroristas. Evidentemente, no hay ningún problema en aplicar en estos casos el tipo autónomo dentro de los delitos contra la vida del asesinato, ya que en ellos se dan claramente uno o varios de los elementos definitorios del mismo en el Código penal alemán: la alevosía, la crueldad y el empleo de medios de gran capacidad destructiva. Para Zöllner la motivación política no es una ninguna causa de atenuación y propone, por tanto, la aplicación de la pena prevista en el Código penal alemán para el asesinato, estimando además que se da en estos casos el supuesto de la grave culpabilidad que limita y restringe el acceso a la libertad condicional, una vez cumplidos los quince años de reclusión.

También hace un análisis detenido de los tipos delictivos que suponen una intervención anticipada del Derecho penal a estadios previos a la lesión de un bien jurídico; es decir, principalmente de las asociaciones terroristas, que se tipifican en los parágrafos 129 a y 129 b del Código penal alemán. Como ya hemos dicho antes, Zöllner se plantea el tema de la organización terrorista no como un elemento conceptual del terrorismo, sino como una forma más de manifestación del mismo, pero independientemente de este planteamiento, realiza un brillante estudio de las características de la asociación terrorista, destacando sus elementos como organización, uno personal, otro organizativo propiamente dicho, otro volitivo y uno último de carácter temporal caracterizado por la permanencia. También analiza las distintas formas de intervención personal, desde la figura de los dirigentes y jefes de la organización hasta la de los meros miembros integrantes de la misma, planteándose la difícil problemática de distinguir las conductas de pertenencia y las

marginales de colaboración y mera adhesión ideológica, y criticando la amplitud con la que están redactados los párrafos 129 a y 129 b del Código penal alemán, surgidos como consecuencia de la situación de alarma creada por los actos terroristas de los años 80 llevados a cabo por el grupo alemán de la Fracción Roja, y por los más recientes a nivel internacional. Las dificultades que plantean algunos de los apartados de estos preceptos para por vía interpretativa hacerlos compatibles con los principios del Estado de Derecho, lleva a Zöllner a proponer de lege ferenda una nueva configuración de estos tipos más respetuosa con estos principios.

La Sexta y última parte del libro, la dedica Zöllner al estudio del terrorismo como delito internacional, en tanto pueda constituir o formar parte de alguno de los delitos que determinan, según el Estatuto de Roma, la competencia del Tribunal Penal Internacional: Genocidio, Crímenes contra la Humanidad y Crímenes de Guerra, aunque no se ocupa del terrorismo como crimen internacional en sí mismo, que queda fuera de las competencias del Tribunal Penal Internacional.

La obra termina con unas conclusiones que, en parte, el autor ya ha ido adelantando al final de cada capítulo, en las que el autor resume sus tesis sobre los diferentes temas que ha tratado a través de más setecientas páginas de apretada letra y abundantes citas a pié de página. Evidentemente, y no sólo por su extensión, se trata de una gran obra, aunque a veces el afán de tratar todas las muchas cuestiones que plantea el fenómeno terrorista hace que sea un poco desigual y que dedique muchas páginas a algunos temas y que apenas se ocupe de otros o los trate de forma casi superficial y poco detenida. Pero ello no le quita mérito a una obra que, sin duda, es una de las más completas de cuantas existen actualmente en la bibliografía sobre el tema. Pero es que además el ingente material bibliográfico, legislativo y jurisprudencial utilizado es expuesto de forma clara y sistemática, acompañada de unos índices bibliográficos y de materias que facilitan la lectura y la localización rápida de los temas que interesan; lo que en una obra de esta extensión el lector agradece sin la menor duda.

### **3. VARIOS, *Terrorismo y Estado de Derecho*, José R. Serrano Piedecabras/Eduardo Demetrio Crespo (Directores), Madrid 2010, 653 pags.**

En este volumen se recoge las diversas ponencias y contribuciones expuestas en un Seminario Internacional que sobre esta materia tuvo lugar en septiembre del 2008 en la Facultad de Ciencias jurídicas y sociales de Toledo, bajo la dirección y coordinación de los profesores Serrano Piedecabras y Demetrio Crespo. En dicho Seminario y hora en el presente volumen los diversos ponentes trataron diversos aspectos relacionados con el tema que sirvió de título al Seminario. La lucha contra el terrorismo en el marco del Estado de Derecho parece la cuadratura del círculo y son muchos los que opinan que las reglas y principios del Derecho penal del Estado de Derecho son

más un obstáculo que un instrumento eficaz para llevar a cabo esa lucha y ganarla. A la tentación de utilizar atajos y de recurrir a medios ilegales fuera del marco del Estado de Derecho han sucumbido muchos Gobiernos en Estados en los que normalmente el Derecho penal se lleva a cabo dentro de este marco, sin que nadie, o por lo menos nadie que esté en su sano juicio, preconice otro modelo de Derecho penal. ¿Por qué entonces se propugnan otras vías cuando se trata de luchar contra el fenómeno del terrorismo?

La mayoría de los autores que participan en este volumen tratan de dar respuesta a este interrogante, analizando y criticando los distintos instrumentos jurídicos utilizados tanto en el ámbito del Derecho penal español, como en el de otros países y en el Derecho penal internacional.

El primer punto a tratar es el de la definición del terrorismo y la delimitación de las estructuras que lo convierten en una tipicidad delictiva autónoma. Del primer problema se ocupan en sus respectivas ponencias Víctor Gómez Martín y Ana Isabel Pérez Cepeda. El primero intenta, de la mano del material jurisprudencial, dar un concepto funcional de terrorismo, de la que también se ocupan Carmen Lamarca y Manuel Cancio, cuya exposición coincide con la desarrollado en su libro que ya hemos comentado en la anterior recensión.

En general, todos los trabajos que se contienen en este libro analizan las distintas regulaciones que se ofrecen en el Derecho penal español, internacional y comparado desde el punto de vista de su compatibilidad con el Estado de Derecho y con las declaraciones y reconocimientos universales y regionales de los derechos humanos. Así, por ejemplo, el trabajo del filósofo del Derecho, García Amado trata de los presupuestos constitutivos del derecho penal del Estado de Derecho; el de Juan Terradillos del Estado de Derecho y el fenómeno del terrorismo; y el de los editores del volumen (Serrano Piedecabras y Eduardo Demetrio) del paso del Estado de derecho al Estado preventivo. Ni qué decir tiene que todos muestran su preocupación porque el afán de acabar con el problema del terrorismo lleve, tanto a nivel nacional como internacional, a la derogación de principios básicos del Estado de Derecho y a la vuelta a modelos autoritarios de Derecho penal incompatibles con el mismo.

En relación con la regulación del terrorismo a nivel internacional están, además del trabajo ya citado de Pérez Cepeda, los trabajos de Hernán Hormazábal (que se refiere también al Derecho latinoamericano), Adán Nieto (que comenta la resolución del TJCE en el caso Kadi), Hector Olásolo (que se ocupa del papel del Tribunal penal internacional en relación con el terrorismo internacional) y de Daniel Pastor (que se ocupa de la imprescritibilidad de los crímenes contra la humanidad y el terrorismo), en los que igualmente se muestra preocupación porque el fenómeno del terrorismo en su repercusión internacional genere también una auténtica regresión de los Convenios y de la praxis de los Tribunales internacionales. John Vervaele presenta el Informe general sobre terrorismo de la Sección tercera del XVIII Congreso Internacional de

Derecho penal que se celebró en Estambul en septiembre del 2009.

Otro trabajos se ocupan de la regulación del terrorismo en diversos países que han modificado sus legislaciones para combatir este problema, más allá de lo que permite el marco de su Ordenamiento jurídico internacional. Así, por ejemplo, se ocupan Pérez Cebadera de las medidas antiterroristas aprobadas en Estados Unidos al final de la presidencia de Bush; Francesco Viganó de la regulación del terrorismo en Italia (es el único trabajo en inglés) y Thomas Weigend de la regulación del terrorismo en Alemania.

Naturalmente, en un Seminario Internacional sobre Terrorismo como éste que dio lugar a la publicación del presente libro, no podían faltar trabajos sobre los problemas procesales que plantea la persecución del terrorismo. De este apartado se ocupan los trabajos de Muñoz Conde (De las prohibiciones probatorias al derecho procesal penal del enemigo), de Marta Gómez de Liaño sobre el agente encubierto como medio de investigación del terrorismo; de Ortiz Pradillo sobre el registro on line de equipos informáticos, y de Saenz Hermida sobre las medidas procesales adoptadas en el Reino Unido en la lucha contra el terrorismo. En todos ellos se denuncia que incluso más que en el ámbito penal material la lucha contra el terrorismo ha supuesto la derogación o por lo menos una fuerte limitación de principios básicos y de los derechos fundamentales del imputado en el proceso penal.

Mención aparte merecen los trabajos de Paredes Castañón, Portilla Contreras y Zaffaroni que se ocupan de otras dimensiones del terrorismo como la intercultural (Paredes), la perversión del Derecho como forma de exclusión del propio Derecho (Portilla) y de los mecanismos de desplazamiento que supone la legislación penal antiterrorista que ha desencadenado a nivel mundial un Estado de excepción no declarado, pero real (Zaffaroni).

En el marco de una resección bibliográfica como ésta no puede hacerse un comentario específico de cada uno de los trabajos contenidos en este libro, pero no puede dejar de decirse que todos tienen un excelente nivel y que, por eso mismo, este libro es un instrumento indispensable para quien quiera tener una visión amplia y al mismo tiempo profunda de todos los aspectos jurídico penales, materiales y procesales, pero también filosófico jurídico y teórico del fenómeno del terrorismo, tanto a nivel nacional, como internacional. Pocas veces se ve que un Proyecto de Investigación y el Seminario Internacional a que dio lugar produzca tantos y tan buenos resultados.

**4. VARIOS, *Kritik des Feindstrafrechts (Crítica del Derecho penal del enemigo)*, editado por Thomas Vormbaum con la colaboración de Martin Asholt, Berlin 2009, 434 pags.**

Probablemente uno de los ámbitos en donde el llamado «Derecho penal del enemigo» se refleja con mayor claridad es en la legislación penal antiterrorista surgida para prevenir y sancionar un fenómeno que ha adquirido en los

últimos años una gran dimensión tanto a nivel nacional, como internacional. Pero esta legislación excepcional contiene elementos que difícilmente son compatibles con los principios básicos del Derecho penal en el Estado de Derecho, y que por eso mismo, si se cree todavía en la validez de este modelo para regular la convivencia en las actuales sociedades modernas, deben ser objeto de crítica y de rechazo. El título de este libro «Crítica de Derecho penal del enemigo», en el que colaboran veinte penalistas de Alemania, Italia y España, refleja una actitud generalizada, aunque con matices en cada autor, de rechazo a una concepción del Derecho penal, cuyos elementos conceptuales son la intervención anticipada del Derecho penal en ámbitos en los que todavía no hay una puesta en peligro de bienes jurídicos, la imposición de penas draconianas más allá de la idea de proporcionalidad y el recorte o incluso supresión de algunas de las garantías y derechos del imputado en el proceso penal. Esta actitud general de crítica y rechazo del Derecho penal del enemigo es lo que probablemente motivó que el penalista alemán Günter Jakobs, principal artífice de esta visión del Derecho penal, rechazara la invitación que le hizo su editor Thomas Vormbaum para participar con una contribución en este volumen y contestar a las críticas que en él se dirigen contra su tesis; aunque, como dice Vormbaum en su Introducción (p.VII), ello se debió a que cuando se le dio a conocer a Jakobs la lista de los participantes en el mismo, tal como él mismo había exigido, se negó a participar porque «se sentía personalmente y de forma no objetiva («unsachlich») atacado por algunos de estos participantes».

De todos modos, con Jakobs o sin Jakobs, este volumen contiene un valioso muestrario de la generalizada actitud de rechazo que ha provocado su tesis en gran número de penalistas de las distintas nacionalidades aquí reunidos (de Alemania, España e Italia) e incluso de diversas e incluso opuestas concepciones ideológicas y teóricas del Derecho penal

Las razones de este rechazo son fáciles de explicar si se tiene en cuenta que lo que propone, describe o defiende Jakobs (su actitud frente al Derecho penal del enemigo nunca ha sido claramente explicada por él mismo), como algo inevitable en las actuales sociedades democráticas, es un Derecho penal que lleva en su seno elementos claramente autoritarios e incompatibles con los principios del Estado de Derecho, y que además recuerda mucho a la imagen de un Derecho penal que provocó las amargas experiencias totalitarias habidas en los países aquí representados durante el siglo XX. Ciertamente, de un modo u otro, algunos de estos elementos están presentes en las legislaciones antiterroristas vigentes en muchos de estos países, y, desde luego, ninguno de los autores que colabora en este volumen desconoce la realidad claramente visible de algunos de estos preceptos penales difícilmente compatibles con la actual concepción del Estado de Derecho, pero precisamente por eso mantienen una actitud crítica frente a ellos y piden su derogación o su reinterpretación conforme al marco jurídico constitucional del Estado de Derecho.

Casi todos los trabajos tienen como referente principal el fenómeno del terrorismo, aunque obviamente también se mencionan otros ámbitos donde se detecta la presencia del Derecho penal del enemigo, como el Derecho penal internacional, el narcotráfico o la reincidencia. La tendencia hacia el mismo, acompañada en el ámbito de la criminalidad de menor entidad por la llamada Tolerancia cero, es cada vez más evidente y de ahí la necesidad de mantener una actitud crítica que denuncie los excesos y violaciones de los principios básicos del Estado de Derecho a que puede dar lugar. En algunos de los trabajos contenidos en este volumen se trata el Derecho penal del enemigo en relación con el llamado «delito político», tema que, con la presencia de Jakobs, se debatió intensamente en un Congreso habido en Trento en marzo del 2007. Muchos de estos trabajos, fueron presentados en dicho Congreso (del que ya se dio noticia en el número 18 de esta Revista, 2006) y dieron lugar a una publicación en italiano de las Actas del mismo (Delitto político e diritto penale del nemico, a cargo de Alessandro Gamberini y Renzo Orlandi, Bologna 2007). Buena parte de los autores son, por tanto, italianos (Fiandaca, Isolera, Losappio, Mantovani, Pulitano, Donini, Caliere, Fronza). Pero también hay tres autores españoles (Cancio Meliá, Muñoz Conde y Demetrio Crespo). El resto son alemanes (Schünemann, Gössel, Kindhäuser, Hörnle, Prittwitz, Streng, Saliger, Sinn, Sack y Ambos).

La mayoría, por no decir todos los trabajos han sido publicados previamente, algunos de ellos también en español, recogidos en los dos volúmenes editados por Cancio Meliá y Gómez Jara (El Derecho penal del enemigo, el discurso de la exclusión, Madrid 2006), lo que exime de ofrecer ahora una relación exhaustiva del contenido de cada uno de ellos. Pero sí merece la pena destacar que esta es la primera vez que muchos de ellos aparecen en lengua alemana, sobre todo los trabajos de algunos autores italianos, traducidos directamente al alemán por el propio Vormbaum, que a su labor como compilador, traductor y editor del volumen, añade una excelente introducción de casi cuarenta páginas en la que explica el por qué del título y de esta crítica, exponiendo las principales aportaciones y concepciones plasmadas en los diversos trabajos, pero también algunas conclusiones sobre el planteamiento filosófico jurídico que caracterizan, a su juicio, la tesis de Jakobs: Su proximidad a la teoría sistémica, cuyo elemento fundamental es precisamente la diferenciación entre el sistema y su mundo circundante, lo que produce la diferencia en la inclusión y la exclusión; su proximidad a Hegel y a Carl Schmitt y su consideración de la seguridad como un derecho fundamental, siguiendo con ello la tesis de Josef Isensee. Merece la pena destacar también que, como demuestra este libro, el tema del Derecho penal del enemigo no ha pasado desapercibido en Alemania, donde además del tradicional interés por la dogmática penal existe hoy, incluso entre los cultivadores más importantes de la Dogmática penal alemana (algunos de ellos aquí representados) una evidente preocupación por la tendencia que también se observa en ese país hacia una legislación penal

excepcional, que bien podría calificarse como un Derecho penal del enemigo y que, precisamente por eso, es criticada y rechazada, con razón, por los participantes alemanes en este libro y por otros muchos juristas alemanes que se han pronunciado sobre el tema (véase mis comentarios al Congreso de los Abogados defensores alemanes celebrado en Frankfurt del Main en el 2006, en el que expresamente se rechazó el Derecho penal del enemigo, en Revista Penal, 18, 2006).

**5. Sebastian SCHEERER, *Die Zukunft des Terrorismus, Drei Szenarien (El futuro del terrorismo. Tres escenarios)*, Hamburgo 2002, 170 pags.**

Este libro se publicó poco después del atentado a las Torres Gemelas de Nueva York y vislumbra ya las consecuencias que se han producido desde entonces. Su autor, catedrático de Criminología de la Universidad de Hamburgo, analiza el terrorismo desde la perspectiva acción-reacción que provoca. La estrategia de la tensión se crea, en su opinión, a través de una dinámica que desencadena el atentado terrorista, empezando por la escalada retórica, siguiendo la indignación moral y culminando con una dura represión. Esta forma de reacción tiene como consecuencia que la lucha contra el terrorismo adquiera una dimensión belicista, en la que el terrorista es considerado como un enemigo al que hay que neutralizar, derrotar y destruir. Scheerer considera que esta estrategia no hace, en el fondo, sino legitimar de algún modo la tesis del grupo terrorista que considera sus atentados más como una acción de guerra, que como un hecho delictivo.

Para Scheerer esta forma de proceder con el terrorismo le hace el juego a los terroristas que precisamente con sus acciones pretenden poner en evidencia la existencia del propio Estado de Derecho, que justamente deja de serlo cuando reacciona con medidas y actuaciones al margen de sus propias reglas como Estado de Derecho. En definitiva, el terrorista trata de convertirse en un enemigo del Estado, al que declara la guerra, realizando acciones características de una guerra, en la que todo cabe con tal de ganarla. Y el Estado, al reaccionar en la misma forma, se convierte en un adversario que abandona sus reglas, al utilizar las mismas armas que los terroristas (detenciones ilegales, tortura, tiros en la nuca).

Es difícil encontrar una salida a este dilema, y Scheerer, desde luego, no la encuentra. Pero en su análisis descriptivo de la situación creada a partir del atentado del 11 de septiembre del 2001, que no ha hecho más que confirmarse y aún agravarse en los años siguientes, considera que la amenaza que representa el terrorismo sólo puede controlarse en la medida en que el Estado renuncie a responder al mismo con medios y modos similares a los empleados por los terroristas.

Para describir su tesis, tras una introducción, una breve exposición histórica y un análisis de la situación provocada por el terrorismo a raíz del atentado del 11 de septiembre del 2001, describe Scheerer tres escenarios hipotéticos

de lo que puede ser la lucha contra el terrorismo en un futuro no muy lejano:

Un primer escenario en el que la guerra desencadenada ha terminado con éxito y el terrorismo ha sido derrotado. En este caso el problema no es ya ganar la guerra, sino mantener una situación en la que la amenaza terrorista no vuelva a producirse, sin que ello suponga limitar fundamentales. De momento, ese escenario no acaba de vislumbrarse y es poco probable que se de en un futuro inmediato.

Mucho más real y actual es segundo escenario en el que describe una situación permanente de guerra en la que sería inevitable u estado de excepción a nivel mundial, en el que los demás países tendrían que participar de un modo otro siguiendo una política belicista, sin poder sustraerse a la misma, con el consiguiente costo de pérdida de derechos fundamentales y garantías democráticas.

Y un tercer escenario sería un hipotético futuro, en el que la guerra contra el terrorismo finalmente se perdería y ello haría que cambiaran los actuales sistemas de gobierno y convivencia a nivel nacional e internacional. En esta situación, que actualmente no parece vaya a producirse a corto plazo, cabría esperar un cambio en la actual política belicista en la lucha contra el terrorismo y su sustitución por una política diferente de acuerdos y sobre todo de desactivación de los conflictos de todo tipo que lo provocan y su elaboración con medios y medidas de carácter político, social y económico, que serían, en definitiva, la única fórmula válida para «arrojarlo definitivamente al cubo de la basura», incluyendo también, por supuesto, en ese cubo al terrorismo de Estado, que paralelamente habría acompañado durante todo ese tiempo la guerra actualmente existente.

**6. Peter-Alexis ALBRECHT, *Der Weg in die Sicherheitsgesellschaft, Auf der Suche nach statiskritischen Absolutheitsregeln (El camino hacia la sociedad de seguridad, en busca de reglas absolutas críticas del Estado)*, edición de estudio, acompañada de CD, Frankfurt am Main, 2010, 239 pags.**

El autor de este interesante, pero complejo libro, es catedrático de Criminología en la Universidad de Frankfurt del Main, y en cierto modo se le puede considerar como miembro de la llamada Escuela de Frankfurt, en la que un grupo de penalistas, principalmente Wolfgang Naucke, Klaus Lüderssen y Winfried Hassemer, comenzaron desde principios de los años 80 del pasado siglo a desarrollar una fuerte crítica contra la expansión del Derecho penal y el paradigma preventivo que ya en aquellos años se había convertido en la característica principal de la Política criminal. Una Política criminal en la que el Derecho penal se utilizaba como medio de protección de nuevos bienes jurídicos colectivos (medio ambiente, orden económico, salud pública, seguridad colectiva), utilizando para ello la técnica de los delitos de peligro abstracto con referencia continua a normas de carácter extrapenal (normas penales en blanco), perdiendo su carácter de ultima ratio, inva-

diendo o sustituyendo otros medios de protección jurídica menos radicales o incluso el empleo de medios tecnológicos mas adecuados y eficaces para prevenir y conjurar los riesgos más característicos que aquejan a las sociedades modernas.

Peter Alexis Albrecht es también un crítico de este paradigma preventivo que se ha afianzado en el Derecho penal y en la Política criminal de los últimos años, y no sólo en Alemania, pero lo es mucho más del nuevo paradigma de seguridad a ultranza que se ha impuesto en los últimos años a raíz de los atentados terroristas y de las crisis económica financiera a nivel mundial.

En este libro se describe, por tanto, la evolución que han tenido el Derecho penal, la Criminología y la Política criminal en los últimos cuarenta años siguiendo un paralelismo con la biografía y las publicaciones que su autor ha realizado durante estos años, que se recogen como complemento en el CD que acompaña al libro.

El punto de partida, con el que comienza también la formación académica del autor, son los años setenta, cuya Política criminal se inspiraba en el Estado de bienestar y en la idea de respeto a los derechos humanos, que dió lugar a una progresiva descriminalización en el ámbito político y sexual de muchas conductas que tradicionalmente se habían considerado delitos, a la eliminación de las penas cortas de privación de libertad, y el fomento de las alternativas a la misma, y, en todo caso, cuando era inevitable la aplicación de una pena de prisión, a buscar la resocialización del condenado como meta principal del sistema penitenciario. No obstante, Albrecht advierte, además de las objeciones que podían formularse contra la idea misma de resocialización, como adoctrinamiento del condenado a un sistema social político o ideológico determinado, que en su experiencia como investigador y doctorando, bajo la dirección del penitenciarista Schüler Springorum, el sistema penitenciario alemán de la época no era el más indicado para conseguir esta meta, describiendo ya desde sus primeros trabajos una situación, sobre todo en relación con los condenados a reclusión perpetua, de disciplina extrema, de dureza e incluso crueldad en el trato que recordaba mucho el sistema penitenciario de otras épocas recientes de la historia alemana. Desde este punto de vista su crítica a la «educación» («Erziehung») del recluso, recogida en varios de los artículos que se contienen en el CD, como meta del sistema penitenciario, es demoledora e insiste en la contradicción que supone «educar para la libertad en condiciones de no libertad».

Otro apartado importante de este libro es el análisis que hace del giro que hizo la Política criminal y la Ciencia alemana del Derecho penal en su conjunto entre los años 80 y 90 hacia el paradigma de la prevención, entendiendo que la función del Estado es ante todo la prevención de peligros, a la que deben dedicarse todos los instrumentos jurídicos y, por supuesto, también el Derecho penal. Es en este punto en el que la Escuela de Frankfurt y, por tanto, también Albrecht se aleja de la corriente dominante. Las razones de su crítica son varias y de distinta procedencia. Albrecht, de la mano de varios trabajos suyos

que se contienen en el CD, acentúa sobre todo la ausencia de comprobación empírica de los efectos preventivos que se supone debe conseguir el Derecho penal, centrandó su atención sobre todo, dada su vertiente profesional como penitenciario, en la llamada prevención especial, tanto positiva (resocialización), como negativa (aseguramiento). En base a la experiencia obtenida en una estancia en los Estados Unidos, becado por una Police Foundation, considera que el paradigma preventivo mete al Derecho penal en un callejón sin salida, pues se intenta fundamentar su existencia en base a la consecución de unos fines preventivos, generales y especiales, que luego la realidad demuestra que no se consiguen, o por lo menos que no se consiguen utilizando el Derecho penal como instrumento preventivo. En su crítica al paradigma preventivo Albrecht se basa sobre todo en sus trabajos sobre el Derecho penal juvenil, que es otro de los sectores en el que es un destacado especialista. Pero donde más enérgica es su crítica es en relación con lo que llama «patologización de los conflictos individuales», en donde demuestra las deficiencias que tiene una visión psiquiátrica de la delincuencia, que lleva, sobre todo en el ámbito de los delincuentes sexuales, a la imposición de medidas, como el internamiento en custodia de seguridad, tras el cumplimiento de la pena, que en base a una supuesta permanencia crónica de las patologías que llevan a comportamientos sexuales desviados (pederastia, violación), permiten que la privación de libertad pueda ser perpetua con todas las secuelas que ello implica para los derechos fundamentales de los condenados a esta medida. En el fondo, los trabajos que Albrecht ha dedicado a este tema, contenidos en el CD que acompaña al libro, constituyen una crítica a la Psiquiatría forense, que se apoya para sus diagnósticos más en la gravedad del hecho que en la verdadera o supuesta patología y peligrosidad del sujeto sometido a la medida. Albrecht discute las zonas inseguras del Derecho penal de la culpabilidad, y critica que esas inseguridades paradójicamente conduzcan en la praxis a la imposición de medidas de seguridad de duración indeterminada, sustituyendo el principio «in dubio pro libertate», por el de «in dubio pro securitate».

Este mismo paradigma preventivo conduce también, en opinión de Albrecht, a una «patologización de los conflictos sociales», en los que aparecen como protagonistas, activos y pasivos, de esos conflictos los extranjeros (inmigrantes) y las víctimas. Los primeros se convierten en el «chivo expiatorio», y los segundos en una causa de privatización de la Justicia penal, al poner sus intereses y la satisfacción de los mismos por encima incluso del propio interés público de la Justicia penal.

Todo este apartado dedicado al paradigma preventivo termina en una crítica en la que resumidamente expone la quiebra de los principios básicos del Derecho penal del Estado de Derecho que el paradigma preventivo supone: El de legalidad penal material, como fundamento de la libertad garantizada constitucionalmente; el de culpabilidad, como límite del poder punitivo; el de proporcionalidad como barrera jurídica de ese poder punitivo; el de

legalidad procesal, como límite a la arbitrariedad; el de oficialidad, como garantía del carácter público del Derecho penal, y el del debido proceso, como fundamento del proceso penal del Estado de Derecho.

Tras esta crítica al Derecho penal preventivo, Albrecht expone una etapa en la que como miembro de una Comisión del Land de Hessen elaboró un proyecto de descriminalización y de mejora del sistema penitenciario, que obviamente no fue asumido por los políticos de aquel momento, que se encontraban ya presionados por una opinión pública, que además de por el miedo a la inseguridad y a la delincuencia empezaba a preocuparse seriamente por el efecto que tendría en esta materia la recién comenzada reunificación alemana.

En la última parte entra Albrecht de lleno en lo que denomina la «Sicherheitsgesellschaft» («Sociedad de seguridad» o seguridad colectiva) analizando sus consecuencias en el Derecho penal del presente. Primero expone cómo se ha pasado del paradigma preventivo a la concepción securitaria del Derecho penal, en la que el paradigma no es ya la prevención, sino la consecución y el mantenimiento casi obsesivo de una seguridad total de la sociedad frente a los riesgos que actualmente la amenazan, como el terrorismo (también el estatal). Naturalmente todo ello se hace a costa del sacrificio de los principios del Derecho penal del Estado de Derecho. En esta situación, que es la actual, describe la pérdida de capacidad crítica de la Ciencia del Derecho frente a una realidad jurídica cada vez más deteriorada, en la que se preconiza la tortura como medio efectivo de lucha contra con el terrorismo y, en consecuencia, el terrorismo de Estado. A través de distintos artículos y trabajos publicados en el cambio de milenio y en los últimos años, Albrecht describe cómo en esta lucha predomina el «secretismo», se privilegian el consenso y la utilización de medios probatorios discutibles, como el confidente y el «testigo de la corona», y se destruyen las garantías y derechos del imputado característicos del proceso penal del Estado de Derecho.

En el apartado siguiente invoca como solución esperanzada y esperanzadora a Europa y los principios fundamentales que rigen la actual configuración jurídica de la Unión europea, analizando las contradicciones que en ella existen entre, por un lado, el respeto a los derechos humanos recogidos en la Convención europea y, por otro, la integración económica, en la que los intereses económicos se superponen por encima de los jurídicos. Como ejemplo de las dificultades que plantea la integración Europea comenta la decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre el Tratado de Lisboa y las consecuencias que ello puede tener para el Derecho penal.

El libro termina con una declaración programática en la que expone lo que, a su juicio, debe ser la búsqueda de unas reglas absolutas que permitan la crítica del Estado y de su actual Derecho penal: la vuelta a un Derecho penal de integración social, la protección de la libertad de la libertad de los ciudadanos como meta principal del Derecho, limitar el poder punitivo del Estado y con ello reducir el Derecho penal al núcleo fundamental de los delitos que

atacan los bienes jurídicos más importantes, y robustecer la autonomía e independencia del Poder judicial. Todas ellas no son más, como dice su autor, esperanzas, las que aún nos quedan de que la actual situación pueda cambiar cuando se vea que el camino emprendido, buscando la prevención y la seguridad por encima de cualquier otro valor,

no lleva a un mejor Derecho penal, ni siquiera a un Derecho penal más efectivo, sino al deterioro de una concepción del mismo que, con todas sus dificultades, era el único compatible con los principios del Estado de Derecho y de una configuración verdaderamente democrática, integradora y participativa de la sociedad.