

Respuestas legales al terrorismo yihadista. El ejemplo de Alemania

Miguel Ángel Cano Paños

Athena Intelligence Journal

Vol. 3, No 1

Artículo 5

12 de marzo de 2008

www.athenaintelligence.org

Athena Intelligence

*Red de Investigación Avanzada
en Insurgencia y Terrorismo*



Respuestas legales al terrorismo yihadista. El ejemplo de Alemania

Miguel Ángel Cano Paños

“Las amenazas a la democracia no sólo emanan del terrorismo que intenta subvertir las estructuras del Estado, sino también de las respuestas que éste aporta con la intención de impedir el éxito de ese desafío a las libertades y al orden establecido”
Grant Wardlaw

12 de marzo de 2008

Resumen:

El terrorismo transnacional ha colocado a la lucha antiterrorista desarrollada a nivel nacional e internacional ante de una serie de problemas y retos realmente impensables en las décadas de 1970-1980. Un ejemplo paradigmático lo constituye sin duda Alemania, país que ha vivido en primera persona la transición de un terrorismo de carácter doméstico (RAF) a otro de carácter transnacional (yihadismo). En el presente trabajo se analizan tanto las medidas legislativas aprobadas en el país germano desde los atentados del 11 de septiembre de 2001, como las actuales iniciativas legislativas que el vigente Gobierno de coalición ha impulsado con el fin de hacer más efectiva si cabe la lucha contra esta amenaza global que supone el terrorismo de base yihadista

Palabras clave: terrorismo yihadista, Derecho penal alemán, lucha antiterrorista, Paquetes de Seguridad.

Abstract:

Transnational terrorism has put the fight against terrorism carried out at a national and an international level before a variety of problems and challenges unthinkable in the 1970s and 1980s. A paradigmatic example is undoubtedly Germany. This country has suffered first-handedly the transition from a domestic terrorism (RAF) to another terrorism that is transnational in nature (jihadism). This paper offers an analysis both of the legislative measures adopted in Germany since the attacks of September 11, 2001, and of the current legislative initiatives that the present Coalition government has initiated in order to more effectively counteract this global threat that the jihadist terrorism represents.

Key Words: Jihadist terrorism, German Criminal law, counterterrorism, Security Packets.

Miguel Ángel Cano Paños es doctor en Derecho por la Universidad de Potsdam (Alemania), LL.M. por la Universidad de Münster (Alemania) y Diplomado en Criminología por la Universidad de Barcelona. En la actualidad es investigador Ramón y Cajal en el Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología y en el Departamento de Derecho Penal, ambos de la Universidad de Granada. E-mail: macano@ugr.es

1. Introducción. El “viejo” y el “nuevo” terrorismo. Del terrorismo interno (RAF) al terrorismo transnacional (célula de Hamburgo). Estructura del trabajo

Desde mediados de la década de 1990, el fenómeno terrorista aparece revestido de unas cualidades impensables en las décadas anteriores. Esta nueva manifestación del terrorismo suele denominarse con el calificativo de “terrorismo transnacional”, lo cual lleva consigo a que actualmente esta forma de violencia política no sólo supone un desafío para un concreto Estado soberano, sino que ha pasado más bien a convertirse en una amenaza que traspasa las fronteras físicas de un país.

Fue principalmente a comienzos de la década de 1970 cuando de un modo paulatino aparecieron en determinados países europeos una serie de grupos u organizaciones, los cuales pretendían mediante la ejecución de actos terroristas, bien sustituir un determinado sistema político-social por otro más acorde con sus postulados ideológicos (terrorismo de carácter social-revolucionario, representado en su momento por organizaciones terroristas como la RAF en Alemania, o las Brigadas Rojas en Italia), bien lograr la escisión total o parcial de un determinado territorio de la soberanía ejercida por un Estado (terrorismo de carácter etno-nacionalista, como fue el caso del IRA en Irlanda del Norte, o sigue siendo el caso de ETA en España). Una característica común a este tipo de organizaciones terroristas tradicionales es que las acciones terroristas se llevaban a cabo casi exclusivamente dentro del territorio del Estado donde las mismas se encontraban asentadas.

En el transcurso de la década de 1990, el fenómeno terrorista ha experimentado un cambio radical a todos los niveles, siendo destacable quizás por encima de todo su carácter transfronterizo, es decir, su internacionalización. En este sentido, puede afirmarse sin ambages que al-Qaida constituye el ejemplo palmario que define la evolución del fenómeno en cuestión.¹

Es indudable que la nueva amenaza procedente del terrorismo yihadista ha marcado el devenir legislativo de prácticamente la totalidad de los países del mundo occidental, entre ellos Alemania. Como se verá a lo largo del siguiente trabajo, los atentados del 11 de septiembre de 2001 en Nueva York y Washington, las posteriores acciones terroristas cometidas en Madrid y Londres, así como los atentados yihadistas abortados en territorio germano en los años 2006 y 2007 han tenido considerables repercusiones en la política interior del Estado alemán, y muy especialmente en el concreto ámbito de la seguridad.

Hasta la fatídica fecha del 11-S, tanto la organización de los aparatos de seguridad como la legislación penal y procesal habían venido estando marcadas en Alemania fundamentalmente por el terrorismo llevado a cabo en las últimas décadas del siglo XX por la –ya extinta– Fracción del Ejército Rojo (*Rote Armee Fraktion*, RAF).² No obstante, mientras que con el conjunto de medidas (policiales, penales, procesales) vigentes en Alemania en los albores del siglo XXI el Estado pretendía hacer frente a un terrorismo doméstico de corte social-revolucionario, cuyos activistas eran en la mayoría de los casos individuos alemanes plenamente identificados, por el contrario, los atentados del 11-S y su conexión con Alemania (célula de Hamburgo) dieron lugar a que el legislador germano se

viera confrontado con un terrorismo de corte yihadista, cuyo radio de acción traspasaba con creces no sólo las fronteras alemanas, sino también europeas.

Tras los atentados terroristas del 11-S, los aparatos de seguridad alemanes en la lucha antiterrorista se encontraban delante de un fenómeno nuevo que dejaba en muchos casos de ser visible, previsible, concretable e individualizable. Más bien al contrario, la amenaza terrorista procedía de un gran número de fuentes de peligro invisibles, impredecibles y desconocidas; de unos sujetos anónimos los cuales, tras largos años de latencia y aparente normalidad, aparecían súbitamente en un determinado lugar, desplegando una dosis de violencia inusitada que en ocasiones implicaba incluso la propia destrucción personal. Mientras que el integrante de un comando de la RAF era un sujeto individualizable y predecible en sus acciones, por el contrario, el individuo perteneciente a una célula yihadista asentada en cualquier país europeo se presenta en principio como un sujeto pacífico e integrado en el entramado social, desplegando toda su brutalidad súbitamente y de manera coordinada con otros sujetos afines ideológicamente.

En consecuencia, los órganos de decisión política en Alemania percibían como en lugar de una amenaza concreta procedente de un *enemigo* más o menos individualizable había aparecido una amenaza difusa, no localizable y mucho menos individualizable. Por ello, las reglas hasta ese momento vigentes a la hora de hacer frente al fenómeno terrorista se consideraban del todo punto insuficientes.

Los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001, así como los sucesivos atentados atribuidos al islamismo radical durante el año 2002, como por ejemplo el llevado a cabo en la isla de Djerba el 11 de abril, con diecinueve muertos, entre ellos catorce turistas alemanes, motivaron un inusitado interés por la problemática terrorista en el marco del debate político y social desarrollado en Alemania. En el contexto descrito, fue especialmente la constatación de las conexiones del terrorismo yihadista con Alemania lo que dio lugar a que, desde de finales de 2001, el legislador alemán se enfrascara en una tarea contra-reloj con el fin de desarrollar una serie de iniciativas legislativas destinadas todas ellas a combatir de manera eficaz la nueva amenaza terrorista. Como se verá a continuación, dichas iniciativas legislativas trajeron consigo una ampliación y a la vez un endurecimiento considerable de la legislación antiterrorista en Alemania, lo cual a la postre ha dado lugar a un cambio de paradigma sustancial dentro del ámbito perteneciente a la seguridad interior.

El presente trabajo tiene como objetivo fundamental realizar un análisis exhaustivo de las reformas legislativas que en los últimos tiempos se han llevado a cabo en Alemania para hacer frente al terrorismo yihadista. El punto de partida viene marcado lógicamente por una fecha: el 11 de septiembre de 2001 y los devastadores atentados terroristas en Nueva York y Washington. A partir de ese momento, y motivado al mismo tiempo por sucesivos golpes infringidos a Europa por el terrorismo yihadista –y otros que fueron felizmente desbaratados a tiempo por los aparatos de seguridad– el legislador alemán ha llevado a cabo importantes reformas en el ámbito de la lucha antiterrorista, algunas de ellas de dudosa constitucionalidad. Junto al análisis de las leyes que hasta ahora han sido aprobadas en Alemania se presentan también al lector de habla hispana las actuales iniciativas legislativas que el Gobierno alemán de la llamada “*Große Koalition*” ha puesto sobre la mesa para contrarrestar la amenaza terrorista.

2. Medidas urgentes adoptadas en Alemania tras los atentados del 11-S

Tras los atentados terroristas del 11-S, la práctica totalidad de la clase política alemana coincidió a la hora de calificar unos hechos de esa envergadura y carga simbólica como un ataque frontal a la civilización.³

La nueva amenaza que suponía la irrupción del terrorismo yihadista en la escena internacional, con unas especiales características que lo hacían *cualitativamente* diferente al terrorismo de corte tradicional, sirvió de base –y excusa– al entonces Gobierno federal de coalición entre el Partido Socialdemócrata (SPD) y los Verdes para impulsar una serie de medidas legislativas dirigidas a hacer frente a esa amenaza de carácter difuso.

Un argumento de peso para justificar la necesidad de reaccionar sin titubeos al nuevo terrorismo yihadista fue sin duda la Resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas núm. 1373, de 28 de septiembre de 2001, la cual exigía a los Estados miembros remitir en el plazo de noventa días un informe sobre las medidas antiterroristas dictadas al efecto.

La mayor problemática a la que se vieron expuestos tanto el Gobierno alemán como los organismos policiales y jurisdiccionales tras el 11-S fue que los ataques terroristas llevados a cabo en los Estados Unidos de América habían sido en parte planificados y ejecutados por individuos que a su vez habían residido durante cierto tiempo en suelo alemán. Una vez verificada la existencia de una célula yihadista en Hamburgo –ciudad donde se llevó a cabo parte de la planificación de los atentados terroristas– y constatada la imposibilidad de desmantelarla *ex ante* por parte de los aparatos de seguridad alemanes, la pregunta que obviamente se hicieron los responsables políticos germanos era si los servicios secretos, la policía y los órganos de persecución penal disponían de los medios adecuados y suficientes para luchar contra esa forma de terrorismo. Además, aquellos países de mayor peso dentro de la comunidad internacional (sobre todo los Estados Unidos de América), dirigieron su atención a la forma en la que el legislador alemán afrontaba las reformas legislativas en materia antiterrorista en interés de esa –unilateralmente– proclamada “guerra contra el terrorismo”.⁴

Por todo lo explicado, el 19 de septiembre de 2001, es decir, ocho días después de los atentados terroristas en EE.UU., el gabinete del Canciller Schröder aprobó por iniciativa propia un paquete de medidas de seguridad de carácter urgente, dirigidas fundamentalmente a prevenir la comisión de atentados terroristas en suelo alemán. Además, el Gobierno federal anunció la aprobación inminente de dos paquetes de seguridad (*Sicherheitspakete*), los cuales debían contener aquellas medidas legislativas necesarias y pertinentes para impedir ulteriores atentados terroristas, garantizando así la seguridad interior y la paz pública.

Una vez conocida la dimensión de los atentados terroristas llevados a cabo en EE.UU., el Ejecutivo alemán aprobó una serie de medidas urgentes de efecto inmediato, las cuales tenían por objeto la protección de edificios que albergaban instituciones norteamericanas, británicas, israelíes o judías, así como organismos gubernamentales como por ejemplo la Cancillería Federal. Además fueron ordenadas medidas destinadas a

asegurar tanto el espacio aéreo alemán como el tráfico de aeronaves. La Policía Federal de Fronteras [*Bundesgrenzschutz*, BGS, la cual el 1 de julio de 2005 pasó a denominarse Policía Federal (*Bundespolizei*, BP)] intensificó sus controles y su vigilancia en los territorios fronterizos. Por su parte, la Fiscalía Federal instruyó varias causas penales contra presuntos individuos yihadistas vinculados a los atentados del 11-S.

De común acuerdo entre los Ministerios del Interior de los dieciséis *Länder* – competentes respectivamente en el ámbito relativo al aparato policial– y el Ministerio del Interior Federal se produjo en los días posteriores a los atentados del 11-S la reactivación de un especial método de investigación policial instaurado en su momento para combatir el terrorismo de la RAF y conocido con el nombre de “*Rasterfabndung*”. Mediante su aplicación se pretendía fundamentalmente descubrir a otros (potenciales) terroristas yihadistas, así como a encubridores o cómplices de los atentados del 11-S, los cuales podían estar asentados en suelo alemán sin levantar sospecha alguna.⁵

La base jurídica de dicho instrumento de investigación es doble: por un lado los parágrafos § 98a y § 98b de la Ordenanza Procesal alemana (en relación con hechos delictivos ya cometidos); por otro, las distintas leyes policiales de los respectivos *Länder* (en el ámbito de la prevención de peligros y con respecto a delitos que no han sido todavía cometidos). El *Rasterfabndung* se diferencia de los mecanismos tradicionales de búsqueda de sujetos sospechosos sobre todo por el hecho de que con dicho instrumento no se pretende encontrar a un sujeto determinado; más bien se trata de dar con un tipo de individuo el cual cumple con unos determinados criterios que anteriormente han sido delimitados en el perfil (*Raster*) correspondiente. Suele distinguirse entre un *Rasterfabndung* negativo y otro de carácter positivo. La primera variante consiste en formar criterios de carácter negativo o excluyente pertenecientes a un grupo de personas determinado con la finalidad de extraer a aquellos sujetos que no pueden cumplir con la propiedad de ser sospechoso. En la segunda variante, al contrario que en la primera, no se trata de excluir a aquellas personas no sospechosas sino más bien de descubrir a aquellos sujetos que, al cumplir unas determinadas características, son susceptibles de ser objeto de una investigación posterior por parte de la policía.⁶

Tras haber sido confeccionados los criterios de búsqueda correspondientes, la transmisión de datos a las instancias de investigación puede producirse tanto por parte de organismos públicos (Oficina del padrón municipal, universidades, Registro central de extranjeros, etc.), como por instituciones de carácter privado (empresas de suministro de electricidad, de servicios de correos, bancos, etc.). Una vez realizado el proceso de rastreo, comparación y filtrado de datos se origina una base de información de carácter residual con aquellos datos que coinciden sustancialmente con los criterios de búsqueda previamente establecidos, lo cual llegado el caso da lugar a una ulterior investigación con los métodos convencionales previstos en la Ordenanza Procesal.

Un día después de los atentados terroristas del 11-S, el FBI comunicó a las fuerzas de seguridad alemanas la existencia de una posible conexión de parte de los presuntos autores con Alemania. En concreto, tres de los pilotos suicidas tenían su residencia en Alemania en el momento de cometerse los atentados.⁷ Las subsiguientes investigaciones realizadas tanto por los servicios secretos alemanes como por la Oficina Federal de Investigación Criminal (*Bundeskriminalamt*, BKA) dilucidaron que esos tres sujetos estaban

efectivamente domiciliados en la ciudad de Hamburgo. Además, en los tres casos se trataba de individuos que habían realizado estudios universitarios en Alemania, habiendo pertenecido a su vez a distintas asociaciones de carácter islámico.⁸

Los datos recopilados sirvieron de base a los servicios de seguridad alemanes para confeccionar un determinado criterio de búsqueda, destinado fundamentalmente a descubrir en suelo alemán tanto a potenciales terroristas yihadistas como a sus colaboradores. Se trataba en definitiva de enlazar toda la información obtenida con el fin de elaborar un perfil de autor que pudiera englobar a todos aquellos sujetos vinculados al islamismo radical y que residieran en Alemania. La posibilidad de que pudieran vivir en Alemania otros individuos impregnados de un fanatismo religioso como en el caso de Mohammed Atta existía. Y esa posibilidad había que atajarla. En consecuencia, y teniendo como base la célula yihadista localizada en la ciudad de Hamburgo, el BKA elaboró el siguiente perfil de autor: persona de sexo masculino con una edad comprendida entre los 20 y los 35 años, procedente de uno de los 26 países catalogados como “sospechosos” por la policía alemana, de religión musulmana, estudiante o antiguo estudiante en una universidad alemana, en situación de residencia legal,⁹ sin antecedentes penales, independiente desde el punto de vista económico, recepción de determinadas cantidades de dinero de modo irregular, aficionado a viajar frecuentemente –lo cual se demuestra por la solicitud constante de visados–, y, en su caso, en posesión de una formación como piloto.¹⁰

Mediante el empleo del *Rasterfahndung* fueron recogidos por los servicios de seguridad alemanes alrededor de seis millones de datos personales pertenecientes a unos 8.3 millones de personas, los cuales en principio cumplían con alguno o algunos de los criterios arriba mencionados. La policía alemana esperaba con ello encontrar indicios suficientes para “filtrar” a potenciales terroristas yihadistas. No obstante, el resultado de la aplicación de esta técnica de investigación hay que catalogarlo como nulo, ya que no se pudo descubrir a ningún sujeto adscrito al islamismo radical, tan sólo a unos cuantos defraudadores en el ámbito de la asistencia social.¹¹

3. El llamado “Primer Paquete de Seguridad” (*Sicherheitspaket*), de 9 de noviembre de 2001

El Primer Paquete de Seguridad (*Sicherheitspaket* o también denominado “*Anti-Terror-Paket*”) fue aprobado por el Parlamento federal el 9 de noviembre de 2001.¹²

A decir verdad, la primera reacción legislativa al terrorismo transnacional se llevó a cabo en Alemania ya antes de los atentados del 11-S. En consecuencia, puede afirmarse que las medidas contenidas en el Primer Paquete de Seguridad tuvieron únicamente una conexión temporal y política con los atentados cometidos en EE.UU., no así una conexión de carácter material, ya que las mismas fueron impulsadas con anterioridad.

Una de las medidas de mayor calado contenidas en el Primer Paquete de Seguridad fue la supresión del llamado “privilegio religioso” regulado en el Derecho de asociaciones. Efectivamente, según se establece en el § 3 de la Ley de Asociaciones (*Vereinsgesetz*) pueden ser prohibidas aquellas agrupaciones cuyos fines son contrarios a las leyes penales, o bien se dirigen “contra el ordenamiento constitucional establecido o el principio del

entendimiento entre los pueblos”. No obstante, la redacción original contenida en el § 2 párrafo 2 núm. 3 de la Ley de Asociaciones establecía la no aplicación de esa prohibición a las comunidades religiosas y asociaciones de carácter ideológico, lo cual conllevaba a que las mismas no pudiesen ser prohibidas en ningún caso con arreglo a lo establecido en la Ley de Asociaciones.

La reforma contenida en el Primer Paquete de Seguridad trajo consigo la supresión del privilegio regulado en el § 2 párrafo 2 núm. 3 de la Ley de Asociaciones, lo cual abría la posibilidad de prohibir aquellas asociaciones religiosas o ideológicas de carácter extremista, siempre y cuando se dieran los requisitos establecidos en la Ley de Asociaciones. Según la intención manifestada por el entonces Ministro del Interior, Otto Schily, la reforma operada podía facilitar enormemente la persecución de aquellas organizaciones terroristas, las cuales bajo la tapadera de llevar a cabo una labor religiosa desarrollaban en realidad una actividad proselitista, incitando a su vez a la comisión de actos terroristas.¹³

Como ya se ha apuntado anteriormente, la supresión del privilegio religioso no fue una medida adoptada como reacción directa al 11-S. Así, la misma ya fue anunciada por el Ministro del Interior seis días antes de los atentados terroristas. Dicha medida ya había sido objeto de debate en Alemania como consecuencia de una serie de supuestos en los cuales determinadas asociaciones de carácter religioso venían haciendo un uso abusivo de la práctica de la religión con finalidades de carácter extremista, como era el caso de la asociación islámico-fundamentalista conocida como “Estado Califal” (*Kalifatstaat*).

La supresión del privilegio religioso fue acogida en Alemania de un modo positivo, considerándose una medida necesaria tanto desde el punto de vista político como constitucional. En este sentido se argumentaba que un Estado secular como Alemania no podía permitirse mantener un “espacio natural de protección jurídica”, en el cual determinadas organizaciones terroristas podían actuar a sus anchas utilizando como pretexto la práctica de la religión.¹⁴

Tras la modificación producida, la Ley de Asociaciones fue efectivamente aplicada el 12 de diciembre de 2001 para prohibir la arriba mencionada asociación islámica de carácter extremista conocida como “Estado Califal” y que estaba dirigida por el clérigo musulmán Metin Kaplan.

La segunda medida de importancia contenida en el Primer Paquete de Seguridad consistió en la introducción de una nueva disposición en el Código Penal alemán (StGB): el parágrafo § 129b, el cual hacía referencia a la constitución de organizaciones terroristas en el extranjero. Mediante esta reforma el legislador alemán pretendía introducir un nuevo tipo penal junto con los contenidos en los parágrafos § 129 y § 129a StGB (constitución de una organización criminal o terrorista en Alemania). Mientras que estos dos últimos preceptos castigaban a los fundadores, miembros, cooperadores o reclutadores de organizaciones criminales (§ 129 StGB) o terroristas (§ 129a StGB) constituidas exclusivamente en suelo alemán, el nuevo § 129b StGB pretendía perseguir penalmente las mencionadas conductas aun cuando la organización criminal o terrorista no dispusiera de la correspondiente estructura organizativa en Alemania. Por consiguiente, la reforma penal proyectada por el Primer Paquete de Seguridad pretendía llenar un vacío legal

existente en Alemania en relación a los delitos de terrorismo. Efectivamente, con la regulación legal vigente en el año 2001, la persecución penal de una organización criminal o terrorista únicamente podía llevarse a cabo cuando la misma disponía de un comando o elemento organizativo asentado en territorio alemán.¹⁵ En consecuencia, el nuevo § 129b StGB, de aplicación exclusiva a las organizaciones criminales y terroristas extranjeras, tenía como finalidad fundamental cerrar un vacío legal, el cual el legislador alemán había venido considerando como irrelevante desde la época del terrorismo de la RAF.¹⁶

Con todo, tampoco esta reforma contenida en el Primer Paquete de Seguridad suponía una reacción directamente asociada a los atentados terroristas del 11-S, ya que Alemania estaba en todo caso obligada a modificar su legislación penal de acuerdo con las directrices establecidas por la Unión Europea en una Acción común aprobada en el año 1998.¹⁷ En la misma, el Consejo de la Unión Europea obligaba a los Estados miembros a garantizar que la participación en una organización delictiva pudiera quedar en todo caso sometida a la acción de la justicia en cualquier Estado de la UE, sea cual fuere el territorio de los Estados miembros en el que la organización tuviera su base o ejerciera sus actividades delictivas.¹⁸

Como puede deducirse fácilmente, la decisión adoptada por el Gobierno alemán en el marco del Primer Paquete de Seguridad fue incluso más lejos de lo establecido en la mencionada Acción común de la UE, decisión que en principio parece lógica ya que los atentados terroristas cometidos en EE.UU. en el año 2001 habían puesto de manifiesto que los límites geográficos establecidos en la Acción común del año 1998 se habían quedado pequeños. Por todo ello, el tenor literal del § 129b StGB, según el Proyecto del Gobierno federal de octubre de 2001, difería sustancialmente del inicial Proyecto elaborado por el Ministerio de Justicia, toda vez que los atentados terroristas del 11-S, así como sus conexiones con Alemania, habían evidenciado la necesidad de ampliar la acción del Derecho penal alemán incluso a aquellas organizaciones terroristas radicadas extramuros de la Unión Europea. Consecuentemente, la redacción del § 129b StGB contenida en el Primer Paquete de Seguridad se elevó por encima del contexto de “Europeización del Derecho penal” preconizado por la Acción común de la UE del año 1998.¹⁹

Hay que decir no obstante que la decisión contenida en el Primer Paquete de Seguridad relativa a la introducción del nuevo § 129b en el Código Penal alemán fue finalmente pospuesta hasta la aprobación de una Ley posterior, aduciéndose principalmente dificultades en la aplicación del precepto proyectado (principio de legalidad o problemas a la hora de calificar determinadas organizaciones extranjeras como terroristas).²⁰

Posteriormente, fue mediante la Ley de Reforma del Derecho Penal núm. 34, de 22 de agosto de 2002, cuando definitivamente se introdujo en el Código Penal alemán el mencionado § 129b.²¹ Como se indicó en párrafos anteriores, dicho precepto se aplica tanto a organizaciones de carácter criminal como terrorista. El tipo penal diferencia entre aquellas organizaciones que operan dentro del ámbito de la Unión Europea, y aquellas otras que lo hacen fuera de los márgenes geográficos de la Unión. En el caso de las primeras, el poder punitivo alemán entra ya en acción cuando un miembro de la organización terrorista extranjera se encuentra en Alemania, ya que en ese caso se da el

punto de conexión contenido en el § 3 StGB.²² En este contexto es necesario señalar que el Derecho penal alemán establece que la condición de miembro de una organización criminal o terrorista, al concebirse los actos de terrorismo como un delito continuado y de mera actividad, no presupone el despliegue de una concreta acción delictiva, lo que implica que el tipo contenido en el § 129b StGB se cumple en cualquier lugar en el que se encuentra el miembro de la organización. A partir de estas consideraciones, es evidente que con la introducción de la mencionada disposición en el Código Penal el legislador alemán pretendía perseguir penalmente a los miembros de organizaciones criminales y terroristas una vez los mismos pisaban suelo alemán, sin que en cambio fuera necesario que aquéllos llevaran a cabo una acción terrorista. Por lo que hace referencia a las organizaciones terroristas radicadas fuera de la Unión Europea, el Derecho penal alemán resulta aplicable únicamente en los casos en los que el hecho delictivo se comete a través de una actividad desplegada dentro del ámbito de aplicación del StGB, el autor o la víctima son de nacionalidad alemana o bien se encuentran en territorio alemán. Además, en todos estos casos es necesaria una autorización expresa del Ministerio de Justicia para poder iniciar la persecución penal.²³

Con el fin de privar a las organizaciones terroristas (tanto nacionales como extranjeras) de sus fuentes de financiación, el párrafo 2 del § 129b StGB dispone la llamada ampliación de la confiscación, así como el comiso a terceros, en los términos establecidos en los párrafos § 73d y § 74a StGB.

Por lo demás, el Primer Paquete de Seguridad contenía una serie de medidas destinadas todas ellas a lograr una mayor eficacia en la lucha antiterrorista. La primera de ellas hacía referencia a una actuación más enérgica contra el blanqueo de capitales.²⁴ Para ello se preveían entre otras medidas la creación de una Central de Evidencia de Cuentas (*Kontenevidenzzentrale*), sita en la Oficina de Supervisión Federal para el Régimen de Créditos. En dicha central debían quedar almacenadas todas las cuentas bancarias y depósitos existentes en Alemania, figurando tanto los datos del titular de la cuenta como el nombre de la institución financiera donde se había abierto la misma. Esta medida debía posibilitar no sólo el descubrimiento de aquellos tránsferes monetarios dirigidos a financiar actividades terroristas, sino también los destinados al blanqueo de capitales.

Por otra parte, y con el fin de aumentar la seguridad aérea, el Primer Paquete de Seguridad anunció la aprobación de una serie de medidas dirigidas a realizar inspecciones de seguridad a todas aquellas personas que desarrollaban su actividad laboral en los aeropuertos alemanes. La transposición legal de este conjunto de medidas se llevó finalmente a término mediante el Segundo Paquete de Seguridad.

Finalmente, el Primer Paquete de Seguridad preveía una modificación de la Ordenanza Procesal, dirigida a ampliar hasta finales de 2004 el plazo para que las fuerzas de seguridad pudieran exigir de las empresas de comunicación datos sobre las conexiones telefónicas realizadas por sus clientes (§ 12 de la Ley de Telecomunicaciones).

4. El “Segundo Paquete de Seguridad”. La Ley de Lucha contra el Terrorismo Internacional (*Terrorismusbekämpfungsgesetz*), de 9 de enero de 2002

La lucha contra el terrorismo yihadista continuó su curso en Alemania mediante la aprobación del Segundo Paquete de Seguridad, el cual tuvo su origen en un Proyecto de Ley del Gobierno de coalición del SPD y los Verdes, de 8 de noviembre de 2001,²⁵ y que constituyó la base de lo que más tarde sería la Ley de Lucha contra el Terrorismo (*Terrorismusbekämpfungsgesetz*, TBG), la cual fue aprobada a toda prisa por el *Bundestag* el 14 de diciembre de 2001, ratificada seis días más tarde por el *Bundesrat*, entrando en vigor el 1 de enero de 2002.

Lo primero a destacar es que mientras que las medidas aprobadas en el Primer Paquete de Seguridad tenían un carácter marcadamente represivo, el Segundo Paquete perseguía ante todo una finalidad preventiva.²⁶ Para ello, un total de 17 leyes²⁷ y cinco reglamentos fueron objeto de distintas modificaciones, destinadas todas ellas a lograr los siguientes objetivos:

1. Otorgar a los aparatos de seguridad alemanes [Oficina Federal de Protección de la Constitución (*Bundesamt für Verfassungsschutz*, BfV), Servicio Militar de Inteligencia (*Militärischer Abschirmdienst*, MAD), Servicio de Información Federal (*Bundesnachrichtendienst*, BND) y Oficina Federal de Investigación Criminal (*Bundeskriminalamt*, BKA)] las competencias necesarias para hacer frente a la amenaza terrorista;
2. Mejorar el intercambio de información y de datos entre los mencionados servicios de seguridad;
3. Impedir la entrada en territorio alemán a individuos pertenecientes a o colaboradores de una organización terrorista;
4. Perfeccionar las medidas identificativas en el procedimiento de expedición de visados;
5. Ampliar las posibilidades de control fronterizo;
6. Mejorar la identificación de individuos extremistas que se encuentran en suelo alemán;
7. Fortalecer el control del personal que desarrolla su actividad en centros de alta seguridad;
8. Crear la base jurídica necesaria para introducir datos de carácter biométrico en pasaportes y documentos de identidad;
9. Permitir una actuación más eficaz frente a aquellas actividades desarrolladas en Alemania por asociaciones de carácter extremista;
10. Posibilitar la utilización de los datos sociales a la hora de llevar a cabo el *Rasterfahndung* como medida para el descubrimiento de potenciales terroristas;
11. Limitar el uso de armas de fuego en aeronaves a funcionarios de la Policía Federal de Fronteras;
12. Garantizar el suministro de energía sin limitación de ningún tipo.

De este listado puede deducirse claramente que, tanto el aumento de competencias de los aparatos policiales y servicios de inteligencia, como la mejora de la colaboración e intercambio de información entre los distintos órganos constituyó sin duda uno de los pilares fundamentales sobre los que se asentó el Segundo Paquete de Seguridad (y la posterior Ley de Lucha contra el Terrorismo). En consecuencia, la regulación contenida

en el mencionado Segundo Paquete de Seguridad debía ante todo respaldar y fortalecer el trabajo de los servicios de seguridad en su lucha contra el terrorismo yihadista. Se trataba con ello fundamentalmente de descubrir con antelación actividades terroristas en suelo alemán e impedir así atentados terroristas de la magnitud de los cometidos en EE.UU.²⁸

Tanto desde un punto de vista cuantitativo como cualitativo, la Ley de Lucha contra el Terrorismo superó con creces los parámetros que hasta entonces habían sido establecidos en Alemania por las distintas Leyes de seguridad aprobadas desde la irrupción del terrorismo de la RAF.

Puede decirse que la regulación contenida en la TBG se concentra en tres ámbitos fundamentales: 1. Aumento de las competencias de los aparatos policiales y los servicios secretos; 2. Obtención de datos personales del conjunto de la ciudadanía; 3. Control de los individuos extranjeros.²⁹

En primer lugar, la TBG dio lugar a una ampliación considerable de los cometidos y competencias tanto de los servicios secretos alemanes (BfV, MAD, BND), como de los órganos policiales (especialmente BKA y BGS). Esta ampliación competencial se centró de un modo especial en mejorar las posibilidades de los mencionados órganos para poder acceder a multitud de datos relativos al conjunto de la población residente en Alemania. Así, los servicios secretos alemanes pueden ahora por ejemplo requerir de cualquier institución financiera, compañía aérea, empresa de servicios postales o de comunicación todo tipo de información relativa a cualquier individuo, no estando ese derecho sujeto a ningún requisito previo o sospecha inicial de comisión de una actividad delictiva.³⁰ Es evidente que la posibilidad otorgada a los servicios policiales y de inteligencia de acceder sin limitación alguna a un gran número de datos de carácter personal —con el añadido de que el sujeto afectado por la medida no puede tener conocimiento de la intervención— limita extraordinariamente el derecho fundamental relativo al secreto postal y de las comunicaciones recogido en el Art. 10 de la Ley Fundamental alemana.

Por otra parte, tanto la Oficina Federal de Protección de la Constitución (BfV) como el Servicio Militar de Inteligencia (MAD) deben en lo sucesivo esclarecer aquellas aspiraciones manifestadas por determinados grupos o asociaciones que en el fondo ponen en peligro la convivencia pacífica de los pueblos o el entendimiento entre los mismos. En opinión de la mayor parte de la doctrina alemana, estas nuevas atribuciones concedidas a los mencionados servicios de inteligencia por parte de la TBG contribuyen decisivamente a debilitar aún más las ya de por sí desdibujadas fronteras entre los servicios secretos que operan en el extranjero y aquéllos que lo hacen en el territorio nacional alemán.³¹

Además, la TBG da lugar a que en determinados supuestos se diluya la estricta separación entre la policía y los servicios secretos alemanes.³² Mientras que tradicionalmente los servicios de inteligencia alemanes venían operando en ámbitos pre-delictuales relativos a la recogida de información, dejando la actuación a los órganos policiales una vez acreditada una determinada sospecha de criminalidad, las reformas legislativas operadas por la TBG han conducido a que los primeros no sólo se limiten en la actualidad a recopilar información sobre determinados riesgos relativos al régimen de libertad democrática vigente en Alemania, sino también a realizar determinadas actuaciones sobre la base de lo establecido en el § 163 StPO (= Funciones de la policía).³³

Ejemplo palmario de este cambio de paradigma lo constituye sin duda la creación del Centro Común de Defensa contra el Terrorismo (*Gemeinsames Terrorismusabwehrzentrum*, GTAZ), compuesto por funcionarios del BKA y del BfV y con sede en Berlín. Dicho Centro comenzó a desarrollar sus funciones el 14 de diciembre de 2004. Su cometido consiste en el reconocimiento anticipado de amenazas de tipo extremista y terrorista, así como en la coordinación de medidas operativas en todo el territorio alemán.³⁴

Por otra parte, la TBG amplió también considerablemente las funciones de la Oficina Federal de Investigación Criminal (BKA) en lo relativo a su competencia originaria de investigación de determinadas actividades delictivas. Así, el BKA puede tras la reforma llevar a cabo tareas de investigación en los supuestos más graves de delincuencia relativa a la red de datos, sin que para ello sea necesaria una solicitud previa o una orden de actuación. Además, sus funciones como órgano central de coordinación en relación con acciones terroristas cometidas o proyectadas han sido fortalecidas con la TBG, permitiéndosele además recabar datos para completar hechos acreditados. No cabe duda que esta ampliación de facultades prevista en la TBG posibilita que en estos momentos el BKA pueda llevar a cabo tareas de investigación sin que las mismas deban de conectarse necesariamente a un determinado hecho delictivo, lo que a la postre aumenta sus funciones ejecutivas en detrimento de los órganos policiales de los *Länder*.³⁵

Finalmente, las funciones de la hasta julio de 2005 denominada Policía Federal de Fronteras (BGS) fueron modificadas también por la TBG. Dicho órgano policial, el cual tras la reunificación alemana había obtenido nuevas competencias, asumiendo entre otros cometidos la función de policía de ferrocarriles (*Bahnpolizei*), ha visto aumentado su ámbito de actuación en el marco de la lucha antiterrorista. Así, los funcionarios de la ahora denominada Policía Federal están legitimados no sólo para dar el alto y preguntar a cualquier individuo, sino también para comprobar su identidad mediante la inspección de la documentación correspondiente.

El segundo bloque de medidas adoptadas por la TBG hacía referencia a la ampliación vertical y horizontal en lo relativo a la recogida de datos, localización y medición del conjunto de la población en general.

A destacar aquí sobre todo es el anuncio de reforma tanto de la Ley del Pasaporte como de la Ley del Documento de Identidad, ya que dicha reforma afectaba exclusivamente a los ciudadanos de nacionalidad alemana. En concreto, las modificaciones legislativas tenían como objetivo permitir que el pasaporte y el documento de identidad incluyeran junto a la foto y la firma del titular otros datos de carácter biométrico relativos a los dedos, las manos o el rostro. Al preverse que dichos datos biométricos debían de estar almacenados de forma codificada, el titular del documento no podía determinar en ningún caso el contenido exacto de los datos contenidos en el chip. En opinión del legislador, la inclusión de esos datos biométricos podía contribuir a determinar con mayor seguridad la identidad del titular del pasaporte o documento de identidad, dificultando a su vez la falsificación de ambos documentos.

Hay que decir que en lo referente a los mencionados datos biométricos, la TBG estableció únicamente la base legal necesaria, dejándose a una legislación posterior específica la regulación concreta de dicha materia.³⁶ En este sentido, el pasado 1 de

noviembre de 2007 se introdujo en Alemania el llamado pasaporte electrónico (*E-Pass*). Junto a la foto digitalizada del titular y su firma, el nuevo documento contiene además un chip en el que se encuentran almacenadas sus huellas dactilares. Para finales de 2009 está prevista en Alemania la creación del documento de identidad electrónico, el cual contendrá también determinados datos biométricos.

El tercer pilar sobre el que apoya la TBG hace referencia al ámbito de los individuos extranjeros. Es sin duda en este contexto donde las medidas adoptadas denotan un carácter más severo, sin que esa severidad se vea en cambio atenuada por una eventual vigencia temporal de las medidas. Así, el conjunto de la legislación de extranjería vigente en Alemania fue objeto de un endurecimiento apreciable. Junto a una ampliación de las razones para la denegación de un permiso de residencia se relajaron considerablemente los requisitos para decretar la expulsión del país. Además se ampliaron las excepciones a la prohibición de expulsar a determinados refugiados políticos, modificándose al mismo tiempo el Reglamento relativo a los datos de ciudadanos extranjeros y limitándose aún más su derecho a asociarse libremente.³⁷

Como puede deducirse fácilmente, el colectivo de ciudadanos extranjeros fue el sector de la sociedad que más intensamente sufrió en Alemania las consecuencias de la legislación antiterrorista aprobada tras los atentados del 11-S, convirtiéndose si cabe aún más en el grupo humano más controlado por los aparatos estatales.³⁸ Como se verá a continuación, no resulta descabellado pensar que la legislación antiterrorista aprobada en Alemania parte de la consideración del ciudadano extranjero como un sujeto peligroso, como un enemigo de la sociedad democrática alemana, llegando incluso a admitir algunos que los atentados terroristas del 11-S sirvieron más bien de excusa a los órganos del poder político alemanes para llevar a cabo un endurecimiento de la legislación de extranjeros, el cual en otro caso hubiera sido muy difícil llevar a término.³⁹

Las modificaciones llevadas a cabo por la TBG en la Ley de Extranjería prevén que aquellos sujetos que ponen en peligro el orden constitucional democrático o la seguridad de Alemania, participan en actividades violentas para la consecución de fines políticos, llaman públicamente a hacer uso de la violencia o bien pertenecen a una organización que apoya al terrorismo internacional, tienen prohibida la obtención de un visado o un permiso de residencia, no pudiendo así entrar y permanecer en territorio alemán. Además, los datos de aquellos sujetos procedentes de “países problemáticos” que solicitan un visado para entrar en Alemania pueden ser controlados por los servicios de inteligencia antes de expedir la documentación correspondiente, para de ese modo determinar si existen indicios que apunten a actividades terroristas o de carácter extremista por parte del solicitante.

En la Ley del Procedimiento de Asilo se produjo junto a una ampliación de las razones para decretar la expulsión del país una regulación específica de una serie de mecanismos destinados a determinar con mayor exactitud la identidad de un determinado sujeto, entre los que cabe destacar la creación de un sistema que permite analizar fonéticamente la lengua utilizada por un individuo para poder así determinar la región de la cual procede. Además, los datos identificativos (por ejemplo, las huellas dactilares) de aquellos sujetos solicitantes de asilo pueden ser cotejados con los datos en poder del

BKA, conservándose en un archivo por un periodo de diez años a partir de la concesión del asilo.

Por último, la Ley del Registro Central de Extranjeros sufrió también modificaciones de consideración. En su base de datos se contiene ahora una vasta información sobre el conjunto de la ciudadanía extranjera residente en Alemania: extranjeros en posesión de un permiso de residencia indefinido, inmigrantes llegados recientemente y sus familiares, repatriados, solicitantes de asilo o sujetos con visado de entrada.

La práctica totalidad de la doctrina alemana ha censurado abiertamente este conjunto de medidas aprobadas en el ámbito del Derecho de extranjería, considerándolas como un obstáculo a la integración. En este sentido se piensa que tanto la acumulación indiscriminada de información en el Registro Central de Extranjeros como en general la marcada orientación represiva de la TBG en este concreto ámbito contribuían a fomentar una sospecha general contra el colectivo de ciudadanos extranjeros.⁴⁰

Por lo demás, la Ley de Lucha contra el Terrorismo analizada en los párrafos anteriores fue objeto de severas críticas por distintos colectivos políticos, jurídicos y sociales, los cuales vislumbraban en la misma un cambio de paradigma dirigido a reemplazar el Estado de Derecho (*Rechtsstaat*) por un Estado preventivo (*Präventionsstaat*), orientando exclusivamente hacia criterios de seguridad. Como acertadamente señala Nolte “da la impresión de que el legislador ha pagado un alto precio jurídico-estatal en favor de una presunta seguridad”.⁴¹ En este sentido puede observarse como muchas de las disposiciones contenidas en la TBG lesionan manifiestamente los estándares mínimos establecidos originariamente por el legislador alemán en el ámbito relativo a la protección de datos, estándares que fueron ratificados en el año 1983 por el Tribunal Constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht*, BVerfG) mediante la creación del “derecho de autodeterminación del ciudadano respecto a la transmisión de información personal”.⁴² En definitiva, no resulta exagerado afirmar que el conjunto de medidas contenidas en la TBG estaban imbuidas de un cierto halo represivo, contribuyendo a aumentar si cabe aún más la intervención estatal sobre la vida de los ciudadanos.⁴³

5. Legislación de carácter antiterrorista posterior a la aprobación de los Paquetes de Seguridad

Desde la entrada en vigor de la Ley de Lucha contra el Terrorismo en el año 2002 no han faltado en Alemania las propuestas legislativas dirigidas a fortalecer aún más al Estado en su lucha contra el terrorismo yihadista. No obstante, dichas propuestas no han sido agrupadas en un eventual Tercer Paquete de Seguridad, sino que las mismas se han ido aprobando poco a poco mediante los cauces legislativos ordinarios.

Una primera manifestación de esta “continuidad” en la lucha antiterrorista desarrollada en Alemania tras los Paquetes de Seguridad lo constituye la Ley de Modificación de la Ordenanza Procesal alemana, de 6 de agosto de 2002. Mediante la misma se introdujo en la StPO el parágrafo § 100i, disposición que posibilita la utilización del llamado IMSI-Catcher (*International Mobile Subscriber Identity*) para localizar el lugar exacto donde se está realizando una llamada telefónica a través del teléfono móvil. La

problemática de esta nueva medida de investigación policial radica en que la misma puede ser aplicada sin necesidad de acreditar una sospecha inicial de criminalidad.

Por otra parte, la intervención de los aparatos del Estado a la hora de recabar información sobre particulares fue objeto de una ampliación considerable, especialmente en el ámbito de la recogida de datos sobre telecomunicaciones o en el control de los movimientos financieros. Así, el § 111 de la Ley de Telecomunicaciones, de 22 de junio de 2004, establece que los proveedores particulares de servicios de telecomunicaciones están también obligados a recopilar datos, almacenarlos y, en determinados supuestos, ponerlos a disposición de los servicios de policía e investigación. Los bancos e institutos de servicios financieros tienen asimismo la obligación de “aclarar aquellos comportamientos que resulten dudosos o inusuales a partir de su experiencia adquirida sobre los métodos de blanqueo de capitales” (§ 25a de la Ley del Sistema Crediticio).

Un motivo de especial preocupación para el legislador alemán a la hora de hacer frente al fenómeno terrorista continuó siendo toda la temática relativa al control de los cauces financieros utilizados por las organizaciones terroristas, así como el lavado de dinero destinado a la financiación de actividades terroristas, aspectos que resultaban de vital importancia dada la logística y los métodos empleados por el terrorismo de base yihadista.

En este contexto resulta necesario hacer referencia a la Ley de Mejora en la Lucha contra el Blanqueo de Capitales y la Financiación del Terrorismo (*Geldwäschebekämpfungsgesetz*), de 8 de agosto de 2002. Al igual que en el caso del § 129b del Código Penal alemán estudiado anteriormente, la Ley de reforma que ahora se analiza no hacía en el fondo sino cumplir con las directrices provenientes de la Unión Europea para hacer frente al terrorismo internacional. El punto central de las reformas lo constituye la intensificación de la obligación por parte de las instituciones financieras de identificar y denunciar aquellas transacciones que se consideren sospechosas, algo que por lo demás ya estaba previsto en la Ley de Blanqueo de Capitales del año 1993. En el concreto ámbito del lavado de dinero por parte de organizaciones terroristas, la reforma del año 2002 contempla una serie de medidas especiales: a) La obligación de identificación se extiende a cualquier tipo de pago, independientemente de la cuantía; b) Los institutos financieros están obligados a realizar una notificación de sospecha de que una determinada transacción puede haber sido ordenada para financiar a una organización terrorista; c) Los Ministerios del Interior y de Hacienda están autorizados a presentar mediante disposición reglamentaria una lista de aquellos países que cuentan con una legislación insuficiente para hacer frente al lavado de dinero, así como una relación de aquellas “típicas transacciones financieras”, las cuales deben ser en todo caso notificadas por los institutos bancarios.

Finalmente, la Oficina Federal de Supervisión de los Servicios Financieros puede desde finales de 2003 prohibir a los institutos financieros la realización de aquellas transacciones que albergan la sospecha de servir a la financiación de organizaciones terroristas.⁴⁴

Aunque no puede negarse que la inmovilización de determinados activos financieros de los que en no pocas ocasiones se sirve el terrorismo yihadista puede contribuir a dificultar enormemente la realización de actividades delictivas de gran magnitud, lo cierto es que las reformas llevadas a cabo en Alemania en la lucha contra el blanqueo de

capitales y el control de las transacciones financieras no pueden abarcar a aquellos grupos terroristas que se gestionan de un modo autárquico, financiado sus actividades con un pequeño presupuesto, así como a aquellas transacciones financieras que se llevan a cabo mediante métodos tradicionales no controlables por los aparatos del Estado (piénsese por ejemplo en el llamado “Hawala-Banking”, muy popular y extendido en el mundo musulmán).⁴⁵

En el contexto de la legislación antiterrorista posterior a la aprobación de los dos Paquetes de Seguridad hay que hacer sin duda especial referencia a la nueva redacción dada al parágrafo § 129a del Código Penal alemán, el cual –como se indicó anteriormente– regula la constitución de organizaciones terroristas (*Bildung terroristischer Vereinigungen*).

La redacción actual de la mencionada disposición ha sido establecida mediante la Ley de Transposición de la Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la lucha contra el terrorismo, y de Modificación de otras Leyes, de 22 de diciembre de 2003.⁴⁶ Como se verá a continuación, dicha Ley ha traído consigo una sustancial reestructuración y ampliación del tipo penal contenido en el § 129a StGB.⁴⁷

Tal y como se apuntó al comienzo del siguiente trabajo, el parágrafo § 129a StGB tiene su origen en la legislación antiterrorista aprobada en la década de 1970 en Alemania para responder al terrorismo de la RAF. Fue concretamente la Ley Antiterrorista de 18 de agosto de 1976 la que introdujo la mencionada disposición en el Código Penal alemán. Hasta ese momento era el § 129 StGB (constitución de organizaciones criminales) el que entraba en juego a la hora de hacer frente a la amenaza terrorista.

Desde un punto de vista dogmático-penal, la conducta tipificada en el § 129a StGB se presenta básicamente como un tipo cualificado con respecto a aquél regulado en el § 129 StGB, lo cual trae consigo una mayor penalidad. En concreto, las conductas castigadas en el § 129a StGB engloban la fundación de una organización terrorista, la integración en la misma como miembro, la cooperación con o el apoyo a la misma, y por último la conducta dirigida a hacer publicidad con la intención de reclutar miembros o colaboradores.

Los “objetivos” o “actividades” desarrolladas por una organización terrorista no deben dirigirse a la comisión de cualquier actividad delictiva, sino únicamente de una serie de delitos de especial gravedad, los cuales el § 129a StGB recoge en un catálogo cerrado. En el mismo se enumeran delitos tales como el homicidio, asesinato, genocidio, toma de rehenes, secuestro, incendios o estragos. Mediante la reforma operada por la Ley de Lucha contra el Terrorismo, de 19 de diciembre de 1986, se añadieron a ese catálogo una serie de delitos de peligro común como por ejemplo determinadas acciones peligrosas contra el tráfico ferroviario o la perturbación de empresas de carácter público. En este punto es importante señalar que el § 129a StGB no criminaliza las acciones enumeradas en el mencionado catálogo, las cuales ya están de por sí sujetas a conminación penal en otras partes del Código, sino más bien la conexión organizativa del grupo y su intención. Esto ha dado pie a interpretar tradicionalmente el § 129a StGB no como una manifestación del llamado “Derecho penal del hecho”, sino más bien como un ejemplo palmario de un “Derecho penal de autor”,⁴⁸ lo cual se corrobora con la modalidad comisiva relativa a la publicidad de una organización terrorista, conducta que –

recuérdese— estaba sujeta a una pena privativa de libertad de hasta cinco años en la redacción originaria del § 129a StGB.⁴⁹

El § 129a StGB es al mismo tiempo una disposición de carácter indagatorio. Efectivamente, dicho precepto está vinculado a un gran número de medidas policiales y procesales aplicables únicamente a la delincuencia terrorista, entre las que cabe destacar las siguientes: 1. Posibilidad de exclusión del abogado defensor de la vista oral; 2. Celebración del juicio en ausencia del acusado; 3. Control de la correspondencia escrita entre el abogado defensor y el imputado que se encuentra en prisión; 4. Incomunicación del detenido hasta por un período de 30 días prorrogables; 5. Admisibilidad de especiales medidas de investigación policial, como por ejemplo el establecimiento de puestos de control en la vía pública, la identificación de sujetos no sospechosos o el registro de edificios enteros sin que sea necesaria una orden judicial para cada vivienda en particular.

Tras la reforma operada en el año 2003, el § 129a StGB vigente en la actualidad regula tres tipos distintos de organizaciones terroristas: 1. Organizaciones con una actividad criminal de carácter muy grave (párrafo 1); 2. Organizaciones con finalidades que van más allá de la comisión de determinados hechos delictivos (párrafo 2); Organizaciones dedicadas a realizar amenazas o coacciones (párrafo 3).⁵⁰

Según lo establecido en el § 129a párrafo 1, núms. 1 y 2 StGB, hay que considerar *en todo caso* la existencia de una organización terrorista cuando sus actividades o sus objetivos se dirigen a la comisión de los delitos allí mencionados (homicidio, asesinato, genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra o determinados delitos contra la libertad personal).

Por su parte, de lo dispuesto en el § 129a párrafo 2, núms. 1 a 5 StGB hay partir de la existencia de una organización terrorista *únicamente* cuando sus actividades o sus objetivos se dirigen a la comisión de los hechos delictivos incluidos en los números 1 a 5, y cuando uno de esos delitos se comete con la intención de “intimidar gravemente a la población, coaccionar ilegítimamente a los poderes públicos o a una organización internacional mediante violencia o amenaza de la misma, o bien eliminar o perturbar seriamente las estructuras fundamentales políticas, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional, y siempre y cuando la forma de su comisión o sus consecuencias puedan dañar considerablemente a un país o una organización internacional”.⁵¹

Por último, la tercera variante de organización terrorista recogida en el párrafo 3 del § 129a StGB conduce ciertamente a una ampliación considerable de la penalidad en el caso de organizaciones terroristas. Esta tercera modalidad —la cual supone también una respuesta del legislador alemán a las directrices establecidas en su momento por la Decisión Marco del Consejo de junio de 2002— declara la existencia de una organización terrorista en el momento en que la finalidad de la misma consiste en amenazar con la comisión de cualquiera de las conductas delictivas contempladas en los párrafos 1 y 2 del § 129a StGB.

Entre las leyes aprobadas en los últimos años en Alemania para hacer frente a la amenaza terrorista hay que destacar de un modo particular la Ley de Seguridad Aérea

(*Luftverkehrsregeln*, LuftSiG), de 11 de enero de 2005. La regulación contenida en el § 14 párrafo 3 de la mencionada ley ha dado lugar en las últimas fechas a un enconado y controvertido debate político y doctrinal en Alemania, el cual a día de hoy dista mucho de estar zanjado por completo. En concreto, dicha disposición establecía la competencia del Ministro de Defensa para ordenar el derribo de un avión de pasajeros, cuando las circunstancias concretas del caso permitieran concluir que el aparato iba a ser utilizado por terroristas como bomba volante para atentar contra la vida de las personas, constituyendo la intervención inmediata mediante el uso de la fuerza armada el único medio para atajar ese peligro actual.

Por consiguiente, la redacción dada por el legislador alemán al § 14 párrafo 3 LuftSiG permitía al Estado ocasionar la muerte de víctimas inocentes de forma dolosa, selectiva e indiscriminada, con la única intención de salvaguardar la vida de otras personas.

No puede extrañar en absoluto que lo establecido en el mencionado § 14 párrafo 3 LuftSiG haya sido objeto de una acalorada discusión en el seno de la doctrina penal y constitucional alemanas. Así, en opinión de Merkel, ningún sujeto titular de un derecho a la vida debe estar obligado jurídicamente –con base en meras razones de solidaridad– a sacrificar ese derecho en favor de otros sujetos a los que ni les ha ocasionado un mal, ni les ha amenazado con hacerlo, incluso ni siquiera conoce.⁵² Por el contrario, cuando el Estado se permite en determinados supuestos sacrificar la vida de un determinado grupo de personas en favor de terceros, en ese caso el Estado excluye de la esfera jurídica a aquellos sujetos afectados por la medida, privándoles así de su condición de titulares de derechos fundamentales. A partir de estas consideraciones, Merkel señala que no puede permitirse bajo ningún concepto causar la muerte de terceras personas con la intención de salvar la propia vida o la de otros, aunque fueran millones.⁵³ Por su parte, Jakobs considera que el § 14 párrafo 3 LuftSiG conduce a “despersonalizar” a los ciudadanos víctimas de la acción del Estado, es decir, a los pasajeros de la aeronave, ya que a éstos se les priva de su derecho a la vida en favor de otras personas. En consecuencia, Jakobs afirma que si el Estado en una situación de emergencia extrema no se impone tabú alguno, ni siquiera con respecto a aquellos ciudadanos inocentes, mucho menos lo hará en aquellos casos en los que las medidas a adoptar para evitar una determinada situación de emergencia se dirigen *exclusivamente* contra los sujetos responsables de esa situación, es decir, los individuos terroristas en el supuesto contemplado en el § 14 párrafo 3 LuftSiG.⁵⁴

Dados los evidentes signos de inconstitucionalidad de la disposición objeto de análisis, al Tribunal Constitucional alemán no le quedó otro remedio que manifestarse al respecto. Así, la Sentencia del máximo intérprete constitucional de 16 de febrero de 2006 declaró inconstitucional y nulo el § 14 párrafo 3 LuftSiG.⁵⁵

La problemática central con la que el Tribunal Constitucional alemán debía enfrentarse a la hora de decidir sobre la constitucionalidad o no de la controvertida disposición era si la autorización del Ministro de Defensa para derribar un avión de pasajeros (presuntamente) secuestrado por terroristas era compatible con lo establecido en el Art. 2 párrafo 2 (derecho a la vida) en relación con el Art. 1 párrafo 1 (dignidad de la persona), ambos de la Constitución alemana (*Grundgesetz*, GG), incluso en aquellos casos en los que el derribo del avión con la intención de proteger a terceras personas conduce

inexorablemente a la muerte dolosa de aquellos sujetos que se encuentran a bordo de la aeronave.

La respuesta del Alto Tribunal a esta cuestión fundamental resulta en todo caso convincente: De lo establecido en el Art. 2 párrafo 2 de la Ley fundamental (“Toda persona tiene derecho a la vida y a la integridad física (...). Estos derechos sólo podrán ser restringidos en virtud de una ley”) no puede ciertamente concluirse que el causar la muerte a una persona conduce *en todo caso* a una lesión de lo dispuesto en el mencionado Art. 2 párrafo 2 GG en relación con el Art. 1 párrafo 1 GG. Por ello, el antes mencionado “disparo mortal final” para proteger la vida de otras personas –figura que se encuentra recogida en la mayoría de las leyes de policía de los *Länder*– no infringe ningún precepto constitucional, ya que en estos casos el sujeto causante de la situación de peligro (los terroristas en el supuesto regulado en el § 14 párrafo 3 LuftSiG) da lugar con su acción a la respuesta coercitiva del Estado, léase, su propia muerte.⁵⁶ Por el contrario, el derribo de un avión de pasajeros secuestrado para atentar contra la vida de terceros lesiona manifiestamente el Art. 2 párrafo 2 GG en relación con el Art. 1 párrafo 1 GG, cuando la acción acarrea la muerte de personas inocentes, es decir, de aquellos sujetos que no han originado la situación de peligro. Para el Alto Tribunal “el ser humano no puede ser convertido en mero objeto de la actuación del Estado”.⁵⁷

En consecuencia, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de febrero de 2006 reprende con especial rigor al legislador alemán, al declarar que lo establecido en el § 14 párrafo 3 LuftSiG lesiona *en cualquier caso* el derecho a la vida y la dignidad de los pasajeros de la aeronave que ha sido secuestrada.

Para finalizar este punto, hay que hacer mención a dos reformas legislativas cuyo origen hay que buscarlo también en la preocupación del legislador alemán por abordar de un modo más efectivo la amenaza del terrorismo yihadista.

La primera de ellas hace referencia a la aprobación de la Ley de Ficheros Conjuntos (*Gemeinsames-Dateien-Gesetz*), de 22 de diciembre de 2006. Dicha disposición legislativa contiene la base jurídica necesaria para la creación de dos nuevos instrumentos para la lucha contra el terrorismo internacional: 1. La implantación de un Archivo-Antiterrorista centralizado (*Anti-Terror-Datei*); 2. La legalización de proyectos de archivos conjuntos entre la policía y los servicios de inteligencia. A través de estas medidas se pretende mejorar aún más el intercambio de información entre los distintos aparatos de seguridad del Estado.

Concretamente, el llamado “*Anti-Terror-Datei*” entró en funcionamiento el pasado 30 de marzo de 2007. Dicho instrumento es administrado por la Oficina Federal de Investigación Criminal (BKA), la Dirección de la Policía Federal (BP), las distintas Oficinas de Policía Criminal de los *Länder*, los Organismos para la Defensa de la Constitución tanto del *Bund* como de los *Länder*, el Servicio Militar de Inteligencia (MAD), el Servicio de Información Federal (BND) y la Oficina Criminal de Aduanas para el esclarecimiento y la prevención de aquellas actividades relacionadas con el terrorismo yihadista. En este Archivo-Antiterrorista se contienen datos relativos tanto a personas como a objetos. Entre los primeros hay que destacar los siguientes: 1. Miembros y colaboradores de organizaciones terroristas, así como sus personas de contacto; 2.

Presuntos miembros o colaboradores de un grupo que apoya a una organización terrorista (por ejemplo, una asociación que recauda donativos para la Yihad); 3. Individuos con ideología extremista favorables o dispuestos a utilizar la violencia, así como sus personas de contacto. Como objetos relevantes hay que destacar junto a asociaciones, grupos, fundaciones o empresas, también bienes muebles, cuentas bancarias, direcciones postales, conexiones telefónicas, páginas Web o incluso direcciones de correo electrónico. En estos momentos se calcula que alrededor de 13.000 sujetos vinculados de una u otra manera al terrorismo yihadista se encuentran almacenados en el mencionado archivo.⁵⁸

La totalidad de organismos policiales y de inteligencia mencionados en el párrafo anterior están autorizados para acceder al contenido del archivo, siempre y cuando dicho acceso sea indispensable para el desempeño de sus funciones en relación con la investigación y represión de cualquier actividad terrorista.

Es evidente que la implantación del *Anti-Terror-Datei* en Alemania ha sido objeto de una serie de objeciones de carácter jurídico. Así, no han sido pocas las voces que han denunciado tanto la amplitud de los datos personales susceptibles de ser almacenados en dicho archivo, como la consiguiente lesión del Derecho de autodeterminación del sujeto afectado por la medida respecto a la transmisión de información de carácter personal, sin olvidar al mismo tiempo el principio de proporcionalidad.⁵⁹

La segunda reforma legislativa realizada recientemente en Alemania en el marco de la lucha contra el terrorismo yihadista hay que conectarla con el Derecho de extranjería, y más concretamente con la Ley de Inmigración (*Zuwanderungsgesetz*), de 30 de julio de 2004. En la misma se regulan una serie de preceptos cuyo contenido supone una clara respuesta al terrorismo de base yihadista. Entre otras medidas hay que destacar la creación de una orden de expulsión contra aquellos extranjeros que a partir de una serie de indicios concretos se consideran peligrosos, la regulación de obligaciones estrictas de presentación ante las autoridades, o bien la limitación de la libertad de circulación o de acceso a las comunicaciones en caso de no poder llevarse a efecto la expulsión.⁶⁰

En consecuencia, tras la entrada en vigor de la Ley de Inmigración en Alemania constituye la regla general el decretar la expulsión del país de aquellos individuos de nacionalidad extranjera a los que –vagamente– se les ha podido demostrar su pertenencia a una organización terrorista o a una asociación que apoya actividades de carácter terrorista. En aquellos casos en que no puede llevarse a término la expulsión, la legislación alemana prevé una serie de medidas especialmente severas destinadas a la vigilancia permanente y al control de esos “potenciales” terroristas yihadistas.⁶¹

6. Actuales iniciativas del Gobierno alemán para hacer frente a la amenaza terrorista

A pesar del amplio abanico de medidas legislativas de carácter antiterrorista aprobadas en Alemania desde el Primer Paquete de Seguridad del año 2001, todavía no ha cesado el debate político, científico y social en torno a si el Estado alemán dispone en la actualidad de las armas legales suficientes para hacer frente a la amenaza del terrorismo yihadista.

Es evidente que la actual coalición de gobierno formada por los dos partidos mayoritarios en Alemania (CDU y SPD) no ha sido en absoluto ajena a ese debate planteado, sobre todo si se colocan como telón de fondo tanto los atentados felizmente frustrados en Alemania en los años 2006 y 2007,⁶² como los abortados recientemente por la policía inglesa en Londres y Glasgow.

Como se verá a continuación, los mencionados acontecimientos han dado lugar a una incesante cascada de proyectos e iniciativas legislativas impulsadas mayoritariamente por el actual Ministro del Interior, Wolfgang Schäuble (CDU). Algunas de esas reformas proyectadas han causado una gran preocupación e inquietud en el seno de la comunidad de juristas alemanes, ya que en algunos casos parece como si el actual Gobierno –en realidad, determinados cargos del mismo– no se contentara simplemente con llevar a cabo la “tradicional” reforma de tipo represivo en la legislación antiterrorista, pretendiendo más bien impulsar un plan destinado a convertir el Estado de Derecho en un Estado policial basado exclusivamente en la prevención y la seguridad.

Modificación del Art. 87a de la Constitución alemana para permitir la intervención del Ejército en territorio alemán en la lucha antiterrorista. A la hora de hacer frente al terrorismo doméstico de la RAF, el Estado alemán utilizó exclusivamente los aparatos policiales y judiciales tanto a nivel federal como regional. No obstante, las estructuras de la red global al-Qaida descubiertas en suelo alemán tras los atentados del 11-S avivaron enormemente la discusión en torno a si los tradicionales aparatos destinados a la lucha antiterrorista podían hacer frente al nuevo fenómeno, defendiendo algunos que la tradicional línea divisoria entre la seguridad exterior e interior debía diluirse en favor de una intervención del ejército dentro de las fronteras del Estado alemán.

En el contexto descrito resulta necesario hacer referencia a las “Leyes de emergencia” (*Notstandsgesetze*), aprobadas en Alemania el 28 de junio de 1968, las cuales dieron una nueva redacción al Art. 87a GG. Según lo dispuesto en el párrafo 4 de la mencionada disposición, el Gobierno federal puede utilizar las Fuerzas Armadas con la finalidad de prevenir un peligro inminente para la existencia o el régimen fundamental de libertad y democracia de la Federación o de un *Land*, siempre y cuando no resulten suficientes las fuerzas de policía y el Cuerpo Federal de Protección de Fronteras.⁶³

Como se ha apuntado anteriormente, fue a partir de los atentados del 11-S cuando se planteó la posibilidad de permitir la intervención del Ejército en suelo alemán, sin lesionar con ello el mandamiento constitucional de separación de la seguridad exterior e interior. En palabras del anterior Ministro del Interior, Otto Schily, ese mandato constitucional no podía seguir manteniéndose ante amenazas terroristas de carácter transnacional como es el caso de la red al-Qaida, sin que no obstante el propio Schily considerara necesaria una reforma constitucional al respecto.⁶⁴

Por el contrario, el actual Ministro del Interior Schäuble pretende una reforma del Art. 87a GG que permita la intervención del Ejército en territorio alemán “para una prevención inmediata de cualquier ataque sobre la base del interés colectivo”. En este sentido, la Exposición de Motivos de un Proyecto de Ley elaborado en el propio Ministerio del Interior señala que con dicha reforma constitucional debe abrirse la posibilidad de “utilizar «medios» militares en una situación extrema, comparable al clásico

estado de defensa, incluso en aquellos casos en los que se vean afectadas terceras personas”.⁶⁵

Implantación de los registros “online”. Otra medida planteada por algunos integrantes del actual Gobierno alemán de coalición consiste en la creación de un especial programa informático que pueda ser instalado desde fuera en el ordenador de un individuo sospechoso de terrorismo, permitiéndose con ello el registro remoto del disco duro.

Hay que decir que con la legislación actualmente vigente en Alemania les está vetada dicha actuación tanto a la Policía como al Ministerio Fiscal. Efectivamente, si bien desde el año 2005 los servicios secretos alemanes habían venido utilizando el registro *online* con base en una instrucción interna emitida por el entonces Ministro del Interior, Otto Schily, dicha actuación fue declarada ilegal y nula por el Tribunal Supremo alemán en la trascendental sentencia de 25 de noviembre de 2006. Para superar el marco legal vigente, el actual Ministro del Interior pretende crear “una base legal sólida” que permita poder aplicar dicho registro. En palabras de Schäuble, los individuos terroristas utilizan la red virtual de Internet no sólo para planear actos terroristas, sino también para realizar actividades de captación y reclutamiento. El Proyecto de Ley para introducir el registro *online* prevé su aplicación incluso sin la correspondiente orden judicial, llegándose a plantear una modificación del Art. 13 GG (inviolabilidad del domicilio).⁶⁶

Modificación de la Constitución que permita derribar un avión de pasajeros que ha sido secuestrado por terroristas. La reforma planteada por Schäuble pretende regular en la Ley Fundamental una constelación análoga al llamado “estado de defensa” (*Verteidigungsfall*), contemplado en los artículos 115a y ss. GG, de modo que el derribo de un avión de pasajeros secuestrado por terroristas para utilizarlo como bomba volante pueda estar respaldado por la Constitución. Por consiguiente, el Ejército alemán debe estar legitimado para actuar no únicamente en funciones de defensa, sino también para “prevenir de forma inmediata cualquier ataque sobre la base del interés colectivo”. En consecuencia, la reforma constitucional planteada en sede del Ministerio del Interior tiene como objetivo prioritario validar el controvertido § 14 párrafo 3 de la Ley de Seguridad Aérea, disposición que – como ya se analizó en párrafos anteriores– fue en su día declarada inconstitucional y nula por el Tribunal Constitucional.

Muerte selectiva de individuos terroristas. Las propuestas planteadas por el Ministro Schäuble contemplan incluso la creación de una base legal necesaria que permita al Estado alemán dar muerte a sujetos vinculados al terrorismo (*Targeted killing*). En opinión del Ministro del Interior, las tradicionales categorías jurídicas a la hora de hacer frente al fenómeno terrorista son del todo punto insuficientes en el caso del terrorismo yihadista. Para corroborar su punto de vista, Schäuble planteó en una entrevista la siguiente situación: En el caso de que el ejército americano diera muerte a Osama bin Laden en las montañas de Afganistán, utilizando para ello un misil activado por control remoto, y suponiendo que soldados alemanes participasen en la acción, la base legal necesaria para justificar la actuación del ejército alemán sería del todo punto insuficiente.⁶⁷

Es evidente que la reforma constitucional planteada en la materia por Schäuble supondría conceder al Estado la licencia para, en caso de necesidad, limitar la garantía constitucional de la dignidad humana (Art. 1 GG) y el derecho a la vida (Art. 2 GG). No

cabe duda que la muerte selectiva de individuos terroristas puede resultar una medida tremendamente controvertida en tiempos de paz, no así cuando el Estado alemán parte una situación de “guerra contra el terrorismo”. Así, la obligación del Estado de respetar y proteger la dignidad humana y el derecho a la vida no puede estar sujeta a eventuales fluctuaciones en tiempos de paz. Pero es que incluso el Derecho de guerra contempla la dignidad humana como un principio a respetar en todo caso. Establecer la base legislativa necesaria que permitiese al Estado dar muerte de un modo selectivo a determinados individuos terroristas supondría implantar la lógica de la guerra en tiempos de paz.

Implantación de una prisión preventiva y de una serie de obligaciones para aquellos potenciales terroristas que no pueden ser expulsados del territorio alemán. Las iniciativas legislativas presentadas por el actual Gobierno prevén la regulación de una serie de medidas destinadas a aquellos potenciales terroristas (*Gefährder*) que no pueden ser expulsados del país. Entre ellas se encuentran la imposición de determinadas obligaciones, como por ejemplo la prohibición de utilizar el teléfono móvil o el acceso a Internet. También se contempla la posibilidad de imponer un arresto preventivo.⁶⁸ En palabras de destacados políticos pertenecientes al sector conservador, no puede permitirse que destacados sujetos yihadistas, al no poder llevarse a efecto su expulsión del país debido a su estatus de refugiado político, puedan sin embargo moverse libremente por todo el territorio alemán. Para esos potenciales terroristas se considera necesario limitar considerablemente su libertad de circulación y comunicación.⁶⁹

Punición de la estancia en un campo de entrenamiento terrorista. La actual Ministra de Justicia, la socialdemócrata Brigitte Zypries, ha presentado recientemente un Proyecto de Ley destinado en general a penalizar actos preparatorios de carácter terrorista. Entre los tipos penales previstos se encuentran tanto la visita de un campo de entrenamiento terrorista como la adquisición de material explosivo o sustancias químicas, cuando las mencionadas conductas típicas se realizan con la intención de cometer un atentado terrorista. La pena prevista puede alcanzar en ambos casos los diez años de privación de libertad.⁷⁰

Recientemente, la Cámara de representación territorial alemana (*Bundesrat*) ha presentado un Proyecto de Ley dirigido en otras cosas a combatir la estancia en campos de entrenamiento terrorista.⁷¹ En el mencionado Proyecto se prevé una ampliación del tipo previsto en el § 129a StGB, penalizando la conducta consistente en realizar estancias en campos de entrenamiento dirigidos por organizaciones terroristas. Según se establece en la Exposición de Motivos de la Ley, con dicha ampliación del tipo se pretende posibilitar una más temprana y efectiva intervención penal para impedir acciones terroristas.

Introducción de la Regla del testigo principal con carácter general. Los planes del Gobierno alemán para hacer frente a la amenaza terrorista incluyen la (re)introducción de la llamada Regla del testigo principal (*Kronzeugenregelung*, o *Crown's Witness*, en su acepción anglosajona).⁷² La reforma pretende aplicar dicho instituto a una serie de delitos subsumibles en la criminalidad mediana y grave. Entre ellos se encuentran la delincuencia organizada, los delitos de tráfico de drogas, el tráfico de seres humanos, los delitos socio-económicos y los delitos de terrorismo.⁷³

Creación de un archivo con los datos de todos los individuos de nacionalidad alemana convertidos al Islam. El trasfondo de esta medida hay que buscarlo en las detenciones practicadas por la

policía alemana en septiembre de 2007. Como ya se apuntó anteriormente, dos de los tres miembros de la célula yihadista desarticulada en la operación policial eran jóvenes de nacionalidad alemana que en su día se habían convertido al Islam. Esta circunstancia animó a varios políticos de la CDU/CSU a exigir un mayor control de aquellos ciudadanos alemanes que habían acogido el credo musulmán. Así, el político de la CDU Wolfgang Bosbach considera razonable la creación del mencionado fichero, ya que en su opinión algunos convertidos se radicalizan tras acoger la religión musulmana. Para el mencionado político no se trata de imponer una sospecha generalizada contra un determinado colectivo, sino de aplicar una medida de prevención de peligros. Prevención que, según él, adquiere importancia en el momento en el que, como ocurre en el caso del terrorismo yihadista, los perfiles de autor se difuminan, haciéndose menos visibles.⁷⁴

Hay que decir que dicha medida ha sido objeto de un rechazo generalizado por amplios sectores políticos y sociales alemanes. En este sentido, parece indudable que el catalogar a determinados sujetos como peligrosos para la seguridad colectiva por el simple hecho de abrazar el Islam supone ni más ni menos que poner bajo sospecha a los tres millones de musulmanes que actualmente viven en Alemania.

Conclusiones

Es indudable que al terrorismo yihadista transnacional no se le puede hacer frente con los métodos tradicionales previstos en la legislación penal. En muchos casos, los terroristas de base yihadista no fundan formalmente una organización antes de llevar a cabo sus atentados mortíferos. Sus activistas no actúan ya desde la más absoluta clandestinidad, sino integrados en el tejido social y dando una apariencia de adaptación a las leyes y costumbres de la sociedad mayoritaria. Llegado el caso, incluso un individuo radicalizado puede bajarse de Internet las instrucciones necesarias para fabricar una sustancia explosiva con la que sembrar la muerte, el terror y el miedo en la población.

Como se ha podido observar a lo largo del siguiente trabajo, el Derecho penal alemán se ha venido orientando tradicionalmente en torno a un concepto de terrorismo fraguado en una época en la que los terroristas eran individuos identificados, con nombres y apellidos, adscritos a una organización terrorista determinada, con unos estatutos y una organización jerárquica. Una organización que extraía su legitimidad política de lo que se ha venido a denominar “tercero interesado”, ya fuera el proletariado, los marginados sociales, los sectores oprimidos en el Tercer Mundo o un determinado grupo étnico y cultural. “Tercero interesado” que en muchos casos no estaba dispuesto a aceptar cualquier acto terrorista indiscriminado con tal de dar un impulso a sus reivindicaciones políticas.

Hoy día hay que considerar superada la tradicional concepción del individuo y la organización terroristas. Como los ejemplos del 11-S, 11-M o 7-J han puesto claramente de manifiesto, el terrorismo de base yihadista es capaz de actuar desvinculado de individuos identificados, de organizaciones estructuradas y, sobre todo, de un “tercero interesado” que sirva de base y legitimación de sus acciones. El terrorismo yihadista actúa a partir de células diminutas adscritas a una ideología difundida a nivel planetario.

El terrorismo transnacional coloca a la lucha antiterrorista desarrollada a nivel nacional e internacional ante de una serie de problemáticas y retos realmente impensables en las décadas de 1970-1980, cuando el terrorismo de carácter doméstico desplegaba toda su virulencia en países como Alemania. La amenaza yihadista es cualitativa y cuantitativamente distinta a la procedente de una organización como la *Rote Armee Fraktion* (RAF) en Alemania, o ETA en el caso de España. Hoy en día se trata de una amenaza global, la cual se descarga en una agresión contra los valores y principios definidores de la cultura occidental. Partiendo de estas consideraciones, es evidente que la totalidad de los Estados europeos –entre ellos Alemania– no puede reaccionar a dicha amenaza con los mismos mecanismos de lucha antiterrorista previstos tradicionalmente en sus legislaciones para hacer frente al terrorismo doméstico.

A la hora de valorar el conjunto de medidas adoptadas en las últimas fechas en Alemania para dar respuesta al terrorismo yihadista, es obvio que, dado el poco lapso de tiempo transcurrido desde su aprobación, no puede realizarse aún un análisis exhaustivo sobre el alcance y la efectividad de las mencionadas medidas.

Con todo, y aun teniendo muy en cuenta el miedo reinante actualmente en la población alemana como consecuencia no sólo de los últimos atentados terroristas llevados a cabo en suelo europeo, sino en general del conjunto de ataques felizmente abortados por los servicios de seguridad alemanes, no puede admitirse bajo ningún concepto que los gobiernos democráticos, entre ellos el alemán, incurran en un mero *accionismo legislativo* dirigido únicamente a demostrar su aparente capacidad de reacción, así como a tranquilizar a los asustados ciudadanos, soslayando al mismo tiempo principios fundamentales de un Estado social y democrático de Derecho. En este sentido, tampoco puede admitirse que los operadores jurídicos utilicen la actual sensación de miedo en la población y sus consiguientes demandas de seguridad para impulsar unas reformas legislativas de carácter *exclusivamente* represivo, eliminando de un plumazo principios y garantías fundamentales adquiridas y consolidadas a lo largo de los años. La confrontación del fenómeno terrorista no debe hacerse desde la creencia de que el fin justifica todos y cualesquiera de los medios que se juzguen en cada momento oportunos sin consideración de las restricciones que los representantes estatales deben imponerse en el ejercicio de sus funciones.

La actual estrategia seguida en Alemania para luchar contra el terrorismo yihadista pone de manifiesto como esa “amenaza global” conduce a que dos temores inherentes a cualquier sujeto ciudadano de un país entren en colisión frontal: el miedo a la consolidación de un estado vigilante de tipo *orwelliano* por un lado, y el miedo a ser víctima de un atentado terrorista, por otro. Un vistazo al actual desarrollo legislativo llevado a cabo en Alemania en el ámbito de la seguridad interior confirma como el segundo de los temores se ha venido consolidando paulatinamente desde los atentados del 11-S. En relación esto, no son pocos los autores en Alemania que vislumbran una soslayada pero al mismo tiempo irrefrenable transición de un Estado de Derecho (*Rechtsstaat*) a un Estado de carácter preventivo (*Präventionsstaat*).⁷⁵

Ciertamente, la actual amenaza terrorista no puede conducir sin más a adoptar una decisión tajante en favor de uno u otro modelo. Más bien deben buscarse las vías que permitan una combinación de los principios que caracterizan a ambos modelos de Estado,

de manera que el máximo margen de libertad pueda mantenerse garantizando al mismo tiempo unos niveles óptimos de seguridad. Es indudable que la lucha contra el fenómeno terrorista exige y seguirá exigiendo un nivel mínimo de lo que se conoce como “Estado vigilante”. La pregunta es sólo con qué intensidad, bajo qué condiciones, con qué mecanismos, mediante qué procedimiento y a través de qué controles.

¹ A modo de ejemplo, puede considerarse como superada la época en la cual los rostros de los integrantes de una determinada organización terrorista aparecían en la correspondiente requisitoria policial repartida entre la población. Efectivamente, los atentados terroristas cometidos en las décadas de 1970-1980 podían atribuirse a un determinado grupo de sujetos, los cuales en la mayoría de los casos no sólo tenían un rostro, sino también nombre y apellidos. En definitiva, el “viejo” terrorismo era susceptible de ser *individualizado*. Por el contrario, la actual amenaza terrorista no proviene de sujetos individualizables, sino más bien de organizaciones y redes de carácter impersonal, las cuales se mueven en esa esfera difusa que supone el terrorismo yihadista. Los miembros de estas redes u organizaciones carecen en la mayoría de los casos de vinculación alguna con un determinado Estado, ya que no consideran que su lucha tenga un carácter interno o local. De este modo, aspectos como la localidad o la pertenencia nacional son sustituidos por redes y relaciones transnacionales con sujetos afines ideológicamente, los cuales se encuentran activos en otras partes del mundo. En consecuencia, el “nuevo” terrorismo se caracteriza por ser un fenómeno *desindividualizado y desregionalizado*. Por otra parte, el repertorio de violencia utilizado por las “viejas” organizaciones terroristas era moderadamente amplio en sus acciones y restringido en las consecuencias: atentados contra las personas, delitos de daños, atracos bancarios o acciones más o menos espectaculares como el asalto a embajadas o el secuestro de aviones. En este sentido, los grupos terroristas de corte tradicional escogían cuidadosamente a los destinatarios directos de sus acciones, perteneciendo sus víctimas en la mayoría de los casos a representantes del poder estatal establecido. Por el contrario, el potencial destructivo del “nuevo” terrorismo de base yihadista es infinitamente superior al de las organizaciones terroristas clásicas. Efectivamente, las acciones del terrorismo transnacional se dirigen no sólo a ocasionar un número elevado de víctimas civiles, sino también a acarrear consecuencias de orden político, económico, psicológico y social a nivel planetario. Por último, las organizaciones terroristas de corte tradicional estaban estructuradas jerárquicamente, operando sus miembros desde la clandestinidad. Se trata (ba) así fundamentalmente de grupos cerrados, homogéneos, y circunscritos a un campo de acción geográfico limitado. Por el contrario, una “ideología de la violencia” como la representada por el terrorismo yihadista no requiere una estructura de corte jerárquico. En este sentido, la organización Al-Qaida muestra diferencias sustanciales con respecto a las organizaciones terroristas tradicionales, diferencias que se muestran comúnmente a través del modelo de las llamadas “estructuras en red”. Así, la estructura jerárquica en el caso de Al-Qaida está mucho menos marcada que en las clásicas organizaciones terroristas como ETA o la RAF. Los distintos grupos adscritos a ese “holding” llamado Al-Qaida muestran una gran independencia y sobre todo una acusada flexibilidad a la hora de elegir tanto la estrategia a seguir como los objetivos a atacar, si bien las distintas células se encuentran unidas por una ideología común, representada por Al-Qaida. En consecuencia, es evidente que cuando una organización terrorista se caracteriza por poseer una estructura en red no basta con desarticular o eliminar a la cúpula o al líder de la misma. Más bien al contrario, la ideología se muestra totalmente inmune a esa situación coyuntural, produciendo nuevas cabezas a modo de hidra.

² La RAF, organización adscrita al terrorismo revolucionario de extrema izquierda, mantuvo en jaque en las décadas de 1970 y 1980 a los órganos policiales, políticos y sociales en Alemania, constituyendo en puntuales momentos una seria amenaza a la seguridad interior. Ello dio lugar a la aprobación de una auténtica cascada de disposiciones legislativas, así como de reformas de la legislación entonces vigente, destinadas única y exclusivamente a *combatir* el fenómeno terrorista representado por la RAF. Así, a partir del año 1975 se fue aprobando un paquete de medidas que se enmarcan dentro de lo que se ha denominado “leyes antiterroristas”. Dentro de las mismas hay que destacar sobre todo la Ley Antiterrorista de 18 de agosto de 1976, la cual entre otros aspectos introdujo en el Código Penal vigente (*Strafgesetzbuch*, StGB) el parágrafo § 129a (constitución de organizaciones terroristas). Dicho precepto castiga con elevadas penas de prisión a los fundadores, miembros, cooperadores o reclutadores de organizaciones terroristas, sin que para ello sea necesario probar la participación en un concreto hecho delictivo. En el punto 5 del presente trabajo se realiza un análisis del vigente § 129a StGB. Para un

estudio exhaustivo, en lengua alemana, de la historia de la RAF pueden consultarse las siguientes obras: Aust, Stefan (1998): *Der Baader-Meinhof Komplex*, München: Goldmann; Kraushaar, Wolfgang (Ed.) (2006): *Die RAF und der linke Terrorismus*, Vol. I y II, Hamburg: Hamburger Edition; Peters, Butz (2007): *Tödlicher Irrtum. Die Geschichte der RAF*, Frankfurt a.M.: Fischer; Pflieger, Klaus (2004): *Die Rote Armee Fraktion –RAF–*, Baden-Baden: Nomos. En lengua española véase: González Calleja, Eduardo (2002): *El terrorismo en Europa*, Madrid: Arco Libros.

³ Paradigmática resulta en este sentido la declaración gubernamental emitida el 12 de septiembre de 2001 por el entonces Canciller Federal, Gerhard Schröder, ante el pleno del *Bundestag*: “Los atentados de ayer en Nueva York y Washington no son sólo un ataque a los Estados Unidos de América, sino que suponen una declaración de guerra al conjunto del mundo civilizado”. La mencionada declaración puede consultarse en: *Internationale Politik*, núm. 12, 2001, pp. 83-84.

⁴ Albrecht, Peter-Alexis (2005): *Kriminologie. Eine Grundlegung zum Strafrecht*, München: Beck, p. 356.

⁵ El método del “*Rasterfahndung*” consiste básicamente en una comparación automática de datos de carácter personal almacenados en archivos correspondientes a organismos o instituciones ajenos a la administración de justicia. A partir de la confección por parte de la policía de unos criterios criminalísticos específicos (denominados “*Rastern*”), basados fundamentalmente en un determinado perfil de autor, los mencionados datos de carácter personal son analizados por las instancias policiales. En caso de encontrarse indicios que apunten a la posible coincidencia de los datos de un individuo en concreto con los “*Rastern*” establecidos, los órganos policiales seleccionan ese concreto perfil, sometiéndolo entonces a los mecanismos de investigación tradicionales que contempla la Ordenanza Procesal alemana (*Strafprozessordnung*, StPO). Para un análisis exhaustivo del instituto del “*Rasterfahndung*” véase: Cano Paños, Miguel Ángel (2003): “El *Rasterfahndung* en el Derecho procesal penal alemán y su aplicación práctica en la lucha antiterrorista”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 6, pp. 1 y ss. Consultable en Internet: <http://criminet.ugr.es/recpc>.

⁶ Cano Paños, *op. cit.*, p. 4

⁷ Se trataba en concreto de Mohammed Atta, Marwan Al-Shehhi y Ziad Jarrah.

⁸ Todos estos datos dieron lugar a que inmediatamente surgiera en los medios de comunicación alemanes el concepto de “*durmiente*” (*Schläfer*), el cual hacía referencia a una persona de sexo masculino procedente de un país árabe y perteneciente a una organización terrorista, pero que no obstante disfrutaba de residencia legal en suelo alemán, llevando además un modo de vida discreto, y siendo en un momento puntual “*activada*” por la organización para cometer un acto terrorista. Véase en este sentido: Rogall, Klaus (2002): “*Rasterfahndung in Zeiten des Terrorismus*”, en: *Gedächtnisschrift für Ellen Schlichter* (ed. por Gunnar Duttge *et al.*), Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns Verlag, pp. 612. No obstante, los servicios de seguridad alemanes rechazan de un modo unánime dicho concepto de “*durmiente*”, sustituyéndolo por el más apropiado de “*en peligro*” (*Gefährder*). El mismo hace referencia a aquellos sujetos que en principio llevan un modo de vida adaptado a la sociedad occidental, pero que no obstante muestran una cierta simpatía hacia grupos islámicos de carácter extremista. Si bien todavía no puede atribuírseles la etiqueta de terroristas, sí que se encuentran en disposición de irse radicalizando con el tiempo. Véase en este sentido: Dietl, Wilhelm, *et al.* (2006): *Das Terrorismus-Lexikon. Täter, Opfer, Hintergründe*, Frankfurt a.M.: Eichborn, pp. 310.

⁹ Lo cual dejaba al margen a un buen número de sujetos que se encontraban en Alemania en situación irregular.

¹⁰ Como puede deducirse fácilmente, el perfil de autor elaborado por la policía alemana en el año 2001 no hubiera resultado eficaz a la hora de descubrir a los terroristas que llevaron a cabo los atentados de Londres el 7 de julio de 2005, lo cual viene a demostrar cómo los perfiles de autor cambian de un modo constante en el caso del terrorismo yihadista.

¹¹ Véase: Cano Paños, *op. cit.*, p. 12; Kant, Martina (2005): “*Außer Spesen nichts gewesen? Eine Bilanz der Rasterfahndung nach dem 11.9.2001*”, *Bürgerrechte & Polizei/CILIP*, núm. 1, pp. 13 y ss.

¹² En realidad, dicho Paquete fue aprobado por el Consejo de Ministros federal el 19 de septiembre de 2001. Posteriormente fue elaborado un Proyecto de Ley por parte del Gobierno federal (BT-Drucks. 14/7026, de 4 de octubre de 2001), el cual fue finalmente aprobado por el *Bundestag* el 9 de noviembre del mismo año.

¹³ La modificación operada en la Ley de Asociaciones tenía como telón de fondo la actuación contra aquellas asociaciones islámicas de carácter fundamentalista, las cuales para hacer prevalecer sus convicciones religiosas no rechazaban la violencia contra sujetos de otra religión.

- ¹⁴ Nolte, Martin (2002): “Die Anti-Terror-Pakete im Lichte des Verfassungsrechts”, *Deutsches Verwaltungsblatt*, núm. 9, p. 574.
- ¹⁵ Así se establecía en la importante Sentencia del Tribunal Supremo alemán (*Bundesgerichtshof*) BGHSt 30, 328. De este modo, la regulación penal vigente en el año 1998 impidió en su momento condenar por delitos de terrorismo a dos supuestos integrantes de la organización terrorista ETA que habían sido detenidos en Alemania.
- ¹⁶ Meyer, Hendrik (2006): *Terror und Innere Sicherheit. Wandel und Kontinuität staatlicher Terrorismusbekämpfung*, Münster: Schöningh, p. 53.
- ¹⁷ Acción común del Consejo de 21 de diciembre de 1998 relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea. Diario Oficial núm. L351, de 29 de diciembre de 1998.
- ¹⁸ La mencionada Acción común del año 1998 se aprobó en un contexto en el cual la lucha contra la criminalidad organizada constituía un foco de interés en los parámetros de la Unión Europea, debiendo ser encuadrada en el llamado “tercer pilar” del Derecho de la Unión, y más concretamente en el ámbito relativo a la colaboración en los campos de Justicia e Interior. Hay que decir en este sentido que el aspecto de la lucha antiterrorista, tema central en el contexto de la UE tras los atentados del 11-S, gozaba en cambio de un papel meramente residual en la Acción común del año 1998.
- ¹⁹ Nehring, Michael (2007): *Kriminelle und terroristische Vereinigungen im Ausland. Auslegung und Analyse des im Zuge der Terrorismusbekämpfung nach dem 11. September 2001 geschaffenen § 129b Strafgesetzbuch*, Frankfurt a.M.: Peter Lang, p. 92.
- ²⁰ Véase en este sentido: Tröndle, Herbert/Fischer, Thomas (2006): *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 53. Ed., München: C.H. Beck, p. 855.
- ²¹ Dicha disposición establece en su frase primera lo siguiente: “Los párrafos § 129 y § 129a se aplican también a las organizaciones en el extranjero”.
- ²² El tenor literal de dicho precepto reza de la siguiente manera: “El Derecho penal alemán rige para aquellos hechos que son cometidos en el territorio nacional”.
- ²³ Este especial requisito de procedibilidad ha sido criticado duramente por la doctrina penal alemana, argumentándose que dicha autorización conduce en todo caso a una relativización de la (obligatoria) separación entre la política gubernamental por un lado, y la persecución penal, por otro. Véase en este sentido: Düx, Heinz (2003): “Globale Sicherheitsgesetze und weltweite Erosion von Grundrechten”, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, pp. 190-191; Maiwald, Manfred (2005): “Bildung krimineller Vereinigungen (§§ 129, 129a, 129b)”, en: Maurach, Reinhart, *et al.*, *Strafrecht. Besonderer Teil*, 9. Ed., Vol. 2, Heidelberg: C.F. Müller Verlag, p. 462; Stein, Ulrich (2005): “§129b. Kriminelle und terroristische Vereinigungen im Ausland; Erweiterter Verfall und Einziehung”, en: Rudolphi, Hans Joachim, *et al.*, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Tomo II. Besonderer Teil (§§ 80-358), 7. y 8. Ed., Neuwied: Luchterhand, p. 2; von Bubnoff, Eckhart (2002): “Terrorismusbekämpfung – eine weltweite Herausforderung”, *Neue Juristische Wochenschrift*, núm. 37, p. 2675. En opinión de Gössner, con la mencionada autorización el gobierno de turno acapara una decisiva influencia política tanto en la persecución penal como en la actuación de los órganos judiciales, lo cual da pie a que el Ministerio de Justicia sea en última instancia quien decida si una determinada organización extranjera debe ser calificada o no como terrorista. En palabras del mencionado autor, la aplicación del § 129b StGB “dependerá en última instancia de consideraciones de carácter militar, económico y de política exterior”. Véase: Gössner, Rolf (2002): “Strafrecht per Ministererlass. Mit dem neuen § 129b wird das Politische Strafrecht auf die Spitze getrieben”, *Neue Kriminalpolitik*, núm. 3, p. 82.
- ²⁴ El entonces Ministro de Hacienda, Hans Eichel, había presentado ya el 5 de octubre de 2001 un catálogo de medidas destinadas a impedir el tránsito de flujos financieros de los que se sirven organizaciones terroristas, lo cual debía conducir a una mayor transparencia en las transacciones financieras.
- ²⁵ *Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus (Terrorismusbekämpfungsgesetz)*, BT-Drucks. 14/7386 (neu).
- ²⁶ Deiß, Tanja Kristin (2007): *Herausforderung Terrorismus. Wie Deutschland auf den RAF- und Al Qaida-Terrorismus reagierte*, Marburg: Tectum, p. 76; Lepsius, Oliver (2006): “Die Terrorismusgesetzgebung und das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit in Deutschland”, en: Rosenzweig, Beate/Eith, Ulrich (eds.), *Islamistischer Terrorismus. Hintergründe und Gegenstrategien*, Schwalbach/Ts.: Wochenschau Verlag, p. 123.

- ²⁷ En concreto, las leyes modificadas fueron las siguientes: Ley de la Protección Constitucional Federal, Ley del Servicio Militar de Inteligencia, Ley del Servicio de Información Federal, Ley de la Policía Federal de Fronteras, Ley de la Oficina Federal de Investigación Criminal, Ley sobre el Art. 10 de la Constitución alemana (disposición referida al derecho fundamental de la inviolabilidad de las comunicaciones y el correo), Ley del Control de la Seguridad, Ley relativa al Pasaporte, Ley del Documento de Identidad, Ley de Asociaciones, Ley de Extranjería, Ley del Procedimiento de Asilo, Ley del Registro Central de Extranjeros, Ley Federal del Registro Central, Libro Décimo de la Ley Social, Ley sobre el Tráfico Aéreo, Ley sobre Seguridad de la Energía.
- ²⁸ Deiß, *opus cit.*, p. 76.
- ²⁹ Las reformas relativas a las competencias de los órganos policiales y de inteligencia, así como las destinadas a controlar al personal empleado en centros de alta seguridad fueron aprobadas con un ámbito de vigencia de cinco años. No obstante, la Ley Complementaria a la Ley de Lucha contra el Terrorismo, de 5 de enero de 2007, amplió dicho plazo hasta finales de 2011.
- ³⁰ A destacar en este punto es que el Servicio de Información Federal (BND) puede tras la reforma solicitar la transmisión de determinada información por parte de institutos de crédito y de servicios financieros, empresas financieras o empresas de servicios de comunicaciones. La cuestión no deja de ser sorprendente si se tiene en cuenta que el BND fue en su momento creado para operar en relación a asuntos vinculados al extranjero. Con la TBG, el mencionado organismo puede ahora operar también dentro del territorio alemán.
- ³¹ Véase, por todos: Schulte, Jan Markus (2002): “Der Inhalt der Sicherheitspakete”, *Neue Kriminalpolitik*, núm. 1, p. 4.
- ³² En los mismos términos: Prantl, Heribert (2002): *Verdächtig. Der starke Staat und die Politik der inneren Unsicherheit*, Hamburg, Wien: Europa Verlag, p. 59; Sack, Fritz (2002): “Innere Sicherheit und offene Gesellschaft”, en: Lutz, Dieter S., *et al.*, *Zukunft des Terrorismus und des Friedens. Menschenrechte – Gewalt – Offene Gesellschaft*, Hamburg: VSA-Verlag, p. 52;
- ³³ El llamado “mandamiento de separación entre la policía y los servicios secretos”, recogido en el derecho alemán con rango constitucional (Art. 87 de la Constitución), tiene como finalidad impedir que un único órgano de seguridad acumule una gran cantidad de poder decisor. La razón hay que buscarla en la experiencia vivida en Alemania durante el régimen nacionalsocialista, donde la conocida GESTAPO estaba también imbuida de competencias de tipo ejecutivo, pudiendo así por ejemplo no sólo perseguir y detener a presuntos opositores al régimen nazi, sino también enviarlos a campos de concentración.
- ³⁴ Zöller, Mark A. (2007): “Der Rechtsrahmen der Nachrichtendienste bei der «Bekämpfung» des internationalen Terrorismus”, *Juristenzeitung*, núm. 15/16, pp. 767-768.
- ³⁵ En el mismo sentido: Prantl, *opus cit.*, p. 62.
- ³⁶ En este sentido hay que señalar que la TBG no preveía expresamente la creación de un archivo a nivel federal destinado a almacenar todos los datos biométricos contenidos en los pasaportes y documentos de identidad del conjunto de la población alemana. No obstante, no son pocas las voces que se levantan en Alemania afirmando que la creación de dicho archivo general es solo una cuestión de tiempo.
- ³⁷ Düx, *opus cit.*, p. 190.
- ³⁸ Sack, *opus cit.*, p. 52.
- ³⁹ Schulte, *opus cit.*, p. 5.
- ⁴⁰ Nehring, *opus cit.*, p. 78, con bibliografía complementaria.
- ⁴¹ Nolte, *opus cit.*, p. 578.
- ⁴² Véase: Glaebner, Gert-Joachim (2003): *Sicherheit in Freiheit. Die Schutzfunktion des demokratischen Staates und die Freiheit der Bürger*, Opladen: Leske+Budrich, p. 267. Véase también la sentencia del Tribunal Constitucional alemán: BVerfGE 65, 1. Sobre el conflicto jurídico existente entre el *Rasterfahndung* y el mencionado derecho véase detalladamente: Cano Paños, *opus cit.*, pp. 6-7.
- ⁴³ En opinión de Prantl, una visión global de las “leyes de seguridad” aprobadas en Alemania tras los atentados del 11-S arroja el siguiente cuadro: no sólo los muros que hasta ahora separaban a la policía de los servicios secretos se derriban, sino también aquéllos que delimitaban a los sujetos inocentes de los culpables, a los sospechosos de los no sospechosos. Para el mencionado autor, a partir de ahora cualquier ciudadano debe demostrar que no es un sujeto peligroso. Todos estos aspectos constituyen según Prantl el espíritu del Estado preventivo. Véase: Prantl, *opus cit.*, pp. 9 y ss. En el polo opuesto se encuentra Hirschmann, para quien las leyes antiterroristas aprobadas en Alemania eran un paso necesario para poder hacer frente con métodos modernos a la nueva amenaza que constituye el

terrorismo yihadista. Véase: Hirschmann, Kai (2003): *Terrorismus*, Hamburg: Europäische Verlagsanstalt, p. 84.

⁴⁴ Véase, por todos: Pütter, Norbert (2005): “Zu Lande, zu Wasser und in der Luft. Terrorismusbekämpfung als Ermächtigungspolitik”, *Bürgerrechte&Polizei/CILIP*, núm. 1, p. 28.

⁴⁵ En los mismos términos: Nehring, *opus cit.*, pp. 81-82.

⁴⁶ Hay que decir que tras los atentados del 11-S, el § 129a StGB fue sometido a dos modificaciones de importancia, las cuales aquí únicamente van a ser mencionadas. La primera de ellas se produjo mediante la Ley de Introducción del Código Penal Internacional (*Völkerstrafgesetzbuch*), de 26 de junio de 2002, la cual introdujo en el § 129a StGB los párrafos § 6 a § 12 del Código Penal Internacional alemán (genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra). Posteriormente, la Ley de Reforma del Derecho Penal núm. 34, de 22 de agosto de 2002, trajo consigo la limitación de la modalidad comisiva de “publicidad” (*Werbung*) a aquella dirigida exclusivamente a captar miembros o colaboradores de una organización. En consecuencia, la reforma de 2002 dio lugar a la despenalización de aquellas conductas dirigidas simplemente a hacer publicidad de una organización terrorista o de sus fines, como por ejemplo la inscripción de los emblemas de una determinada organización en la vía pública, conducta que con la redacción anterior del § 129a StGB podía acarrear una pena de prisión de hasta cinco años. Véase en este sentido: Gössner, *opus cit.*, pp. 82-83.

⁴⁷ La Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002 sobre la lucha contra el terrorismo aspiraba a lograr una armonización en la definición de los delitos de terrorismo en todos los Estados miembros (Preámbulo, párrafo 6). A efectos de la Decisión Marco, “se entenderá por «grupo terrorista» toda organización estructurada de más de dos personas, establecida durante cierto período de tiempo, que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos de terrorismo. Por «organización estructurada» se entenderá una organización no formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en la que no necesariamente se ha asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni hay continuidad en la condición de miembro o una estructura desarrollada” (Art. 2, párrafo 1). Además, la Decisión Marco ordenaba a los Estados miembros a tipificar como delitos tanto la dirección como la participación en las actividades de una organización terrorista (Art. 2, párrafo 2).

⁴⁸ De esta opinión, entre otros: Berlit, Uwe/Dreier, Horst (1984): “Die legislative Auseinandersetzung mit dem Terrorismus”, en: Sack, Fritz/Steinert, Heinz (eds.), *Analysen zum Terrorismus. Band 4/2. Protest und Reaktion*, Opladen: Westdeutscher Verlag, pp. 232-233; Maurer, Albrecht (2001): “§ 129b und Kronzeugenregelung. Alte Instrumente in neuem Gewand”, *Bürgerrechte&Polizei/CILIP*, núm. 3, p. 21. El “Derecho penal del hecho” se basa en el principio de (exclusiva) responsabilidad por el hecho cometido. Esto se opone a la posibilidad de castigar el carácter o modo de ser de un sujeto, propio del “Derecho penal de autor”.

⁴⁹ Así, en las décadas de 1970 y 1980 no eran infrecuentes en Alemania los procedimientos penales en los que se condenó por un delito de terrorismo a redactores de prensa que habían reproducido un comunicado de la RAF.

⁵⁰ Tröndle/Fischer, *opus cit.*, pp. 849-850.

⁵¹ Como puede observarse, el contenido del § 129a párrafo 2 StGB coincide sustancialmente con lo dispuesto en el Art.1 de la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002.

⁵² Merkel, Reinhard (2004): “Wenn der Staat Unschuldige opfert”, *Die Zeit*, edición de 8 de julio, p. 33. Consultable en Internet: www.zeit.de. Algo muy distinto sucede en el caso de que únicamente se ocasione la muerte a los terroristas; situación que podría quedar justificada en Alemania sobre la base del llamado “disparo mortal final” (*finaler Rettungsschuss*). Al lesionar estos sujetos la vida de otras personas de un modo inmediato, actual y antijurídico, la actuación del Estado puede quedar en este caso justificada penalmente a través del mecanismo de la legítima defensa o del auxilio necesario.

⁵³ Merkel, *opus cit.*, p. 33.

⁵⁴ Jakobs, Günther (2005): “Terroristen als Personen im Recht?”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 117, núm. 4, pp. 848-849. Para este autor, situaciones así pueden dar lugar a que aquellos sujetos detenidos sospechosos de llevar a cabo o planear acciones terroristas sean obligados por la policía a declarar, infringiéndose para ello incluso lo dispuesto en el § 136a StPO (= Utilización de métodos prohibidos en los interrogatorios). En parecidos términos: Schlink, Bernhard (2005): “An der Grenze des Rechts”, *Der Spiegel*, núm. 3, pp. 35-36.

⁵⁵ El contenido íntegro de esta trascendental sentencia puede consultarse en: *Neue Juristische Wochenschrift*, núm. 11, 2006, pp. 751-761.

- ⁵⁶ Con base en esta interpretación, el Tribunal Constitucional alemán considera que el derribo de un avión de pasajeros que va a ser utilizado como bomba volante no violaría los Arts. 1 y 2 GG en el caso de que los únicos ocupantes de la aeronave fueran los propios terroristas.
- ⁵⁷ BVerfGE, *Neue Juristische Wochenschrift*, núm. 11, 2006, p. 757. Véase también: Schenke, Wolf-Rüdiger (2006): “Die Verfassungswidrigkeit des § 14 III LuftSiG”, *Neue Juristische Wochenschrift*, núm. 11, p. 738.
- ⁵⁸ Véase: *Süddeutsche Zeitung*, edición de 31 de marzo/1 de abril de 2007, p. 6.
- ⁵⁹ Véase, por todos: Zöller, *opus cit.*, p. 770.
- ⁶⁰ Nehring, *opus cit.*, pp. 84-85.
- ⁶¹ Deiß, *opus cit.*, p. 79. El anterior Ministro del Interior, Otto Schily, llegó incluso a exigir en estos casos la posibilidad de decretar una prisión temporal de carácter preventivo o de seguridad (*Sicherungsbhaft*) “cuando no se puede evitar de otra forma un peligro letal para la sociedad”. Véase al respecto: *Süddeutsche Zeitung*, edición de 3 de agosto de 2005, p. 5.
- ⁶² El 31 de julio de 2006, dos jóvenes libaneses residentes en Alemania colocaron en la estación de trenes de Colonia sendas bombas en dos trenes de cercanías con la intención de ocasionar la muerte a un gran número de personas. A causa de un fallo en la preparación de los explosivos no llegaron éstos a detonar. Posteriormente, el 4 de septiembre del año 2007 fueron detenidos por la policía tres individuos con edades comprendidas entre los 22 y los 29 años, entre ellos dos ciudadanos alemanes convertidos al Islam. Tras meses de seguimiento policial se había comprobado cómo dichos individuos –los cuales en su momento habían visitado un campo de entrenamiento en Pakistán– estaban preparando un atentado a gran escala en suelo alemán. Los tres miembros pertenecientes a una célula de la organización terrorista Unión de la Yihad Islámica disponían de un total de 730 Kg. de agua oxigenada, a partir de la cual pretendían elaborar una sustancia altamente explosiva para hacerla estallar mediante coches-bomba.
- ⁶³ El Art. 87a párrafo 1 frase 1 GG presenta el siguiente tenor literal: “La Federación organizará Fuerzas Armadas para la defensa”. Según la interpretación tradicional que se le ha venido dando al concepto “defensa”, se considera que el mismo hace referencia a la prevención de ataques de carácter militar, y más concretamente a ataques militares realizados desde el exterior por Estados soberanos. Por consiguiente, las Fuerzas Armadas no tienen como cometido el impedir la entrada de bandas armadas o terroristas en territorio alemán con la intención de cometer actos terroristas, ya que ésta es una competencia exclusivamente policial. En definitiva, de lo dispuesto en el Art. 87a GG hay que concluir que el Ejército alemán tiene encargada por regla general la defensa de la seguridad exterior del país. Únicamente en el caso de estado de emergencia interior puede utilizarse al Ejército para tareas de apoyo a la policía y al Cuerpo Federal de Protección de Fronteras (Art. 87a párrafo 4 GG).
- ⁶⁴ Meyer, *opus cit.*, p. 63.
- ⁶⁵ Véase: *Der Spiegel*, núm. 28/2007, p. 28.
- ⁶⁶ Véase: *Süddeutsche Zeitung*, edición de 28/29 de abril de 2007, p. 6. Las posibilidades de que el Proyecto de Ley elaborado en el Ministerio del Interior llegase finalmente a sede parlamentaria dependían en buena medida de que el Tribunal Constitucional se pronunciara sobre la constitucionalidad o no de la reforma de la Ley de Defensa de la Constitución del *Land* de Renania del Norte-Westfalia, aprobada en diciembre de 2006. En concreto, dicha Ley de reforma preveía la aplicación del registro *online* para determinadas actividades delictivas, entre ellas los delitos de terrorismo. En este sentido, el pasado 27 de febrero de 2008 el Tribunal Constitucional alemán declaró incompatible con la Ley Fundamental el contenido de la mencionada ley regional en lo relativo a los registros *online*. No obstante, en la misma sentencia, el Alto Tribunal ha establecido la posibilidad de que el Estado realice registros *online*, eso sí imponiendo una serie requisitos de carácter rígido. Así, los aparatos de seguridad del Estado pueden explorar los ordenadores de sujetos sospechosos de terrorismo únicamente cuando “bienes jurídicos de carácter eminente”, tales como la vida, la integridad física y la libertad del individuo, así como los fundamentos y la existencia del Estado, se encuentran gravemente amenazados por un peligro concreto. En todo caso, el registro *online* debe ser autorizado por un juez. Tras la importante sentencia (Referencia: BvR 370/07, 595/07, de 27 de febrero de 2008), el Ministro del Interior Schäuble se ha mostrado optimista en torno a la posibilidad de establecer finalmente una base legal que permita la aplicación de la controvertida medida, previendo su regulación en la Ley de la Oficina Federal de Investigación Criminal (*Bundeskriminalamtgesetz*).
- ⁶⁷ Entrevista concedida al semanario *Der Spiegel*, núm. 28/2007, pp. 31 y ss.
- ⁶⁸ Véase: *Der Spiegel*, núm. 28/2007, p. 32.

⁶⁹ En estos términos se pronuncia el actual presidente del *Land* de Baviera, Günther Beckstein, en una entrevista concedida al diario *Die Welt*, edición de 5 de septiembre. Consultable en Internet: www.welt.de

⁷⁰ *Süddeutsche Zeitung*, edición de 19 de septiembre de 2007, p. 7.

⁷¹ *Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des Aufenthaltes in terroristischen Ausbildungslagern* (BT-Drucks. 16/7958, de 30 de enero de 2008).

⁷² La Regla del testigo principal fue introducida temporalmente en Alemania en el año 1989 para los delitos de terrorismo. La misma preveía una atenuación de la pena e incluso el desistimiento de la persecución penal en los casos en los que la declaración emitida por el terrorista arrepentido (*Aussteiger* o *Kronzeuge*) permitía, bien el esclarecimiento de delitos de terrorismo ya cometidos, bien la frustración de aquellos atentados terroristas planeados. Dicho instituto estuvo vigente hasta el año 1999, ya que muchos veían en él una medida ciertamente controvertida desde un punto de vista moral y procesal. Así, la Regla del testigo principal podía favorecer la aportación de datos o acusaciones falsas por parte de un sujeto arrepentido, con la única intención de asegurarse una pena relativamente corta.

⁷³ *Süddeutsche Zeitung*, edición de 16/17 de mayo de 2007, p. 8.

⁷⁴ Véase: *Spiegel-Online*, edición de 13 de septiembre de 2007. Consultable en Internet: www.spiegel.de.

⁷⁵ Véase, por todos: Denninger, Erhard (2002): “Freiheit durch Sicherheit? Anmerkungen zum Terrorismusbekämpfungsgesetz”, *Aus Politik und Zeitgeschichte*, núms. 10-11, pp. 22 y ss.

Presentación de trabajos para su publicación como Assessment o artículos en Athena Intelligence Journal:

- El trabajo puede enviarse a la dirección publications@athenaintelligence.org
- Los análisis y artículos pueden tratar temas relacionados con islamismo radical, insurgencia, yihadismo, antiterrorismo, contrainsurgencia, adaptación de las Fuerzas Armadas a los nuevos conflictos, etc, desde una óptica novedosa y con rigor

Presentación de Assessment:

- Se recomienda que no excedan las 6.000 palabras

Presentación de artículos para su publicación en Athena Intelligence Journal:

- Una vez recibidos se enviará una copia anónima del análisis a dos evaluadores. La respuesta positiva o negativa se realizará en un plazo aproximado de dos semanas desde su recepción
- Se recomienda que los artículos no excedan las 14.000 palabras (incluyendo la bibliografía)
- Deben estar escritos a un espacio, en letra Garamond tamaño 13, y con un espacio de separación entre párrafos
- Los paper pueden contener gráficos y tablas insertados dentro del texto
- Además del texto debe enviarse un resumen no superior a 150 palabras en inglés y en español, más 5 ó 6 palabras clave en inglés y español
- También se adjuntará una breve biografía del autor que aparecerá en el documento. Si lo desea el autor puede incluir su e-mail para que los lectores interesados se pongan en contacto con él.

Estilo de las referencias bibliográficas:

- Las referencias se colocarán en notas al final del documento

Artículo:

Shaun Gregory, "France and the War on Terrorism", *Terrorism and Political Violence*, Vol.15, No.1 (Spring 2003), pp.124–147

Libro:

Peter L. Bergen, *The Osama bin Laden I Know*, (New York: Free Press, 2006)

Capítulo de libro:

Mohammed M. Hafez, "From Marginalization to Massacres. A Political Process Explanation of GIA Violence in Algeria", Quintan Wiktorowicz, (ed.) *Islamic Activism. A Social Movement Theory Approach*, (Bloomington & Indianapolis: Indiana University Press, 2004), pp. 37-60