

LOS INICIOS DE LA LUCHA ANTITERRORISTA EN ALEMANIA

Análisis de la legislación penal y procesal en las décadas de 1970-1980

Miguel Ángel Cano Paños

Investigador Ramón y Cajal. Universidad de Granada

CANO PAÑOS, Miguel Ángel. Los inicios de la lucha antiterrorista en Alemania. Análisis de la legislación penal y procesal en las décadas de 1970-1980. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2008, núm. 10-14, p. 14:1-14:31. Disponible en Internet :
<http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-14.pdf>
ISSN 1695-0194 [RECPC 10-14 (2008), 25 ago]

RESUMEN: Al igual que algunos de los países de su entorno, Alemania se ha visto confrontada con el fenómeno terrorista desde hace ya varias décadas. En un principio se trató de un terrorismo social-revolucionario de carácter doméstico, representado fundamentalmente por la Fracción del Ejército Rojo (RAF). Con el nacimiento del nuevo milenio, ese terrorismo interno fue sustituido por otro de carácter transnacional, menos visible, predecible, aunque con mayor potencial destructivo. Prueba de ello es la célula local de Al-Qaeda situada en la ciudad de

Hamburgo, la cual cometió los mortíferos ataques terroristas el 11 de septiembre de 2001. Tanto en un caso como en otro, el fenómeno terrorista ha dado lugar en Alemania a la aprobación de una cascada de disposiciones legislativas de carácter fundamentalmente represivo, algunas de ellas de dudosa constitucionalidad. En el siguiente trabajo se lleva a cabo un estudio de los orígenes de la legislación antiterrorista en Alemania, procediéndose para ello a analizar las disposiciones de carácter penal y procesal aprobadas en las décadas de 1970 y 1980 para combatir el terrorismo desplegado fundamentalmente por la RAF.

PALABRAS CLAVE: Terrorismo, legislación antiterrorista, Anti-Terror-Gesetze, Kontaktsperre, Alemania, RAF, Derecho penal del enemigo.

Fecha de publicación: 25 agosto 2008

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. CRONOLOGÍA DE LAS LEYES APROBADAS. III. LEGISLACIÓN ANTITERRORISTA EN ALEMANIA EN LA DÉCADA DE 1970. 1. Reformas de carácter penal. A. Introducción. B. § 88a (Favorecimiento anticonstitucional de hechos delictivos), § 130a StGB (Instrucción para delinquir). C. § 138, § 139 StGB (Obligación de denuncia en el ámbito de la delincuencia terrorista). D. § 129a StGB (Constitución de organizaciones terroristas). 2. Reformas de carácter procesal. A. Introducción. B. Exclusión del abogado defensor (§ 138a párrafos 2, 4 y 5 StPO). C. Fijación del número máximo de abogados defensores (§ 137 StPO) y prohibición de la defensa múltiple (§ 146 StPO). D. Vista oral sin presencia del acusado (§ 231a, § 231b StPO). E. Derecho a

declarar limitado (§ 257 StPO). F. Extensión de la imposición de la prisión preventiva sin motivo de detención (§ 112 párrafo 3 StPO). G. Control de la correspondencia escrita entre el abogado defensor y el sujeto imputado por delitos de terrorismo (§ 148 párrafo 2, § 148a StPO). H. Interrupción de los contactos (§ 31 y siguientes EGGVG). I. Ampliación de las facultades de intervención en el ámbito procesal. 3. Reformas en el ámbito jurisdiccional. IV. LEGISLACIÓN ANTITERRORISTA EN ALEMANIA EN LA DÉCADA DE 1980. 1. La Ley de Lucha contra el Terrorismo, de 19 de diciembre de 1986. A. Introducción. B. Nueva redacción del § 129a StGB. C. Otras reformas de carácter penal y jurisdiccional. 2. La Ley de Introducción de la Regulación del Testigo Principal en los Delitos de Terrorismo, de 9 de junio de 1989. A. Introducción. B. Finalidad de la figura del “testigo principal”. Marco normativo. C. La problemática del “Kronzeuge”. V. CONCLUSIONES.

“Unser aller Bewährungsprobe steht noch aus: den Bürgerkrieg erst nehmen, daß heißt Ernst machen gegen die Krieger. In diesem Kampf darf es keine mildernden Umstände geben”

(Bild-Zeitung, edición de 8 de septiembre de 1977)

I. INTRODUCCIÓN

Se ha dicho, con razón, que las leyes antiterroristas forman parte de la propia lógica del terrorismo y que, en cierto modo, expresan una *autonegación* del Estado de Derecho, la cual por otra parte es buscada de propósito por los propios terroristas. Esto ha dado lugar a que en los países de la Europa occidental se haya creado, en palabras de LAMARCA PÉREZ, una “dialéctica agresión-legislación”,¹ la cual ha conducido a una profusa actividad normativa –en muchos casos de carácter excepcional– para hacer frente al fenómeno terrorista. En este sentido, elementales principios caracterizadores del denominado Estado democrático y de Derecho –principio de legalidad, Derecho penal de hecho, principio de intervención mínima, etc.– han venido sufriendo embates en numerosas legislaciones europeas que no pueden explicarse sino como manifestaciones de la teóricamente proscrita “ideología de la emergencia”.

Hay que decir que, en el contexto explicado en el párrafo anterior, Alemania no ha sido desde luego una excepción. Efectivamente, en el ordenamiento jurídico interno alemán, y al igual que ha sucedido en otras legislaciones del entorno cultural europeo que se han visto confrontadas con el fenómeno terrorista (España, Gran Bretaña, Italia), el terrorismo puso y sigue poniendo actualmente de relieve las profundas contradicciones del Estado constitucional, el cual, impotente para mantenerse fiel a sus genuinas señas de identidad garantista, ha caído y sigue cayendo en la provocación terrorista, procediendo a dinamitar alguna de las más importantes conquistas jurídico-penales del siglo XX.²

¹ LAMARCA PÉREZ, Carmen (2004): “Terrorismo”, en: la misma (Coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 2. Ed., Madrid: Colex, p. 685

² Es lo que SERRANO-PIEDCASAS denomina acertadamente como la “sustitución de la razón jurídica por la razón de Estado”. Véase: SERRANO-PIEDCASAS, José Ramón (2002): “Tratamiento jurídico-penal del terrorismo

Fue principalmente a partir de la década de 1970 cuando la Fracción del Ejército Rojo (*Rote Armee Fraktion*, RAF), organización adscrita al terrorismo revolucionario de extrema izquierda, mantuvo en jaque a los órganos políticos, policiales y judiciales en Alemania, constituyendo en puntuales momentos una seria amenaza a la seguridad interior. Como se verá a continuación, esa amenaza terrorista de carácter interno dio lugar a la aprobación de una auténtica cascada de disposiciones legislativas destinadas única y exclusivamente a *combatir* el fenómeno terrorista representado por la RAF.

Hasta la fatídica fecha del 11 de septiembre de 2001, tanto la organización de los aparatos de seguridad como la legislación penal y procesal habían venido estando marcadas en Alemania por un terrorismo *doméstico* de corte social-revolucionario. 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 *transnacional* de base yihadista, cuyo radio de acción traspasaba con creces no sólo las fronteras alemanas, sino también europeas, estando dotado al mismo tiempo de un potencial destructivo infinitamente superior al de las organizaciones terroristas clásicas.

Partiendo del contexto descrito en los párrafos anteriores, el objetivo fundamental del presente trabajo es presentar al lector de habla hispana el tratamiento que el ordenamiento jurídico alemán brindó al fenómeno del terrorismo durante las décadas de 1970 y 1980, realizando para ello un recorrido histórico-jurídico sobre la legislación antiterrorista (penal y procesal) aprobada a lo largo de esa etapa.³ El interés por realizar un análisis de estas características viene motivado por varios factores. En primer lugar porque se trata de una legislación penal y procesal la cual, creada en su momento para afrontar una situación de carácter excepcional, continúa sin embargo vigente en la actualidad. En segundo lugar porque la legislación antiterrorista aprobada en Alemania en las mencionadas décadas constituyó la base de lo que posteriormente sería la legislación de lucha contra el terrorismo islamista. Y en tercer y último lugar porque, como se verá a continuación, dicha legislación se presenta como un ejemplo paradigmático de lo que se conoce como Derecho penal del enemigo, planteamiento dogmático-penal introducido por JAKOBS a mediados de la década de 1980, pero que desde un punto de vista político-criminal comenzó a fraguarse en Alemania a principios de la década de 1970 en el ámbito de la delincuencia terrorista.

II. CRONOLOGÍA DE LAS LEYES APROBADAS

La República Federal de Alemania opuso una férrea resistencia al terrorismo desplegado por la RAF, constituyendo su persecución en puntuales momentos una auténtica obsesión, podría decirse incluso una “cuestión de identidad” para los aparatos políticos y de seguridad. La mayor dificultad a la que se enfrentaba el Estado alemán a

en un Estado de derecho”, en: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *et al.* (Coords.), *El Derecho penal ante la globalización*, Madrid: Colex, p. 78.

³ Para un análisis exhaustivo de la legislación antiterrorista aprobada en Alemania tras los atentados del 11 de septiembre de 2001, véase: CANO PAÑOS, Miguel Ángel (2008): “Respuestas legales al terrorismo yihadista. El ejemplo de Alemania”, *Athena Intelligence Journal*, Vol. 3, núm. 1, pp. 45 y ss.

la hora de hacer frente al terrorismo era encontrar un equilibrio idóneo entre la salvaguarda de los derechos de los ciudadanos por un lado, y la lucha contra el fenómeno terrorista, por otro.⁴

Hay que decir de entrada que las especiales dificultades a la hora de perseguir la delincuencia terrorista como una clara manifestación de la criminalidad organizada y violenta podrían haber llevado al legislador alemán de la época a considerar la posibilidad de hacer frente al terrorismo a través de una legislación especial situada *extramuros* de las codificaciones penales y procesales vigentes (como por ejemplo ocurrió en el Reino Unido en su lucha contra el IRA). No obstante, los sucesivos gobiernos alemanes desecharon desde un principio dicha posibilidad, si bien, como se verá posteriormente, algunas de las reformas operadas en la legislación penal y procesal podrían hacer pensar lo contrario. En palabras de Hans-Jochen VOGEL, Ministro de Justicia entre los años 1974 y 1981, una actuación contra el terrorismo mediante una legislación especial hubiera llevado a reconocer implícitamente que dicho fenómeno se presenta como algo *cualitativamente* distinto a la delincuencia común, lo que haría imposible hacerle frente mediante el ordenamiento jurídico ordinario. Además, la aprobación de una legislación especial antiterrorista hubiera conducido a conferir *de oficio* a los terroristas ese estatus especial que desde siempre venían exigiendo en su lucha contra el Estado.⁵

Como se verá a continuación, las reformas legislativas operadas en Alemania para hacer frente al terrorismo durante las décadas de 1970 y 1980 dieron lugar a una ampliación y, a la vez, a un endurecimiento considerable del Derecho penal. En el ámbito procesal, la legislación antiterrorista trajo consigo importantes restricciones de los derechos de los imputados y sus defensores, así como un aumento de las competencias de los órganos encargados de la persecución penal. Además, un aspecto característico de los esfuerzos legislativos desplegados en Alemania en las décadas de 1970 y 1980 fue sin duda la conexión temporal entre las iniciativas legislativas presentadas y la comisión de determinadas acciones terroristas con una gran repercusión social.⁶

La legislación antiterrorista se inicia en Alemania mediante la Ley Complementaria de la Primera Ley de Reforma del Derecho Procesal Penal, de 20 de diciembre de 1974, la cual estableció importantes modificaciones del derecho de defensa, así como una serie de medidas dirigidas a facilitar el desarrollo de los juicios orales por causas terroristas. Posteriormente, la Ley de Reforma del Derecho Penal núm. 14, de 22 de

⁴ DEIB, Tanja Kristin (2007): *Herausforderung Terrorismus. Wie Deutschland auf den RAF- und Al Qaida-Terrorismus reagierte*, Marburg: Tectum, p. 53. Según los datos publicados en su momento por el Instituto de Demoscopia de Allensbach, a comienzos del año 1978 la seguridad interior ocupaba el primer puesto dentro de las preocupaciones que en aquellos momentos afectaban a la sociedad alemana. Por ello, la mayoría de la población manifestaba su disposición a que el Estado limitara sus derechos garantizados constitucionalmente en aras a lograr una erradicación definitiva del terrorismo. Véase en este sentido: EBERT, Udo (1978): "Tendenzwende in der Straf- und Strafprozeßgesetzgebung?", *Juristische Rundschau*, núm. 4, p. 141, nota núm. 48.

⁵ VOGEL, Hans-Jochen (1979): "Möglichkeiten und Grenzen der strafrechtlichen Terrorismusbekämpfung", en: BUNDESZENTRALE FÜR POLITISCHE BILDUNG (Ed.), *Freiheit und Sicherheit. Die Demokratie wehrt sich gegen den Terrorismus*, Bonn: Bundesdruckerei, pp. 38-39.

⁶ 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. 54, con bibliografía complementaria.

abril de 1976, introdujo nuevos tipos penales dentro del ámbito relativo a los delitos de opinión. Le siguió la llamada “Ley Antiterrorista” (*Anti-Terrorismus-Gesetz*), de 18 de agosto de 1976, la cual constituye sin duda alguna la norma central durante la década de 1970. Dicha Ley trajo consigo reformas importantes en varios cuerpos legislativos. En el ámbito penal se creó un nuevo tipo: la constitución de organizaciones terroristas, el cual se recogió en el § 129a del Código Penal alemán (*Strafgesetzbuch*, StGB). En el ámbito procesal, la Ley de 1976 introdujo importantes reformas que afectaron considerablemente a la posición procesal tanto del imputado como de su abogado defensor. Finalmente, en el ámbito jurisdiccional se instauró la competencia originaria del Fiscal Federal General (*Generalbundesanwalt*, GBA), así como de los Tribunales Superiores de Justicia (*Oberlandesgerichte*, OLG) a la hora de perseguir y enjuiciar los delitos de terrorismo. Un año más tarde, la Ley de Reforma de la Ley Introductoria de la Ley de Organización de los Tribunales, de 30 de septiembre de 1977, introdujo en el ordenamiento jurídico alemán el controvertido instituto de la “interrupción de contactos” (*Kontaktsperre*) para sujetos acusados o condenados por terrorismo. Posteriormente, la Ley de Reforma de la Ordenanza Procesal, de 14 de abril de 1978, trajo consigo la aprobación de una serie de medidas de carácter procesal destinadas fundamentalmente a hacer más eficaz la persecución de los delitos de terrorismo. Tras varios años de “silencio legislativo”, el 19 de diciembre de 1986 se aprobó la Ley de Lucha contra el Terrorismo, la cual entre otras cosas amplió y endureció considerablemente el § 129a StGB. Finalmente, la Ley de 9 de junio de 1989 introdujo el instituto del “testigo principal” o “testigo de la corona” (*Kronzeuge*) para los delitos de terrorismo.⁷

III. LEGISLACIÓN ANTITERRORISTA EN ALEMANIA EN LA DÉCADA DE 1970

1 Reformas de carácter penal

A. Introducción

En el ámbito del Derecho penal sustantivo, el comienzo de la legislación antiterrorista coincide en el tiempo con la materialización de la llamada “Gran reforma del Derecho penal”, la cual, tras más de veinte años de trabajos preparatorios, se inició mediante la Primera y la Segunda Ley de Reforma del Código Penal, de 25 de junio y 4 de julio de 1969, respectivamente, concluyendo con la Ley de Introducción del Código Penal, de 2 de marzo de 1974.⁸ Los objetivos de esta legislación de reforma se dirigían fundamentalmente a lograr una humanización y una liberalización del Derecho penal.

⁷ En el contexto legislativo descrito hay que señalar que, a día de hoy, todavía se discute dentro de la doctrina alemana cuáles de las disposiciones aprobadas en Alemania durante las décadas de 1970 y 1980 deben encuadrarse dentro del ámbito de la legislación antiterrorista. Por ello, en lo sucesivo se van a analizar únicamente aquellas leyes que indiscutiblemente se aprobaron con la finalidad de combatir el fenómeno del terrorismo, limitándose no obstante el estudio a los aspectos más importantes de las mismas.

⁸ Véase, en detalle: RIEB, Peter (1979): “Die «Anti-Terrorismusgesetzgebung» in der Bundesrepublik Deutschland”, en: BUNDESZENTRALE FÜR POLITISCHE BILDUNG (Ed.), *Freiheit und Sicherheit. Die Demokratie wehrt sich gegen den Terrorismus*, Bonn: Bundesdruckerei, p. 71.

Para ello, el sujeto autor de una infracción delictiva se volvió a colocar en un primer plano. Su reinserción social y, en relación a ello, los efectos nocivos de la pena privativa de libertad dieron lugar a la supresión de la pena de presidio (*Zuchthausstrafe*), la limitación considerable de las penas cortas privativas de libertad o la ampliación del mecanismo de la suspensión condicional de la pena.⁹ Fue precisamente en este contexto liberalizador del Derecho penal cuando surgió una legislación antiterrorista de carácter marcadamente represivo.

B. § 88a (*Favorecimiento anticonstitucional de hechos delictivos*), § 130a StGB (*Instrucción para delinquir*)

Las reformas penales dirigidas a hacer frente a la delincuencia terrorista se iniciaron mediante la Ley de Reforma del Derecho Penal núm. 14, de 22 de abril de 1976. Para el legislador alemán de la época existía un vacío normativo en aquellos ámbitos previos a la comisión de delitos de terrorismo. Así, se consideraba que con la legislación vigente en aquel momento no se podía por ejemplo atajar penalmente la difusión de propaganda en la cual se alentaba la violencia terrorista.¹⁰ Ello dio lugar a que la Ley de 1976 procediera a endurecer determinados tipos penales en el ámbito de los delitos de opinión, así como a crear otros nuevos para hacer frente al fenómeno descrito.

Entre los tipos penales de nueva creación hay que destacar en primer lugar el § 88a StGB (favorecimiento anticonstitucional de hechos delictivos). Según lo establecido en este precepto, incurría en delito aquel sujeto que de forma oral o escrita, en público o en una reunión favoreciera delitos graves que atentasen contra la paz pública, tales como el homicidio, el asesinato o la toma de rehenes, alentando con ello la disposición para cometer dichos delitos.

Por su parte, el § 130a StGB (instrucción para delinquir) sometía igualmente a pena la conducta consistente en difundir, anunciar, exhibir públicamente o hacer accesible un escrito que fuera apropiado como instrucción para cometer un delito de carácter grave.

Por lo demás, la Ley del año 1976 trajo consigo un endurecimiento de las conductas basadas en amenazar con la comisión de un delito (§ 126 StGB), así como aquellas consistentes en la recompensa y aprobación de delitos (§ 140 StGB).

Es indudable que el legislador alemán de la época pretendía con la tipificación de todas estas conductas perseguir mediante la legislación penal al conjunto de individuos que constituían todo el entorno político y social de la RAF. No obstante, las disposiciones analizadas resultaron en la práctica sumamente ineficaces, ya que en la mayoría de los casos los órganos judiciales colocaron en un primer plano derechos fundamentales tales como la libertad de prensa, de opinión o incluso la libertad de cátedra. Además, en la mayoría de los casos en los que se abrió un procedimiento penal por un delito de los contemplados en el § 88a o en el § 130a StGB, tuvo el mismo finalmente

⁹ EBERT, "Tendenzwende...", cit., p. 136.

¹⁰ BASTEN, Thomas (1983): *Von der Reform des politischen Strafrechts bis zu den Anti-Terror-Gesetzen*, Köln: Pahl-Rugenstein Verlag, p. 203; GIEHRING, Heinz (1979): "Die Reaktion des Gesetzgebers auf den Terrorismus", en: VV.AA., *Jugend und Terrorismus*, München: Juventa, p. 66.

que sobreeser por falta de pruebas concluyentes. Por otra parte, no fueron pocas las críticas vertidas por la doctrina penal alemana, las cuales denunciaban la amplitud desmesurada de la penalidad hacia estadios encuadrables en actos meramente preparatorios, para los cuales existían ya disposiciones penales que podían cubrir ese aparente vacío legal, como por ejemplo el § 111 StGB (exhortación pública a delinquir).¹¹

Por las razones apuntadas, tanto el § 88a como el § 130a StGB fueron suprimidos en el año 1981.

C. § 138, § 139 StGB (*Obligación de denuncia en el ámbito de la delincuencia terrorista*)

La obligación de cualquier individuo de denunciar delitos de comisión inminente ha venido siendo impuesta penalmente en Alemania a través de la disposición del § 138 StGB (omisión de denuncia de delitos planeados), pero únicamente con respecto a un *numerus clausus* de conductas delictivas de carácter grave. Además, dicha obligación sufre una limitación importante en el § 139 StGB, el cual entre otras cosas establece la impunidad del delito de omisión de denuncia en aquellos casos en los que el sujeto activo fuera un familiar del sujeto a denunciar, un abogado defensor o médico.

En el momento en el que la RAF irrumpió con toda su virulencia, el mencionado § 138 StGB no contemplaba la obligación de denunciar la constitución de organizaciones terroristas, más que nada porque en aquellos momentos (comienzos de la década de 1970), el Código Penal vigente no contenía un precepto que incriminara ese tipo de asociaciones. En consecuencia, no fue hasta la Ley Antiterrorista de 18 de agosto de 1976 cuando se llevó a cabo la modificación de los párrafos § 138 y § 139 StGB.

Por lo que hace referencia a la primera disposición se produjo la inclusión de un nuevo párrafo 2, según el cual debía castigarse con la misma pena que la prevista en el párrafo 1 (pena privativa de libertad de hasta cinco años o pena de multa) a aquel sujeto que, conociendo de forma acreditada el proyecto o la realización de un delito del § 129a StGB (= constitución de organizaciones terroristas), omitiese denunciarlo inmediatamente a la autoridad cuando el proyecto o la realización de la conducta delictiva pudiesen ser todavía evitados.

Por su parte, el párrafo 3 del § 139 StGB fue objeto de una ampliación mediante la Ley Antiterrorista de 1976. Según se establecía en su tenor original, quedaba libre de castigo quien omitía una denuncia que debía presentar contra un familiar, cuando aquél se hubiere esforzado seriamente por mantener a ese familiar alejado del hecho delictivo o por evitar la consumación del delito, y siempre y cuando no se tratase de un delito de homicidio, genocidio o asesinato. A ese catálogo de delitos se añadieron en el año 1976 una serie de conductas características del *modus operandi* de las organizaciones terroristas, a saber, la extorsión mediante secuestro (§ 239a StGB), la toma de rehenes (§ 239b StGB) o el ataque al tráfico aéreo (§ 316c párrafo 1 StGB). En opinión del legislador de la época, la realización de dichas conductas por parte de organizaciones

¹¹ Véase, por todos: RUDOLPHI, Hans-Joachim (1979a): "Die Gesetzgebung zur Bekämpfung des Terrorismus", *Juristische Arbeitsblätter*, Vol. 11, p. 2.

terroristas constituía un peligro de tal magnitud para el conjunto de la seguridad interior que resultaba necesario ampliar la obligación de denuncia no sólo a familiares, sino también a abogados defensores o médicos.¹²

No cabe duda que la modificación del § 139 StGB realizada en el año 1976 muestra claramente como el legislador alemán estaba decididamente dispuesto a erosionar principios inherentes a la legislación procesal de un estado democrático, tales como el deber de secreto profesional del médico o del abogado, en aras a una –pretendida y deseada– mayor eficacia en la persecución del conjunto de actividades terroristas. Así, la instaurada obligación del abogado defensor de denunciar delitos de terrorismo dio lugar a un “efecto inhibitorio” con respecto a aquellos sujetos imputados con base en el § 129a StGB, ya que éstos se vieron impedidos tácitamente de la posibilidad de encomendarse plenamente y sin fisuras a un abogado defensor.¹³

D. § 129a StGB (*Constitución de organizaciones terroristas*)

Hasta la aprobación de la Ley Antiterrorista de 18 de agosto de 1976, el Código Penal alemán contenía una única disposición que hiciera referencia al ámbito de las asociaciones ilícitas.¹⁴ En concreto, el § 129 StGB regulaba la constitución de organizaciones de carácter criminal. Fue precisamente a través de la mencionada Ley Antiterrorista del año 1976 cuando el concepto de terrorismo se introdujo por vez primera en el ordenamiento jurídico alemán.¹⁵ La creación del § 129a StGB vino motivada fundamentalmente por el aumento de las acciones terroristas de la RAF entre los años 1970 y 1975, las cuales en determinados casos mostraron una violencia sin duda inusitada.

El § 129a StGB constituye un tipo cualificado con respecto al tipo básico contenido en el § 129 StGB. Como se verá a continuación, esta cualificación trae consigo una agravación punitiva considerable. Además, el tipo regulado en el § 129a StGB actúa como norma de conexión con respecto a un régimen específico de carácter procesal y jurisdiccional.

¹² En los mismos términos: STURM, Richard (1977): “Zur Bekämpfung terroristischer Vereinigungen –Ein Beitrag zum Gesetz vom 18. August 1976–”, *Monatsschrift für Deutsches Recht* núm. 1, p. 9.

¹³ DAHS, Hans (1976): “Das ‘Anti-Terroristen-Gesetz’ –eine Niederlage des Rechtsstaats”, *Neue Juristische Wochenschrift*, núm. 29, p. 2148.

¹⁴ Según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán (*Bundesgerichtshof* BGH), una asociación u organización (*Vereinigung*) es una agrupación de personas de carácter organizado con una cierta vigencia temporal, las cuales, sometiendo la voluntad individual de cada sujeto integrante a una voluntad común, persiguen una serie de objetivos, estando sus miembros interrelacionados entre sí de tal manera que se consideran un grupo unitario (BGH, NJW 1975, p. 985; BGH, NJW 1957, p. 69 = BGHSt 10, 16, BGHSt 28, 147). En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán ha venido afirmando que una agrupación compuesta por únicamente dos sujetos no puede considerarse como una asociación de carácter ilícito, exigiéndose así un mínimo de tres personas (BGHSt 28, 147; BGH, NJW 79, p. 172; BGH, MDR 77, p. 282).

¹⁵ Es indudable que la introducción del concepto de “organización terrorista” en el StGB trajo consigo en su momento un cambio de paradigma en la forma de proceder del Estado alemán frente a este tipo de asociaciones. Efectivamente, mientras que en la etapa inicial del conflicto Estado-RAF se intentó por todos los medios presentar a los individuos terroristas como “delincuentes comunes”, privándoles así de cualquier estatus de carácter político, la creación de la expresión “organización terrorista” supuso en su momento el inicio de un *derecho especial*, por ende, de un *tratamiento especial* para los delincuentes terroristas. Véase: MEYER, Hendrik (2006): *Terror und Innere Sicherheit. Wandel und Kontinuität staatlicher Terrorismusbekämpfung*, Münster: Schöling, pp. 29-30.

El bien jurídico protegido por el § 129a StGB es –al igual que sucede en el caso de las organizaciones criminales– la seguridad interior y la paz pública. La disposición del § 129a StGB “destaca” por decirlo así a un determinado tipo de organizaciones de carácter ilícito, cuya especial peligrosidad se fundamenta en que sus *finés* o su *actividad* se dirigen a la comisión de una serie de delitos de carácter muy grave, lo que motiva que ese mayor contenido de desvalor traiga consigo un sensible aumento de la pena con respecto a la prevista en el § 129 StGB.

El párrafo 1 del § 129a StGB –según la redacción dada por la Ley Antiterrorista de 1976– adoptó de modo inalterado las conductas descritas en la norma originaria del § 129 StGB: 1. La *fundación* de una organización terrorista; 2. La participación en una tal organización como *miembro*; 3. El *apoyo* a una organización terrorista; 4. La *publicidad* de la misma. Como se apuntó anteriormente, el párrafo 1 del § 129a StGB recoge un *numerus clausus* de delitos de carácter muy grave a cuya comisión se dirigen los fines o la actividad de una organización terrorista. Entre los tipos delictivos regulados en la redacción originaria del precepto se encontraban el homicidio, el asesinato o el genocidio, delitos contra la libertad personal (extorsión mediante secuestro, toma de rehenes), así como determinados delitos de peligro común cometidos habitualmente por organizaciones terroristas, tales como los delitos de estragos o incendios o los ataques al tráfico aéreo. En este punto es importante señalar que el § 129a StGB no criminaliza(ba) las acciones enumeradas en el mencionado catálogo, las cuales ya estaban de por sí sujetas a conminación penal en otras partes del Código, sino más bien la conexión organizativa del grupo y su *intención*. Como se verá posteriormente, esto dio pie en su momento a interpretar dicha disposición penal no como una manifestación del llamado “Derecho penal del hecho”, sino más bien como un ejemplo palmario de un “Derecho penal de autor”.

Para las conductas previstas en el párrafo 1 se contemplaba una pena privativa de libertad de seis meses a cinco años, lo que hacía que el hecho delictivo fuera considerado como una falta (*Vergehen*).¹⁶ No obstante, el párrafo 2 del § 129a StGB preveía una pena de prisión de entre uno y diez años para los líderes y los llamados “hombres de atrás”, justificada en palabras del legislador de la época por el “mayor contenido de injusto” de estas tipologías de autor con respecto al resto de modalidades comisivas.¹⁷

¹⁶ Hay que decir en este sentido que en el Proyecto de ley presentado en su momento tanto por el grupo parlamentario de la CDU/CSU como por el Cámara Alta (*Bundesrat*) se propuso regular el tipo del § 129a StGB como delito (*Verbrechen*), conminándolo con una pena de prisión de entre uno y diez años. Para este sector, la violencia que mostraban la mayoría de las acciones cometidas por el terrorismo de extrema izquierda hacían incompatible la consideración como falta del tipo contenido en el § 129a StGB. La posición contraria – mayoritaria– consideraba sin embargo que las conductas recogidas en la mencionada disposición se movían realmente en ámbitos previos a la comisión de un determinado delito, regulándose asimismo tipologías de una lesividad menor tales como el apoyo o la publicidad. Finalmente, dicha propuesta no tuvo acogida en el Proyecto definitivo que dio lugar a la Ley Antiterrorista del año 1976. Véase: VON BUBNOFF, Eckhart (1988): “§ 129a. Bildung terroristischer Vereinigungen”, en: JESCHECK, Hans-Heinrich/RUB, Wolfgang/WILLMS, Günther (eds.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 10. Ed., Vol. 4, Berlin/New York: Walter de Gruyter, p. 59.

¹⁷ Se considera líder (*Rädelsführer*) de una organización terrorista al sujeto que, perteneciendo a la misma como miembro, juega un papel fundamental en la asociación desde un punto de vista ideológico o económico. Por el contrario, el llamado “hombre de atrás” (*Hintermann*), si bien resulta una pieza fundamental para la organización terrorista por los mismos motivos que el líder, en cambio no pertenece a la organización como miembro de la misma, actuando así desde fuera. Véase: STURM, “Zur Bekämpfung...”, cit, p. 8.

El párrafo 3 del § 129a StGB declaraba punible la tentativa de fundar una organización de carácter terrorista. Por su parte, el párrafo 4 permitía al tribunal moderar la pena según su justo parecer en el caso de aquellos partícipes cuya culpabilidad fuera leve y cuya colaboración con la organización terrorista resultara de una importancia inferior. No obstante, dicha posibilidad quedaba excluida en todo caso para los líderes y los hombres de atrás. El párrafo 5 declaraba aplicable al § 129a StGB lo dispuesto en el § 129 párrafo 6 StGB para las asociaciones criminales *comunales*. En consecuencia, el tribunal podía según su justo parecer, bien atenuar la pena, bien prescindir incluso de la imposición de la misma cuando el autor se esforzara voluntaria y sinceramente en impedir la continuación de la organización terrorista o la comisión de uno de los delitos acordes con sus fines, o cuando dicho autor revelara voluntariamente a la autoridad sus conocimientos, de tal modo que todavía pudieran ser evitados delitos de cuya planificación estaba informado.¹⁸

Las críticas de la doctrina penal alemana de la época con respecto a la introducción en el Código Penal alemán del tipo contenido en el § 129a StGB fueron prácticamente unánimes. Así, en palabras de STURM, el tipo relativo a la constitución de organizaciones terroristas resultaba del todo punto innecesario, ya que el *Strafgesetzbuch* contenía un abanico de disposiciones suficientes para contrarrestar la delincuencia terrorista.¹⁹ Por su parte, EBERT vislumbraba en el nuevo § 129a StGB la consolidación de un cambio de paradigma, el cual traía consigo alejarse definitivamente de los parámetros humanistas y liberales que caracterizaron las reformas del Derecho penal alemán llevadas a cabo en la década de 1960 y principios de la de 1970.²⁰ Reparos a la creación del § 129a StGB manifestaron también otros ilustres penalistas como RUDOLPHI. Así, este autor criticó abiertamente no sólo la amplitud del tipo contenido en la mencionada disposición, al incluirse conductas alejadas de la dinámica comisiva de las organizaciones terroristas (por ejemplo, el apoyo o la publicidad), sino también el carácter en sí del § 129a StGB como norma de conexión con respecto a determinadas especialidades procesales de tipo restrictivo.²¹ En el polo opuesto, los órganos jurisdiccionales alemanes valoraron positivamente la creación de un tipo específico referido a las organizaciones terroristas.²²

¹⁸ Finalmente, el párrafo 6 del § 129a StGB permitía al tribunal sentenciador imponer al condenado junto a una pena privativa de libertad de al menos seis meses, la privación de la capacidad de desempeñar cargos públicos y de la capacidad de obtener derechos en elecciones públicas. Por su parte, el párrafo 7 permitía al tribunal disponer una medida de sujeción a la vigilancia de la autoridad (*Führungsaufsicht*) en los casos previstos en los párrafos 1 y 2.

¹⁹ STURM, “Zur Bekämpfung...”, cit., p. 7.

²⁰ EBERT, “Tendenzwende...”, cit., p. 136.

²¹ RUDOLPHI, “Die Gesetzgebung...”, cit., p. 3; el mismo (1979): “Notwendigkeit und Grenzen einer Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes im Kampf gegen den Terrorismus”, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, pp. 218-219. Alejada de esta postura doctrinal mayoritaria se encuentra sin duda la opinión de VON WINTERFELD. Efectivamente, para este autor, las medidas legislativas adoptadas para combatir el fenómeno terrorista no resultaban en modo alguno suficientes. Por este motivo, VON WINTERFELD se mostraba partidario de crear una Ley especial antiterrorista aplicable a una “situación excepcional” como era el terrorismo, siguiendo de este modo la metodología seguida por ejemplo en el Reino Unido. Véase: VON WINTERFELD, Achim (1977): “Terrorismus – «Reform» ohne Ende?”, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, Vol. 10, p. 269.

²² Véase, por ejemplo: MAUL, Heinrich (1977): “Gesetz gegen Terrorismus und Rechtsstaat”, *Deutsche Richterzeitung*, p. 207; REBMANN, Kurt (1979): “Terrorismus und Rechtsordnung – Erfahrungen mit den

La característica más llamativa del § 129a StGB es sin duda la vaguedad de su tenor literal, lo cual le permite establecer la penalidad de una determinada conducta mucho antes de que se alcance el umbral de los actos preparatorios punibles. Este *adelantamiento* de la protección penal diluye claramente la frontera entre los actos preparatorios impunes y una determinada acción punible. Hay que recordar en este sentido que la comisión efectiva de uno de los delitos recogidos en el catálogo del § 129a StGB no constituía –ni constituye– en ningún caso un elemento del tipo, sino que resultaba suficiente la conexión organizativa del grupo y su intención.²³ En consecuencia, el § 129a StGB contenía los rasgos definidores del llamado “Derecho penal de autor”, es decir, la posibilidad de castigar el carácter o el modo de ser de un sujeto, más allá de la eventual comisión de un hecho delictivo.²⁴

Criticable resulta asimismo la amplitud del tipo penal contenido en el § 129a StGB. Hay que recordar que el párrafo 1 de la mencionada disposición no sólo castiga(ba) la fundación de una organización terrorista y la participación en la misma como miembro, sino también conductas con una evidente menor lesividad como el apoyo a una organización terrorista o la publicidad de la misma, las cuales podían acarrear una pena privativa de libertad de hasta cinco años.²⁵

Por último, la problemática asociada al § 129a StGB adquiere si cabe un mayor relieve si se tiene en cuenta que dicho precepto constituía –y constituye– al mismo tiempo una disposición de carácter indagatorio y procesal. Efectivamente, tal y como se apuntó en párrafos anteriores, el § 129a StGB estaba vinculado a un gran número de medidas tanto policiales como procesales aplicables *exclusivamente* a la delincuencia terrorista (exclusión del abogado defensor, celebración del juicio oral en ausencia del acusado, control de la correspondencia escrita entre el abogado defensor y el imputado/condenado que se encuentra en prisión, admisibilidad de especiales medidas de investigación policial, etc.). Este conjunto de medidas restrictivas de derechos fundamentales podrían en principio estar justificadas cuando las mismas se dirigiesen exclusivamente contra aquellos individuos sobre los que recayesen fundadas sospechas de la comisión de un acto terrorista de los contemplados en el § 129a StGB. Difícilmente justificables resultan por el contrario estas medidas cuando las mismas pueden llegar a aplicarse a individuos sospechosos de la realización de una mera actividad de

Rechtsänderungen der vergangenen Jahre – Vorschläge de lege ferenda”, *Deutsche Richterzeitung*, p. 364.

²³ GÖSSNER, Rolf (1988): “Sonderrechtssystem «Anti-Terror-Kampf»”, en: SCHRIFTENREIHE DER STRAFVERTEIDIGER-VEREINIGUNGEN (Ed.), *11. Strafverteidigertag*, Landsberg: Weismann Verlag, p. 231. De este modo, el § 129a StGB exoneraba a los tribunales alemanes de la necesidad de probar efectivamente la implicación de un miembro de la RAF en una determinada acción terrorista, permitiendo así perseguir a la organización como un todo. A esta cuestión se hará especial referencia en líneas posteriores.

²⁴ De esta opinión, entre otros: BERLIT, Uwe/DREIER, Horst (1984): “Die legislative Auseinandersetzung mit dem Terrorismus”, en: SACK, Fritz/STEINERT, Heinz, *Analysen zum Terrorismus. Band 4/2. Protest und Reaktion*, Opladen: Westdeutscher Verlag, pp. 232-233; MAURER, Albrecht (2001): “§ 129 und Kronzeugenregelung. Alte Instrumente in neuem Gewand”, *Bürgerrechte & Polizei/CILIP*, núm. 3, p. 21.

²⁵ Para RUDOLPHI, la modalidad relativa al “apoyo a una organización terrorista” carecía de un contorno delimitado legalmente, lo cual escondía el peligro de “extender ilimitadamente” dicha conducta. Véase: RUDOLPHI, “Die Gesetzgebung...”, cit., p. 3. En parecidos términos se posiciona GÖSSNER, para quien las modalidades comisivas de apoyo y de publicidad de una organización terrorista permitían extender la sospecha de actividades relacionadas con el terrorismo a prácticamente todo el espectro de la izquierda militante. Véase: GÖSSNER, “Sonderrechtssystem...”, cit., p. 232.

apoyo o de publicidad de una organización terrorista.²⁶

Toda esta problemática asociada al § 129a StGB motivó que no fueran pocas las voces que repetidamente clamaron su supresión de la normativa penal vigente en Alemania. Así, a nivel político, el partido de los Verdes presentó en el año 1984 un Proyecto de ley dirigido fundamentalmente a eliminar del ordenamiento jurídico alemán toda la normativa penal y procesal aprobada en los años anteriores para hacer frente al fenómeno terrorista. En opinión de esta formación política, los párrafos § 129 y § 129a StGB colisionaban abiertamente con principios fundamentales de rango constitucional tales como el mandato de determinación, recogido en el art. 103 párrafo 2 de la Constitución alemana (*Grundgesetz*, GG), el Derecho penal de culpabilidad y el Derecho penal del hecho (art. 2 párrafo 1 GG) y –en lo relativo a las formas comisivas de apoyo y publicidad de una organización terrorista– la libertad de prensa y opinión (art. 5 párrafo 1 GG). Particularmente el tipo contenido en el § 129a StGB, debido sobre todo a su “lejanía” con respecto a un resultado lesivo concreto, así como a la reiterada renuncia por parte de los tribunales a demostrar la culpabilidad individual de un determinado sujeto en favor de una denominada “responsabilidad colectiva” de la organización,²⁷ conducía a la sustitución de un Derecho penal del hecho en favor de una orientación punitiva basada exclusivamente en disposiciones de ánimo del individuo, es decir, un manifiesto Derecho penal de autor.²⁸

Como se verá posteriormente, las propuestas de supresión del § 129a StGB sufrieron un revés definitivo mediante la aprobación en el año 1986 de la Ley de Lucha contra el Terrorismo, la cual trajo consigo una ampliación y un endurecimiento considerables del § 129a StGB.

²⁶ RUDOLPHI, “Die Gesetzgebung...”, cit., p. 3. En este sentido, algunos ejemplos pueden ilustrar mejor la extraordinaria amplitud del tipo contenido en el § 129a StGB, con todas sus consecuencias tanto penales como procesales. Así, si un sujeto era descubierto realizando una pintada en la que ensalzaba a la RAF, el mismo podía ser internado en régimen de prisión provisional sin necesidad de que se diera alguna de las condiciones enumeradas en el § 112 párrafo 2 de la Ordenanza Procesal alemana *Strafprozeßordnung*, StPO). El propio BGH consideraba dicha conducta como subsumible dentro del tipo contenido en el § 129a StGB (BGHSt 28, 26; 33, 17). Por otra parte, durante las décadas de 1970 y 1980 no fueron infrecuentes en Alemania los procedimientos penales en los que se condenó por un delito de terrorismo a redactores de prensa que simplemente habían reproducido un comunicado de la RAF. Véase: MAURER, “§ 129...”, cit., p. 21.

²⁷ Como ya se apuntó anteriormente, en aquellos supuestos en los que no se podía demostrar la culpabilidad concreta de un determinado miembro de la RAF, los tribunales encargados de aplicar el § 129a StGB acudieron a un mecanismo probatorio no contemplado legalmente: la definida en su momento como “tesis de la colectividad”, la cual permitía imputar cualquier acto terrorista cometido por la RAF a cualquier sujeto perteneciente a dicha organización, independientemente de su concreta implicación en el hecho delictivo. Véase en este sentido: GÖSSNER, “Sonderrechtssystem...”, cit., p. 232. En consecuencia, los tribunales alemanes partieron del hecho de que cualquier contribución personal a un acto terrorista –ya fuera la misma de estricto carácter psicológico– bastaba para considerar a un sujeto como coautor y condenarlo así con base en lo dispuesto en el § 129a StGB. Véase: SCHUBERT, Michael (1988): “Strukturveränderungen in den § 129a StGB-Verfahren in den achtziger Jahren”, en: SCHRIFTENREIHE DER STRAFVERTEIDIGER-VEREINIGUNGEN (Ed.), *11. Strafverteidigertag*, Landsberg: Weismann Verlag, pp. 249-250. Para un estudio en profundidad de la mencionada “tesis de la colectividad”, incluyendo un análisis de casos concretos, véase DEMES, Uta (1994): *Die Binnenstruktur der RAF. Divergenz zwischen postulierter und tatsächlicher Gruppenrealität*, Münster/New York: Waxmann, pp. 56 y ss.

²⁸ Véase, en detalle: COBLER, Sebastian (1984): “Plädoyer für die Streichung der §§ 129, 129a StGB. Zur Revision der «Anti-Terrorismus-Gesetze»”, *Kritische Justiz*, p. 411.

2. Reformas de carácter procesal

A. Introducción

El Derecho procesal penal se vio afectado de manera más acusada que el Derecho penal sustantivo por el conjunto de reformas llevadas a cabo por la legislación antiterrorista aprobada en Alemania en la década de 1970.

Desde el año 1945, el desarrollo del Derecho procesal penal alemán había venido estando marcado por el constante empeño del legislador en eliminar del la StPO todo elemento normativo proveniente de la legislación nacionalsocialista, restableciendo con ello el espíritu liberal y democrático que en un principio caracterizaron a toda la normativa procesal. En el contexto descrito, la llamada “Pequeña Reforma del Derecho Procesal”, llevada a cabo en el año 1964, no sólo trajo consigo un fortalecimiento considerable de la posición procesal tanto de la persona imputada como de su abogado defensor, sino también importantes mejoras de contenido garantista, como por ejemplo la ampliación del derecho del imputado a ser oído o la garantía de la libre comunicación entre el imputado y su defensa. Estas reformas dieron lugar al reconocimiento del inculcado como sujeto –que no objeto– del proceso penal, estando con ello imbuido de una serie de derechos y garantías.

Tras la oleada de atentados terroristas cometidos por la RAF durante los primeros años de la década de 1970, y una vez la cúpula de la organización había sido desarticulada por la policía, los órganos judiciales llegaron a la conclusión de que ese Derecho procesal de carácter liberal contenido en la StPO era propenso a su *manipulación* y *abuso* por parte de los terroristas encarcelados, los cuales –en muchos casos con el beneplácito y respaldo de sus abogados defensores– pretendían continuar en prisión su lucha contra el orden democrático y social establecidos.²⁹ Esta situación dio lugar a que durante la década de 1970 se sucedieran las reformas procesales, las cuales afectaron en la mayoría de los casos tanto a la posición jurídica de la persona imputada por delitos de terrorismo como a su defensa.

Por todo lo explicado, no resulta exagerado afirmar que la violencia terrorista desplegada en Alemania durante los años 1970 dio lugar a un cambio de paradigma en lo relativo a los principios inspiradores de la legislación procesal. Efectivamente, mientras que las primeras reformas procesales acometidas en la Alemania de la posguerra pretendían sobre todo proteger a la persona inculpada de la prosecución criminal por parte de las instancias estatales, la normativa procesal aprobada durante la década de 1970 se dirigió sobre todo a proteger a la administración de justicia del individuo terrorista imputado.³⁰ Si bien tanto desde instancias gubernamentales como en sede judicial se afirmó hasta la saciedad que los procesos abiertos contra la RAF y su entorno debían ser interpretados única y exclusivamente como procesos de carácter

²⁹ RIEB, “Die «Anti-Terrorismugesetzgebung»...”, cit., p. 75; KURTH, Hans-Joachim (1979): “Rechtliche Rahmenbedingungen der Terrorismusbekämpfung”, en: ARBEITSTAB “ÖFFENTLICHKEITSARBEIT GEGEN TERRORISMUS” IM BUNDESMINISTERIUM DES INNERN (Ed.), *Geistig-politische Auseinandersetzung mit dem Terrorismus*, Bonn: Bundesdruckerei, p. 105.

³⁰ EBERT, “Tendenzwende...”, cit., p. 138.

penal, lo cierto es que tanto el conjunto de reformas de carácter represivo aprobadas, como las especiales condiciones de privación de libertad a las que se vieron sometidos los miembros de la RAF muestran como, en el fondo, el Estado alemán se encontraba inmerso en un conflicto que superaba con creces los marcos penales y procesales vigentes en un Estado democrático y de Derecho.³¹

Las reformas procesales llevadas a cabo en Alemania durante la década de 1970 para acometer la lucha contra la delincuencia terrorista pueden ser clasificadas en los siguientes parámetros: 1. Medidas destinadas a hacer frente a las actividades terroristas desarrolladas al amparo del Derecho procesal penal; 2. Medidas contra el abuso y la manipulación de derechos procesales; 3. Ampliación de las competencias relativas a intervenciones de carácter procesal; 4. Mejora de la organización de la administración de justicia.³²

B. Exclusión del abogado defensor (§ 138a párrafos 2, 4 y 5 StPO)

La Ley Complementaria de la Primera Ley de Reforma del Derecho Procesal Penal, de 20 de diciembre de 1974, inició el camino de la legislación antiterrorista en el ámbito procesal.³³ Dicha disposición normativa contenía una serie de drásticas reformas de carácter procesal dirigidas fundamentalmente a dotar al Estado de unos medios que se consideraban necesarios para afrontar el enjuiciamiento de los miembros de la RAF encarcelados.

Una de las reformas de mayor calado fue sin duda la regulación legal de la posibilidad de excluir al abogado defensor en los casos de delitos de terrorismo.³⁴

La finalidad del nuevo § 138a StPO era permitir la exclusión del proceso penal de los abogados de los miembros de la RAF encarcelados, cuando aquéllos eran “sospechosos de forma fundada” de: 1. Haber colaborado en el hecho delictivo que constituía el objeto de la investigación; 2. Abusar de la relación con el inculpado que se encontraba en prisión para cometer delitos; 3. Abusar de dicha relación para poner en peligro de forma relevante la seguridad de un centro penitenciario.

Como puede fácilmente deducirse, la posibilidad instaurada mediante la disposición

³¹ En los mismos términos: GLAEBNER, Gert-Joachim (2003): *Sicherheit in Freiheit. Die Schutzfunktion des demokratischen Staates und die Freiheit der Bürger*, Opladen: Leske+Budrich, p. 242.

³² En este sentido: VOGEL, Hans-Jochen (1978): “Strafverfahrensrecht und Terrorismus –eine Bilanz”, *Neue Juristische Wochenschrift*, núm. 25, p. 1221.

³³ La Ley del año 1974 fue debatida y aprobada en un lapso relativamente corto de tiempo. La razón de esta rapidez en la tramitación de la ley hay que buscarla sin duda en el inminente comienzo del proceso penal contra la Primera Generación de la RAF (Andreas Baader, Ulrike Meinhof, Gudrun Ennslin, Jan Carl Raspe y Holger Meins), la cual se encontraba internada en la prisión de máxima seguridad de Stammheim.

³⁴ En realidad, lo único que hizo la Ley del año 1974 fue crear una base legal para una práctica procesal que se había venido aplicando desde años atrás, y que en el año 1973 dio lugar a la intervención del Tribunal Constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht*, BVerfG) para denunciar ese evidente vacío legislativo (BVerfGE 34, 293 = NJW 1973, p. 696). La intervención del Alto Tribunal vino motivada por la exclusión en el año 1972 de Otto Schily, abogado defensor de la activista de la RAF Gudrun Ennslin (y posterior Ministro del Interior entre los años 1998-2005), por supuestos actos de colaboración con una organización criminal, sin que en aquel momento existiera una base legal que permitiera dicha exclusión. Véase en este sentido, ampliamente: REQUATE, Jörg (2006): “«Terroristenanwälte» und Rechtsstaat: Zur Auseinandersetzung um die Rolle der Verteidiger in den Terroristenverfahren der 1970er Jahre”, en: WEINHAUER, Klaus/REQUATE, Jörg/HAUPT, Heinz-Harald (Ed.), *Terrorismus in der Bundesrepublik. Medien, Staat und Subkulturen in den 1970er Jahren*, Frankfurt/New York: Campus Verlag, pp. 273-274.

del § 138a StPO estaba dirigida a contrarrestar legalmente *presuntos* comportamientos que se le venían imputando a algunos abogados de la RAF.³⁵

Las críticas de la doctrina procesalista alemana a este manifiesto ataque al derecho de defensa no se hicieron esperar. Así, GRÜNWALD denunciaba un “desmantelamiento del Estado de Derecho”, el cual se estaba produciendo precisamente cuando las instancias estatales aducían defenderlo contra la amenaza terrorista.³⁶ Para RUDOLPHI, lo dispuesto en el § 138a párrafo 1 núm. 2 StPO (posibilidad de exclusión del abogado defensor cuando existían fundadas sospechas de que estaba utilizando la relación profesional con el inculcado para poner en peligro la seguridad de un centro penitenciario) resultaba del todo punto innecesario, toda vez que la legislación penitenciaria contemplaba medidas preventivas suficientes para evitar esa situación de peligro.³⁷

Posteriormente, la Ley Antiterrorista de 18 de agosto de 1976 amplió los efectos de la expulsión del abogado defensor mediante la inclusión de nuevos supuestos en la disposición del § 138a StPO. Así, el nuevo párrafo 4 establecía que aquel abogado defensor excluido conforme a lo dispuesto en los párrafos 1 y 2 no podía defender en “otro proceso ordenado legalmente” a aquel inculcado que no se encontrase en libertad. Por su parte, el nuevo párrafo 5, frase primera, de la mencionada disposición declaraba que el abogado excluido no podía defender a otros inculcados en el mismo proceso, mientras que la frase segunda iba aún más lejos, estableciendo la imposibilidad de que aquel abogado excluido en los procesos por terrorismo pudiera asumir la defensa en otros procesos abiertos que tuviesen como objeto un delito según el § 129a StGB.³⁸

Tampoco la Ley de Reforma de la Ordenanza Procesal, de 14 de abril de 1978, pudo abstraerse de regular de un modo aún más restrictivo la posición procesal del abogado defensor en los delitos de terrorismo. Así, dicha Ley redujo sensiblemente el umbral para acreditar las sospechas recaídas en la persona del letrado. Efectivamente, mientras que la redacción primigenia del § 138a StPO venía exigiendo “sospechas fundadas” de colaboración del abogado en el hecho delictivo, de abuso de su relación con el inculcado que se encontraba en prisión para cometer delitos o para poner en peligro de forma

³⁵ GRÜNWALD, Gerald (1975): “Die Strafprozeßreform – Sicherung oder Abbau des Rechtsstaats?”, *Vorgänge*, núm. 6, p. 40. En los procedimientos sustanciados contra miembros de la RAF durante la década de 1970 se produjeron en muchas ocasiones fuertes tensiones entre los órganos judiciales por un lado, y los abogados defensores de los sujetos imputados, por otro. Entre las razones que motivaron estos enfrentamientos hay que destacar las siguientes: 1. La insistencia de los abogados en recalcar la dimensión política de los procesos penales seguidos contra sus clientes; 2. La negación de aquéllos a colaborar con las instancias judiciales en el normal desarrollo del procedimiento penal en curso; 3. En relación con el punto anterior, la manipulación de sus competencias procesales para lograr una ralentización y, llegado el caso, una completa paralización del proceso. En el contexto descrito, resulta hoy en día un hecho indiscutible que algunos de los abogados de la RAF se identificaron plenamente con la ideología de sus clientes, lo cual hizo que en muchos casos utilizaran los mecanismos de defensa recogidos en la StPO para mantener intacta la estructura organizativa de la RAF, con todas las consecuencias que ello implicaba. Véase: RIEB, “Die «Anti-Terrorismusgesetzgebung»...”, cit., p. 77. De la misma opinión: WITTE, Leo (1978): “Rechtsstaat und Terrorismus”, *Deutsche Richterzeitung*, núm. 10, p. 291; VOGEL, “Strafverfahrensrecht...”, cit., p. 1222.

³⁶ GRÜNWALD, “Die Strafprozeßreform...”, cit., p. 48. En parecidos términos: SCHMIDT-LEICHNER, Erich (1975): “Strafverfahrensrecht 1975 – Fortschritt oder Rückschritt?”, *Neue Juristische Wochenschrift*, núm. 10, p. 422.

³⁷ RUDOLPHI, “Die Gesetzgebung...”, cit., p. 8. De la misma opinión: KREKELER, Wilhelm (1979): “Strafverfahrensrecht und Terrorismus. Bewährung oder Niederlage des Rechtsstaats?”, *Anwaltsblatt*, p. 214.

³⁸ Véase: DAHS, “Das „Anti-Terroristen-Gesetz“...”, cit., p. 2149.

relevante la seguridad de un centro penitenciario, la reforma llevada a cabo en el año 1978 redujo ese umbral a la mera “acreditación de determinados hechos” que fundamentaran la sospecha.

C. Fijación del número máximo de abogados defensores (§ 137 StPO) y prohibición de la defensa múltiple (§ 146 StPO)

El ámbito relativo al derecho de defensa sufrió en el año 1974 otros embates de consideración, los cuales afectaron decisivamente a la posición jurídica tanto del abogado defensor como de su cliente en los procesos penales por terrorismo. Así, la Ley Antiterrorista de 20 de diciembre de 1974 modificó los parágrafos § 137 y § 146 StPO, lo cual condujo respectivamente a la limitación a tres del número de abogados defensores y a la prohibición de la defensa de varios inculcados por uno o varios letrados. La finalidad de ambas medidas era contrarrestar los posibles efectos nocivos (ralentización o completa paralización del procedimiento penal en curso) que podría traer consigo la acumulación incontrolada de abogados defensores en la causa.³⁹

En opinión de KREKELER, la limitación del número de abogados defensores a tres representaba para el sujeto imputado un evidente menoscabo de sus posibilidades de defensa. Para este autor, en aquellos procesos de gran envergadura como el seguido en Stammheim contra la cúpula dirigente de la RAF resultaba necesario que los imputados dispusiesen de un número de abogados superior a tres, sobre todo si se tiene en cuenta tanto la extensión temporal del procedimiento en sí como la complejidad de los delitos a enjuiciar. Además, y siempre en palabras de KREKELER, en los procesos penales seguidos contra la RAF el número de representantes del Ministerio Público no estaba sujeto a límite alguno, lo que conducía a perturbar considerablemente el principio de igualdad de armas entre la Fiscalía y la defensa del acusado.⁴⁰

Por otra parte, mientras que tradicionalmente un abogado podía defender en el mismo procedimiento los intereses de varios imputados, dicha posibilidad fue eliminada mediante la Ley del año 1974 (§ 146 StPO). La razón argüida por el legislador fue de nuevo la masificación de abogados defensores en los procedimientos seguidos contra los miembros de la RAF.⁴¹

Ambas restricciones trajeron consigo una limitación considerable del derecho de defensa inherente a cualquier sujeto sometido a un procedimiento penal. En el caso concreto de los delitos de terrorismo, la Ley Antiterrorista del año 1974 estableció la base legal necesaria que permitió impedir el ejercicio de una determinada estrategia de defensa de carácter colectivo por parte de los distintos abogados de la RAF, mientras que, por el contrario, los tribunales podían seguir imputando las distintas acciones

³⁹ Así, en los primeros procesos penales sustanciados contra miembros de la RAF no era infrecuente que los mismos ejercieran su derecho de defensa a través de un gran número de abogados. Sin ir más lejos, los inculcados en el proceso de Stammheim seguido contra la Primera Generación de la RAF confiaron su defensa a un número de abogados que oscilaba entre los diez y los catorce, de los cuales nueve ejercían la defensa conjunta de todos los procesados. Véase: WITTE, “Rechtsstaat...”, cit., p. 291.

⁴⁰ KREKELER, “Strafverfahrensrecht...”, cit., p. 214. En los mismos términos: BERLIT/DREIER, “Die legislative...”, cit., pp. 227 y ss.

⁴¹ GEHRING, “Die Reaktion...”, cit., p. 75.

terroristas al colectivo de la RAF, sin reparar en la responsabilidad penal concreta de cada uno de sus miembros.

D. Vista oral sin presencia del acusado (§ 231a, § 231b StPO)

La Ley Antiterrorista del año 1974 introdujo también modificaciones de carácter restrictivo en todo ámbito relativo a la fase del juicio oral.

Así, el nuevo § 231a StPO regulaba los casos de ausencia del acusado en la vista oral por incapacidad provocada por él mismo, mientras que el § 231b StPO hacía referencia a la expulsión del acusado de la sala de sesiones por su comportamiento antirreglamentario. A través de ambos preceptos se dotó a los Tribunales de una serie de instrumentos destinados fundamentalmente a evitar que el sujeto imputado pudiera impedir el normal desarrollo del procedimiento penal dirigido contra él mediante el abuso *intencionado* de los derechos procesales que la legislación le brindaba.⁴²

En virtud del § 231a StPO, una vista oral podía –e incluso debía– celebrarse en ausencia del acusado cuando éste incurría de forma dolosa y culpable en un estado que excluía su capacidad de participar en las sesiones del juicio, impidiendo con ello de forma intencionada la continuación de la vista, y siempre y cuando el tribunal no considerase imprescindible su presencia. En consecuencia –y dejando a un lado la etapa del Nacionalsocialismo– esta disposición permitía por vez primera desde la aprobación de la Ordenanza Procesal en el año 1877 la posibilidad de llevar a cabo un juicio oral en ausencia del acusado, a cuya finalización podía ser impuesta cualquier tipo de pena contemplada legalmente, incluso la prisión perpetua.⁴³

En palabras de EBERT, lo establecido en el § 231a StPO lesionaba manifiestamente el Derecho a ser oído en juicio, no convenciéndole el argumento del legislador de la época según el cual el acusado no se había hecho acreedor a dicho derecho por causa

⁴² BASTEN, *Von der Reform...*, cit., p. 254.

⁴³ RUDOLPHI, “Die Gesetzgebung...”, cit., p. 7. En el caso de los terroristas de la RAF se vieron afectados por la medida aquellos inculcados que en su momento tomaron la decisión de iniciar una huelga de hambre para denunciar las condiciones de internamiento a las que estaban siendo sometidos, situación que afectó evidentemente a su estado físico y, en consecuencia, a su capacidad volitiva para asistir a las sesiones del juicio oral. Durante la década de 1970, los miembros de la RAF fueron considerados por las autoridades judiciales y penitenciarias como sujetos altamente peligrosos. Por ello, una vez detenidos por la policía eran internados en régimen de aislamiento (*Isolationshaft*). Para los terroristas de la RAF, esta situación de incomunicación traía consigo no sólo la imposibilidad de establecer cualquier tipo de contacto con el resto de internos, sino también el verse sometidos a una vigilancia permanente en unas celdas aisladas visual y acústicamente. Esta situación de “deprivación sensorial” afectó negativamente al estado físico y, sobre todo, psíquico de los internos, el cual se vio mermado aún más como consecuencia de la huelga de hambre. Véase en este sentido: WESEL, Uwe (2006): “Strafverfahren, Menschenwürde und Rechtsstaatsprinzip. Versuch einer Bilanz der RAF-Prozesse”, en: KRAUSHAAR, Wolfgang (Ed.), *Die RAF und der linke Terrorismus*, Vol. 2, Hamburg: Hamburger Edition, pp. 1053-1054. Para un estudio pormenorizado de las condiciones de internamiento de los miembros de la RAF véase: DEMES, *Die Binnenstruktur...*, cit., pp. 99 y ss.; JANDER, Martin (2006): “Isolation. Zu den Haftbedingungen der RAF-Gefangenen”, en: KRAUSHAAR, Wolfgang (Ed.), *Die RAF und der linke Terrorismus*, Vol. 2, Hamburg: Hamburger Edition, pp. 973 y ss. En el contexto descrito no puede negarse el hecho de que el régimen especial de internamiento de los miembros de la RAF fue utilizado por estos como arma a la hora de continuar su lucha armada en prisión. Las huelgas de hambre iniciadas por la Primera Generación de la RAF tenían como objetivo no sólo denunciar la por ellos definida “tortura en las prisiones alemanas”, sino al mismo tiempo movilizar al colectivo de simpatizantes y a la sociedad en general. Hay que recordar que *Holger Meins* murió el 9 de noviembre de 1974 como consecuencia de una huelga de hambre, lo cual trajo consigo una considerable escalada de la violencia terrorista.

de su conducta intencionada.⁴⁴

Por su parte, el § 231b StPO establecía legalmente la posibilidad de continuar con la vista oral en ausencia del acusado, una vez el Tribunal había ordenado expulsarle de la sala de sesiones por comportamiento antirreglamentario.

E. *Derecho a declarar limitado (§ 257 StPO)*

La última reforma que trajo consigo la Ley de 1974 en el ámbito de los delitos de terrorismo fue la modificación del § 257 StPO y la supresión del § 257a StPO, disposición que establecía la posibilidad del acusado y su defensor de emitir cualquier declaración durante toda la fase del juicio oral.

En prácticamente la totalidad de los juicios seguidos contra miembros de la RAF, la defensa de los acusados no cesó nunca de emitir declaraciones políticas destinadas única y exclusivamente a enmarcar el procedimiento penal en curso en el contexto político de la época.⁴⁵ Dada la cercanía del juicio oral contra la cúpula dirigente de la RAF, el legislador de 1974 tomó cartas en el asunto con el objetivo de impedir la politización del proceso de Stammheim, limitando así el derecho de acusados y defensores a emitir declaraciones durante las sesiones del juicio.

F. *Extensión de la imposición de la prisión preventiva sin motivo de detención (§ 112 párrafo 3 StPO)*

Como ya se apuntó en los párrafos anteriores, la Ley Antiterrorista de 18 de agosto de 1976 introdujo importantes reformas, las cuales incidieron no sólo en el ámbito penal sustantivo, sino que también afectaron considerablemente a la posición procesal tanto de la persona imputada como la de su abogado defensor.

Así, en lo relativo al ámbito de la prisión preventiva, el párrafo 3 del § 112 StPO fue ampliado mediante la reforma llevada a cabo en el año 1976, permitiendo a partir de entonces ordenar la prisión preventiva contra aquel inculpado sospechoso de un delito de terrorismo según el § 129a StGB, y sin que para ello fuera necesaria la acreditación de alguno de los motivos de detención recogidos en el § 112 párrafo 2 StPO (peligro de fuga, de entorpecimiento del sumario o de reincidencia).

Por consiguiente, la introducción del § 129a StGB –con todas las variantes comisivas que contempla– en el catálogo de delitos para los que el § 112 StPO no exigía la existencia de un motivo de detención para decretar la prisión preventiva del presunto autor, supuso equiparar un delito de falta (*Vergehen*) con delitos muy graves como el homicidio o el asesinato.⁴⁶ Para la mayoría de la doctrina alemana, esta extensión del §

⁴⁴ EBERT, “Tendenzwende...”, cit., p. 139.

⁴⁵ Para los abogados de la RAF, sus clientes eran *combatientes* en una guerra que se estaba librando a nivel planetario contra el sistema capitalista-imperialista. Por ello consideraban que los procesos penales seguidos contra los miembros de la RAF eran en realidad procesos políticos. En consecuencia, *Otto Schily*, uno de los abogados de la RAF durante el proceso de Stammheim, no dudo en solicitar la citación de los siguientes testigos para interrogarlos en juicio: el antiguo presidente de EE.UU. *Richard Nixon*, su Ministro de defensa *Melvin Laird*, o el antiguo comandante de las fuerzas armadas norteamericanas en Vietnam, el General *Creighton Abrams*. Véase, ampliamente: GLAEBNER, *Sicherheit...*, cit., p. 242.

⁴⁶ De este modo se permitía por ejemplo decretar la prisión provisional para un sujeto sospechoso de apoyar o

112 párrafo 3 StPO a los delitos de terrorismo infringía claramente el principio de proporcionalidad, recogido en el ordenamiento jurídico alemán incluso con rango constitucional.⁴⁷

G. Control de la correspondencia escrita entre el abogado defensor y el sujeto imputado por delitos de terrorismo (§ 148 párrafo 2, § 148a StPO)

La última reforma procesal de gran calado introducida por la Ley Antiterrorista del año 1976 afectó a uno de los derechos básicos del proceso penal de un Estado democrático: el derecho del abogado defensor a comunicarse libremente y sin control alguno con su cliente encarcelado.

La razón que llevó al legislador alemán a modificar el párrafo 2 del § 148 StPO, introduciendo la posibilidad de controlar el correo escrito en el ámbito de los delitos de terrorismo, hay que buscarla en la conducta mostrada por algunos de los abogados de la RAF, los cuales, abusando de los derechos procesales en materia de defensa regulados en la StPO, habían creado a lo largo de los años un vasto sistema de comunicación entre los miembros de la RAF entre sí y el resto de activistas que se encontraban en libertad, contribuyendo así a mantener intacta la estructura organizativa del grupo.⁴⁸

A partir de lo dispuesto en el mencionado párrafo 2 del § 148 StPO, en aquellos casos en los que el inculpado no se encontrase en libertad y el objeto del procedimiento en curso fuera un delito de terrorismo según el § 129a StGB, debían denegarse escritos y otros objetos relativos a la correspondencia inculpado/abogado defensor siempre que el remitente declarase no estar conforme con que los mismos fueran presentados en primer lugar ante un juez para su control. En virtud de lo establecido en el § 148a párrafo 2 StPO, el juez al que le hubieren sido conferidas las medidas de control no podía ocuparse al mismo tiempo del objeto de la investigación.⁴⁹

En este punto es importante señalar que para aplicar la medida de control de la correspondencia no se exigía acreditar la sospecha de que el letrado estuviese realizando un uso abusivo de su derecho de defensa. En este sentido, RUDOLPHI – realizando para ello un símil con los delitos de peligro abstracto– hablaba de la

hacer publicidad de una organización constituida exclusivamente con la intención de cometer delitos de extorsión mediante secuestro (§ 239a StGB).

⁴⁷ Véase, entre otros: DAHS, “Das ‘Anti-Terroristen-Gesetz’...”, cit., p. 2149; KREKELER, “Strafverfahrensrecht...”, cit., p. 215; RUDOLPHI, “Die Gesetzgebung...”, cit., p. 5.

⁴⁸ RUDOLPHI, “Die Gesetzgebung...”, cit., p. 8. Desde que en el año 1972 se produjo la detención de la Primera Generación de la RAF, los órganos encargados de la persecución penal comenzaron a sospechar de las actividades desplegadas por alguno de sus abogados defensores. Así, cuando *Ulrike Meinhof* fue detenida el 15 de junio de 1972, la policía le incautó un papel manuscrito firmado por *Gudrun Enmslin*, la cual había sido a su vez detenida ocho días antes. En aquellos momentos, el abogado defensor de esta última era *Otto Schily*, con el cual se había entrevistado en prisión tres días antes de la detención de *Meinhof*. Por consiguiente, la policía sostuvo que únicamente *Schily* había podido “transportar” ese manuscrito al exterior. Véase: REQUATE, “«Terroristenanwälte»...”, cit., pp. 273-274.

⁴⁹ A pesar de que no faltaron –incluso en sede gubernamental– las propuestas legislativas destinadas a extender los mecanismos de control incluso a la comunicación oral entre el abogado defensor y su cliente, lo cierto es que dichas propuestas fueron finalmente rechazadas por la mayoría parlamentaria. Véase: STURM, “Zur Bekämpfung...”, cit., p. 10. No obstante, y con el fin de evitar el intercambio o la entrega de documentos u otros objetos, la Ley de Reforma de la Ordenanza Procesal, de 14 de abril de 1978 procedió a reformar de nuevo el § 148 párrafo 2 StPO, introduciendo en el ámbito de los delitos de terrorismo la obligación de instalar en los centros penitenciarios unos cristales separadores que impidiesen el contacto directo entre los abogados de la RAF y sus clientes.

ello un símil con los delitos de peligro abstracto– hablaba de la existencia de un “tipo de sospecha abstracta”.⁵⁰ Y es que hay que decir que, también con respecto a esta medida, las críticas vertidas por la mayoría de la doctrina alemana no fueron desde luego benévolas. Para KREKELER, el control de la comunicación entre el abogado y su cliente suponía una injerencia de tal magnitud en el núcleo esencial del derecho de defensa del inculpado, de modo que se echaba por tierra la necesaria relación de confianza considerada fundamental para afrontar la defensa en un procedimiento penal.⁵¹

H. Interrupción de los contactos (§ 31 y siguientes EGGVG⁵²)

La controvertida medida conocida como “interrupción de los contactos” (*Kontaktssperre*) fue introducida en el ordenamiento jurídico alemán mediante la Ley de Reforma de la Ley de Introductoria de la Ley de Organización de los Tribunales, de 30 de septiembre de 1977. La misma estaba dirigida de un modo *exclusivo* contra aquellos sujetos imputados o condenados por delitos de terrorismo.

El origen de dicho instituto hay que enmarcarlo en el tristemente conocido “Otoño alemán” (*Deutscher Herbst*), momento de mayor tensión en la larga confrontación entre la RAF y el Estado alemán.⁵³ Su finalidad fundamental era impedir que, en aquellos casos en los que una organización terrorista tenía en su poder a rehenes con la intención de intercambiarlos por individuos terroristas encarcelados, pudiera producirse una comunicación entre: 1. Los terroristas encarcelados entre sí; 2. Entre éstos y los autores del secuestro. Como se verá a continuación, la Ley del año 1977 autorizaba a suspender temporalmente y de un modo absoluto los derechos de comunicación de los sujetos que se encontraban en prisión por delitos de terrorismo, tanto entre sí como con el mundo exterior.

La incomunicación total de los individuos encarcelados por delitos de terrorismo podía llevarse a cabo cuando: 1. La vida, la integridad física o la libertad de un sujeto

⁵⁰ RUDOLPHI, “Die Gesetzgebung...”, cit., p. 8.

⁵¹ KREKELER, “Strafverfahrensrecht...”, cit., pp. 214-215. En los mismos términos: DAHS, “Das ‘Anti-Terroristen-Gesetz’...”, cit., p. 2150.

⁵² *Gesetz zur Änderung des Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetz* (EGGVG), de 30 de septiembre de 1977.

⁵³ Durante el año 1977 se recrudecieron las acciones terroristas protagonizadas por la Segunda Generación de la RAF, asesinando en abril al Fiscal General Federal *Siegfried Buback*, y en julio de ese mismo año al presidente del Banco de Dresden, *Jürgen Ponto*. El punto culminante de esta ofensiva terrorista se alcanzó el 5 de septiembre de 1977 mediante el secuestro del presidente de la Patronal alemana y miembro del Consejo de administración de Daimler-Benz, *Hanns-Martin Schleyer*, así como el asesinato de sus cuatro acompañantes. El objetivo de la acción terrorista era canjear a *Schleyer* por los miembros de la RAF internados en la prisión de alta seguridad de Stammheim. El pulso de los terroristas al gobierno de *Helmut Schmidt* alcanzó su punto más álgido el 13 de octubre, cuando un avión de la compañía Lufthansa fue secuestrado por un comando de terroristas palestinos. Las exigencias de éstos al gobierno alemán eran claras: la liberación de sus “camaradas” de la RAF internados en Stammheim. En la noche del 17 al 18 de octubre se produjo en Mogadiscio (Somalia) el asalto de la aeronave por parte del Grupo Especial de Operaciones de la policía alemana (GSG-9), muriendo tres de los cuatros secuestrados. En la mañana del 18 de octubre, los dirigentes históricos de la RAF encarcelados en la prisión de Stammheim, *Andreas Baader*, *Gudrun Ensslin* y *Jan-Carl Raspe*, fueron encontrados muertos en sus respectivas celdas. Todo indica a que se habían suicidado tras conocer lo acontecido en Mogadiscio. Finalmente, el 19 de octubre de 1977 fue encontrado el cadáver de *Hanns-Martin Schleyer*. En palabras del entonces Canciller, dichos acontecimientos llevaron al Estado de Derecho alemán “a su peor crisis desde la existencia de la República”.

se encontraba en una situación de peligro actual; 2. Existía la sospecha fundada de que ese peligro provenía de una organización terrorista; 3. La interrupción de los contactos resultaba necesaria para la defensa ante ese peligro (§ 31 EGGVG). Cuando se daban estos presupuestos, el Ministro de Justicia del *Bund*, o bien uno de los Ministros de Justicia de los distintos *Länder*, podía decretar la incomunicación total de aquellos individuos que habían sido condenados por su pertenencia a una organización terrorista, o bien se encontraban en situación de prisión preventiva por el mismo delito.⁵⁴ Esta interrupción de los contactos podía alcanzar una duración máxima de 30 días, debiendo ser confirmada judicialmente durante los primeros 15. Habiéndose alcanzado el límite máximo, éste podía no obstante sufrir una prórroga adicional por otros 30 días.

La imposición de una *Kontaktsperre* traía consigo para el sujeto afectado por la medida (preso preventivo o condenado) la suspensión total y absoluta de cualquier tipo de contacto personal o escrito con otras personas tanto del centro penitenciario como del exterior, así como la prohibición de recibir información a través de medios audiovisuales o escritos.⁵⁵

Hay que decir que la interrupción de los contactos fue adoptada el 7 de septiembre de 1977 por los distintos *Länder* de conformidad con el Ministro de Justicia y el Fiscal Federal General, sin que no obstante existiera en aquellos momentos una base legal que permitiera su aplicación. Este vacío normativo fue “subsano” en su momento por las distintas instancias oficiales acudiendo al instituto penal del “estado de necesidad legitimante” (*rechtfertigender Notstand*), regulado en el § 34 StGB. Partiendo del principio de la ponderación de los bienes jurídicos afectados, los órganos estatales consideraban *justificada* la lesión de un bien jurídico de menor valor (el derecho de los sujetos internos a comunicarse entre sí y con el mundo exterior), cuando de ese modo se pretendía proteger un bien jurídico superior (la vida, la integridad física o la libertad de un ser humano).⁵⁶

No obstante, esta interpretación fue rechazada de plano por la práctica totalidad de la doctrina penal alemana. Efectivamente, si bien el Tribunal Supremo alemán confirmó mediante la resolución de 23 de septiembre de 1977⁵⁷ el criterio establecido por el Gobierno a la hora de aplicar *praeter legem* la medida de la interrupción de los contactos, acogiéndose como se sabe a un eventual “estado de necesidad”,⁵⁸ el núcleo central de la discusión doctrinal giró en torno al hecho de si el Estado podía acogerse a un

⁵⁴ Véase, ampliamente: BASTEN, *Von der Reform...*, cit., pp. 260 y ss.; RIEB, “Die «Anti-Terrorismugesetzgebung»...”, cit., p. 79.

⁵⁵ BASTEN, *Von der Reform...*, cit., p. 261.

⁵⁶ Esta práctica estatal no se aplicó por vez primera a la hora de afrontar la amenaza terrorista durante los acontecimientos del “*Deutscher Herbst*”. Efectivamente, a lo largo de la década de 1970 se dieron situaciones en las cuales los órganos estatales justificaron una injerencia en derechos fundamentales del sujeto imputado o su defensa aduciendo un eventual “estado de necesidad” justificante. Un ejemplo paradigmático lo constituyen las grabaciones de las conversaciones entre los abogados de la RAF y sus clientes efectuadas en la prisión de Stammheim.

⁵⁷ NJW 1977, p. 2173. En parecidos términos se pronunció el Tribunal Constitucional en su sentencia de 4 de octubre de 1977 (NJW 1977, p. 2157).

⁵⁸ Para el Gobierno del Canciller *Schmidt*, la Constitución alemana fundamentaba no sólo un deber del Estado de proteger a sujetos individuales, sino también al “conjunto de los ciudadanos”.

instituto penal previsto únicamente para ser utilizado por personas naturales.⁵⁹

Finalmente, la llamada Ley de Interrupción de los Contactos fue aprobada el 30 de septiembre de 1977 en el procedimiento legislativo más breve que había vivido Alemania hasta la fecha, entrando en vigor el 2 de octubre.

Posteriormente, el 1 de agosto de 1978 el Tribunal Constitucional alemán declaró la Ley del año 1977 conforme con la Norma Fundamental.⁶⁰ También en este caso, el Alto Tribunal se acogió en su interpretación normativa al principio de la ponderación de bienes jurídicos, considerando la vida, la integridad física y la libertad del sujeto individual bienes más dignos de protección que aquellos derechos inherentes a la persona que se encuentra en prisión.

I. Ampliación de las facultades de intervención en el ámbito procesal

La Ley de Reforma de la Ordenanza Procesal, de 14 de abril de 1978, trajo consigo la aprobación de una serie de medidas de carácter procesal dirigidas fundamentalmente a hacer más eficaz la persecución de los delitos de terrorismo. Debido al carácter policial-preventivo de la mayoría de las normas afectadas por Ley, la misma fue bautizada en el seno de la opinión pública de la época como “ley de redadas”. Como se verá a continuación, las reformas operadas en el año 1978 tenían como característica común el permitir a los órganos encargados de la persecución penal menoscabar derechos fundamentales de incluso aquellos sujetos no sospechosos de la comisión de un delito. Y todo ello en aras a lograr una mayor efectividad en la prevención y persecución penales.

La Ley del año 1978 modificó en primer lugar el § 103 StPO, el cual entre otras cosas hacía referencia al registro domiciliario. En el reformado párrafo 1, frase segunda, de la mencionada disposición se autorizaba a la policía a registrar todos los domici-

⁵⁹ En opinión de EBERT, no podía admitirse bajo ningún concepto que las instancias oficiales acudieran al estado de necesidad para sustraer al imperio de la ley determinadas actuaciones y competencias estatales. Una actuación de este tipo podría dar lugar a conceder implícitamente al poder ejecutivo derechos de emergencia de carácter ilimitado, con los cuales podría “pasar por encima” del ordenamiento jurídico y de los derechos de los ciudadanos. EBERT, “Tendenzwende...”, cit., pp. 140-141. Por su parte, AMELUNG consideraba que una causa de justificación que indiscutiblemente pertenece a la esfera del sujeto individual no puede ser trasladada al ámbito de actuación de los poderes públicos. Véase: AMELUNG, Knut (1978): “Nochmals: § 34 StGB als öffentlichrechtliche Eingriffsnorm?”, *Neue Juristische Wochenschrift*, núm. 13, p. 623. En parecidos términos, SYDOW señalaba que la expresión “la necesidad carece de ley” ha de referirse únicamente a la actuación del individuo. En consecuencia, incluso en aquellas situaciones de emergencia el Estado no puede prescindir del principio de legalidad, acudiendo para ello a un instituto penal previsto para la persona física. SYDOW, Fritz (1978): “Forum: § 34 StGB – kein neues Ermächtigungsgesetz!”, *Juristische Schulung*, núm. 4, p. 225. De la misma opinión: HOLTFORT, Werner (1977): “§ 34 StGB – eine Notstandsverfassung?”, *Demokratie und Recht*, núm. 4, p. 404. Para OSTENDORF, la aplicación *praeter legem* de la interrupción de los contactos por iniciativa gubernamental dio lugar a la disolución del principio de división de poderes. En consecuencia, decisiones que deberían haber correspondido exclusivamente al parlamento fueron tomadas unilateralmente por el poder ejecutivo y ratificadas posteriormente por los órganos judiciales, situación que consideraba como “alarmante”. Véase: OSTENDORF, Heribert (1978): “§ 34 StGB – der neue Notstandsartikel des Grundgesetzes”, *Recht und Politik*, p. 139. La nota discordante en toda esta problemática la personificaba sin duda LANGE, para quien el Estado no podía prescindir del § 34 StGB en una situación de amenaza y violencia terrorista como la que estaba viviendo Alemania en la segunda mitad de la década de 1970. LANGE, Richard (1978): “Terrorismus kein Notstandsfall? Zur Anwendung des § 34 StGB im öffentlichen Recht”, *Neue Juristische Wochenschrift*, núms. 16/17, p. 786.

⁶⁰ BVerfGE 49, 24 = NJW 1978, p. 2235.

lios ubicados en un complejo de viviendas (edificio), sin que para ello fuera necesario presentar una orden judicial de registro para todos y cada uno de los domicilios.⁶¹ En consecuencia, con la nueva regulación no hacía ya falta acreditar sospecha alguna de criminalidad contra el morador de una vivienda en concreto. El único requisito contemplado en la nueva redacción del § 103 StPO era la existencia de diversas circunstancias que permitiesen concluir que con los mencionados registros se lograría el arresto de una persona sospechosa de la comisión de un delito según el § 129a StGB, o bien de uno de los delitos mencionados en dicha disposición.⁶²

En segundo lugar, la reforma procesal del año 1978 modificó lo establecido en el § 111 StPO, norma que hacía referencia al establecimiento de puestos de control callejero por parte de la policía. A partir de la reforma operada, los órganos encargados de la persecución penal podían establecer puestos de control en calles y plazas públicas cuando determinados hechos fundamentasen la sospecha de comisión de un delito según el § 129a StGB, de uno de los delitos mencionados en dicha disposición o de un delito de robo con utilización de armas de fuego, y cuando la medida resultase adecuada para la detención del autor del delito o la obtención de pruebas que pudieran servir para el esclarecimiento del hecho. Para ello, todo individuo que pasase por el puesto de control establecido venía obligado a probar su identidad, así como a dejar registrar los objetos que llevase consigo.

Por último, el § 163b párrafo 2 StPO permitía la retención policial de una persona para comprobar su identidad, aun en el caso de que la misma no fuera sospechosa de un delito, y siempre y cuando esta medida resultara necesaria para el esclarecimiento de un hecho delictivo. Dicha privación de libertad no podía exceder en ningún caso de las doce horas. En palabras de RUDOLPHI, esta última reforma dio lugar a equiparar a efectos de detención policial al sujeto sospechoso de la comisión de un delito con el mero testigo, algo que en palabras del mencionado autor lesionaba manifiestamente los principios de igualdad y proporcionalidad.⁶³

3. Reformas en el ámbito jurisdiccional

Como ya se apuntó al comienzo del siguiente trabajo, la Ley Antiterrorista del año 1976 no sólo afectó a la legislación penal y procesal en el ámbito de la delincuencia terrorista, sino que también trajo consigo reformas jurisdiccionales en lo relativo a este tipo de delincuencia. Así, la mencionada Ley instauró en el § 142a de la Ley de Organización de los Tribunales (*Gerichtsverfassungsgesetz*, GVG) la competencia originaria del Fiscal Federal General, así como de los Tribunales Superiores de Justicia –

⁶¹ En la aprobación de esta concreta medida tuvieron mucho que ver los acontecimientos vividos un año antes en el transcurso del “*Deutscher Herbst*”. Así, los órganos policiales pudieron comprobar como el empresario *Hanns Martin Schleyer* había estado retenido durante varias semanas en un apartamento ubicado en un edificio que albergaba cientos de viviendas. Con la legislación procesal entonces vigente hubiera sido necesario solicitar un orden judicial de registro para todas y cada una de las viviendas del complejo. Véase: MEYER, *Terror...*, cit., p. 31.

⁶² BASTEN, *Von der Reform...*, cit., p. 294.

⁶³ RUDOLPHI, “*Die Gesetzgebung...*”, cit., p. 6. El mismo autor consideraba que las reformas operadas en los parágrafos § 103 y § 111 StPO lesionaban también el principio de proporcionalidad.

contemplada esta última en el § 120 párrafo 1 núm. 6 GVG– a la hora de perseguir y enjuiciar el conjunto de conductas comprendidas en el § 129a StGB.

Con el conjunto de medidas adoptadas en el ámbito jurisdiccional, el legislador alemán pretendía sobre todo lograr una centralización judicial en la investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo. En particular, la concentración de competencias investigadoras en la figura del Fiscal Federal General debía complementar las actividades realizadas por la Oficina Federal de Investigación Criminal (*Bundeskriminalamt*, BKA), organismo que había sido anteriormente imbuido de las competencias necesarias para dirigir y centralizar todas las actividades investigadoras realizadas por la policía alemana en todo el ámbito de la delincuencia violenta de carácter político.⁶⁴

Como consecuencia de estas reformas operadas, no fueron pocos los que denunciaron la creación en Alemania de una “jurisdicción especial” para combatir la delincuencia terrorista.⁶⁵

III. LEGISLACIÓN ANTITERRORISTA EN ALEMANIA EN LA DÉCADA DE 1980

1. La Ley de Lucha contra el Terrorismo, de 19 de diciembre de 1986

A. Introducción

Tras las frustradas propuestas legislativas presentadas en la primera mitad de la década de 1980 por el Partido Socialdemócrata y los Verdes, dirigidas a modificar e incluso suprimir el § 129a StGB, la re-activación de la violencia terrorista por parte de la Tercera Generación de la RAF dio lugar a que todo el ámbito relativo a la “seguridad interior” fuera de nuevo puesto en un primer plano por el entonces Gobierno liberal-conservador del Canciller *Helmut Kohl*. Además, junto a la violencia terrorista se venían registrando en aquellos años una serie de atentados de gran envergadura dirigidos contra bienes de uso público (postes de corriente eléctrica, líneas férreas, materiales de construcción), cuyos responsables eran fundamentalmente individuos pacifistas contrarios a las centrales nucleares. En el contexto de estos nuevos “campos de acción de la violencia terrorista” –según la versión oficial de la época–, el 10 de octubre de 1986 fue asesinado por la RAF el diplomático *Gerold von Braunmühl*, acontecimiento que dio el espaldarazo definitivo a las propuestas de reforma de tipo represivo que meses antes –y teniendo como telón de fondo las inminentes elecciones federales de enero de 1987– había anunciado el ejecutivo de *Kohl* en todo el ámbito de la delincuencia terrorista, y que finalmente vieron la luz en forma de “Ley de Lucha contra el Terrorismo”, de 19 de diciembre de 1986.⁶⁶

⁶⁴ REBMANN, Kurt (1986): “Die Zuständigkeit des Generalbundesanwalts zur Verfolgung terroristischer Straftaten”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* p. 289.

⁶⁵ Véase, por todos: GÖSSNER “Sonderrechtssystem...”, cit., p. 233.

⁶⁶ Para un análisis del contexto histórico-jurídico en el que se enmarca la Ley antiterrorista de 1986 véase, en detalle: FÜRST, Martin (1989): *Grundlagen und Grenzen der §§ 129, 129a StGB. Zu Umfang und Notwendigkeit der Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes bei der Bekämpfung krimineller und terroristischer Vereinigungen*,

B. Nueva redacción del § 129a StGB

Diez años después de su introducción en el Código Penal alemán, el tipo penal relativo a la “constitución de organizaciones terroristas” (§ 129a StGB) fue sometido en el año 1986 a una extensión y endurecimiento considerables.

En primer lugar, la Ley de Lucha contra el Terrorismo trajo consigo una ampliación del catálogo de delitos consignados en el párrafo primero del § 129a StGB. En concreto, las figuras delictivas (faltas) incorporadas –y que, consecuentemente, eran desde entonces susceptibles de ser cometidas por organizaciones terroristas– fueron las siguientes: 1. § 315 párrafo 1 StGB (intervenciones peligrosas en el tráfico ferroviario, naval y aéreo); 2. § 316b párrafo 1 StGB (alteración de servicios públicos); 3. § 305a StGB (destrucción de importantes instrumentos de trabajo).

En opinión del entonces gobierno liberal-conservador, la razón de incorporar estos tipos penales al catálogo contenido en el § 129a StGB se debía principalmente al carácter “terrorista” de algunas de las acciones llevadas a cabo por grupos pacifistas, como por ejemplo el bloqueo del transporte terrestre de municiones o el derribo de postes conductores de fluido eléctrico.⁶⁷ De este modo, conductas constitutivas de falta que hasta la fecha se conminaban únicamente con una pena de multa pasaron a integrarse dentro de la tipología de los delitos de terrorismo.⁶⁸

En segundo lugar, la Ley del año 1986 trajo consigo la elevación a delito (*Verbrechen*) de las modalidades comisivas relativas a la fundación de una organización terrorista y la participación en la misma como miembro. En consecuencia, los marcos penales previstos para ambas conductas pasaron de estar comprendidos entre los seis meses y los cinco años de pena privativa de libertad, a situarse entre uno y diez años de prisión. Este aumento en la conminación penal también afectó a los líderes y a los llamados “hombres de atrás” de una organización terrorista. En estos casos, la pena mínima a imponer se elevó a tres años, mientras que el límite máximo pasó de diez a quince años de privación de libertad.

Finalmente, la reforma operada en el § 129a StGB eliminó la posibilidad de que el tribunal sentenciador pudiera prescindir de la imposición de una pena en los casos de “tentativa de fundar una organización de carácter terrorista”, posibilidad que venía contemplada en la redacción originaria del § 129a párrafo 4 StGB.⁶⁹

No es de extrañar que la Ley de Lucha contra el Terrorismo del año 1986 recibiera demoledoras críticas por parte de la doctrina penal alemana. Así, KÜHL consideraba que con la nueva redacción dada al § 129a StGB no podía afirmarse ya que el mismo se

Frankfurt a.M.: Peter Lang, pp. 46 y ss.; KÜHL, Kristian (1987): “Neue Gesetze gegen terroristische Straftaten”, *Neue Juristische Wochenschrift*, núm. 13, pp. 743-744.

⁶⁷ FÜRST, *Grundlagen...*, cit., p. 50.

⁶⁸ Véase en este sentido: DENCKER, Friedrich (1987): “Das «Gesetz zur Bekämpfung des Terrorismus»”, *Strafverteidiger*, p. 117. Para este autor, la ampliación del tipo previsto en el § 129a StGB llevada a cabo en el año 1986 no casa en absoluto con el principio penal de la prohibición del exceso, al definirse como “terroristas” acciones que en muchos casos no desplegaron violencia alguna.

⁶⁹ RUDOLPHI, Hans-Joachim/STEIN, Ulrich (2005): “§ 129a. Bildung terroristischer Vereinigungen”, en: RUDOLPHI, Hans-Joachim, et al., *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Tomo II. Besonderer Teil (§§ 80-358), 7. y 8. Ed., Neuwied: Lucherhand, p. 3.

limitara exclusivamente a regular las “genuinas organizaciones terroristas”. Si bien el mencionado autor no dudaba de la necesaria punibilidad de conductas delictivas tales como el bloqueo de las líneas férreas, se mostraba sin embargo contrario a que las mismas se integraran en el ámbito de la delincuencia terrorista.⁷⁰ Para GÖSSNER, la modificación del § 129a StGB llevada a cabo en el año 1986 evidenciaba claramente las intenciones del gobierno de la época de *estigmatizar* como “terroristas” meras acciones de desobediencia civil surgidas como consecuencia del recrudecimiento de determinados conflictos sociales.⁷¹

También los nuevos marcos penales previstos para los delitos de terrorismo fueron objeto de severas críticas. Así, en opinión de DENCKER, los delitos de peligro abstracto –como es el caso del § 129a StGB– no pueden en ningún caso estar conminados con una mayor penalidad que sus correspondientes tipos de peligro concreto. En consecuencia, marcos penales tan elevados como los previstos en el § 129a StGB para el mero peligro abstracto que supone que una determinada “organización terrorista” cometa un hecho delictivo conminado a su vez con una pena máxima de cinco años (como sucede por ejemplo en los casos del § 305a, o del § 316b párrafo 1 StGB), no pueden justificarse de ningún modo acudiendo al principio de culpabilidad.⁷²

C. Otras reformas de carácter penal y jurisdiccional

La Ley de Lucha contra el Terrorismo del año 1986 introdujo en el Código Penal alemán dos nuevas conductas delictivas, una de las cuales había tenido ya una corta existencia durante la década de 1970. Efectivamente, la reforma operada en el año 1986 hizo resurgir el parágrafo § 130a StGB, destinado a penalizar la “instrucción para delinquir”.⁷³ Por otra parte, la mencionada Ley antiterrorista introdujo un nuevo tipo delictivo destinado a hacer frente a determinadas formas de violencia practicadas por grupos en su mayoría encuadrables en ideologías de carácter pacifista. Así, el anteriormente mencionado § 305a StGB sometía a conminación penal aquellas conductas dirigidas a destruir importantes medios o utensilios de trabajo destinados al servicio público, como por ejemplo vehículos policiales o del ejército.⁷⁴

Por lo demás, la Ley del año 1986 modificó también determinadas disposiciones de la Ley de Organización de los Tribunales (GVG), con la finalidad de ampliar las competencias de investigación y enjuiciamiento tanto del Fiscal Federal General como de los Tribunales Superiores de Justicia en todo el ámbito de la delincuencia terrorista.⁷⁵

⁷⁰ KÜHL, “Neue Gesetze...”, cit., p. 746.

⁷¹ GÖSSNER, “Sonderrechtssystem...”, cit., p. 230.

⁷² DENCKER, “Das «Gesetz...”, cit., p. 121. En los mismos términos: RUDOLPHI/STEIN, “§ 129a. Bildung...”, cit., p. 3.

⁷³ Como ya se indicó en su momento, dicha disposición fue introducida en la legislación penal mediante la Ley de 22 de abril de 1976. No obstante, su falta de eficacia práctica, unida a las críticas doctrinales y judiciales motivaron su supresión en el año 1981.

⁷⁴ FÜRST, *Grundlagen...*, cit., p. 49; KÜHL, “Neue Gesetze...”, cit., p. 746.

⁷⁵ Con respecto a esta reforma jurisdiccional véase, en detalle: KÜHL, “Neue Gesetze...”, cit., pp. 746-747.

2. La Ley de Introducción de la Regulación del Testigo Principal en los Delitos de Terrorismo, de 9 de junio de 1989

A. Introducción

La última disposición legislativa que en la década de 1980 afectó a los delitos de terrorismo fue la Ley de Introducción de la Regulación del Testigo Principal (*Kronzeugenregelungsgesetz*, *KronzeugG*), aprobada el 9 de junio de 1989.⁷⁶

Desde un punto de vista jurídico, se denomina “testigo principal” o “testigo de la corona” (*Crown’s Witness*, en su acepción anglosajona) a aquel individuo que reporta una determinada información a los órganos de persecución penal, la cual le acarrea una serie de beneficios relacionados con el proceso penal abierto contra él por la comisión de un determinado delito. Estos beneficios pueden consistir, bien en un desistimiento de la persecución penal con el consiguiente sobreseimiento (la denominada “solución procesal”), bien en una atenuación de la pena o en una dispensa de la misma por parte del Tribunal sentenciador (“solución penal”).⁷⁷

B. Finalidad de la figura del “testigo principal”. Marco normativo

Mediante la regulación de la regla del “testigo principal” se pretendía ante todo impedir la comisión de atentados terroristas ya planeados, así como ayudar a esclarecer aquellos delitos que ya habían sido cometidos. Para ello se consideraba de fundamental importancia “fomentar” el abandono de las armas por parte de uno o varios miembros de una determinada organización terrorista (los denominados arrepentidos o “*Aussteiger*”) y facilitar al mismo tiempo su reincorporación a la sociedad, eso sí previa colaboración de éstos con los órganos policiales y/o judiciales.

Para ello, los parágrafos § 1 y § 2 *KronzeugG* contemplaban la posibilidad, bien de desistir de la incoación del procedimiento contra el “testigo principal” por parte del Ministerio Fiscal, aunque con el consentimiento de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, bien de sobreseer judicialmente el mismo una vez presentada acusación por parte del Fiscal General Federal y con su consentimiento, bien, por último, decretar en la sentencia judicial la atenuación de la pena impuesta o incluso la dispensa de la

⁷⁶ La regla del testigo principal cuenta en Alemania con una larga tradición en el ámbito de la delincuencia terrorista. Así, ya en el año 1975 comenzó a discutirse a nivel político su posible introducción en el ordenamiento jurídico para combatir la violencia desplegada por la RAF. Posteriormente, en el Proyecto de ley de lo que finalmente sería la Ley de Lucha contra el Terrorismo de 1986 se contempló la posibilidad de aplicar la regla del testigo principal a los delitos de terrorismo, eso sí con una vigencia temporal y *extramuros* de la legislación penal y procesal. Si bien dicha posibilidad fue finalmente descartada, el entonces gobierno liberal-conservador no cesó en su empeño de dotar de una base legal a ese instituto jurídico, presentado así en diciembre de 1987 una nueva propuesta de introducción del “*Kronzeuge*”. Para un análisis en profundidad de dicha figura en el ámbito de los delitos de terrorismo véase, entre otros: HASSEMER, Winfried (1989): “Die Kronzeugenregelung”, *Strafverteidiger* núm. 2, pp. 79-80; HILGER, Hans (1989): “Die «Kronzeugenregelung bei terroristischen Straftaten»”, *Neue Juristische Wochenschrift*, núm. 38, pp. 2377 y ss.; LAMMER, Dirk (1989): “Terrorbekämpfung durch Kronzeugen”, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, pp. 248 y ss.; MÜHLHOFF, Uwe/PFEIFFER, Christian (2000): “Der Kronzeuge – Sündenfall des Rechtsstaates oder unverzichtbares Mittel der Strafverfolgung?”, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, pp. 121 y ss.;

⁷⁷ MÜHLHOFF/PFEIFFER, “Der Kronzeuge...”, cit., p. 122.

misma. Para que entrara en juego alguna de estas tres alternativas, el *Kronzeuge* debía facilitar a los órganos de persecución penal la información necesaria que permitiera impedir la comisión de un delito de terrorismo, su esclarecimiento o la detención de los miembros o colaboradores de una organización terrorista.

Hay que decir que la posibilidad de aplicar la regla del testigo principal quedaba en todo caso excluida en los casos en los que el *Kronzeuge* fuera responsable de un delito de genocidio (§ 3 KronzeugG). A su vez, el mecanismo de dispensa de pena no podía entrar en consideración cuando los delitos cometidos por el testigo principal fueran los de homicidio o asesinato. En estos casos se podía producir únicamente una atenuación de la pena impuesta hasta un mínimo de tres años de privación de libertad.

C. La problemática del “Kronzeuge”

Para la mayor parte de la doctrina alemana, los problemas normativos que presenta el instituto del “testigo principal” son manifiestos, pudiendo éstos ser resumidos en los siguientes puntos: 1. La regulación del “Kronzeuge” afecta claramente a principios jurídicos que resultan indisponibles por su naturaleza, como por ejemplo el principio de legalidad y, relacionado con éste, el principio de igualdad ante la ley; 2. Dicho mecanismo conduce a desvirtuar la fase del juicio oral, provocando que el necesario “descubrimiento de la verdad” se quede en el camino; 3. A la hora de individualizar judicialmente la pena se ocasiona un evidente perjuicio para aquellos individuos que no quieren o no pueden colaborar con la justicia. 4. La cooperación de la justicia con delinquentes peligrosos resulta manifiestamente inmoral; 5. La regla del testigo principal puede favorecer la aportación de datos o acusaciones falsas por parte de un sujeto arrepentido, con la única intención de asegurarse una pena relativamente corta; 6. Finalmente, el “privilegiar” al terrorista arrepentido conduce necesariamente no sólo a desestabilizar el ordenamiento jurídico, sino también a frustrar la conciencia jurídica de los ciudadanos.⁷⁸

El instituto del “testigo principal”, el cual se introdujo en su momento con una vigencia temporal, se mantuvo hasta el año 1999, fecha en la que fue suprimido del ordenamiento jurídico alemán. Aunque determinados sectores políticos reclamaron una prórroga en su aplicación, lo cierto es que tanto sus dudas de carácter moral y procesal, unido al hecho de que en su periodo de vigencia ningún terrorista de la RAF se acogió a la “oferta” estatal de rebaja de pena, dieron lugar a que la balanza se inclinara finalmente del lado de su abolición.

V. CONCLUSIONES

Afirma OTTENHOF que “[D]e todos los efectos perversos que el terrorismo engendra (...) la desmesura constituye sin duda el denominador común”.⁷⁹ Pues bien, es probable

⁷⁸ Véase, entre otros: HASSEMER, “Die Kronzeugenregelung”, cit., p. 80; LAMMER, “Terrorbekämpfung...”, cit., p. 250; MÜHLHOFF/PFEIFFER, “Der Kronzeuge...”, cit., p. 124.

⁷⁹ OTTENHOF, Reynald (1987): “Le droit pénal français à l’épreuve du terrorisme”, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, núm. 3, p. 607.

que ninguno de esos efectos sea tan desmesurado como la sustitución de la *razón jurídica* por la *razón de Estado*. En nombre de esta última razón se aceptan o se desechan las normas legales y los principios inspiradores del ordenamiento positivo cada vez que éstos entran en colisión con aquélla o aparecen como disfuncionales.

La legislación antiterrorista aprobada en Alemania a lo largo de las décadas de 1970 y 1980 no fue desde luego el resultado de un proceso de análisis frío y razonado de las ventajas e inconvenientes que podría traer consigo una legislación de carácter a todas luces excepcional, sino más bien el fruto de un *accionismo* legislativo desmesurado en una atmósfera agitada y cargada de emoción como consecuencia de las actividades terroristas desplegadas por la RAF.⁸⁰ Este “enfrentamiento legislativo” del Estado alemán con el fenómeno del terrorismo dio lugar a un aumento de los recursos estatales de control represivo, tanto en su vertiente penal como procesal, en detrimento de principios fundamentales del Derecho penal tales como el principio de intervención mínima o de culpabilidad, o de los derechos inherentes a todo sujeto sometido a un proceso penal. En consecuencia, no resulta exagerado afirmar que la legislación antiterrorista aprobada en Alemania en las décadas de 1970 y 1980 dio lugar a la creación de un *sistema jurídico especial* en sus vertientes penal, procesal y jurisdiccional, el cual fue bautizado por algunos como una “justicia de excepción en un estado de sitio”.⁸¹

La legislación antiterrorista aprobada en Alemania en las décadas de 1970 y 1980 confirma sin duda la existencia de un “Derecho penal del enemigo” en todo este ámbito de la criminalidad. Partiendo de los postulados establecidos en su día por JAKOBS, el Derecho penal del enemigo hace referencia a un Derecho penal que trata a los infractores –a determinados infractores– no como ciudadanos, es decir, como sujetos que no han respetado los mínimos de convivencia condensados en las normas penales y que, por lo tanto, deben ser *desautorizados* mediante la pena, sino como enemigos, como meras fuentes de peligro que deben ser *neutralizadas* del modo que sea, cueste lo que cueste.⁸²

⁸⁰ Véase en este sentido: RUDOLPHI, “Die Gesetzgebung...”, cit., p. 1. La reacción estatal al terrorismo ha venido estando en Alemania estrechamente ligada a la reacción social al fenómeno en cuestión y, más concretamente, a las expectativas depositadas por la sociedad en el Estado para erradicar dicha lacra. Así, la escalada terrorista de la RAF durante la segunda mitad de la década de 1970 dio lugar a que la opinión pública alemana aumentara su presión hacia los aparatos de poder con el fin de lograr la inmediata detención y condena de los terroristas. En este contexto resulta indudable que las demandas sociales de éxito inmediato frente al terrorismo no constituirían desde luego los mejores presupuestos para realizar una labor legislativa racional y equilibrada a la hora de hacer frente al fenómeno.

⁸¹ De esta opinión: GÖSSNER “Sonderrechtssystem...”, cit., pp. 233 y ss. Para DENCKER, esta “legislación especial” –y muy especialmente el § 129a StGB– permite la utilización de unos mecanismos penales y procesales impensables en un sistema jurídico destinado a los *ciudadanos*. Véase: DENCKER “Das «Gesetz...”, cit., p. 118.

⁸² JAKOBS, Günther (1985): “Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 97, pp. 753 y 756. Según este ilustre penalista, en la legislación penal y procesal de las sociedades modernas aparecen manifestaciones evidentes del llamado Derecho penal del enemigo. Una primera manifestación estaría representada por aquellos tipos penales que *anticipan* la punibilidad a actos que sólo tienen el carácter de preparatorios de hechos futuros. Una segunda característica del Derecho penal del enemigo sería la desproporcionalidad de las penas. En tercer lugar, JAKOBS observa también una manifestación típica del Derecho penal del enemigo en el hecho de que numerosas leyes penales aprobadas en los últimos tiempos se autodenominan abierta y precisamente como “leyes de lucha o de combate”. Finalmente, un signo especialmente relevante y significativo para la identificación del Derecho penal del enemigo sería la considerable

Como bien señala CANCIO MELIÁ en esta materia, los fenómenos frente a los cuales responde el “Derecho penal del enemigo” se caracterizan fundamentalmente por ser comportamientos delictivos que afectan a “elementos esenciales y especialmente vulnerables de la identidad de las sociedades en cuestión”.⁸³ En este sentido, la razón más extendida con que se argumenta en favor del tratamiento *especial* de la delincuencia terrorista es precisamente la de que el terrorismo no sólo afecta a bienes jurídicos individuales, sino también a las propias bases del sistema democrático. Y, frente a este enemigo, no son pocos los que consideran que la única reacción posible es la inoportunización o neutralización, es decir, medidas con las que se pretende procurar una especial seguridad cognitiva en la población.

Por lo que hace referencia al ordenamiento jurídico alemán, el terrorismo ha puesto y sigue poniendo de relieve las profundas contradicciones del Estado constitucional, el cual, impotente para mantenerse fiel a sus genuinas señas de identidad garantista, ha caído y sigue cayendo en la provocación terrorista, procediendo en consecuencia a dinamitar algunas de las más importantes conquistas político-jurídicas del siglo XX. Y todo ello porque la anteriormente mencionada razón de Estado, y su regla principal –el fin justifica los medios– son incompatibles con el concepto mismo de Estado de Derecho. Frente a esto, 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 así de las restricciones que los representantes estatales deben imponerse en el ejercicio de sus funciones.

Finalmente, resulta necesario hacer referencia a uno de los postulados establecidos en su día por LÜBBE: “En la lucha contra el terror, tanto la policía como los jueces pueden llevar a cabo únicamente un trabajo de revisión. La aproximación a las causas del terrorismo no puede realizarse mediante procesos penales y sentencias condenatorias”.⁸⁴ En consecuencia, para afrontar la problemática terrorista no se puede partir en exclusiva de la legislación penal y procesal. Un fenómeno como éste requiere en primer lugar una aproximación criminológica capaz de indagar en sus causas más remotas. Seguidamente debe llevarse a cabo una discusión de carácter político-intelectual que abarque *todos* los elementos inherentes al fenómeno del terrorismo. En el ámbito estrictamente jurídico-penal, debe producirse ante todo un cumplimiento efectivo y eficaz de la legislación vigente. Y sólo en última instancia debe considerarse la posibilidad de aprobar nuevas leyes.

Para erradicar una forma de delincuencia de las características del terrorismo, fenómeno que supone un ataque a las bases mismas del sistema democrático, no puede

restricción de garantías y derechos procesales de los sujetos imputados. Véase: JAKOBS, Günther (2000): “Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (*Kommentar*)”, en: ESER, Albin/HASSEMER, Winfried/BURKHARDT, Björn (eds.), *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, München: Beck, pp. 51-52. Pues bien, si se echa un vistazo a la legislación antiterrorista aprobada en Alemania durante las décadas de 1970 y 1980 puede observarse claramente la presencia de todos los elementos definidores de ese Derecho penal del enemigo.

⁸³ Véase: CANCIO MELIÁ, Manuel (2002): “«Derecho penal» del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000”, *Jueces para la Democracia*, núm. 44, p. 22.

⁸⁴ Cita reproducida por VOGEL, “Möglichkeiten...”, cit., p. 41.

optar el legislador por supeditar los principios garantistas del Derecho penal contemporáneo a una hipotética “efectividad” de la intervención penal frente a ese tipo de delincuencia, de suerte que la excepcionalidad devenga justificada por la defensa del Estado de Derecho o de la democracia. El Estado de Derecho no es un fin en sí mismo sino un medio, y el mismo no puede defenderse mediante su negación.