

Circunstancia. Año VI - Nº 16 - Mayo 2008

Ensayos

EL TERRORISTA Y SU DERECHO: SOBRE LA POSICIÓN TEÓRICO-JURÍDICA DEL TERRORISMO MODERNO

Michael Pawlik

[Resumen-Palabras clave](#) / [Abstract-Keywords](#)

A. La guerra reglada (gehegter Krieg)

"Todo ciudadano está obligado a resistir con armas de toda clase al enemigo invasor, a no obedecer sus órdenes y edictos y en el caso de que el enemigo pretenda imponerlas por medios violentos, a dañarlo con todos los medios a su alcance". En este sentido corresponde especialmente "impedir al enemigo el asalto así como la retirada, acosarlo permanentemente, secuestrarle munición, alimentos correspondencia o soldados, destruir sus hospitales, asaltarlos por la noche, inquietarlo, crearle situaciones penosas, anular su capacidad, aniquilarlo individualmente o en grupo, allí donde sea posible". Esto prescribía el Rey de Prusia Friedrich Wilhelm III en el Decreto de 21 de abril de 1813^[1] sobre los ataques al territorio (Verordnung über den Lanssturm). *Carl Schmitt* no exagera cuando considera las páginas de la Colección Prusiana de Leyes, en las que está impreso este decreto, como "las páginas más sorprendentes de todas la colecciones legislativas del mundo"^[2]. En ellas tiene lugar nada menos que la primera legitimación de la guerra de partisanos – y esto en un Estado con una conciencia de las formas y una voluntad de orden igualables. El Decreto sobre ataques al territorio sólo rigió tres meses. El 17 de julio de 1813 el peligro partisano había desaparecido^[3]. El fin de la guerra tuvo lugar en los combates de los ejércitos regulares en Vittoria, Leipzig y durante la marcha sobre París.

Lo llamativo del Decreto comentado es precisamente que dejó de lado, aunque sólo haya sido por el breve tiempo de su vigencia, los principios básicos del derecho europeo de la guerra. Este derecho se basaba en una serie de claras distinciones: la distinción entre guerra y paz –entre ellas no había una tercera categoría, según ya enseña *Grotius*^[4]–, la distinción entre combatientes y no combatientes y por último la distinción entre enemigos y delincuentes^[5]. En este régimen la figura del partisano no tenía cabida. "Él es –como en la guerra de gabinetes del siglo XVIII– una especie de tropa regular, aunque de menor importancia y especialmente móvil, o bien un delincuente especialmente temible lisa y llanamente fuera del orden jurídico"^[6].

Guerras regladas son, en el sentido de una institución social jurídicamente ordenada^[7], como lo apunta el científico político berlinés *Herfried Münkler*, "obras de arte políticas"^[8]; partiendo del sistema westfaliano^[9], tales guerras constituyen, vistas desde la perspectiva de la historia, una rara excepción^[10]. El esfuerzo por llevarlas a cabo sólo puede tener esperanza de éxito cuando los bandos combatientes pueden transmitir motivaciones suficientemente fuertes para observar las reglas tradicionales, cuando el resultado de la guerra, como en abril de 1813, está en el filo de la navaja o cuando amenaza la derrota. La retribución, que el sistema westfaliano del derecho internacional preveía para la observancia de esas reglas, consistía en primera línea en la igualdad de principio de todos los Estados "y la moneda en la se la pagaba era el reconocimiento de la soberanía"^[11]. Comportarse contra las reglas de forma grave implicaba arriesgar, en palabras de *Münkler*, "el premio de la igualdad y la pérdida tenía tan graves consecuencias que era preferible correr el riesgo de la derrota aceptando pérdidas territoriales"^[12]. A ello se añadían las particularidades propias de la organización militar. Las disposiciones para la protección de la población civil reflejaban la transición de una estrategia de destrucción económica del enemigo arrasando su territorio, como la que para desgracia de Alemania caracterizó la Guerra de los Treinta Años, hacia otra estrategia en la que –diciéndolo con *Clausewitz*– la batalla principal se convirtió en el "auténtico centro de gravedad de la guerra"^[13]. En este tipo de batallas los civiles no eran necesarios y fue precisamente su irrelevancia para la decisión de la guerra lo que posibilitó su protección^[14].

En 1813 estos puntos de vista tenían todavía suficiente peso, como para motivar al gobierno prusiano a la reconducción de la guerra popular, recientemente percibida, al marco tradicional de la guerra de ejércitos. En el Congreso de Viena fueron ratificados los principios del clásico derecho de la guerra^[15]. Sobre esas bases se elaboraron a lo largo del siglo XIX una serie de convenciones y reglas relativas a la guerra^[16] a las que los Estados se ajustaron ampliamente, inclusive durante la Primera Guerra Mundial^[17]. Según la científica política británica *Mary Kaldor*^[18] esos principios configuraban "un instrumento para preservar el concepto de la guerra como un medio racional de la política en condiciones, bajo las que la lógica propia de la guerra condujo a la tendencia a vincularse a crecientes posibilidades técnicas en nuevas dimensiones de destrucción". En el siglo XX se rompieron los diques de contención. Precisamente entonces sonó la hora de los partisanos – desde las agrupaciones de partisanos de la Segunda Guerra Mundial, pasando por los movimientos de liberación posteriores a 1945, el Vietcong y la Rote Khmer, hasta llegar a los combatientes islamistas en Afganistán y en otros lugares.

B. Terrorismo y conducción de la guerra

La guerra de partisanos es "un modo de lucha de los débiles"^[19]. El partisano sabe que no está en condiciones de afrontar abiertamente un conflicto militar. Él busca a cualquier precio evitar la batalla que decida la guerra. En su lugar su objetivo es la disposición a resistir y la capacidad de resistencia del enemigo^[20]. En la guerra de partisanos la distinción entre frente y retaguardia deviene obsoleta, lo que obliga a los soldados enemigos a una disposición permanente al combate; a ello se agregan los costos crecientes de la guerra^[21]. En el momento en el que los argumentos económicos de los publicistas se suman a los de los empresarios, el triunfo de los partisanos

ya no es lejano[22]. La hora de los partisanos es la llegada de la oscuridad y su arma más importante es su invisibilidad (Unerkennbarkeit), sólo desvelada brevemente: en el asalto, en el tiroteo[23]. Por esta razón los partisanos dependen de la población civil, que es la que les abre sus lugares de recogimiento, les proporciona apoyo logístico y está dispuesta al sacrificio de soportar las represalias del enemigo[24]. De aquí surge el llamado por *Carl Schmitt*[25] "carácter telúrico del partisanismo", su organización esencialmente defensiva: la guerra de los partisanos sólo puede ser llevada a cabo en el propio país; no en el territorio del enemigo[26]. Incluso para la selección de los objetos de su ataque, el partisano debe tener en consideración su dependencia de la población civil. Sólo debe buscar sus víctimas entre los miembros del ejército del enemigo y, en todo caso, entre los colaboradores de éstos. Golpear la mano de quien los arroja, sería literalmente mortal para los partisanos.

También el terrorismo es desde siempre un arma de los débiles, es decir de aquellos que no poseen ningún poder militar convencional[27]. De la misma manera que el partisano, también el terrorista actúa desde la clandestinidad y huye de la lucha abierta. Sin embargo, mientras la lucha partisana se mantiene en el marco de la estrategia militar y en principio sólo contempla el ataque al combatiente[28], el terrorista recurre, para imponer sus fines políticos, a lo *simbólico*, a la producción de miedo y terror mediante la violencia[29]. La destrucción provocada por un atentado terrorista debe ser "una señal de fuerza decidida e incalculable"[30]. Ella opera, por lo tanto, como una forma de manifestar a la población agredida: "la próxima vez puede tocaros a vosotros"[31], minando de esta manera su confianza en la continuidad pacífica del propio mundo vital. "La casualidad deviene en una cierta medida una aliada del terror"[32]. Aunque pueda parecer cínico: el terrorismo es en primera línea una estrategia de comunicación[33]. De esta forma el terrorista escapa de la mayor parte de las limitaciones de acción que tiene el partisano. El terrorismo, por otra parte, es "económico", es decir, con materiales y personal comparativamente reducidos puede alcanzar efectos relativamente importantes[34], y es, además, ampliamente independiente del apoyo de la sociedad civil. En la medida en la que el terrorismo utiliza la infraestructura civil del país atacado y, al mismo tiempo, los convierte en su propia arma, puede pasar de la defensiva a la ofensiva y llevar el conflicto al territorio del enemigo[35].

El terrorista motivado religiosamente[36] es por lo demás ampliamente independiente respecto de las restricciones que podrían afectar a los partisanos y a los movimientos terroristas nacionalistas o de revolucionarios sociales en lo concerniente a la selección de sus víctimas. La "trascendencia de los motivos y metas más allá de la pura dimensión política"[37] conduce a una violencia casi ilimitada contra todo el que no pertenezca al pequeño círculo de los creyentes[38]: "la desmedida como principio de la acción", como lo expresa *Isensee*[39]. Si lo que le importa al terrorista religiosamente motivado no es sólo transformar el orden político en su país, sino el ataque al orden internacional en su totalidad -¡Guerra a occidente!- el ámbito de los posibles lugares atacables se ampliará considerablemente[40]. En los tiempos del llamado terrorismo transnacional[41] el terror se convierte en global y ubicuo. Además al terrorista, cuya religión le asigna para el caso de su inmolación la corona de los mártires[42], se le ofrecen alternativas especiales de acción[43]: ya señalaba *Pufendorf*[44] que "El que no teme a la muerte, no teme a nada". No tiene por qué preocuparse de calcular los riesgos o de su seguridad ante riesgos posibles, sino que puede concentrarse en alcanzar la meta de la máxima destrucción, entrando de esta manera en "la forma probablemente más páfida de la inmortalidad"[45].

El terrorista motivado religiosamente no puede liberarse de una dependencia: su mensaje tiene que ser dado a conocer. Existe una indisoluble conexión entre el terrorismo, que el científico político norteamericano *Bruce Hoffman*[46] caracteriza como una "forma pervertida del negocio del show", y los medios masivos de comunicación[47]. A los medios le corresponde la función de una correa de transmisión, de un amplificador masivamente eficaz de las actividades terroristas[48]. Sin resonancia pública el terror sería literalmente pulverizado[49]. Pero los medios no son, como lo constata el viejo maestro de la investigación sobre el terrorismo *Walter Laqueur*, "amigos confiables", porque operan en forma cambiante y por tal razón los terroristas se ven obligados a ser "siempre inventivos"[50]. La dependencia del terrorismo de los medios genera una lógica especial de constante elevación, que obliga a los grupos de terror a una competencia por ofrecer siempre más[51] y que otorga preferencia a los atentados terroristas particularmente los realizados en Estados con alta concentración comunicativa y una opinión pública con especial sensibilidad para la recepción de imágenes[52]. Esta mezcla de desconsideración ideológicamente preformada y del dictado de los medios no presagia nada bueno para el futuro. Según todas las previsiones después del 11 de septiembre la espiral ascendente no ha alcanzado todavía su último nivel[53].

Como principal característica del terror se hace referencia a menudo a su "insentido"[54]: el terror tendría por meta provocar puro temor, nada más, y, por ello, sería irracional[55]. Sin embargo no es así. En el caso del moderno terrorismo islamista transnacional se trata, por el contrario, de una estrategia altamente racional; "es la consecuencia lógica de la táctica desarrollada en conflictos actuales"[56]. El terrorismo moderno reacciona a un desplazamiento de los riesgos de la guerra antes inimaginables, a los que ha conducido el rápido desarrollo de la tecnología armamentista. Según la opinión de *Carl Schmitt* en la guerra clásica existía para ambas partes "una cierta posibilidad, un mínimo de posible victoria"[57]. También en la batalla las perspectivas de un soldado de matar o ser muerto eran, por lo general, iguales, por lo que *Clausewitz*[58] pudo definir la guerra como un "duelo ampliado". Esta caracterización puede estar superada a la vista del armamento tecnológico alcanzado por las potencias occidentales, sobre todo los de USA, y reemplazada por una situación que el filósofo social norteamericano *Michael Walzer* designa como "guerra sin riesgo"[59]. El piloto de un bombardero o la tripulación de un navío de guerra, del que pueden ser disparados cohetes, se encuentran por regla fuera del alcance de las armas enemigas. Una guerra llevada a cabo con estos medios -me remito a las intervenciones humanitarias en la ex Yugoslavia y las dos últimas guerra de Irak- ha perdido los caracteres del duelo clásico y como dice *Münkler* con dureza, pero acertadamente, se acerca más a "una cierta forma de combate de plagas"[60]. Dicho con palabras del sociólogo *Wolfgang Sofsky*[61] las acciones de este tipo ofrecen "un espectáculo de decisión sin riesgo" -ideal para una sociedad que "cree en una misión moral, pero que no quiere pagar por ello ningún precio"[62]. De esta manera es tomada en cuenta la mentalidad de las actuales democracias occidentales, caracterizadas a menudo como "post heroicas": la necesaria cobertura de las espaldas políticas para las operaciones militares por lo general sólo se obtiene, en todo caso siempre y cuando no se trate abiertamente de ser o no ser, allí donde, para tranquilizar la propia conciencia, la confrontación puede ser reducida en los medios de comunicación a una serie de "intervenciones quirúrgicas"[63].

El actual terrorismo islamista responde a esta asimetría con otra asimetría: mientras el contrario se hace inatacable, el terrorismo se hace invisible y –gracias a su novedosa red estructural transnacional[64]– ampliamente inasible[65]. *Isensee*[66] compara al terrorismo con una serpiente que “totalmente adaptada a su entorno, apenas se desplaza apáticamente hasta que repentinamente da con una víctima desprevenida”. Los terroristas atacan a la sociedad occidental desde la clandestinidad allí donde ésta es más débil: es decir: en su estructura psíquica, que se caracteriza por unas necesidades muy desarrolladas de seguridad existencial y una reducida disposición al sacrificio[67] –palabra clave: ipost-heroísmo! –. Esta actitud psíquica –el ex Fiscal General Federal *Nehm*[68] habló de la “limitada capacidad de sufrimiento de las sociedades democráticas” y un crítico austriaco hizo referencia a la “mentalidad de retirada y capitulación”[69]– constituye desde la perspectiva de los terroristas precisamente una caja de resonancia (Resonanzboden) para su “violencia de lo repentino”[70] y con el mensaje que a ella se conecta: “la próxima vez puede tocaros vosotros”. Por estas razones el peligro del terrorismo no consiste sólo, ni siquiera en primera línea, en los daños psíquicos directos que puede llegar a producir, sino en su capacidad para conmover el inestable tejido psíquico e incluso para desgarrarlo[71]. ¿Qué cantidad de inseguridad es capaz de tolerar el mundo occidental en sentido político, económico e ideológico? Concretamente: ¿lograrán los terroristas incrementar tanto la presión como para que a la mayoría de la población le parezca preferible ceder pagando dinero u otorgando concesiones políticas? Ésta es la cuestión decisiva. Nadie sabe hoy en día cuál es la respuesta. Pero ¿quién podría las manos en el fuego respecto de que la estrategia de los terroristas a la larga *no* tendrá éxito?[72]

El terrorismo internacional, actualmente motivado sobre todo por convicciones islamistas, ocupa, en el presente marco formado por las relaciones de poder político y de tecnología militar, la posición de la guerra de Estados, que al menos entre los Estados del mundo de la OCDE apenas parece imaginable[73]. ¿Se puede considerar a este terrorismo como una forma de hacer la guerra (Kriegsführung)? Partiendo de la clásica definición de *Clausewitz* –la guerra es un “acto de violencia para forzar al contrario a hacer nuestra voluntad”[74]– la respuesta no puede ser sino afirmativa. Ahora bien: la definición de *Clausewitz* puede ser tachada de demasiado general y de argumentalmente débil. Esta reticencia, aunque es honrosa, implica la permanencia del paradigma de la guerra y también una percepción del conflicto de consecuencias prácticas más rigurosas –como se ve en la política exterior norteamericana desde el 11 de septiembre–[75]. Veámoslo más precisamente. Que la “guerra contra el terror”[76] se diferencia del conflicto armado tradicional entre Estados no es, en este sentido, un argumento. Nuestros conceptos no deben cerrarse a los cambios de la realidad; “la caravana de la vida continúa y no se detiene con invocaciones del pasado”[77]. Reducir la percepción de la realidad sólo para satisfacer una teoría es profundamente anticientífico[78]. Por ello me parece preferible, reducir la cuestión de “guerra o no-guerra” y, en primer lugar, dirigir la mirada al potencial destructivo del terrorismo actual, en segundo lugar a sus fines y, en tercer lugar a su disposición a ajustarse a las normas. De acuerdo con ello creo que es difícil que podamos evitar el concepto de guerra[79].

Comencemos por el primero de estos tres puntos. La cuestión de si un ataque puede ser percibido como análogo a un acto de guerra depende esencialmente de su efecto destructivo. Si el ataque y sus consecuencias superan una cierta medida, el recurso al concepto de guerra será prácticamente inevitable[80]. Como apunta *Münkler*[81] esto es lo que ocurre en el supuesto de un ataque terrorista con medios de destrucción masiva, que a la luz de las actuales formas del terrorismo no puede ser excluido, “incluso en cada uno de los Estados europeos”. Pero, sin perjuicio de estos escenarios de pesadilla, lo cierto es que los terroristas disponen de un *potencial destructivo* análogo al empleado en la guerra[82]. El ataque del 11 de septiembre tuvo el efecto de un ataque aéreo grave. Sólo las pérdidas materiales del World Trade Center se calcula en 40 billones de dólares-US. Se suman a estas cifras los 80 billones de dólares que estima el Banco Mundial en costos de los efectos directos o indirectos, como la paralización del tráfico aéreo, las repercusiones a la baja en el curso bursátil mundial, la crisis de las compañías aéreas y de seguros, que requirieron apoyos financieros estatales así como la introducción de nuevas y costosas medidas de seguridad en las empresas y otras instalaciones en peligro[83].

El segundo *objetivo* del terrorismo islamista va más allá de las típicas finalidades limitadas de la clásica guerra de Estados[84]. Aunque Bin Laden y su gente sólo pretendieran la reconstrucción del dominio territorial islamista en el momento histórico de mayor extensión, los ataques terroristas desde el 11 de septiembre sólo serían el comienzo de una confrontación de dimensión política mundial[85]. La situación podría ser, en realidad, incluso más seria. Los fanáticos islamistas postulan la tendencia que ha caracterizado al siglo XX de la totalización sin fisuras de la guerra. Una guerra total en la que desaparece la distinción entre lo público y lo privado y, de esta manera, lo militar y lo civil, entre combatientes y no combatientes[86]. Ya la Segunda Guerra Mundial superó, según el penetrante análisis del constitucionalista berlinés *Ulrich K. Preuß*[87], “los límites del clásico concepto de guerra. Éste no fue desarrollado para dirimir confrontaciones entre verdades filosóficas incompatibles, principios morales o sagrados mandamientos religiosos – conflictos, consiguientemente que no pueden concluir en un tratado de paz. Allí donde tales cuestiones categoriales adquieren significado práctico porque las personas sólo ellas quieren y pueden convivir en una comunidad con quienes comparten las respuestas a las mismas, la autoafirmación significa, a la vez, aniquilamiento del otro. Sólo uno puede vivir en la integridad de la propia verdad si el otro desaparece de este mundo”. Por lo visto la meta de los islamistas no es menos ambiciosa[88]. Desde su perspectiva no se prevé ni un fin de la guerra, ni alguna forma de paz, y no se diga negociaciones[89]. “El odio (*Feindschaft*) deviene absoluto”[90]. *Hussein Mussavi*, el antiguo jefe de Hisbollah en Líbano, que fue muerto en 1992 desde un helicóptero israelí, lo expresó claramente: “Nosotros no combatimos para que nuestros enemigos nos reconozcan y nos ofrezcan algo. Nosotros combatimos para eliminar al enemigo”[91].

También se corresponde con la imagen de la guerra total[92] la circunstancia de que los terroristas modernos, mayoritariamente los islamistas, no se sienten vinculados a ninguna *regla de la guerra*[93], sino que se manifiestan partidarios de un “retorno a las formas bárbaras de la lucha”[94], y esto con un alto nivel técnico. El terrorismo perdería la mayor parte de su efecto, si renunciara a arbitrariedad de su violencia[95]; sin perjuicio de que uno no pacta con el que quiere aniquilar[96]. Aquí fracasan los estímulos para el cumplimiento de las reglas tradicionales del derecho internacional de la guerra. Los terroristas no tienen literalmente nada que perder, porque nunca han tenido algo mejor: ni han sido (como grupo) reconocidos como parte en el sentido del derecho internacional[97], ni han tenido (como combatientes) el status de combatiente[98]. Por otra parte la falta de un territorio propio del terrorismo transnacional vacía de contenido a la conocida lógica de la intimidación. Ésta lógica

presupone que todos los actores sean igualmente vulnerables, lo que se manifiesta precisamente en la posesión de un territorio. Por el contrario, los terroristas transnacionales tienen capacidad de ataque, pero sin estar expuestos a respuestas recíprocas[99]. Y, además, sus cálculos de costos y ventajas se rigen por parámetros distintos de los de los gobiernos: posiblemente un ataque militar previsible en una estrategia de escalada les resulta incluso especialmente adecuado a sus cálculos[100].

¿Qué régimen jurídico corresponde a un fenómeno que rompe todas las formas como es el del terrorismo transnacional-islamista? Los no juristas tienen una visión más alerta, respecto de las dificultades de la respuesta a esta pregunta, que los juristas científicos profesionales. Para el sociólogo de Munich *Ulrich Beck*[101] el 11 de septiembre simboliza nada menos que "la quiebra del lenguaje": "Las distinciones en la que se apoya nuestra imagen del mundo, guerra y paz, militar y policía, guerra y delito, seguridad interior y exterior, son anuladas desde adentro y desde fuera"[102]. ¿Habría leído a *Beck* el Ministro Federal de Interior? En todo caso también el Ministro *Wolfgang Schäuble* ha manifestado en una entrevista en "Der Spiegel" su convicción de que las viejas categorías no permiten dar cuenta del fenómeno actual: la distinción tradicional entre derecho de la guerra, derecho de policía y derecho penal han perdido capacidad explicativa de la situación que vivimos; necesitamos nuevos conceptos[103].

Estas tesis son fuertes, en mi opinión, pero en lo esencial correctas. Como fundamentación me permito remitirme a las dos conclusiones principales de estas reflexiones. *Primero*: si el terrorismo representa un equivalente funcional de la tradicional guerra de Estados, no es posible soslayar lo que esta conclusión encierra: la lucha contra este terrorismo tendrá lugar con escasas normas que contengan elementos del derecho de la guerra o similares a éstos. *Segundo*: dado que el terrorismo se caracteriza por su renuncia a toda forma simétrica de lucha, el sistema de reglas que se busca no podrá ser de la especie del clásico derecho internacional de la guerra ni de la del actual derecho internacional de los conflictos armados no internacionales, que se basan en el principio de la simetría y la reciprocidad[104]. En particular no existe ninguna razón para otorgar a personas, cuya estrategia consiste en eliminar la diferencia entre combatientes y no combatientes, las ventajas del status de combatiente y de prisionero de guerra. "A crime is a crime is a crime", habría dicho alguna vez *Margaret Thatcher*[105] respecto de actos terroristas violentos y al respecto nada hay que agregar.

Por lo tanto, lo específicamente nuevo del sistema jurídico para la lucha contra el terrorismo moderno radica en la conexión de una estructura normativa asimétrica básica –defensa del derecho frente la negación del derecho– con medios análogos a los del derecho de la guerra[106]. La estricta distinción entre un orden pacífico, normativamente asimétrico en la forma del derecho de policía y del derecho penal, autorizaciones de intervención relativamente estrechas, por un lado, y un derecho de la guerra, basado en las más robustas premisas de una simetría normativa entre las partes del conflicto, está –y en ello tienen razón *Beck* y *Schäuble*– superada por la realidad. Esta conclusión es considerada todavía hoy en día como escandalosa[107]. Ello no significa, de todos modos, que la legislación y la práctica jurídica renunciarían a su necesidad para la defensa contra el terror. No; son necesarias, pero se las viste con las formas exteriores, a primera vista más aceptables del tradicional derecho de defensa frente al peligro, es decir, el derecho penal. En lo que sigue explicaré con el ejemplo del derecho penal las consecuencias totalmente inaceptables a las que conduce esta manera de proceder.

C. El derecho penal como instrumento de lucha

La meta de la guerra es, según *Clausewitz* "lograr que el enemigo no tenga defensa" [den Feind wehrlos zu machen], desarmarlo y reducirlo[108]. "Mientras el contrario no sea vencido, tengo que temer su victoria sobre mí, ya no soy el dueño de mí mismo, sino que es él quien fija la ley, él quien me establece la ley, de la misma manera que yo se la fijo a él"[109]. La guerra es una defensa ante el peligro elevada al plano de lo existencial-monumental. A primera vista parece como si no existiera ningún vínculo entre la conceptualidad de esta teoría de la guerra y las categorías de la teoría de la pena. Ello no es así. Nada menos que *Franz von Liszt* ha propagado la idea según la cual la función del derecho penal es la lucha contra el delito y la delincuencia[110]. Que esta idea no era una figura retórica propia del espíritu de la época, sino una expresión amargamente seria, se pone de manifiesto por la teoría de la pena de *Franz v. Liszt*, la famosa teoría de la prevención especial[111].

A diferencia de la idea de resocialización que posteriormente informó la concepción de la prevención especial[112], el delincuente no aparece en la obra de *Liszt* como un conciudadano lamentablemente orientado en una falsa dirección, sino como un enemigo del "mundo social de los bienes jurídicos"[113]. Por esta razón el trato con él no debe estar determinado –así pensaba *Eberhard Schmidt*, discípulo de *Liszt*– por "debilidades humanitarias", sino por una "fría adaptación de los medios de lucha contra la criminalidad a la especie criminal de cada autor"[114]. Donde no cabe esperar una recuperación del delincuente, alegaba consecuentemente *Liszt*, debe aplicarse un rigor sin miramientos: "contra el irrecuperable la sociedad tiene que protegerse; y si no queremos decapitarlos o colgarlos y no podemos deportarlos, sólo nos queda el encierro perpetuo (es decir: por tiempo indeterminado)"[115]. Esta prevención especial, en el sentido de inocular, es, en realidad, precisamente, la forma en la que se trata al militar contrario[116], definido como un enemigo irrecuperable de los bienes jurídicos de la otra parte.

Aquello que en la guerra tiene su razón de ser –el aislamiento del contrario– provoca en el contexto del derecho penal graves fricciones axiológicas. Un desarrollo consecuente de la prevención especial de *Liszt* tiende a la renuncia de los principios de culpabilidad y del hecho. La *peligrosidad futura* del delincuente es independiente de la gravedad de la perturbación social, que el *hecho pasado* pone de manifiesto, y especialmente también de si este hecho ha sido cometido culpablemente o no. Para evitar enérgicamente la criminalidad, lo recomendable no es esperar a que el hecho punible se ejecute, sino someter a los individuos peligrosos a las medidas adecuadas antes de que ello ocurra[117]. La contradicción aparece tan pronto como se intenta realizar con la forma de una norma penal una finalidad, en verdad, del derecho de la guerra, es decir radicalmente preventivo-especial. Esto es lo que ocurre precisamente con la legislación de lucha contra el terrorismo.

El que busque en el Código Penal las normas específicas sobre terrorismo se encontrará inevitablemente con los §§ 129, a y b que expresan ya en el título oficial de la disposición su vínculo con las asociaciones terroristas. ¿Cómo se relacionan estas disposiciones con el *principio del hecho*? Si se entiende el principio del hecho en un

sentido formal que requiere una regulación legal que determina la punibilidad de un suceso exterior y sensible [\[118\]](#), el juicio carecerá de dificultades y será obviamente: "no objetable". Es claro que los §§ 129 a y b no sólo sancionan pensamientos, sino hechos exteriores, es decir: la organización y fundación o la participación en una asociación terrorista. Como *Jakobs* ha señalado el honorable principio *cogitationis poenam nemo patitur* no es sino un caso concreto de aplicación del principio que establece que "lo interno de un sujeto no puede ser una perturbación social" [\[119\]](#). Este principio tiene sus raíces en la idea básica del liberalismo, según la cual todo ciudadano posee un derecho a conectarse con el mundo y a organizarse como más le guste [\[120\]](#). Como ha dicho recientemente *Sofsky* [\[121\]](#), con un énfasis propio de los orígenes del liberalismo, la privacidad es "la fortaleza del individuo", "la ciudadela de la libertad personal". Sin privacidad, según una formulación de *Jakobs*, "un ciudadano no existiría en modo alguno" [\[122\]](#). Esta privacidad no tiene sus límites en la propia cabeza, -qué sería esta privacidad tan reducida; piénsese que la canción "los pensamientos son libres" aparece en el libro de canciones de la *Hitlerjugend* (Juventud hitleriana)- [\[123\]](#). Por el contrario: abarca también la decisión sobre la propia conducta en la medida en la que se manifiesta, por ejemplo, en contactos compartidos con otras personas [\[124\]](#). A partir de un concepto del principio del hecho materializado de esta forma, los §§ 129 a y b, que incriminan ya la constitución de la asociación, serán todo, menos problemáticos [\[125\]](#).

Pero, cabe preguntarse, ¿no tiene que terminar la libertad de la esfera privada allí donde su protección pone en peligro a otro? [\[126\]](#) A pesar de lo impactante que puede ser esta objeción a primera vista, en realidad, no debería serlo tanto. Un detallado plan para la comisión de un delito también puede ser peligroso, incluso cuando sólo exista en mi mente o en un folio de papel [\[127\]](#). Por lo tanto, si se toma en serio la máxima relativa a que quien pone en peligro bienes jurídicos ajenos no puede invocar la protección de su esfera privada, se pondrá en duda [\[128\]](#) al mismo tiempo el núcleo indiscutido del principio del hecho, es decir: la no punibilidad de los pensamientos [\[129\]](#). A pesar de lo consecuente que esto pueda ser a primera vista, es objetable porque constituye una solución del problema que arrastra tras de sí el vacío de lo que no se quiere vaciar (*gleichsam das Kind mit dem Bade ausschüttet*). La afirmación de que de la conducta de una persona *en general* surge un peligro para los bienes jurídicos de otros no podrá satisfacer la exigencia del respeto jurídico penal a su ámbito privado. Distinto será en los casos en los que la peligrosidad calculable de los pensamientos tiene una intensidad que *supera* significativamente la peligrosidad de las ideas. Pero, esto no se puede decir de las conductas previstas en los §§ 129 a y b StGB (CP) [\[130\]](#). Es cierto que las asociaciones criminales terroristas cultivan una dinámica propia dirigida a la comisión de los delitos que tienen el propósito de cometer, que reduce el sentimiento de responsabilidad personal de sus miembros individuales o que, incluso, la elimina [\[131\]](#). Pero, sin perjuicio de ello, la organización de una asociación, que por lo general tiene todavía que alcanzar las fases de consolidación y planificación, antes de poder llevar a cabo su primer atentado, no tiene la característica de peligrosidad de un plan delictivo elaborado en todos sus detalles. La referencia a la peligrosidad, en consecuencia, fundamenta demasiado -porque también alcanza al merecimiento de pena de los pensamientos- o demasiado poco- porque excluye la no punibilidad de numerosas actividades preparatorias del terrorismo. Ocurre, sin embargo que no explica la diferenciación contenida en la ley [\[132\]](#).

Lo cierto es que en una sociedad que tiene conocimiento de la existencia de una asociación terrorista surge una amenaza difusa y se produce un efecto de inseguridad latente [\[133\]](#). La ilicitud que es posible fundamentar sobre ello no se corresponde con un tipo adelantado a la fase preparatoria para la protección de la integridad corporal y la vida de las futuras víctimas potenciales de la asociación [\[134\]](#); en realidad, sólo es comparable con la ilicitud de las amenazas (§ 241 StGB), es decir con la perturbación de la paz pública por la amenaza de hechos punibles (§ 126 StGB) [\[135\]](#). Además esta explicación sólo permite una legitimación parcial del § 129 a StGB. Pero sólo se la puede trasladar al § 129 b al precio de hacer difusos sus contornos transformándolo en una disposición indeterminada y carente de significado (*Unbestimmt-Nichtssagende*). El § 129 b StGB concebido como una "contribución tejida con una aguja caliente y sobre todo con carácter simbólico a los fines de la lucha internacional contra el terrorismo" [\[136\]](#), amplía el ámbito de protección de los §§ 129 y 129 a StGB inclusive a las asociaciones criminales o terroristas que existen únicamente en el extranjero y que ni siquiera mantienen una parte de su organización en la República Federal [\[137\]](#). Es cierto que según el § 129 b, párrafo 1, 2. las acciones de los partícipes sólo serán alcanzadas cuando pongan de manifiesto una relación específica con el territorio alemán. Sin embargo de este precepto no se deduce ninguna restricción digna de ser mencionada [\[138\]](#). Por lo tanto será suficiente con que el autor sea encontrado en Alemania (3ª variante) [\[139\]](#), que la víctima sea alemana (4ª variante) o cuando la víctima extranjera se encuentre en el territorio de la RFA (5ª variante). En conclusión el § 129 b StGB eleva a bien protegido nada menos que la paz pública "de todo el mundo" [\[140\]](#). Un bien protegido que literalmente legitima todo, aunque visto con cuidado no legitima nada. *Omnis determinatio est negatio*. Un concepto que no excluye nada, tampoco fundamenta nada.

La precaria relación de los §§ 129 a y b StGB con el principio del hecho es la que tienen las amenazas penales contenidas en esas mismas disposiciones con el principio de *culpabilidad*. Tratándose del principio de culpabilidad, el recurso al modelo de fundamentación teórica de la pena como retribución es considerado irrenunciable incluso por los más decididos partidarios de la fundamentación de la pena en las teorías preventivas [\[141\]](#). Respecto del principio de culpabilidad, la opinión casi unánime estima que es consecuencia del mismo que la pena no debe tener mayor duración que la correspondiente a la gravedad de la culpabilidad, aunque las necesidades de tratamiento, seguridad o intimidación requieran una privación de la libertad más prolongada [\[142\]](#). ¿Es compatible el marco penal -prisión de uno a diez años- extraordinariamente riguroso del § 129 a StGB con la función limitadora del principio de culpabilidad del marco penal? El que admita la explicación según la cual la norma sólo abarca una mera amenaza de ilicitud, no tendrá prácticamente otra posibilidad que responder negativamente [\[143\]](#). Para ello sólo necesita una mirada a otros tipos de amenazas. Así, p. e. el § 126 StGB que prevé una pena de hasta tres años de prisión o de multa, el § 241 StGB que se conforma con una pena privativa de la libertad de hasta un año o de multa. El efecto de inseguridad que produce una asociación terrorista no es mucho mayor como para justificar que el hecho sea considerado crimen y tenga un marco penal que se corresponde con el de las lesiones corporales graves (§ 226. 1. StGB). Pero, aunque el § 129 a StGB sea interpretado para paliar las críticas expuestas como un adelanto de la protección de la integridad corporal y la vida de las futuras víctimas, la respuesta no debería cambiar. La ilicitud consistente en haberse incorporado a una organización peligrosa -esto es lo único que en el marco del derecho penal de culpabilidad puede ser reprochado al autor- es difícilmente

equiparable a la ilicitud del que, con dolo eventual, produce a otro la pérdida de la visión o del habla, lo priva de un miembro o le causa parálisis, una enfermedad mental o un impedimento. Una difusa ilicitud más o menos peligrosa no es lo mismo que una lesión masiva^[144]. La conclusión a la que llegan estas reflexiones las ha subrayado hace más de veinte años *Schroeder*: el § 129 a StGB tiene, dijo entonces, “una función de pura seguridad”^[145]. A esto hoy nada tenemos que agregar.

La función que para el derecho penal material cumple el principio de culpabilidad –expresión de respeto del status de ciudadano del inculcado–, es desempeñada en el derecho procesal penal por el *principio de proporcionalidad*^[146]. De conformidad con este principio, las intervenciones de los órganos de persecución penal en los derechos de personas privadas sólo son admisibles, en tanto persigan un fin legítimo con medios legítimos y el medio sea idóneo, necesario y adecuado. Para la comprobación de la adecuación del medio tendrá significación, junto a la consistencia de la sospecha del hecho, especialmente también la gravedad del reproche por el mismo^[147]. Sin embargo el legislador ha conectado al § 129 a StGB masivas autorizaciones de intervención y limitaciones, no obstante el reducido contenido real de la ilicitud. Las medidas admisibles van desde las intervenciones telefónicas y la escucha de conversaciones (§ 100 a, 1.º 1 c, § 100 c, apartado 2.º 1 b StPO), hasta la prisión provisional sin motivación de la necesidad de la detención (§112, apartado 3 StPO), pasando por el registro de todo un edificio (§ 103 apartado 1, 2 StPO), el empleo de agentes encubiertos (§ 110 a, apartado 1, 1.º 2 StPO), el establecimiento de puestos de control (§ 111 StPO), la utilización de datos sobre personas como base de sospecha sobre otras que puedan tener características semejantes o las redadas (§ 98 a apartado 1.º 2 StPO, § 163 d apartado 1 StPO). A los efectos de una comparación: una prisión provisional basada en la gravedad del hecho sólo es admisible, fuera del caso del § 129 a StGB (fundación de una asociación terrorista), en los supuestos de sospecha vehemente de genocidio (§ 6 apartado 1.º 1 VStGB), asesinato (§ 211 StGB), homicidio (§ 212 StGB), lesiones corporales graves (§ 226 StGB) o incendio grave o delitos con explosivos (§§ 306 b y c así como § 308 apartado 1-3 StGB en tanto el hecho haya puesto en peligro el cuerpo o la vida de otro). A todo ello se agregan algunas limitaciones que rigen exclusivamente para los hechos a los que se refiere el § 129 a StGB: la ampliada facultad de exclusión del defensor (§ 138 a, apartado 2, 5 StPO), la intervención de la comunicación escrita entre inculcados y sus defensores (§ 148, apartado 2 StPO) y finalmente la conocida posibilidad de excluir todo contacto (*Kontaktsperre*) durante la prisión provisional (§§ 31 y ss. EGGVG).

Es difícil evitar pensar que, así como el alto rigor del marco penal del § 129 a StGB constituye ya una sanción que supera la gravedad de la ilicitud, las medidas coactivas y limitaciones de derechos, que se vinculan con este precepto, vienen a sumar a la misma, en el ámbito del derecho procesal penal, un considerable refuerzo de la pretensión respecto de la ilicitud allí sancionada^[148]. Esta situación es tanto más criticable en tanto el principal significado del § 129 a StGB reside en su función procesal clave^[149]. De la misma manera que *Nehmha* señalado abiertamente, cabe subrayar que el derecho procesal penal “ofrece posibilidades de inigualable confort para el esclarecimiento de los delitos, mayores que los medios de los servicios secretos y de la policía preventiva, que están sujetos a toda clase de restricciones”^[150]. El derecho procesal penal aparece así como una salida para superar los límites impuestos a los servicios secretos –no hay mejor manera de expresarlo que a través de los delgados hilos que vinculan los §§ 129 a y b StGB con los principios del tradicional derecho penal del ciudadano^[151]. “Ellos están bajo el techo del derecho penal, pero se alimentan de comidas ajenas. Su justificación no se refiere a algún presupuesto jurídico-penalmente fundamentado, sino exclusivamente con el paradigma de la seguridad”^[152].

De todos modos esta circunstancia no ha preservado a los §§ 129 a y b StGB de su destino de ser percibidos en la actual discusión jurídico-política como necesitados de complementación^[153]. Por ello, los proyectos legislativos tienen en común el propósito de avanzar todavía más en el terreno de la preparación y en los aledaños de las actividades terroristas. En la opinión pública el más conocido proyecto es el del Ministerio Federal de Justicia para la introducción de un § 89 a StGB, que permitiría sancionar con pena la estancia en un campo de entrenamiento terrorista. Ciertamente el Ministerio Federal de Justicia no ha considerado todavía que la adquisición de determinadas capacidades sea merecedora de pena^[154]. Distinto sería el caso, sin embargo, del que tenga la intención de usar los conocimientos adquiridos para la comisión de un hecho terrorista violento, lo que debería ser sancionado con una pena de prisión de seis meses a diez años^[155]. Detrás de estos proyectos se nota el mal propósito de otorgar carácter criminal a una conducta que corresponde al ámbito de la privacidad. De qué manera tal construcción, que no puede evitar ser sospechosa de constituir un derecho penal de ánimo (o de la actitud: *Gesinnungstrafrecht*)^[156], puede ser compatibilizada con los principios del hecho y de culpabilidad, es una cuestión que queda abierta. Es cierto que en la propuesta del Ministerio de Justicia se menciona, claro que sólo pro forma, el carácter de *ultima ratio* del derecho penal, que impediría una extensión ilimitada de la punibilidad. Pero, ¿qué se deduce de ello? Sólo que “por razones constitucionales se describen con exactitud aquellas acciones consideradas preparatorias que son punibles en particular”^[157]. Al parecer a los autores del proyecto no les ha llamado la atención el hecho de que esta respuesta soslaya completamente la cuestión de la problemática del avance sobre las zonas de la preparación. Los críticos del proyecto de ley quieren inclusive ir más lejos e incluir entre las acciones punibles además de la estancia en un campo de entrenamiento como tal^[158], también la aceptación del ofrecimiento de enseñanza terrorista, como lo propone el Parlamento de Hessen^[159]. La preceptiva fundamentación –también la conducción en estado de ebriedad sería considerado como un peligro latente para la generalidad y, por ello, punible^[160]– se evidencia como insuficiente desde la perspectiva de los criterios jurídico-penales; la mera adquisición de capacidades peligrosas no está al mismo nivel que la realización del riesgo que corresponde a una conducta que en cualquier momento puede convertirse en un peligro concreto o en la lesión de otros.

Lo que verdaderamente cuenta de la nueva regulación es, sin duda, el esperado efecto preventivo. “Si alguien está dispuesto a volar por los aires al tiempo que hace explotar una bomba”, se lee en un expresivo comentario del *Frankfurter Allgemeine Zeitung* (FAZ), “ya no hay nada que pueda disuadirlo”^[161]; por lo tanto, opina el Senador [Secretario de] para Interior de Berlín *Körting*, tiene que poder ser “retirado del tráfico”^[162]. *Liszt* no podría haberlo dicho de manera más drástica. Aquí se aplica el dicho de “lávame la piel, pero no me mojes” y la pena actúa como un elemento de reemplazo de la falta de capacidad preventiva del Estado que se entiende basada en razones constitucionales. Su única finalidad es hacer inocuo al peligroso^[163], quebrar su capacidad

de ataque, en definitiva, incapacitarlo para producir daño: la estrategia en la que se ha envuelto al derecho penal puede ser caracterizada como una radical prevención especial por quienes dan valor a una terminología cuidadosa y adecuada a una concepción teórica jurídico-penal. Una expresión acertada es la que *Jakobs* ha forjado: el derecho penal del ciudadano ha rebasado, en su manera de tratar el fenómeno del terrorismo, el marco de los principios tradicionales y se ha convertido en un derecho penal del enemigo[164].

D. El enemigo reconocido

La concepción de *Jakobs* del derecho penal del enemigo ha generado oposición sobre todo en lo que concierne a su tesis de la despersonalización del enemigo[165]. El difundido reflejo de esta tesis, que viene a concluir en situar a *Jakobs* en las cercanías de *Carl Schmitt*[166] -dicho al pasar: como si tal vinculación fuera un argumento![167]- equivoca el núcleo de las reflexiones de *Jakobs*[168]. *Jakobs* insiste en que el individuo puede perder por su conducta el status de ciudadano -la "exclusión" en una sociedad libre, dice con claridad, es siempre "autoexclusión"[169]. De esta forma él radicaliza uno de los dogmas básicos del liberalismo: la idea de prestación (*Leistungsgedanken*).

Según esta idea, la posición correspondiente de alguien no se decide por su naturaleza o por su origen, sino por sus prestaciones[170], una afirmación que, si es tomada en serio, rige tanto en sentido positivo como negativo. Las teorías liberales que podríamos llamar standard, de todas maneras, la aplican en este último sentido con una significativa limitación: el núcleo duro de mi personalidad jurídica -mi dignidad humana- no debo poder anularlo dada mi posición de portador de derechos humanos innatos e inalienables[171]. El principio de la prestación impide penetrar el suelo del status jurídico fundamental. Ésta es precisamente la regla que *Jakobs* ha conmovido con su tesis. Por tal razón es posible sostener que su concepción lleva el principio de la prestación a sus últimas consecuencias -y al mismo tiempo el rasgo del liberalismo que actualmente festeja su triunfo, como lo demuestra la globalización. De esta manera desaparece (*verschlingen*) ese resto de paternalismo, que la teoría jurídica y del Estado liberal ha mantenido inequívocamente bajo el título de la inalienabilidad de los derechos humanos.

Contra esta división de la herencia liberal es fácil protestar[172]. Pero, insiste *Jakobs* [173], ¿esta "demostración de desarme"[174] no es una *protestatio facto contraria*? ¿No desmiente la praxis -por ejemplo la regulación de la lucha contra el terrorismo que acaba de ser analizada- las convicciones de la teoría?[175] Ello depende del marco interpretativo que se adopte. Los actos coactivos requieren una fundamentación[176]. Con la elección de un determinado régimen jurídico, por ejemplo el derecho penal, se fija un sistema de requisitos de la fundamentación. Los actos coactivos, es decir: las normas que los posibilitan, que contradicen manifiestamente estas exigencias -para decirlo con palabras de *Roellecke*[177]- no pueden ser diferenciadas a partir de "la muda utilización de la violencia física" que caracteriza su imagen exterior, pero que no proporciona su contenido material. Pero, la violencia muda, ejercida por el Estado contra seres humanos, significa que ya no se habla *con* el delincuente, sino *a través* de él. De esta manera el afectado es tratado, en tanto miembro de la comunidad jurídica con igualdad de derechos, más "como forma jurídica, que según el contenido de la regulación" [178]. Precisamente esto es lo que puede caracterizar lo que *Jakobs* entiende como despersonalización.

Lo anterior tiene también otra consecuencia: lo que significa despersonalización según los criterios *de un* régimen jurídico, no tiene necesariamente esta significación aplicando los criterios de *otro*[179]. Si se hace referencia al caso que aquí nos interesa: la prevención especial radical significa, según los criterios legitimantes del derecho penal, despersonalización; por esta razón el concepto de "derecho penal del enemigo" no es adecuado como categoría normativa y, desde esta perspectiva, es correcta la crítica basada sobre la confusión del derecho penal con el derecho de guerra[180] o sobre la caracterización del derecho penal como un derecho de lucha[181]. De esta manera no queda en modo alguno decidido si lo mismo rige inclusive según los criterios del derecho preventivo de la guerra orientado a la prevención, cuyo reconocimiento -no como deseable, sino como inevitable- desde mi punto de vista no puede ser soslayado. No se trata, por lo tanto, de una nueva rúbrica para un determinado material jurídico, sino de un problema de *legitimación*, y, al mismo tiempo, de un problema de *limitación*. Al Legislador no se le puede entregar una *carte blanche*: ni puede actuar desmedidamente, ni queda autorizado a trasladar el paradigma de la guerra a otros ámbitos conflictivos (como por ejemplo el de la criminalidad organizada). Por el contrario, estará vinculado por la específica lógica de la fundamentación del derecho de prevención que hemos presentado. Una dogmática de esta materia jurídica no ha sido desarrollada ni siquiera en sus puntos iniciales. Yo mismo no puedo hacer otra cosa, al final de mis reflexiones, que ofrecer un esquema de gruesos trazos de cómo un régimen jurídico, a mi modo de ver, debería reconocer, no despersonalizar, al terrorista, en tanto enemigo. "Al enemigo se lo honra y se lo destruye". Así de drástico es *Roellecke*[182] en la descripción del punto de partida de todo derecho de la guerra. *Clausewitz*, como vimos, empleó una formulación menos cortante: se trata de convertir al enemigo en indefenso y de derribarlo[183]. Pero lo decisivo es, y esto es lo que *Roellecke* expresa con claridad, que la eliminación de la capacidad ofensiva del enemigo en el contexto del derecho de la guerra no conlleva la despersonalización del contrario. Éste es considerado tal como se presenta: como persona perteneciente a una duradera organización peligrosa, que, por estas razones, nada puede objetar cuando se lo somete a medidas necesarias, no sólo proporcionadas, para la neutralización del peligro[184]. Entre éstas se encuentran la prisión hasta el fin de las hostilidades[185] y la muerte, inclusive fuera de concretas acciones de combate[186].

Dado que el terrorismo moderno es, como hemos visto, una continuación de la tradicional guerra de Estados, también tiene que ser posible perseguir, respecto de los terroristas, la meta jurídica de la incapacitación para el daño[187]. Pero: ¿es posible recurrir a las medidas que acabamos de mencionar? Palabras como "Guantánamo" y *targeted killing* son suficientes para hacer retroceder atemorizados a la mayoría de los europeos. Sin embargo, temor y contrariedad son casi siempre malos consejeros. La pregunta que debemos formularnos, en lo posible *sine ira et studio*, es la siguiente: ¿Tiene alguien que obtener una ventaja por no servirse de las formas tradicionales de la guerra, sino de un equivalente funcional de éstas? No alcanzo a saber qué razón habría para que así fuera. Consecuentemente, en mi opinión, en los casos de sospecha de terrorismo no cabe excluir, en principio, la prisión preventiva, más allá de la actual custodia (*Unterbindungsgewahrsam*) (art. 17. apartado 1, Nº 2 BayPAG) y de la detención de seguridad para el cumplimiento de una orden de expulsión de derecho extranjero (§§58 a y 62 apartado 2 Nº 1 a AufenthaltsG); estos casos adquieren significación práctica cuando la expulsión

no entra en consideración por razones humanitarias [\[188\]](#).

Con lo anteriormente dicho sólo hemos asegurado el punto de partida, toda vez que las diferencias entre la guerra tradicional entre Estados y la actual amenaza terrorista no pueden ser ignoradas. ¿Bajo qué condiciones se justifica que alguien sea privado de su libertad o sometido a otras limitaciones como enemigo peligroso? En la tradicional guerra de Estados la situación, sin perjuicio de ciertas imprecisiones marginales, no ofrece dudas: el soldado es soldado y como tal obviamente [\[189\]](#) combatiente [\[190\]](#). La escena del terror tiene una imagen incomparablemente más difusa; entre el núcleo duro de los autores decididos a todo, sus cooperadores, y los meros simpatizantes los límites son fluidos. Por lo tanto, debería existir una detallada regulación legal de los presupuestos de la privación de la libertad. Su formulación debería tener en cuenta especialmente la circunstancia de que la imposición de una prisión preventiva de cierta duración es una de las intervenciones más graves de las conocidas por el derecho [\[191\]](#); el potencial ofensivo de la persona afectada tendría que ser equivalente, a la peligrosidad que en general justificaría la privación de libertad. A primera vista parece como si se tratara de una tarea legislativa completamente nueva. Pero no lo es en modo alguno. El legislador podría recurrir a las normas que han sido objeto de nuestras reflexiones: § 129 a StGB y al proyectado § 89 a StGB, dado que a estas disposiciones les corresponde, en realidad, la función de una custodia anticipada de seguridad: ellas establecen los presupuestos que condicionan la posibilidad de apartar tempranamente del tráfico al peligroso [\[192\]](#). Es obvio también que al sospechoso se le tiene que garantizar la tutela judicial [\[193\]](#). En el caso de la clásica guerra entre Estados es posible renunciar por regla general a un proceso formal para la comprobación de la calidad de combatiente, pues la situación habla por sí misma [\[194\]](#). De cualquier forma la distinción exterior de las personas civiles es presupuesto del otorgamiento del status de combatiente [\[195\]](#). Cuando se trata del terrorismo no contamos en general con una evidencia comparable. A diferencia de los soldados que actúan básicamente de manera abierta, el terrorista lo hace bajo un manto que lo oculta. Esta es la razón por la que es necesario una obligatoria clarificación de su status, que en un Estado de Derecho en última instancia sólo puede llevar a cabo un tribunal, que tendrá que operar sin ninguna disminución de los standards procesales que rigen para todos los procesos. "No es siquiera imaginable" que "las exigencias de una política de nuestra época" estén en contra de la institución de un tribunal para determinar la posición jurídica de una persona detenida en combate, como lo establece, con fría suavidad [\[196\]](#). Cuando el gobierno de los EE UU quiso en Guantánamo originariamente fingir la falta de evidencias y negar a los allí detenidos el acceso a los tribunales así como una serie de significativos derechos procesales, cometió desde el punto de vista de un Estado de Derecho un pecado difícilmente disculpable, cuyas peores manifestaciones sólo pudieron ser revocadas después de varias intervenciones de la *Supreme Court* norteamericana [\[197\]](#).

También el principio del derecho de la guerra que permite una privación de libertad hasta el fin de las hostilidades es difícilmente trasladable con el criterio de uno a uno a la confrontación con el terrorismo, pues ésta no tiene ni un principio claro ni un final claramente comprobable. ¿Significa esto que es posible una prisión preventiva por tiempo indeterminado? El paralelo con la custodia de seguridad enseña que la cuestión no puede ser tan simple. Hoy la ley ya no prevé, con la aprobación del Tribunal Constitucional Federal [\[198\]](#), un término máximo para la duración del internamiento en custodia de seguridad, sin embargo, el § 67 d, apartado 3 StGB revela que esta medida, por regla, no debe superar los diez años [\[199\]](#); además es preciso comprobar judicialmente cada dos años la necesidad de la medida (§ 67 e, apartado 2 StGB); asimismo está prevista la suspensión de la ejecución a prueba de la medida en los términos del § 67 d, apartado 2 StGB [\[200\]](#). Todas estas disposiciones fijan exigencias mínimas, que una prisión preventiva debería observar.

El distanciamiento respecto del derecho tradicional de la guerra se manifiesta en la cuestión de en qué medida la privación de libertad puede ser empleada para obtener información. A diferencia de contraventor del derecho de policía, el prisionero de guerra no tiene que colaborar en la defensa contra el peligro, puesto que no se quiere generarle un conflicto con su propio Estado [\[201\]](#). Este criterio no puede pretender validez en el caso del terrorista peligroso. Lo que es necesario es admitir para su protección una prohibición de valoración de sus declaraciones que puedan incriminarlo personalmente [\[202\]](#). La cuestión de si los métodos de interrogatorio deben ajustarse estrictamente a los establecidos en el § 136 a StPO [\[203\]](#) puede quedar ahora abierta [\[204\]](#). Naturalmente están fuera de lo aceptable los métodos contemplados en un memorandum secreto del Departamento de Justicia norteamericano, que autoriza en las prisiones de la CIA el uso de palizas, impedir dormir, simulación de ahogamiento ("*Waterboarding*"), o mantener al preso por horas en temperaturas extremadamente bajas [\[205\]](#). Pero entre el § 136 a StPO y estos procedimientos existe una considerable distancia, y no me parece que cualquier paso que se adentre en ese espacio intermedio deba ser considerado *a priori* inadmisibles. Piénsese que ya constituyen infracciones del § 136 StPO el uso por razones tácticas del engaño al interrogado, p. e. sobre la confesión de un coimputado también preso [\[206\]](#) o sobre el sentido del interrogatorio [\[207\]](#), la promesa de contraprestaciones legalmente no previstas por las manifestaciones (inmediata puesta en libertad, retribución material) [\[208\]](#) o el uso de un detector de mentiras contra la voluntad del interrogado [\[209\]](#); estas medidas de impedir la realización de un peligro no son lisa y llanamente indiscutibles, pero son difícil de clasificar, dado que según nuestra concepción no podrán ser utilizadas para empeorar la posición procesal del preso.

Hasta ahora hemos hablado solamente de las facultades respecto del terrorista. Neutralizar peligros, sea en el conocido derecho de policía o en una variante enriquecida con elementos del derecho de la guerra, tiene consecuencias para terceros. Establecer una disminución de las víctimas es una de las funciones centrales de esta rama jurídica. Las reglas del derecho de la guerra sobre "daños colaterales" abre a los actores estatales un más amplio margen de juego que el derecho de policía [\[210\]](#); en casos extremos habrá que asumir inclusive la muerte de civiles [\[211\]](#). Si se concibe el régimen de la lucha contra el terrorismo como una nueva especie del derecho preventivo con elementos del derecho de la guerra, parece necesario procurar una solución para los daños colaterales que debería estar entre los principios del tradicional derecho de policía y los del derecho de los conflictos [\[212\]](#). A estas consideraciones normativas se debe agregar que en la lucha contra el terrorismo los servicios secretos son casi siempre, teniendo en cuenta el modo de combatir del contrario, un medio esencialmente más efectivo que la acción militar. Mediante operaciones militares es posible atacar las zonas de retaguardia y los campos de entrenamiento de terroristas; pero lo decisivo es debilitar la capacidad de agresión de los terroristas *dentro* del país amenazado [\[213\]](#), algo que sólo es posible uniendo medidas policiales con la

actividad de los servicios secretos de información[214].

Las medidas de investigación que se extiendan a las fases preparatorias serán, por estas razones, inevitables. En contra de la afirmación apodíctica de *Hoffmann-Riems*[215], que sólo admite afectar las esferas de la seguridad y de la libertad en presencia de peligros concretos, es necesario introducir parcialmente el *cuidado* respecto de los peligros en lugar de la clásica *defensa* frente al peligro[216], lo que tendrá como consecuencia que –en términos del derecho de policía– la tradicional distinción entre perturbador y no perturbador amenaza con desaparecer[217] y personas de las que no conste su participación estarán cada vez más en la mira de las autoridades de la seguridad. Los daños colaterales del derecho de la guerra asumen hoy la forma, proporcionalmente más suave, consistente en mayores intervenciones con fines de información. El Tribunal Constitucional Federal sostiene que no cabe exigir a la víctima, es decir al ciudadano ajeno a sospechas, de una investigación basada en datos abstractos (*Rasterfahndung*), soportar[218] la medida fuera del caso de las situaciones de peligro concreto[219] –lo que, teniendo en cuenta la exigencias formuladas por el Tribunal significa en la práctica: casi siempre[220]. Tenemos que preguntarnos si este ascetismo, que identificaba hace dos décadas la concepción del Estado de Derecho con esta interpretación de la Constitución y la situación legal, debe ser todavía la última palabra en la lucha contra el terrorismo y si así debe permanecer. Hoy me permito dejar esta cuestión abierta a la reflexión[221]. Sentencias como estas sólo parecen posible en una fase de pocas preocupaciones. Cómo pueden ser consideradas en otros tiempos, es un punto que deseo, con palabras de *Volkman*, “mejor no imaginarlo”[222]. Que sólo se haya considerado en el voto particular de la Magistrada Sra. *Haas* la simple afirmación, de que los ciudadanos no se atemorizarían más antes por una comparación de datos de pocos segundos de duración que ante la seria previsión de un ataque terrorista[223], me permite dudar de la conciencia del peligro de la mayoría de los Magistrados.

Es cierto, como afirma *Münkler*, que las sociedades post-heroicas manifiestan la tendencia a “interpretarse a sí mismas como la meta del desarrollo de toda sociedad”[224] y a pensar que todo rigor, aunque sólo sea el de los conceptos, es moralmente sospechoso. Sin embargo una sociedad post heroica como la nuestra no puede eludir, ante el desafío terrorista, si y en qué medida estamos dispuestos a permitirnos renunciaciones en la lucha antiterrorista[225]. No es necesario inmediatamente jurar, como la ha hecho recientemente un alto oficial austriaco, “la voluntad de triunfar, de luchar, y, llegado el caso, de morir”[226]. Tales ruidos de sables son inútiles y hasta perjudiciales, porque esconden los problemas en lugar de llamarlos por su nombre. Las víctimas de las que se trata son –téngase en cuenta la búsqueda mediante modelos electrónicos– de muy distinto significado[227]. Siguiendo la propuesta de un reciente artículo aparecido en la revista “*Merkur*” y confiar ante todo en la “decadencia como simple mercancía de exportación” (*Exportschlager*) [228], sería, en todo caso, una estrategia arriesgada.

Nada de esto es bonito, lo sé bien. Pero me parece el único camino para salir de la estéril confrontación entre, por un lado, los defensores de un ideal del Estado de Derecho superado por la realidad[229], que en cada intervención legal ven llegar, como primos mundanos de los testigos de Jehová, el fin definitivo del Estado de Derecho[230], y, por otro, los científicos, que se apresuran –como ha criticado *Di Fabio*– a lanzarse en sus “deseos intelectuales de un anticipado estado de excepción”[231]; estamos todavía lejos de tal estado de excepción y no deberíamos hablar de él, pues sería jugar con fuego[232]. El desafío terrorista ante el que nos encontramos puede ser administrado, respecto del desarrollo que hoy podemos observar, sin afectar la sustancia del Estado de Derecho de nuestra comunidad. Para ello, de todos modos, tenemos que hacer sostenibles los conceptos y llamar a las cosas por su nombre. En esto consiste la tarea de los teóricos del derecho. ¿Estaremos a la altura de esta tarea?

* Traducción del original alemán de *Enrique Bacigalupo*, con la colaboración de *Jacobo López Barja de Quiroga*. Título original: *Der Terrorist und sein Recht. Zur rechtstheoretischen Einordnung des modernen Terrorismus*.

[1] Publicado en *Gesetz- Sammlung für die Königlichen Preußischen Staaten*, Berlin, 1813, páginas 79 y siguientes.

[2] *Carl Schmitt*, *Theorie des Partisanen*, Berlin, 1963, página 47.

[3] Reglamento en relación a las modificaciones del Edicto de las *Landsturm* de 21 de abril de 1813, en *Gesetz-Sammlung für die Königlichen Preußischen Staaten*, Berlin 1813, páginas 89 y siguientes.

[4] *Grotius*, *Vom Recht des Krieges und des Friedens*, Tübingen, 1950, página 47.

[5] *Carl Schmitt*, (nota a pie de página 2), página 16; de forma semejante, *Kaldor*, *Neue und alte Kriege*, Frankfurt, 2007, página 43.

[6] *Carl Schmitt* (nota a pie de página 2), página 17.

[7] Así, la caracterización de *Preuß*, *Krieg*, *Verbrechen*, *Blasphemie*, Berlin, 2003, página 28.

[8] *Münkler*, *Der Wandel des Krieges*, Weilerswist 2006, página 60.

[9] *Preuß* (nota a pie de página 7), página 26.

[10] *Schröfl/Pankratz*, en los mismos (editores), *Assymetrische Kriegführung – ein neues Phänomen der Internationalen Politik*, Baden-Baden 2004, página 10; así como recientemente, *Kaldor* (nota a pie de página 5), páginas 34 y siguientes.

[11] *Münkler*, Die neuen Kriege, 6ª Edición, Reinbek, 2003, página 119.

[12] *Münkler* (nota a pie de pagina 11), página 121.

[13] *von Clausewitz*, vom Kriege, Erftstadt 2006, página 155.

[14] *Münkler* (nota a pie de pagina 11), página 71, 108 y siguiente, y 148.

[15] *Buß*, Der Kombattantenstatus, Bochum 1992, página 130 y siguientes.

[16] Son dignas de citarse especialmente la Declaración de París para regulación del comercio marítimo en época de guerra (1856), el Convenio de Ginebra de 1864, la declaración de San Petersburgo (1868), la Conferencia de Paz de La Haya de 1899 y 1907 así como la Conferencia de Londres de 1908.- Sobre la humanización del Derecho de la Guerra en el siglo XIX, véanse, *Greenwood* en *Fleck* (Editor), *The Handbook of Law in Armed Conflicts*, Oxford/New York, 1999, páginas 17 y siguientes; en extenso, sobre la Conferencia de La Haya, *Dülffer*, *Regeln gegen den Krieg?*, Frankfurt 1978.

[17] *Buß* (nota a pie de pagina 15), página 132.

[18] (nota a pie de pagina 5), página 54.

[19] *Münkler* (nota a pie de pagina 8), página 221.

[20] *Münkler* (nota a pie de pagina 11), página 54.

[21] *Münkler*, en *el mismo* (Editor), *Der Partisan*, Opladen 1990, página 26.

[22] *Münkler* (nota a pie de pagina 21), página 27; *Stupka*, en *Schröfl/Pankratz* (Editores), *Assymetrische Kriegführung – ein neues Phänomen der Internationalen Politik?*, Baden-Baden 2004, página 55 y siguiente.- "Los partisanos ganan, cuando no pierden, pero, por el contrario, los atacados por los partisanos pierden, cuando no ganan."- Así puntualizó Raymond Aron el estado de la cuestión. (*Aron*, *Frieden und Krieg*, Frankfurt 1963, página 48).

[23] *Münkler* (nota a pie de pagina 21), página 7.

[24] *Münkler* (nota a pie de pagina 8), páginas 141, 221; *el mismo* (nota a pie de pagina 21), página 27.

[25] (nota a pie de pagina 21), página 26.

[26] *Münkler* (nota a pie de pagina 8), páginas 141, 148, 221.

[27] Así, por ejemplo, *Huntington*, *Kampf der Kulturen*, Hamburg 2006, página 299.

[28] *Waldmann*, en *Frank/Hirschmann* (Editor), *Die weltweite Gefahr*, Berlin 2002, página 17; *el mismo*, en *Graulich/Simon* (Editor), *Terrorismus und Rechtsstaatlichkeit*, Berlin 2007, página 49.

[29] Ni en el Derecho ni en la ciencia política hay una definición de terrorismo consolidada capaz de conseguir un consenso general. (Sobre su discusión jurídica trata *Herzog*, *Terrorismus – Versuch einer Definition und Analyse internationaler Übereinkommen zu seiner Bekämpfung*, Frankfurt 1991, página 17 y siguientes, *Tomuschat*, *EuGRZ* 2002, 536 y siguientes y *Weigend*, en *Griesbaum*, entre otros, [Editor], *Strafrecht und Justizgewährung [Festschrift für Kay Nehm]*, Berlin 2006, páginas 155 y siguientes; sobre la situación de la discusión en la ciencia política tratan *Daase*, en *Graulich/Simon* (Editores), *Terrorismus und Rechtsstaatlichkeit*, Berlin 2007, página 91 y siguientes; *Hoffman*, *Terrorismus – der unerklärte Krieg*, Frankfurt 2001, página 13 y siguientes así como *Laqueur*, *Krieg dem Westen*, München 2003, páginas 346 y siguientes). La perífrasis utilizada en el texto tiene el mérito de dar expresión al mínimo de consenso conceptual.

[30] *Sofsky*, *Zeiten des Schreckens*, Frankfurt 2002, página 95.

[31] *Sofsky* (nota a pie de pagina 30), páginas 95 y siguiente.

[32] *Hetzer*, *StraFo* 2006, 143.

[33] *Helmerich*, en *Bos/Helmerich* (Editor), *Neue Bedrohung Terrorismus*, Münster 2003, página 19; *Waldmann*, *Terrorismus und Bürgerkrieg*, München 2003, páginas 16 y siguiente; *el mismo* (nota a pie de pagina 28), página 13; *el mismo* (nota a pie de pagina 28), página 48; *Vest*, *Terrorismus als Herausforderung des Rechts*, Zürich/Basel/Genf 2005, página 34.

[34] *Waldmann* (nota a pie de pagina 28), página 14; *el mismo* (nota a pie de pagina 33), página 70.

[35] *Münkler* (nota a pie de pagina 11), página 54; *el mismo* (nota a pie de pagina 8), páginas 142, 221.

[36] Sobre el auge del terrorismo de motivación religiosa informa de manera plástica

Laqueur, Die globale Bedrohung, Berlin 1998, páginas 165 y siguientes; sobre la génesis del terror islámico véase *Laqueur* (nota a pie de pagina 29), S. 44 y siguientes.

[37] *Neidhardt*, en Graulich/Simon (Editor), Terrorismus und Rechtsstaatlichkeit, Berlin 2007, página 42.

[38] *Helmerich* (nota a pie de pagina 33), S. 27; *Hoffman* (nota a pie de pagina 29), página 122 y siguiente; *Kratochwil*, en Bos/Helmerich (Editor), Neue Bedrohung Terrorismus, Münster 2003, página 120; *Neidhardt* (nota a pie de pagina 37), página 42; *Preuß* (nota a pie de pagina 7), página 89. – El alto carácter integrista y la autolegitimación transcendental, que son propios de las organizaciones terroristas de motivación religiosa, les lleva de manera típica a una ulterior continuación como movimientos socialrevolucionarios o étnicos separatistas (*Straßner*, ZfP 51 [2004], páginas 362, 364 nota a pie de pagina 16, 371).

[39] En *el mismo*. (editor), Der Terror, der Staat und das Recht, Berlin 2004, página 84.

[40] *Schneckener*, Transnationaler Terrorismus, Frankfurt 2006, página 103.

[41] Próximo a este concepto, *Schneckener* (nota a pie de pagina 41), página 49 y siguientes.

[42] La captación y formación de los autores de atentados suicidas islámicos la tratan *Kucklick/Luczak/Reuter*, en Frank/Hirschmann (Editores), Die weltweite Gefahr, Berlin 2002, página 263 y siguientes.

[43] Muy próximo *Heiligsetzer*, en Bendel/Hildebrandt (Editores), Im Schatten des Terrorismus, Wiesbaden 2002, página 156 y siguiente.

[44] Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers nach dem Gesetz der Natur, Frankfurt/Leipzig 1994, página 56.

[45] *Kucklick/Luczak/Reuter* (nota a pie de pagina 42), página 278.

[46] (nota a pie de pagina 29), página 176.

[47] Esta conclusión constituye uno de los enunciados más relevantes en la investigación de la ciencia política sobre terrorismo; véanse *Laqueur*, Terrorismus, Frankfurt/Berlin 1987, páginas 155 y siguientes, 390 [fundamental]; *Brosius*, en Bos/Helmerich [Editor], Neue Bedrohung Terrorismus, Münster 2003, páginas 139 y siguientes; *Geyer*, en Schröfl/Pankratz (Editor), Asymmetrische Kriegführung – ein neues Phänomen der Internationalen Politik?, Baden-Baden 2004, páginas 292 y siguiente, 296; *Helmerich* [nota a pie de pagina 33], página 21; *Hoffman* [nota a pie de pagina 29], páginas 173 y siguientes; *Schneckener* [nota a pie de pagina 40], página 23; *Schober*, en Schröfl/Pankratz/Micewski [Editor], Aspekte der Asymmetrie, Baden-Baden 2006, página 85 y siguiente.

[48] *Waldmann* (nota a pie de pagina 28), página 48.

[49] En palabras del conocido moderador de televisión americano Fred Koppel, el terrorismo sin televisión sería “algo así como el hipotético árbol del que hablan los filósofos, que estaba caído en el bosque: nadie oyó que cayese. Por lo tanto, no tiene ningún motivo para estar ahí” (citado según *Brosius* [nota a pie de pagina 47], página. 139).

[50] *Laqueur* (nota a pie de pagina 47), página 390.

[51] *Hirschmann*, en Frank/Hirschmann (Editores), Die weltweite Gefahr, Berlin 2002, página 29; *Münkler* (nota a pie de pagina 8), página 205; *Waldmann* (nota a pie de pagina 28), página 24; *el mismo* (nota a pie de pagina 28), página 52.

[52] *Schober* (nota a pie de pagina 47), página 88.

[53] De la misma forma, *Laqueur* (nota a pie de pagina 29), página 312 y siguiente, quien ve al terrorismo contemporáneo en una fase de “tránsito”: “en su forma actual predominante es de motivación religiosa o nacionalista y utiliza armas convencionales perfeccionadas, que comprenden cohetes, explosivos más eficaces y muchas cosas más. Además, se ha hecho más indiscriminado y letal mediante atentados suicidas. Es contemporáneo con la búsqueda de medios de destrucción masiva, con los que se puede provocar no sólo miles, sino posiblemente cientos de miles de víctimas Y mientras todo esto lleva a estimar que la creencia en la Yihad y en teorías similares seguirá siendo virulenta en un tiempo próximo, apuntan en el horizonte otras numerosas posibles fuentes de motivación terrorista. Por eso, se incrementa notablemente el peligro de que una provocación terrorista lleve en escalada a una guerra regular”.

[54] De foma ejemplificativa, *Diebitz*, ARSP 2005, 558; *Sofsky* (nota a pie de pagina 30), páginas 178 y siguiente; *Tomuschat*, DÖV 2006, 357.

[55] *Diebitz* (nota a pie de pagina 54), 562.

[56] *Kaldor* (nota a pie de pagina 5), página 10.

[57] (nota a pie de pagina 10), página 298.

[58] (nota a pie de pagina 13), página 9.

[59] En Erklärte Kriege – Kriegserklärungen, Hamburg 2003, página 44.

[60] (nota a pie de pagina 11), página 234.

[61] (nota a pie de pagina 30), página 166.

[62] (nota a pie de pagina 30), página 166.

[63] *Kaldor* (nota a pie de pagina 5), página 53; *Münkler* (nota a pie de pagina 8), página 140; *Reiter*, en Schröfl/Pankratz/Micewski (Editores), *Aspekte der Asymmetrie*, Baden-Baden 2006, página 183.

[64] Muy instructivo al respecto, *Schecknecker* (nota a pie de pagina 40), páginas 72 y siguientes.

[65] *Depenheuer*, *Selbstbehauptung des Rechtsstaates*, Paderborn/München/Wien/Zürich 2007, página 23; *Hilger*, en Schröfl/Pankratz/Micewski (Editores), *Aspekte der Asymmetrie*, Baden-Baden 2006, página 47 y siguiente; *Huntington* (nota a pie de pagina 27), página 348; *Münkler* (nota a pie de pagina 8), páginas 149, 229, 286.

[66] (nota a pie de pagina 39), página 95.

[67] *Münkler* (nota a pie de pagina 11), página 205; *el mismo* (nota a pie de pagina 8), páginas 229, 240, 345; *el mismo*, *Merkur* 2007, 752; coincidiendo, *Gujer*, en Foertsch/Lange (Editores), *Islamistischer Terrorismus*, München 2005, página 53 y siguiente.

[68] *NJW* 2002, 2669.

[69] *Schober* (nota a pie de pagina 47), página 87.

[70] *Sofsky* (nota a pie de pagina 30), página 92.

[71] *Münkler* (nota a pie de pagina 11), página 197 y siguiente, 204; *el mismo*, *PVS* 42 (2001), 587; coincidiendo, *Vest* (nota a pie de pagina 33), página 34; se manera semejante, *Behr*, *Entterritoriale Politik*, Wiesbaden 2004, página 123; *Depenheuer* (nota a pie de pagina 66), página 48; *Forndran*, en Dicke, entre otros, (Editor), *Weltinnenrecht (Liber amicorum a Jost Delbrück)*, Berlin 2005, página 244 y siguiente; *Geyer* (nota a pie de pagina 47), página 285; *Isensee* (nota a pie de pagina 39), página 88.

[72] Ya en la literatura actual, se encuentran –aunque todavía de forma aislada– opiniones como las siguientes: “De la misma forma que organizaciones como Greenpeace se inmiscuyen en la política medio ambiental en cualquier parte del globo, también otras organizaciones intervienen en los conflictos armados o intentan iniciarlos o dirigirlos en cualquier parte del globo. Teniendo presente esto, no se prescinde en absoluto de una conclusión lógica aplastante, que es que el fin del monopolio estatal en la política en general, ha significado el fin del monopolio estatal en la dirección de la guerra o de otros conflictos armados. Por eso, sería carente de sentido demonizar a los grupos terroristas en lugar de advertir que ellos, como otros muchos, pertenecen a los nuevos actores del panorama internacional. En lugar de desecharlos como un hecho curioso, se debería reconocerles como actores normales con intereses normales y métodos especiales. Aunque una organización sin gobierno como Al-Qaida haya adoptado un objetivo distinto al de Greenpeace y medios distintos, su actividad es tan global como la de Greenpeace. Pretende tener influencia política sobre los acontecimientos mundiales y aunque no esté legitimada por los votos, no, por ello, carece totalmente de legitimación. [...] La renuncia a consideraciones metafísicas absolutas del estilo “bueno-malo” hace que las soluciones pragmáticas ya no se estrellen contra su tabúes simbólicos. La idea de cortarles las alas a Al-Qaida, realizando sencillamente su pretensión más antigua y claramente más significativa (la de la retirada de las tropas norteamericanas de Arabia Saudí), para la lucha antiterrorista, es absurdo. ¿Qué argumentos hay, entonces, en contra?” (*Scheerer*, *Die Zukunft des Terrorismus*, Lüneburg 2002, páginas 135, 137).

[73] *Huntington* (nota a pie de pagina 27), página 495; *Kaldor* (nota a pie de pagina 5), páginas 35, 55 f.; *Münkler* (nota a pie de pagina 8), página 223. – Solo aproximadamente el diez por ciento de todos los conflictos armados que se desarrollan a lo largo del mundo son conflictos estatales en el sentido clásico (*Münkler* [nota a pie de pagina 72], 584).

[74] (nota a pie de pagina 13), página 9.

[75] *Nabers*, *ZPol* 17 (2007), 372; *Preuß* (nota a pie de pagina 7), página 85.

[76] Sobre la elaboración de esa fórmula en las semanas siguientes al 11 de septiembre de 2001, nos informa *Nabers* (nota a pie de pagina 76), páginas 360 y siguientes.

[77] *Tomuschat* (nota a pie de pagina 29), 535.

[78] *Schröfl/Pankratz* (nota a pie de pagina 10), página 12.

[79] En la literatura de lengua alemana, así *Depenheuer* (nota a pie de pagina 66), página 11 y siguiente, páginas 46 y siguientes; *Hetzer* (nota a pie de pagina 32), 143; *Isensee*, en Pawlik/Zaczyk (Editor), *Festschrift für Günther Jakobs*, Köln/Berlin/München 2007, página 230; *Lohmann*, en *Schröfl/Pankratz* (Editor), *Asymmetrische Kriegführung – ein neues Phänomen der Internationalen Politik?*, Baden-Baden 2004, página 62; *Münkler* (nota a pie de pagina 8), página 222; *el mismo* (nota a pie de pagina 72), 587; *el mismo*, en Graulich/Simon (Editor), *Terrorismus und Rechtsstaatlichkeit*, Berlin 2007, página 85; *Sofsky* (nota a pie de pagina 30), páginas 175, 178; *Werthebach*, en Graulich/Simon (Editores), *Terrorismus und Rechtsstaatlichkeit*, Berlin 2007, página 123 y siguiente. *Kotzur* constata „una amenaza a la paz similar a una guerra“, AVR 40 (2002), página 462 y siguiente. De un conflicto „parecido a la guerra“ hablan *Bruha*, en Koch (Editor), *Terrorismus – Rechtsfragen der äußeren und inneren Sicherheit*, Baden-Baden 2002, página 54 y siguientes y *Nehm* (nota a pie de pagina 69), 2669.

[80] *Münkler* (nota a pie de pagina 80), 85.

[81] (nota a pie de pagina 80), página 85.

[82] *Kühne*, *Bürgerfreiheit und Verbrecherfreiheit*, Trier 2004, página 21 (de la misma forma, *Hetzer*, ZRP 2005, 133) opina, en contra, que la situación del actual terrorismo no sería fundamentalmente diferente de lo que había sido anteriormente: “Los activistas utilizan como armas técnicas modernas y las usan allí donde hacen más daño a la sociedad. Se trata, por cínico que pueda sonar, de un comportamiento criminal usual y conforme al sistema, en la medida en que no hay ninguna nueva medida que reconocer. Incluso la extensión de la producción del daño es congruente con los riesgos que la utilización de materiales y técnicas peligrosas le depara a la sociedad en general. No tenemos, por lo tanto, ante nosotros nada distinto de la criminalidad que corresponde a la estructura y al desarrollo de la sociedad en el reflejo negativo de su imagen”. Por manida que pueda sonar esta observación, hay un punto en el que la cantidad se convierte en calidad, que pasa inadvertido en esta argumentación.

[83] *Schneckener* (nota a pie de pagina 40), página 13.

[84] Al respecto *Preuß* (nota a pie de pagina 7), página 39.

[85] *Münkler* (nota a pie de pagina 80), página 87 y siguiente.

[86] *Kaldor* (nota a pie de pagina 5), página 51.

[87] (nota a pie de pagina 7), página 47.

[88] De la misma forma, *Bruha* (nota a pie de pagina 80), página 55 y siguiente; *Karstedt*, *Kriminologisches Journal* 34 (2002), 127; *Micewski*, en *Schröfl/Pankratz* (Editor), *Asymmetrische Kriegführung – ein neues Phänomen der Internationalen Politik?*, Baden-Baden 2004, página 38.

[89] *Karstedt* (nota a pie de pagina 89), 127.

[90] *Bruha* (nota a pie de pagina 80), página 56.

[91] Citado según *Hoffman* (nota a pie de pagina 29), página 125.

[92] *Micewski* (nota a pie de pagina 89), página 38 habla, apoyándose en Clausewitz, de un acercamiento a “la forma absoluta” de la guerra.

[93] *Daase* (nota a pie de pagina 29), página 95; *Forndran* (nota a pie de pagina 72), página 236, 246, 253; *Hetzer* (nota a pie de pagina 32), 143; *Hoffman* (nota a pie de pagina 29), página 44; *Kotzur* (nota a pie de pagina 80), 463; *Lohmann* (nota a pie de pagina 80), página 61; *Micewski* (nota a pie de pagina 89), página 38; *Nehm* (nota a pie de pagina 69), 2669; *Schmidl*, en *Schröfl/Pankratz* (Editor), *Asymmetrische Kriegführung – ein neues Phänomen der Internationalen Politik*, Baden-Baden 2004, página 129; *Sofsky* (nota a pie de pagina 30), página 179.

[94] *Münkler* (nota a pie de pagina 72), página 588.

[95] *Laqueur* (nota a pie de pagina 36), página 344; *Münkler* (nota a pie de pagina 72), página 588 y siguiente.

[96] En la literatura se encuentran, sin duda, las perlas más pintorescas del auto-odio, políticamente correcto, occidental. Así, se lamenta *Crespo*, ZIS 2006, 420: “En contraposición al derecho de la guerra clásico, que distingue claramente entre guerra y paz, entre enemigo y delincuente, soldado y civil, tales líneas de distinción se diluyen en la cruzada contra el Terror”. Sí, es verdad, pero quien hace algo de ese estilo, en primer término son los propios terroristas.

[97] *Kreß*, en Hankel (Editor), *Die Macht und das Recht*, Hamburg 2008, página 343 y siguiente.

[98] Sobre lo más último, *Bruha* (nota a pie de pagina 80), página 76 y siguiente.; *Doehring*, *Völkerrecht*, 2. Aufl., Heidelberg 2004, página 259; *Frowein*, *ZaöRV* 2002, 893; *Kurth*, *ZRP* 2002, 406; *Stein/von Buttlar*, *Völkerrecht*, 11ª Edición, München 2005, página 485; *Tomuschat* (nota a pie de pagina 29), 536.

[99] *Forndran* (nota a pie de pagina 72), página 259; *Kratochwil* (nota a pie de pagina 38), página 123; *Münkler* (nota a pie de pagina 8), página 64.

[100] *Schneckener* (nota a pie de pagina 40), página 204 y siguiente.

[101] En Hitzler/Reichert (Editor), *Irritierte Ordnung*, Konstanz 2003, página 275.

[102] *Beck*, *Das Schweigen der Wörter*, Frankfurt 2002, página 10.

[103] *Schäuble*, en *Der Spiegel* 28/2007, 32.

[104] Esto, en el foro de discusión internacional, no es objeto de controversia; al respecto *Kreß* (nota a pie de pagina 98), página 386 y siguientes. – Sobre el carácter simétrico y limitado a las guerras estatales de las reglas de derecho público sobre conflictos armados internacionales *Herdegen*, *Völkerrecht*, 6ª Edición, München 2007, página 367; sobre el rasgo esencial de la simetría de las reglas de derecho público de los conflictos no internacionales *Kreß*, obra citada, página 394 y siguiente, con remisión al compromiso reconocido en el derecho internacional humanitario de amnistiar en la mayor extensión posible, al término de las operaciones militares, la participación conforme a las normas del derecho internacional de los conflictos en acciones bélicas (Art. 6 apartado 5 del Protocolo Adicional de 8 de junio de 1977 al Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 sobre protección a las víctimas de conflictos armados no-internacionales). – La objeción, de que la calificación del enfrentamiento con el terrorismo como guerra, otorga a los terroristas un status legal privilegiado y les dispensa „excesivo honor“ (así *Preuß* [nota a pie de pagina 7], página 89; igualmente, *Kotzur* [nota a pie de pagina 80], 476 y siguiente, *Nabers* [nota a pie de pagina 76], 361 y *Tomuschat* [nota a pie de pagina 29], 536), solamente es sólida bajo el presupuesto de una alternatividad entre delito y guerra. Sin embargo, esta disyuntiva ha sobrevivido frente al moderno terrorismo.

[105] Citado según *Klein*, en *Isensee* (editor), *Der Terror, der Staat und das Recht*, Berlin 2004, página 35.

[106] Por un “derecho de Policía transnacional de nuevo cuño con elementos del derecho de los conflictos” también aboga, sobre la base de un análisis de derecho internacional sutil y con amplio examen de la literatura científica internacional, *Kreß* (nota a pie de pagina 98), páginas 395 y siguientes. Coincidiendo en su posición local, también *Isensee* (nota a pie de pagina 39), página 91 así como *Roellecke*, *JZ* 2006, 268 y siguiente. –El Reino Unido ha tomado ya este camino con la *Prevention of Terrorism Act* de 2005. Lo mismo sirve por la materia para el Tribunal Supremo israelí. Este Tribunal en su resolución de 11 de diciembre de 2005 (*The Public Committee against Torture in Israel et al. v. The Government of Israel et al.* [HCJ 769/02, Nr. 40]) ha reconocido una prioridad fundamental a la detención sobre la muerte intencional del presunto terrorista, no obstante lo cual considera que deben ser modificados los principios del conflicto jurídico mediante los del tradicional derecho de policía (proporcionalidad), solución a la que llega después de haber aceptado como punto de partida sistemático la aplicabilidad del derecho de los conflictos armados internacionales (*Kreß*, obra citada, página 399 y siguiente).

[107] Discrepando, por ejemplo, *Bull*, en *Graulich/Simon* (Editores), *Terrorismus und Rechtsstaatlichkeit*, Berlin 2007, página 309 y siguiente; *Hase*, *DÖV* 2006, 215 y siguiente; *Krauß*, en *Uwer* (Editor), „Bitte bewahren Sie Ruhe“, Berlin 2006, página 99; *Lüderssen*, *StV* 2001, 720; *el mismo*, *FR* de 31 de enero de 2002, 19; *Prittwitz*, en *el mismo*, entre otros, (Editor), *Festschrift für Klaus Lüderssen*, Baden-Baden 2002, páginas 505, 507; *Sander*, en *Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie* (Editor), *Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts*, Frankfurt 2007, página 275 y siguiente; *Waechter*, *JZ* 2007, 68.

[108] (nota a pie de pagina 13), página 11.

[109] (nota a pie de pagina 13), página 11.

[110] *von Liszt*, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Berlin 1905, volumen I, página 292, volumen II, página 3, 65, 68, 78 y siguiente, 236.

[111] Acertadamente, *Sander* (nota a pie de pagina 108), página 272 y siguiente.

[112] *Calliess*, en *Britz*, entre otros, (Editor); *Festschrift für Heinz Müller-Dietz*, München 2001, página 112 y siguientes.; *NK-Hassemer/Neumann*, *StGB* 2.ª Edición, volumen 1, Baden-Baden 2005, respecto del § 1 marginal 274 y siguiente; *Arthur Kaufmann*, en *Hirsch/Marquardt* (Editor), *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann*, Berlin/New York 1986, página 431; *Roxin*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, volumen I, 4ª edición, München 2006, § 3 Rn. 15; *S/S-Stree*, *StGB*, 27ª Edición, München 2006, advertencia preliminar §§ 38 y siguientes marginal 15.

[113] *von Liszt* (nota a pie de pagina 111), volumen I, página 161.

[114] *Eb. Schmidt*, ZStW 67 (1955), página 181.

[115] *von Liszt* (nota a pie de pagina 111), volumen I, página 169.

[116] Véase *Burns*, Southern Illinois University Law Journal 28 (2004), 624; *Doehring* (nota a pie de pagina 99), página 258 (respectivamente aplicado a la finalidad del cautiverio como prisionero de guerra).

[117] Al particular, con extenso examen *Pawlik*, Person, Subjekt, Bürger, Berlin 2004, páginas 31 y siguientes.

[118] Así *Roxin* (nota a pie de pagina 113), § 6 Rn. 1; coincidiendo objetivamente, *Hirsch*, en Prittwitz entre otros (Editor), Festschrift für Klaus Lüderssen, Baden-Baden 2002, página 254.

[119] *Jakobs*, ZStW 97 (1985), 755; de la misma forma, *Dencker*, StV 1988, 263.

[120] Partidarios clásicos de esta posición: *von Humboldt*, Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen, Stuttgart 2006, página 28; *J. S. Mill*, Über die Freiheit, Stuttgart 1988, página 19 y siguiente, 103; *Taine*, en Freund (Editor), Der Liberalismus, Stuttgart 1965, página 124. De la literatura científica más reciente *Berlin*, Freiheit, Frankfurt 2006, páginas 201 y siguientes, 243.

[121] Verteidigung des Privaten, München 2007, páginas 18, 37.

[122] *Jakobs* (nota a pie de pagina 120), 755.

[123] *Sofsky* (nota a pie de pagina 122), página 28.

[124] *Jakobs* (nota a pie de pagina 120), 755.

[125] De la misma forma, *Jakobs* (nota a pie de pagina 120), 757; *Müssig*, Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz, Frankfurt 1994, página 220.

[126] Al respecto, *J. S. Mill* (nota a pie de pagina 121), páginas 77 y siguiente, 113, 132, 135.

[127] *Cancio*, en Pawlik/Zaczyk (editores), Festschrift für Günther Jakobs, Köln/Berlin/München 2007, página 44.

[128] Véase *Frister*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2ª Edición, München 2007, 8/3; *Hassemer*, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2ª Edición, München 1990, página 208.

[129] *Jakobs* (nota a pie de pagina 120), 753.

[130] La amplitud de la conducta típica del § 129 a del StGB le conduce además a una precaria relación con la estructura del procedimiento penal reformado. Conductas, que establecen un deber judicial de investigar en toda dirección y casi sin límites – predominantemente orientadas al objetivo de la organización– como actuación punible, encajan más bien en el antiguo procedimiento inquisitorial que en el moderno proceso acusatorio (próximo, *Fezer*, en K. Schmidt [Editor], Rechtsdogmatik und Rechtspolitik, Berlin 1990, páginas 133 y siguientes).

[131] De forma ejemplificativa, *Rudolphi*, en Frisch/Schmid (Editor), Festschrift für Hans-Jürgen Bruns, Köln/Berlin/Bonn/München 1978, página 317; *el mismo*, ZRP 1979, página 215 y siguiente.

[132] La jurisprudencia y la doctrina se han esforzado por hacer una interpretación restrictiva del § 129 a) del StGB; así el Tribunal Federal ha reducido recientemente de forma considerable la punibilidad de la apología en favor de organizaciones terroristas (BGH HRRS 2007 Nr. 800 con comentario en apoyo, *Mansdörfer*, HRRS 2007, 366 y siguientes) y ha exigido una prueba contundente de los elementos característicos fundamentales contenidos en el párrafo 2 (BGH StB 43/07, reseñado en FAZ de 29 de noviembre de 2007, página 4). Por plausibles que sean tales puntos de apoyo a partir de los principios fundamentales del derecho penal, lo cierto es que los problemas estructurales del § 129 StGB no desaparecen.

[133] *Kötter*, Der Staat 43 (2004), 389 y siguiente ilustra esto incisivamente mediante el caso del terrorista "durmiente" que representa precisamente la personificación del peligro que se origina en privado, "la figura del" durmiente "genera, ya como idea, temor y terror, en la medida que puede considerarse como la perfección del terror".

[134] Así, *Rudolphi* (nota a pie de pagina 132), página 317 y siguientes (fundamental); *el mismo*, (nota a pie de pagina 132), 215 y siguiente; SK-Rudolphi/Stein, StGB 63. Lfg. (Neuwied, Marzo 2005), § 129 a Rn. 6; NK-Ostendorf, StGB, volumen 2, 2ª Edición, Baden-Baden 2005, § 129 Rn.5; *Fürst*, Grundlagen und Grenzen der §§ 129, 129 a StGB, Frankfurt 1989, página 68; *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, Köln/Berlin/Bonn/München 2002, página 284, 287 y siguientes; *el mismo*, StV 2005, 160; *Krüger*, Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff, Berlin 2000, página 167 y siguiente;

Langer-Stein, Legitimation und Interpretation der strafrechtlichen Verbote krimineller und terroristischer Vereinigungen, München 1987, página 150 y siguientes; *Scheiff*, Wann beginnt der Strafrechtsschutz gegen kriminelle Vereinigungen (§ 129 StGB)?, Frankfurt 1997, página 28; F.-C. *Schroeder*, Die Straftaten gegen das Strafrecht, Berlin 1985, páginas 11, 22.

[135] En este sentido, *Jakobs* (nota a pie de página 120), 778. – También la corriente mayoritaria entiende el § 129 a del StGB como un precepto que protege la seguridad pública (BayObLG, StV 1998, 265; OLG Düsseldorf, NJW 1994, 398 f.; LK-v. *Bubnoff*, Volumen 4, 11ª Edición, Berlin/New York 1995, § 129 a Rn. 4; *Griesbaum*, en *el mismo*, entre otros, [Editor], Festschrift für Kay Nehm, Berlin 2006, página 129; *Hofmann*, NStZ 1998, 250; *Kindhäuser*, Strafrecht Besonderer Teil I, (Parte especial) 3ª Edición, Baden-Baden 2007, § 41 marginal 1; *Lackner/Kühl*, StGB, 26ª Edición, München 2007, § 129 Rn. 1; S/S-*Lenckner/Sternberg-Lieben*, StGB, 27ª Edición, München 2006, § 129 Rn. 1; MK-*Miebach/Schäfer*, StGB, volumen 2/2, München 2005, § 129 a, Rn. 1; *Lampe*, ZStW 106 [1994], 706), desde luego, sin considerar la circunstancia de que el bien jurídico "seguridad pública" simplemente se adapta a la perifrasis de un derecho de intimidación en el sentido esbozado más arriba. De ahí que la determinación del bien jurídico de la corriente mayoritaria en gran parte siga siendo una vacía fórmula estereotipada. Puesto que se puede decir que todo acto antijurídico perjudica la seguridad pública, y que la protección de la seguridad pública representa simplemente una reformulación de la función del derecho penal globalmente considerado, el problema central de la legitimación teórica del § 129 a del StGB, -la amplia anticipación de la punibilidad-, no se justifica por esa determinación del bien jurídico protegido, sino más bien se disimula (*Cancio* [nota a pie de página 128], páginas 38, 43; *Müssig* [nota a pie de página 126], página 216 y siguiente; *Rudolphi* [nota a pie de página 132], página 319; *Schroeder* [nota a pie de página 135], página 14).

[136] *Gärditz*, Weltrechtspflege, Berlin 2006, página 172. – La disposición se retrotrae a un acuerdo marco del Consejo de la Unión Europea de 13 de junio de 2002 (2002/475/JI).

[137] Véase BT-Drucks. 14/8893, página 8 y siguiente.

[138] En este sentido, LPK-*Kindhäuser*, StGB, 3ª Edición, Baden-Baden 2006, § 129 b Rn. 6 y siguientes; *Kreß*, JA 2005, 226 y siguientes; *Stein*, GA 2005, 433. Según la opinión de todos los citados, el § 129 b del StGB, por culpa de su inaceptable amplia formulación, se mueve en el límite de la interpretabilidad.

[139] Esto mismo debería valer, aunque el activista no esté activamente encuadrado en la organización de forma activa (BT-Drucks. 14/8893, página 9).

[140] Así, de forma crítica, *Fischer*, StGB, 54ª Edición, München 2007, § 129 b marginal. 3; Igualmente, S/S-*Lenckner/Sternberg-Lieben* (nota a pie de página 136), § 129 b marginal 2.

[141] De forma ejemplificativa, *Roxin* (nota a pie de página 113), § 3 marginal 51; *Schünemann*, en Geppert, entre otros, (editor), Festschrift für Rudolf Schmitt, Tübingen 1992, página 133; *el mismo*, en Schünemann, entre otros, (editor), Festschrift für Claus Roxin, Berlin/New York 2001, página 24. – La inconsistencia sistemática de esta posición se demuestra por *Pawlik*, en Pawlik/Zaczyk (editor) Festschrift für Günther Jakobs, Köln/Berlin/München 2007, página 481.

[142] *Roxin* (nota a pie de página 113), § 3 marginal 51; igualmente, *Fischer* (nota a pie de página 141), § 46 marginal 5; *Lackner/Kühl* (nota a pie de página 136), § 46 marginal 23; *Albrecht*, Die vergessene Freiheit, Berlin 2003, página 65 y siguiente; *Dencker* (nota a pie de página 120), 263; *Gärditz* (nota a pie de página 137), página 325; *Haffke*, KJ 2005, 21; *Hassemer*, en Hoyer, entre otros, (Editor), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder, Heidelberg 2006, página 63; *el mismo*, WestEnd 2006, 82; *el mismo*, en Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie (editor), Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts, Frankfurt 2007, página 135; *Kunz*, en Arnold, entre otros (editor), Menschengerechtes Strafrecht (Festschrift für Albin Eser), München 2005, página 1375.

[143] *Jakobs*, en Eser, entre otros, (editor), Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, München 2000, página 51.

[144] Igualmente, *Dencker*, StV 1987, 121, quien con razón señala la incongruencia que descansa en que la conducta típica descrita en el § 129 a del StGB, según su texto expreso, comprenda también organizaciones, cuya actividad se dirija solamente a la comisión de delitos. Esto también lo critican *Kühl*, NJW 1987, 746 und v. *Plotnitz*, ZRP 2002, 352 así como SK-*Rudolphi/Stein* (nota a pie de página 135), § 129 a marginal 2.

[145] *Schroeder* (nota a pie de página 135), página 29. –La idea de que el § 129 a del StGB tiene prioritariamente una función preventiva, encuentra en la literatura un considerable respaldo; véase, por ejemplo, *Müssig* [nota a pie de página 126], páginas 219, 241; en tiempos más recientes, *Griesbaum* (nota a pie de página 136), página 129 (de forma afirmativa); *Jakobs*, HRRS 2004, 92 (el § 129 a) del StGB contendría una "pena" de las denominadas de prevención anticipada de la seguridad; *el mismo*, ZStW 117 [2005], 840, 845; *el mismo*, HRRS 2006, 296; *Krauß* (nota a pie de página 108), página 97 (crítico).

[146] BVerfGE 16, 194 (202); BVerfG NJW 2003, 2897 (2899), KK-*Pfeiffer*, StPO, 5ª Edición.,

München 2003, Preámbulo marginal 30; *Kindhäuser*, Strafprozessrecht, Baden-Baden 2006, § 18 marginal 10; *Kühne*, Strafprozeßrecht, 7ª Edición., Heidelberg 2006, marginal 406.

[147] BVerfG NJW 1977, 1489 y siguiente; 1985, 121 (122 y siguientes); HK-Krehl, StPO, 3ª Edición, Heidelberg 2001, Preámbulo, marginal 19; Meyer-Goßner, StPO, 48ª Edición, München 2005, Preámbulo marginal 20; *Kindhäuser* (nota a pie de página 147), § 18 marginal 10.

[148] También así, *Dencker* (nota a pie de página 145), 117 y siguientes; v. *Plottnitz* (nota a pie de página 145), 352 y siguiente.

[149] LK-v. *Bubnoff* (nota a pie de página 145), § 129 a marginal 4 y siguiente.; LPK-*Kindhäuser* (nota a pie de página 139), § 129 a marginal 2; *Fischer* (nota a pie de página 141), § 129 a marginal 3; *Achenbach*, Kriminalistik 1987, 297 y siguientes; *Helm*, StV 2006, 719 y siguiente.; *Krauß* (nota a pie de página 108), página 97; *Weigend* (nota a pie de página 29), página 167.

[150] (nota a pie de página 69), 2670. –En un 90 % de los casos, no se llegó, sin embargo, a la formulación de una acusación pública por el artículo § 129 a del StGB (BT-Drucks. 16/5820, página 1), sino o al archivo de las actuaciones o a formular acusación por cualquier otro delito "normal".

[151] De la "legislación especial" debida a la singularidad del terrorismo, habla *Dencker* (nota a pie de página 149), 118.

[152] Así *Hassemer* (nota a pie de página 143), página 117 sobre las nuevas orientaciones del derecho penal de acción preventiva.

[153] Véase, al particular, BT-Drucks. 16/5820, página 2 así como la propuesta de ley del Land de Hessen Proyecto de ley número 42 de modificación del StGB –Ley para represión de la permanencia en campos de entrenamiento terrorista- (42ª Ley modificativa del StGB), que se puede conseguir en <http://www.hmdj.hessen.de>; véase también "Die Welt-Online" de 8.5.2007, http://www.welt.de/politik/article859177/Regierung_plant_neue_Anti-Terror-Paragrafen.html; además, "Spiegel-Online" de 16.7.2007, <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/0,1518,494572,00.html>.

[154] Citado según: <http://www.n-tv.de/850780.html>.

[155] http://www.bmj.bund.de/Pressestelle/Pressemitteilungen_58.html.

[156] Cercano en la crítica a un modelo semejante de determinación de la punibilidad, *Pawlik*, StV 2003, 298 y siguiente; además, *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges, Heidelberg 1988, página 298; *Weigend*, en Eser (Editor), Festschrift für Haruo Nishihara, Baden-Baden 1998, página 197 y siguientes; *Wohlers*, SchwZStr 117 (1999), 434.

[157] (nota a pie de página 156).

[158] Véanse los informes en Die Welt de 19.11.2007, página 4; <http://www.netzzeitung.de/deutschland/74030.html>; <http://www.tagesschau.de/inland/terrorlager6.html>.

[159] (nota a pie de página 154).

[160] Citado según: <http://www.tagesschau> (nota a pie de página 159).

[161] FAZ de 15 de septiembre de 2007, página 10.

[162] Citado según: FAZ de 8 de setiembre de 2007, página 1.

[163] Un elemento peligroso es, según la definición gubernamental, una persona, a la que, determinados actos justifican la suposición de que cometerá actos penales políticamente motivados de considerable significación, especiaemente de aquéllos a los que se refiere el artículo 100 de la Ley Procesal Penal (BT-Drucks. 16/3570, página 6).

[164] *Jakobs* (nota a pie de página 144), página 51 y siguientes; *el mismo*. (nota a pie de página 146), 92 y siguiente; *el mismo*, Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, Paderborn 2004, página 45 y siguiente; *el mismo*, (nota a pie de página 146), 839 y siguientes; *el mismo*, (nota a pie de página 146), 295 y siguiente. –Apoyándole, *Depenheuer* (nota a pie de página 66), página 69 y siguiente; *Pérez del Valle*, en Pawlik/Zaczyk (editor), Festschrift für Günther Jakobs, Köln/Berlin/München 2007, página 515 y siguientes; *Polaino*, ebd., página 529 y siguientes; muy próximo también *Sack*, http://www.cilip.de/presse/2005/sack_druck.htm, página 10 y siguientes. –Indecisos, *Lüderssen* (nota a pie de página 108), 19; *el mismo*, "Daß nicht der Nutzen des Staats Euch als Gerechtigkeit erscheine", Frankfurt/Leipzig 2005, página 64 y siguientes. –Oponiéndose a la concepción del derecho penal del enemigo *Albrecht*, ZStW 117 (2005), 856; *Ambos*, SchZStr 124 (2006), 15 y siguientes; *Aponte*, Krieg und Feindstrafrecht, Baden-Baden 2004, página 126 y siguientes; *el mismo*, HRRS 2006, 299 y siguientes; *el mismo*, en Uwer (editor),

"Bitte bewahren Sie Ruhe", Berlin 2006, páginas 138 y siguientes; *Arnold*, HRRS 2006, 304 y siguientes; *Bung*, en Uwer, obra citada, página 249 y siguientes; *el mismo*, HRRS 2006, 317 y siguientes; *Cancio*, ZStW 117 (2005), 282 y siguientes; *Crespo* (nota a pie de página 97), 413 y siguientes; *Düx*, ZRP 2003, 194 y siguiente; *Eser*, en *el mismo*, entre otros (editor), Die Deutsche Strafrechtswissenschaft für der Jahrtausendwende, München 2000, página 445; *Fahl*, StraFo 2006, 178 y siguientes; *Frommel*, en Uwer, obra citada, página 71 y siguientes; *Gärditz* (nota a pie de página 137), página 439 nota a pie de página 22; *Gössel*, en Hoyer, entre otros, (editor), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder, Heidelberg 2006, página 35 y siguientes; *Greco*, GA 2006, 102 y siguientes; *Hassemer*, StraFo 2005, 315; *el mismo*. (nota a pie de página 143), 81 y siguiente; *el mismo* (nota a pie de página 143), página 121 y siguientes; *Hefendehl*, StV 2005, 158 y siguiente; *Jahn*, Das Strafrecht des Staatsnotstandes, Frankfurt 2004, página 235 y siguiente; *Jung*, GA 2006, 726 y siguiente; *Hörnle*, GA 2006, 89 y siguientes; *Kindhäuser*, en Hoyer entre otros, (editor), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder, Heidelberg 2006, página 95 y siguientes; *KrauB* (nota a pie de página 108), página 84 y siguientes; *Kunz*, SchwZStr 122 (2004), 242 y siguientes; *el mismo*. (nota a pie de página 143), páginas 1389 y siguientes; *Malek*, HRRS 2006, 316 y siguiente; *Neumann*, en Uwer aaO, S. 312 y siguientes; *Ogorek*, en Graulich/Simon (editor), Terrorismus und Rechtsstaatlichkeit, Berlin 2007, página 217 y siguiente; *Prittwitz*, ZStW 113 (2001), 795 y siguiente; *el mismo*, en Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie (Editor), Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts, Frankfurt 2007, página 249 y siguiente; *el mismo*, en Pilgram/Prittwitz (Editor), Kriminologie: Akteurin und Kritikerin gesellschaftlicher Entwicklung, Baden-Baden 2005, página 226; *Saliger*, JZ 2006, 759 y siguientes; *Sander* (nota a pie de página 108), página 258 y siguientes; *Sauer*, NJW 2005, 1703 y siguientes; *Sinn*, ZIS 2006, 113 y siguientes; *Schneider*, ZStW 113 (2001), 515; *el mismo/Morquet*, en Uwer obra citada, página 339 y siguientes; *Schünemann*, GA 2001, 210 y siguientes; *el mismo*, en GRIESEBAUM entre otros (Editor), Festschrift für Kay Nehm, Berlin 2006, página 221 y siguientes; *Schulz*, ZStW 112 (2000), 661 y siguientes; *el mismo*, en Uwer, obra citada, página 325 y siguientes; *Streng*, en Uwer obra citada, página 245 y siguientes; *Uwer*, en *el mismo*, obra citada, página 37 y siguientes.

[165] *Jakobs* (nota a pie de página 144), página 53; *el mismo* (nota a pie de página 146), página 93; *el mismo* (nota a pie de página 165), página 44; *el mismo* (nota a pie de página 146), 843; *el mismo* (nota a pie de página 146), 293. – Como las manifestaciones de *Jakobs* dejan claro, él no quiere decir con ello en modo alguno una privación absoluta de los derechos del enemigo, sino simplemente, "una cierta –más o menos grande– reducción de su *status civitatis*" (así, certeramente *Silva Sánchez*, ZStW 118 [2006], 549).

[166] En este sentido, *Albrecht* (nota a pie de página 165), página 857; *Ambos* (nota a pie de página 165), 22 y siguiente; *Greco* (nota a pie de página 165), 106; *Hörnle* (nota a pie de página 165), 91 y siguiente; *Uwer* (nota a pie de página 165), página 42.

[167] De manera interesante, desde hace unos años, autores sobre todo del espectro político de izquierdas descubren la firme actualidad del pensamiento de Schmitt; en último término, *Agamben*, Homo sacer, Frankfurt 2002, página 21 y siguiente, 25 y siguientes; *el mismo*, Ausnahmezustand, Frankfurt 2004, página 7 y siguientes; *Mouffe*, Über das Politische, Frankfurt 2007, páginas 11, 15 y siguientes.

[168] También el propio *Jakobs* (en [nota a pie de página 146], página 294) combate decididamente una aproximación de su teoría del derecho penal del enemigo al pensamiento amigo-enemigo de *Carl Schmitt*.

[169] (nota a pie de página 146), página 293.

[170] Véase de la literatura clásica, *von Humboldt* (nota a pie de página 121), página 35 así como *Malthus*, en Freund (Editor), Der Liberalismus, Stuttgart 1965, página 135 y siguiente; de tiempos recientes, *von Hayek*, Die Verfassung der Freiheit, 3ª Edición, Tübingen 1991, página 105 y siguientes.

[171] Véase BVerfGE 87, 209 (228). – Esta manera de pensar encontró su expresión clásica en el artículo 1 de la Virginia Bill de 12 de junio de 1776 así como en el Preámbulo de la Declaración de la Independencia americana de 4 de julio de 1776. Estos textos estaban una vez más inspirados esencialmente en *Locke*, Über die Regierung, Stuttgart 2003, página 22, 64 y siguiente. De la literatura filosófica reciente, véase, por ejemplo, *Nozick*, Anarchie, Staat, Utopia, Munich, o. J., página 25 y siguiente.

[172] Así lo hacen, por ejemplo, *Hassemer* (nota a pie de página 143), página 122, *Neumann* (nota a pie de página 165), página 313, *Saliger* (nota a pie de página 165), 762 y *Sander* (nota a pie de página 108), página 260.

[173] Especialmente contundente, en (nota a pie de página 146), páginas 289, 290, 294.

[174] *Jakobs* (nota a pie de página 146), 294.

[175] La fuerza descriptiva de la concepción del derecho penal del enemigo se reconoce de forma amplia; véase *Albrecht* (nota a pie de página 165), 855 y siguiente; *Arnold* (nota a pie de página 165), 307 y siguientes; *Cancio* (nota a pie de página 165), 268 y siguientes, 279; *Dencker* (nota a pie de página 120), 263 y siguiente; *Denninger*, KJ 2005, 367; *Frankenberg*,

KJ 2005, 381; *Hörnle* (nota a pie de pagina 165), 82 y siguientes; *Neumann* (nota a pie de pagina 165), 300 y siguiente; *Prittitz* (nota a pie de pagina 165), página 218 y siguiente, 224 y siguiente, 228; *Sander* (nota a pie de pagina 108), páginas 256 y siguientes; *Scheffler*, en Feltes, entre otros, (Editor), *Festschrift für Hans-Dieter Schwind*, Heidelberg 2006, páginas 123 y siguientes; *Sinn* (nota a pie de pagina 165), 108 y siguientes; *Krauß* (nota a pie de pagina 108), 81 y siguiente, 99; *Streng* (nota a pie de pagina 165), 231.

[176] Próximo al fundamento filosófico jurídico *Pawlik* (nota a pie de pagina 142), páginas 476 y siguientes.

[177] (nota a pie de pagina 107), 268.

[178] *E. A. Wolff*, ZStW 97 (1985), 798.

[179] Este aspecto, *Jakobs* lo desprecia excesivamente. "Guerra encorsetada" –uno de sus giros más recurrentes como perífrasis de lo que él denomina derecho penal del enemigo (véase *Jakobs* [nota a pie de pagina 146], 92; *dens.* [nota a pie de pagina 165], página 44)– no necesita terminar obligatoriamente en la despersonalización del adversario.

[180] De forma ejemplificativa, *Kotzur* (nota a pie de pagina 80), 465 y siguiente y *Schünemann* (nota a pie de pagina 165), 312.

[181] *Hettinger*, NJW 1996, 2264; *Kühl* (nota a pie de pagina 145), 737; *Zaczyk*, StV 1993, 490 y siguiente.

[182] (nota a pie de pagina 107), 265.

[183] Más arriba, nota a pie de pagina 109.

[184] En su contra, *Hassemer* (nota a pie de pagina 143), página 122 no representa el derecho de la guerra en modo alguno un "derecho desaforado de prevención del peligro". Sin duda, a algunos autores les perturba el concepto de enemigo como tal: favorece una "demonización" del adversario (*Saliger* [nota a pie de pagina 165], 761) y alenta por ello, "a arrojar a aquéllos a los que se les tilda de enemigos al demonio con Belcebú y mandarles al infierno" (*Ambos* [nota a pie de pagina 165], 26). Frente a tal escenario de terror, –el revés de una idiosincrasia que se entiende progresista, que según una observación de *Isensee* (en *Mellinghoff*, entre otros, [Editor], *Die Erneuerung des Verfassungsstaates*, Heidelberg 2003, página 9 y siguiente) no desearía reconocer el carácter de enemigo como una categoría y por eso, se inclina por sentirse perjudicada personalmente por la discrepante realidad– se ha movilizadado en los años pasados en favor de una maliciosa jerga de asistencia social: no se trataría de "enemigo, sino de problema" (*Prittitz* [nota a pie de pagina 165], página 228). ¿Sin embargo, no debería ser ambición de la ciencia precisamente la de dar al problema el valor conceptual sistemático, terminológico e históricamente adecuado? El ser un plañidero no es una virtud ni moral ni científica.

[185] Así resulta del artículo 118 del Convenio de Ginebra de 12 agosto de 1949 sobre trato a los prisioneros de guerra; sobre el particular, *Gasser*, *Humanitäres Völkerrecht*, Basilea/Ginebra 2007, página 100.

[186] *Bothe*, en *Dicke*, entre otros, (Editor), *Weltinnenrecht (Liber amicorum a Jost Delbrück)*, Berlin 2005, página 69.

[187] Que los terroristas no se someten a las reglas del derecho de la guerra, no es un argumento contra la aplicación de un recurso análogo para los terroristas. "Die fundamentalen humanitären Prinzipien des Kriegsvölkerrechts sind repressalienfest" (*Bruha* [nota a pie de pagina 80], página 77).

[188] Incluso asesinatos selectivos, muertes buscadas fuera de los límites del derecho a la legítima defensa o al derecho de policía, frente a terroristas no deberían excluirse de antemano. Que la autorización para la comisión de *targeted killing* no debe llevar necesariamente a la renuncia de los principios fundamentales del Estado de Derecho, se ilustra palmariamente por la resolución del Tribunal Supremo israelí de 11 de diciembre de 2005 (nota a pie de pagina 107), en la que se aborda con ejemplar escrupulosidad argumentativa dentro de una elevada conciencia del problema; sobre esta resolución, *Ben-Naftali/Michaeli*, *American Journal of International Law* 101 (2007), 459.

[189] Así, *Doehring* (nota a pie de pagina 99), página 258.

[190] Art. 43 Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer internationaler bewaffneter Konflikte vom 8. Juni 1977.

[191] *Friedersen/Petersen*, NordÖR 2005, 519.

[192] La corriente hoy en día dominante estima que el artículo 5 párrafo 1 c) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales permite la adopción de la prisión preventiva solamente con fuertes limitaciones (muy cercano, en último término, *Friedersen/Petersen* [nota a pie de pagina 192], 517 y siguiente; *Walther*, ZIS 2007, 470 y siguientes). Con carácter general, el artículo 15 del Convenio Europeo para

la Protección de los Derechos humanos y de las Libertades Fundamentales contempla la posibilidad de una derogación del artículo 5 párrafo 1 c) en ciertas condiciones, entre ellas, para el caso de guerra. Si se acepta que el terrorismo islámico transnacional se trata de una forma de conducir la guerra, es consecuente manifestar y fundamentar el régimen legal de su lucha ante las instancias internacionales de control de los derechos humanos en una declaración de derogación expresa como emergencia pública (de la misma manera, *Kreß* [nota a pie de pagina 98], página 402 y siguiente).

[193] Nos remitimos al artículo 14 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966.

[194] El estatuto dudoso de prisionero de guerra debe determinarse por un Tribunal competente y hasta entonces al afectado debe tratarse como prisionero de guerra (Art. 5 párrafo 2 del Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949, sobre trato a prisioneros de guerra).

[195] Los combatientes que resultan responsables de haber quebrantado en la realización de operaciones militares el deber de hacerse externamente diferenciables de los civiles, pierden el estatuto de combatiente (*Bothe* [nota a pie de pagina 187], página 69; *Doehring* [nota a pie de pagina 99], página 258; *Stein/von Buttlar* [nota a pie de pagina 99], página 484. Véase, también, Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 317 US 1, 31: "El espía que secretamente y sin vestir uniforme atraviese las líneas militares de una parte beligerante con el propósito de reunir información militar y transmitírsela al enemigo, o un combatiente enemigo que atraviese secretamente la líneas con el propósito de llevar a cabo actos bélicos mediante la causación de daños materiales o pérdidas de vidas, son ejemplos clásicos de beligerantes que no tienen derecho a que se les reconozca la condición de prisioneros de guerra, aunque en cuanto transgresores de las leyes de la guerra están sujetos al enjuiciamiento y sanción por tribunales militares" [en inglés en el original]. A tales personas les corresponde el concepto de *unlawful combatant* (sobre el particular, detalladamente, *Dinstein*, Israel Yearbook on Human Rights 32 [2002], 247 y siguiente, así como *Wieczorek*, *Unrechtmäßige Kombattanten und humanitäres Völkerrecht*, Berlin 2005, página 33 y siguientes, 54 y siguientes).

[196] EuGRZ 2004, 347.

[197] Son decisivas las resoluciones del Tribunal en *Rasul v. Bush*, *Al Odah v. United States*, 542 U.S. 466, y *Hamadi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507. –Una instructiva mirada sobre la lucha sobre la situación legal de los presos de Guantánamo la da *Stuckenberg*, JZ 2006, 1142 y siguientes– la restante legislación norteamericana como respuesta al 11 de septiembre, la tratan *Arzt*, en *Graulich/Simon* (Editor), *Terrorismus und Rechtsstaatlichkeit*, Berlin 2007, páginas 241 y siguientes y *Thaman*, en *Gropp/Sinn* (Editor), *Organisierte Kriminalität und kriminelle Organisationen*, Baden-Baden 2006, páginas 431 y siguientes.

[198] BVerfGE 109, 133 y siguientes.

[199] BVerfGE 109, 133 (160) establece que el § 67d apartado 3 del StGB consagra una correspondencia regla-excepción, diciendo que dispone regularmente la ejecución y solamente autoriza con carácter excepcional, para el caso de una pronóstico de riesgo, la continuación del proceso de ejecución. –Sobre esto en la literatura científica: *LPK-Kindhäuser* (nota a pie de pagina 139), § 67 d marginal 7; *NK-Böllinger/Pollähne*, StGB, 2ª Edición, Baden-Baden 2005, volumen 1, § 66 marginal 125; *S/S-Stree*, StGB, 27ª Edición, Munich 2006, § 66 marginal 75, § 67 d marginal 13; *Müller-Metz*, StV 2003, 42, 48. –.

[200] *LPK-Kindhäuser* (nota a pie de pagina 139), § 66 Rn. 25; *Lackner/Kühl* (nota a pie de pagina 136), § 67d marginal 4; *S/S-Stree* (nota a pie de pagina 200), § 67 d marginal 6; *Baumann/Weber/Mitsch*, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (Parte general), 11ª Edición, Berlin 2003, página 794.

[201] *Fischer*, en *Fleck* (Editor), *The Handbook of Law in Armed Conflicts*, Oxford/ New York 1999, página 281; *Waechter* (Nota a pie de pagina 108), 65 y siguiente.

[202] Un ejemplo se encuentra en la ordenanza reguladora de la insolvencia. En su § 97 párrafo 1 frase 2, la ordenanza reguladora de la insolvencia obliga al deudor expresamente a denunciar aquéllas conductas que puedan dar lugar a persecución por hecho delictivo o por acto contrario a la Ordenanza. En conexión con BVerfGE 56, 37 el § 97 párrafo 1 frase 3 de la Ordenanza sobre Insolvencia convierte una prohibición de explotación del deudor o sus parientes en una conducta sancionable con pena o multa administrativa.

[203] Esta norma encuentra aplicación respectiva en el campo del derecho del procedimiento administrativo (*Ramsauer*, *VwVfG*, 9ª Edición, Munich 2005, § 26 Rdnr. 10 y siguiente; *HK-VerwR/VwVfG-Schwarz*, Baden-Baden 2006, § 26 marginal 17).

[204] Con dudas, también *Isensee* (nota a pie de pagina 185), página 33 y siguiente y *Jakobs* (nota a pie de pagina 146), 849.

[205] FAZ de 8 de octubre de 2007, página 8, de 31 de octubre de 2007, página 7 y de 12 de diciembre de 2007, página 5.

[206] KK-*Boujong*, StPO, 5^a Edición, Munich 2003, § 136 a Rn. 19; LK-*Hanack*, StPO, 5^a Edición, Berlin 2004 (Stand der Bearbeitung: 1.9.1996), § 136 a Rn. 35; SK-*Rogall*, StPO, volumen 2, 14. Lfg. (Neuwied, Julio 1995), § 136 a Rn. 51.

[207] BGHSt 37, 48 (53).

[208] KK-*Boujong* (nota a pie de pagina 207), § 136 a marginal 32.

[209] KK-*Boujong* (nota a pie de pagina 207), § 136 a marginal 34.

[210] Próximo, *Waechter* (nota a pie de pagina 108), 66; *Doehring* (nota a pie de pagina 99), página 264; *Dinstein*, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, 3^a Edición, Oxford 2005, página 123 y siguientes; *Oeter*, en Fleck (Editor), *Handbuch des humanitären Völkerrechts in bewaffneten Konflikten*, Munich 1994, página 141.

[211] Detalles en *Pawlik*, JZ 2004, 1054.

[212] De la misma forma, *Kreß* (Nota a pie de pagina 98), S. 398, 400.

[213] Así, expertos de los servicios de información apuntan que, desde la pérdida de Afganistán como zona de descanso y como punto central para los campos de formación y entrenamiento, se ha producido una revaloración de las estructuras regionales de los mujahedines a nivel mundial, incluso dentro de Europa, así como una profesionalización progresiva de estos grupos (*Eisvogel*, en Graulich/Simon [Editor], *Terrorismus und Rechtsstaatlichkeit*, Berlin 2007, página 59).

[214] *Forndran* (nota a pie de pagina 72), páginas 255 y siguientes; *Münkler* (nota a pie de pagina 8), páginas 150, 232; *Pankratz/Benczur-Juris*, en Schröfl/Pankratz/Micewski (Editor), *Aspekte der Asymmetrie*, Baden-Baden 2006, página 66; *Schneckener* (nota a pie de pagina 40), páginas 198 y siguientes; *Tomuschat* (nota a pie de pagina 54), 361; *Tophoven*, en Frank/Hirschmann (Editor), *Die weltweite Gefahr*, Berlin 2002, página 262.

[215] ZRP 2002, 499.

[216] Desde el punto de vista del derecho de policía, describen esta evolución, *Calliess*, DVBl 2003, 1096 y siguientes; *Horn*, en el mismo, (Editor), *Festschrift für Walter Schmitt Glaeser*, Berlin 2003, páginas 454 y siguientes; *Möstl*, *Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung*, Tübingen 2002, páginas 147 y siguientes; *Schoch*, Staat 43 (2004), 350 y siguientes; *Schulze-Fielitz*, en Horn (Editor), *Festschrift für Walter Schmitt Glaeser*, Berlin 2003, páginas 410 y siguientes; *Trute*, en Erbguth, entre otros, (Editor), *Gedächtnisschrift für Bernd Jeand'Heur*, Berlin 1999, páginas 403 y siguientes.

[217] Sobre el particular, *Calliess* (nota a pie de pagina 217), 1100; *Horn* (nota a pie de pagina 217), página 458; *Schoch* (nota a pie de pagina 217), página 355; *Schulze-Fielitz* (nota a pie de pagina 217), página 414; *Trute* (nota a pie de pagina 217), páginas 410 y siguientes.

[218] BVerfGE 115, 320 (364 y siguiente, 369).

[219] *Bausbach*, NJW 2006, 1923; *Schewe*, NVwZ 2007, 176; *Volkman*, JZ 2006, 920; *el mismo.*, Jura 2007, 137.

[220] BVerfGE 115, 320 (360 y siguientes).

[221] Negándolo, *Bausbach* (nota a pie de pagina 220), 1922 y siguientes; *Hillgruber*, JZ 2007, 213 y siguiente; *Isensee* (nota a pie de pagina 185), página 40; *Kirchberg*, CR 2007, 13 y siguiente; *Volkman* (nota a pie de pagina 220), 920; *el mismo* (nota a pie de pagina 220), 133 y siguientes.

[222] *Volkman* (nota a pie de pagina 220), 920.

[223] BVerfGE 115, 320 (375 y siguiente).

[224] Acertadamente, *Münkler* (nota a pie de pagina 68), 750.

[225] Igualmente, *Depenheuer* (nota a pie de pagina 66), página 9 y siguiente; *Roellecke* (nota a pie de pagina 107), 269.

[226] *Micewski*, en Schröfl/Pankratz/Micewski (Editor), *Aspekte der Asymmetrie*, Baden-Baden 2006, página 19.

[227] Sin duda, no se excluyen del todo casos de víctimas mortales –piénsese por ejemplo en los daños colaterales en el marco de medidas adoptadas en un estado de emergencia conforme al § 20 párrafo 4 de la Constitución alemana o de medidas militares defensivas contra un adversario que ha penetrado en territorio federal (cercano a este punto de vista, *Pawlik* [nota a pie de pagina 212], 1052 y siguientes). Para la prevención de atentados terroristas, no puede, en principio, regir algo distinto; de lo contrario, los activistas podrían aprovecharse de los principios del Estado de Derecho que ellos han menospreciado, para arrebatarse a la comunidad agredida toda posibilidad de defensa o, incluso, de simple

mitigación y de esa forma, herir de manera especialmente dura a la población (igualmente, *Deppenheuer* [nota a pie de pagina 66], páginas 75 y siguientes; *Enders*, en Nitschke [Editor], *Rettungsfolter im modernen Rechtsstaat?*, Bochum 2005, página 140 y siguiente; *Gramm*, DVBl 2006, 660; *Hase* [nota a pie de pagina 108], 218; *Isensee* [nota a pie de pagina 80], páginas 219 y siguientes). El Tribunal Constitucional Federal concibe en su resolución sobre la Ley de Seguridad Aérea, como factible, la existencia de un deber del ciudadano individual de sacrificar su vida, en todo caso, "cuando solamente de esa manera es posible, defender a la comunidad legalmente constituida de agresiones que tienen por objetivo su desmembración y destrucción". (BVerfGE 115, 118 [159]; sobre tal deber como principio fundamental, también, NJW 2005, 1400 f y siguiente; *Rettenmaier*, VR 2006, 113 y *Schenke*, NJW 2006, 738). No obstante, el Tribunal deja pendiente como se compatibiliza esto con la infracción de la dignidad humana en los casos de autorización para derribar recogida en el § 14 apartado 3 de la Ley de Seguridad Aérea, que se alegó ante el Tribunal en términos contundentes, (esto lo censuran también *Gramm*, obra citada, 658 e *Isensee* obra citada, página 224). Consecuente con la conclusión a la que se llega, la concepción del Tribunal Federal Constitucional conduce a una disociación de la dignidad humana dependiente de las premisas de la situación actual. De esta manera, "el Tribunal ha dado un importante paso hacia adelante en la relativización de las invocaciones sobre la dignidad humana, a la que, sin embargo, pretende seguir salvando". (*Gramm*, obra citada, 658). Las reflexiones del Tribunal Federal Constitucional son un ejemplo respecto a que dejar a un lado los problemas no conduce a nada, – porque afloran en cualquier otro lugar de nuevo y, la mayoría de las veces, con mucho peor aspecto.

[228] *Fischer*, Merkur 61 (2007), 898 y siguientes.

[229] De forma ejemplificativa sobre semejante postura, *Jahn* (nota a pie de pagina 165), página 204 y siguiente.

[230] De forma ejemplar, *Albrecht* (nota a pie de pagina 165), 852 ("la aniquilación del derecho penal propio del Estado de Derecho está próximo"); *Düx* (nota a pie de pagina 165), 189 ("Desde hace casi 25 años tiene lugar en Alemania un proceso de desintegración sistemático de los derechos y libertades constitucionalmente garantizados [...]"); *Hetzer* (nota a pie de pagina 83), 134 ("La erosión de la presunción de libertad parece imparable. [...] Se aproxima una devaluación general del Derecho").

[231] Citado según: FAZ de 19 de noviembre de 2007, página 33.

[232] Incisivamente, *Isensee*, en Brugger/Haverkate (Editor), *Grenzen als Thema der Rechts- und Sozialphilosophie*, Stuttgart 2002, página 70: "De la misma forma que la persona da fe de su moralidad, cuando es consciente de la situación límite de que tiene que morir, el Estado Constitucional salva su *telos* humano y su forma jurídica, reconociendo y aceptando como posible la situación excepcional de no concederle ninguna autoridad y soberanía sobre su libre albedrío".

Imprimir