



Cuadernos de Estrategia 188

Seguridad global y derechos fundamentales

Instituto
Español
de Estudios
Estratégicos

ieeee.es
Instituto Español de Estudios Estratégicos



MINISTERIO DE DEFENSA



Cuadernos de Estrategia 188

Seguridad global y derechos fundamentales

Instituto
Español
de Estudios
Estratégicos

ieeee.es
Instituto Español de Estudios Estratégicos



MINISTERIO DE DEFENSA

CATÁLOGO GENERAL DE PUBLICACIONES OFICIALES
<http://publicacionesoficiales.boe.es/>

Edita:



<https://publicaciones.defensa.gob.es/>

© Autores y editor, 2017

NIPO: 083-17-157-X (edición papel)

ISBN: 978-84-9091-302-4 (edición papel)

NIPO: 083-17-158-5 (edición libro-e)

Depósito Legal: M-27498-2017

Fecha de edición: diciembre 2017

Imprime: Ministerio de Defensa

Las opiniones emitidas en esta publicación son exclusiva responsabilidad de los autores de la misma.

Los derechos de explotación de esta obra están amparados por la Ley de Propiedad Intelectual. Ninguna de las partes de la misma puede ser reproducida, almacenada ni transmitida en ninguna forma ni por medio alguno, electrónico, mecánico o de grabación, incluido fotocopias, o por cualquier otra forma, sin permiso previo, expreso y por escrito de los titulares del © Copyright.

En esta edición se ha utilizado papel 100 % reciclado libre de cloro.



ÍNDICE

	Página
Prólogo	9
Miguel Ángel Ballesteros Martín	
Introducción.....	11
Capítulo primero	
Una metodología para el análisis de las amenazas a la seguridad, la evaluación de las respuestas y su impacto sobre los derechos fundamentales.....	15
José L. González Cussac	
Fernando Flores Giménez	
Planteamiento: aproximación conceptual y metodológica	17
Reformulación del concepto de Seguridad integral	17
¿Se puede dar una respuesta integral a la seguridad?	20
La necesidad de un método	23
Riesgos y amenazas.....	24
Las respuestas del Estado.....	26
Las políticas públicas.....	26
Las normas jurídicas.....	27
El impacto sobre el Estado de derecho y las libertades fundamentales....	28
Un paso previo: la necesaria particularización de las diferentes áreas de seguridad	30
Metodología.....	32
Análisis de la amenaza	34
Identificación de las amenazas.....	35
Cuantificadores de la amenaza: indicadores y medidores	38
Bienes protegidos en riesgo e intereses estratégicos. Daños y efectos	39
Determinación de la respuesta del Estado y de los organismos internacionales frente a las amenazas y los riesgos.....	41
La inmediatez: un arma de doble filo	42
La peligrosidad de la amenaza	44
Eficacia y eficiencia de las políticas de seguridad.....	46
Evaluación e impacto de las respuestas sobre los derechos y libertades fundamentales.....	48

	Página
Los derechos fundamentales no son absolutos, pueden limitarse por causa de la seguridad.....	49
Los derechos y libertades afectados por las respuestas.....	52
Los criterios para medir la legalidad del impacto.....	56
Conclusión	59
Bibliografía	60
 Capítulo segundo	
Terrorismo y contrterrorismo	65
<i>Federico Aznar Fernández-Montesinos</i>	
Elementos del terrorismo	67
<i>El terrorismo es un instrumento de la política</i>	68
<i>La violencia como elemento consustancial del terrorismo</i>	71
<i>El terrorismo como actividad mediática</i>	72
Valoración de la amenaza	76
<i>Globalización y seguridad</i>	76
<i>Cuantificación de la amenaza</i>	78
<i>El rearme ideológico del salafismo</i>	83
<i>El yihadismo</i>	85
<i>Valoración del terrorismo en Europa. Los lobos solitarios</i>	89
Lucha contra el terrorismo	93
<i>Democracia y continuidad del Estado</i>	93
<i>Seguridad y excepción</i>	97
<i>El papel de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado</i>	101
<i>La colaboración internacional como eje de la respuesta. La ONU</i>	105
<i>El espacio europeo como espacio de cooperación</i>	108
<i>Los Estados fallidos y el yihadismo</i>	109
La lucha contra el terrorismo yihadista	111
Bibliografía	117
 Capítulo tercero	
Contrterrorismo: plasmación legislativa reciente e impacto en las libertades y derechos fundamentales	121
<i>Rosario Serra Cristóbal</i>	
<i>Elena M. Górriz Royo</i>	
Una aproximación al contrterrorismo frente a las amenazas a la seguridad	123
Medidas antiyihadistas y límites a la privacidad	129
<i>La vigilancia masiva de datos y los derechos a la privacidad y la autodeterminación informativa</i>	130
<i>La excepción a las garantías de la privacidad de las comunicaciones y de los datos personales</i>	132
<i>El rol de las empresas privadas propietarias de bases de datos en la lucha contra el terrorismo. El intercambio de datos</i>	137
La libertad de conciencia y sus manifestaciones externas. Libertades de opinión e informativas	141
<i>Obstáculos a la circulación de información y a la actividad de los profesionales de la información</i>	141
<i>Las limitaciones a la libertad de opinión y expresión para evitar la apología y enaltecimiento del terrorismo y la difusión del radicalismo islámico</i>	143
<i>Limitaciones a determinados códigos de indumentaria. El conflicto entre la expresión religiosa y la pretendida seguridad</i>	147
<i>Las libertades de reunión y asociación y la lucha antiterrorista</i>	149

	Página
Libertad personal y de movimiento	150
<i>La deriva de las legislaciones penales contraterroristas, hacia el Derecho penal del enemigo.....</i>	<i>152</i>
<i>Las concretas legislaciones contraterroristas: en especial, la legislación penal española</i>	<i>155</i>
España	156
Alemania	163
Italia	167
<i>Limitaciones a la libertad ambulatoria de individuos sospechosos de terrorismo.....</i>	<i>170</i>
<i>Límites al cruce de fronteras o a la permanencia en el interior de las mismas..</i>	<i>171</i>
<i>La elaboración de perfiles y listas negras de presuntos terroristas y la libertad personal.....</i>	<i>174</i>
Conclusiones.....	176
 Capítulo cuarto	
La violencia política en Colombia y la paz que está por venir: ¿Por qué las desafecciones a los acuerdos de paz y su implementación?.....	181
<i>Andrés González Martín</i>	
El drama de la violencia y la guerra en Colombia.....	183
El precio de la satisfacción de las víctimas.....	189
Cultura política y sus efectos.....	194
Las FARC-EP son enemigas de la democracia.....	202
El cuestionamiento de los acuerdos de paz	208
 Capítulo quinto	
Las respuestas de la comunidad internacional a los conflictos internacionales contemporáneos: el caso de Siria.....	223
<i>Alicia Cebada Romero</i>	
Introducción	225
El caso sirio: ¿Naciones Unidas a toda máquina?	230
<i>El Consejo de Seguridad en (In)Acción</i>	<i>230</i>
El hundimiento de la Responsabilidad de Proteger	231
Un nuevo precedente para sostener la ineficacia de las sanciones inteligentes.....	233
Siria: ¿un referendo del Consejo de Seguridad a las soluciones unilaterales a través de una definición ampliada de la legítima defensa?	236
<i>De la Impotencia de la Asamblea General a la Creación de un Nuevo Mecanismo de Control.....</i>	<i>240</i>
<i>Los Esfuerzos del Secretario General</i>	<i>244</i>
<i>El Consejo de Derechos Humanos</i>	<i>245</i>
Conclusiones.....	247
Composición del grupo de trabajo.....	249
Cuadernos de Estrategia	251

Prólogo

Miguel Ángel Ballesteros Martín
Director del Instituto Español De Estudios Estratégicos

Fiel a la aproximación a los problemas de la Seguridad y la Defensa desde una pluralidad de ángulos y referencias, el Instituto Español de Estudios Estratégicos no podía dejar de abordar una cuestión tan relevante y novedosa como la seguridad jurídica en el contexto de la lucha contra la violencia. Esta labor se acomete en el marco del Proyecto Seguridad Global y Derechos Fundamentales, DER2015-65288-R (MINECO/FEDER) mediante la presentación de una metodología para acercarse a la Seguridad y la Defensa sin perder la garantía de los derechos y libertades fundamentales, factores fundamentales de legitimidad que, por pertenecer al acervo de Occidente, no pueden obviarse y cuya restricción debe ser siempre objeto de especial cautela y estudio.

Y es que solo puede hablarse apropiadamente de seguridad integral si se considera el impacto que las respuestas pueden tener sobre el orden constitucional y los derechos fundamentales. Hace falta una aproximación holística a esta cuestión. No puede haber una seguridad integral si el factor jurídico-constitucional no ha sido integrado en la configuración de la misma de cualquier eventual respuesta. Esta metodología subraya la necesidad de una conversación constante entre los especialistas de todos los campos, imprescindible en un mundo multidimensional y cambiante como el de las amenazas a la seguridad en el siglo XXI. Por esta razón, junto a militares y expertos en seguridad, se destaca el papel de los profesionales del Derecho como esenciales para que el círculo quede cerrado apropiadamente.

Me gustaría agradecer especialmente el extraordinario trabajo de los profesores Fernando Flores Giménez y José Luís González Cussac que además de coordinar esta obra, han sabido moverse en el ámbito de la excelencia académica ofreciéndonos una aproximación novedosa y compacta a tan relevante problemática, al haber logrado la integración intelectual de pensamientos de tan variada procedencia y ejes referenciales. Es esta una actividad tan difícil como inspiradora.

También citar merecidamente a las profesoras Rosario Serra Cristóbal, Elena Górriz Royo y Alicia Cebada Romero cuyos trabajos se cruzan con los ofrecidos desde otras perspectivas por el Teniente Coronel Andrés González Martín y el Capitán de Fragata Federico Aznar Fernandez-Montesinos convirtiéndose en un todo integral del que pueden extraerse relevantes conclusiones.

Dialogar, debatir, repensar son actividades que no cesamos de estimular desde éste Instituto distinguiendo, en la línea de la propuesta de Karl Popper, entre «Conocimiento» y «Conocimiento Científico,» de la que este trabajo es una preclara muestra que me cumple y complace prologar.

Introducción

Este *Cuaderno de Estrategia*¹ presenta una metodología para acercarnos a la seguridad y la defensa sin perder de vista el respeto al Estado de derecho y la garantía de los derechos y libertades fundamentales. Se trata de una metodología que considera que solo puede hablarse apropiadamente de seguridad integral si, en el proceso que va desde el conocimiento y análisis de las amenazas a esa misma seguridad hasta la determinación de las respuestas estatales e internacionales para neutralizarlas, se considera el impacto que estas respuestas pueden tener sobre el orden constitucional y los derechos fundamentales. No hay seguridad integral si el factor jurídico-constitucional no ha sido integrado en la configuración de la misma.

Esta metodología subraya la necesidad de una conversación constante entre los especialistas de los distintos campos que hoy son necesarios para abordar y entender un mundo multidimensional y cambiante como el de las amenazas a la seguridad. Y, junto a los militares y expertos en seguridad, destaca a los del Derecho como esenciales para que el círculo quede cerrado apropiadamente. Cada especialista tiene su ámbito de estudio, pero los objetos que define y utiliza resultan esenciales para el trabajo del resto de profesionales. Especialmente el jurista, necesita de conceptos y análisis perfilados para realizar su tarea. La identificación y cuantificación de las amenazas,

¹ «Esta publicación ha sido realizada en el marco del Proyecto Seguridad Global y Derechos Fundamentales, DER2015-65288-R (MINECO/FEDER)».

los bienes que ponen en peligro y su importancia para el Estado, la medición del riesgo real de aquéllas, la evaluación de las medidas que tratan de atajarlas, su eficacia y eficiencia respecto de los objetivos pretendidos... Toda esta información, todos estos elementos, definidos de manera rigurosa, son vitales para la labor de quienes trabajan el ámbito normativo, pues son los que deben cerrar el círculo de la seguridad integral midiendo el impacto que esas medidas producen en la garantía del Estado de derecho y los derechos fundamentales. Es decir, los profesionales del Derecho no necesitarán aquella información para opinar sobre la oportunidad política de las decisiones en materia de seguridad (para eso están los propios militares y los analistas de otros campos), pero sí para interpretar si dichas decisiones se adoptan con riguroso respeto a los principios y normas del Estado Democrático y al respeto de los derechos y libertades fundamentales.

No cabe duda de que esta metodología es un marco que debe adaptarse, con la flexibilidad que requiere un campo tan diverso como el que tratamos y en el que intervienen elementos de tan diversa naturaleza, a la realidad. Ciertamente, la valoración de la eficacia y la eficiencia de las respuestas estatales frente a las amenazas no puede realizarse de modo general, sino que requiere un análisis caso a caso; más aún, medida a medida. Esa es la razón por la que en este *Cuaderno de Estrategia* se ha tratado, después de exponer con cierto detalle el marco metodológico que se propone, de hacer un primer acercamiento al mismo, un acercamiento ensayado en dos pares de artículos que hablan de la misma amenaza desde dos perspectivas, la del militar especialista en Seguridad y la del académico especialista en Derecho.

Así, el primer Capítulo, tal y como se ha dicho, presenta una metodología de acercamiento a la seguridad, la defensa y los derechos fundamentales, un sistema para evaluar de forma integral cómo impactan las respuestas que los Estados prevén ante los riesgos y amenazas, y que están dirigidas a proteger la seguridad de los ciudadanos, en los derechos y libertades de estos mismos. En él se trata de identificar e introducir mecanismos de conceptualización y análisis que ayuden tanto a perfilar las amenazas (sus características y vectores) como a realizar un seguimiento de la ejecución de los instrumentos para contrarrestarlas (eficacia, eficiencia), para con ello poder valorar su impacto en los derechos y ajustar la tensión entre libertad y seguridad al marco constitucional y a las circunstancias cambiantes actuales.

Los Capítulos Segundo y Tercero abordan desde esta perspectiva una amenaza concreta, el terrorismo. Primero se define y contextualiza el terrorismo (específicamente el yihadista) desde la mirada de la Defensa, como fenómeno político basado en el uso mediático de la violencia. Se definen sus elementos, se perfila su valoración y se aborda la lucha —las respuestas— contra el mismo, una lucha prevista como una actividad política concertada entre actores diversos que debe actuar a largo plazo. Después, ya desde el enfoque jurídico, se estudian aquellas medidas que se han ido adoptando en el área de lo que se denomina contraterrorismo y que, de un modo u

otro, pueden limitar los derechos fundamentales. Se analizan especialmente la afección a tres esferas del individuo: la privacidad, la libertad ideológica y sus manifestaciones, y la libertad personal y de movimientos. El estudio revela que algunas legislaciones recientemente aprobadas parecen olvidar que en la lucha contra el terrorismo yihadista el respeto a los derechos humanos debe ser una premisa.

Finalmente, los Capítulos Cuarto y Quinto abordan el conflicto armado como amenaza a la seguridad del Estado y sus ciudadanos. En el primero de ellos se describe con detalle el drama de la violencia en Colombia, la cultura y contexto políticos que desencadenaron la guerra interna y el nacimiento y final de las FARC. En el Quinto, se analiza la actuación de Naciones Unidas en el conflicto de Siria. Se examinan, en particular, las acciones del Consejo de Seguridad, la Asamblea General, el secretario general y el Consejo de Derechos Humanos. Se comprueba que aunque las críticas a Naciones Unidas están justificadas en el caso de la respuesta del Consejo de Seguridad, en el caso de las otras instituciones y organismos es necesario introducir matices para reconocer el enorme esfuerzo que se está haciendo para encontrar salidas y soluciones a la situación catastrófica siria, que está teniendo repercusiones que van mucho más allá de las fronteras de aquel país. El fracaso del sistema de seguridad colectiva lo está sufriendo la población siria.

Capítulo primero

Una metodología para el análisis de las amenazas a la seguridad, la evaluación de las respuestas y su impacto sobre los derechos fundamentales

José L. González Cussac

Fernando Flores Giménez

Facultad de Derecho - Universidad de Valencia

Resumen

En este *Cuaderno de Estrategia* vamos a presentar una metodología de acercamiento a la seguridad, la defensa y los derechos fundamentales, que sirva para evaluar de forma integral cómo impactan las respuestas que los Estados prevén ante los riesgos y amenazas, y que están dirigidas a proteger la seguridad de los ciudadanos, en los derechos y libertades de estos mismos. Se trata de identificar e introducir mecanismos de conceptualización y análisis que ayuden tanto a perfilar las amenazas (sus características y vectores) como a realizar un seguimiento de la ejecución de los instrumentos para contrarrestarlas (eficacia, eficiencia), para con ello poder valorar su impacto en los derechos y ajustar la tensión entre libertad y seguridad al marco constitucional y a las circunstancias cambiantes actuales.

Palabras clave

Riesgos y amenazas, seguridad integral, respuestas del Estado, orden constitucional, derechos fundamentales.

Abstract

This *Cuaderno de Estrategia* presents a methodology for approaching security, defense and fundamental rights. The methodology serves to assess in

an integral way how the responses that the States anticipate to the risks and threats, and which are directed to protect the security of the citizens, impact in their rights and freedoms. It is about identifying and introducing mechanisms of conceptualization and analysis that help both to outline the threats (their characteristics and vectors) and to monitor the implementation of the instruments to counteract them (effectiveness, efficiency), in order to be able to assess their impact in the rights and adjust the tension between freedom and security to the constitutional framework and the current changing circumstances.

Keywords

Risks and threats, integral security, State responses, constitutional order, fundamental rights.

Planteamiento: aproximación conceptual y metodológica

Reformulación del concepto de Seguridad integral

A finales de los años treinta del siglo pasado, Stefan Zweig describía cómo la época anterior a la Primera Guerra Mundial, en la que «todo parecía asentarse sobre el fundamento de la duración, y el propio Estado parecía la garantía suprema de la estabilidad», esa «edad de oro de la seguridad», se había derrumbado como un castillo de naipes¹. Cien años después, ya instalados en el siglo XXI, asistimos de nuevo a la descomposición del contexto de seguridad europeo que poco a poco y con muchas dificultades se fue construyendo tras la segunda gran contienda y la desconfianza de la Guerra Fría. Desde hace unos años, tras una época de cierta estabilidad y solidez social, política y económica, Europa redescubre la incomodidad del desequilibrio y la incertidumbre, integra en su vocabulario los conceptos de «modernidad líquida»² y «sociedad del riesgo»³, y trata de gestionar confusamente su miedo a la inseguridad.

El protagonismo de esa inseguridad se muestra precisamente en la progresiva centralidad que está adquiriendo «la seguridad» y el interés por todo lo relacionado con ella. En prácticamente todos los ámbitos. Sin duda en el campo institucional, en el que tanto los Estados como las organizaciones supranacionales, notoriamente (aún con dificultades) la Unión Europea, vienen adoptando documentos, decisiones políticas y normativas de enorme impacto social y económico. Correlativamente, se está desarrollando una importante labor por parte de organizaciones académicas y centros de pensamiento (*think tanks*), que celebran incontables seminarios y elaboran numerosos estudios, análisis y propuestas en relación con los riesgos y amenazas, locales y globales. Y qué decir de los medios de comunicación. No hay información sobre cumbres diplomáticas, reuniones políticas, eventos deportivos o culturales, e incluso fiestas populares, en la que falte la sección que relate al detalle las medidas de seguridad establecidas para protegerlas. Como se verá más adelante, este sistema de intereses por la protección y la certidumbre de nuestras sociedades se realimenta y crece hasta provocar, no es exagerado afirmarlo, una adicción a la seguridad (si no una utilización interesada de la misma) que puede llegar a favorecer un desequilibrio respecto de otros bienes colectivos o intereses generales dignos de atención.

La preocupación por la seguridad no está, desde luego, injustificada. La nueva realidad del terrorismo (hasta hace unos años periférico, hoy desplazado hacia el centro de la civilización occidental), de los conflictos armados, del

¹ ZWEIG, Stefan, *El mundo de ayer. Memorias de un europeo*, Barcelona, Acantilado, 2001, p.17.

² BAUMAN, Zygmunt, *Modernidad líquida*, México, Fondo de Cultura Económica, 2003.

³ BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Paidós, 2006.

espionaje, del crimen organizado..., así como los nuevos métodos de acción (fundamentalmente tecnológicos y a través del ciberespacio) y sus consecuencias (inestabilidad financiera, cambio climático, escasez energética, flujos migratorios masivos), obliga a los Estados a reinventar los medios con los que combatir esas amenazas y cumplir así la función de protección ciudadana y del sistema constitucional que se espera de ellos. Es evidente que no resulta una tarea fácil.

En la actualidad, los Estados son conscientes de que el poder y la fuerza por sí mismos no se traducen en seguridad, por lo que su aproximación a esta se realiza, o trata de realizarse, a través de una perspectiva integral y multifuncional. Esta perspectiva se refiere, de una parte, a la necesidad de llevar a cabo acciones conjuntas y coordinadas por parte de los Estados, para hacer frente con eficacia a los riesgos y amenazas globales más relevantes. De otra, suscribe un enfoque de la seguridad en el que se conjugan muchos elementos de diferente naturaleza; en el que, por ejemplo, la diplomacia, la inteligencia y la ayuda humanitaria comparten protagonismo con el enfoque puramente militar y policial. Se trata de un planteamiento comprensivo de la seguridad, que reconoce tanto una permeabilidad fronteriza entre las distintas áreas tradiciones de la seguridad (exterior-interior), como un equilibrio entre sus dimensiones políticas, económicas, social-culturales y ambientales⁴.

Naciones Unidas es un ejemplo de este planteamiento multidisciplinar. Así, sus «misiones integradas» están lejos de abordar exclusivamente la vertiente militar de los conflictos, atendiendo igualmente a los desafíos de carácter humanitario, político (construcción y/o consolidación de sistemas democráticos) y económico⁵. También la Alianza Atlántica, que desde la Cumbre de Lisboa (2010) adopta sin ambages un enfoque integral para la reforma y gestión de la seguridad, es decir, asumiendo que cualquier solución estable a los conflictos solo puede obtenerse si se conciertan las acciones y efectos de los ámbitos diplomático, militar, económico, político y civil. Y la Unión Europea, la cual, más allá de las dificultades prácticas para desarrollar una

⁴ En este punto, véase BALLESTEROS, Miguel Ángel: *En busca de una Estrategia de Seguridad Nacional*, Madrid, IEEE-Ministerio de Defensa, 2016, pp.103 y ss. También, una descripción clara y matizada de las distintas perspectivas de la seguridad la encontramos en LABORIE, Mario, «La evolución del concepto de seguridad», *Documento marco del IEEE*, núm. 05/2011, p. 3. En él se señala cómo la «seguridad integral», al menos en sus orígenes, mantiene al Estado como objeto central de la seguridad, mientras que otras aproximaciones, como la «seguridad humana», opta por priorizar en su atención a la persona y sus derechos humanos, llegando a considerar al Estado como un elemento generador de inseguridad. Se trata, en cualquier caso, de visiones que han sufrido una evolución significativa en los últimos años.

⁵ Puede verse al respecto CEBADA ROMERO, Alicia, «Las misiones integradas de Naciones Unidas: un intento de organizar una comunicación eficaz entre los actores de construcción de la paz», en VV.AA.: *Los nuevos paradigmas de la seguridad*, CITpax – Ministerio de Defensa, Madrid, 2009, pp. 23 y ss.

política exterior y de seguridad común⁶, afirma en su Estrategia Global de Política Exterior y de Seguridad (2016) la necesidad de consolidarse como comunidad de seguridad en el «marco de un enfoque integrado en relación con los conflictos y las crisis»⁷.

En España, esa visión integral se incorpora expresamente a la Estrategia de Seguridad Nacional (ESN, 2013). Desde esa perspectiva, afirma la ESN: «la Seguridad Nacional es la acción del Estado dirigida a proteger la libertad y el bienestar de sus ciudadanos, a garantizar la defensa de España y sus principios y valores constitucionales, así como a contribuir junto a nuestros socios y aliados a la seguridad internacional en el cumplimiento de los compromisos asumidos»⁸. En este punto la ESN plantea el enfoque integral de la seguridad desde la perspectiva de sus objetivos (proteger la libertad de los ciudadanos, defenderlos, salvaguardar los valores constitucionales, etc.) pero, como se ha visto en lo referido más atrás, y se deduce de la propia letra de la Estrategia, esa visión incluyente debe hacer especialmente hincapié en el objeto de su atención (un objeto plural y multidisciplinar) y en el modo en el que se aborda el análisis, coordinación y disposición interna de sus elementos. Con la finalidad, es claro, de conseguir los objetivos a los que se refiere la ESN. En último término, como subraya esta, el concepto de seguridad válido para el siglo XXI debe ser amplio y dinámico, dirigido a cubrir todos los ámbitos concernientes a la seguridad del Estado y de sus ciudadanos, que son variables según las rápidas evoluciones del entorno estratégico y abarcan desde la defensa del territorio a la estabilidad económica y financiera o la protección de las infraestructuras críticas.

No obstante lo hasta aquí referido, o precisamente por ello, llama la atención que en este concepto integral de seguridad, «amplio y dinámico», no se haya incorporado hasta ahora de forma expresa una mirada sobre los riesgos que la propia dinámica de la seguridad puede suponer para la protección del orden constitucional y el Estado de derecho. Es decir, se echa en falta esta idea: si es verdad que sin un Estado de derecho fuerte no existe seguridad, pero el Estado, en su legítima y debida acción para preservar la seguridad de los ciudadanos frente a las riesgos locales y globales, puede erosionar los

⁶ En la que Alemania y Francia están en condiciones de controlar los procesos de planeamiento estratégicos, industriales y militares colectivos; ARTEAGA, Félix: «La defensa europea: hagan juego», Comentario Elcano 36/2017, RIE, 27 de julio de 2017. http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/comentario-arteaga-defensa-europea-hagan-juego

⁷ En este punto es recomendable la lectura de COLOM PIELLA, Guillem, «El enfoque integral aplicado a la Alianza Atlántica y la Unión Europea», en VV.AA.: *Los nuevos paradigmas de la seguridad*, op. cit., pp. 39 y ss.

⁸ *Estrategia de Seguridad Nacional. Un proyecto compartido*, Presidencia del Gobierno, 2013, p. 7. <http://www.dsn.gob.es/estrategias-publicaciones/estrategias/estrategia-seguridad-nacional>. Véase, en este ámbito, BALLESTEROS, Miguel Ángel: *En busca de una Estrategia de Seguridad Nacional*, op. cit.

fundamentos del propio orden constitucional y convertirse en una amenaza para la propia seguridad que pretende garantizar, entonces, una visión integral de la seguridad debe tener muy presente el impacto que las respuestas estatales a las amenazas pueden producir sobre ese orden constitucional. En pocas palabras, en una visión integral de la seguridad no debe perderse de vista que la seguridad, ella misma, puede convertirse en una amenaza, y que sin Estado de derecho y garantía efectiva de los derechos fundamentales no existe «seguridad integral».

¿Se puede dar una respuesta integral a la seguridad?

Resulta obvio que los fenómenos que hoy se consideran oficialmente riesgos y amenazas tienen un impacto lesivo directo sobre los derechos y las libertades de los individuos, además del que comportan para la seguridad. Este «primer nivel de impacto» ha recibido desde hace tiempo y recibe hoy una atención puntual y omnicomprensiva, por lo que su estudio se encuentra muy desarrollado, tanto en la esfera académica como en la jurisprudencial. Además, es precisamente esa circunstancia (la afectación de los derechos y libertades por fenómenos como el terrorismo o el crimen organizado) la que sirve de justificación para llevar adelante las políticas públicas de defensa y seguridad, a la vez que se utiliza para fundamentar importantes modificaciones legislativas, especialmente en el área del derecho penal material y procesal. Sin embargo, junto a esta perspectiva sin duda esencial, que atiende al impacto inmediato, también ha de analizarse el efecto que las respuestas políticas y sobre todo normativas tienen justamente sobre el sistema de derechos y libertades⁹. Veamos por qué.

Si, como se ha señalado en el epígrafe anterior, existen visiones y estrategias integrales de seguridad es porque se aspira a dar una respuesta completa a los factores que la amenazan. Pero ¿es esto posible, se trata de una aspiración realista? ¿Qué fenómenos amenazadores deben ser tenidos en cuenta, cómo deben ser evaluados y gestionados, qué tipo de respuestas merecen, para considerar que efectivamente se está proporcionando una réplica global adecuada?

Como hemos visto, esa atención a los distintos ámbitos de la seguridad es hoy mucho más amplia que tiempo atrás, por lo que las políticas públicas y las reformas legislativas consecuentes muestran un calado (podríamos decir altamente «intromisivo»), hasta ahora desconocido.

Más allá de la complejidad que, como se abordará más adelante, añade la necesidad de tener en cuenta las distintas «áreas de seguridad»¹⁰, lo que

⁹ En sentido similar, recientemente, MORALES PRATS, Fermín.: *La utopía garantista del derecho penal en la nueva Edad Media*, Barcelona, Reial Academia de Doctors, 2015.

¹⁰ Véase *infra* § I.4 de este mismo Capítulo.

resulta evidente es que en la actualidad no se considera como elemento que forma parte de la protección de la seguridad de las personas —no se considera parte de su seguridad— la garantía de sus derechos fundamentales, cuando esta garantía se ve forzada por alguna de las respuestas (normativas o políticas públicas) que las instituciones, en el ejercicio de sus competencias, adoptan para contrarrestar los riesgos que, como el terrorismo o el crimen organizado, amenazan la seguridad. Las estrategias incorporan la descripción de las amenazas y la disposición de las respuestas, de las acciones, que deben neutralizarlas, pero omiten cualquier interés sobre cómo estas impactan sobre los derechos de los ciudadanos.

En España, la Estrategia de Seguridad Nacional, marco de referencia global y omnicomprensivo en materia de seguridad que integra la respuesta estatal a los riesgos y amenazas, identifica como tales al terrorismo, las cibermenazas¹¹, el crimen organizado, la inestabilidad económica y financiera, la vulnerabilidad energética, los flujos migratorios irregulares, la proliferación de armas de destrucción masiva, el espionaje, las emergencias y catástrofes naturales, la vulnerabilidad del espacio marítimo¹², y la vulnerabilidad de las infraestructuras críticas y los servicios esenciales. Después, para cada riesgo y amenaza, la ESN define un objetivo y traza unas líneas de acción estratégica, de prevención, precaución, responsabilidad y anticipación. Este enfoque, en principio correcto, adolece sin embargo de una falta de referencia al respeto a los derechos fundamentales¹³, es decir, a la consideración «jurídica» según la cual las líneas de acción estratégica para proteger la seguridad deben enmarcarse rigurosamente en el marco del Estado de derecho y la legalidad internacional.

Esta carencia (compartida por la mayoría de estrategias nacionales europeas) parece superada tímidamente por la reciente Estrategia Global de Política Exterior y de Seguridad de la UE, que en su primer capítulo menciona la necesaria promoción de «los derechos humanos, las libertades fundamentales y el Estado de derecho dentro de la Unión, siempre desde el respeto a la legislación nacional, europea e internacional en todos los ámbitos»¹⁴.

¹¹ Ya desarrollada en la Estrategia de Ciberseguridad Nacional, 2013. file:///Users/fernando/Downloads/estrategia%20de%20ciberseguridad%20nacional%20(1).pdf

¹² Desarrollada en la Estrategia de Seguridad Marítima Nacional, 2013. <https://www.google.es/search?q=Estrategia+de+Seguridad+Mar%C3%ADtima+Nacional%2C+2013&oeq=Estrategia+de+Seguridad+Mar%C3%ADtima+Nacional%2C+2013&aqs=chrome..69i57j0.2702j0j4&sourceid=chrome&ie=UTF-8>

¹³ La ESN no hace referencia (como sí hacía la Estrategia Española de Seguridad, 2011) ni a la Carta de Naciones Unidas, ni a los principios de actuación internacional que tienen que ver con los derechos, como la legitimidad y legalidad internacional.

¹⁴ En la Estrategia Global de la UE —nos recuerda Alicia CEBADA en este mismo *Cuaderno* (Capítulo V: «Las respuestas de la comunidad internacional a los conflictos internacionales contemporáneos: el caso de Siria») —, «se declara expresamente que el compromiso con la gobernanza global debe traducirse en una decisión de reformar las Naciones Unidas,

Quizás parezca una referencia menor, pero la verdad es que no lo es. Debe tenerse muy presente que la referencia a la protección de los derechos fundamentales (bien como objetivo de la actuación del Estado en la defensa de la seguridad, bien como elemento susceptible de ser vulnerado por esa misma actuación) no comporta exclusivamente una valoración ética, que puede ser confrontada en su tensión con las necesidades de seguridad por medio de argumentos de la misma naturaleza, sino que incorpora también la perspectiva jurídico-constitucional, sometida a reglas propias y vinculantes, reglas sin duda más precisas y alejadas de la variable (y más «insegura») dicotomía política mayorías-minorías. En un contexto en el que, por ejemplo, una parte (cierto que todavía muy minoritaria) de la ciudadanía defiende la incompatibilidad entre la identidad musulmana y la ciudadanía democrática¹⁵, mientras que otra (también poco numerosa pero creciente) propugna la limitación de la democracia para salvar el liberalismo¹⁶, el pilar que para el Estado constitucional supone la garantía de las libertades fundamentales ha de ser tenido muy en cuenta.

Lo cierto es que en la actualidad, los Estados, individualmente o en el marco de organizaciones regionales, están implementando nuevas respuestas para detectar, controlar o subvertir las nuevas amenazas contra la seguridad, nuevas respuestas que provocan impactos hasta ahora desconocidos y poco valorados en el ámbito de los derechos fundamentales. De esta suerte nos enfrentamos a una paradoja: para proteger a los ciudadanos de las amenazas que ponen en peligro sus derechos, los Estados recurren a políticas y leyes que a su vez recortan estos mismos derechos y, en consecuencia, provocan la erosión del Estado democrático de Derecho. Es decir, estamos ante una reacción que, si es desproporcionada, puede suponer una apuesta, consciente o inconsciente, por la liquidación del propio modelo que se trata de defender. Así, podría producirse el sinsentido de que la demolición del Estado de derecho no procediera tanto de los factores externos que trata de neutralizar, sino más bien de la desmedida reacción interna ante las amenazas a la seguridad¹⁷.

incluyendo el Consejo de Seguridad. Y hace un llamamiento a los miembros del Consejo a no bloquear acciones dirigidas a prevenir o poner fin a atrocidades» (CEBADA § III).

¹⁵ REINARES, Fernando: «Yihadismo en Europa: matar para dividirnos», *Comentario Elcano*, 33/2017, 5 de julio de 2017. http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/comentario-reinares-yihadismo-europa-matar-dividirnos

¹⁶ BERMAN, Shery: «Some argue that the West should limit democracy to save liberalism. Here's why they're wrong», *The Washington Post*, 18 julio, 2017. https://www.washingtonpost.com/news/monkey-cage/wp/2017/07/18/some-argue-that-the-west-should-limit-democracy-to-save-liberalism-heres-why-theyre-wrong/?utm_term=.1ba2054abdeb; también ISAAC, Jeffrey C.: «Is there illiberal democracy?», *Eurozine*, 9 de agosto, de 2017. <http://www.eurozine.com/is-there-illiberal-democracy/>

¹⁷ En este sentido, Federico AZNAR afirma en este mismo *Cuaderno de Estrategia* (Capítulo II: «Terrorismo y contraterrorismo»): «El terrorismo ... pretende instrumentar la respuesta

De modo que, como primera respuesta a la pregunta que titula este epígrafe, debe afirmarse que la singularidad fundamental sobre la seguridad que aporta la perspectiva jurídica (que dicha seguridad cumpla rigurosamente con los parámetros fundamentales del ordenamiento constitucional y la legalidad internacional, en concreto con la garantía de los derechos y libertades de las personas) no puede quedar fuera de una visión integral de la misma. Sin esta perspectiva, la seguridad no es integral. En consecuencia, una visión integral de la seguridad exige analizar, también, el efecto que las respuestas políticas y sobre todo normativas tienen sobre el sistema de derechos y libertades.

Pero debe añadirse una segunda respuesta a la cuestión planteada. Una visión integral de la seguridad no solo requiere incorporar todos los elementos que puedan determinarla. También exige un modo específico de pesarlos, de relacionarlos, de ponderarlos. Exige un método de análisis que sea integrador en su sentido más completo: que comprenda, que sume y que relacione (hasta donde esto sea posible) todos los componentes de la seguridad.

La necesidad de un método

La seguridad es poliédrica. Tomársela en serio supone no perder de vista ninguna de sus piezas, ni dejarlas sueltas. Se trata de un desafío extraordinario, porque estos ingredientes son muy diferentes en su naturaleza y en la realidad en que se desenvuelven, porque adquieren protagonismo en distintos momentos del proceso securitario concreto, y porque las circunstancias en las que aparecen son cambiantes y muchas veces imprevisibles.

Una metodología para el análisis de las amenazas y la evaluación e impacto de las respuestas que el Estado prevé para hacerles frente, debe tener unas características determinadas. Si carece de un acercamiento realista a los peligros, si desconoce qué factores los alimentan, si no lleva a cabo una estimación rigurosa de la eficacia de los remedios, si no relaciona cuidadosamente los riesgos con su contexto temporal y espacial, con las respuestas aplicadas, con las lecciones aprendidas respecto a su eficacia y eficiencia, con el ordenamiento constitucional e internacional vigente... Si el acercamiento a la seguridad, a esa visión omnicomprendensiva y eficaz de la protección del Estado y las personas que viven en él, carece de estos rasgos, acaba sufriendo considerablemente en su enfoque. Y un análisis deficiente provocará decisiones inadecuadas, probablemente efectos estériles sobre la protección de los individuos, y no pocas veces un impacto desproporcionado sobre sus derechos.

del Estado en su propio beneficio, exhibir con ella sus contradicciones ... no puede destruir a las sociedades, es cierto, pero si puede, «bien gestionado», cambiar un gobierno y subvertir el orden constitucional de un país, sus estructuras y alterar, aunque sea temporalmente, los valores que regulan su vida» (AZNAR § 2.2).

Ciertamente, debe aceptarse como premisa que, al menos en el campo de las ciencias sociales, no puede alcanzarse un nivel de certeza absoluto por lo que, consecuentemente, no se puede aspirar, al menos en el plano científico, a la verdad¹⁸. Menos aun cuando discurrimos (y así sucede con la seguridad) en un tiempo *ex ante*, es decir, en el de la predicción y por consiguiente en el de la anticipación. Nadie puede asegurar que conoce con exactitud el futuro, la evolución de un fenómeno social¹⁹. Todo lo más podemos aspirar a formar consensos estables, esto es a seguir el camino trazado por HABERMAS de una racionalidad procedimental de tipo ético, suficientemente conocida y desarrollada desde hace años²⁰. A todo ello hay que añadir que incluso en tiempo presente, la concreción de alguna amenaza resulta imprevisible y de difícil acceso²¹.

Sin embargo, a pesar de estos límites inherentes a la ciencia social, hemos de coincidir con INNERARITY en que «nuestras principales discusiones futuras van a girar en torno a esta cuestión de cómo valoramos los riesgos y qué conductas recomendamos en consecuencia»²². Siendo esto así, y asumiendo las limitaciones de las ciencias sociales, lo que se requiere como punto de partida es un acercamiento prudente y riguroso, tanto a las amenazas como a las propuestas de conductas que deben adoptarse frente a ellas.

A continuación se argumenta brevemente la justificación de la metodología propuesta, mientras que en el Capítulo II se desarrollará (también en síntesis) su aplicación concreta.

Riesgos y amenazas

Desde el punto de vista metodológico, el primero de los aspectos relativos a la seguridad que debe abordarse es el de la consideración de los riesgos y amenazas. ¿Nos referimos a lo mismo cuando hablamos de unos y otros? ¿Existe acuerdo general en torno a qué fenómenos deben ser considerados riesgos y amenazas para la seguridad? Lo cierto es que la respuesta debe ser negativa en ambos casos.

La EES (2011) definió la amenaza como «toda circunstancia o agente que ponga en peligro la seguridad o estabilidad de España», y el riesgo como «la

¹⁸ Esta discusión debe insertarse en una mucho más amplia como es el entendimiento de la ciencia como verdad. Entre otros, VIVES ANTÓN, Tomás: *Fundamentos del sistema penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2ª ed. 2011, especialmente pp. 931 y ss.; RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio: *Ciencia, libertad y derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 181 y ss.

¹⁹ ANTÓN MELLÓN / MIRAVILLAS / SERRA DEL PINO: *Inteligencia* (González Cussac, J.L., coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 387 y ss.

²⁰ HABERMAS, Jürgen.: *La lógica de las ciencias sociales*, Madrid, Tecnos, 1996,

²¹ ENZENSBERGER, Hans Magnus.: «*El perdedor radical*». Ensayo sobre los hombres del terror. Barcelona (Anagrama), 2ª ed., 2015, pp. 10-14.

²² INNERARITY, Daniel, SOLANA, Javier (eds.), *La humanidad amenazada: gobernar los riesgos globales* (del Prefacio de Innerarity), Paidós, Barcelona, 2011, pp.12-13.

contingencia o probabilidad de que una amenaza se materialice produciendo un daño». Es decir, los trata como conceptos relacionados pero diferentes. Sin embargo, en la ESN (2013) ambos términos se entremezclan y confunden hasta igualarlos. La creciente literatura sobre seguridad abunda en esta confusión conceptual, y esa confusión no siempre resulta inocua a la hora de medir las respuestas aplicables. Es por ello que, salvo que hablemos de forma general, en los análisis sobre los casos concretos resulta aconsejable distinguir cuando una amenaza supone un riesgo.

Tampoco existe absoluta coincidencia sobre las circunstancias o fenómenos que deben ser catalogados como amenazas. Las diferentes estrategias de seguridad nacionales, tanto en el ámbito europeo continental como en el anglosajón, difieren más o menos tímidamente en este punto, pues cada Estado tiene su propia visión sobre cuáles son sus principales desafíos en materia de seguridad (todos consideran el terrorismo como una amenaza, pero no perciben la misma intensidad de peligro ante el «riesgo nuclear»²³, el cambio climático o la «avalancha migratoria»)²⁴. De hecho, para algunos autores, la propia consideración de algunos fenómenos como amenazas contra la seguridad (así los flujos migratorios irregulares en la ESN) debería ser reconsiderada²⁵.

Por lo demás, ¿se puede saber en un momento determinado el alcance de las diferentes amenazas? Es decir, utilizando de forma rigurosa el término «riesgo»: ¿se puede conocer la probabilidad de que una amenaza determinada se materialice en un momento preciso produciendo un daño concreto? La consideración de esa probabilidad, ¿cómo se percibe, cómo se intuye, con arreglo a qué criterios se anticipa?

Sin duda los Estados poseen información y experiencia suficientes para justificar, al menos en parte, esas percepciones, así como para la adopción de medidas que las anticipen adecuadamente. No obstante, da la impresión de que en relación con algunos fenómenos (el terrorismo especialmente, pero no solo, piénsese en el espionaje a gran escala), la imagen de la percepción que se ofrece (o que se favorece) aparece en ocasiones desenfocada. Podría sospecharse que, incluso, interesadamente desenfocada. Quizás es ese el sentido con el que BECK nos advierte de que «es bien notoria la ley de que

²³ Sí es considerado por Francia en su Libro Blanco de la Defensa y Seguridad Nacional de Francia (abril de 2013), pero no así por España o EE.UU. LABORIE, Mario: «Las estrategias de seguridad nacional de Francia y España: un análisis comparado», *Documento de análisis*, IEEE, 42/2013, 12 de julio de 2013. http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_analisis/2013/DIEEEA42-2013_LibroBlancoFrancia2013_MLI.pdf

²⁴ Al respecto véase el comentario y la nota 5 en el Capítulo 5 de este *Cuaderno*: SERRA, Rosario y GÓRRIZ, Elena, «Contraterrorismo: plasmación legislativa reciente e impacto en las libertades y derechos fundamentales» (§1).

²⁵ FLORES, Fernando: «La inmigración no debe ser un tema de seguridad», *Al Revés y al Derecho*, 3 de marzo de 2014. <http://blogs.infolibre.es/alrevesyalderecho/?p=2671>

las *percepciones globales del riesgo* abren espacio a nuevas oportunidades transnacionales de poder»²⁶.

Una forma de enfocar con mayor nitidez el grado de riesgo que supone una amenaza en un momento determinado puede consistir, sin duda, en elaborar una serie de indicadores y medidores (estadísticas, estimaciones, cifras...) que ayuden a configurarla de forma más precisa. Pero también, entre otras circunstancias, en determinar quiénes pueden ser los actores que la provocan; en identificar los vectores que la potencian; en destacar los bienes o intereses estratégicos a los que la amenaza afecta, así como su importancia; en prever los costos de los perjuicios que su realización puede ocasionar... Particularidades que, a la vista de las eventuales consecuencias que las respuestas provocan, orienten al Estado de la mejor manera frente a los peligros que acechan su seguridad.

Las respuestas del Estado

El segundo de los momentos del proceso securitario —del método de análisis que se propone en este estudio— hace referencia a las respuestas del Estado frente a las amenazas, respuestas que se adoptan precisamente para impedir que esos peligros se lleven a efecto o para reaccionar a su consecución. Dos son al menos los aspectos que deben tenerse en mente cuando se examinan estas respuestas, su naturaleza y su eficacia.

La naturaleza de las respuestas nos conduce a distinguir las que toman la forma de políticas públicas de seguridad de las que se traducen en normas o criterios interpretativos justificados en ese mismo paradigma de seguridad.

Las políticas públicas

Las políticas públicas están formadas por el conjunto de acciones, fundamentalmente de los gobiernos, dirigidas a hacer frente a los problemas específicos que afectan a la seguridad, bien de las instituciones, bien de la sociedad. Dichas acciones deben estar respaldadas por un proceso previo de diagnóstico y viabilidad y sus objetivos son de interés público.

Por política pública de seguridad nacional podemos entender el tipo de necesidad colectiva que se busca satisfacer; el modo en que esta se realiza y desarrolla; y el resultado obtenido. De esta forma se facilita una evaluación de los resultados y se accede al conocimiento de los errores o desviaciones que permitirán emprender las modificaciones oportunas para mejorarlos. Es así como podemos aproximarnos al proceso de formalización, aplicación y valoración de una política pública de seguridad²⁷.

²⁶ BECK, Ulrich: *Poder y contrapoder en la era global*, Barcelona, Paidós, 2004, p. 37.

²⁷ LAHERA PARADA, Eugenio: *Introducción a las Políticas Públicas*, Santiago de Chile, Fondo de Cultura Económica, 2002, p.17.

En primer lugar, una política pública de seguridad integral es un conjunto interrelacionado de decisiones adoptadas formalmente por instituciones públicas en relación a un conflicto social que supone una amenaza. En esta fase es crucial examinar la información manejada por las autoridades durante el proceso de decisión.

En segundo término, un enfoque de política pública de seguridad nacional resulta indispensable en la fase de evaluación. Esta etapa permite detectar los errores y así mejorar el proceso de toma de decisiones, tanto en lo referente a la asignación de recursos, como a la rendición de cuentas, a la eficacia de la organización pública competente y a la valoración del grado de cumplimiento de los programas desarrollados.

Es común medir las políticas públicas conforme a una serie de condiciones generales para que puedan tener éxito: coordinación y coherencia entre los sectores competentes; la capacidad de adaptación al contexto en el que se aplican y a los cambios; la estabilidad de las mismas, esto es, su duración y permanencia en el tiempo; la eficiencia²⁸.

Las normas jurídicas

En cuanto a las normas jurídicas, son manifestaciones de la actividad del Estado o de los entes supranacionales que se aprueban por medio de procedimientos conocidos, adoptan una forma determinada (normativa) y, por lo general, tienen un carácter vinculante. Es decir, acudimos a un criterio formal conforme al cual incluimos en esta categoría a todas las *objetivizaciones* de la actividad jurídica del Estado, o de un ente supranacional, que manifiestan su voluntad y son adoptadas a través de un procedimiento formalizado. Es decir, nos referimos a todas las fuentes formales de producción de normas jurídicas. También se incluye aquí, y es especialmente relevante en los conflictos que afectan a la materia securitaria, los criterios jurisprudenciales que aplican las citadas normas, singularmente los procedentes de tribunales constitucionales.

En el ámbito de la seguridad, las respuestas jurídicas conforman el «discurso normativo» que en nuestras sociedades democráticas articula el consenso social en este campo. Dicho esto, es importante no olvidar que las respuestas normativas que se establecen para luchar contra los peligros contra la seguridad se enmarcan en ordenamientos jurídicos ya existentes, ordenamientos que configuran Estados de Derecho constitucionales, donde el principio de legalidad, la limitación de poderes y la garantía de los derechos y libertades fundamentales son pilares básicos. Es por eso que resulta inquietante la inclinación que, en términos generales, apunta

²⁸ SANCHO HIRANE, Carolina.: «Democracia, política pública de inteligencia y desafíos actuales», *Inteligencia y Seguridad: Revista de análisis y prospectiva*, núm. 11, 2012, pp. 72-73.

a una sobreabundancia de tipos penales, sobre todo para hacer frente al terrorismo²⁹.

El segundo aspecto a tener en cuenta en el momento de analizar las respuestas de los Estados y entes supranacionales frente a las amenazas a la seguridad, si se aspira a una metodología que configure seriamente una idea de seguridad integral, se refiere a la medición de su eficacia y eficiencia. Se trata de un ámbito que debe estudiarse a caballo entre el segundo momento del proceso securitario (las respuestas o medidas adoptadas para conjurar los peligros) y el tercero (el impacto de esas medidas sobre el Estado de derecho y las libertades de las personas) pues, como se verá más adelante³⁰, se implican de manera directa.

Uno de los argumentos que suele esgrimirse para cuestionar la pertinencia de ciertas respuestas dirigidas a proteger la seguridad del Estado y sus ciudadanos es la utilidad real de las mismas, es decir, la capacidad de lograr el objetivo de reducir el riesgo o terminar con la amenaza (eficacia), y de hacerlo utilizando correctamente los recursos para lograrlo (eficiencia). Se trata sin duda de un aspecto muy importante de la legitimación política y social de la acción pública. Esto es especialmente relevante por lo que respecta a la protección de los derechos y libertades individuales. Como se verá más adelante, esa relación de causalidad entre los medios y el fin perseguido, así como la proporcionalidad entre lo legítimamente pretendido y los recursos consumidos (por lo que aquí interesa esos «recursos» también serían las limitaciones al normal funcionamiento del Estado de derecho y a los espacios de libertad de las personas), resultan especialmente relevantes a la hora de decidir sobre la legalidad de aquellos.

Sea como fuere, en una metodología como la que aquí se pretende diseñar, es imprescindible la introducción de mecanismos de supervisión (medición) que acompañen la ejecución de las medidas, valorar su impacto y ajustar la mezcla de libertad y seguridad a las circunstancias cambiantes en un proceso dinámico distinto del actual³¹.

El impacto sobre el Estado de derecho y las libertades fundamentales

Para finalizar, el tercer paso metodológico del análisis propuesto consiste en el estudio del impacto que las políticas públicas y las normas con que los Estados y los organismos internacionales dan respuesta a las amenazas infligen al Estado de derecho y las libertades y derechos fundamentales.

²⁹ En este sentido REVENGA SÁNCHEZ, Miguel: *Terrorismo y derecho bajo la estela del 11 de septiembre*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 18.

³⁰ Vid. *Infra* Capítulo II.

³¹ ARTEAGA, Félix: «Lucha contra el terrorismo en Europa: no se trata sólo de libertad y seguridad, sino también de medios», *ARI - Elcano*, 12/2016. http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/comentario-artega-lucha-contra-terrorismo-europa-libertad-seguridad-medios

En materia de seguridad las prevenciones suelen implicar prohibiciones o limitaciones que impactan bien en el desarrollo digamos «normal» del Estado de derecho (piénsese en el estado de excepción), bien en la autonomía de las personas que viven en él. Estos impedimentos, en sociedades democráticas, deben establecerse a su vez de forma restrictiva. No se trata solo de un deseo bienintencionado, es reiterada jurisprudencia de los tribunales constitucionales e internacionales de nuestro entorno³².

Ya se ha señalado que un enfoque integral de la seguridad que prescinda de los efectos intrusivos que la lucha contra las amenazas plantea al Estado de derecho y a las libertades fundamentales, resulta un enfoque incompleto. Eso no significa, también se ha subrayado, que las medidas que se adopten para asegurar precisamente la protección de las instituciones y los ciudadanos no puedan afectar negativamente a los mismos. Lo importante a la hora de equilibrar esta ecuación libertad-seguridad, nada nueva en la organización social y el ejercicio del poder, lo debido en el contexto de los Estados de derecho, es la búsqueda y determinación de procedimientos que, conociendo y teniendo muy en cuenta la realidad *securitaria* (lo cual requiere la implementación de los dos primeros pasos —fundamentalmente el segundo— de esta propuesta metodológica), eviten que el precio a pagar por «un mundo más seguro» sea la degeneración del sistema democrático.

De este modo, ese tercer paso deberá observar, en primer lugar, qué derechos y libertades pueden verse afectados por las medidas propuestas para contestar a los riesgos y amenazas. Como se verá en su momento, pocos son los espacios de libertad personal y colectiva que no sufren la huella de las respuestas implementadas por los Estados. Después, identificados los derechos afectados, deberá establecerse el nivel de intromisión de la medida «proseguridad» sobre el derecho o derechos implicados, estimando a continuación el impacto sobre el conjunto del ordenamiento constitucional. Por último, habrá que resolver el conflicto de intereses entre estos derechos y la necesidad de proteger la seguridad y garantizar otros derechos, por lo que será ineludible identificar los criterios que nos ayuden a solucionarlos. Con todo ello entre manos nos encontraremos en mejores condiciones para decidir si las medidas estatales adoptadas para garantizar la seguridad sobrepasan o no los límites de actuación para el poder que supone la existencia de todo Estado constitucional.

En resumen, la metodología aquí esbozada a partir de su justificación se dirige a establecer un enfoque verdaderamente integral de la seguridad, un enfoque que incorpore el respeto al Estado de derecho y a la garantía de los derechos fundamentales. La fórmula se condensa en tres pasos: un análisis

³² Por ejemplo, la STC 119/90 (FJ.5) afirma que «las leyes deben ser interpretadas de manera que se maximalice, en lo posible, la eficacia de los derechos fundamentales en un criterio hermenéutico derivado del «mayor valor» de aquéllos (STC 66/85 FJ.2) que ha sido aplicado reiteradamente por este Tribunal».

riguroso de las amenazas, para saber cuál es el problema y su proporción; la determinación de la respuesta, así como el seguimiento de su eficacia y eficiencia; y la valoración del impacto que la respuesta tiene sobre los derechos de las personas y el orden constitucional en su conjunto.

Como se comentará con más detalle en el capítulo siguiente, se trata de tres pasos que requieren diálogo y coordinación, que no pueden funcionar como si el resto no les afectase. Esto nos indica, por lo pronto, que es imprescindible y apremiante armar cuanto antes un diálogo continuo entre el mundo del Derecho y el mundo de la Seguridad. Un diálogo interinstitucional e interdisciplinar (mundo militar, de inteligencia y policial, universitario, de la abogacía y la sociedad civil...) que dé como resultado análisis útiles para realizar propuestas que mejoren las políticas públicas, los cambios legales y su aplicación concreta.

Un paso previo: la necesaria particularización de las diferentes áreas de seguridad

Llegados a este punto, y antes de proponer con más detalle una metodología de análisis tal y como se ha indicado en los epígrafes anteriores, quizás sea necesario plantear algo que ya ha sido señalado en otro punto y que puede parecer una obviedad. Es lo siguiente: para realizar un análisis correcto de las medidas para proteger la seguridad y su impacto sobre el Estado de derecho es fundamental la diferenciación de áreas, necesidades y políticas de seguridad³³.

Como punto de partida, es indudable que la seguridad es «una radical necesidad antropológica humana»³⁴. A partir de esta idea común, se ramifica en varios aspectos, ámbitos o sectores, donde debe ir especificándose su contenido para adecuarlo a las necesidades respectivas. De modo que en el sector vial, la seguridad requerirá un análisis y unas acciones determinadas, muy diferentes de las que la misma idea de seguridad precisará en el ámbito de la seguridad en el trabajo, en la seguridad ciudadana o en el de la seguridad ante riesgos catastróficos (nuclear, químico, bacteriológico).

Por consiguiente, la primera aproximación al concepto jurídico de seguridad pasa necesariamente por diferenciar las distintas áreas de la seguridad. Esta afirmación no deja de ser una obviedad, pero el problema es que en la actualidad la diferenciación se ha relativizado en exceso.

En efecto, como se ha destacado ya en un sector tan sensible como el derecho penal³⁵, en numerosas ocasiones ni siquiera se distingue entre *necesidades*

³³ GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis: «El Derecho penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas», en *Terrorismo y proceso penal acusatorio* (coord. J. L. Gómez Colomer y J. L. González Cussac), Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 59-70.

³⁴ PÉREZ NUÑO, Antonio E.: *La seguridad jurídica*, Barcelona, Ariel, 1991, p. 8.

³⁵ Ampliamente NAVARRO CARDOSO, Fernando: *El Derecho penal del riesgo y la idea de seguridad*, en el Libro «In Memoriam Alexandra Baratta», Universidad de Salamanca, 2004, pp. 1138 y siguientes.

objetivas de seguridad y sensaciones subjetivas de inseguridad. De suerte que, sin ulteriores matices, emerge la idea de seguridad como criterio legitimador de todas las políticas de intervención punitiva. Con ello se desarrolla un tratamiento «plano», homogeneizado y por tanto dúctil del concepto seguridad. Esta simplificación comporta una instrumentalización del concepto que sirve indistintamente tanto para legitimar decisiones de política criminal en el ámbito de la violencia doméstica, como también para justificar la política de defensa estratégica nacional. Pero como es evidente para cualquiera, las eventuales víctimas de una agresión doméstica demandan acciones muy diferentes a las que urgen las eventuales víctimas de un ataque externo con misiles balísticos de destrucción masiva. Sin lugar a duda, esta banalización de la idea de seguridad desemboca en análisis equívocos, políticas sin sentido y reformas legales desproporcionadas e ineficaces. Sin matices y sin diferenciar las diversas demandas objetivas de seguridad, no resulta posible diseñar una política pública seria ni un modelo jurídico eficiente. Es imprescindible la particularización de las diferentes clases de seguridad. Solo después es metodológicamente adecuado examinar cualitativa y cuantitativamente las amenazas.

Sin embargo, desde hace unos años el concepto ha evolucionado hasta llegar al emergente y a la vez consolidado de *seguridad nacional*. Comenzaremos con la exposición de lo que REVENGA SÁNCHEZ ha llamado «un intento de categorización». Y precisamente así lo denomina porque, como agudamente razona, no existen construcciones *nacionales* de lo que en cada caso se entiende por seguridad nacional o seguridad del Estado. De ahí que, en primer lugar, los diferentes conflictos surgidos en varias naciones acerca de la coexistencia de los sistemas de derechos con el límite de la seguridad, se asemejan como dos gotas de agua. Y, en segundo término, porque nos encontramos ante una noción subdesarrollada en el plano conceptual, que en su plasmación práctica acaba muchas veces convertida en una suerte de herramienta multiusos, cargada de emotividad e irracionalismo, o correspondiéndose, sin más, con la idea de poder³⁶.

El citado autor, desde esta aproximación y tras estudiar diferentes supuestos judiciales, concluye que en todos los casos el resultado es el mismo: el sacrificio de los derechos individuales en aras de la seguridad. Pero a continuación profundiza en los razonamientos contenidos en estas decisiones, lo que le permite diferenciar tres líneas de argumentación diferenciadas. La primera es la que recurre a un uso «simbólico-emotivo» del concepto de seguridad nacional, libre de cualquier análisis y que abona la conocida fórmula de la deferencia o cortesía judicial, esto es, se considera incompetente o ajena a entrar a controlar una esfera nítidamente política. La segunda orientación contrapone el interés general, identificado con el *interés del Es-*

³⁶ REVENGA SÁNCHEZ, Miguel: «Razonamiento judicial, seguridad nacional y secreto de Estado», en «Acceso judicial a la obtención de datos», *Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial*, núm. 25, Madrid, CGPJ, 1997, p. 7.

tado, al interés individual. Cuando así se plantea el conflicto, inevitablemente desemboca en la perversa lógica del «todo o nada». Es por ello que la tercera línea de razonamiento acuda al conocido canon de la ponderación de valores. Sin embargo, en su aplicación se observa a menudo que finalmente acude a los anteriores criterios o bien termina haciéndose teoría constitucional desde fuera de la Constitución. Ahora bien, esta forma de argumentar no permite, en sentido estricto, ni una renuncia total al control judicial ni un sacrificio incondicionado de los derechos fundamentales proclamados en el seno de los Estados democráticos. En todo caso, lo cierto es que hay pocos problemas tan necesitados de desarrollo normativo, jurisprudencial y doctrinal como la elaboración de un concepto de seguridad nacional compatible con el sistema de derechos fundamentales³⁷.

Las anteriores reflexiones a nuestro juicio se resumen en dos ideas esenciales: una, que las restricciones de derechos fundamentales acordadas en salvaguarda de la seguridad nacional *también* están sometidas a la ley fundamental, esto es, han de ser tomadas de «conformidad al derecho». Y dos, que es una materia absolutamente necesitada de desarrollo.

Como hipótesis, el concepto de «seguridad nacional» ha de elaborarse a partir de una fusión de los clásicos conceptos de «seguridad exterior» y de «seguridad interior», y que este concepto total contiene una mejor expresión de todos los valores e intereses amenazados por las nuevas y por las viejas amenazas. En la actualidad la seguridad nacional se formula como un concepto multidimensional y holístico: individual, social y nacional, referido a materias militares, políticas, económicas, sociales (identitaria), medioambientales. Pero en todo caso debe profundizarse y desarrollarse, huyendo de la simplificación del concepto de seguridad y su instrumentalización, distinguiendo y precisando las diferentes «áreas de seguridad».

Metodología

En este punto se va a aplicar los tres pasos de la metodología que brevemente hemos expuesto en el capítulo anterior. Se hará hincapié en el tercero de ellos, el que podríamos denominar «jurídico»; es decir, el relativo al impacto que las respuestas del Estado a las amenazas y riesgos produce o puede producir sobre los derechos y libertades fundamentales y el orden constitucional. Se hace de este modo porque es este tercer paso el que necesita a día de hoy de un mayor desarrollo y análisis combinado con los dos primeros momentos (los «securitarios»), especialmente con el relativo a las «respuestas», ambos más estudiados en la actual perspectiva de lo que se viene considerando (limitadamente) como seguridad integral. No obstante, previamente a este análisis puede ser conveniente exponer algunas ideas comunes para interpretar todo el proceso de estudio.

³⁷ REVENGA SÁNCHEZ, Miguel: *Razonamiento judicial*, op. cit., pp. 8 y 9.

Lo primero que debe subrayarse es que dicho proceso, aun dividido en tres pasos, debe observarse de forma relacional (sobre todo en el análisis de todos sus ítems), y coordinada (fundamentalmente en las respuestas).

Señala SUBIRATS que uno de los retos más complicados a los que se enfrentan en la actualidad los Estados es que sus gobiernos están obligados a «articular políticas orientadas a resolver problemas globales interconectados, complejos, difusos y muchas veces contradictorios»³⁸. Si los problemas son complejos y están interconectados, su estudio y solución deben estar, consecuentemente, relacionados y coordinados. Si son contradictorios, habrá que buscar la solución ponderada menos onerosa para el interés público. La aplicación de esta idea al campo de la seguridad y las libertades constitucionales es fundamental. De este modo, una correcta evaluación de las amenazas y de la probabilidad o riesgo de que las mismas actúen deberá proporcionar información y conocimiento procedente de distintos ámbitos, que sirva para determinar unas intervenciones (respuestas) que en muchas ocasiones habrán de ser complejas.

En segundo lugar, la integralidad de todo el proceso de seguridad, integralidad que no significa tratarlo todo en todo momento, sino hacerlo de forma vinculada, exige un acercamiento y diálogo multidisciplinar.

En los últimos años, arrastrados por un mundo interconectado, cambiante e incierto, se ha venido desarrollando una copiosa literatura en torno al mundo de la seguridad, de las amenazas y los riesgos globales y locales. De este modo, a la clásica perspectiva militar y policial, de mirada estatal, se ha sumado el acercamiento desde otras especialidades, como la ciencia política, la economía, la sociología, las relaciones internacionales, la geopolítica, y el Derecho. Las estrategias nacionales de seguridad hablan de aproximación multidisciplinar a la materia, y se constata que esa vecindad y comunicación es cada vez más estrecha. Sin embargo, debe insistirse en que, frente a las otras disciplinas, el diálogo de la seguridad y la defensa con la perspectiva jurídica presenta una característica esencial. El Derecho no es instrumental a la seguridad, o no es solo una herramienta de acción a su servicio para obtenerla. El ordenamiento jurídico se configura también (y sobre todo si la mirada es penal y/o constitucional) como un límite de obligado cumplimiento ante las acciones de poder de los poderes públicos (se presume que legítimas) dirigidas a combatir las amenazas y los riesgos contra aquella. La supervivencia del Estado democrático de derecho parte de este principio.

Por último, el seguimiento de un proceso metodológico como el que aquí se propone tiene también como objetivo dotar de mayor transparencia y legitimidad a las acciones públicas dirigidas a combatir las amenazas y reducir los riesgos contra la seguridad.

³⁸ SUBIRATS, Joan; KNOEPFEL, Peter; LARRUE, Corinne y VARONE, Frédéric: *Análisis y Gestión de Políticas Públicas*, Barcelona, Ariel, 2008.

Más allá de su eficacia y su eficiencia, la acción política securitaria —sea en virtud de políticas públicas o de normas jurídicas— se legitima por el grado de apertura de la Administración, institución u organismo que la adopta, por la transparencia de los procedimientos que la configuran, por la calidad de las leyes que la determinan, así como por la aptitud de la información que los ciudadanos reciben acerca de ella. La información, tanto de los motivos que sostienen las decisiones en el ámbito de la seguridad como de los resultados que obtienen tendrán una repercusión directa sobre la intensidad y calidad de la implicación de la sociedad (organizaciones civiles y corporativas, empresas, universidades...) en la discusión y configuración de esas decisiones³⁹. En este sentido, no puede dejar de señalarse que, en el caso español, cabe una consideración más decidida en este punto⁴⁰.

Teniendo presente las consideraciones hasta aquí consignadas, en las páginas siguientes se va a ofrecer un esquema básico como hipótesis de una metodología integral para enfrentar las amenazas globales, siguiendo la secuencia ya comentada en páginas anteriores: análisis del riesgo o de la amenaza; la determinación de la respuesta del Estado; y la evaluación e impacto de la respuesta, con especial consideración del efecto sobre los derechos ciudadanos. Toda la secuencia es importante aunque, como se ha adelantado ya, se esbozarán los dos primeros pasos y se destacará la relativa al impacto que las respuestas producen sobre los derechos y libertades constitucionales.

Análisis de la amenaza

El diagnóstico de una situación es importante para determinar el comportamiento a seguir para hacerle frente⁴¹. Cuando, además, la pauta a seguir afecta o puede afectar a los derechos fundamentales o al orden constitu-

³⁹ En este sentido, RUIZ MARTÍNEZ, Ana: «Panorámica actual de la evaluación de las políticas públicas», *Presupuesto y Gasto Público*, 68/2012, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, p. 14.

⁴⁰ En efecto, el texto de la Estrategia de Seguridad Nacional ha perdido, respecto de su antecesora (EES), un párrafo que, a este respecto, no deja de tener importancia: «*El libre acceso a la información y el desarrollo de una política de comunicación responsable son cruciales para la seguridad. Las autoridades públicas deben fomentar la transparencia informativa en estas cuestiones y hacer consciente a la ciudadanía de las amenazas y riesgos a la seguridad, pero sin fomentar el discurso del miedo ni favorecer a los violentos dándoles publicidad o ampliando el eco de sus actividades*». Es decir, ha desaparecido cualquier referencia a la transparencia y el derecho de acceso a la información en materia de lo que podríamos denominar «cultura de seguridad y defensa». En torno a esta es recomendable el *Cuaderno de Estrategia* núm. 155 del IEEE: «La cultura de Seguridad y Defensa, un proyecto en marcha», noviembre 2011.

⁴¹ «Como primera y fundamental premisa, cada riesgo o amenaza requiere un proceso de análisis de factores con la finalidad de identificarlos y describirlos con el mayor detalle posible en sus múltiples facetas»; BALLESTEROS, Miguel Ángel: *En busca de una Estrategia de Seguridad Nacional*, op. cit., p. 286.

cional, ese diagnóstico se torna esencial. Para ello, en el ámbito de la seguridad, resulta imprescindible afinar el nivel de concreción de la idea de amenaza y sus posibilidades ciertas de realización. Es decir, saber de qué estamos hablando, quiénes son sus actores, su contexto y sus causas, los indicadores que nos ayudan a determinar su fuerza, los bienes e intereses estratégicos que pone en riesgo y los daños que aquella realización puede llegar a provocar.

No cabe duda de que son los expertos en seguridad y defensa los que deben ocuparse de la identificación y evaluación de las amenazas, y puede decirse que, a día de hoy, existen un buen número de especialistas y grupos de trabajo (en el campo militar, policial, geopolítico, diplomático...) que, tanto en España como en la Unión Europea —obviamente, también en los EE.UU.— investigan y producen estudios y propuestas de alto nivel, adecuados para la metodología que aquí se propone. El reto más importante ahora es establecer un diálogo continuo entre ellos y el mundo del Derecho.

A continuación, a modo de síntesis, se enumeran y describen sucintamente los parámetros esenciales que, a los efectos de su relación con el mundo jurídico, deben ser tenidos en cuenta en el análisis de las amenazas y los riesgos:

Identificación de las amenazas

En este punto inicial se trata de identificar y definir la amenaza. Primero, darle, podríamos decir, una armadura teórica: dotarla de un concepto que sea ampliamente aceptado, establecer causas, tipologías, clasificaciones, actores que la protagonizan, medios que utilizan para realizarla... Segundo, decidir que esta existe en un momento concreto, que afecta a una sociedad determinada y que lo hace con determinada intensidad.

La definición de una amenaza no resulta fácil para todos los casos. Ahí tenemos el *terrorismo*⁴², la *guerra*⁴³, el *extremismo violento*⁴⁴, el *espionaje*⁴⁵... Incluso el término *ciberamenaza*, el cual, salvo en un ámbito bastante reducido (el relativo al peligro que puede cernirse sobre el mismo ciberespacio y sus actores), no indica en sí mismo una amenaza sino un medio —ese ciberespacio— a través del cual actúan otros peligros como el terrorismo, el crimen organizado o el mismo espionaje. En este sentido, parece exigible

⁴² Sobre el concepto de terrorismo y la inflexión que supuso el 11S, véase *infra* Cap. III, SERRA y GÓRRIZ (§ 1).

⁴³ Véase *infra* Cap. II, AZNAR (§ 1). También *infra* Cap. V, CEBADA (§ I).

⁴⁴ PATEL, Faiza, Singh, Amrit, «The Human Rights Risks of Countering Violent Extremism Programs», *Just Security*, Thursday, April 7, 2016. <https://www.justsecurity.org/30459/human-rights-risks-countering-violent-extremism-programs/>

⁴⁵ DÍAZ FERNÁNDEZ, Antonio M.: *Conceptos fundamentales de inteligencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

un esfuerzo que delimite con la mayor precisión posible tanto el contorno básico de los riesgos como el de los elementos vinculados a ellos. Y también la definición de los derechos a los que pueden afectar las medidas que se adoptan contra las amenazas. Como ha destacado el Relator de Naciones Unidas sobre el derecho a la privacidad, su reconocimiento por el Derecho internacional⁴⁶ no es suficiente para impedir la ineficacia de normas internacionales que protegen una privacidad cuyo alcance y comprensión (qué es lo que se acuerda proteger) no es claro.

Como en la novela, aquí la pregunta clave es quién decide, en un determinado momento, lo que significan las palabras; por ejemplo, quién define (u oportunamente deja sin definir) lo que es un «terrorista transnacional», o cuando debe de hablarse rigurosamente de «guerra»⁴⁷. Esto es importante, porque la flexibilización y la falta de delimitación de los conceptos juega de forma favorable a la discrecionalidad de las respuestas estatales ante las amenazas, reduce a concreción necesaria de las normas jurídicas y bloquea las posibilidades de control del Derecho (nacional e internacional) sobre esas respuestas. Esa flexibilidad puede extenderse, además, a otros elementos que definen una amenaza, como pueden ser sus actores⁴⁸, con las mismas consecuencias indeseables desde la perspectiva del Derecho⁴⁹.

En segundo lugar, debe decidirse que la amenaza existe, que afecta a una sociedad determinada y que lo hace con determinada intensidad. Obviamente, «ningún ser vive en la naturaleza con plena seguridad... lo que en la práctica implica la aceptación de un cierto umbral de riesgo...»⁵⁰. Pero una vez asumido esto hay que dar paso al juego de las percepciones y a la idea de cuánto riesgo razonable debe aceptarse en una sociedad avanzada. Tratándose de riesgos globales —caracterizados por la deslocalización (espacial, temporal y social), la incalculabilidad y la no compensabilidad⁵¹—, la dificultad de de-

⁴⁶ En el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y en el artículo 17 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

⁴⁷ Se lo pregunta BECK, Ulrich, «Convivir con el riesgo global», *La humanidad amenazada...*, op. cit., p. 23. Y en este mismo volumen, AZNAR (§ 2.5), afirma: «las acciones yihadistas en Occidente tienen un gran valor político y en términos de seguridad, pero distan de ser una guerra y de constituir una amenaza existencial».

⁴⁸ Sobre los nuevos actores en el escenario internacional de la seguridad, véase por ejemplo *infra* Cap. V, CEBADA (§ 1).

⁴⁹ Señala BECK, refiriéndose a este punto, que «la flexibilización del concepto de enemigo desestatalizado, desterritorializado, permite, primero, el uso universal de la violencia armada con vistas a la «defensa interior»...; segundo, la declaración universal de guerra contra Estados que no hayan atacado previamente; tercero, la normalización e institucionalización del «Estado de excepción» en el interior y exterior; cuarto, la deslegalización no solo de las relaciones internacionales y los enemigos terroristas, sino también de propio Estado de derecho y de las democracias extranjeras», BECK, Ulrich, *Poder y contrapoder en la era global*, op. cit., p. 37.

⁵⁰ AZNAR *infra* (§ 2.1)

⁵¹ BECK, Ulrich, «Convivir con el riesgo global», *La humanidad amenazada...*, op. cit., p. 23.

terminar la intensidad con la que tales peligros afectan a un colectivo específico en un momento determinado puede ser alta, y los actores interesados en construir esa percepción pueden ser muchos, muy variados, con diferentes grados de poder y, a no olvidar, con diferentes (y no siempre legítimos) objetivos, todo lo cual no deja de complicar el problema. En último término, concluye INNERARITY, no cabe duda de que «nos hacen falta acuerdos en torno a los riesgos aceptables»⁵².

Por lo demás, una identificación y caracterización correcta de la amenaza y su grado de riesgo exige también un análisis de sus actores⁵³, de su contexto y ámbito geográfico⁵⁴, de sus causas, de sus vectores y potenciadores⁵⁵, así como de los medios utilizados para llevarla a efecto⁵⁶; esa caracterización será imprescindible para configurar las respuestas adecuadas. Sobre todo ello existe abundante material (en el ámbito de unas amenazas más que en otros), que se actualiza constantemente y que debe ser puesto en relación con el resto de elementos del análisis.

⁵² INNERARITY, Daniel, «La humanidad amenazada: gobernar los riesgos globales», *La humanidad amenazada...*, op. cit., pp.12-13.

⁵³ Por ejemplo, a partir de la caracterización sociodemográfica de los actores que protagonizan las amenazas. En este sentido, existen perfiles bastante detallados de las personas detenidas en España por su vinculación al terrorismo yihadista: «Una sucinta caracterización sociodemográfica de los detenidos indica que la gran mayoría son varones, tres cuartas partes de ellos de entre 18 y 38 años en el momento de su detención, y más frecuentemente casados que solteros; en proporciones muy similares, sobre todo de nacionalidad marroquí y española. Alrededor de la mitad son segundas generaciones descendientes de inmigrantes procedentes de países mayoritariamente musulmanes y, en un porcentaje algo menor, se trata de inmigrantes de primera generación con ese mismo origen. Uno de cada 10 de los detenidos es converso. Quienes han cursado estudios de educación secundaria triplican a los que, sin embargo, no pasaron de una escolarización primaria...»; en REINARES, Fernando, GARCÍA-CALVO, Carola y VICENTE, Álvaro, «Dos factores que explican la radicalización yihadista en España», *ARI 62/2017*, 8 de agosto de 2017. http://www.rea-linstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/ari62-2017-reinares-garciacalvo-vicente-dos-factores-explican-radicalizacion-yihadista-espana

⁵⁴ A título de ejemplo: sobre yihadismo, en otros, recientemente BALLESTEROS, Miguel Ángel, *Yihadismo*, Madrid, La Huerta Grande, 2016; o ROY, Oliver: «Who are the new jihadis?», *The Guardian*, 13 de abril de 2017 https://www.theguardian.com/news/2017/apr/13/who-are-the-new-jihadis?CMP=share_btn_tw. Sobre ámbitos geográficos, VV.AA.: «África», *Cuadernos de Estrategia*, núm. 144, IEEE, febrero 2013; o sobre ámbitos de seguridad, VV.AA.: «Desafíos nacionales del sector marítimo», *Documento de Seguridad y Defensa*, núm. 67, IEEE, marzo 2015.

⁵⁵ La ESS, en su Capítulo 3, identificaba seis potenciadores del riesgo: disfunciones de la globalización, desequilibrios demográficos, pobreza y desigualdad, cambio climático, peligros tecnológicos e ideologías radicales y no democráticas. Sobre este tema puede verse VV.AA.: «Los potenciadores del riesgo», *Cuadernos de Estrategia*, núm.159, IEEE, octubre 2015.

⁵⁶ Importancia de la comunicación y la utilización de redes sociales (los yihadistas cuentan con 46 agencias dedicadas a producir información en forma de más de 2.000 vídeos y tienen más de 70.000 cuentas abiertas entre Instagram, Twitter, Facebook...).

Cuantificadores de la amenaza: indicadores y medidores

¿Cómo se mide la amenaza? ¿Y la probabilidad / riesgo de que se lleve a cabo? La contestación a estos interrogantes, aunque sea aproximativa, resulta muy difícil de concretar, pero es de enorme importancia porque determina el tipo de prevenciones que los poderes públicos adoptan al respecto⁵⁷. Como apunta BALLESTEROS, para llevar a cabo las líneas de acción que diseñan las estrategias de seguridad, «es conveniente atender a las probabilidades de materialización de cada riesgo y, más importante aún, las consecuencias que estos tienen para los intereses nacionales. En este análisis se deberá prestar especial atención a la hipótesis más peligrosa y a la más probable...»⁵⁸. Sin duda, la experiencia y la información producto de las averiguaciones de inteligencia y policiales dan lugar a la adopción de aquellas líneas de acción y de un tipo de decisiones esenciales para la defensa contra la amenaza, pero la percepción del peligro viene determinada también por otros factores distintos a esas investigaciones.

Los otros factores que cuantifican la amenaza y su probabilidad de realización dependen sin duda de la naturaleza de esta, de sus circunstancias concretas y de su impacto social. Eso no significa que, con arreglo a estos elementos, los poderes públicos cuantifiquen los peligros de la misma manera y con la misma intensidad que los ciudadanos, pero a la hora de decidir y aplicar las respuestas tienen muy en cuenta cómo el público los percibe.

En este sentido, la medición de cómo se siente el riesgo terrorista está directamente relacionada con el éxito de la «manipulación emocional»⁵⁹ que los actos terroristas pretenden, al tratar por esa vía de obtener un fuerte eco mediático y de influir en las reacciones y decisiones políticas (sean políticas públicas o normas jurídicas) que deben adoptarse. Sin embargo, la vigilancia masiva o espionaje a gran escala (tan intromisiva en el derecho a la privacidad de los ciudadanos: en su derecho a la intimidad, a la protección de datos, al secreto de las comunicaciones), al aparecer como «indolora» para las personas y merecer una menor atención de los medios de información, no es percibida como especialmente dañina⁶⁰.

Obviamente, para el objeto de lo que se pretende analizar con nuestro estudio (el impacto que las respuestas del Estado a las amenazas produce sobre el Estado de derecho y las libertades fundamentales) importa sobre todo la

⁵⁷ Sobre la cuantificación de las amenazas en materia de terrorismo, AZNAR (§ 2.2).

⁵⁸ BALLESTEROS, M.A.: *En busca de una Estrategia de Seguridad Nacional*, op. cit., p. 286.

⁵⁹ Véase *infra* AZNAR (§ 1.1).

⁶⁰ Véase el Cap. III, SERRA y GÓRRIZ (§ 2). Más concretamente, al respecto puede consultarse GÓRRIZ ROYO, Elena M.: «Investigaciones prospectivas y secreto de las comunicaciones: respuestas jurídicas», en González Cussac, José Luis y Cuerda, Arnau, M. Luisa (Dir.), *Nuevas amenazas a la seguridad nacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 243-283.

cuantificación de la amenaza y su riesgo por exceso⁶¹, pues esta provocará una respuesta asimismo excesiva y, probablemente, menos respetuosa con el orden constitucional y la garantía de las libertades públicas. En este sentido, «si al conocimiento extraído de la experiencia añadimos la imaginación, la sospecha, la ficción y el miedo»⁶², nuestra percepción no se corresponderá con la realidad y nuestra reacción adolecerá de falta de eficacia, sacrificando innecesariamente bienes públicos valiosos.

Si tomamos como objeto la amenaza del terrorismo, comprobaremos cómo «las lecciones que hemos de extraer de las alarmas excesivas es que los programas para excluir absolutamente el riesgo generan efectos contraproducentes», porque, por ejemplo, «la construcción de imágenes terroristas del enemigo matan la pluralidad de la sociedad y de la racionalidad de los expertos, de la independencia de los tribunales y la validez incondicional de los derechos humanos»⁶³.

De este modo, es exigible una reflexión detenida acerca de los límites de la precaución. Una cuantificación ligera de la amenaza dejará desprotegidos a los ciudadanos, mientras que una percepción desproporcionada del riesgo provocará posiblemente la adopción de medidas tan ineficaces como injustificadamente entrometidas en la libertad de las personas. La precaución debe, en definitiva, apoyarse en las circunstancias concretas de la amenaza, y estas circunstancias concretas han de determinarse, en la medida de lo posible, a partir de indicadores objetivos y contrastables: informes policiales y de inteligencia, cifras, estadísticas, análisis comparados... y otros que los especialistas en seguridad y defensa consideren apropiados.

Bienes protegidos en riesgo e intereses estratégicos. Daños y efectos

La adopción de las medidas a adoptar contra una amenaza determinada tiene relación directa con los bienes que se intentan proteger con dichas medidas. A la hora de evaluar la ponderación de intereses en juego este punto es crucial.

Las medidas contra las amenazas protegen al Estado y sus ciudadanos. Esa protección se materializa sobre «activos» de muy distinta naturaleza —bienes físicos, recursos humanos, capital tangible e intangible...— y en muy diferentes escenarios. Así, por ejemplo, la amenaza conceptualizada como «conflictos armados» (ESN), puede impactar a intereses estratégicos españoles pues, aún teniendo lugar en el territorio de otros Estados, cabe la posibilidad

⁶¹ Si esa cuantificación y percepción es por defecto, la seguridad y, consecuentemente, los derechos de los ciudadanos, sufrirán por el impacto que la realización de la amenaza mal medida les infligirá directamente.

⁶² BECK, Ulrich, «Convivir con el riesgo global», *La humanidad amenazada...*, op. cit., p. 25.

⁶³ BECK, Ulrich, *Poder y contrapoder en la era global*, op. cit. p. 39.

de que afecte a bienes tan esenciales como la seguridad energética propia. El terrorismo, por su parte, amenaza de manera directa la vida y la seguridad de los ciudadanos, «pretende socavar las instituciones democráticas y pone en riesgo nuestros intereses vitales y estratégicos, infraestructuras, suministros y servicios críticos» (ESN). Las ciberamenazas, en sentido estricto, afectan al uso seguro de las redes y a los sistemas de información; y en sentido amplio, se refieren a la materialización de otras amenazas por medio del ciberespacio, por lo que su realización puede dañar cualquiera de los intereses generales dignos de protección. A cada amenaza podríamos vincular uno o varios bienes o intereses estratégicos como susceptibles de ser dañados.

De este modo, con carácter general, el orden público, la fortaleza de las instituciones democráticas, los derechos y libertades de los ciudadanos, el crecimiento económico, la información sensible, las infraestructuras críticas y servicios esenciales, la paz y seguridad internacional... son activos, intereses estratégicos, bienes protegidos, que los Estados deben salvaguardar de los riesgos y amenazas globales y locales. Todos ellos se acaban concretando, cuando la amenaza es cierta, en bienes individualizados, como el transporte aéreo o ferroviario, la seguridad marítima, la privacidad de los ciudadanos, el buen funcionamiento en el abastecimiento de energía a las poblaciones, o la protección de grupos vulnerables (jóvenes⁶⁴, mujeres⁶⁵, inmigrantes⁶⁶...). Esa acción de causalidad (relación clara entre el peligro y el bien a proteger) y precisión (concreción del mismo bien, no una mera apelación abstracta al mismo) es esencial en la metodología que aquí se propone.

Ya se ha comentado que a la hora de determinar las medidas a adoptar frente a la amenaza uno de los criterios más relevantes vendrá dado, además de por la inminencia del riesgo, por la importancia del interés protegido. Como se ha visto, entre estos intereses unos son muy generales (el orden

⁶⁴ GARCÍA-CALVO, Carola, REINARES, Fernando: «Procesos de radicalización violenta y terrorismo yihadista en España: ¿cuándo? ¿dónde? ¿cómo?», *Documento de Trabajo*, 16/2013, 18 de noviembre de 2013. http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/terrorismo+internacional/dt16-2013-reinares-gciacalvo-radicalizacion-terrorismo-yihadista-espana

⁶⁵ GARCÍA-CALVO, Carola, «No hay vida sin yihad y no hay yihad sin hégira: la movilización yihadista de mujeres en España, 2014-2016», *ARI* 28/2017, 29 de marzo de 2017. http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/ARI28-2017-GarciaCalvo-movilizacion-yihadista-mujeres-Espana-2014-2016

⁶⁶ Aunque, en el caso de los inmigrantes sin papeles (en España la ESN los considera amenaza), no queda claro que una posible conflictividad social (producto de su presunta marginalidad y falta de identidad), los guetos urbanos (a los que al parecer se verían *necesariamente* abocados los inmigrantes), o la vulnerabilidad de los propios inmigrantes (por su exposición a la radicalización extremista), sean argumentos suficientes para convertir a los flujos migratorios irregulares en una amenaza equiparable al terrorismo que pondría en peligro, se entiende, el bien público «paz social». Véase FLORES, Fernando, «La inmigración no debe ser un tema de seguridad», op. cit.

público, la seguridad económica, los derechos de los ciudadanos...) y otros, en cambio, muy tangibles (el transporte aéreo, la privacidad, la integridad física de las personas, las reservas o el abastecimiento de gas...). Pues bien, la concreción por las autoridades del interés protegido, así como su vinculación real con el peligro a combatir y los efectos y daños que este puede provocar⁶⁷, resultan esenciales para realizar una correcta configuración de las medidas que deben adoptarse. La indeterminación del bien a proteger debilita la garantía de los derechos fundamentales frente a las respuestas y, en consecuencia, el Estado de derecho.

Determinación de la respuesta del Estado y de los organismos internacionales frente a las amenazas y los riesgos

La existencia de amenazas y riesgos determina la adopción de respuestas por parte del Estado dirigidas a impedir que los peligros contra la seguridad se lleven a efecto, o para reaccionar a su consecución. Resulta imprescindible evaluar estas respuestas, pues la banalización de las mismas o una insuficiente respuesta puede generar una agravación del fenómeno en sí mismo y, además, favorecer la escalada de la violencia y la aparición de movimientos populistas⁶⁸. Pero igualmente inapropiada puede ser una respuesta excesiva o desproporcionada, porque como certeramente expone ENZENSBERGER en relación al terrorismo islámico, «*la más peligrosa de las consecuencias del terror es la infección del adversario*»⁶⁹.

Para comenzar, debe quedar claro que, cuando hablamos de las respuestas del Estado (o de organizaciones supranacionales como la Unión Europea) ante los riesgos y amenazas, nos referimos a una multiplicidad de actores institucionales de naturaleza diversa. En el ámbito estatal, obviamente los poderes constitucionales: el Legislativo, el Judicial, el Constitucional y el Ejecutivo (y en el ámbito de este la diplomacia, las Fuerzas Armadas, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, los servicios de inteligencia, protección civil...); y también, en el marco de sus competencias, las Comunidades Autónomas y los Entes Locales. Todos estos actores, de una u otra manera y con mayor o menor relevancia, adoptan medidas relacionadas con la seguridad.

⁶⁷ Como ejemplo de perjuicios o daños sobre los bienes a proteger, sirva esta descripción: «La atomización del terrorismo, ciertamente, muestra la vulnerabilidad de las sociedades que lo padecen, genera incertidumbre, fractura la comunidad, hace de las claves religiosas el referente necesario, separando a los creyentes y sembrando la desconfianza hacia los musulmanes, en la esperanza de que una sobre-reacción del Estado o de la propia sociedad, alinee definitivamente a los musulmanes que viven ella con su relato propiciando un choque entre comunidades», AZNAR, *infra* (§ 2.5).

⁶⁸ Así se expresa, en relación al extremismo islamista ENZENSBERGER, «El perdedor radical...», op. cit., pp. 53-55.

⁶⁹ Op. cit., pp. 64-65.

Después, la configuración de las medidas depende, claro está, de diversos factores: de la fuente institucional de que provengan, del peligro que desean atajar o responder y de la inmediatez de su necesidad. El actor institucional determinará la adopción de acciones públicas o normas jurídicas (o ambas), mientras que la naturaleza del peligro y su inmediatez determinarán el contenido concreto de las mismas; desde declaraciones institucionales hasta el refuerzo de dispositivos de seguridad, pasando por decisiones que afectan a la dotación de armamento, normas que dan cobertura a mayor acción policial o leyes penales que sancionan de forma más rigurosa determinadas conductas. Las posibilidades son, puede decirse, infinitas.

Sobre la naturaleza de las respuestas ya se ha indicado que pueden adoptar la forma de políticas públicas o normas jurídicas⁷⁰. Ahora es pertinente subrayar un par de ideas en torno a la peligrosidad de la amenaza que se desea conjurar, a la cuestión de la pertinencia de la inmediatez de las respuestas para conseguirlo, y a la eficacia y eficiencia de las mismas. Empecemos con la inmediatez.

La inmediatez: un arma de doble filo

«Mientras el mal viaja por autopistas, el bien lo hace por carreteras secundarias», decía con ingenio BOLAÑO. Algo así sucede en el mundo de las amenazas a la seguridad y las garantías de los derechos. Uno de los rasgos de los procesos democráticos es que, con frecuencia, son demasiado «lentos» frente a la urgencia (político-mediática y, en consecuencia, de la opinión pública) para configurar las respuestas a peligros muy presentes en la realidad y en el imaginario social. Este aspecto es utilizado por algunos actores «titulares» de las amenazas en beneficio propio; fundamentalmente por el terrorismo, aunque también para el crimen organizado. Así, afirma AZNAR, «el atentado terrorista... busca su sobrepolitización, y con ella una respuesta inadecuada al reto planteado. Se trata de imponer al Estado la necesidad de una reacción y provocar con ello respuestas emocionales, irracionales y cortoplacistas que no respondan a una estrategia, desenmascaren al Estado y puedan ser utilizadas en beneficio del grupo. El peligro del terrorismo se sitúa habitualmente en la respuesta que se da a los retos que plantea». De modo que para una amenaza como el terrorismo resulta imprescindible el manejo de la iniciativa, no dar tregua ni reposo al Estado para la reflexión y determinación de las políticas adecuadas, pues su lucha contra la democracia solo puede prosperar cuando el Estado de derecho comete errores en su batalla contra él⁷¹. Muchos errores se cometen, precisamente, por el deseo de responder «comunicativamente» de forma inmediata —con ello a veces precipitada— a la provocación de los agresores. «Una de las lecciones

⁷⁰ Véase *supra* Capítulo I (§ 3.b).

⁷¹ Véase *infra* AZNAR (§ 1.3).

del 11S —afirma el exrelator especial de la ONU sobre Derechos Humanos y la lucha contra el terrorismo, MARTIN SCHEININ— es que el pánico produce una legislación deficiente», pues se suele aprobar sin analizar debidamente si legislación vigente en el momento del atentado es o no eficaz⁷².

En no pocas ocasiones ese comportamiento imprudente tiene como consecuencia no solo la adopción de medidas podríamos denominar «simbólicas», ineficaces e ineficientes sino también, y esto es grave, la retorsión del orden constitucional y la violación de los derechos fundamentales de los mismos ciudadanos a los que se desea proteger. Por lo demás, las respuestas impulsivas suelen establecer situaciones de hecho y Derecho desde las que, políticamente al menos, es difícil dar marcha atrás, pues nadie quiere asumir la responsabilidad de hacerlo. En este sentido, la templanza de los titulares de las instituciones democráticas (ejecutivas, legislativas o jurisdiccionales; estatales o internacionales) y la lealtad institucional de los actores políticos (oposición y medios de comunicación especialmente) se convierten en elementos fundamentales a la hora de configurar las medidas adecuadas contra los peligros que las acechan. Decisiones como la generalización y extensión del Derecho de excepción, la creación de nuevos y más agresivos tipos penales, sanciones dudosamente constitucionales como la prisión permanente revisable, la consolidación de la figura del sospechoso, la extensión de la vigilancia, la restricción de la privacidad, la reducción del papel judicial en el control de las intervenciones sobre los derechos ciudadanos..., de una u otra manera forman parte ya de la lista de medidas que la Europa democrática ha adoptado, quizás con precipitación, frente a la «necesidad» de repeler la «inminencia» de algunos riesgos.

Por último, cabe también la pregunta sobre si existe, en ciertas ocasiones o para determinadas amenazas, una lentitud innecesaria o incluso cierta inacción en las respuestas por parte de los poderes públicos. En un mundo tan complejo como el actual, con hegemonías múltiples, con tantos intereses estatales y público-privados interconectados, se puede constatar la dificultad de los Estados y de las organizaciones internacionales para adoptar medidas contra determinados riesgos bien ciertos. No obstante, resulta llamativo la incapacidad de los mismos para, por ejemplo, proteger la privacidad de las personas de amenazas como la vigilancia masiva que ejercen los servicios de inteligencia de los propios Estados sobre ciudadanos propios y de otros países⁷³; o para defenderlas de las consecuencias de potenciadores de los riesgos como el cambio climático⁷⁴, igualmente presente y con conse-

⁷² RIGHTS INTERNATIONAL SPAIN: *Entrevista a MARTIN SCHEININ (III) - Legislar tras ataques terroristas*, 10 de junio de 2015. <https://www.youtube.com/watch?v=q-4srW6q8ec>

⁷³ FLORES, Fernando: «Nos vigilan en masa: ¿por qué no denunciarnos?», *Al Revés y al Derecho*, 17 de marzo de 2016. <http://blogs.infolibre.es/alrevesyalderecho/?p=4301>

⁷⁴ ACNUDH, «La inclusión y los derechos humanos son esenciales para actuar contra el cambio climático», 20 de octubre de 2016. <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/ClimateHumanRights.aspx>

cuencias más que visibles; o para, como la ONU en el caso de Siria, ser incapaz de atajar la crisis después de dos años y cientos de miles de muertos y desplazados⁷⁵.

En fin, como se verá en un epígrafe posterior, el acierto en la determinación de la rapidez (la «urgente necesidad» o no) con que las medidas para responder a los riesgos deben ser adoptadas y puestas en marcha resulta de suma importancia para la ponderación de las mismas en su relación con los derechos y libertades fundamentales a los que pueden afectar.

La peligrosidad de la amenaza

También puede resultar significativo el acierto en determinar el grado de peligrosidad de la amenaza, pues este podrá afectar a su vez al grado de intromisión que la medida adoptada por el Estado tenga sobre los derechos fundamentales, justificándola o no. En este sentido, cabría distinguir cuatro ámbitos que pueden ayudarnos a configurar lo que entendemos por peligrosidad de una amenaza en un momento dado: la percepción, la vulnerabilidad, la probabilidad (el sentido estricto del riesgo) y las posibles consecuencias de su realización. Estos cuatro ámbitos, sumados, otorgando a cada uno de ellos el valor que se estime oportuno en cada caso, conformarían una especie de «ecuación del riesgo» que vale la pena despejar.

Ya se vio, al hablar de la «cuantificación de las amenazas»⁷⁶, la dificultad de medir la percepción sobre las mismas, pues se trata de un cálculo en buena parte subjetivo. En este sentido, parece bastante claro que los ciudadanos europeos sienten como muy cercano el peligro del terrorismo; sin embargo, parece traerles sin cuidado la violación «indolora» que sobre su privacidad supone la generalización de la vigilancia y la monitorización masiva de sus vidas⁷⁷.

⁷⁵ «El caso de Siria está siendo claramente un ejemplo de la subordinación del Consejo a las exigencias de la geoestrategia...Hasta junio de 2017 el Consejo de Seguridad ha adoptado 21 Resoluciones relativas al conflicto sirio. En ellas, ha reclamado reiteradamente a las partes que facilitasen el acceso de la ayuda humanitaria. Por unanimidad, se decidió, junto con la Organización para la Prohibición del Uso de Armas Químicas, la creación del Mecanismo Conjunto de Investigación para Identificar a los Culpables del Uso de Armas Químicas en Siria. El Consejo ha declarado altos el fuego, que no han sido respetados, y ha requerido a las partes para que arbitrasen una solución política al conflicto. También la Presidencia del Consejo ha expresado reiteradamente su preocupación por el deterioro de la situación en Siria y ha hecho continuos llamamientos a que se aceptaran las propuestas de los mediadores internacionales, para que cesara la violencia, se facilitara el acceso de ayuda humanitaria y se prohibiera el tráfico ilícito de petróleo». Véase *infra* Cap. V, CEBADA (el párrafo citado en § II.1).

⁷⁶ Véase *supra* Capítulo II (§ 1.b).

⁷⁷ SERRA CRISTÓBAL, Rosario: «La opinión pública ante la vigilancia masiva de datos. El difícil equilibrio entre acceso a la información y seguridad nacional», *Revista de Derecho Político*, n.º 92, 2015. En relación con la percepción del terrorismo, los datos confirman,

En cuanto a la vulnerabilidad, debe entenderse que aparece cuando existe una debilidad o falta de control que puede permitir o facilitar que una amenaza actúe contra un bien protegido o un interés estratégico. Si aceptásemos los flujos migratorios irregulares como amenaza a la seguridad, la permeabilidad de las fronteras constituiría una vulnerabilidad. También lo sería la falta de medios de defensa adecuados para repeler un ataque cibernético (que podría dañar la red eléctrica, interrumpir el acceso a Internet o bloquear páginas web oficiales)⁷⁸, o la ausencia de una legislación armonizada en materia de ciberseguridad⁷⁹. Y lo serían unas inadecuadas normas jurídicas para luchar contra la trata de seres humanos, una falta de transparencia de la Administración, o una carencia de cultura de seguridad y defensa por la sociedad, carencia que la inhabilite para comprender por qué es necesaria una política de seguridad y, consecuentemente, para hacer el seguimiento y control de la misma. Cada bien protegido tiene sus fortalezas y vulnerabilidades, y es misión del Estado identificarlas y adoptar las medidas para que las primeras superen a las segundas, aunque, como se verá, no a cualquier precio.

Sin duda, la probabilidad de que la amenaza fructifique (el riesgo en sentido estricto) tiene una relación directa con la peligrosidad de la misma y con las respuestas que los poderes públicos deben llevar a cabo. La determinación de esa probabilidad, es decir, el cálculo de las posibilidades que existen de que la amenaza se realice (o se siga realizando), está en manos de los servicios de inteligencia y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, así como en los especialistas en los distintos campos desde los que se puede analizar cada amenaza. Como en el resto de elementos, un buen análisis del riesgo determinará una respuesta eficaz y ponderada en relación con la buena salud del Estado de derecho y la garantía de las libertades fundamentales⁸⁰.

Por último, las consecuencias que puede provocar la realización de una amenaza sobre un bien protegido o interés estratégico forman parte de su peligrosidad. La violación de la vida de las personas y de sus derechos indi-

por ejemplo, que Europa no es ni de lejos el territorio más castigado por el Estado Islámico. VIVED, Adela, ARAGÓ, Laura: «Así afecta el terrorismo yihadista en Occidente y en el resto del mundo», *La Vanguardia*, 29 de agosto de 2017. http://www.lavanguardia.com/internacional/20170829/43798147540/terrorismo-yihadista-datos-occidente-mundo.html#?utm_campaign=botones_sociales&utm_source=twitter&utm_medium=social

⁷⁸ YARNOZ, Carlos: «Menos cazas, más antivirus», *El País*, 17 de julio de 2017. https://elpais.com/internacional/2017/07/16/actualidad/1500239957_937328.html. En este artículo el autor se queja de que España se haya comprometido en la compra de 60 F-35 estadounidenses —120 millones de euros por unidad—, cuando la principal amenaza contra los europeos, la *ciberguerra*, no puede ser combatida con aviones.

⁷⁹ Tal y como reconoce nuestra ESN, op. cit., p. 27.

⁸⁰ Un buen ejemplo de diseño de políticas públicas en ANTÓN MELLÓN, Joan (ed.): *Islamismo yihadista: radicalización y contraradicalización*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

viduales, la destrucción de infraestructuras críticas, la alteración grave del orden público, la corrupción a gran escala, la pérdida de la confidencialidad y disponibilidad de los sistemas que soportan la prestación de servicios del ciberespacio, las crisis económicas y financieras graves... Los efectos que pueden causar las amenazas sobre estos y otros intereses públicos son muchos y de diferente naturaleza, y todos de graves consecuencias para la integridad y el buen funcionamiento del Estado. De nuevo, es por eso que la determinación correcta del impacto que aquellas puedan acarrear a este se convierte en una cuestión crítica en relación con el impacto que las decisiones estatales en respuesta a los riesgos para la seguridad puedan provocar sobre los derechos fundamentales.

Eficacia y eficiencia de las políticas de seguridad

La evaluación de las políticas de seguridad y defensa debe enfrentarse conforme al tradicional estudio de su eficacia y eficiencia. La eficacia de esas políticas viene determinada por la capacidad de lograr el objetivo de reducir el riesgo o terminar con la amenaza. La eficiencia, por su parte, se refiere a la utilización correcta de los recursos para lograrlo.

En este punto, la legitimación social de la acción política está en juego, y es por eso que resulta relevante tanto la percepción objetiva como la subjetiva de la eficacia de las respuestas. De ahí el valor simbólico y meramente tranquilizador de determinadas medidas políticas, algunas de ellas, ya se han mencionado, ligadas más a la inmediatez que trata de demostrar que se mantiene el control por los poderes públicos sobre la amenaza que a la verdadera eficacia de la respuesta.

Pero además de esta legitimación comunicativa, la eficacia de las medidas *securitarias* deben relacionarse directamente con su legalidad, es decir, con su legitimación normativa. Enseguida se abordará este punto, pero vaya por delante que aquellas respuestas que, entrometiéndose en los derechos fundamentales de las personas, no incorporen claramente una relación causal (eficaz por tanto) con el objetivo (que debe ser legítimo en sociedades democráticas) para el que son adoptadas (es decir, no sirvan para la finalidad para la que se establecieron), pueden ser contrarias a Derecho, y por tanto inválidas.

No cabe duda de que la eficacia de las medidas está sujeta a discusión, que estas exigen una mirada casuística y que, en ocasiones, debe transcurrir cierto tiempo para poder evaluarlas. Pero no siempre se debe aguardar mucho para elaborar conclusiones sobre ellas. Así, Agnes Callamard, Relatora de Naciones Unidas contra las Detenciones Extrajudiciales, Sumarias y Arbitrarias, ha advertido recientemente que el código de conducta que Italia ha impuesto recientemente a las ONG (con el apoyo de la Comisión Europea), restringiendo las labores de búsqueda de inmigrantes que huyen hacia Europa desde Libia, «podría conducir a más muertes en el mar, y la pérdida de vidas, (lo que)

siendo previsible y prevenible, constituiría una violación de las obligaciones de Italia». La relatora concluye que esta posición «sugiere que Italia, la Comisión Europea y los países de la UE consideran el riesgo y la realidad de las muertes en el mar un precio menor a cambio de disuadir a los inmigrantes y refugiados» de cruzar de Libia a Italia⁸¹. Por su parte, en Francia se está poniendo de manifiesto una oposición importante a la «criminalización de la solidaridad» que, desde 2015, supone la penalización a los ciudadanos que ayuden a inmigrantes en situación irregular⁸². El Defensor de los Derechos Humanos, la Comisión Consultiva de los Derechos Humanos —con la unanimidad de las sesenta asociaciones que reagrupa—, y ONG tan diversas como Amnistía Internacional, Cimade, Médicos del Mundo, Médicos sin fronteras y el Secours Catholique, han declarado contra lo que consideran una norma de claros efectos contraproducentes (con su aplicación no se está impidiendo el flujo migratorio y, en cambio, sí podría provocar fractura social), además de ser frontalmente contraria a la garantía de los derechos fundamentales, tanto de los inmigrantes como de los ciudadanos europeos. En España se discute, con razón, sobre el impacto disuasorio que para los terroristas yihadistas que no temen inmolarse en los atentados puede tener una sanción como la prisión permanente revisable, cuya sospecha de inconstitucionalidad, sin embargo, no carece de fundamento⁸³. En estos casos, nos encontraríamos ante medidas ineficaces (no solucionarían el problema para el que son adoptadas), e ineficientes, pues pondrían en cuestión activos (la acción de las organizaciones humanitarias, la autonomía de los ciudadanos, los principios constitucionales del ordenamiento jurídico) sin sacar provecho alguno de ello.

Sea como fuere, la valoración de la eficacia y la eficiencia de las respuestas estatales frente a las amenazas no puede realizarse de modo general, requiere un análisis caso a caso, medida a medida, y exige una evaluación combinada con el resto de elementos a tener en cuenta en el análisis jurídico de las mismas, una evaluación, no debe olvidarse, que habrá de prestar atención a las consecuencias no solo directas sino también indirectas, pues en este contexto cobra especial relieve la estimación de los posibles «daños colaterales» que las medidas *securitarias* puedan provocar.

⁸¹ UNOHC: «Italy-EU search and rescue code could increase Mediterranean deaths, UN expert warns», 15 de agosto de 2017. <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=21971&LangID=E>

⁸² Por ejemplo, DEFENSEUR DES DROITS: «Tribunal de Boulogne-sur-Mer: un citoyen britannique jugé pour avoir eu un acte de solidarité envers une petite fille afghane», 14 de enero de 2016. <https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/communiqués-de-presse/2016/01/tribunal-de-boulogne-sur-mer-un-citoyen-britannique-jugé-pour-avoir-eu>. Más recientemente, sobre el caso del agricultor Cédric Herrou, que acoge inmigrantes para ayudarles a pedir asilo, puede verse FASSIM, Éric: «Delito de solidaridad», *Ctxt*, núm. 132, 30 de agosto de 2017. <http://ctxt.es/es/20170830/Politica/14660/Francia-delito-solidaridad-migrantes-Cedric-Herrou-Eric-Fassin.htm#.WacHolEspzk.twitter>

⁸³ CARBONELL MATEU, Juan Carlos: «Otra vez sobre la reforma penal», *Al Revés y al Derecho*, 25 de enero de 2015. <http://blogs.infolibre.es/alreyesyalderecho/?p=3569>

Para terminar este punto o «paso metodológico» dedicado a las respuestas, debemos subrayar que se trata de un paso que necesariamente oscila entre el primero (la determinación de la amenaza) y el tercero (el impacto en los derechos y libertades de las personas), un paso «bisagra» que está obligado a buscar un equilibrio necesariamente inestable y en constante redefinición, propio de la misma dinámica cambiante del mundo de la seguridad. Como se va a ver a continuación, la relación de las respuestas estatales con las libertades pasa por someter las políticas públicas y las normas jurídicas a un análisis estricto en el que la legalidad (¿las medidas están adoptadas con la forma normativa correcta?), la necesidad (¿hay otras formas menos impactantes de responder a la amenaza concreta?), su finalidad (cuáles son los fines de la respuesta; los declarados y los no declarados), su causalidad (si la respuesta tiene efectivamente relación con la finalidad que se pretende), y su proporcionalidad (entre el impacto sobre los derechos y los fines perseguidos) encajen en el respeto al Estado democrático de derecho que nuestras constituciones configuran.

Sin duda, la información correcta y actualizada, la experiencia, el análisis riguroso y no mediatizado (por la urgencia política, por algunos medios de comunicación), de parte de los especialistas, las «lecciones aprendidas»..., son referentes principales para configurar las respuestas adecuadas. Pero, a no olvidarlo, también lo son la garantía de los derechos y libertades fundamentales, y el respeto al orden constitucional. A partir de aquí: ¿Quién debe ocuparse de determinar las respuestas de los Estados frente a las amenazas? Los expertos en seguridad, pero teniendo muy presente (dialogando con) las evaluaciones del impacto que esas respuestas producen en los derechos fundamentales.

Evaluación e impacto de las respuestas sobre los derechos y libertades fundamentales

«Buena muestra del poder de la percepción del riesgo es que incluso *dentro* de las democracias desarrolladas hay derechos civiles y políticos fundamentales que de pronto resultan revocables (y revocados), y encima con el asentimiento de la arrolladora mayoría de una población democráticamente experimentada. Ante la alternativa entre seguridad y libertad, los gobiernos, parlamentos, partidos y población (que, si no, compiten y se bloquean recíprocamente) se deciden, tan unánime como rápidamente, a la restricción de las libertades fundamentales»⁸⁴. Esta idea de BECK centra con claridad la realidad que experimentan los Estados democráticos de derecho cuando se enfrentan a la gestión de las amenazas y riesgos contra la seguridad, y es que se ven «obligados» a limitar los derechos fundamentales, piezas del

⁸⁴ BECK, Ulrich, *Poder y contrapoder en la era global*, op. cit., p. 39.

sistema político que constituyen nada menos que la «*expresión del supremo orden de valores de la convivencia*»⁸⁵.

Aunque es comprensible que resulte incómodo en términos pragmáticos para quienes se dedican a configurar las medidas que deben contrarrestar las amenazas, este momento del proceso de la política securitaria —la limitación de las libertades por las medidas contra las amenazas— no puede dejarse fuera de la consideración integral de la seguridad. Forma parte de él, porque los derechos fundamentales forman parte de la seguridad de las personas que aquellas medidas, aún adoptadas legítimamente, pueden llegar a vulnerar. De modo que, para cerrar metodológicamente el proceso securitario frente a los peligros globales, es necesario evaluar, jurídicamente, cómo impactan las respuestas del Estado en las libertades de sus ciudadanos, y decidir en cada caso si ese impacto es admisible.

Ciertamente existe una percepción muy antigua en el que la seguridad material, la paz pública y en general las *libertades civiles* son bienes primarios que satisfacen necesidades obvias y tangibles para cualquier ciudadano. Por el contrario, las *libertades constitucionales* conllevarían un refinamiento cultural que las hace menos accesibles al conocimiento y valoración por la sociedad, salvo cuando se pierden o en situaciones críticas⁸⁶. Pero en escenarios de graves atentados a la seguridad su defensa resulta impopular y hasta se reclama abiertamente que sean sacrificadas.

En cualquier caso, aun partiendo de estos principios, debe admitirse que los derechos fundamentales pueden ser limitados, es decir, que ni son absolutos ni han de prevalecer necesariamente inamovibles en toda situación. Es más, puede decirse que la seguridad es uno de los bienes que tanto el Legislador como la jurisprudencia constitucional ha contemplado como justificador de políticas públicas y normas jurídicas que les afectan de forma restrictiva. Este aspecto, el de los límites a los derechos, y en concreto el de las restricciones a los mismos por razones de seguridad, va a ser descrito brevemente en los siguientes puntos. Más adelante nos detendremos en detallar aquellas libertades que se ven impactadas (limitadas) con mayor fuerza por las respuestas *securitarias* que se vienen adoptando frente a las amenazas. Para finalizar se establecerán los criterios que, desde el Derecho, deberán cumplir esas respuestas contra las amenazas para poder ser consideradas legítimas desde la mirada legal.

Los derechos fundamentales no son absolutos, pueden limitarse por causa de la seguridad

Se consideran «derechos fundamentales» los contenidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución, es decir, los incluidos en el apartado primero del

⁸⁵ STC 2/82, de 29 de enero.

⁸⁶ VIVES ANTÓN, Tomás: *Fundamentos del sistema penal*, 2.ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 678.

artículo 53 CE⁸⁷. Por su parte, y para lo que aquí pretendemos explicar, se definen como «límites de los derechos fundamentales» aquellas acciones jurídicas que «entrañen o hagan posible una restricción de las facultades que, en cuanto derechos subjetivos, constituyen el contenido de dichos derechos»⁸⁸.

Nos dice el Tribunal Constitucional que no existen derechos ilimitados. En unas ocasiones es la propia Constitución la que establece sus límites mientras que, en otras, «*el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no solo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionales protegidos*»⁸⁹. Es decir, las restricciones a los derechos pueden derivar directamente del texto constitucional⁹⁰, o pueden derivarse de una especie de «competencia general» para limitar derechos atribuida al legislador. Y aquí es donde aparece la verdadera dificultad, matizada según haya sido establecido el derecho. Si la Constitución define claramente el contenido del derecho fundamental, ese contenido es intangible para el legislador (salvo que el propio texto fundamental le habilite para hacerlo); pero si no le da contenido (o en la medida que no se lo da), deja la configuración del derecho en manos de la mayoría cualificada⁹¹ de los representantes y, al cabo, de las decisiones del Tribunal Constitucional.

Así que, llegados a este punto es natural que la cuestión que se plantee sea «hasta dónde» puede el Estado —el legislador y, tras él, el resto de los poderes públicos— restringir o poner límites a los derechos fundamentales sin resquebrajar el Estado Democrático de Derecho⁹². No se trata de una cuestión fácil pues, como se ha dicho, el legislador, aun estando limitado por la forma en que la propia Constitución regula los derechos y libertades,

⁸⁷ Véase el desarrollo de esta conceptualización en CRUZ VILLALÓN, Pedro: «Formación y evolución de los derechos fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25, 1989, p. 41.

⁸⁸ AGUIAR DE LUQUE, Luis: «Los límites de los derechos fundamentales», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 14, 1993, p. 10.

⁸⁹ STC 2/82, de 29 de enero.

⁹⁰ «La Constitución española se encuentra entre las pocas que ya preveía la suspensión individual de los derechos de las personas investigadas por pertenecer a organizaciones terroristas, permitiendo que la ley estableciera una limitación mayor a determinados derechos (entre ellos el secreto de las comunicaciones) cuando un individuo fuera investigado por terrorismo (artículo 55.2 CE)»; en Cap. III, SERRA y GÓRRIZ (§ 2.2).

⁹¹ Los derechos fundamentales necesitan para su desarrollo legislativo la forma de ley orgánica (art. 81 CE), la cual requiere para ser aprobada la mayoría absoluta de los miembros de ambas cámaras.

⁹² En este sentido AZNAR: «La lucha contra el terrorismo requiere de prevención e incluso de medidas específicas. La cuestión se sitúa en los límites en que se debe desarrollar esta. El margen será mayor o menor en función de la naturaleza de la amenaza, precisándose la tutela judicial como una garantía legitimadora, aunque sabiendo que, con todo, se dejará parte de la legitimidad en la lucha, porque la imposición de restricciones ayuda a su limitación», *infra* (§ 3.2).

es el recipiente de una soberanía popular que le obliga a tomar decisiones normativas que pueden restringirlos y, aunque, llegado el caso, el Tribunal Constitucional puede anular tales normas, *solo* puede delimitar el camino dentro del cual la interpretación política que aquel hace de la Constitución resulta admisible o no arbitraria⁹³.

Para llevar a cabo esta tarea —la delimitación del alcance de las decisiones normativas (y por extensión las políticas públicas)— es menester someter tales decisiones a un *test de legitimidad* que nos ayude a determinar esos límites. De entrada, comenzando por la aplicación de la necesaria *inteligibilidad* —o *taxatividad*— de la norma, que nos indica que ha de evaluarse el *qué* está prohibido y el *por qué* está prohibido. A continuación ha de enjuiciarse la *corrección* de la norma, un juicio que, partiendo de la idea básica de maximizar la libertad, precisamente exige valorar la autenticidad de los daños que aquella pueda producir, para después desarrollar su jerarquización y finalmente examinar la proporcionalidad de la respuesta. La respuesta incierta o desproporcionada no solo recorta innecesariamente nuestras libertades, sino que nos deslegitima: el remedio es peor que la enfermedad. En el § c) de este mismo epígrafe se desarrollará esta idea con más detalle.

En cuanto a la limitación por razones de seguridad, es evidente que las previsiones normativas que citan la seguridad como justificación de posibles restricciones son numerosas. El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales habla de la protección de la seguridad nacional, de la seguridad pública, de la defensa del orden y de la prevención del delito como posibles causas de restricción de la vida privada y familiar (art.8), la libertad de expresión (art.10), y las libertades de reunión y asociación (art.11). También el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que se refiere a seguridad nacional y orden público para justificar las limitaciones establecidas por ley para el ejercicio de los derechos. Y la Constitución española, que en su art. 17.1 establece la seguridad personal como derecho fundamental, y menciona el orden público como posible limitador de la libertad religiosa y el derecho de reunión y manifestación en los arts.16.1 y 21.2.

Es preciso recordar que en 1978 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tuvo que enfrentarse por primera vez a un caso que trataba de amenazas ciertas para la seguridad y respuestas estatales de hondo calado que impactaban muy directamente en los derechos fundamentales de los ciudadanos. Las amenazas eran el terrorismo y el espionaje, la respuesta era la «vigilancia exploratoria o general» en manos de los servicios de inteligencia y la policía, y el derecho afectado la privacidad. El Tribunal hizo su trabajo partiendo de una premisa, a saber, que las sociedades democráticas se encuentran amenazadas por formas complejas de espionaje y terrorismo, y que el Estado «*debe ser capaz de vigilar en secreto a los elementos subversivos que operan*

⁹³ PRIETO SANCHÍS, Luis: «Notas sobre la interpretación constitucional», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 9, 1991, p.177.

en su territorio». Una premisa que obligaba a admitir la existencia de disposiciones legislativas, hasta cierto punto discrecionales, que dieran cobertura a la vigilancia secreta de las comunicaciones (caso *Klass*⁹⁴). No obstante, aclaró el Tribunal, debe tenerse muy presente que este planteamiento es excepcional, y que solo se justifica en la preservación en una sociedad democrática de la seguridad nacional (casos *Klass* y *Esbestor*⁹⁵), la defensa del orden y la prevención de infracciones penales. Es por eso que aquella discrecionalidad no es ilimitada, y debe acompañarse siempre con garantías adecuadas y suficientes contra los posibles abusos (caso *Klass*, y casos *Krusling* y *Huvig*⁹⁶).

En España, la seguridad nacional, concepto «de contornos imprecisos y genéricos»⁹⁷, se define por la Ley de Seguridad Nacional como la «acción del Estado dirigida a proteger los derechos, libertades y bienestar de los ciudadanos y a garantizar la defensa de España y de sus principios y valores constitucionales», una acción que englobaría, según la STC 104/1989, «un conjunto plural y diversificado de actuaciones, distintas por su naturaleza y contenido, aunque orientadas a una misma finalidad tuitiva del bien jurídico así definido». Estas acciones para preservar la seguridad, como cualesquiera que hayan de limitar los derechos fundamentales, habrán de someterse, además de a la inteligibilidad y corrección ya comentadas, al llamado *juicio de proporcionalidad*, que no es sino el método para comprobar si aquellas acciones son lesivas o no para los derechos. Como se verá en el § c) de este mismo epígrafe, dicho juicio se desglosa en tres componentes: (i) adecuación entre la restricción impuesta al derecho, y la finalidad que con ella se persigue; (ii) indispensabilidad del límite, y (iii) proporcionalidad en sentido estricto⁹⁸. Pero antes de someter las medidas *securitarias* a estos test, hay que identificar los derechos impactados por ellas.

Los derechos y libertades afectados por las respuestas

A la hora de establecer las respuestas a las amenazas contra la seguridad, los poderes públicos deben determinar con rigor los derechos fundamentales que pueden ser afectados por las mismas, es decir, los espacios de

⁹⁴ Caso *Klass y otros contra Alemania*, de 6 de septiembre de 1978. Sobre este caso véase REVENGA SÁNCHEZ, Miguel: «Derecho a la intimidad y servicios de inteligencia», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 61, 2001, pp. 68 y ss.

⁹⁵ Caso *Esbestor contra el Reino Unido*, de 2 de abril de 1993. En este se considera que la indefinición de lo que es el «interés para la seguridad nacional» deja un margen de apreciación y discrecionalidad a los Estados.

⁹⁶ Los casos *Krusling y Huvig contra Francia*, sentencias de 24 de abril de 1990. Un comentario más detenido y completo sobre estos casos puede consultarse en GÓRRIZ ROYO, Elena M., «Intervenciones prospectivas y secreto de las comunicaciones: respuestas jurídicas», op. cit.

⁹⁷ STC de 3 de noviembre de 2016, dictada en resolución del recurso de inconstitucionalidad de la Generalitat de Cataluña contra la Ley 36/2015, de Seguridad Nacional.

⁹⁸ STC 136/1999, de 20 de julio (Caso de la Mesa de *Herri Batasuna*).

libertad que de alguna manera van a sufrir (en principio legítimamente) el impacto de esas medidas. Una vez determinado el derecho o derechos afectados, se procederá a un examen jurídico detallado de los mismos, que tome en consideración su contenido (titularidad, objeto, garantías que lo protegen, contenido esencial), pues ese contenido delimitará el «coto vedado» de cada derecho⁹⁹, sus características principales y el modo de relacionarse con las acciones de los poderes públicos. Esta identificación sustantiva es muy relevante.

Así como las amenazas a la seguridad y las medidas contra ellas son de muy diferente naturaleza, los derechos comprometidos por estas no se reducen a unos pocos, sino que abarcan prácticamente la totalidad de los considerados fundamentales por nuestra Constitución. Ciertamente, el impacto de las respuestas a las amenazas recae sobre unos más que sobre otros (hay una comprensible concentración en los derechos vinculados a la privacidad, a saber, derecho a la intimidad, secreto de las comunicaciones, inviolabilidad de domicilio y protección de datos), pero no deben perderse de vista ninguno de ellos, sobre todo aquellos de carácter personalísimo (como la libertad personal o la libertad religiosa), aquellos que sostienen directamente el sistema democrático (la libertad de expresión, el derecho a la información, los derechos de reunión y asociación...), o los que hacen efectiva la misma garantía de los derechos (el derecho de defensa y las garantías judiciales).

Obviamente, nos encontramos ante una realidad casuística que debe considerarse medida a medida y derecho a derecho, pero cuyos contornos pueden dibujarse precisamente con algunos ejemplos sometidos a preguntas desde la perspectiva de los derechos fundamentales.

Así, si hablamos de detenciones y privación de libertad (art. 17.1 CE), puede comprobarse que, en España, entre 2004 y 2014 la Justicia solo condenó a uno de cada diez detenidos por terrorismo islamista (más de 500 detenidos; 50 condenados)¹⁰⁰. En algunos casos los detenidos suelen pasar meses o

⁹⁹ DE OTTO, Ignacio: «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades», en MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo y DE OTTO, Ignacio: *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, 1988, p.137.

¹⁰⁰ GARCÍA JAÉN, Braulio (y otros): «La Justicia solo ha condenado a uno de cada diez detenidos por terrorismo islamista desde 2004», *InfoLibre*, 9 de abril de 2014. https://www.infolibre.es/noticias/politica/2014/03/30/justicia_preventiva_fracaso_que_dura_diez_anos_15025_1012.html. Para este autor, «el relato oficial de la lucha contra el terrorismo islamista, y el del ministro del Interior en particular, ha sido a menudo desmentido por los hechos. La inmensa mayoría de los detenidos en operaciones preventivas eran inocentes»; cfr. ORTEGA DOLZ, Patricia: «Un 21 % de los acusados de yihadismo desde 2016 fueron absueltos», *El País*, 10 de junio de 2017. https://politica.elpais.com/politica/2017/06/10/actualidad/1497117952_613789.html; también «La propaganda preventiva de Fernández Díaz», *Ctxt*, núm. 35, 21 de octubre de 2015. <http://ctxt.es/es/20151021/Politica/2689/Al-Qaeda-Fernandez-Diaz-ONU-operacion-plomo-justicia-preventiva-wikileaks-EEUU.htm>. Véase *infra* el Cap. III, SERRA y GÓRRIZ (§ 4.2).

incluso años en prisión antes de ser liberados por falta de pruebas. Aquí las preguntas podrían ser: ¿Existe una especie de «justicia preventiva» en casos de sospechosos de terrorismo? ¿Es eficaz esa medida o provoca —vía internamiento en cárceles— más radicalización de los detenidos y de su entorno? El bien jurídico protegido en este caso es la libertad y la seguridad de las personas, que no pueden ser privadas de ella salvo lo establecido por la Constitución y la propia ley, y nunca de forma arbitraria¹⁰¹.

En Francia, desde hace dos años se vienen tomando medidas para evitar el avance del Islam más radical. El Gobierno ha ordenado el cierre de numerosas mezquitas y salas de rezo por considerarlas radicales, así como la investigación como sospechosos y expulsión de decenas de imanes¹⁰². Es un tema que en España, tras el atentado de Barcelona de agosto de 2017, está en el escenario del debate y que, sin duda, afecta a la libertad religiosa y de culto (art. 16 CE). ¿Se pueden cerrar centros de culto religioso por ser transmisor de ideas radicales? ¿Solo los islámicos? ¿Se puede impedir la financiación de los mismos procedente de países u organizaciones salafistas? ¿Es constitucional la elaboración de un registro de imanes radicales? El bien protegido aquí es la misma libertad religiosa, así como el derecho a mantener lugares de culto y a practicarlo, tanto en el interior de los recintos como en el exterior, con el límite del orden público y los derechos de los demás.

En los Países Bajos una sentencia del Tribunal regional de La Haya determinó que la vigilancia (sin intervención judicial y con fines antiterroristas) por parte de agencias de inteligencia a abogados constituía una infracción de sus derechos fundamentales (directamente el secreto de las comunicaciones, y de forma mediata el derecho a la defensa) y ordenó al Estado holandés que cesase en la vigilancia de las comunicaciones de los abogados¹⁰³. ¿Era la medida legislativa y gubernamental proporcionada con el fin que pretendía? ¿Dejaba algún margen para la efectividad del derecho a la defensa? El bien constitucionalmente protegido aquí de forma directa era el derecho de los titulares (los abogados en este caso) a mantener el carácter reservado de una información privada o, lo que es lo mismo, a que ningún tercero pueda intervenir en el proceso de comunicación y conocer de la idea, pensamiento

¹⁰¹ Véase la Directiva (UE) 2016/343, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio. La finalidad de la Directiva consiste en reforzar en el proceso penal el derecho a un juicio justo, estableciendo unas normas mínimas comunes relativas a determinados aspectos de la presunción de inocencia y al derecho a estar presente en el juicio. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32016L0343>

¹⁰² TERUEL, Ana: «Francia toma medidas para frenar el avance del islam radical», *El País*, 1 de agosto de 2016. https://elpais.com/internacional/2016/08/01/actualidad/1470080833_728998.html

¹⁰³ ABOGACÍA ESPAÑOLA: «La Abogacía Europea logra que la Justicia holandesa ordene el cese de las escuchas a abogados», 3 de julio de 2015.

o noticia transmitida por el medio. Mediatamente el derecho protegido era el de defensa.

En Estados Unidos, las conclusiones del Informe sobre el Programa de Detención e Interrogación de la CIA presentadas por el Comité de Inteligencia del Senado de los EE.UU. en 2014 demostraron que, durante varios años, y tal y como se denunciaba desde diferentes organizaciones de derechos humanos, cientos de personas fueron *torturadas*, y algunas de ellas *asesinadas*, con el legítimo objetivo de «detener ataques y salvar vidas»¹⁰⁴. Una de las conclusiones más llamativas del Informe destacaba que las torturas no habían producido resultados (habían sido ineficaces, es decir, ni habían detenido ataques ni habían salvado vidas), como si haberlos producido las hubiera justificado¹⁰⁵. En este caso el bien protegido era la vida, la integridad física y psíquica de las personas, y el derecho es el de no ser sometido bajo ninguna circunstancia a «la causación, sean cuales fuere los fines, de padecimientos físicos o psíquicos ilícitos, infligidos de modo vejatorio para quienes los sufre y con esa propia intención de vejar y doblar la voluntad del sujeto»¹⁰⁶.

Podrían sumarse muchos más ejemplos de medidas securitarias que impactan, además de contra el principio de legalidad, contra derechos como la libertad de circulación¹⁰⁷, el derecho a no ser discriminado por cuestión de raza, la libertad de información¹⁰⁸, las libertades de reunión y asociación¹⁰⁹, los derechos políticos, el derecho a un proceso con todas las garantías o el derecho al refugio... Si la valoración de estas medidas se lleva a cabo desde la consideración de la seguridad como bien fundamental al que necesariamente deben someterse los derechos y libertades constitucionales, estaremos ante un planteamiento equivocado. Ese apriorismo, que toma fuerza en los últimos años (y que probablemente siga creciendo), debe ser rechazado y sustituido por una mirada más acorde con el respeto al Estado de derecho y la garantía de los derechos fundamentales. Esa mirada pasa por tener muy presentes, y aclarar o reforzar en su caso, unos criterios rigurosos que midan la legalidad de las respuestas estatales contra las amenazas a la seguridad.

¹⁰⁴ HUMAN RIGHTS WATCH: «EE.UU.: Demoledor informe del Senado sobre torturas y mentiras de la CIA», 11 de diciembre de 2014. <https://www.hrw.org/es/news/2014/12/11/ee-uu-demoledor-informe-del-senado-sobre-torturas-y-mentiras-de-la-cia>. El informe completo puede consultarse aquí: <http://s3.documentcloud.org/documents/1377115/ss-cistudy1.pdf>

¹⁰⁵ FLORES, Fernando: «Torturas sin resultados», *Al Revés y Al Derecho*, 14 de diciembre de 2014. <http://blogs.infolibre.es/alrevesyalderecho/?p=3446>

¹⁰⁶ Definición de la STC 120/90, de 27 de junio (Caso Huelga de hambre de los GRAPO).

¹⁰⁷ Sobre medidas antiterroristas y «Libertad de circulación», véase *infra* Cap. III, SERRA y GÓRRIZ (§ 4).

¹⁰⁸ Sobre medidas antiterroristas y «Obstáculos a la circulación de información y la actividad de los profesionales de la información», véase *infra* Cap. III, SERRA y GÓRRIZ (§ 3.1).

¹⁰⁹ Véase *infra* Cap. III, SERRA y GÓRRIZ (§ 3.3).

Los criterios para medir la legalidad del impacto

Llegados a este punto (analizada la amenaza, prevista la respuesta e identificados los derechos afectados por la misma) debe establecerse el nivel de la intromisión de la medida sobre el derecho o derechos implicados, y posteriormente valorar el impacto en el conjunto del ordenamiento constitucional, y por tanto de una estimación cualitativa de su afectación al Estado de derecho. Dado que toda restricción de un derecho se justifica en la necesidad de proteger la seguridad u otro derecho, nos adentramos en la teoría del conflicto entre principios o derechos. Resulta por consiguiente esencial concretar el criterio o criterios que han de emplearse en la solución de los conflictos normativos. Brevemente los describimos a continuación.

El primer criterio que debe cumplirse por la medida securitaria es el normativo, es decir, el cumplimiento del principio de legalidad. La intromisión de la respuesta securitaria en los derechos de las personas puede justificarse si la injerencia está recogida en una ley, es decir, en una norma elaborada y aprobada por un órgano específico (sede de la soberanía y políticamente plural) y por un procedimiento específico, características que la dotan de una posición jerárquica específica y superior en el sistema de fuentes. La legalidad es una garantía de los derechos y no puede pasarse por alto en ningún caso, pues las normas jerárquicamente inferiores (las del ejecutivo) permiten mayor potencial para el abuso y la arbitrariedad.

Aún así, la regulación parlamentaria de la medida proseguridad que limita los derechos no significa haber superado necesariamente el test de legitimidad al que debe someterse. Ciertamente, existe lo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos llama doctrina del «margen nacional de apreciación», lo que lleva a que este Tribunal (y también a los internos) sea extraordinariamente prudente cuando tiene que decidir asuntos que afectan a la seguridad nacional de los Estados, y/o estos aducen circunstancias excepcionales justificadoras de un régimen legal de emergencia¹¹⁰. Sin embargo, ese margen discrecional de apreciación concedido al legislador (y en su caso, al Ejecutivo), no puede dejar sin efecto la efectividad de los derechos. Es por eso que, además de la exigencia de que la norma reguladora de la medida securitaria limitadora de los derechos tenga un rango legal específico, se requiere que la ley tenga una «calidad» mínima, que tenga una «singular precisión», es decir, es exigible no sea tan flexible como para dar cobertura a cualquier acción gubernativa, y que tenga la claridad suficiente para que los ciudadanos puedan comprender los casos y las condiciones en que la autoridad puede legítimamente aplicar aquella medida¹¹¹.

¹¹⁰ REVENGA SÁNCHEZ, Miguel: «Derecho a la intimidad y servicios de inteligencia», op. cit., p. 70.

¹¹¹ Sin estas características, sin esa «singular precisión legal» para la interceptación de comunicaciones, no puede reconocerse la exigible disposición de garantías suficientes con-

El segundo criterio a aplicar, allí donde sea necesario, es el de la intervención judicial cuando las medidas afecten a determinados derechos fundamentales; varios preceptos constitucionales y leyes de desarrollo de las libertades constitucionales contienen expresamente esta garantía¹¹². Sin embargo, remarca el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, esa protección judicial no será suficiente si los jueces no ejercen un control garantista durante la ejecución de las medidas de seguridad propuestas por los poderes públicos. Por ejemplo, para autorizar una interceptación de las comunicaciones (más aún si esta se plantea de forma masiva) no es suficiente la sola justificación a partir de una abstracta «seguridad nacional», sino que se debe justificar (por el propio juez) la existencia de una sospecha razonable que justifique la aplicación de la medida securitaria¹¹³.

En cuanto al resto de criterios para determinar la legitimidad de las respuestas, pueden conducirse, en principio, a la superación del ya mencionado juicio de proporcionalidad¹¹⁴; método que se desglosa en tres componentes: la idoneidad de las medidas, la necesidad de las mismas, y la proporcionalidad entre su objetivo y el daño que producen.

(i) Con respecto a la idoneidad. Esta podría definirse como la adecuación entre la restricción impuesta al derecho y la finalidad que con ella se persigue, es decir, se refiere a si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto, si es efectiva¹¹⁵.

Esta relación de causalidad entre respuesta securitaria y finalidad es importante y ha de ser comprobada, pero también debe ser puesta en contexto pues, como señala REVENGA (en relación con los servicios de inteligencia), puede conducirnos a un «falso dilema», el dilema garantías versus eficacia. La fiabilidad, consistencia y la propia utilidad de los servicios de inteligencia en una sociedad democrática dependen de la medida en que se atengan a los términos de un mandato capaz de suscitar un amplio consenso, y en el que

tra los posibles abusos gubernamentales. Así, para el TEDH, los mínimos contenidos exigibles para que se pueda hablar de ella son: el tipo de delitos que pueden justificar una orden de interceptación; el tipo de personas susceptibles de que sus teléfonos sean intervenidos; el límite temporal de la intervención de la comunicación; las precauciones que deben ser adoptadas para la transferencia de los datos obtenidos; el modo en que las grabaciones deben ser borradas o destruidas... Puede verse con detalle esta exigencia para el caso de leyes que dan cobertura para la vigilancia en FLORES, F.: «La paranoia razonable: vigilancia masiva y derecho a la privacidad en la era digital», op. cit.

¹¹² Así lo establece el art.18.3 CE y, por ejemplo, la Ley Orgánica 2/2002, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia; véase *infra* Cap. III, SERRA y GÓRRIZ (§ 2.2).

¹¹³ Así en el Caso *Román Zakharov contra Rusia*, de 4 de diciembre de 2015 (Gran Sala).

¹¹⁴ Las SSTC 66/1995, 55/1996 y 207/1996 sintetizan, entre otras, los criterios para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad.

¹¹⁵ Véase *infra* el Capítulo II, AZNAR (§ 2.c).

los objetivos, los límites de los métodos de trabajo, así como la rendición de cuentas y el control externo, se encuentren claramente perfilados¹¹⁶.

(ii) En relación con el llamado «juicio de necesidad», se trata de determinar si la medida securitaria que impacta en los derechos fundamentales es imprescindible para terminar con la amenaza (y por ello son inevitables las restricciones de derechos que conlleva). O si, por el contrario, existen otros medios menos gravosos desde el punto de vista de la efectividad de los derechos, que pueden lograr el fin pretendido. Dicho de otro modo, el juicio de necesidad nos obliga a adoptar la perspectiva de la excepcionalidad de aquellas medidas que limitan las libertades fundamentales, pues de otra forma pierden su sentido.

Por ejemplo, resulta dudoso que un dispositivo administrativo como el que los Estados europeos establecen para cumplir con el Convenio para el Estatuto de los Refugiados, repleto de medidas restrictivas de derechos (y que deja sin efecto la figura del asilo), sea «necesario» para frenar los flujos migratorios irregulares (admitiendo que estos deban ser considerados como amenaza)¹¹⁷. De igual manera pueden entenderse las medidas de vigilancia masiva, inefectivas si en su «debe» incluimos tanto los costes económicos como el impacto que producen en los derechos de la privacidad, el de asociación e información de sociedades enteras¹¹⁸.

(iii) En cuanto a la proporcionalidad en sentido estricto, esta significa que, ponderando en conjunto la gravedad de la intervención (la respuesta securitaria) en los derechos fundamentales, y lo imperioso de los motivos que la justifican, ha de velarse por el mantenimiento constante de los márgenes de lo que es razonablemente exigible¹¹⁹, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

Este recurso a la ponderación es, sin ningún lugar a dudas, uno de los criterios de interpretación más frecuentemente empleados por los operadores jurídicos y, sobre todo, por los tribunales de justicia¹²⁰. Sin embargo, se trata de un recurso sumamente discutible por muchas razones que se han expuesto en la doctrina jurídica. Así, resulta comprobable que

¹¹⁶ REVENGA SÁNCHEZ, Miguel: «Derecho a la intimidad y servicios de inteligencia», op. cit., p. 80.

¹¹⁷ Sobre este tema puede verse DE LUCAS, Javier: *Mediterráneo. El naufragio de Europa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015; NAÏR, Sami: *Refugiados. Frente a la catástrofe humanitaria una solución real*, Madrid, Editorial Crítica, 2016. Sobre la posición insolidaria de la UE frente a la tragedia humana de la tragedia en Siria, véase *infra* Cap. V, CEBADA (§ I).

¹¹⁸ Véase el Caso *Román Zakharov contra Rusia*, de 4 de diciembre de 2015 (Gran Sala). Sobre este punto, también, véase *infra* Cap. III, SERRA y GÓRRIZ (§ 2).

¹¹⁹ STC 136/1999, de 20 de julio (Caso de la Mesa de Herri Batasuna).

¹²⁰ GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Thomson-Aranzadi, Elcano (Navarra), 2003, p.15.

cuando se aplica entre derechos fundamentales y seguridad nacional, el resultado siempre es favorable a la restricción del derecho, en beneficio de aquella¹²¹. Pero incluso cuando la técnica de la ponderación se utiliza en hipotéticos o reales supuestos de conflictos entre derechos o libertades, este criterio muestra una alta indeterminación y por consiguiente aboca a la inseguridad jurídica¹²². En realidad, podría decirse que la ponderación es el reconocimiento de que el Derecho ha renunciado a expresar una regla para solventar un conflicto abandonándolo a la decisión de juez en cada caso. Así expuesto es una «no regla». De ahí que nos sumemos a quienes consideran preferible recurrir a un razonamiento jurídico de clase interpretativo-subsuntivo¹²³.

Conclusión

Hasta aquí se ha desarrollado de forma breve y sistemática el método que, a nuestro modo de ver, debería seguirse para configurar un acercamiento integral a la seguridad, tal y como debe ser entendida en los sistemas democráticos contemporáneos. En él, un enfoque y análisis riguroso de las amenazas y los riesgos resulta determinante, y una determinación objetiva de las respuestas a los mismos, imprescindible. Pero, junto a ello e íntimamente relacionado con ello, se exige también dar protagonismo a los derechos y libertades constitucionales afectados por las medidas (las respuestas) contra las amenazas. Y ello como parte de la seguridad que se desea proteger, no como un obstáculo incómodo que debe superarse para alcanzarla. Fundamentalmente, porque esos derechos y libertades forman parte de los pilares del pacto político que sostiene nuestras sociedades.

No cabe duda de que es posible un debate sobre la posición que han de ocupar los derechos fundamentales en la «sociedad de riesgo»: ¿más garantista frente a la «amenaza estatal»? ¿más flexible ante las nuevas amenazas a «nuestro sistema de vida»? Eso se puede discutir (no dando por supuesta la flexibilidad ilimitada del sistema de garantías de los derechos y libertades), y dar lugar a reformas constitucionales o legales, pero lo que de ninguna manera debe producirse es un vaciamiento *de facto* de aquellos, menguando el Derecho hasta dejarlo como una mera carcasa vacía de contenido.

¹²¹ REVENGA SÁNCHEZ, Miguel: «Razonamiento judicial, seguridad nacional y secreto de Estado», en «Acceso judicial a la obtención de datos», Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, n.º 25, Madrid (CGPJ) 1997, pp. 7 y ss.

¹²² VIVES ANTÓN, Tomás: «La libertad como pretexto», Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, pp. 387 y ss.

¹²³ GARCÍA AMADO, J. A.: «Conflictos de derechos: qué son y cómo se resuelven», en *Razonar sobre derechos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 15 y ss.

Bibliografía

- ANTÓN MELLÓN, J. (ed.): *Islamismo yihadista: radicalización y contrarradicalización*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- ARTEAGA, F.: «La lucha contra el terrorismo en Europa: no se trata sólo de libertad y seguridad, sino también de medios», *ARI - Elcano*, 12/2016.
- ARTEAGA, F.: «La defensa europea: hagan juego», *Comentario Elcano*, 36/2017.
- BALLESTEROS, M.A.: *Yihadismo*, Madrid, La Huerta Grande, 2016.
- BALLESTEROS, M.A.: *En busca de una Estrategia de Seguridad Nacional*, Madrid, IEEE-Ministerio de Defensa, 2016.
- BERMAN, S.: «Some argue that the West should limit democracy to save liberalism. Here's why they're wrong», *The Washington Post*, 18 julio, 2017.
- BECK, U.: *Poder y contrapoder en la era global*, Barcelona, Paidós, 2004.
- BECK, U.: «Convivir con el riesgo global», en Innerarity, Daniel, Solana, Javier (eds.), *La humanidad amenazada: gobernar los riesgos globales*, Barcelona, Paidós, 2011.
- CARBONELL, J.C.: «Otra vez sobre la reforma penal», *Al Revés y al Derecho*, 25 de enero de 2015.
- CEBADA ROMERO, A.: «Las misiones integradas de Naciones Unidas: un intento de organizar una comunicación eficaz entre los actores de construcción de la paz», en VV.AA.: *Los nuevos paradigmas de la seguridad*, CITpax-Ministerio de Defensa, Madrid, 2009.
- CRUZ VILLALÓN, P.: «Formación y evolución de los derechos fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25, 1989.
- DE OTTO, I.: «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades»; en MARTÍN RETORTILLO, L. y DE OTTO, I.: *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, 1988.
- DE LUCAS, J.: *Mediterráneo. El naufragio de Europa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- DEL ÁGUILA, R.: «La senda del mal. Política y razón de Estado», Madrid (Taurus), 2000.
- DÍAZ FERNÁNDEZ, A.M.: *Conceptos fundamentales de inteligencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- ENZENSBERGER, H. M.: *El perdedor radical. Ensayo sobre los hombres del terror*, Anagrama, Barcelona, 2015.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J.J. y SANSÓ-RUBERT PASCUAL, D. (coord.), *Internet: un nuevo horizonte para la seguridad y la defensa*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2010.
- FLORES, F.: «La inmigración no debe ser un tema de seguridad», *Al Revés y al Derecho*, 3 de marzo de 2014.

- FLORES, F.: «Nos vigilan en masa: ¿por qué no denunciarnos?», *Al Revés y al Derecho*, 17 de marzo de 2016.
- FLORES, F.: «La paranoia razonable: vigilancia masiva y derecho a la privacidad en la era digital», en *The European Convention on Human Rights in a Global World*, Strasbourg, 2017.
- GARCÍA AMADO, J. A. (coord.): «Razonar sobre derechos», Valencia (Tirant) 2016.
- GARCÍA-CALVO, C.: «No hay vida sin yihad y no hay yihad sin hégira: la movilización yihadista de mujeres en España, 2014-2016», *ARI* 28/2017, 29 de marzo de 2017.
- GARCÍA-CALVO, C. y REINARES, F.: «Procesos de radicalización violenta y terrorismo yihadista en España: ¿cuándo? ¿dónde? ¿cómo?», *Documento de Trabajo*, 16/2013, 18 de noviembre de 2013.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, M., *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Thomson-Aranzadi, Elcano (Navarra), 2003.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: «El Derecho penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas», en *Terrorismo y proceso penal acusatorio* (J. L. Gómez Colomer y J. L. González Cussac, coords.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (coord.): *Inteligencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
- GÓRRIZ ROYO, E.M.: «Investigaciones prospectivas y secreto de las comunicaciones: respuestas jurídicas», en González Cussac, José Luis y Cuerda, Arnau, M. Luisa (Dir.), *Nuevas amenazas a la seguridad nacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- HABERMAS, J.: *La lógica de las ciencias sociales*, Madrid, Tecnos, 1996.
- HABERMAS, J.: *En la espiral de la tecnocracia*, Madrid, Trotta, 2016.
- INNERARITY, D., SOLANA, J. (eds.): «La humanidad amenazada: gobernar los riesgos globales (del Prefacio de Innerarity)», Barcelona (Paidós), 2011.
- LABORIE, M.: «La evolución del concepto de seguridad», *Documento marco del IEEE*, núm. 05/2011.
- LABORIE, M.: «Las estrategias de seguridad nacional de Francia y España: un análisis comparado», *Documento de análisis*, IEEE, 42/2013.
- LAHERA PARADA, E.: *Introducción a las Políticas Públicas*, Santiago de Chile, Fondo de Cultura Económica, 2002.
- MARSH, D. y STOKER, G. (ed.): *Teoría y métodos de la ciencia política*, Madrid, Alianza, 1998.
- NAÏR, S.: *Refugiados. Frente a la catástrofe humanitaria una solución real*, Madrid, Editorial Crítica, 2016.

- NOAH HARARI, Y.: *Homo Deus. Breve historia del mañana*, Barcelona, Debate, 2016.
- PATEL, F., Singh, A., «The Human Rights Risks of Countering Violent Extremism Programs», *Just Security*, Thursday, April 7, 2016.
- PRIETO SANCHIS, Luis.: «Notas sobre la interpretación constitucional», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 9, 1991.
- RAMOS VÁZQUEZ, J.A.: *Ciencia, libertad y derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- REINARES, F.: «Yihadismo en Europa: matar para dividirnos», *Comentario Elcano*, 33/2017, 5 de julio de 2017.
- REINARES, F., GARCÍA-CALVO, C. y VICENTE, A., «Dos factores que explican la radicalización yihadista en España», *ARI* 62/2017, 8 de agosto de 2017.
- REVENGA SÁNCHEZ, M.: «Razonamiento judicial, seguridad nacional y secreto de Estado», en «Acceso judicial a la obtención de datos», Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, n.º 25, Madrid (CGPJ) 1997.
- REVENGA SÁNCHEZ, M.: «Derecho a la intimidad y servicios de inteligencia», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 61, 2001.
- REVENGA SÁNCHEZ, M.: *Terrorismo y derecho bajo la estela del 11 de septiembre*, Valencia, Tirant 2014.
- RIGHTS INTERNATIONAL SPAIN: *Entrevista a MARTIN SCHEININ (III) - Legislar tras ataques terroristas*, 10 de junio de 2015.
- RODRÍGUEZ BARTOLOMÉ, V.: «El terrorismo internacional es lo que la política estadounidense ha hecho de él», *Revista Académica de Relaciones Internacionales*, núm. 6, abril de 2007.
- ROY, O.: «Who are the new jihadis?», *The Guardian*, 13 de abril de 2017.
- RUIZ MARTÍNEZ, A.: «Panorámica actual de la evaluación de las políticas públicas», *Presupuesto y Gasto Público*, 68/2012, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, pp.13-23.
- SANCHO HIRANE, C.: «Democracia, política pública de inteligencia y desafíos actuales», *Inteligencia y Seguridad: Revista de análisis y prospectiva*, núm.11, 2012.
- SERRA CRISTÓBAL, R.: «La opinión pública ante la vigilancia masiva de datos. El difícil equilibrio entre acceso a la información y seguridad nacional», *Revista de Derecho Político*, núm. 92, 2015.
- SUBIRATS, J.; KNOEPFEL, P.; LARRUE, C. y VARONE, F.: *Análisis y Gestión de Políticas Públicas*, Barcelona, Ariel, 2008.
- VIVES ANTÓN, T.: *La libertad como pretexto*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.
- VIVES ANTÓN, T.: *Fundamentos del sistema penal*, (2.ª ed.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

- VV.AA.: *Los nuevos paradigmas de la seguridad*, CITpax-Ministerio de Defensa, Madrid, 2009.
- VV.AA.: «La cultura de Seguridad y Defensa, un proyecto en marcha» *Cuadernos de Estrategia*, núm.155, IEEE, noviembre 2011.
- VV.AA.: «Los potenciadores del riesgo», *Cuadernos de Estrategia*, núm.159, IEEE, febrero 2013.

Capítulo segundo

Terrorismo y contraterrorismo

Federico Aznar Fernández-Montesinos

*En piedra puede acabar convertido
un corazón de sacrificar tanto.
Ah, ¿cuándo se hartarán? Papel divino
es ese, el nuestro es ir musitando
nombre tras nombre, como una madre
el de su hijo, cuando al fin el sueño
se apodera de las extremidades
que estaban agitándose sin freno.
¿Y no es esto el anochecer acaso?
No, no, no es la noche; es la muerte;
¿Fue inútil esa muerte al fin y al cabo?
Porque Inglaterra su palabra puede*

*cumplir por todo lo dicho y hecho.
Conocemos el sueño de ellos;
basta con saber que soñaron y están muertos.
Pero ¿qué importa si un amor sin tasa
hasta la muerte los enajenó?
Todo esto voy yo a escribir en rima:
MacBride y MacDonagh, el profesor,
Pearse y Connolly, el sindicalista,
ahora mismo y en tiempos venideros,
dondequiera que el verde sea exhibido,
del todo habrán cambiado todos ellos:
una terrible belleza ha nacido.*

Yeats, Pascua 1916¹

¹ YEATS, W. B. Antología Poética. Editorial Lumen, 2005. Versión rimada de Daniel Aguirre.

Resumen

El terrorismo es un fenómeno político basado en el uso mediático de la violencia. El terrorismo yihadista, amparado en el exterior, ha copado la imaginación de nuestras sociedades con un discurso sin anclaje alguno en ellas y matanzas indiscriminadas. La lucha contra él, es igualmente una actividad política a largo plazo, que debe desarrollarse concertadamente por el conjunto de la sociedad internacional y de modo acorde a los valores que les son propios, incorporando a las comunidades musulmanas que habitan sus territorios y aceptando que no se puede acabar con él completamente, sino degradarlo hasta umbrales aceptables.

Palabras clave

Terrorismo, yihadismo, salafismo, lobos solitarios, contraterrorismo.

Abstract

Terrorism is a political phenomenon based on the use of a certain violence. Jihadist terrorism, sheltered abroad, has captured the imagination of our societies with a discourse without any anchorage in them and throughout indiscriminate killings. The fight against it is also a long term political activity, which must be developed by the international society and in accordance with their values, incorporating the Muslim communities that inhabit their territories and accepting that it is not possible to end completely it but to degrade it to acceptable thresholds.

Keywords

Terrorism, jihadism, Salafism, lonely wolves, counter terrorism.

Aunque la formulación del concepto es relativamente reciente, el terrorismo ha existido prácticamente desde que el hombre se organizó en sociedades. Ejemplos a lo largo de la Historia no faltan, si bien es cierto que su uso como una herramienta (ilegítima) de la política se ha incrementado especialmente a partir de la difusión de los medios de comunicación social, desde la segunda mitad del siglo XIX, y de modo paralelo a su progresión. Y cuando la información se hizo global, el terrorismo también.

El terrorismo en tanto que hecho social, se extiende allí donde llega la sociedad. Si esta alcanza a Internet, a las redes sociales, hasta allí llega el terrorismo. Utilizando las palabras Glucksmann respecto de la guerra, esta «... es un choque de discursos, que no gana el mejor... sino el que abarca el campo de batalla... no sólo establece las condiciones de toda comunicación: es en sí misma, comunicación»².

La palabra terrorismo deriva del régimen político liderado por Maximilian Robespierre y que a su vez toma su nombre del célebre discurso que aquel pronunciara ante la Asamblea Nacional: «La virtud sin la cual el terror sería funesto, el terror sin el cual la virtud sería impotente». En él se relaciona una ideología, la virtud, con una práctica, el terror, en una ecuación que de alguna manera equipara a ambos términos; ideas que, además, enlaza con el realismo político encarnado por autores como Maquiavelo. Puede, incluso, ponerse en paralelo con algunos de sus más celebres dictados «el fin justifica los medios» o «son justas las guerras que son necesarias».

La conceptualización del terrorismo, debe subrayarse, tiene así inicialmente un origen estatal y aunque pasó a ser utilizado por grupos que se oponen a él, recurrentemente retorna sus orígenes. Con todo y como nos recuerdan autores como Laqueur o Hoffman, cuyo trabajo es una referencia constante en este capítulo, el terrorismo se ha desarrollado en forma de olas y experimentado toda una suerte de mutaciones que han cambiado desde sus agentes a su metodología. Y es que con la palabra terrorismo se encubre un fenómeno complejo que abarca una casuística muy amplia y variada que va desde su uso estatal hasta la violencia practicada por grupos de individuos y, que por si fuera poco, su concreción práctica, también evoluciona con el tiempo.

Elementos del terrorismo

Definir un concepto social, conceptualizarlo, es dotarlo de límites; y los límites en la sociedad se construyen desde los consensos. Por eso no existe una definición del mismo internacionalmente aceptada, toda vez que esta situaría mecánicamente el fiel de la balanza de un conflicto al margen del poder de sus partes, y eso en conflictos vivos en los que toman parte poderosamente.

² GLUCKSMANN, André. «El Discurso de la guerra». Editorial Anagrama, Barcelona 1969, p. 83.

sos actores cuya capacidad de acción se vería conculcada en pugnas reales y sustanciales en torno a la legitimidad y justicia. Por ello, no se consentirá en una definición objetiva que limite o mediatice las opciones políticas del poderoso.

La falta de una definición común se sustancia y resuelve con la elaboración de listas tanto a nivel estatal como supraestatal (ONU, Unión Europea...). Se trata de una definición operativa en la que quedan calificados como terroristas los incluidos en listas elaboradas *ad hoc*, lo que hace de este término un concepto de geometría variable condicionado tanto por los hechos como por los intereses y las sensibilidades de las partes hacia la materia en litigio.

En lo que sí existe consenso es en la definición de acto terrorista. Esta fue elaborada por la ONU en 2004 como resultado de los trabajos desarrollados por el Grupo de Expertos de Alto Nivel sobre las Amenazas, los Desafíos y los Cambios, y que entiende por tal a «cualquier acto, además de los ya especificados en los convenios y convenciones vigentes sobre determinados aspectos del terrorismo, los convenios de Ginebra y la Resolución 1566 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (2004), destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a un no combatiente cuando el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar una acción o abstenerse de hacerla¹¹».

Conforme a esta definición nos encontramos ante un acto violento e ilegítimo que incorpora una finalidad política con el que se pretende la intimidación de la población, para lo que se sirve de los medios de comunicación. El atentado es una herramienta, un instrumento, que se incardina como parte de una estrategia. Entremos pues en el análisis de estos elementos.

El terrorismo es un instrumento de la política

El terrorismo es una metodología, una estrategia que, junto con otras, se pone al servicio de una concreta opción política. Es pues una herramienta, un instrumento del que se sirve la política para sus fines. Implica acciones tácticas —la acción directa— llevadas a cabo para influir políticamente. Se encuentra muy focalizado, concentrado en ciertos blancos, siendo este junto al dinamismo su factor de ventaja frente a las grandes organizaciones que pugnan contra él. Desarrolla una estrategia de provocación con la que busca la manipulación emocional de los decisores políticos, bien directamente bien de forma inducida, esto es, a través de la presión social fruto del ambiente de alarma, consternación y angustia provocada por el grupo terrorista.

Son actuaciones que superan el ámbito en que se llevan a cabo, su objeto o persona que acaba convertido en un símbolo, y consecuentemente, pierden su dimensión humana para acabar cosificadas. Por ello, y para su correcta evaluación, se requiere de unas claves diferentes de medida a las de uso,

unas claves políticas capaces de trascender a los hechos que sirven a su encuadramiento y sitúen la acción en el contexto de lo pretendido por el grupo terrorista.

El terrorismo al igual que la guerra, es una actividad del espíritu, en la que lo decisivo es la voluntad, la sugestión. Se está derrotado cuando se acepta tal cosa y nunca antes. Vencer es convencer sobre la inutilidad de continuar la lucha, pretende que la parte contraria abandone cualquier expectativa de victoria y, consecuentemente, acceda a una negociación que le permita satisfacer sus objetivos más relevantes. Es una pugna de voluntades y, recordando a Glucksmann, «aquel que no retroceda ante ningún derramamiento de sangre llevará ventaja sobre su adversario»³.

La guerra es un choque de poderes y en tanto que tal es una actividad inherentemente política en la que el plano militar es muy relevante, por más que no sea el único en el que se dirima el conflicto. En la guerra asimétrica, el plano militar continúa siendo importante, pero la parte más débil viendo las escasas perspectivas de éxito traslada sus operaciones a otras áreas (economía, medios...). En este sentido el terrorismo puede ser analizado como un caso extremo de guerra asimétrica en el que la parte más débil abandona definitivamente el plano militar desplazando su actividad preferentemente hacia el plano mediático. Pero sobre todo puede definirse también como un enfrentamiento entre dos modelos estratégicos significativamente diferentes, con todo su abanico de corolarios que veremos más adelante.

Estamos ante un acto de comunicación, en el que la dimensión física, la violencia, no es necesariamente esencial. Es más, el terrorismo encarna una política que acepta la ilegitimidad de una práctica inicua para ser capaz de imponerse. Esto es, que se hipoteca y a la larga queda obligado al pago de un precio político al haber optado por obtener un rédito operativo próximo, excusando su proceder las más de las veces en una situación coyuntural de debilidad frente a un enemigo injusto y avasallador.

Por esta razón, para liberarse de la carga e hipoteca que su uso implica, suele desagregarse de los partidos políticos a los que beneficia con sus acciones, presentándose como su vanguardia y con ello, de la sociedad en su conjunto con la que trata de confundirse. Trata así de evitar que su causa asuma el costo político que su proceder comporta. A la contra, el terrorismo es negación no construcción; debe formar parte de una estrategia más amplia que incluya a otros grupos con los que alcanza una simbiosis nunca explícita.

De hecho, el terrorismo es una estrategia limitada y de aproximación indirecta. No trata de destruir o vencer tanto como de desacreditar y presentar al mismo tiempo una opción diferente y viable como esperanza. Es así violencia simbólica, una violencia con la que hacer pedagogía a través del tiem-

³ Glucksmann, André. «El Discurso de la guerra». Editorial Anagrama, Barcelona 1969.

po y la reiteración. Primero para introducir sus ideas y después para apoyar el debate, en una suerte de diálogo (diálogos, etimológicamente «a través de la palabra») que incorpora un suplemento de violencia con el que se golpea los intersticios de la sociedad para agitarla y, en la convulsión, propiciar la introducción de su marco ideológico de un modo pretendidamente «natural».

La política, y con ella el terrorismo también, se encuentra consignada a la gestión de la palabra primero y de su significado después. El lenguaje es capital en el terrorismo y, consecuentemente, en la lucha contra él. Y es que los nombres no son neutrales, escogerlos adecuadamente permite partir desde una posición de ventaja. A fin de cuentas, el lenguaje es uno de los primeros y principales terrenos de enfrentamiento; con él se define el marco y se fijan las reglas con que se desarrolla el conflicto. Imponer el lenguaje, señalar las palabras que han de utilizarse y apropiarse de las más importantes resulta capital. Un detenido puede ser un soldado, un delincuente, un narco o un terrorista según el nombre que se dé al conflicto o que la comunidad internacional acepte.

La legitimidad la otorgan las palabras y resulta un concepto capital, el objeto real de la lucha simbólica que el terrorismo encarna. No en vano violencia es fuerza sin legitimidad; y se transforma en autoridad cuando se dispone de ella. Michel Collins director de Inteligencia del IRA, se convirtió en jefe del Ejército irlandés tras la independencia. La legitimidad con la que se invistió con la victoria lo hizo posible.

El terrorismo no encuentra sus fines en la violencia sino que esta es un medio para el logro de sus propósitos por más que subyazca en su definición. No obstante, el maquiavelismo de la estrategia siempre acaba por confundir de un modo simplista fuerza con poder. El poder es algo más que capacidad de destruir; de hecho, es todo lo contrario. Es más, hay grupos que perdidos en la vía operativa a veces confunden fines y medios. Y es que el terrorismo no tiene un fin en sí mismo por más que se hayan dado no pocos casos de «deriva militar», esto es, de la prosecución de un conflicto al margen de sus razones. Esto sucede cuando la violencia pierde sus claves políticas, su racionalidad, y se reproduce a sí misma sin satisfacer finalidad alguna como consecuencia de la generalización que la ha auspiciado. El caso de unas FARC beneficiándose del narcotráfico puede resultarnos un ejemplo intelectualmente cercano.

Atendiendo a lo dicho, *acabar con el terrorismo pasa por acabar con sus razones*, que en su dinamismo se incardinan en una narrativa, un relato, que supone una lectura autónoma de la realidad —la política funciona través de percepciones— y que genera el espacio ético que hace posible la violencia. De no acabar con el relato, una generación de terroristas sucederá a otra sin solución de continuidad. Por tanto, la violencia que es lo que convierte la política en terrorismo, queda como el fenómeno mientras que la política es el nómeno. Este hecho es decisivo para poder afrontar la lucha. La raíz del te-

rorismo se encuentra en su ideología. Comprender esta resulta crítico para su derrota y más si es de raíz religiosa. De hecho, la falta de una doctrina sólida fue identificada en la década de los ochenta y noventa como un factor de debilidad de Al Qaeda.

El terrorismo es el arma de los débiles pues permite con la gestión eficiente de muy pocos recursos —algunos expertos cifran en torno a los quinientos mil euros el costo de los atentados del 11S, por ejemplo— la obtención de importantes réditos políticos.

Los atentados intentan no ser actividades aisladas sino recurrentes y que concurren sobre el discurso del grupo terrorista, su narrativa, que es el que dota de dirección y sentido a la violencia, incorporando en un mismo marco acción, mensaje y causa mientras recoge la esencia dinámica de su ser, constituyendo su dimensión espiritual, la espina dorsal que garantiza la conjunción de elementos materiales e inmateriales y se sirve de los medios de comunicación. No estamos ante la razón sino ante un proceso eminentemente emocional. Como apunta Glucksmann⁴: «se comunica mediante actos más que mediante palabras, o mediante actos que se añaden a las palabras y la acción se convierte en una forma de comunicación».

El terrorismo exige una *respuesta* de aquellos a quienes destina su mensaje. Al romper el orden de una sociedad interrumpe el flujo habitual de comunicación entre gobernantes y gobernados, es decir, supone una ruptura de la narrativa habitual de esa colectividad. Como consecuencia, el terrorismo se convierte en una narrativa de crisis, es decir, en la narración del desorden⁵. Por eso hacer visible el Estado en la lucha contra él es crítico.

Las narrativas hilvanan ideas pero también gestionan el silencio limitando los debates que pueden desarrollarse y los temas que han de ser tratados. Las narrativas, no son Historia pues construyen el pasado en función del futuro pretendido al tiempo que sirven por su carácter omnicomprensivo para el control mental de un sector amplio de la población que es simultáneamente el objeto y objetivo de esta lucha. El hecho de que toda la población sea un blanco potencial lo propicia. Esto se consigue generando una incertidumbre que es fruto de una calculada arbitrariedad que lo hace de difícil previsión.

La violencia como elemento consustancial del terrorismo

El elemento a considerar en el terrorismo después de la política es la violencia, en la medida en que es esta la que determina si una actividad política es o no terrorista. Y es que las ideas no son por sí mismas terroristas —la

⁴ GLUCKSMANN, André. «El Discurso de la guerra». Editorial Anagrama, Barcelona 1969.

⁵ ZURUTUZA MUÑOZ, Cristina; PÉREZ MARTÍNEZ, Víctor Manuel. «El mensaje de la acción terrorista: qué y por qué comunica». Universidad San Jorge. <http://cud.unizar.es/docum/16%20comunicacion%20czurutuza-vmpez.pdf>

calidad de una democracia, de hecho, queda medida por la gestión que hace de la diversidad, por el espectro de ideas y grupos que su voluntad inclusiva es capaz de incorporar; cuanto más sean estos más legítima es la democracia— sino que son los medios empleados para su defensa o diseminación los que posibilitan su definición. Parafraseando a Mao, si la guerra es básicamente un acto de comunicación que incorpora un suplemento de violencia, el terrorismo es una actividad política que se escenifica mediante el espectáculo de un cierto derramamiento de sangre.

La violencia, eso sí, solo se aplica aquí en dosis homeopáticas para el logro de concretos fines mediáticos y sociales (desestructuración), por eso el terrorismo al decir de Brian Jenkins es teatro, pues «no quiere mucha gente muerta, sino mucha gente mirando»⁶. Y este proceder tiene connotaciones míticas. Ares, dios mitológico de la guerra, tenía dos hijos *Phobos* (Miedo) y *Deimos* (Terror) que, no en vano, eran también hijos de Afrodita, diosa de la belleza. Este enlace, esta combinación, no es ni extraña ni casual, sino por el contrario muy real y humana; es el morbo, lo que Shelley denominaba el «turbulento encanto del terror», un poderoso factor de atracción mediático.

Su debilidad explica la violencia y el dinamismo que infieren a su actividad. El terrorismo es ofensiva a ultranza, no puede detenerse y debe conservar en todo momento la iniciativa, pues de perderla desaparecería de los medios primero para ser aniquilados inmediatamente después. Una violencia que no precisa de concretarse, ser efectiva, toda vez que el terrorismo se basa en la escenificación mediática del poder de un grupo con que este, realmente, no cuenta.

Teniendo en cuenta que la zona donde actúa el Daesh tiene el tamaño próximo al del Reino Unido y unos ocho millones de habitantes, su dominio a cargo de un colectivo que según la fuente podría cifrarse entre 30.000 y 70.000 efectivos solo puede ejercerse a través del terror, algo que, por lo demás, no desentona con la Historia regional. Y el terror es nuevamente imagen, no se trata de una colonización militar para el control de un territorio, sino de una colonización mental con vistas al control de una sociedad. El poder es estar presente.

El terrorismo como actividad mediática

A diferencia de lo que afirma el conocido mantra, la violencia no es inútil; de hecho esa es la razón por la que se encuentra proscrita, ya que de ser así su uso se hubiera generalizado. Puede ser equivocada, errónea según el plazo de tiempo que se considere, pero no resulta adecuado considerar que no tiene réditos. Eso sí, cuanto más se prolonga, más supone un lastre sobre

⁶ JENKINS, B. M.: «The Future Course of International Terrorism», *The Futurist*, vol. 21, n.º 4, 1987.

la legitimidad de la causa a la que sirve; pero, a corto, puede ser resolutive. La prolongación de la violencia terrorista, su no transformación en un movimiento social, lastra la causa, vacuna a la sociedad frente al aventurerismo de nuevas empresas y emponzoña los fines pretendidos por los terroristas con la podredumbre de la sangre derramada.

El poder es ante todo imagen, su secreto es que se utiliza poco, que es potencia no acto, por eso los medios sirven a la reducción del uso de poder y al parejo incremento en su eficacia en la medida en que son capaces de magnificarlo. Su principal atributo es erigirse y ser constructor de la verdad, de modo que este se ejerce a través de su producción. Solo tiene el poder el que tiene la verdad. Y esta se comprende mejor si es simple. La verdad debe explicitarse y la forma más barata e indiscutible de hacerlo es a través de una imagen que ayuda a no pensar. Esta es, en tanto que obra de arte y pese a sus apariencias, emocional.

Por eso uno de los elementos fundamentales que incorpora el terrorismo es una eficaz estrategia mediática; su diseño es esencial. *Los medios dotan al terrorismo de una visibilidad que no corresponde a su poder real.* Visibilidad y poder son términos sentidos como equivalentes. Por eso entre el terrorismo y los medios se desarrolla una relación simbiótica, en la que el mensaje no es la violencia sino que, muy diferente, se encuentra codificado bajo la clave de violencia.

En esta lógica, si hay algo en que coinciden las estrategias de al-Qaeda y el Daesh es en el activismo mediático, en el cuidado del mensaje y de los medios para su transmisión. El propio Ben Laden en una entrevista reconocía que ello suponía más del 90 % del esfuerzo en la preparación para la batalla. El Daesh ha ido aún más lejos si cabe incorporando las redes sociales, mejorando las labores de edición, incorporando las últimas técnicas de realización, al tiempo que incrementando exponencialmente el número de publicaciones, creando un potente entramado mediático y hasta secuestrando y utilizando a un periodista como presentador.

El peso de la propaganda tiene su reflejo tanto en la organización institucional del grupo como a la hora de la decisión. En su caso, su labor está más orientada a la radicalización y captación, así como al mantenimiento de la moral del grupo; esto es, más a su consumo interno y de afines que a la atemorización de Occidente, que también. En este marco inspirador, que se cite el nombre de la nación o que haya nacionales entre los decisores, sitúa el nombre del país en la mente de los terroristas lo que no puede ser una buena noticia.

El atentado terrorista es, parafraseando a Clausewitz, una prueba de las fuerzas morales de un grupo social por medio de un acto físico; es una puesta en escena dramatizada que precisa de sentido. De esta manera busca su sobrepolitización, y con ella una respuesta inadecuada al reto planteado. Se trata de imponer al Estado la necesidad de una reacción y provocar con ello

respuestas emocionales, irracionales y cortoplacistas que no respondan a una estrategia, desenmascaren al Estado y puedan ser utilizadas en beneficio del grupo. *El peligro del terrorismo se sitúa habitualmente en la respuesta que se da a los retos que plantea.*

La acción terrorista es una acción que comunica y, por tanto, constituye un mensaje. Ese mensaje está dirigido a unas audiencias determinadas, se transmite a través de unos medios concretos, se articula en un escenario pensado, mediante unas acciones también estudiadas y motivadas por unas razones claras. El fin último de ese mensaje es la ruptura del orden social⁷.

Es así fundamentalmente una amenaza generalizada que se pretende acreditar a través de la comisión de atentados; parafraseando a Dany Cohn-Bendit⁸, el terrorismo toma como rehén la imaginación del mundo entero. Una violencia que además es ilegítima, esto es, no es aceptada dentro del marco legal y cultural en el que se lleva acabo; quede expresada la importancia de conseguir el rechazo de la violencia en términos legales primero, y culturales después.

Con el terrorismo la política se hace violencia y la violencia pedagogía, una pedagogía con la que enseñar al pueblo. Como Hitler señala: «el éxito de toda propaganda, sea en el campo del comercio o en el de la política, supone una acción perseverante y la constante uniformidad de su aplicación»⁹. Violencia y presión mediática se encuentran así asociadas; para ello se sirve de pulsos discontinuos de terror que se prolongan en el tiempo. Y contribuyen a la visibilidad a la causa. Como apuntaba un líder de la OLP: «La elección de los Juegos Olímpicos...ha sido como pintar el nombre de Palestina sobre una montaña que se ve desde las cuatro esquinas de la Tierra»¹⁰.

Su persistencia mediática ayuda a la colonización mental que le atribuye un poder con el que realmente no cuenta, multiplicando el impacto de sus acciones, cuya envergadura no queda plenamente identificada por el daño material de las mismas sino que ha de medirse en términos de impacto mediático primero y psíquico después. No obstante sí, a veces, parece que la desobediencia civil, la no violencia y el terrorismo han ganado la partida en muchas ocasiones, esto se debe mayormente al carácter tangencial de muchos de sus objetivos y a ciertos apriorismos, por lo demás no del todo válidos¹¹.

⁷ ZURUTUZA MUÑOZ, Cristina; PÉREZ MARTÍNEZ, Víctor Manuel. «El mensaje de la acción terrorista: qué y por qué comunica». Universidad San Jorge. <http://cud.unizar.es/document/16%20comunicacion%20czurutuza-vmperez.pdf>

⁸ COHN-BENDIT, Dany. La revolución y nosotros que la quisimos tanto. Editorial Anagrama, Barcelona 1987, p. 52.

⁹ HITLER, Adolf. Mi lucha. Ediciones Bausp, Badalona 1974, p. 109.

¹⁰ HOFFMAN, Bruce. Historia del terrorismo. Espasa Calpe 1999, p. 107.

¹¹ ARON, Raymond. Guerra y paz entre las naciones. Revista de Occidente, Madrid 1963, pp. 731 y ss.

Es un espectáculo en la medida en que para subsistir precisa ser noticia, que es lo que a su vez requieren los medios, generando una indeseada y diabólica concurrencia de intereses que precisa de debate y gestión pues la libertad de prensa pertenece al acervo de Occidente.

Para atraer al público debe ser capaz de reinventarse permanentemente a sí mismo a través de formas dramáticas que sirvan para convocar a la audiencia. La clave se encuentra en su capacidad de sorprender lo que le obliga a un permanente estado de mutación. Como resultado, su necesidad por estar presente, puede acabar generando una auténtica espiral de dramatismo, perdiendo entre sus acciones su sentido político.

En el mundo moderno, oponerse es más sencillo que explicar. La simplicidad de su mensaje, su reiteración machacona y una escenificación indubitativa le confiere ventaja desde la perspectiva de la comunicación política. Su práctica encarna la propia de un publicista; un mensaje, el simbolismo y la cualidad de lo inesperado, la sorpresa (inherente al buen uso de la inteligencia táctica), para atraer la atención del público objetivo, de sus distintos segmentos y audiencia. Es, como se ha dicho, un teatro en permanente búsqueda de público (y, por tanto, un fenómeno urbano), que pone luz sobre algunos debates y en el que las víctimas son cosificadas en pro de los objetos y símbolos a los que se ataca.

El desarrollo de las redes sociales ha llevado al terrorismo, en tanto que hecho social, a un nuevo campo. Así, tres minutos después de los atentados de Niza (2016) había más de 3.000 cuentas en las redes sociales, entre las que se encontraban 50 perfiles de Twitter que permanecieron activos durante 3 horas. Los atentados de la Sala Bataclán (2015) había ocurrido lo mismo pero, en este caso, los terroristas optaron por utilizar por primera vez perfiles de *telegram* —algo más novedoso— para difundir la masacre y amplificar su repercusión. Sus contenidos, en esta ocasión, permanecieron activos durante días, toda vez que no se tenía la experiencia previa¹². El ciclo de respuesta del Estado, con todo, se acortó y ganó en eficacia.

No obstante, estos son hechos enmarcados en un pensamiento estratégico mucho mejor elaborado que el establecido por cualquier otro grupo terrorista, en el que a la propaganda se le da más importancia incluso que al propio atentado¹³.

Siguiendo la estela de Piscasane el terrorismo es propaganda por el hecho. La repetición de la consigna en forma de atentados y un esfuerzo prolongado en el tiempo servirán para plantear un debate, difundir las tesis terroristas y socavar las convicciones de la contraparte. Con cada atentado se pretende una pedagogía que pasa primero por conmocionar a la sociedad para con-

¹² ESCRIVÁ, Ángeles. «El altavoz del terror del Estado Islámico». Diario El Mundo. 26-11-2016. <http://www.elmundo.es/internacional/2016/11/26/58385a4fe2704e2c3a8b45b5.html>

¹³ Ibidem.

vocar a la audiencia y, en su presencia poder plantear sus ideas, fijar las reglas para su realización e imponer las palabras a utilizar. La persistencia mediática, la repetición, servirá para el adoctrinamiento. Los medios en su permanente búsqueda de la neutralidad y la equidistancia, contribuirán a la familiarización con las ideas de los grupos terroristas, pero sobre todo, banalizarán las palabras y permitirán que se adopte su lenguaje. De hecho, serán un multiplicador que trasladará a los hogares de un modo simple, directo y reiterativo cada atentado y los debates que lleva asociado.

Se trata de una pedagogía sangrienta hecha en torno a una exhibición de confianza y fe en una causa que contrasta con una sociedad posmoderna y posheroica, con una época de ideas y conceptos débiles. Y es que la muerte violenta ha desaparecido de nuestras sociedades de no ser por los accidentes de tráfico, los suicidios o la represión estatal. Paradójicamente, la tasa de suicidio es, en los países occidentales (excepto en EE.UU. que la iguala), de 10 a 20 veces más alta que el asesinato común¹⁴. Un tiempo burgués en la que no se estila matar ni morir por nada sino vivir lo mejor posible. En este marco, no solo dar la vida por una causa sino ser capaz de quitarla o hacer ambas cosas al mismo tiempo, con la catarsis que implica, son elementos que por su radicalidad y en ese juego de espejos paradójicamente contribuyen a la legitimidad de la causa.

De este modo el terrorismo se transforma en ficción de poder, y la actividad que lleva a cabo es ficción de guerra; cuando se le atribuye este carácter obtiene una victoria sin paliativos. Las medidas que hayan de ser adoptadas para su concreción precisan primero identificar cuál es la amenaza, qué es lo que se ve amenazado y en qué grado. Es imprescindible concretar la amenaza para su correcta valoración. Esta debe hacerse en términos globales pero también midiendo la equivalencia entre política y estrategia, su coherencia y alineamiento que en su caso es significativamente alta.

Al final, cuando la emoción cede, las más de las veces, no puede entenderse la secuencia lógica que ha conducido finalmente a la violencia. Es una repentina incomprensión de acciones que, un momento antes, parecían completamente lógicas y naturales, envueltas en dinámicas propias y autoreferentes, lo único que queda sobre la tierra es la realidad, los muertos.

Valoración de la amenaza

Globalización y seguridad

La globalización se perfila como una de las piedras angulares del nuevo milenio, como un proceso imparable a juicio de no pocos. Pero no es un proceso

¹⁴ TILLY, Charles. Coerción, capital y los Estados europeos 990-1990. Alianza Editorial, Madrid 1992, p. 111.

pacífico sino una racionalización hecha sobre la cultura y valores de Occidente. El centro de gravedad del mundo puede desplazarse hacia Asia-Pacífico, pero lo hace hablando inglés. Las fronteras se han visto superadas mientras, la seguridad y estabilidad se han sacrificado en aras del beneficio, el crecimiento y el desarrollo. La lógica del encuentro es hegeliana, basculante e iterativa.

Paradójicamente, un incremento de las relaciones trae consigo un incremento de los conflictos. Que existan conflictos es connatural a que existan relaciones. Todos los países del mundo, prácticamente, comparten fronteras, como por ejemplo los aeropuertos o internet, mientras flujos de todo tipo las atraviesan. La clave se sitúa en la conectividad que, si por un lado, es beneficiosa, por otro genera incertidumbres y peligros. El incremento generalizado de los presupuestos de Defensa que se experimenta actualmente puede explicarse en esa clave.

Y no todos los conflictos tienen que ser militares, ni substantiarse en guerras, especialmente los conflictos de identidad. Para ellos el campo de batalla no es una solución porque el problema subsiste de no aniquilarse al vencido; simplemente se contiene y desplaza en el tiempo. No se trata de ganar una guerra, que está ganada pues la balanza de las armas, debido al *gap* tecnológico, es manifiestamente favorable a Occidente, de empeñarse en ello; sino de ganar la paz, y que implica unos términos de mutuo beneficio, progreso y respeto, que es lo que se pretende; es este un marco que solo puede venir fijado desde la política y el diálogo. *La lectura en clave militar, de relaciones de poder, es no solo insuficiente y falsa sino perniciosa.*

Es más, la existencia de un terrorismo que clasificamos como global posibilita la existencia de una política antiterrorista global lo que a su vez refuerza las políticas globales de los Estados que combaten la existencia de tal fenómeno, con lo que hasta la magnificación de este tipo de terrorismo puede resultar en cierto modo y en algún momento hasta interesada para Occidente.

La existencia de reacciones negativas a este encuentro, si se mira en perspectiva, es natural y aun pequeña para la magnitud y escala a la que este encuentro se está produciendo. No se ha superado los niveles de conflictividad previos a la Caída del Muro; el 11S supuso un cierto repunte aunque el número de conflictos continuó disminuyendo hasta el fin de la primera década del nuevo siglo, en que se ha estabilizado y comienza ahora a repuntar de nuevo.

Ningún ser vive en la naturaleza con plena seguridad, para empezar porque no pueden ponderarse todos los factores que inciden en ella (por ejemplo, la caída de un meteorito; las películas de este tipo comenzaron tras la Caída del Muro), lo que en la práctica implica la aceptación de un cierto umbral de riesgo que puede reducirse a través de un esfuerzo creciente y asintótico con el infinito.

La seguridad absoluta no puede conseguirse; e incluso fijar altos estándares puede resultar contraproducente, al generarse un importante menoscabo de los derechos y libertades. Se hace preciso la fijación de un umbral de riesgo aceptable que concilie derechos y libertades fundamentales con la seguridad y sea, al tiempo, compatible con el marco cultural.

Además, la seguridad es una percepción difícilmente objetivable. Es una relación sujeto objeto. Cada quien se siente más o menos seguro no solo en función de las condiciones del entorno, sino también como fruto de su psicología y experiencia. En el Londres de la Segunda Guerra Mundial, la caída de «solo» una bomba tenía escasos efectos. El terrorismo genera interesadamente una percepción de falta de seguridad que afecta al marco en el que se ejercen las libertades. De hecho, la relación entre seguridad y libertad es no lineal, de modo que una falta de seguridad se dirime una pérdida de las condiciones para el ejercicio de la libertad; y por el contrario, unos requerimientos de seguridad muy exigentes pueden reducir sensiblemente el umbral de libertades.

La adecuada relación entre ambos términos y de estos con el orden, así como la aceptación de un umbral de riesgo, quedan determinados en cada caso por el entorno cultural considerado. El terrorismo puede verse derrotado si la fortaleza de la sociedad le permite el mantenimiento del mismo régimen de libertades aun en un entorno de menor seguridad, toda vez que de su proceder no se deriva consecuencia significativa alguna sobre la sociedad, sino una imagen de ello que, disuelta la niebla emocional, apenas tiene concreción y consecuencia, haciendo su esfuerzo irrelevante, si este no es recogido mediáticamente. Asignándole un papel irrelevante, el terrorismo a medio plazo se convertiría igualmente en irrelevante.

Cuantificación de la amenaza

El terrorismo se presenta como el gran riesgo de este siglo, tal vez porque no exista otro mayor. Y es que el riesgo que planteaban paradigmas no resueltos hasta la Caída del Muro, como la Destrucción Mutua Asegurada, hacían que hasta entonces y puestos en la balanza, problemas como el planteado actualmente por el yihadismo fueran de poca relevancia. Con todo y atendiendo al «*Global Terrorism Index*» correspondiente a 2012 solo 10 países de los 158 listados se libraron de su acción. El terrorismo se ha generalizado e incluso, la palabra se ha banalizado, haciéndose un uso impropio y desustancial del mismo. El terrorismo siempre ha estado presente entre las inquietudes de la comunidad internacional; ya en 1934 la Sociedad de Naciones comenzó a elaborar un proyecto con vistas a su proscripción. Este fue definitivamente aprobado en 1937 aunque nunca llegó a entrar en vigor.

Por la atención mediática que se le brinda —y que viene a coincidir con los que su naturaleza demanda, el terrorismo mata menos gente en Occidente

que los rayos en los EE.UU.¹⁵— pero con todo parece que está tomando el relevo de las grandes guerras que jalonaron el siglo xx haciendo que un fenómeno local se haya transformado en regional e, incluso, en global, dejando así de ser una mera táctica para convertirse en estrategia, y hasta acabar suplantando a la política en las relaciones entre civilizaciones.

El número de víctimas producidas por el terrorismo en Argentina y en el Ulster entre 1966 y 1976, a juicio de Laqueur, se sitúa entre las 6.000 y 8.000, menos que los producidos en un año entonces por la guerra civil libanesa o en un mes de la vivida en Camboya. Y eso se explica por la fascinación que su dramatismo produce y por el desarrollo de los medios de comunicación social¹⁶.

De hecho en 2006 el número de actos terroristas, entre los contabilizados hasta ese año, fue el más alto de la historia con 6.500, lo que supuso un incremento del 30 % sobre 2005 y 3,7 veces mayor que el de 2001; el número de muertos en 2006 fue de 12.000, un 46 % más que en 2005 y 2,6 veces más que los producidos en 2001¹⁷. El portal *Statista* muestra en un estudio de 2016 que, a pesar de los ataques terroristas en suelo europeo, el número de personas asesinadas por terroristas en los países de la UE en los últimos 12 meses, había sido inferior a las cifras que se registraron en las décadas de los años 70 y 80 del pasado siglo.

Desde el 11S hasta comienzos de 2017 han muerto en torno a 590 personas en una sociedad, la europea, que agrupa a cerca de 800 millones de seres humanos, cuando de promedio en la primera década del nuevo milenio han muerto en accidente de tráfico, solo en nuestro país, 3.000 personas.

Ciertamente estas no son magnitudes comparables toda vez que el peso político, simbólico y mediático de las acciones terroristas y su impacto psíquico en la población hace que, reducirlas a términos numéricos, cuantificarlas, las desustancie de un modo poco aceptable. El daño no se mide solo en clave de impacto físico y lucro cesante, sino que cada una de sus actuaciones plantea implicaciones de geometría variable de todo tipo. El miedo es libre y tiene precio. Piénsese, por ejemplo y en términos globales, en los costos derivados de las mayores medidas de seguridad en los aeropuertos.

La socialización del dolor y la amenaza genérica que se filtra en los hogares a través de los medios —los cuales recogen y multiplican casi por infinito las escasas ocasiones en que esta se sustancia en un atentado— unido a la inconcreción, a la arbitrariedad en la elección de las víctimas y a la incertidumbre sobre dónde, cuándo y contra quién van a actuar, explican el clima de terror, como puede ser, por ejemplo, en épocas antagonistas como la Na-

¹⁵ DAVID, Charles-Philippe. La guerra y la paz. Icaria, Barcelona 2008, p. 302.

¹⁶ LAQUEUR, Walter. Terrorismo. Editorial Espasa-Calpe, Madrid 1980, p. 294.

¹⁷ DAVID, Charles-Philippe. La guerra y la paz. Op. cit., pp. 42 y 43.

vidad. Eso permite cuanto menos una medida del poder del terrorismo, una medida psíquica, en términos de imagen.

Un incremento de nivel en la amenaza terrorista, casi desde su aparición, puede provocarla un incremento hasta exponencial en los daños, solo por sus efectos psíquicos y sin depender de su magnitud, en la medida en que se adivine dotada de una cierta credibilidad. Pero también existe un punto de saturación que puede ocasionar que, por más que crezca la amenaza y su concreción o si esta se mantiene estable en el tiempo, no haya respuesta de la sociedad que se ha adaptado e insensibilizado frente a ella, produciéndose una cierta «conllevanza» con el terrorismo. Este se incorpora a la vida social así como una pandemia más. Es una banalización del mal.

De hecho esto es lo que ocurre con una prolongación de la violencia terrorista, ya que a partir de un punto, y sin decir que pueda aburrir, se produce una pérdida de interés mediático por sus acciones que viene, por si fuera poco, parejo a un incremento en la eficacia de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado que han sido capaces de adaptarse al proceder terrorista siguiendo el principio de acción recíproca clausewitziano. Esto hace que las «acciones de baja intensidad» del terrorismo solo puedan ser útiles en un plazo más o menos prolongado de tiempo pero, en cualquier caso, limitado. A partir de ese momento sus efectos sobre el imaginario se reducen y quedan más en consonancia con sus daños materiales.

El propio Mao concibe el terrorismo como la primera de las tres fases hacia la batalla convencional, no en vano el marxismo es de tradición clausewitziana: terrorismo, consolidación territorial y batalla convencional. Así, un terrorismo excesivamente poderoso, deja de ser terrorismo para transformarse en otra cosa. El terrorismo genera daños, incluso grandes daños económicos, y extrae a la población de su zona de confort, es incómodo; pero por sí solo, no sirve para la obtención de una victoria rotunda. El reducido número del grupo es apto para operar (el secreto obliga a ello) no para vencer; y además, no dispone de capacidad ni intelectual ni humana para gestionar la victoria.

De lo expuesto hasta ahora puede inferirse que la amenaza terrorista no es una amenaza propiamente existencial. No puede ser un reto objetivo para la seguridad del mundo occidental, al menos en su estadio actual, simplemente porque la existencia de la sociedad en su conjunto, de todas sus individualidades, no se encuentra efectivamente amenazada —como supone el caso de una guerra— al no contar el grupo terrorista con capacidad de actuación en su condición de ficción, y por más que pueda provocar cuantiosas pérdidas económicas.

La amenaza así planteada, es poco más que una ficción, un orgiástico brindis al sol, que solo tendría alguna posibilidad de prosperar si pudiera dotarse de armas de destrucción masiva, cosa que, por otra parte, tampoco es nada fácil. Esto haría la amenaza que este fenómeno representa, que pasaría de meramente acreditar la voluntad de actuar a también sumar los medios precisos para ello.

Volvemos pues al terrorismo como actividad ficticia con un notable componente teatral y mediático. Pero tampoco puede considerársele una cuestión menor; este carácter no debe hacernos dudar sobre la importancia que tiene el daño que puede hacer a las estructuras de gobernación de las sociedades. *El terrorismo no puede destruir a las sociedades, es cierto, pero sí puede, «bien gestionado», cambiar un gobierno y subvertir el orden constitucional de un país, sus estructuras y alterar, aunque sea temporalmente, los valores que regulan su vida.* Un atentado no hunde un Estado, pero la propaganda sí puede hacerlo. Además, desafía, siempre de paso, su concepción weberiana, su condición de detentador único de la violencia legítima, mostrando con ello su impotencia e ineficacia.

Su actuación, que ni que decir tiene, genera importantes tragedias humanas, puede, bien dirigido, ocasionar gravísimos daños económicos (por ejemplo, si es dirigido contra el turismo como ha sido en Túnez, Egipto o Turquía; o el propio 11S) y auténticas conmociones sociales. Como Mao afirmaba «el orden sale del caos y el caos es necesario antes de fundar un nuevo orden». Pero la existencia del grupo social como tal no está amenazada porque para la concreción de la amenaza hacen falta voluntad y medios; y el segundo término de la ecuación, no cuenta con un valor sustantivo, pese a la imagen que se presenta.

Es decir, el terrorismo no ataca realmente al conjunto de los individuos; ataca y amenaza al sistema de valores del grupo social, a las estructuras de gobernación y a las normas de que este se dota, al tiempo que promueve la anarquía y la disgregación. Estas, queda entendido, son un medio para tal fin. Su objetivo es cambiar las conciencias; de ahí el uso pedagógico de la violencia. Una enseñanza que sirve para imponer su narrativa y controlar a la población, haciendo que su voluntad flaquea al no mostrarse el Estado capaz de obtener la victoria. Su éxito, su desafío, radica simplemente en existir.

Se trata, a fin de cuentas, de una violencia simbólica con la que se golpea mediáticamente en las líneas de fractura, en las costuras de la sociedad, en puntos que la historia y experiencia del pasado han convertido en multiplicadores del dolor, la incertidumbre y la ansiedad y que son perfectamente identificables por los terroristas en tanto que miembros del mismo corpus social. El terrorismo bien dirigido, aunque parezca lo contrario y con sus excepciones puntuales, siempre viene de dentro.

La sociedad obligaría a los decisores a dar una respuesta inmediata al reto planteado que satisficiera sus demandas de corte emocional y que, por tanto, no fuese necesariamente la más adecuada al dilema en el largo plazo. Esto, a su vez, le dotaría del estatus de víctima que, singular, significativa y recurrentemente, reclama con su proceder. Es la conocida estrategia o espiral de acción-reacción, una dinámica basada en la provocación con la que se trata de sumergir al Estado privándole de toda iniciativa y que resulta tan de uso por el terrorismo sobre la base histórica de su funcionalidad prácti-

ca. Es el juego de cambio de roles que se produce en la imaginación y como resultado de una perturbación que se trata de comprender y que al hacerlo, fuerza la duda.

Simultáneamente, también busca despertar las conciencias del grupo humano que le apoya provocando primero su agitación e intentando después hacerse con su representación al presentarse como su vanguardia, en tanto que ejecutor de sus anhelos más ocultos. También pretende con sus actos dotarle de esperanzas, estimulándoles, mostrándole que la victoria es posible y el deseado cambio, practicable.

Es más, pretende instrumentar la respuesta del Estado en su propio beneficio, exhibir con ella sus contradicciones, dar prueba de su encubierta opresión para con el grupo social cuya representación pretende ostentar. Todo ello debe contribuir a la movilización general de su base de apoyo, a su sublevación como resultado de la espiral subversiva que ha desatado con el uso inteligente y homeopático de la violencia.

Para ello le resulta imprescindible el manejo de la *iniciativa*, no dar tregua ni reposo al Estado para la reflexión y determinación de las políticas adecuadas para propiciar su victoria y, mucho menos, a su implementación, al tiempo que marca los ritmos de los acontecimientos. Así, este, queda cautivo de la iniciativa de una contraparte mucho más ágil y eficaz en el empleo de la fuerza y que, además, dispone de un ciclo de decisión más corto que el suyo. El resultado es que el Estado, especialmente al principio, no puede romper con la dinámica que le envuelve y escapar, mientras el terrorismo consigue reconducir y hasta devolverle su propia y devastadora fuerza. Y es que no existen estrategias reactivas que sean merecedoras de tal nombre.

Por otra parte, la medida de su capacidad, y por tanto su valoración como amenaza, junto con otros aunque muy significativamente, la dan la calidad de los enemigos. El terrorismo, solo es viable cuando se hace visible y es tomado en consideración. Cuanto más importantes son los enemigos, mayor es su calidad, hasta el punto de que si el Estado altera su normal funcionamiento para atender unas demandas formuladas de forma violenta, la amenaza es sentida como sustancial para su existencia y el grupo terrorista deja de ser banal para ser sentido como excepcional y, de alguna manera, realzado ante la sociedad en su conjunto y ante su grupo de apoyo especialmente; y con ello legitimado junto con su causa. Los terroristas, pese a todo, aspiran a ser reconocidos como soldados, por tanto, calificar la lucha contra el terrorismo como «guerra», de alguna manera legítima a este, al tiempo que eleva indebida e innecesariamente su estatus. Es, pues, un grave error.

Al tratar la problemática que plantea el terrorismo de tipo religioso, hay que entender que aunque las claves de un conflicto estén motivadas en las creencias, y el terrorismo se presente como tal, recordando a Carl Schmitt, el conflicto, una vez que surge es inherentemente político. Es necesario conocer las claves teológicas de su planteamiento, pero es preciso ser consciente de

que no es suficiente con ello. Hace falta aproximarse a las dinámicas, a otros elementos políticos, para proceder a un análisis integral, multidimensional, antes de hacer de la religión la piedra angular del conjunto del proceso. Es más, aunque sea así al principio, este lugar al final, se encuentra ocupado por la política.

Podría decirse, no obstante, que el principal conflicto que plantea el yihadismo, no es interreligioso sino intraislámico. Recordando a Freud en «El malestar en la Cultura», los grandes conflictos no se dan entre las grandes diferencias, sino entre las diferencias menores, siendo mayor la violencia cuanto menor es la diferencia. Ejemplos en Occidente no faltan, de hecho el caso judío, por su nivel de integración en Alemania principalmente, es el más notable. Los grandes conflictos no son interreligiosos sino intrarreligiosos, con las herejías.

Así el conflicto yihadista se constituye sobre dos ejes, uno primero entorno a la relación del Islam con Occidente y que ha provocado la fractura de las sociedades musulmanas con su transformación parcial al propiciar que las clases medias y altas se aproximen más a Occidente que otros segmentos de la población como el proletariado urbano y unas sociedades rurales que viven bajo parámetros tradicionalistas.

Y un segundo eje que tiene también su origen en la globalización toda vez que si Occidente y el Islam se han encontrado, el Islam también se ha encontrado consigo mismo y se ha hecho consciente de su diversidad (entre 1.500 y 2.000 millones de personas de los cinco continentes y un gran número de culturas) iniciando a su vez un proceso de racionalización en busca de un único Islam, de la ortodoxia, ya que esta religión no cuenta con unidad de doctrina y línea jerárquica con que cuenta el catolicismo, habiendo primado, como sucede en el protestantismo, la predicación sobre la doctrina. El islam es consecuente diverso, plural, mucho más de lo que lo es el cristianismo en su conjunto. Los debates sobre cual el islam verdadero no tienen respuesta porque, entre otras cosas, no hay quien indiscutiblemente pueda darla.

El rearme ideológico del salafismo

Mención aparte y especial merece el terrorismo yihadista. En primer lugar no estamos ante un terrorismo global, pese a que esta sea su pretensión. Para empezar porque la globalización, como ya se ha dicho, es un proceso en curso y que dista de haberse completado. El sistema de franquiciado adoptado por señeras organizaciones como al- Qaeda o el Daesh ha conseguido mitigar en parte esto, al adaptarse mejor en cada caso al marco sobre el que operan, pero el encaje sinérgico local global dista mucho de haberse alcanzado; de este modo, y pese a haberse propiciado un cierto alineamiento, no es apropiado por el momento, hablar de una agenda de nivel global.

Y es que el problema del yihadismo es que encarna una propuesta ideológica enraizada en la tradición islámica a través del salafismo moderno, que es el que le dota de raíces doctrinales al terrorismo, contribuyendo a su vertebración y pervivencia al tiempo que legitimando la violencia. Y además cuenta con un anclaje social importante en el mundo islámico así como con el crédito milenario de toda una tradición espiritual, de cuyo nombre se han adueñado para sus fines. El salafismo resulta un concepto clave para entender el yihadismo y merece que nos detengamos en el brevemente, pues no es el objeto de este trabajo, por su valor ideológicamente armamentístico.

La palabra salafismo¹⁸ deriva del término *Salaf al Salif*, los antepasados pios, y hace referencia a los *Rachidun*, los cuatro califas perfectos del mundo suní (Abu Bakr, Omar, Utmán y Alí) y, en términos más amplios, a las tres generaciones más próximas al profeta que, por tal motivo, son tenidas por más perfectas. Originalmente era y es una categoría teológica y, por tanto, no describe la condición política de quien la usa.

El salafismo es una propuesta con la que se pretende la purificación y estandarización de la doctrina como paso previo a la creación de un eventual Estado Islámico. De esta manera, combinan una terminología propia con un descarnado análisis de la realidad que, en algunos casos, se transforma en activismo revolucionario. Se concentra en la predicación con vistas a reforzar la fe, preservar la cohesión de la comunidad y defender el orden moral islámico; es una forma de lucha contra la tradición desde la tradición y a través del ejemplo que proclama un acercamiento literal y descontextualizado a las escrituras. Hasta cierto punto, los islamistas se centran en el Estado, mientras los salafistas lo hacen en la sociedad. Por ello, entra en relación directa con la educación.

En el salafismo prima el fundamentalismo, toda vez que no contempla el modernismo y rechaza las formas populares de conservadurismo por razones doctrinales, pero también por su acomodo a un poder vigente que no aplica en su integridad la *Sharia*. Es más, hay quien ve en él un fundamentalismo posmoderno al tiempo que una propuesta de retorno. Desde este punto de vista es un movimiento posislamista que hace un mayor énfasis en los aspectos doctrinales y de renovación, criticando incluso al islamismo por la falta de rigor religioso en su tratamiento¹⁹.

El salafismo es fideísta y genera un discurso que todo lo plantea en clave binaria. Se trata de un movimiento antirracionalista, es decir, contrario a los modelos lógicos y esquemas de pensamiento Occidental. Esto no es lo mismo que afirmar que es irracional, sino objeto de una racionalidad propia, la suya que es preciso comprender.

¹⁸ MEIJER Roel (Coord.). *Globalsalafism*. Hurst & Company, Londres, 2009.

¹⁹ *Ibidem*.

Por su propio origen, no es un movimiento único sino un magma, una nebulosa de ellos; por razones de idioma y cultura, muy influenciado por el mundo árabe, y puede hasta verse en él un intento por parte de estos y por recuperar las riendas del islam del que son fundadores. No es un grupo sino, más bien, un conjunto de ideas de modo que si por un lado aúna quietismo, claridad y universalismo, por otro también activismo, rigidez, disolución política y localismo. Como resultado incorpora una tendencia a fragmentarse fundamentalmente en torno a dos ideas: la violencia y la relación con el poder político.

Los movimientos salafíes, con basarse en categorías teológicas, encarnan la contradicción de incorporar con todo diferentes propuestas políticas; esa es la razón de su diversidad, además del individualismo. Es más, su purismo no ha podido escapar a los debates del presente y ha sido de facto secuestrado por otras luchas: antimperialismo, sectarismo, políticas de identidad... Su relación con el mundo es necesariamente conflictiva pues pretende su transformación; y en ella se inscribe su problemática con la violencia, toda vez que la realidad acaba por perturbar a la doctrina y esta es una respuesta natural a las tensiones doctrina-realidad.

La *salafiya yihadiya* es un salafismo que promueve el alzamiento y su juicio aúna lo teológico y lo operativo. En todo caso, no es un fenómeno monolítico sino, como siempre, plural y diverso que admite distintos objetivos, medios y métodos, en nombre de un islam que se pretende alcanzar por la fuerza. El yihadista es un activista que se siente religiosamente empoderado para transformar la sociedad por la mano, algo que la tradición islámica confiere al poder establecido y que en la práctica se le dota de una gran libertad de acción: «el yihadista conoce mejor».

El yihadismo

El 11S convirtió a al-Qaeda en el banderín de enganche de todos los descontentos con el orden mundial pero generó unas expectativas excesivas para las capacidades militares reales con que contaba esta organización y que no fue capaz de gestionar y satisfacer. Su capacidad operativa ha ido mermándose, al igual que su imagen: el 11S ocasionó varios años de caídas generalizadas en las Bolsas, el 11M varios meses y los atentados de Londres varios días. Al-Qaeda quedó prácticamente fuera de los informativos desde entonces y su lugar fue ocupado por el Daesh que, entre finales de 2013 y comienzos de 2014, se escindió de ese grupo y comenzó a reproducir su ciclo.

La atrición militar ha hecho que al-Qaeda haya experimentado tras el 11S un notable achatamiento de sus estructuras de dirección y control, fruto de su deterioro por la interacción militar, que la ha llevado a unos niveles de descentralización que hacen difícil la coordinación del entramado, afectan sensiblemente a su capacidad operativa y constituyen una vulnerabilidad

estratégica que ha hecho posible el reto del Daesh, el cual surge desgajado de sus estructuras.

Así, el 11S se convirtió en un techo que no ha podido superar por su falta de cintura política, por encarnar una propuesta religiosa que no es común fuera de Oriente Medio y aun allí, lo que ha derivado en su encapsulamiento geográfico; pero también, por haber parasitizado conflictos reales cuyas claves ha transformando en religiosas (como por ejemplo el conflicto tuareg en Mali) y ha puesto a su servicio pero esto no ha permitido su resolución, lo que ha afectado a su legitimidad.

El principal logro de al-Qaeda fue desafiar a la primera potencia mundial y ser capaz de subsistir; pero más allá de ello, habría sido el haber sido capaz de popularizar el término, «yihadista», que sirve de apellido y mínimo común denominador a distintos movimientos locales, dotándoles de una cierta vertebración y generando sinergias a nivel global. Una nueva palabra con la que se trata de describir un fenómeno igualmente novedoso y que la acción al-Qaeda contribuyó a dinamizar. De tres grupos yihadistas a mitad de los años 80 se pasó más de 60 en el segundo decenio del nuevo milenio²⁰.

El movimiento yihadista viene a ser, hasta cierto punto y por su paternidad, una suerte de «alqaedismo». De esta manera, con su labor ha generado un espacio difuso, una suerte de magma, un híbrido polimorfo en una nebulosa semifranquicial, en cuyo imaginario y por su legitimidad —el 11S— al-Qaeda ocupa un lugar central, pese a su situación de debilidad actual, es un símbolo que tras extinguirse el fogonazo del Daesh, volverá con nueva fuerza. Su filial más operativa y mejor ligada al núcleo central es al-Qaeda en la península arábiga que es la que está llevando las acciones en el exterior²¹.

Tanto los miembros del Daesh como los de al-Qaeda no son unos psicópatas, sino actores distintos sustentados sobre algunas creencias religiosas. Algunos de ellos — otros manifiestamente no, sobre todo en el Daesh, donde la formación no es tan relevante al ser un movimiento en primer término insurgente; en al-Qaeda sin duda sí— están preparados, religiosa y políticamente alerta, como los revolucionarios clásicos. En esto hay diferencias sensibles.

Así mientras ben Laden pronunciaba discursos de horas dirigidos a un sector altamente formado, el Daesh ha sido capaz de difundir en un año 1.530 vídeos de alta calidad, con mensajes de 15 minutos especialmente dirigidos a jóvenes vulnerables y susceptibles de ser radicalizados rápidamente para quienes ha llegado a elaborar videojuegos específicos tratando de demostrar que el Estado Islámico existe y funciona en múltiples idiomas. En total, los técnicos del Daesh han elaborado hasta finales de 2016 unos 32.350

²⁰ JONES, Seth G. «A Persistent Threat. The Evolution of al Qaeda and other Salafi Jihadists»

²¹ Ibídem.

vídeos que salen de cuatro agencias «oficiales», disponiendo de una rama específica para Europa²².

El Daesh actúa con una base ideológica religiosa muy fuerte y asentada en la región: por eso ha conseguido el desbordamiento e implantación geográfica de su presencia, porque es, hasta cierto punto, un producto de la cultura local, se encuentra próximo a ella.

Al-Qaeda por contra, con todo, ha actuado con mayor cintura política, de modo más posibilista, ajustando su estrategia al logro de ciertos objetivos políticos concretos e incluso ha recomendado moderación en la aplicación de las normas islámicas. De hecho, en esta organización, la violencia contra los propios musulmanes ha sido identificada como uno de sus talones de Aquiles razón por la que ha eludido debates como el de la esclavitud que el rigorismo del Daesh ha restituido. La relación entre el Daesh y al-Qaeda trasciende estas diferencias.

Estas diferencias de liderazgo y doctrina se traducen en diferentes modelos estratégicos; si al-Qaeda apuesta por un terrorismo difuso, una agenda global en régimen de franquiciado, para despertar a la Comunidad, a la *Umma*, buscando en el largo establecer las condiciones objetivas que permitan proclamar el califato con garantía de éxito; el Daesh, un movimiento de corte más populista, opta por un modelo insurgente, el combate contra el «enemigo cercano», la abierta consolidación territorial y la proclamación del califato como una vía para la consecución de sus objetivos; su violencia se dirige primero contra los chiitas, después contra los sunís que apoyan a los regímenes apóstatas mientras los occidentales ocupan una tercera prioridad. Sus acciones en el exterior son realizadas, como veremos, por agentes espontáneos que no pueden desplazarse a la región. Si bien, y como también se verá, comienzan a haber casos, por más que minoritarios, en que no cuentan con su adiestramiento ni con su patrocinio.

Al-Qaeda apuesta por combatir en primer término al «enemigo lejano» y critica la obsesión por derribar los regímenes apóstatas sin antes haber derribado a quienes realmente hacen posible su supervivencia. Es más, el híbrido conceptual que es al Qaeda, cumple con la lógica paradójica y de transformación implícita a la guerra al absorber elementos del enemigo. Esto es, sus yihadistas se occidentalizan al luchar contra los occidentales y la guerra acaba por convertirse en un espacio de intercambio, mutuo conocimiento y encuentro²³.

Las diferencias entre los grupos yihadistas no son religiosas sino políticas, esto es, referidas a los medios y estrategias con que se debe llevar a cabo su actuación: el emplazamiento y dimensiones del califato, su naturaleza o

²² ESCRIVÁ, Ángeles. «El altavoz del terror del Estado Islámico». Diario El Mundo. 26-11-2016. <http://www.elmundo.es/internacional/2016/11/26/58385a4fe2704e2c3a8b45b5.html>

²³ Ibidem.

no global, el grado de prioridad con que deben contar las acciones contra Occidente, la política a seguir frente a chiitas, marabutos y sufíes, el grado de exigencia con que se debe implementar la normativa islámica en las zonas sometidas a su autoridad... Ambos eso sí, aplican técnicas de marketing y utiliza la tecnología del siglo xx reinstaurar ideas que, pretendidamente, pertenecen al pasado, aunque en realidad solo están en su imaginario cultural.

Si al-Qaeda es difícil de combatir militarmente, el Daesh, por ubicarse geográficamente y practicar un modelo híbrido que combina insurgencia y terrorismo, lo es menos. Su proclamación lo liga a un territorio; de colapsar, su existencia como grupo terrorista en la misma forma y términos que al-Qaeda no sería posible, la *beia* perdería su vigencia, la obligación de emigrar a la región desaparecería y la *Sharia* dejaría de estar en vigor.

No obstante, hay una evidente falta de conexión entre la agenda yihadista y sus capacidades «militares» reales, entre los objetivos y los medios de que dispone para conseguirlos. Su actuación, la desarrolla simultáneamente en una doble dimensión no del todo desalineada en la que se aúnan simultáneamente terrorismo e insurgencia.

En primer lugar, tratando de erigirse en representante del islam, lo que supone la convalidación de su propuesta religiosa. Fruto de ello es una violencia horizontal —en forma de insurgencia o terrorismo, según el caso— dirigida a la transformación de la sociedad; y una violencia vertical, terrorista, que sirve igualmente al propósito anterior, dirigida contra Occidente y por ende, contra los líderes políticos locales, a los que consideran sus representantes en tanto que no aplican en su totalidad las normas islámicas. De este modo, el segundo plano de actuación sirve para situar al yihadismo a la vanguardia del islam, deslegitimar a sus enemigos políticos y contribuir a la victoria en el primer plano, auténtico eje sobre el que gravita su propuesta político religiosa. No en vano, algunas fuentes llegan a cifrar en el 95 % el número de musulmanes muertos como consecuencia de la acción de estos grupos.

La doble dimensión del terrorismo se manifiesta en la estrategia yihadista actual que, a nivel intraislámico, trata de beneficiarse de la situación de debilidad institucional y social de los países árabes; y a nivel supra manifiesta su compromiso mediante el empleo de los denominados «lobos solitarios» y algunas actuaciones y apoyos puntuales aunque con poca logística. Lo que a su vez se traduce a nivel local en una instrumentación de la violencia para fines operativos reales, en una insurgencia dirigida contra el poder establecido, mientras que a nivel global su uso es fundamentalmente instrumental y mediático, esto es, de naturaleza testimonial.

Y es que los atentados en Occidente tienen una mayor repercusión mediática, que otros incluso más importantes en términos humanos fuera de sus fronteras. Por ejemplo, el atentado en 2015 contra la revista Charlie Hebdo con 17 víctimas, concurrió con una masacre en Baga (Nigeria) que pudo haber provocado 2.000 y que apenas trascendió mediáticamente.

Los debates entre afrontar el «enemigo cercano» o el «enemigo lejano» conforman así fundamentalmente estrategias de elección de la matriz y grupos filiales. En la práctica el «enemigo lejano» ha quedado manifiestamente relegado a operaciones testimoniales cuando no a la acción de actores individuales (lobos solitarios). La dimensión local predomina, clara y manifiestamente, sobre lo global. No obstante, la violencia dirigida contra los propios musulmanes ha sido identificada como una vulnerabilidad estratégica por su sobreutilización.

Valoración del terrorismo en Europa. Los lobos solitarios

Las personas sanas no se radicalizan solas. Rara vez, el denominado «lobo solitario» o «actor individual» surge de modo aislado, independiente de un colectivo social, de un grupo de apoyo; y cuando lo hace, suele ser un psicópata. Las narrativas, en este caso salafistas, son fundamentales en las dinámicas de radicalización toda vez que son el eje que vertebra las desavenencias y en torno al que se estructura el grupo radicalizado. Se presentan como una salida «natural» para personas con problemas de adaptación al entorno social, de identidad o que quieran o pretendan romper con su pasado. El sumarse a un grupo les provee de una nueva identidad, les rehabilita, pone en valor al tiempo que les ofrece una expectativa de futuro.

Tales grupos no practican necesariamente la violencia ni la apoyan, pero incorporan una contradicción en la medida en que la aprueban y simpatizan con ella. De ellos se desgajan unos subgrupos ideologizados dotados de una dinámica propia, que entran en una espiral extrema cuasi esquizoide en su demanda de pureza; son los radicales. Pero eso tampoco hace de los radicales unos terroristas: apoyan la violencia y pueden realizar algunos actos ilegales, pero no necesariamente la practican. Es el siguiente salto cualitativo, un salto trascendente y de altura, no forzoso, resultado de un desarrollo continuo, el que los convierte en terroristas, normalmente de la mano de gentes que ya han derramado sangre, es decir, en relación con algún ente del franquiciado local.

La red se ha convertido en el marco para el encuentro. Internet ha permitido la creación de un espacio islámico que encaja en la naturaleza desterritorializada de su apuesta política y que permite la fusión de almas, la desagregación, el intercambio, la puesta en común y el adoctrinamiento. El vínculo local-global hace que la *Umma*, el gran espacio imaginario de definición universal, se ha construido en Internet.

Esta se ha convertido en una herramienta esencial para llevar la lucha a las sociedades occidentales de la mano de quienes residen habitualmente en ellas, superando así las dificultades logísticas y de preparación de los terroristas, mientras se desborda cualquier medida de seguridad al tiempo que se fractura la comunidad y se obliga a sus miembros a pronunciarse sobre una demanda moral clara.

No se trata ya de grandes y complejos atentados —de los que hay múltiples precedentes registrados de fracasos, saldados incluso con la muerte de quienes los preparaban por falta de adiestramiento— solo al alcance de unos pocos, sino de actuaciones más sencillas y caseras como atropellos, apuñalamientos... actos de impacto emocional ejecutados por gentes inspiradas, desgajadas del grupo, y por tanto, de muy difícil control policial. Y además que apelan a la responsabilidad personal de la comunidad musulmana. Se da con ello rienda suelta a la iniciativa individual y se proporcionan ejemplos de personas que, desde sus labores cotidianas, pueden actuar al servicio de la religión. Nuevamente una inspiración para el grupo.

Las distintas publicaciones periódicas de al-Qaeda (*Inspire*) y del Daesh (*Da-biq*, *Rumiyya*), les proporcionarían el punto de referencia desde el que mirar la realidad y que da pie a la narrativa primero y técnicas y objetivos contra los que proceder después.

En no pocas ocasiones los actos los ejecutan personas con problemas de definición identitaria (emigrantes de segunda generación, conversos, personas integradas en una contracultura...) que no terminan de casar con las sociedades de acogida y no se identifican ni se sienten parte. Para ellos la violencia, como apuntaba Franz Fanon en «Los condenados de la Tierra», se presenta como una suerte de actividad liberadora, un compromiso definitivo con una de las culturas que concurren en sus vidas. Abdenabid Kunja uno de los suicidas de Leganés, en una carta de despedida a sus hijos sostenía «no soporto vivir en esta vida como una persona débil y humillada ante los ojos de los infieles».

Lo que parecen los actos de violencia yihadista en Boston (cometido por los hermanos Tsarnaev con ollas a presión), Londres (atropello y degüello), París (apuñalamiento), Baviera (hacha), Ansbach (bomba), Niza, Berlín y Estocolmo (atropello) y Londres (atropello y apuñalamiento) obedecen a un patrón de terrorismo que ha optado para enfrentar a Occidente por reducir el papel de su núcleo central —diezmado por el eficaz acoso internacional— e iluminar la dirección a seguir a los miembros de la comunidad, para que sean estos los que convenientemente orientados, cometan los atentados con todos los medios a su alcance. Se trata de un terrorismo de corte anarco personalista con el que el yihadismo trata de superar la progresiva disminución del número de atentados yihadistas en Occidente y la aun mayor disminución en su eficacia, que ha acabado por sacar a esta organización de los medios.

Precedentes de estos patrones de actuación sobre «blancos de oportunidad» se habían detectado ya hace años en el Norte de África sobre los turistas; la metodología incluía igualmente atropellos, apuñalamientos y hasta un intento de volar un autobús con una bombona de butano. En Occidente tenemos los antecedentes de los apuñalamientos de Theo Van Gogh en 2004, del miembro del Parlamento británico Stephen Timms en 2010 o los asesinatos por arma de fuego cometidos por Arid Uka en 2010 y Mohammed Merah en

2011 (este último especialmente truculento y repugnante, pues entre las siete personas que mató se encontraban tres niños judíos). El caso de los lobos solitarios no incluye solo a miembros de al Qaeda, y conviene recordarlo, como es el caso del noruego Breivik.

Los ataques en París (Charlie Hebdo, Sala Bataclan) y Bruselas (aeropuerto, metro) fueron algo más complejos y ejecutados con una mayor profesionalidad y recursos, pero no requirieron de una gran logística ni de un armamento específico. Tampoco han desarrollado actuaciones coordinadas y simultáneas en varios países, lo que hubiera planteado un reto operativo de primer nivel, por la logística y apoyo humano necesario. Puede decirse que, hasta ahora, en Occidente han fracasado logística y armamentísticamente hablando. No hay grandes acciones.

Consecuentemente, existe una incoherencia entre el nivel de ambición manifestado por el yihadismo en Occidente y los medios dedicados al mismo. Por ejemplo, el Daesh podría ocupar en torno al puesto número cuarenta en el ranking mundial en cuanto a armas se refiere, pero eso no se traduce en un esfuerzo mínimamente equiparable en Europa. Por tanto, Occidente queda consignado como mucho, como un teatro secundario, sobre la base objetiva del esfuerzo que se dedica al mismo.

La atomización del terrorismo, ciertamente, muestra la vulnerabilidad de las sociedades que lo padecen, genera incertidumbre, fractura la comunidad, hace de las claves religiosas el referente necesario, separando a los creyentes y sembrando la desconfianza hacia los musulmanes, en la esperanza de que una sobrerreacción del Estado o de la propia sociedad, alinee definitivamente a los musulmanes que viven ella con su relato propiciando un choque entre comunidades. En cualquier caso, les dota de legitimidad y presenta como la vanguardia del islam ante sus propias sociedades, compensándoles mediáticamente de las pérdidas militares y de operatividad en otras áreas.

Conforme a los datos suministrados por EUROPOL en octubre de 2016 se calcula que hay en torno a 6.500 yihadistas procedentes de países europeos combatiendo en el extranjero, gente que ha recibido entrenamiento y formación militar. De hecho, el retorno de importantes contingentes de estos, que ya se ha producido, hace predecible la comisión de más atentados de este tipo a cargo de gente adiestrada, que mantiene contacto con la organización matriz y que ha probado su compromiso. No viene mal recordar, para entender la gravedad de su importancia, que los líderes del 11M contaban con experiencia militar, entendiéndose por tal el saber matar. Y es este, el atentado más importante en Europa desde la Segunda Guerra Mundial.

El mayor número de ellos son franceses con en torno a 1.700, seguidos del Reino Unido 760, Alemania 760, Bélgica 470, Austria 300, Suecia 300, Países Bajos 220, España 208, Dinamarca 125, Italia 110, Finlandia 70, Irlanda 30, Rumanía 1. En cuanto a terroristas fichados y vigilados respectivamente EUROPOL cifra en 15.000 y 3.000-4.000 en Francia, 9.500 y 550 en Alemania,

3.000 en el Reino Unido, 400 en Internet en Suiza, 285 y 40 en Países Bajos, 157 y 72 en Bélgica, 5 y 25 en Irlanda.

Estas cifras hacen ver que el problema no se haya fuera sino dentro y que las fronteras no son propiamente una solución sino parte del problema, toda vez la naturaleza imparable de la globalización que trasciende y permea las fronteras. El terrorismo es «interméstico», internacional y doméstico simultáneamente, y gestiona la frontera en su beneficio. Se desarrolla en estados fallidos, que sirven de campo de maniobras y desde ellos potencia la actividad terrorista. El grupo humano se divide entre el interior y el exterior.

En el caso español el pasado y una geografía también de frontera hacen más explícita la amenaza. Las referencias a Al Ándalus es una constante en la retórica yihadista; de hecho, algunos órganos de grupos terroristas reciben ese nombre. Al Ándalus tiene un componente mítico, en el sentido en que desde su caída se cifra el inicio de la decadencia del mundo musulmán. Además, las ciudades hispano africanas incorporan especialmente esta problemática.

Las cifras que plantea EUROPOL pertenecen, mayoritariamente, a ciudadanos y residentes europeos que incorporan varias identidades a un tiempo y que han podido hacer una opción de vida primando una de esas identidades hasta el punto de contraponerla a su condición de ciudadano y que, no por ello, pueden ser desposeídos de sus derechos en tanto que tales sobre la base del acervo democrático con el que se ha construido Europa.

Si muchos de los individuos considerados en el estudio de EUROPOL han reducido la suma de sus identidades a la contraposición schimttiana amigo-enemigo, en la que los amigos están fuera y los enemigos dentro. La posición de las autoridades no puede ser otra que seguir considerándolos ciudadanos y sujetos de todos los derechos por más que adopte tasadas medidas de prevención que no supongan una conculcación sin tutela de estos. Un juego difícil pero al que el mantenimiento de las esencias obliga.

En cualquier caso, conviene ponderar que el problema de la guerra es que tiene una dimensión y un sentido indudablemente político. Ese es su drama. La guerra se desarrolla con un ritmo, una intensidad y, como decíamos, un sentido político, por tanto no son acciones inconexas sino que estas tienen una finalidad clara con la que se busca el control eficaz de un territorio y una población y no solamente una imagen, una ficción de ello. Por ello, calificar de guerra la actuación yihadista es algo que les complace, porque les permite abandonar la ficción al tiempo que les dota del estatus pretendido.

Aun es más, la falta de armonía en el proceder yihadista hace de sus acciones mero ruido, que es precisamente lo que se pretende con ellas, obviando el carácter «sinfónico» con que cuenta la guerra y de la que es sucedáneo. Las acciones yihadistas en Occidente son mero ruido inconexo que acompaña a una propuesta política inaceptable y sin basamento ni raíz alguna

en Occidente; su discurso es una vía muerta en Europa, toda vez que no tiene acomodo en sus códigos axiológicos. Esto acredita el valor instrumental y orientado hacia otras áreas de sus actuaciones, una forma mediática de compensar pasos atrás en otras áreas.

Consecuentemente, estas acciones cuentan con un valor militar escaso, por decir algo. Por supuesto tienen un gran valor político y en términos de seguridad, pero las acciones yihadistas en Occidente distan de ser una guerra y de constituir una amenaza existencial. Ni en 2001 ni mucho menos ahora, se dan las condiciones objetivas para que un movimiento de este tipo triunfe en el mundo islámico a nivel global, o incluso, a nivel local.

Como ya se ha visto, el terrorismo es un instrumento de acción colectiva, una herramienta (ilegítima) de la política, en el que la impronta personal tiene su lugar pero no puede constituirse en el eje de toda actuación, si realmente se pretende llegar a algún sitio y no convertirse en un juego de suma cero; lo operativo en el terrorismo no puede suplir el lugar de la dirección política, ni esta inhibirse para posibilitar la supervivencia de una organización. La «yihad sin líderes» sobre la que se ha llegado a teorizar no tiene ningún sentido, aunque solo sea en Europa.

En el terreno operativo, Von Moltke ya apuntaba al hilo de la guerra franco prusiana, que los resultados de «dar armas al pueblo» eran la garantía de un fracaso cierto, al que se añade un derramamiento innecesario de sangre. La palabra «francotirador» deriva de ese tiempo y se refería a los franceses que desarticuladamente se resistían a los alemanes. La vanguardia de la comunidad, que pretende representar toda organización terrorista, parece haber dado en el caso de Occidente, un paso atrás para que la comunidad allí siga sola o bajo un tenue liderazgo; esto, en principio, no parece tener mucho futuro si no se dota al grupo de algún tipo de dirección, pese a que un hombre solo y determinado pueda hacer mucho daño, además de, algún tipo de discurso algo menos populista (con su comunidad) y algo más posibilista.

Estamos ante un problema político, de seguridad, cuyo marco de definición y resolución esta en esos ámbitos, pero esta actividad en ningún caso constituye ni un problema existencial, ni un problema militar.

Lucha contra el terrorismo

Democracia y continuidad del Estado

Enfrentar el terrorismo es una tarea extraordinariamente compleja. En palabras de T.E. Lawrence «hacer la guerra contra los insurgentes es tan caótico y lento como comer sopa con un cuchillo»²⁴.

²⁴ LAWRENCE, T.E. Los siete pilares de la sabiduría. Editorial Óptima, Barcelona 2000, p. 154. Esta frase da título a la obra de Nagl, John A. Eating soap with a knife. University Press

La palabra contraterrorismo delata una dimensión negativa, en la medida en que plantea un carácter reactivo, surge y se define contra otro concepto. Es decir, no incorpora en sí misma sus razones, su ser, sino que estas le vienen de otro, del terrorismo al que se opone y que se cita como parte de la definición. Por eso, esta aproximación, de partida, resulta insuficiente. La lucha contra el terrorismo debe ir más allá de este y ser, por el contrario, expresión de la continuidad de los valores del Estado, una necesaria derivada de los mismos sin interrupciones, de la cual ciertamente deben surgir razones que determinen su contención primero y represión, después, pero sin que tal cosa sea necesariamente una «lucha», ni una alteración de su orden sino la prolongación natural de las esencias. Se lucha sin luchar realmente, como se hace contra la delincuencia, esto es, sin romper la armonía y centralidad del Estado. Para ello es preciso, imprescindible, buscar una dimensión positiva y, por tanto articuladora, para poder primarla y dotarla de continuidad.

Y es que la democracia incorpora per se una voluntad inclusiva, un esfuerzo por contentar aunque sea mínimamente a todos. No surge ni se goza en la represión. La cuestión no es que la fuerza utilizada sea la militar o de otra índole, toda vez que tan mala es una democracia militarizada como policial, si es que realmente una democracia así puede merecer tal nombre; la cuestión estriba en el menoscabo que del recurso a la fuerza se infiere para la legitimidad del régimen, lo que además propicia la deconstrucción de las sociedades en las que esta se instala. La democracia es el triunfo de la sociedad civil, su pleno desarrollo, y esta no puede construirse contra alguien —el chivo expiatorio— toda vez que esto además de ir contra su esencia, en ese supuesto, hasta se corre el riesgo de, perdido tan negativo apoyo, quedar coja.

De hecho el problema no es la fortaleza del grupo terrorista, ni la debilidad del Estado. El hecho decisivo es la debilidad de la sociedad, la existencia de profundas líneas de fractura que es lo que impide el establecimiento de un Estado fuerte. Una sociedad fuerte genera un Estado fuerte y viceversa. El terrorismo resalta las debilidades y contradicciones de la sociedad, pero estas son reales y anteriores a su violencia.

La definición weberiana del Estado como detentador del monopolio de la violencia legítima no puede restar luz al hecho de que el uso de la fuerza en una democracia real es, o debe ser, residual, porque el precio de tal cosa se mide en términos de legitimidad, ya sea frente a criminales comunes o terroristas. El poder es un tótem, es potencia no necesariamente acción, y se desgasta con su uso. La cuantía de la población carcelaria, de los descontentos con el sistema o de los que optan por no incorporarse y vivir al margen del mismo, afecta a la legitimidad y, con ello, al normal funcionamiento de las instituciones.

2005, p. XII.

Los valores de una sociedad no son aquellos de los que se hace prédica, sino de los que se hace práctica. Por eso no todos los métodos adversarios pueden ser asimilados por las democracias en nombre de la legitimidad, de la propia conservación o de la coherencia, en razón de la concepción de la libertad propia de ella²⁵. Esta lucha no puede afectar al sistema internacional, ni cambiar las sociedades condicionando su legalidad, sus valores o su privacidad. Los valores propios no se defienden cambiándolos. Ese precisamente sería su éxito.

La democracia es algo más que un Estado de derecho, unas elecciones o un sistema de balances y contrapesos; que también. Es ante todo una ética, una cultura, que implementa el espacio que va desde la norma hasta su puesta en práctica, una forma de hacer las cosas, así como un estado de deliberación permanente entre gobernantes y gobernados que garantiza una respuesta concertada y poderosa *per se*. Es, entre otras cosas, el gobierno de la mayoría ejecutado con respeto a la minoría. «La democracia ha perdurado porque sus instituciones están diseñadas para manejar formas moralmente arriesgadas del poder coactivo»²⁶.

Sobre esta base, tratar de hacer prospectiva sobre lo que debería ser la postura frente al terrorismo es reconocer su importancia y, con ello, en la lógica de lo apuntado hasta ahora, contribuir a su legitimación con el riesgo añadido de, en palabras de Mao, «conducir a los peces allí donde hay más agua»²⁷.

Una postura rompe con la continuidad antes aludida y además es un concepto estático, una forma que es difícil de aplicar a un fenómeno diverso y dinámico y que, por su rigidez, no termina de encajar con él en todos los casos por lo que, siguiendo el pensamiento de Shinmen Musashi,²⁸ quizá lo que conviniera adoptar es «la actitud de la no-actitud»²⁹ con la que se responde proporcionalmente en cada caso siguiendo de un modo reflejo los principios axiológicos que han permitido la conformación doctrinal de la democracia y que, como el agua, son adaptados a cada situación pero sin variar su esencia: «vencer es fácil, ser vencido es fácil. No vencer ni ser vencido; he ahí el verdadero Camino»³⁰.

Ciertamente la aparente debilidad de la democracia enmascara una fuerza arrolladora: la voluntad concertada de millones de personas. En este contexto, la actuación del Estado además de débil es tardía, aparenta ser ineficaz y

²⁵ DE PABLO PARDO, Luís María. *Prólogo* al libro de MAO TSE TUNG. La Guerra de Guerrillas. Editorial Huemul S.A. Buenos Aires 1966, p. 19.

²⁶ IGNATIEFF, Michael. El mal menor. Editorial Taurus, Madrid 2005, p. 27.

²⁷ MAO TSE TUNG. La Guerra de Guerrillas. Op. cit., p. 76.

²⁸ MUSASHI, Miyamoto. El Libro de los Cinco Anillos. Miraguano S.A. Ediciones, Madrid 2004, p. 111.

²⁹ *Ibidem*, p. 51.

³⁰ *Ibidem*.

puede, incluso, incitar a los agentes que lo combaten a tomar atajos. El Estado de derecho tiende a ir por detrás de los sucesos, rara vez por delante. Esa lentitud es el precio que ineludiblemente ha de pagarse al tener que gestionar un poder tan inmenso. Y sucede que, perdidos en el fragor de la batalla, a veces se olvida este hecho pese a su naturaleza capital; es más, la espiral acción reacción base en no pocas ocasiones de las estrategias de los grupos terroristas es un buen ejemplo de lo natural de este descuido; los grupos terroristas usan esta táctica tan manida simplemente porque funciona.

Podría afirmarse en este contexto, y la Historia, siempre maestra, respaldaría tal afirmación, que el terrorismo en su lucha contra la democracia solo puede prosperar cuando se cometen errores luchando contra él. La reacción es más peligrosa que la acción que la causa. Y es que, no hay nada peor que aceptar y asumir las propuestas del enemigo —esto es, reaccionar como ha previsto— así como los tiempos que este marca. En no pocas ocasiones, el vencedor es quien «supo resistir más tiempo, soportar más bajas y mantener su fe en la victoria»³¹.

Y es que cuando de terrorismo se trata, no dejan de proliferar las respuestas extremas que no aceptan que los problemas políticos, como el terrorismo, rara vez se resuelven sino que se gestionan. Y para ello se precisa firmeza, serenidad y paciencia estratégica pero también de persistencia.

El mayor peligro es la desmesura y el desenfoque a la hora de articular la respuesta. El terrorismo, pese a sus apariencias y por muy ilegítimo que resulte, es un fenómeno político y, por tanto, solo puede ser derrotado políticamente. Hay que seguir una estrategia y desarrollar los propios movimientos con independencia de los suyos. El desenganche estratégico es capital.

El terrorismo plantea su batalla en términos emocionales, en los que ni la verdad ni la racionalidad constituyen más que hitos o instrumentos solo importantes por su impacto psicológico. Pero el Estado no puede permitirse algo que en el largo plazo —y los Estados tienen vocación de eternidad— puede resultar contraproducente, además de contrario a sus esencias. La violencia no es inútil pero incorpora para el que la emplea severos peajes de los que no se debe dispensar a los terroristas; ellos pretenden dejar el pago para el futuro, vencer y no hacerlo. La extrema violencia permite sofocar el terrorismo, aunque conviene no olvidar lo dicho por Hannah Arendt cuando señala que «como la finalidad de la acción humana...nunca puede ser fiablemente prevista, los medios utilizados para lograr objetivos políticos son, más a menudo que lo contrario, de importancia mayor para el mundo futuro que los objetivos propuestos»³².

³¹ PIZARRO PIZARRO, José A. La guerra de Indochina punto de inflexión de la historia militar contemporánea. Tesis doctoral Universidad Complutense, Facultad de Geografía e Historia 2007, p. 465.

³² ARENDT Hannah. Crisis de la República. Taurus, Madrid 1973, p. 148.

El problema de combatir los grupos radicales es que estos se constituyen en torno a imperativos morales, siendo en Occidente la moralidad un espacio sobre el que el Estado no tiene jurisdicción hasta que los principios que promueven no se materialicen en una actividad ilegal. Es más, estos grupos pueden hacer una vida independiente del Estado del que forman parte pues cumplen sus leyes; la cuestión es que su demanda moral les separa de la sociedad que los acoge. El derecho a la intimidad se encuentra en los pilares de Occidente.

Es más, esto conceptualmente hace que debamos retrotraernos nada menos que al juicio de Tomás Moro en el Palacio de Westminster, cuando reclamaba su derecho a pensar lo que quisiera, hecho este que acabó por costarle la cabeza. La libertad de pensamiento el principal valor, el eje, desde el que Occidente construye su discurso, no es un producto eterno sino el fruto de toda una evolución. Su formulación se produjo durante la Ilustración, antes no era sencillamente concebible, procediendo su planteamiento al célebre juicio de Moro. Pero es que sus raíces están en el *cogito ergo sum* de Descartes, en la duda como metodología. Y esa duda arranca de la tradición de desconfianza y suspicacia, griega y romana que construyeron su sistema institucional como un juego de balances y contrapesos: dos cónsules, división de poderes... La isonomía y la isogoría, la igualdad ante la ley y la igualdad en el uso de la palabra, en los derechos políticos, devienen connaturalmente también de esos tiempos.

Occidente no es tanto la libertad como la duda. Occidente es la civilización de la duda de todo e incluso de sí misma, ese es su signo distintivo; sobre la duda se construye la tolerancia, porque una persona que duda tiende más a tolerar a otros que no piensan como él. La tolerancia incorpora aún un componente asimétrico que tiende a desaparecer con el reconocimiento y el tiempo, y entonces viene la igualdad; y de ahí llega por desarrollo natural la libertad. Y esa duda obliga incluso a escuchar las demandas del terrorismo porque, en no pocas ocasiones y países, los propios orígenes de la democracia son violentos.

La victoria es siempre propia de una sociedad fuerte no de un Estado fuerte, que también. Porque si la sociedad es fuerte y el Estado se debilita lo cambiará y nada sucederá. En Francia a la monarquía le siguió la I República, el Consulado, el Imperio, la monarquía, la II República...lo que hiciera falta para la sociedad. Y dudar de uno mismo no es ser débil, sino occidental. De hecho la duda es la base del progreso de Occidente. La falta de dudas es característica de ignorantes, talibanes... gentes que no sirven de ejemplo.

Seguridad y excepción

El terrorismo también obliga a efectuar sacrificios en nombre de la seguridad, que afectan no ya la libertad sino al propio acervo de las sociedades contra las que actúa. Un precio excesivo para las ventajas reales que pueden

obtenerse de tales renunciaciones. Por ello es preciso entender y valorar adecuadamente una cuestión clave. Mientras el terrorismo sea tal, la amenaza no es militar, por más que aspire o simule serlo, sino política. Y eso es un aspecto esencial a la hora de diseñar la respuesta.

La lucha contra el terrorismo requiere de prevención e incluso de medidas específicas. La cuestión se sitúa en los límites en que se debe desarrollar esta. El margen será mayor o menor en función de la naturaleza de la amenaza, precisándose la tutela judicial como una garantía legitimadora, aunque sabiendo que, con todo, se dejará parte de la legitimidad en la lucha, porque la imposición de restricciones ayuda a su limitación. Como apunta Hannah Arendt³³ la policía rusa no fue ajena a la revolución rusa.

No obstante, Michel Ignatieff³⁴, mirando la validez y permanencia de los derechos, considera que las excepciones no destruyen la norma sino que la salvan, siempre que sean temporales y estén justificadas como último recurso. De esta manera pretende establecer un equilibrio entre libertad y necesidad, entre el principio puro y la prudencia. Recuerda que los Estados deben adaptarse no solo a los criterios y estándares nacionales sino también a los internacionales, señalando como las democracias suelen sobre reaccionar ante un hecho terrorista comprometiendo con dicha reacción su propia legitimidad, que es el envite real que deben soportar. Aunque, recordando ahora a Carl Schmitt, «soberano es el que decide la excepción»³⁵.

De esta manera Ignatieff mantuvo un tiempo una postura pretendidamente equilibrada que obligaba a elegir entre el «mal mayor» (el terrorismo) y una serie de medidas que califica como «males menores», llegando a fundamentar (es verdad que con escrúpulos no exentos de notables contradicciones) limitaciones de determinados derechos, libertades y garantías propias del Estado de derecho³⁶, la tortura («el caso más difícil de la ética del mal menor»), el asesinato selectivo o la acción militar preventiva³⁷. No obstante después se arrepentiría y rechazaría estas fórmulas al constatar el precio de tal opción.

Y es que, una ficción deja de serlo cuando se considera real lo que, por otra parte, hace que la reacción sea siempre equívoca porque no deja de ser una ficción cuando ya la respuesta no lo es. Las medidas excepcionales deben ponderarse exquisitamente porque la mayor parte de las veces no son rentables y, desde luego, no se puede hacer de lo excepcional una norma habitual.

La actividad terrorista presupone un enfrentamiento entre diferentes modelos estratégicos y capacidades, lo que impide el isomorfismo clauswitziano

³³ ENZENSBERGER, Hans Magnus. Política y delito. Seix Barral, Barcelona 1968, p. 291.

³⁴ IGNATIEFF, Michael. El mal menor. Op. cit., p. 9.

³⁵ SCHMITT, Carl. El concepto de lo político. Folios Ediciones, Buenos Aires.

³⁶ IGNATIEFF, Michael. El mal menor. Op. cit.

³⁷ RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis. El derecho internacional humanitario como instrumento en la lucha contra los actos de terror. Tirant lo Blanch, Valencia 2007.

de las estrategias militares, la tendencia de las partes a imitarse. Y es que, la guerra es interactiva y los contendientes, por inercia, tratan de superarse los unos a los otros sin límite en cuanto a la violencia teórica que van a utilizar; como resultado, al cabo de un tiempo terminan pareciéndose entre sí en infinidad de detalles y las diferencias iniciales que les separaban cuando comenzaron a enfrentarse terminan por desaparecer³⁸.

Los terroristas tratan de presentarse como si se tratara de un ejército aunque su proceder no se ajuste a las leyes de la guerra. La postura inversa, que sean los fuertes los que asuman los métodos de los débiles para enfrentarse a ellos, también tiene su atractivo, como Napoleón apuntaba «frente a los partisanos hay que actuar como un partisano»³⁹.

Y es que la asimetría lleva implícita una concepción novedosa de conducción de la guerra⁴⁰ e implica una importante tensión entre racionalidad y emocionalidad. Las partes implicadas en un enfrentamiento asimétrico corren el riesgo de caer en el nihilismo al traficar con el mal y utilizar unos límites que tienden a expansionar la violencia, y que pueden ocasionar que un enfrentamiento de ideales acabe convertido en un mero enfrentamiento de violencias, con una lógica propia y sin mayores propósitos⁴¹.

Los fuertes, los grandes, no saben hacer guerras pequeñas ni siquiera cuentan con la paciencia precisa⁴². No están preparados para aplicar esa metodología, por más que la guerra tienda a igualar a las partes, y no solamente porque sus sociedades no lo acepten, que también. En la guerra de Argelia:

«Los paracaidistas siempre han insistido en que se les dio un trabajo que no era el suyo, un oficio de policía para el que nadie les había preparado, y que enfrentados al dilema ellos o nosotros eligieron lo obvio. El empleo de los llamados interrogatorios «muscle» es algo que nadie pone en duda. En Argel se empleó la tortura para conseguir información que permitiera terminar con la oleada de ataques terroristas. Los franceses insisten en que sus víctimas no fueron tratadas ni de lejos como lo habían sido los soldados franceses en manos del FLN, y es cierto, pero la crisis de conciencia provocada ocasionaría un terremoto político»⁴³.

El terrorismo es un acto de provocación que pretende la denuncia y el cambio de roles, lo cual no es difícil porque la lógica del proceso no es la lineal,

³⁸ PIZARRO PIZARRO, José A. La guerra de Indochina punto de inflexión de la historia militar contemporánea. Op. cit., pp. 5 y 6.

³⁹ ARON, Raymond. Pensar la guerra, Clausewitz. T. II. Ministerio de Defensa, Madrid 1996, p.197.

⁴⁰ JORDÁN, Javier y Calvo, José Luís. El nuevo rostro de la guerra. Ediciones Universidad de Navarra, Barañáin 2005, p. 42.

⁴¹ IGNATIEFF, Michael. El mal menor. Op. cit., p. 11.

⁴² GONZÁLEZ MARTÍN, Andrés; MORÁN BLANCO, Sagrario. Asimetría, guerra e información. Editorial Dilex, Madrid, 2009.

⁴³ PIZARRO PIZARRO, José A. La guerra de Indochina punto de inflexión de la historia militar contemporánea. Op. cit., p. 432.

sino dialéctica, una lógica de transformación. El terrorista utiliza las respuestas del Estado para presentarse como un amante de la paz inevitablemente compelido a la acción mientras el Estado, del que solo se visualizan sus atribuciones coercitivas, es presentado como represor.

La respuesta del Estado de derecho, como ya se ha visto, es siempre tasada y lenta, parece ineficaz pues la utilización de la fuerza en este marco es, por principio, residual y reactiva. Pero su poder es incontestable. El Estado sí puede permitirse perder para ganar. No le merece la pena el precio de una victoria rápida, porque en este precio van incluidos los intangibles y parte de su alma. Es fuerza, poder, si hay legitimidad, y violencia si no la hay. La clave es, por tanto, la legitimidad pero también una victoria que todo lo santifica.

Hoffman, aludiendo a las acciones represivas de las fuerzas francesas durante la guerra de Argelia, cita al general Massu cuando afirma que «los inocentes merecían mayor protección que los culpables» para señalar a continuación como la acción represiva de los paracaidistas favoreció la movilización de los argelinos y deslegitimó a sus fuerzas ante su propia opinión pública⁴⁴.

Así, Francia en Argelia no podía vencer decisivamente ni traer de vuelta el Ejército a la metrópoli, con lo que su opinión pública se hastió y acabó por imponerse la retirada. Una democracia liberal no libra una guerra contra sus propios principios ni contra la voluntad de quienes no se quieren dejar dominar, es imposible asimilar y a los que ningún acto de terror convertiría al patriotismo francés. La clave del problema era más propiamente política que militar. La población musulmana, por persuasión o por terror, se ponía del lado de los rebeldes, un enemigo al que los coloniales no lograban distinguir.

Como prolongación de este razonamiento la denominada guerra sucia resulta equívoca en una democracia cuya legitimidad está en el consenso de la comunidad. Cosa distinta es una dictadura cuya fuente de legitimidad solo radica en la eficacia. Consecuentemente, el fracaso de la guerra sucia en democracia obedece a tres razones.

En primer lugar, pervierte la célebre ecuación de Clausewitz al suponer la subordinación de la política a la táctica, esto es el pago de un precio político y permanente por una victoria puntual y efímera que además muy difícilmente va a resultar resolutoria; aun es más, en este envite no se resuelve el problema porque el centro de gravedad del terrorismo no son las personas sino su discurso, la narrativa que queda incólume, cuando no reforzada, y servirá para la producción de nuevas generaciones de terroristas. Por tanto, la guerra sucia, sin opciones reales de resolver el problema, arriesga la principal baza del Estado, que es su legitimidad y el no reconocimiento de los terroristas como parte. El terrorista en tanto que delincuente es sujeto de la ley común; cualquier otra acción modifica su estatus y realimenta su discurso.

⁴⁴ HOFFMAN, Bruce. Historia del terrorismo. Op. cit., pp. 92 y 93.

Los excesos no pueden ser asumidos. Con ello y siguiendo la dialéctica clauswitziana se está igualando a las partes, sin conseguir nada a cambio y con menoscabo interno y externo del Estado. Piénsese en el precio político medido en términos de legitimidad e imagen que pueden suponer unas fotografías como las de Abú Graib en todos los escenarios (y no solo en Irak) en que los EE.UU., en el presente y en el futuro, tenga desplegadas tropas, frente a las más que limitadas ventajas tácticas que como resultado de las prácticas realizadas no hubieran podido obtenerse; y eso al margen de que la Administración norteamericana no hubiese autorizado semejante proceder.

En una democracia real del siglo XXI, no puede existir «terrorismo de Estado», porque el Estado no asume una violencia que rechaza y le contradice así mismo, por más que pueda estar implicada alguna de sus ramas, mientras el sistema de balances y contrapesos reaccionará frente a este desequilibrio; si acaso, a lo más existe un «terrorismo de gobierno» que el Estado precisamente está obligado a combatir y cuya legitimidad solo reinstaura cuando lo destruye. La célebre «Ley de Sospechosos»⁴⁵ de la época jacobina hacía de cualquier sospechoso un culpable por el mero hecho de serlo y supuso una mancha políticamente innecesaria en el salto adelante que fue la Revolución francesa. En la lucha contra el terrorismo, y esa es la experiencia española, se ha de ser irreprochable. Treinta años después la sociedad debe sentirse orgullosa de como procedió llegado el trance.

Cabe concluir otra vez que el problema no es militar —este está resuelto de antemano, la clave no es ganar la guerra, sino ganar la paz—, ni siquiera de Seguridad (aunque el arresto de terroristas es un paso adelante, son estrategias de contención) sino principalmente político. Y el Estado social y democrático de Derecho, debe ser la piedra angular del discurso propio.

El papel de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado

Ineludiblemente, la lucha contra el terrorismo debe contar con elementos coercitivos que atiendan físicamente y planten cara al reto que este plantea. Si bien estos, considerando la lógica expuesta, deben reducirse a sus térmi-

⁴⁵ «Artículo 1. Inmediatamente después de la publicación del presente decreto todos los sospechosos que se encuentren en el territorio de la República y que estén aún en libertad serán detenidos. 2. Se considerarán sospechosos: 1.º Los que por su conducta, por sus relaciones, por sus propósitos o sus escritos, se han mostrado partidarios de la tiranía o del federalismo y enemigos de la libertad; 2.º, los que no puedan justificar sus medios de existencia y el cumplimiento de sus deberes cívicos; 3.º, aquellos a los que se hubiera negado el certificado de ciudadanía; 4.º, los funcionarios públicos suspendidos o destituidos de sus funciones por la Convención nacional o por sus comisarios, y no rehabilitados; 5.º, los hasta ahora nobles, comprendidos los maridos, mujeres, padres, madres, hijos o hijas, hermanos o hermanas, y los administradores de emigrados, que no hayan manifestado constantemente su adhesión a la revolución; 6.º, los que han emigrado desde el 1 de julio de 1789, aunque hayan vuelto a Francia. [...]».

nos mínimo a los efectos de no reconocer su fuerza, y con ello su legitimidad, y no desgastar el poder, y con ello también la legitimidad, de la democracia. Pero también y al mismo tiempo, la sociedad debe sentirse segura. El Estado, y con ello la seguridad, debe ser visible puesto que el terrorismo supone su cuestionamiento, *salus populi suprema lex*. La prevención es necesaria pero también debe ser muy tasada. Se precisa un equilibrio entre conceptos bien distintos.

El trabajo que ha de emprenderse consecuentemente podría calificarse como de cirugía no invasiva (o cuanto más mínimamente; incluso mejor aún, que sea su propio grupo social quien les expulse): con vistas a extraer los elementos subversivos del núcleo social con el que tratan de confundirse sin dañarlo. Es ciertamente una función policial que ha de ejercitarse con pericia y un control estricto de modo que pueda evitarse que la parte se confunda con el todo, y el fin con los medios. Es un trabajo de profesionales, de policías. Con el terrorismo se acaba con pedagogía, pero mientras esta hace efecto, deteniendo comandos.

No se debe escenificar esta lucha como si de una guerra se tratara, porque en la definición del contendiente podría incluirse íntegramente, por ejemplo, a la comunidad musulmana en su conjunto propiciándose la fractura de la sociedad y el choque intercomunitario, el escenario peor de los posibles.

Simultáneamente y como se decía, el Estado debe de hacerse visible y mostrar su voluntad de restaurar el orden y devolver la tranquilidad, en este escenario y con tal propósito, puede ser necesaria la presencia de las Fuerzas Armadas aunque sea para restituir la imagen de poder, y al margen de consideraciones operativas y de seguridad a las que también ayudaría.

Lo importante y lo urgente corresponden a planos de valoración distintos y que no deben superponerse. La policial es una respuesta necesaria y a corto, pero que no debe de hacer olvidar las políticas orientadas al largo plazo y que atienden al fondo del problema.

La utilización de las Fuerzas Armadas en esta lucha más allá de cuestiones puntuales, derivadas de la visibilidad o de la falta de personal, encarna ciertas ventajas pero también algunos inconvenientes toda vez que se está contraponiendo a un movimiento dinámico, un componente estático, lo que hace vaticinar su carácter poco efectivo.

Y eso no solo requiere de preparación y pericia, sino de una cultura, una doctrina y habilidad específica en la que el soldado, por principio, no tiene por qué estar preparado. De hecho, el tipo de conflicto le obliga a realizar labores hasta de inteligencia interna, cosa que se manifiesta alejada de una cultura asentada sobre la lealtad, la obediencia y el compañerismo. El militar, por norma general, entiende mal la vileza y perversidad inherente a la práctica terrorista; esta escapa a su cultura y concepción del mundo. Todo ello, unido a los graves problemas culturales y éticos que se le plantean y las contradicciones en que se desarrolla su actividad, puede acabar socavando su moral.

Aun es más, esta incapacidad para resolver definitivamente un conflicto que se prolonga en el tiempo, puede provocar la pérdida de la ecuanimidad y errores al tratar de obtener resultados en el corto plazo (que es normalmente el marco habitual de su trabajo) a la vez que frustración y exasperación en el colectivo, haciendo fácil caer en la indeseada espiral acción reacción (acción represión) y presenta a las Fuerzas Armadas como enemigas de la parte de la sociedad de la que los terroristas se autodesignan representantes. El resultado es que, a corto plazo mejoran las políticas de seguridad pero a largo plazo, de implarse en labores policiales, incorpora severos peajes políticos que pasan por el reconocimiento de la importancia del grupo terrorista y su capacidad.

Para el grupo terrorista la entrada de las Fuerzas Armadas en la lucha supone una verificación de sus propuestas deslegitimadoras. Esta, a la inversa de las Fuerzas Armadas, se paga en términos operativos, pero sus réditos se obtienen en el ámbito de lo político. Se trata a la postre de una victoria en la medida en que encarna un reconocimiento de sus capacidades toda vez que fuerza al Estado a realizar una actuación excepcional.

El debilitamiento operativo de los terroristas, la presión, sirve para cohesionar el grupo y, lo que es más importante, fortalece su discurso, mientras le dota de una visibilidad y atrae la atención internacional. Su actuación está orientada en la explotación de las fisuras no militares del oponente, el aprovechamiento violento de las constricciones del Estado de derecho y del Derecho Internacional, la búsqueda del colapso social del enemigo a través de operaciones de pequeña entidad o la prolongación de las operaciones. En palabras de Raymond Aron «los guerrilleros ganan la guerra cuando no la pierden y quienes luchan contra ellos la pierden sino la ganan»⁴⁶. Los terroristas están altamente motivados.

Así, los terroristas tratan de identificarse con los militares, ganando puntos en la batalla narrativa, mientras actúan sin someterse a sus constreñimientos aduciendo su excepcional situación de debilidad. Esto, unido al victimismo característico, contribuye al reforzamiento ante su grupo de apoyo del cual se presentan como conciencia, mostrando al conjunto del Estado y a sus Fuerzas Armadas como si se trataran de unas fuerzas de ocupación ajenas por completo a la sociedad en cuyo nombre dicen actuar.

Así, cuando a finales de los setenta, las Fuerzas Armadas británicas operaron en el Ulster como fuerza de interposición ante el desarrollo de una escalada de violencia, el IRA hizo ver que no eran fuerzas neutrales ante hechos como el arresto en 1971 de cientos de católicos de los que solo unos pocos resultaron acusados. Son los peligros de una respuesta que el terrorista invariablemente trata de utilizar para legitimar su causa sumándola a su monólogo, lo cual requiere su uso meditado y extremadamente cuidadoso.

⁴⁶ ARON, Raymond. *Pensar la guerra*, Clausewitz. T. II. Op. cit., p.197.

Aun es más, la actuación del Ejército británico tras el levantamiento de Pascua de 1916 en Irlanda y las ejecuciones que siguieron a este, convirtieron en mártires a quienes hubiera podido presentar como peligrosos para la comunidad y para sí mismos además de torpes e incompetentes. La independencia de Irlanda está ligada a esa acción represora. El poeta Yeats supo captar magistralmente ese momento en el poema que da entrada a este capítulo, la terrible belleza surgida y que acabó por dar a luz la independencia de Irlanda.

La utilización directa del poder militar en la lucha contra el terrorismo es una cuestión que ineludiblemente llama la atención de la comunidad internacional y, consecuentemente, contribuye a la visualización del conflicto que se convierte en foco de interés para una sociedad internacional sensibilizada por constatados excesos (a los que de cierta manera se pone en paralelo), y que se mantiene vigilante a través de mil ojos distintos (unos a favor, otros activamente en contra y recurriendo a los medios, algunos manipulados por los terroristas) frente a cualquier actuación desproporcionada. Surgen dudas y todos tienen una opinión.

De hecho, uno de los objetivos de los terroristas frecuentemente es la internacionalización del conflicto toda vez que esta supone una ampliación del marco en el que este se desarrolla. Al ampliar el marco la diferencia de capacidades de las partes se diluye al tiempo que se introducen en el escenario nuevos actores susceptibles de modificar por su intervención la composición de fuerzas vigentes.

Esa misma comunidad cuando mira al conflicto no puede evitar ver en él dos partes perfectamente diferenciadas y buscando la «neutralidad» tratar de entender al otro — para ello hay que aproximarse a él, ponerse en su lugar—, lo que supone de partida además de exportar el discurso, un plus de publicidad y de legitimación. Los manifiestamente débiles, los *freedom fighter*, errados o no, siempre inspiran simpatía.

En este esfuerzo de una forma u otra, a veces más y otras menos, se diluyen los distinguos con lo que se está produciendo, explícita o implícitamente, la equiparación de quienes se visualiza como contendientes; la sangre cuando se derrama lejos, si se ve emociona menos, aquí las razones son más importantes y, a la contra, no se entiende su impacto psicológico en quienes los combaten, que además parecen abusar de su manifiesta superioridad; nada les es perdonado. El victimista discurso del terrorismo se hace más visible. Una buena foto de represión puede significar la victoria decisiva; y siempre es posible obtenerla.

Cosa diferente de lo expuesto hasta ahora es la utilización de las Fuerzas Armadas en labores de apoyo a la actuación de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, de los auténticos especialistas, haciendo labores de protección de infraestructuras críticas, vigilancia..., e incluso alguna intervención puntual pero siempre en un segundo plano, esto es, apoyando no liderando. La seguridad mejora sensiblemente y no hay canon político por ello.

La colaboración internacional como eje de la respuesta. La ONU

Como se ha visto, nos encontramos ante un problema de dimensiones globales y que, por tanto, debe ser abordado por la sociedad internacional en su conjunto. Contra lo que parece e incluso contra lo que se predica, las fronteras han demostrado que no son un obstáculo para los terroristas, mientras, por el contrario, la fragmentación que imponen dificulta la cooperación interestatal. En este marco es obligado potenciar el papel de las Organizaciones Internacionales, comenzando por la Organización de las Naciones Unidas que, en su momento, fue identificada por al-Qaeda como uno de sus principales rivales.

Antes de evaluar el proceder de la ONU hay que partir de dos consideraciones básicas. Primero: La acción de la ONU, como el Derecho, en general sigue a los acontecimientos. Segundo: la ONU es un órgano de concertación política. Esto es, las decisiones adoptadas en su seno son decisiones políticas, no decisiones operativas. Por su nivel de inconcreción podrían parecer acuerdos de mínimos, pero suponen y representan la voluntad concertada de miles de millones de personas, una fuerza apabullante. Disponer de un lenguaje común y un espacio permanente de reunión no es una cuestión baladí, es la primera de las cuestiones, la cuestión cero, sin la que nada resulta posible.

Esas decisiones calan a nivel estratégico y con el tiempo llegan al nivel táctico, dotando de una mayor coherencia y sentido a las actuaciones comprendidas a nivel global. Esto es hasta tal punto así que podemos afirmar el papel fundamental de la ONU en la elaboración de la legislación criminal y antiterrorista. Y es que cada país cuenta con un sistema legal propio construido desde diferentes reglas y principios inspiradores, toda vez que el Derecho surge para dar respuesta a las demandas de cada cultura conforme a sus claves específicas. La diversidad así no es solo inevitable sino también deseable, en la medida en que supone adaptación al cuerpo social; al final la realidad es una y eso hace las respuestas no muy diferentes entre sí, pero no iguales. También es deseable la existencia de mecanismos de interfaz, así como de una base común, esto es, de una similar comprensión de los grandes crímenes de relevancia internacional.

La labor de la ONU en este sentido es capital, pues ayuda a pensar en clave internacional y desde los valores auspiciados por la Carta. Es más, puede afirmarse que ha hecho evolucionar la conciencia internacional sobre el terrorismo por más que los arabescos inherentes a la acción diplomática y su diferente concepto del tiempo puedan trasladar otra impresión. Su labor favorece una cultura común ya que ha contribuido a fijar un lenguaje, estandarizando el significado de las palabras, y con ello, ha favorecido el mutuo entendimiento, lo que posibilita su adecuación al marco legal de cada país, generando procedimientos y principios acción. Esto a su vez, ha provocado una nueva expansión de la normativa, ya que esta requiere de

la generación de protocolos adicionales para su implementación. Todo ello lo ha hecho desde el respeto a los Derechos Humanos que se han visto así potenciados.

Eso no quita la existencia de problemas de interpretación sobre los conceptos a nivel regional/internacional. Dependerá del marco elegido y es una de las razones para que no se alcance una definición de terrorismo. Otro problema añadido es la dispersión y fragmentación de las actuaciones de la ONU, fruto de las numerosas agencias implicadas en ella.

La ONU ha elaborado 14 convenios y 4 protocolos respondiendo a las necesidades básicas y preocupaciones que se le iban presentando en cada momento. En los años 70 secuestros aéreos, tras la Caída del Muro el problema de la proliferación y las Armas de Destrucción Masiva, y a partir del 2000 el terrorismo global. Como resultado, desde 1972, la ONU ha aprobado distintas resoluciones y dos convenios y la Estrategia Global contra el Terrorismo. El hecho decisivo en esta evolución, serían los atentados del 11S que motivaría se invocase el artículo 51 de la Carta que fija la legítima defensa individual y establece una obligación de cooperación a los Estados miembros. El 28 de septiembre, el Consejo de Seguridad, invocando nuevamente el Capítulo VII aprueba la Resolución 1373 en la que se imponen obligaciones políticas, legales y financieras a los Estados y se exige la ratificación de convenciones y protocolos⁴⁷.

La resolución por primera vez, y esto es extraordinariamente importante, impone obligaciones legales a todos los Estados, en vez de sanciones a culpables. Los Estados deben criminalizar el terrorismo, siendo esta una obligación legal y política. El debate de las causas estructurales queda apartado denunciándose la metodología terrorista con independencia de su causa⁴⁸. Todos los países que padecían el terrorismo, incluida España, se vieron beneficiados por la medida.

La acción de la ONU en el campo antiterrorista incorpora la ventaja comparativa que su legitimidad como actor global le confiere. A esto, que no es poco, se suma la fuerza moral de ser paladín de los Derechos Humanos y el Estado de derecho⁴⁹. La respuesta al terrorismo global debe abarcar todo el espacio político disponible.

La ONU está llamada a ser la cabeza, a liderar al rebaño de su legitimidad, un movimiento lo más amplio posible que dé respuesta, a nivel global, a los retos que plantea el terrorismo; un movimiento que debe incluir no solo a Estados sino

⁴⁷ RUPÉREZ, Javier. «Las Naciones Unidas en la lucha contra el Terrorismo. Primer balance». Cuadernos de Pensamiento Político. Enero/marzo 2005.

⁴⁸ Ibídem.

⁴⁹ CHOWDHURY FINK, Naureen; ROMANIUK, Peter; MILLAR, Alistair; IPE, Jason; «Blue Sky II. Progress and Opportunities in Implementing the UN Global Counter-Terrorism Strategy» Global Center on Cooperative Security, abril 2014.

a otras organizaciones y movimientos civiles⁵⁰, y especialmente, a las víctimas llamadas a ocupar un lugar central en la lucha. Los problemas de la respuesta de la ONU pueden concentrarse en dos: fragmentación e implementación.

En cualquier caso, la ONU debe hacer visibles y conocidos los éxitos de su trabajo, como una forma más de legitimarse y ser eficaz, toda vez que el propio mensaje la dota de nuevas fuerzas debiendo, por tanto, insistirse en el papel de la comunicación estratégica más allá de la mera retórica. Buena parte del éxito es la imagen del mismo. Los resultados de la labor de la ONU como legislador se han visto afectados por la falta de medios para su implementación y monitorización. Se han de encontrar los indicadores adecuados que otorguen un conocimiento de la situación lo más exacto posible, permitan su seguimiento y reevaluación posibilitando la implementación eficaz de nuevas medidas en un tiempo razonable para obtener resultados acordes al mandato recibido. Ello trae consigo el deslinde de lo político y lo operativo, y la asignación real de un área específica de despliegue ONU eficaz. Progresar en esta lucha es necesario⁵¹.

Aun es más, todavía quedan Estados que no han suscrito los convenios y convenciones internacionales contra el terrorismo ni las ocho recomendaciones contra la financiación emitida por el GAFI. Incluso ha habido Estados que se han demorado a la hora de acatar las medidas adoptadas por el Comité Contra el Terrorismo perjudicando la lucha contra al-Qaeda y el terrorismo Global. De hecho, puede afirmarse que las sanciones del Consejo contra al-Qaeda y los talibanes no han sido suficientemente apoyadas y cumplidas por los Estados miembros.⁵² Y si eso es así en un tema tan crítico y que suscita tanta unanimidad como la lucha contra el terrorismo, en otros campos se ha de esperar mucho más. La capacidad de legislar de la organización no es acorde con los medios que cuenta para implementar las disposiciones que aprueba y hacer un seguimiento de lo actuado por quienes tienen la responsabilidad de hacerlo.

Ciertamente la ONU precisa adecuarse al escenario geopolítico del siglo XXI, pero con sus defectos es un elemento clave en la coordinación a nivel político de la lucha contra el terrorismo y el crimen organizado. Lo bueno no es siempre lo mejor y el sistema internacional antes que ser justo (lo cual siempre resulta conveniente) necesita funcionar. No conviene confundir la realidad con los propios deseos; se debe aceptar un cierto retraso del Derecho sobre los sucesos que trata de controlar, pero el Derecho no ha podido seguir a la globalización a la velocidad que debiera, y esa es la raíz del problema toda vez que el espacio internacional se encuentra tan desregulado hoy y orientado por políticas de poder como lo estaba el Estado en los albores de la llegada del maquinismo.

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ <http://www.un.org/es/terrorism/highlevelpanel.shtml>

⁵² Ibidem.

Los juicios sobre organizaciones como la ONU que adolecen de los defectos inherentes al gigantismo, la autojustificación y los intereses de propio cuño, precisan realizarse con la debida perspectiva y plazo. La ONU es una organización sin lugar a dudas útil, por muy mejorable que pueda llegar a ser. Este solo planteamiento debe hacer reflexionar sobre la necesidad de potenciar la comunicación estratégica de la organización en un mundo en el que la imagen es un factor crítico. Y no solo referida al terrorismo, que también.

Su labor implica el consentimiento de miles de millones de personas, por lo que su papel ha sido, es y será relevante. Para luchar contra estas plagas del siglo XXI hace falta un lenguaje común, un marco para su realización, una base legal común en lo esencial y dentro de la necesaria diversidad, así como mecanismos establecidos y eficaces de cooperación e intercambio. Profundizar en la concertación en los niveles operativos y tácticos es el siguiente paso. Así, la asistencia técnica a los Estados que no cuentan con las capacidades necesarias es esencial, igualmente la vigilancia sobre la implementación efectiva de las medidas necesarias para el cumplimiento de convenios y resoluciones del Consejo de Seguridad.

El espacio europeo como espacio de cooperación

La Unión Europea ocupa un espacio de centralidad en el proceso, no en tanto que campo de batalla mediático y secundario en el que el terrorismo yihadista ha desplegado sus acciones, sino por el carácter nuclear que le otorgan unos valores propugnados desde el ejemplo y el éxito en todos los términos con los que se ha saldado su implementación, lo que le dota de una legitimidad adicional con la que otros actores por sí solos no cuentan y que supone la voluntad concertada de 580 millones con una tradición histórica de democracia detrás.

El espacio Schengen ha propiciado un marco creciente de concertación y coordinación de las actuaciones policiales y de inteligencia que ha crecido exponencialmente especialmente a partir de 2015, después de los atentados de Charlie Hebdo. Las directrices políticas han permeado a nivel operacional y táctico, aunque hay margen de mejora hasta los límites del intercambio en tiempo real. Se ha generado una cultura de colaboración fruto de la cual han aparecido redes de contacto, formales e informales y un espacio de confianza e interacción. Aunque se ha avanzado en estas cuestiones, es preciso incrementar la cooperación internacional, dentro y fuera de la Unión, en asuntos policiales, judiciales, de inteligencia y penitenciarios, así como para cegar el acceso de los terroristas a recursos financieros.

Distintos grupos, agencias y reuniones institucionalizadas de todo tipo aseguran la concertación de las acciones, no obstante, estas por su amplitud, no pueden ser objeto de este capítulo. Pero esto no puede convertir a la Unión en una reedición más de la «Fortaleza Europa».

Europa, aunque solo sea por su propio interés, debe propiciar la estabilidad de su entorno que alcanza hasta el Sahel y con ello reducir las condiciones socioeconómicas que sirven de caldo al terrorismo. Piénsese las consecuencias que podrían tener la inestabilidad de países como Argelia y Marruecos dado el peso que tiene su emigración en el continente o pondérense las importantes cifras de yihadistas de la vecina región del Rif. Su seguridad es la nuestra.

En fin, Europa debe seguir la estrategia para combatir el terrorismo yihadista que funcionó bien en España contra un enemigo terrible. Unidad política, solidaridad con las víctimas, fomento decidido de la cooperación internacional, principalmente en asuntos policiales y financieros, respeto a la legalidad, confianza en el trabajo de las fuerzas de seguridad y los servicios de inteligencia, añadiendo en este caso el pleno respaldo a los esfuerzos internacionales para degradar al yihadismo. No obstante, debe tenerse en cuenta que las medidas antiterroristas son fundamentalmente responsabilidad de las naciones⁵³.

Los Estados fallidos y el yihadismo

Uno de los principales problemas que se le plantea a la sociedad internacional es el provocado por los denominados Estados fallidos, entes que son objeto de derecho y regulación pero que incumplen su función principal y fracasan en el monopolio de la violencia legítima, permitiendo que, en un territorio y al resguardo del paraguas de una soberanía ficticia y la no injerencia en los asuntos internos, se desarrollan actividades contrarias al Derecho Común y que, consecuentemente, pueden acabar por exportar inestabilidad al conjunto de la región, al permitir que se instale en ella grupos criminales y terroristas. Esta idea enlaza con el denominado derecho de injerencia idea contrapuesta al principio de soberanía. Ambos conceptos son reclamados simultáneamente por las sociedades del siglo XXI, sin que exista una fórmula que permita resolver el caso con carácter general. El Consejo de Seguridad puede ser una solución al problema planteado. Para más endé, la solución prevista.

Las intervenciones de la comunidad internacional hacen que la adopción de actitudes preventivas sea algo más que discutible en la medida en que se ha comprobado que lejos de resolver el problema, genera consecuencias desestabilizadoras para el conjunto de la región y sitúa a los Estados democráticos en contradicciones difícilmente irresolubles, motivadas por el desarrollo de una política exterior que no es una prolongación necesaria de sus valores ni de su política interior y que hace dudar de los intereses que sirven para

⁵³ AYUELA, Francisco; AZNAR, Federico. «El trampantojo del terrorismo yihadista». DIAEE 30-2016 http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_analisis/2016/DIEEA30-2016_Trampantojo_Terrorismo_FAFM_J.Ayuela.pdf

auspiciarla. Y, además, supone implícitamente la responsabilidad de asumir las acciones y costos que contribuyan a ello, durante un largo periodo de tiempo.

No se trata de ganar ninguna guerra, entre otras razones porque, como ya se vio, el desequilibrio de las armas es manifiestamente favorable a Occidente, y la victoria es claramente insuficiente sino en algo más complejo y creativo como es ganar la paz, esto es en la resolución política del contencioso planteado. Visto así el diagnóstico es otro. El problema se sitúa en qué hacer con la victoria después de obtenerla, cuál es su utilidad. Entrar en guerra se convierte en el siglo XXI en un compromiso para Occidente con el desarrollo del vencido, de quien uno se hace responsable en virtud de la violencia practicada. La victoria se torna en costosa, en un compromiso que se adquiere sobre la base de las causas humanitarias que justificaron el conflicto.

Tal compromiso requiere de reforzar Estados debilitados, productos de sociedades igualmente debilitadas cuando no fracturadas, con objeto de transformar la violencia en un proceso constructivo y cambiar de paso la referencia. Se fortalece al Estado con el propósito final de fortalecer la sociedad, que es el auténtico órgano enfermo y el corazón del problema; se trata de practicar la pedagogía, lo que precisa de tiempo.

Y es que los valores de la democracia deben aplicarse igual dentro que fuera, en tiempo de paz como en tiempos de conmoción, que es precisamente para cuando están o deben estar. Las misiones a que se ven abocadas las fuerzas militares en este contexto ya no están asociadas fundamentalmente al uso de la fuerza (aunque parte de ellas se empleen en labores de contención de esta) sino más bien a la reconstrucción del Estado y de la sociedad ejerciendo para ello funciones no específicamente militares y de Administración civil, e incorporando directamente a otros actores humanitarios además de personal civil especializado; paulatinamente, y conforme la violencia va cediendo, los militares van siendo sustituidos paulatinamente por personal civil. Y son compromisos que se prolongan en el tiempo. Las fuerzas desplazadas a la antigua Yugoslavia, un país culturalmente cercano, llevan ya más de 25 años allí.

Por otra parte, y conforme a lo apuntado por Oliver Roy, desactivar los movimientos islamistas pasa por propiciar su inserción en el Estado. Y es que la institucionalización del islamismo implica su renuncia a la vía revolucionaria y su encuadramiento en la lógica del Estado Nación, así como la postergación de las referencias ideológicas transnacionales en beneficio de objetivos nacionales. La experiencia habida nos indica que eso traería consigo su desideologización como fuerza nacional limitando su actuación, en términos prácticos, a una reislamización de las costumbres y el derecho desvinculada de cualquier otra veleidad; esto es, a la reislamización desde arriba. En otro caso se produciría su colapso y relevo, como sucedió en Egipto porque si la occidentalización ha tenido sus límites, la orientalización se ha demostrado que también cuenta con ellos.

Y es que la llegada al poder de los radicales puede también situarles frente a sus contradicciones entre su credo y la necesidad de atender a las demandas reales de la población y aceptar su concepción religiosa. Estos países no pueden vivir al margen de Occidente, cuyo apoyo y financiación precisan, en un mundo que se ha plegado sobre sí mismo; nadie es una isla, ni siquiera por voluntad propia. La clave de todos los problemas se sitúa, otra vez, en fortalecer el Estado para conseguir que este se adapte mejor a la sociedad sobre la que se instala, mientras se satisface sus demandas y se ofrece una salida y futuro a sus ciudadanos, al tiempo que la pedagogía primero y la acción policial después, evitan la radicalización.

La lucha contra el terrorismo yihadista

El terrorismo hasta el nuevo milenio había sido un fenómeno específico de un concreto marco, de una única cultura y mayoritariamente interestatal. Había y hay un terrorismo transnacional que es aquel cuyas bases están en un país y desarrolla toda o parte de su actividad en otro. Un terrorismo internacional que es aquel cuya agenda es local y se desarrolla en distintos países atendiendo a su agenda esto es, a sus finalidades locales. El terrorismo global, el nuevo fenómeno, es el que cuenta con una agenda para el mundo y, además se desarrolla por todo el planeta.

La globalización ha hecho del terrorismo intercultural un fenómeno cada vez más frecuente. Comprender el terrorismo intercultural es aún más difícil en la medida en que sus efectos tienen que tener en cuenta a las sociedades de su público y de su objetivo. Por eso desecha a las sociedades sobre las que se actúa; ese desprecio hace posible los atentados indiscriminados.

Es interesante y muy sugerente observar las cifras con recuentos de atentados y víctimas. En ellos se constata fehaciente y trágicamente la diversidad de la Unión Europea, pero también su alto nivel de integración y el avance de la globalización, macabramente cifrado a través del número de fallecidos oriundos de terceros países pertenecientes o no a la Unión. Sus altos números son una medida del drama pero también, paradójicamente, una prueba del éxito de unas sociedades que, con todo, han demostrado que saben convivir en libertad. La tragedia (Madrid, París, Niza...) es, de esta manera y además, una radiografía social que presenta la globalización, como un proceso imparable; es preciso aceptar esta naturaleza que nos obliga, indefectiblemente a convivir en pluralidad. En un mundo globalizado, las pandemias por más que se puedan retrasar, no se pueden detener.

La lucha contra el terrorismo incorpora sin duda medidas de corte coactivo, pero no son estas las más trascendentes toda vez que la complejidad que encarna obliga a medidas en positivo, de construcción, y estas son siempre de tipo pedagógico y, consecuentemente, se encuentran orientadas al largo plazo. La debilidad del terrorismo hace que sea más interesante defender

el centro de gravedad propio que atacar el de los terroristas, entre otras razones porque la lucha contra el terrorismo no puede ser considerada una suerte de guerra; el tiempo, el largo plazo, es siempre enemigo de la emocionalidad terrorista. La ley de la gravedad es universal: las cosas abandonadas a sí mismas, caen por su propio peso.

En esta lógica, también han sido asesinados numerosos europeos fuera de las fronteras de la Unión. Muchos de ellos son militares y civiles empeñados en la lucha contra esta lacra en escenarios como Afganistán, Irak, Líbano, Mali, Somalia pero también hay gentes de toda condición y edad en países como Arabia Saudí, Argelia, Bangladesh, Burkina Faso, Costa de Marfil, Egipto, Estados Unidos, India, Indonesia, Kenia, Marruecos, Pakistán, Turquía o Túnez.

Los cruces de violencias son notables y nos afectan a todos. Por ejemplo, hay 7 israelíes y el conductor que los transportaba, muertos en un atentado en 2012 en Bulgaria; y 7 turcos y 1 griego asesinados por neonazis en Alemania entre 2001 y 2006. El último atentado mortal de la organización terrorista ETA fue un policía francés en 2010. El grupo está en riesgo.

Resulta muy interesante observar los datos suministrados por EUROPOL toda vez que estos dan una radiografía muy aproximada de este nivel. Fijémonos en tres países Portugal, Bélgica y España. Así, por más que Portugal haya podido escapar de sus más graves daños, no se ha librado de su amenaza; de hecho, la menor relevancia de la amenaza yihadista, hasta cierto punto, lo ha convertido en una retaguardia.

Los atentados de Túnez de marzo de 2015, han unido peligrosamente a los dos países ibéricos; de los 23 fallecidos uno era portugués y otros dos, una pareja de jubilados españoles. Entre los fallecidos en 2015 de París, había tres españoles y dos portugueses. Sin embargo la naturaleza de la comunidad musulmana portuguesa es sensiblemente diferente a la española. Esta está integrada por musulmanes provenientes de las antiguas colonias; el peso de la emigración reciente es más reducido que en España; y las segundas generaciones no han alcanzado la mayoría edad⁵⁴.

La visibilidad con que cuenta esta comunidad y la propia forma portuguesa para abordar los diferendos ha favorecido el que los problemas no se hayan exacerbado, como bien prueba el hecho de que mientras países como Bélgica, con un peso demográfico equivalente al portugués, han desplazado 400 combatientes a Siria, o la propia España 206, portugueses según EUROPOL no se han desplazado ninguno. Y eso es resultado de una comunidad que no se encuentra mal integrada.

La cohesión social se muestra así el centro de gravedad de la lucha contra el terrorismo. La globalización tiende a hacer desaparecer las líneas de

⁵⁴ http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/web/rielcano_en/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_in/zonas_in/international+terrorism/ari113-2010

fractura, las discontinuidades. Por ello, y utilizando las palabras de Robert D. Kaplan «la guerra contra el terrorismo consistía a fin de cuentas, en domesticar la frontera». Todo lo que supone límites, fronteras, puede ser un problema: rompe la continuidad. Las policías salen al exterior y las Fuerzas Armadas son desplegadas en el interior de sus naciones. Por el contrario las policías militarizadas pueden cruzar la frontera dando continuidad al territorio y sin tener que preocuparse por si persiguen a yihadistas, delincuentes comunes, terroristas o a soldados.

La cuestión es que esta amenaza es, como ya se ha visto, «intermética», interior y exterior simultáneamente. Y esto merece una especial consideración. Cuando Troya destruyó sus murallas para permitir la entrada de un caballo construido, por si fuera poco, como ofrenda para una diosa hostil, se convirtió, según la tradición —ya por ello Rómulo mató a Remo⁵⁵— y por ese solo acto, en enemiga de sí misma. Un Estado no puede ser hostil a una porción de su sociedad, va contra su esencia integradora; el objetivo es combatir a los terroristas evitando ese supuesto. La distinción entre unos y otros constituye una necesidad básica, crítica, y debe ser muy explícita; esto es un problema grave y delicado. Como reza el dictado bíblico en boca del mismo Jesucristo: «Todo reino dividido contra sí mismo queda aislado, y toda ciudad o casa dividida contra sí misma no podrá subsistir».

Por tanto, el principal valor a proteger frente a los ataques queda cifrado en la integridad de la sociedad. Y, consecuentemente, la medida del éxito en la lucha contra el yihadismo queda definida por la integración de estos colectivos en las sociedades occidentales a través de costuras que, sin buscar la asimilación que es un concepto diferente al de integración, tiendan a desaparecer. De ello puede deducirse que la manera de operar contra este tipo de terroristas es actuando contra el conjunto del grupo y con medidas no solo policiales y represivas —que también, pero residuales y situadas en un segundo plano; su inmediatez y urgencia, no debe hacer perder de vista el carácter esencial y principal de las políticas a largo plazo— sino pedagógicas, orientadas a acabar con el discurso que las legitima y a hacer que este sea desenmascarado y no sea aceptado en la comunidad islámica. Es más fácil y estadísticamente más efectivo reducir el tamaño de los grupos potenciales que perseguir a los individuos ya radicalizados. Se trata, simultáneamente, de respetar la identidad de esos colectivos y buscar su integración, propiciando el reconocimiento primero y la mutua aceptación después, favoreciendo el acercamiento entre comunidades. Se precisan de políticas públicas en este sentido, una opción de largo plazo.

Y no solo eso, la comunidad musulmana debe ser literalmente la punta de lanza en esta lucha; sin su concurrencia, sencillamente, no es posible aca-

⁵⁵ Rómulo, para delimitar Roma, trazó un recuadro con un arado en lo alto del monte Palatino y juró que mataría a quien osase traspasarlo. Remo le desobedeció y cruzó con desprecio la línea, por lo que su hermano le mató y quedó como el único y primer rey de Roma.

bar con el fenómeno yihadista. Sus líderes políticos y religiosos deben integrarse en la respuesta y no solo condenar los atentados, sino apoyar que sean los miembros de esta comunidad, que son quienes mejor los conocen y, por tanto, quienes con más precisión y menos daño pueden operar contra ellos, los que denuncien los procesos de radicalización, a los radicalizadores y a los radicalizados, evitando su progresión hacia el terrorismo al tiempo. Deben sentirse, por tanto, responsables de cada asesinato ejecutado en su nombre y, por tanto, contribuir a la deslegitimación del grupo terrorista.

Esta actitud sin duda constituye una importante ayuda a la integración de la comunidad musulmana en el conjunto de la sociedad, propiciando su reconocimiento y haciendo que se disuelva cualquier atisbo de desconfianza o rechazo. Además, la lucha que se dirime es también y sobre todo entre los propios musulmanes y por la representación del mundo islámico. El 95 % de las víctimas del terrorismo yihadista son musulmanes, dato cuya repetición nunca será excesiva. Legitimidad y representación son siempre los dos hitos en los que se dirime la lucha contra el terrorismo.

Eso solo es posible cuando se ha alcanzado la integración de esas comunidades, y resuelto con ello los problemas de identidad que la falta de tal necesariamente trae consigo. De hecho, la cuantificación de su participación en la lucha, nos da la medida del grado de integración alcanzado que debe empezar por el nivel político para acabar permeando al nivel social más básico.

El terrorismo siempre viene de dentro y, por tanto, debe ser combatido igualmente desde dentro. Cuando se combate desde fuera se parte de un déficit de legitimidad. La colaboración de la comunidad musulmana, es así altamente eficaz, poco invasiva, supone una legitimación del Estado y es una medida de su grado de integración. La cuestión es que dicha comunidad no es una entidad, un todo homogéneo, lo cual no es necesariamente malo; se encuentra integrada por diferentes subidentidades en gran medida nacionales, conformando un collage con diferentes niveles y grados de integración. Para fomentar esta es imperativo institucionalizarlas; dotarlas de representación e incluir esta en el sistema, es siempre un primer paso.

En cualquier caso, el terrorismo para vencer precisa debilitar a la sociedad contra la que actúa; su victoria es más improbable cuanto mayor es la solidez de esta. Por tanto, es imprescindible trabajar en la resiliencia del grupo social, evitar las fracturas o su ensanchamiento y, sobre todo, los choques intercomunitarios, que es lo que las estrategias de estos grupos fomentan como forma de obligar a tomar posición a la totalidad del grupo social, incorporándolos así a la comunidad militante y rompiendo la frontera interior-exterior.

Alcanzar esto que solo es posible a largo plazo, a nivel estratégico y político, y para ello es imprescindible un discurso, una narrativa propia, que alinee objetivos y acciones y sea reconocida primero, y aceptado como propio por la comunidad después. No tenerlo supone el desencaje de los planos táctico,

operacional y político. No caben estrategias reactivas (es una *contradictio in terminis*); estas deben formar parte de una cuerda más amplia que incluya lo ético, operacional y lo político. Es imprescindible repetir la propia historia, una historia común, como si de un mantra se tratara. Este discurso propio no precisa ser confrontado como pretenden los yihadistas. Debe ser un discurso mejor, una narrativa inclusiva, una oferta que asuma la narrativa de los otros y disuelva sus demandas. La democracia es clave pues tal es su función. Es preciso mostrar un futuro común y de progreso y una sola comunidad, que satisfaga a un tiempo las necesidades de identidad, el sentirse diferentes, y de pertenencia, el sentirse miembros.

Para terminar con la narrativa terrorista, es preciso neutralizar sus símbolos movilizados, pues con ello se liquida la violencia estructural. Sin la narrativa yihadista la violencia se transforma en un fenómeno irracional y ditirámico. Consecuentemente, conviene considerar lo que un personaje como Hitler afirmaba: «los partidos políticos se prestan a compromisos; las concepciones ideológicas jamás»⁵⁶.

La razón es sencilla: Si una ideología —en tanto que selección concatenada de ideas y hechos— hace concesiones o se ve obligada a tratar cuestiones que no contempla, se desmonta, se desarticulan las líneas de pensamiento que sostiene, pierde su conexión con la razón y desarbola el imaginario deseado, perdiendo su ficticia coherencia. Es más cuanto mayor sea el número de cuestiones que tenga que dirimir, mayor será su debilidad, toda vez que su éxito se articula en el simplismo mediático.

Si el Daesh rechaza, la esclavitud, por ejemplo, que se encuentra explícitamente recogida en el Corán, no cabe que asevere que hace una lectura literal de su texto sagrado y se deslegitima; por otra parte, como hace, asumir la esclavitud en el siglo XXI es, incluso para ellos, anacrónico. Al-Qaeda, por el contrario no entra en tal cuestión. Su estrategia es prisionera de su rigidez.

La solución, pues, pasa por una pedagogía mediática que obligue a tomar en consideración lo que sistemáticamente excluyen dejando en evidencia las inconsecuencias del constructo yihadista, sus saltos argumentales y su falta de propuestas; presentando, de paso, a las víctimas como seres humanos, y devolviendo el dolor al espacio social que lo produce.

Y es que otra cuestión que contribuye a fortalecer a la sociedad se encuentra relacionada precisamente con las víctimas. Estas deben hacerse visibles y utilizar esa visibilidad como un factor aglutinante, central de modo que, sin instrumentarlas, se promueva la adhesión de la comunidad. La conducta seguida con las víctimas queda consignada como una medida de la solidez de una comunidad.

⁵⁶ GRUNDY, Kenneth W. Las ideologías de la violencia., Ed.Tecnos, 1976, p. 58.

Todo ello ha de acometerse desde las propias referencias, sin alterar los valores sobre los que se cimienta la convivencia y que deben ir más allá de lo retórico, para ser la piedra angular en la que convergen Estado y sociedad. La población debe ser consciente de que se trata de una lucha a largo plazo, que esta es fruto, continuación y expresión de los valores de la sociedad, que la magia no existe pero que los terroristas y sus propuestas, con todo, y pese a la complejidad, no tienen futuro. Los valores propios no pueden ser degradados para conseguir una puntual ventaja en una lucha para la que no hay soluciones a corto plazo, o buscando unos niveles de seguridad inalcanzables.

No caben soluciones mágicas. Es muy difícil acabar con organizaciones como las yihadistas que trabajan en régimen de franquiciado. Este terrorismo, como el mal, no puede ser erradicado pero sí puede ser reducido, degradado hasta conseguir situarlo dentro de límites aceptables, un umbral de riesgo juzgado satisfactorio, pero para lograr esto es imprescindible contar con la colaboración de la comunidad musulmana y eso pasa por su integración en el conjunto de la sociedad.

Toda vez que el reto es global también la respuesta ha de serlo. Esta es una labor de la comunidad internacional en su conjunto, que si por una parte cuenta con un innegable poder, también es cierto que dispone de una no menor legitimidad. Es preciso concertar esfuerzos pero también normas e información, fomentando una cultura de colaboración que genere nuevas sinergias. El espectáculo de una respuesta desproporcionada o de división entre las naciones europeas es algo que debe evitarse a cualquier precio.

En este contexto, es obligado, imprescindible, preservar intactas las estructuras del Estado e incluso reforzarlas. El Estado debe hacerse visible frente a estos desafíos, lo cual no implica necesariamente ninguna actuación excepcional o adicional. La rapidez en la respuesta, la restitución del orden, así como asegurar la continuidad en el funcionamiento de sus estructuras, se muestra como un factor crítico en el conjunto del proceso como para minorar los resultados psíquicos del ataque y devolver la confianza a la comunidad. El Estado precisa hacerse visible después de cada ataque. La restitución del servicio de cercanías al día siguiente del 11M fue muy bien valorado por la comunidad internacional. El Estado tiene su sentido en la sociedad a la que sirve y, sino lo hace, queda cuestionado. Su credibilidad es esencial para su propia supervivencia.

El yihadismo no es propiamente un problema militar. Su relevancia y capacidad de actuación en Occidente no dan para tanto. Es sin duda un problema político, de seguridad... pero militar no. Un despliegue militar, como actualmente mantienen países como Italia o Francia, sin duda daría tranquilidad a una ciudadanía sobresaltada y mejoraría las condiciones de seguridad. No obstante, incorpora un peaje en términos de reconocimiento de la capacidad de la contraparte que conviene ponderar convenientemente. Y aporta poco al desmontaje de sus estructuras operativas. Al terrorismo yihadista se le derrota con prevención, evitando la radicalización; policialmente, deteniendo

a sus activistas; y políticamente, deslegitimando su discurso, incluyendo a la comunidad musulmana en el empeño y ofertando una narrativa mejor al tiempo que se resuelven las causas que han provocado su aparición.

Tampoco se puede caer en la ingenuidad estratégica. Todo enemigo tiende a la adaptación y la estrategia occidental será contestada por los terroristas yihadistas acostumbrados a explotar hábilmente la falta de coherencia y continuidad en la respuesta estratégica de Occidente. Es preciso encontrar un adecuado balance entre la conveniente firmeza y la necesaria serenidad estratégica en los momentos difíciles, que desafortunadamente no escasearán⁵⁷. La maldad es polimórfica y muy difícil de erradicar por completo.

El equilibrio entre la medida y la contundencia, de firmeza y serenidad estratégica, debe ser la base del diseño de las políticas precisas, unas políticas concertadas internacionalmente y no solo aceptadas sino apoyadas por las comunidades musulmanas, que además deben ser la base que sustente la estrategia europea y nacional contra el terrorismo. Hay que perder para ganar y continuar disfrutando del entorno de libertades de nuestras sociedades, a ser posible, sin merma alguna. No hacerlo así, sería una victoria para los terroristas. No se necesitan sociedades menos libres sino sociedades más pacientes y resistentes. El terrorismo es un fenómeno político y su derrota solo puede venir igualmente de la política.

Bibliografía

- ARENDT Hannah. *Crisis de la República*. Taurus, Madrid 1973.
- ARON, Raymond. *Guerra y paz entre las naciones*. Revista de Occidente, Madrid 1963.
 - *Pensar la guerra*, Clausewitz. T. II. Ministerio de Defensa, Madrid 1996.
- AYUELA, Francisco; AZNAR, Federico. «El trampantojo del terrorismo yihadista». DIAEE 30-2016.
 - http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_analisis/2016/DIEEEA30-2016_Trampantojo_Terrorismo_FAFM_J.Ayuela.pdf
- CHOWDHURY FINK, Naureen; ROMANIUK, Peter; MILLAR, Alistair; IPE, Jason; «*Blue Sky II. Progress and Opportunities in Implementing the UN Global Counter-Terrorism Strategy*». Global Center on Cooperative Security, abril 2014.
- COHN-BENDIT, Dany. *La revolución y nosotros que la quisimos tanto*. Editorial Anagrama, Barcelona 1987.
- DAVID, Charles-Philippe. *La guerra y la paz*. Icaria, Barcelona 2008.

⁵⁷ AYUELA, Francisco; AZNAR, Federico. «El trampantojo del terrorismo yihadista». DIAEE 30-2016. http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_analisis/2016/DIEEEA30-2016_Trampantojo_Terrorismo_FAFM_J.Ayuela.pdf

- DE PABLO PARDO, Luís María *Prólogo* al libro de MAO TSE TUNG. *La Guerra de Guerrillas*. Editorial Huemul S.A. Buenos Aires 1966.
- ENZENSBERGER, Hans Magnus. *Política y delito*. Seix Barral, Barcelona 1968.
- ESCRIVÁ, Ángeles. «El altavoz del terror del Estado Islámico». *Diario El Mundo*. 26-11.2016
 - <http://www.elmundo.es/internacional/2016/11/26/58385a4fe2704e2c3a8b45b5.html>
- GLUCKSMANN, André. «El Discurso de la guerra». Editorial Anagrama, Barcelona 1969,
- GONZÁLEZ MARTÍN, Andrés; MORÁN BLANCO, Sagrario. *Asimetría, guerra e información*. Editorial Dilex, Madrid, 2009.
- GRUNDY, Kenneth W. *Las ideologías de la violencia*, Ed.Tecnos, 1976.
- HITLER, Adolf. *Mi lucha*. Ediciones Bausp, Badalona 1974.
- HOFFMAN, Bruce. *Historia del terrorismo*. Espasa Calpe 1999.
 - <http://www.un.org/es/terrorism/highlevelpanel.shtml>
 - http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/web/riecano_en/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_in/zonas_in/international+terrorism/ari113-2010
- IGNATIEFF, Michael. *El mal menor*. Editorial Taurus, Madrid 2005.
- JENKINS, B. M.: «The Future Course of International Terrorism», *The Futurist*, vol. 21, n.º 4, 1987.
- JONES, Seth G. «A Persistent Threat. The Evolution of al Qaeda and other Salafi Jihadists».
- JORDÁN, Javier; CALVO, José Luís. *El nuevo rostro de la guerra*. Ediciones Universidad de Navarra, Barañáin 2005.
- LAQUEUR, Walter. *Terrorismo*. Editorial Espasa-Calpe, Madrid 1980.
- LAWRENCE, T.E. *Los siete pilares de la sabiduría*. Editorial Óptima, Barcelona 2000.
- MAO TSE TUNG *La Guerra de Guerrillas*. Editorial Huemul S.A. Buenos Aires 1966.
- MEIJER Roel (Coord.). *Globalsalafism*. Hurst &Company, Londres, 2009.
- MIKUNDA, Emilio. *Derechos humanos y mundo islámico*. UNED, 2001.
- MUSASHI, Miyamoto. *El Libro de los Cinco Anillos*. Miraguano S.A. Ediciones, Madrid 2004.
- PIZARRO PIZARRO, José A. *La guerra de Indochina punto de inflexión de la historia militar contemporánea*. Tesis doctoral Universidad Complutense, Facultad de Geografía e Historia 2007.
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis. *El derecho internacional humanitario como instrumento en la lucha contra los actos de terror*. Tirant lo Blanch, Valencia 2007.

- SCHMITT, Carl. *El concepto de lo político*. Folios Ediciones, Buenos Aires.
- TILLY, Charles. *Coerción, capital y los Estados europeos 990-1990*. Alianza Editorial, Madrid 1992.
- YEATS, W. B. *Antología Poética*. Editorial Lumen, 2005. Versión rimada de Daniel Aguirre.
- ZURUTUZA MUÑOZ, Cristina; PÉREZ MARTÍNEZ, Víctor Manuel. «El mensaje de la acción terrorista: qué y por qué comunica». Universidad San Jorge.
 - <http://cud.unizar.es/docum/16%20comunicacion%20czurutuza-vm-perez.pdf>

Capítulo tercero

Contraterrorismo: plasmación legislativa reciente e impacto en las libertades y derechos fundamentales

Rosario Serra Cristóbal
Elena M. Górriz Royo
Universidad de Valencia

«But what our enemies mainly hope to achieve through their terror is the destruction of the values they hate and we cherish. We must protect those values as well as we can, even as we fight the terrorists. That is difficult: it requires discrimination, imagination, and candor. But it is what patriotism now demands» (Ronald Dworkin)¹.

Resumen

Este trabajo estudia, desde un enfoque jurídico, aquellas medidas que se han ido adoptando en el área de lo que se denomina contraterrorismo y que, de un modo u otro, pueden limitar nuestros derechos fundamentales. Se analizan especialmente la afección a tres esferas del individuo: la privacidad, la libertad ideológica y sus manifestaciones, y la libertad personal y de movimientos. El estudio revela que algunas legislaciones recientemente aprobadas parecen olvidar que en la lucha contra el terrorismo yihadista el respeto a los derechos humanos debe ser una premisa.

¹ DWORKIN, Ronald, «The threat to patriotism», *New York Review of Books*, 28 febrero 2002.

Palabras clave

Terrorismo, contraterrorismo, derechos fundamentales, libertad, medidas contraterroristas, seguridad, seguridad nacional, privacidad, reformas penales, derecho penal del enemigo.

Abstract

This paper studies, from a legal perspective, the counter-terrorism measures that can limit our fundamental rights. The impact on three spheres of the citizens is analysed: privacy, ideological freedom and its manifestations, and personal freedom and movement. The study reveals that some recently adopted legislation seems to forget that in the fight against Jihadist terrorism, respect for human rights must be a premise.

Keywords

Terrorism, counter-terrorism, fundamental rights, liberties, freedom, procedural counter-terrorism measures, security, national security, privacy, penal reforms, criminal law of the enemy

Una aproximación al contraterrorismo frente a las amenazas a la seguridad

No parece razonable dudar de que, en el actual contexto histórico, la protección que brinda cualquier Estado a la seguridad de sus ciudadanos en sociedad y a su pacífica coexistencia, pueda prescindir del despliegue de la llamada *política contraterrorista*. Partiendo de la ya clásica y aparente antinomia entre seguridad y libertad y percatándonos de la dimensión globalizada que ha alcanzado, asistimos en los últimos tiempos a un recrudecimiento de los argumentos teóricos que, en aquella balanza se posicionan a favor de la seguridad, y sirven así de justificación del fenómeno denominado «*counter-terrorism*». Desde una perspectiva puramente gramatical, el mismo puede ser traducido como «anti-terrorismo» o, con más éxito en la literatura reciente, «contraterrorismo»². Pero desde una perspectiva técnico-jurídica, se hace necesario perfilar los contornos de este fenómeno siendo este uno a de los objetivos de este trabajo. Ante todo porque no puede obviarse que, dentro del «contraterrorismo» se incluyen multitud de políticas y actuaciones públicas, de modo que nuestra aproximación a esta materia se realiza —incidiendo en lo dicho— desde un enfoque estrictamente *jurídico* y, en consecuencia, se atenderá con prioridad a las concretas medidas legislativas cuyo teórico propósito es la protección de la seguridad frente a la amenaza global de terrorismo. A los efectos de este estudio, por tanto, consideramos medidas contraterroristas no solo las leyes aprobadas por el parlamento competente como reacción específica frente al fenómeno del terrorismo, sino también las de carácter administrativo e incluso decisiones gubernamentales o judiciales emanadas precisamente con aquel mismo fin. Sin embargo, las mismas solo serán objeto de este estudio en la medida en que puedan afectar a *derechos y libertades de los ciudadanos*. Aún ciñendo este estudio a las medidas contraterroristas de índole jurídica, es evidente que el ámbito del mismo será amplio pues también es extenso el espectro del fenómeno terrorista frente al que aquellas medidas reaccionan. En especial, a partir de la mutación del terrorismo, de *fenómeno delictivo* a la categoría más amplia de *amenaza*, cabe asumir un entendimiento híbrido del mismo que, en los últimos tiempos viene siendo respondido no solo a través de medidas legislativas, judiciales o policiales, sino incluso a través de instituciones como las Fuerzas Armadas y los servicios de inteligencia³. Pero por muy extenso que sea este arsenal contraterrorista, no puede aceptarse que sirva para primar la *seguridad de todos* si no atiende al límite del *respeto a los derechos y libertades de cada ciudadano*.

² Véase BAKKER, E., *Terrorism and counterterrorism studies: comparing theory and practice*, Netherlands, Leiden University Press, 2015, *passim*.

³ Véase GÓNZÁLEZ CUSSAC, J.L., «Servicios de Inteligencia y Contraterrorismo» en *Terrorismo y Contraterrorismo en el siglo XXI. Un análisis penal y político criminal*, Salamanca, 2016, p. 117.

Ante todo porque, es cierto que el Estado tiene como funciones principales proteger la igualdad, la justicia y *la seguridad*, para garantizar a su vez el disfrute de *la libertad* por parte de los ciudadanos⁴. Para ello ha de actuar estratégicamente, ha de advertir los posibles riesgos que se ciernen sobre el Estado, analizar las posibles medidas a adoptar y proceder en consecuencia. Pero, debe hacerlo sin menoscabar innecesariamente los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos y hacerlo dentro del marco del Estado de derecho. Se trata de una cuestión de planteamiento, pues no cabe desconocer que los derechos de los ciudadanos son un ingrediente básico de la propia seguridad que se busca. Este es el punto del que partimos para analizar las medidas que se han ido adoptando en muchos de los Estados de nuestro entorno y en el ámbito internacional para hacer frente a los riesgos globales que amenazan la seguridad.

Obviamente, la primera dificultad se encuentra en determinar qué puede afectar a la seguridad y defensa del Estado y, en consecuencia, en ponderar cuándo el Estado debe adoptar medidas que, de no hacerse, pondrían en riesgo dicha seguridad. Cuando hablamos de riesgo para la seguridad, aludimos a un entendimiento amplio de esta que abarcaría no solo a la existencia de amenazas efectivas a valores nucleares de la sociedad o del Estado, sino también al miedo a que tales valores se vean atacados (seguridad en sentido subjetivo). Ha de admitirse que estos valores pueden variar de unos Estados a otros, lo que explica que el concepto de seguridad no sea absolutamente homogéneo en todos los países. Incluso los ciudadanos perciben las amenazas globales de diferente modo según los países⁵. Porque, a los riesgos externos reales a los que se ve sometido un país hay que sumar otros factores internos (carácter nacional, tradición, preferencias, prejuicios, daños previamente sufridos, etc.) que influyen luego decisivamente en el marco de seguridad que un gobierno decide establecer como objetivo de su política de seguridad y defensa⁶. Junto a ello hemos de añadir que, más allá de los

⁴ A este respecto, decía Humboldt que «sin seguridad, el hombre no puede formar ni percibir los frutos de las mismas, pues sin seguridad no existe libertad. Pero la seguridad es, al mismo tiempo, algo que el hombre no puede procurarse por sí mismo; así lo demuestran las razones tocadas de pasada... y la experiencia de nuestros Estados (...) El mantenimiento de la seguridad, tanto frente al enemigo exterior como frente a las disensiones interiores, debe constituir el fin del Estado y el objeto de su actividad». HUMBOLDT, Wilhem von, «El fin último del Estado», en *Los límites a la acción de Estado*, Madrid, Tecnos, 1988, pp. 50-51.

⁵ Así, en un estudio realizado por *Pew Research Center*, en julio de 2015, «Climate Change Seen as Top Global Threat». (<http://www.pewglobal.org/files/2015/07/Pew-Research-Center-Global-Threats-Report-FINAL-July-14-2015.pdf>) se ponía de manifiesto cómo en unos Estados el 79 % de la población considera el cambio climático como la mayor amenaza para la humanidad, al igual que es sentida como la primera amenaza en muchos de los países latinoamericanos y, sin embargo, en países europeos, Estados Unidos, Australia y Canadá, entre otros, se sitúa al terrorismo yihadista como la amenaza de más alto nivel.

⁶ SÁNCHEZ FERRO, Susana, *El secreto de Estado*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 219.

intereses nacionales, la visión de la seguridad y la defensa de un Estado no puede olvidarse de participar también en las necesidades de la seguridad y defensa europeas y de aquellas otras relaciones que se mantienen en el marco de las organizaciones y alianzas internacionales. De hecho, tras los ataques yihadistas en marzo de 2016 el concepto de «Security Union» fue lanzado como un modo de virar de la cooperación para la protección de la seguridad nacional interna de cada uno de los Estados hacia la idea de proteger la seguridad colectiva de la Unión como conjunto⁷.

Parece difícilmente rebatible que, en la actualidad, una de las amenazas a la seguridad sea el *terrorismo*. Sin ánimo de profundizar en el debate teórico acerca de su definición, no puede obviarse, sin embargo, que un primer gran momento de inflexión sobre lo que la amenaza que el terrorismo yihadista puede suponer para la seguridad nacional, lo representan los atentados del 11S en 2001, que han llegado a definirse como un suceso *epocal*⁸. Ante todo porque supuso, para muchos, el comienzo real del presente siglo y señera del cambio de paradigma en las políticas de seguridad⁹. Son muchos los estudios que han tratado de calibrar el impacto de aquel suceso con respecto al concepto de seguridad pero de lo que no cabe duda es de que, desde entonces, una ola de temor se extendió por la gran mayoría de los países occidentales, entendiéndolo como una amenaza global. Tras los ataques, Naciones Unidas adoptó una serie de resoluciones¹⁰ instando a los Estados a tomar medidas encaminadas a prevenir la comisión de actos terroristas y salvaguardar la seguridad nacional.

A aquellos ataques le siguieron en Europa los atentados de Madrid (2004) y Londres (2005) y más recientemente, se ha producido en Europa una

⁷ European Commission, «Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council and the Council – delivering on the European Agenda on Security to fight against terrorism and pave the way towards an effective and genuine Security Union», COM (2016) 230 final, 20 April 2016, pp. 2 y 9.

⁸ Véase REVENGA SÁNCHEZ, M., «Terrorismo y Derecho bajo la estela del 11 de septiembre» en *Terrorismo y derecho bajo la estela del 11 de septiembre*, Valencia, 2015, p. 15.

⁹ ROACH, K., «The 9/11 effect in comparative perspective: some thoughts on terrorism law in Canada, Spain and the United States» en REVENGA SÁNCHEZ, M., *Terrorismo...*, *ibidem*, pp. 21 y ss.

¹⁰ Tras los atentados del 11S el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas reconoció que estos ataques constituían una amenaza contra la paz y la seguridad internacionales (Resolución número 1368, 2001) y, actuando en virtud del capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, adoptó la Resolución 1373 (2001) instando a los Estados a adoptar una serie de medidas destinadas a reforzar su capacidad jurídica e institucional para combatir las actividades terroristas (Entre ellas tipificar como delito la financiación del terrorismo, congelar los fondos a personas que participen en la comisión de ataques terroristas, intercambiar información con otros gobiernos en relación con cualquier grupo que cometa o se proponga cometer actos de terrorismo, cooperar con otros gobiernos a fin de investigar, detectar, arrestar, extraditar y enjuiciar a personas que participen en la comisión de dichos actos). Estas previsiones fueron reforzadas en la Resolución 1624, 2005.

oleada de atentados entre los que cabe destacar, entre otros, el atentado al Semanario Charlie Hebdo (2015), los ataques en París, Londres, Berlín, o Copenhage (2015), Bruselas, París, Niza, Berlín (2016), Londres, Estocolmo, Manchester y Barcelona (2017). Desde aquellas resoluciones del Consejo de Seguridad de NU hasta hoy, las respuestas brindadas por los Estados a ese nuevo terrorismo han sido de lo más variado¹¹, yendo desde la respuesta militar a enmiendas de la legislación doméstica. No obstante, en demasiados casos, esas medidas extraordinarias han generado un grave riesgo para los derechos humanos, permitiéndose una serie de intervenciones que, con el tiempo, han hecho difícil mantener el adecuado equilibrio entre las garantías de las libertades constitucionales y la seguridad.

A tal efecto, cabe citar las nuevas leyes antiterroristas aprobadas en diversos países¹², la modificación de las existentes¹³, la declaración de algo parecido a estados de excepción, la utilización de normas constitucionales que permiten suspender o limitar transitoriamente la vigencia de determinados derechos en el marco de una investigación terrorista, el endurecimiento de los Códigos penales, o la modificación de las normas de vigilancia o de tratamiento de datos, entre otras medidas. Al mismo tiempo, se han adoptado en el marco supranacional una serie de acciones encaminadas a endurecer los controles de entrada y salida de los bordes del área Schengen, a colaborar para combatir la radicalización y reclutamiento de terroristas, a luchar contra la financiación de los que están tras dichos atentados terroristas y a establecer nuevas herramientas de cooperación judicial y policial para intercambiar información¹⁴ y llevar a cabo actuaciones conjuntas en esa pugna contra el terrorismo. Especialmente relevantes han sido los pasos dados en el ámbito de la UE¹⁵. El Consejo de la UE aprobó un *Plan de Acción* que conte-

¹¹ Sobre las diferentes respuestas ofrecidas en la lucha contra el terrorismo internacional tras el 11S puede verse, entre otros, el trabajo ROACH, Kent, «The 9/11 effect in comparative perspective: some thoughts on terrorism in Canada, Spain and the United States», en Miguel REVENGA SÁNCHEZ (Director), *Terrorismo y Derecho bajo la estela del 11 de septiembre*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, págs. 21-60. Masferrer, Aniceto y Walker, Clive (Eds.), *Counter-Terrorism, Human Rights and the Rule of Law, Crossing Legal Boundaries in Defence of the State*, Elgar, 2013.

¹² *Patriot Act* EEUU, *Crime and Security Act* en Gran Bretaña, sustituida por *Prevention on Terrorism Act*, la ley belga, *Loi du 3 août 2016 portant des dispositions diverses en matière de lutte contre le terrorisme*, etc.

¹³ *Terrorist Act 2006* Gran Bretaña. La Ley francesa *LOI n.º 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme*. Igualmente la modificación de la canadiense y de la alemana.

¹⁴ Véase la Decisión del Consejo 2003/48/JHA, de 19 de diciembre de 2002, sobre *the implementation of specific measures for police and judicial cooperation to combat terrorism in accordance with Article 4 of Common Position 2001/931/CFSP*; la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002, sobre *the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States* (2002/584/JHA)

¹⁵ A pesar de que en el ámbito de la UE la responsabilidad principal de diseñar el sistema legal en materia de seguridad nacional y de su aplicación a nivel nacional recae en cada

nía un conjunto de medidas para mejorar la eficiencia de la lucha antiterrorista, desde un enfoque global y multidisciplinar. Entre ellas —y como iremos analizando en este trabajo— se encontraban tres iniciativas legislativas que han sido adoptadas por el Parlamento y el Consejo: la Directiva sobre el terrorismo (2017)¹⁶; la Directiva relativa a las armas de fuego¹⁷; y el Reglamento que modifica el Código Europeo de Fronteras¹⁸.

Asimismo, en el seno del Consejo de Europa se adoptó el Convenio para la prevención del terrorismo en 2005¹⁹ y su Protocolo adicional, conocido como Protocolo de Riga, en 2015²⁰.

Teniendo en cuenta este contexto actual, el presente trabajo adoptará con preferencia un punto de vista normativo, ante todo porque viene siendo especialmente preocupante esa plétora de medidas normativas que, en mayor o menor grado, vienen a impactar en los derechos fundamentales y libertades públicas. Queremos distinguir cuándo nos encontramos ante *medidas propiamente antiterroristas*, o medidas de otro tipo, como por ejemplo, sancio-

Estado miembro (art. 72 TFUE), la Unión se ha embarcado en la armonización de los sistemas jurídicos con el fin de lograr una mayor eficacia en la lucha contra el terrorismo (Art. 29 del Tratado de la UE), al igual que en una cooperación policial y judicial en materia penal. La estrategia terrorista de la UE se ha sustanciado principalmente a través de la Política Exterior y de Seguridad común (PESC), el antiguo segundo pilar que sigue rigiéndose por las reglas de cooperación intergubernamental, aunque también se ha apoyado en la política comunitaria de interior y en el Espacio Europeo de Seguridad, Libertad y Justicia, donde el papel del Parlamento y de la Comisión son más notorios. Un desarrollo de esta cooperación puede encontrarse, entre otros, en el art. 4 de la Posición común del Consejo de 27 de diciembre de 2001, sobre *the application of specific measures to combat terrorism* (aplicación de medidas especiales para combatir el terrorismo) (2001/931/CFSP); la Decisión del Consejo de 28 de noviembre de 2002, que establece un mecanismo para evaluar los sistemas legales y su implementación a nivel nacional en la lucha contra el terrorismo (2002/996/JHA); Directiva 2014/41/CE del Parlamento y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal; la Estrategia de Seguridad Interior de 2015; la Estrategia Renovada de Seguridad Interior 2015-2020, adoptado por el Consejo JAI de los días 15 y 16 de junio de 2015 y revisado el 15 de diciembre de 2015.

¹⁶ Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo.

¹⁷ Directiva (UE) 2017/433 de la Comisión de 7 de marzo de 2017 que modifica la Directiva 2009/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a la lista de productos relacionados con la defensa.

¹⁸ Reglamento (UE) 2017/458 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, por el que se modifica el Reglamento (UE) 2016/399 en lo relativo al refuerzo de los controles mediante la comprobación en las bases de datos pertinentes en las fronteras exteriores.

¹⁹ Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo (Convenio n.º 196 del Consejo de Europa), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005.

²⁰ Protocolo adicional al Convenio para la Prevención del Terrorismo, el cual tiene como finalidad la instalación de una respuesta penal para perseguir a los llamados combatientes terroristas extranjeros, 22 de octubre de 2015.

nadoras en general, administrativas (v.gr. fiscales, económicas...) pero que tienen en común la persecución de objetivos antiterroristas. Y todo ello con el fin último de delimitar con mayor precisión cómo afectan dichas medidas a los derechos y libertades de los ciudadanos. No podemos obviar que en demasiadas ocasiones, la pugna entre seguridad y normal ejercicio de los derechos fundamentales se salda con un desequilibrio en favor de la primera y en detrimento de los segundos. En especial, en la lucha contra el terrorismo, se generaliza el aumento de los límites a los derechos fundamentales²¹.

Junto a lo anterior, otro factor desestabilizador podría provenir del *Brexit*²². En efecto, aun cuando no es el objetivo primordial de este trabajo, no puede perderse de vista que la salida del Reino Unido plantea un problema de capacidad de liderazgo en la seguridad y la defensa de la Unión Europea²³. Y a efectos internos es posible que el abandono de la UE afecte, a medio y largo plazo, a las capacidades antiterroristas de UK, especialmente a su comunidad de inteligencia²⁴. Duras críticas han surgido ya a la labor de los servicios de inteligencia británicos tras los reiterados atentados de 2017, y a la propuesta de la primera ministra de «cambiar las leyes de derechos humanos si se interponen en el camino de la lucha contra el terrorismo». Pese a todo lo anterior, parece que tanto las dificultades para mantener dicho liderazgo de la seguridad en el actual contexto histórico, como las posibles contradicciones entre la política antiterrorista de la UE y los derechos de los individuos deberán seguir poniéndose de manifiesto especialmente en el Parlamento Europeo y el Tribunal de Justicia²⁵.

²¹ Véase. REVENGA SÁNCHEZ, M. «Terrorismo y derecho...». Op. cit., p. 16.

²² Véase. BAR A., «The UK, the EU and «Brexit» 1972-2017» en SOLANES CORELLA/GÓRRIZ ROYO (dirs.) *Legal Challenges of the XXI Century*, Valencia, 2017, pp. 79-122.

²³ Véase ARTEAGA, F., «La defensa y la seguridad de la UE tras el Brexit» en *Revista Elcano*, n.º 14, I mayo-junio, 2016, p. 86.

²⁴ Ante todo porque, como indican REINARES, F./ GARCÍA-CALVO, C., parece evidente que con la salida de la UE, Gran Bretaña no podrá beneficiarse del acceso a bases multilaterales de datos de la UE, ni podrá contar con Europol ni con su nuevo Centro Europeo contra el Terrorismo, por lo que la capacidad preventiva de dicho país podría quedar mermada. Véase. «Brexit, Terrorismo y Antiterrorismo», en *Revista Elcano*, n.º 14, I mayo-junio, 2016, pp. 82 y 83. Esta opinión ha de conectarse a los actos terroristas cometidos en UK tras el Brexit, en especial el ataque al Parlamento de Westminster en marzo de 2017 y el trágico atentado en el pabellón Arena de Manchester, en mayo de 2017.

²⁵ Recuérdese, por ejemplo la Resolución del Parlamento, de 15 de diciembre de 2005, sobre la presunta utilización de países europeos, por parte de la CIA, para el transporte y la detención ilegal de presos, (DO C 286 E de 23.11.2006, p. 509); la Decisión, de 18 de enero de 2006, por la que se constituye una comisión temporal sobre la presunta utilización de países europeos por la CIA para el transporte y la detención ilegal de presos (DO C 287 E de 24.11.2006, p. 159); o la Resolución, de 6 de julio de 2006, sobre la supuesta utilización de países europeos por la CIA para el transporte y la detención ilegal de presos. Asimismo, el Parlamento Europeo mostró su preocupación por la privacidad de los ciudadanos en relación al Programa de Seguimiento de la Financiación del Terrorismo al que luego haremos referencia (TFTP UE-EE.UU.)

Los desequilibrios en la respuesta dada por los Estados o la Unión Europea al fenómeno del yihadismo han venido a manifestarse en tres ámbitos de los derechos de los ciudadanos. Por un lado, en la esfera de la privacidad y el derecho de autodeterminación del individuo sobre sus datos personales. Por otro lado, en aquellos ámbitos del individuo que refieren a su ideología y opinión y la capacidad de hacerlas públicas y transmitirlos, nos referimos a las libertades de expresión y de información. Y en tercer lugar, a su espacio de libertad física, la libertad personal, y a aquellas relacionadas con la capacidad de moverse, entrar y salir de un Estado, elegir residencia, etc. Y esto sucede a pesar de que los Estados se encuentran individualmente vinculados por los Acuerdos internacionales en materia de derechos y de que los países que son miembros de la UE se deben, además, a las normas acordadas en ese ámbito, una Unión que se fundamenta en los derechos humanos tal y como están recogidos en el CEDH. Por lo tanto, en la lucha contra el terrorismo yihadista, el respeto a los derechos humanos debe ser una premisa²⁶.

Medidas antiyihadistas y límites a la privacidad

Vivimos en un mundo tecnológico donde los medios telemáticos y los avances en computación y tratamiento de datos son un arma de doble filo. Por un lado, constituyen una herramienta de comunicación, de difusión de información y de intercambio de ideas como nunca habíamos tenido. Sin embargo, el uso de esos medios telemáticos conlleva la entrega (no siempre consciente) de infinidad de datos personales que pueden ser almacenados y tratados con diferentes objetivos, y deja puertas abiertas a que los mismos sean usados indebidamente o controlados sin reglas.

Esa capacidad que brindan los avances tecnológicos son utilizadas igualmente por aquellos que quieren aprehenderse de los datos con fines delictivos, o desean ocultar sus finanzas a los ojos de la ley, o buscan influir en un mercado de usuarios o de votantes, o que pretenden difundir ideas adoctrinadoras o de reclutamiento por causas como la Yihadista.

Así, ante la omnipresente amenaza del terrorismo internacional en las redes, la recolección de información que permita conocer a los terroristas y, por tanto, actuar proactivamente, adelantándose a sus acciones, es considerada con frecuencia como el instrumento por excelencia de la lucha antiterrorista²⁷.

²⁶ SERRA CRISTÓBAL, Rosario, «Los derechos fundamentales en la encrucijada de la lucha contra el terrorismo yihadista. Lo que el constitucionalismo y el Derecho de la Unión Europea puede ofrecer en común», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 38, 2016, pp. 487-503.

²⁷ SANSÓ-RUBERT, Daniel, «Seguridad vs. libertad: el papel de los servicios de inteligencia», *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n.º 48, 2004, p. 89. Indicaba este autor que el valor más importante de la Inteligencia en el contraterrorismo estriba en proporcionar un aviso táctico preventivo de una acción terrorista.

Los servicios de inteligencia y defensa siempre han sido conscientes del valor de la información. Por eso, muchas de las medidas han ido encaminadas a acceder al mayor número de datos posibles de comunicaciones telefónicas o electrónicas, de operaciones económicas, de viajes realizados, de adquisición de determinados bienes materiales o productos de ocio, de datos de carácter ideológico o religioso, etc. Muchos de ellos son obtenidos a través de la interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas, o en fuentes abiertas como Facebook. Pero también cabe su acceso a través de la cesión voluntaria u obligada por parte de empresas privadas (aerolíneas, bancos, empresas prestadoras de comunicaciones electrónicas o de páginas web) de datos que corresponden a los usuarios de sus servicios.

Surgen aquí varios interrogantes importantes: Por un lado, si en esa búsqueda legítima de datos por parte de los servicios de inteligencia cabe admitir una vigilancia masiva e indiscriminada, de forma prospectiva, de los datos de miles de ciudadanos, con el fin de tratarlos posteriormente, mediante potentes programas informáticos, para descubrir, por ejemplo, perfiles de posibles sospechosos terroristas. Por otro lado, han de establecerse garantías para el acceso individual a comunicaciones y datos de individuos investigados, pero ¿cabe excepcionar esas garantías generales en determinados supuestos o respecto de ciertos individuos? ¿Ceden esas garantías en un estado de excepción o en una situación de excepcionalidad?²⁸ Por último, debemos reflexionar sobre el papel que juegan las empresas privadas proveedoras de servicios de telefonía, internet u otros y que son titulares de bases de datos que incluyen los datos de millones de ciudadanos. ¿Hasta qué punto están obligadas a colaborar con las autoridades en la persecución del terrorismo yihadista permitiendo el acceso al acceso a dichos datos? Si existe esa obligación, ¿con qué garantías y condiciones? ¿Qué responsabilidad de vigilancia y denuncia se les puede exigir?

La vigilancia masiva de datos y los derechos a la privacidad y la autodeterminación informativa

Empezando por el primero de los interrogantes, debemos reflexionar sobre la vulneración de la intimidad y del derecho de autodeterminación informativa debido al control masivo de datos llevado a cabo por los servicios nacionales de inteligencia²⁹. Un control que fue conocido a través de las re-

²⁸ Muchas de las respuestas a estos interrogantes son analizadas en el trabajo de FLORES GIMÉNEZ, F., «La paranoia razonable: vigilancia masiva y derecho a la privacidad en la era digital», en *The European Convention on Human Rights in a Global World*, Consejo de Europa, Strasbourg, 2016. EndFragment

²⁹ Véase, entre otros, GROSS, E., *The struggle of a Democracy Against Terrorism-Protection of Human Rights: The Right to Privacy Versus the National Interest-the Proper Balance*, in Martin Scheinin (ed.), *Terrorism and Human Rights*, Florence: European University Institute, 2013, pp. 525-607. SERRA CRISTÓBAL, R., «La opinión pública ante la vigilancia masiva de

velaciones de Snowden³⁰ y admitido por varios gobiernos. Estas medidas incluyen el control a gran escala de las comunicaciones telefónicas y electrónicas de millones de ciudadanos, al igual que de los movimientos financieros transnacionales con el fin de evitar que la ayuda económica sirva para sufragar actividades terroristas. Todo ello por citar solo algunos ejemplos³¹.

Las críticas y desautorización de este tipo de vigilancia masiva se produjo desde el comienzo. El conocimiento de que muchos gobiernos habían estado espionando a sus ciudadanos, imprimió un cambio en la conciencia global sobre esta cuestión. Desde 2013, instituciones de toda Europa han declarado ilegales otras leyes y operaciones semejantes y han impuesto nuevas restricciones a futuras actividades de esta naturaleza. Esa reacción constituye *per se* una victoria para las libertades de todos los ciudadanos, pero el derecho a la privacidad y el derecho a la autodeterminación informativa de los mismos siguen estando en riesgo en muchos casos todavía. El ciudadano siente que el halo de privacidad con el que actúa e interactúa en su vida privada —y que es lo que le hace sentirse en libertad— está en peligro. Es cuando la pretendida búsqueda de la seguridad nacional acaba erosionando la «seguridad» que uno tiene en que hay un espacio en el que puede actuar sin controles y que hay una información que corresponde a ese espacio privado y que no goza de mayor relevancia o de la que no se pueden derivar mayores consecuencias. Se produce entonces el denominado *chilling effect*³², esto es, el efecto desalentador por el miedo a estar siendo vigilado. Es un efecto inhibitor del comportamiento personal que la sobrevigilancia del Estado produce en el libre ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos realizó tempranamente un loable trabajo de protección de los derechos humanos en el marco de la lucha contra el terrorismo y, en concreto en lo que estamos hablando, en la protección de intimidad/privacidad cuando se llevan a cabo programas de vigilancia general o

datos. El difícil equilibrio entre acceso a la información y seguridad nacional», *Revista de Derecho Político*, n.º 92, 2015, pp. 75-117.

³⁰ Edward Snowden reveló en 2013 al diario británico *The Guardian*, junto con otra información, la existencia de un programa secreto de la NSA (la Agencia de Seguridad Nacional estadounidense) que permitía a la Agencia entrar directamente en los servidores de Google, Facebook, Skype, Microsoft and Apple, as well as to the Swift's transfer service of bank data.

³¹ A ello podríamos añadir la reflexión sobre el uso de los drones como herramienta para combatir el terrorismo yihadista. Es un instrumento que, usado desmedidamente puede cercenar igualmente derechos fundamentales. Piénsese en los riesgos que pueden conllevar para la privacidad o en su uso como vehículo para llevar a cabo asesinatos selectivos. Sobre los drones puede verse el trabajo de Cristina PAUNER CHOLVI, «El uso emergente de drones civiles en España. Estatuto jurídico e impacto en el derecho de protección de datos», *Revista de Derecho Político*, n.º 95, 2016.

³² DE DOMINGO PÉREZ, T.: «La argumentación jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales: en torno al denominado *chilling effect* o efecto desaliento», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 122, 2003, pp. 141-166.

interceptaciones estratégicas, exigiendo no solo una habilitación legal, sino una previsión legal que sea precisa y respetuosa con los derechos fundamentales³³.

Un caso pertinente para el tema que nos ocupa es el que se resolvió por sentencia de 1 de julio de 2008, el asunto *Liberty y otros c. Reino Unido*. Se descubrió que los Servicios de Defensa británicos habían estado interceptando todas las telecomunicaciones entre las dos emisoras de British Telecom (Clwyd y Chester), conexión que soportaba la mayor parte del tráfico de comunicaciones con y desde Irlanda. Esas informaciones se almacenaban y se filtraban mediante palabras clave, perfiles, etc., antes de trasladarlas a los analistas de inteligencia. El Tribunal europeo entendió que esto suponía una injerencia en los derechos de la privacidad y secreto de las comunicaciones al no estar tales controles suficientemente previstos por la ley. Extendió las garantías que deben acompañar a estos derechos cuando se trata de interceptaciones de comunicaciones a individuos concretos a las interceptaciones estratégicas o generales, como era el caso, exigiendo que la Ley fijara las garantías y límites al poder que deben establecerse en esa vigilancia prospectiva. Advertía el Tribunal que, «además, como la aplicación de las medidas de vigilancia secreta de las comunicaciones escapa tanto al control de los interesados como del público en general, la «Ley» pugnaría con la supremacía del derecho de que se trata si la facultad discrecional concedida a la Administración no tuviera límites (Para. 94).

En definitiva, aunque el TEDH ha reconocido que tal tipo de vigilancia prospectiva es a veces necesaria, ha exigido una previsión legal que la regule que sea precisa y respetuosa con los derechos fundamentales, que exista proporcionalidad en el ejercicio de tales prácticas y una autoridad externa independiente que las supervise (STEDH asunto *Rotaru c. Rumania*, de 4 de mayo de 2000)³⁴.

La excepción a las garantías de la privacidad de las comunicaciones y de los datos personales

El art. 8.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos establece que no podrá haber injerencia de los poderes en el derecho a la vida privada, y en el

³³ SSTEDH asunto *Klass y otros c. Alemania*, de 6 de septiembre de 1978; asunto *Malone c. Reino Unido*, de 2 de agosto de 1984; asunto *Huving c. Francia*, 24 de abril de 1990; *Koop c. Switzerland*, de 25 de marzo de 1998; Valenzuela Contreras c. España, de 30 de julio de 1998; *Padro Bugallo c. España*, de 18 de febrero de 2003; *Dulkarin Coban c. España*, de 26 de septiembre de 2006; *Weber y Saravia c. Alemania*, 26 de junio de 2006; Asunto *Kennedy c. Reino Unido*, de 18 de mayo de 2010; *Big Brother Watch and others v. the United Kingdom*, de 7 de enero de 2014 y otras más.

³⁴ Sobre esta decisión y otra jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de vigilancia de comunicaciones y datos puede verse el valioso trabajo: GÓRRIZ ROYO, Elena M. (2013): «Investigaciones prospectivas y secreto de las comunicaciones: respuestas jurídicas», en González Cussac, José Luis y Cuerda, Arnau, M. Luisa (Dir.), *Nuevas amenazas a la seguridad nacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 243-283.

secreto de la correspondencia y comunicaciones, en tanto en cuanto esta injerencia no esté prevista por la ley y constituya una medida que sea necesaria para el logro de alguno de los objetivos de interés general que enumera, entre los cuales se halla la seguridad nacional³⁵. No obstante, aunque esté justificado que los servicios de inteligencia recaben datos de los ciudadanos o intercepten comunicaciones en esa lucha contra el terror, lo que sí tenemos derecho, como mínimo, es a que las actividades de vigilancia se realicen dentro del respeto a la legalidad vigente y a que el tratamiento de los datos goce de todas las garantías.

Por poner un sencillo ejemplo, recordemos que cuando se trata de recabar datos derivados de comunicaciones que puedan afectar al secreto de estas (escuchas telefónicas o electrónicas), el TEDH ha establecido la necesidad de que dicha actuación sea autorizada por un juez o por una comisión independiente³⁶.

La Constitución española exige la autorización de un juez, sin distinguir entre interceptaciones individuales de comunicaciones o vigilancia masiva de comunicaciones (art. 18.3 CE). Y cuando dichos controles tienen que ser realizados por los servicios de inteligencia en el marco de sus funciones, la Ley Orgánica 2/2002, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia, indica que «el Secretario de Estado Director del Centro Nacional de Inteligencia deberá solicitar al Magistrado del Tribunal Supremo competente, conforme a la Ley Orgánica del Poder Judicial, autorización para la adopción de medidas que afecten a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones, siempre que tales medidas resulten necesarias para el cumplimiento de las funciones asignadas al Centro».

En Bélgica o en Francia para realizar escuchas telefónicas se exige como regla general la autorización del juez, además, en el caso de Bélgica, que se lleven a cabo únicamente en el supuesto de delitos en tentativa o consumados. En este país cuando aquellas son realizadas por los agentes de inteligencia, la autorización ha de proceder de una comisión administrativa compuesta por tres magistrados, dos jueces de instrucción y un magistrado del Ministerio Público (una comisión que no es jurisdiccional, pese a su configuración, sino de naturaleza administrativa).

No obstante, en la práctica mayoría de los Estados caben excepciones a las garantías generales que acompañan al secreto de las comunicaciones cuando concurren circunstancias excepcionales o cuando se investigan determinados delitos como es el de terrorismo. De hecho, como respuesta a los atentados yihadistas sufridos en países de la UE en estos últimos años,

³⁵ Sobre la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre esta cuestión y la aplicación del art. 8.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos pueden verse las decisiones que se citan en el último punto de este trabajo en el texto y a pie de página.

³⁶ CEDH n.º 5029/71, 6 septiembre 1978 (Klass et autres c. Allemagne).

los Estados se han apresurado a modificar la normativa que regula el control de las comunicaciones precisamente en el marco de investigaciones terroristas.

La Constitución española se encuentra entre las pocas que ya preveía la suspensión individual de los derechos de las personas investigadas por pertenecer a organizaciones terroristas, permitiendo que la ley estableciera una limitación mayor a determinados derechos (entre ellos el secreto de las comunicaciones) cuando un individuo fuera investigado por terrorismo (artículo 55.2 CE). A este respecto, es principalmente la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) la que establece las potestades de las fuerzas policiales o judiciales en la investigación del delito de terrorismo y los límites a su actuación, al igual que incluye previsiones sobre los derechos de los sospechosos de terrorismo.

Precisamente por la necesidad de cumplir con los recientes acuerdos adoptados en la UE en materia de investigación y persecución del terrorismo, la LECrim fue modificada por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, para reforzar las medidas de procedimiento en las investigaciones tecnológicas. Aparte de las disposiciones legales especiales a aplicar a los individuos investigados por delitos de terrorismo, que ya se contemplaban con anterioridad³⁷, la novedad se encuentra fundamentalmente en la regulación detallada que se realiza del control de las comunicaciones telemáticas y otros dispositivos electrónicos en la persecución de ciertos delitos como el de terroris-

37 Nos referimos a la extensión del período de detención policial permitido antes de que el detenido deba ser puesto a disposición judicial, que puede ser ampliado hasta 48 horas más, y a la posibilidad de que se decrete la detención incomunicada. La detención incomunicada fue introducida por la Ley Orgánica 14/1983 LECrim. El Plan de Derechos Humanos de 2008 preveía prohibirla para menores de 16 años, y el grabar en dependencias mientras se produjera la incomunicación, cosa que se ha recogido en la LECrim tras la modificación operada en la misma por la LO 13/2015.

La incomunicación del detenido permite al juez limitar alguno de los derechos del detenido como 8art. 527 LECrim:

- Designar abogado de confianza.
- Comunicarse con personas con las que tenía derecho a comunicarse, salvo autoridad judicial, Ministerio Fiscal y Médico Forense.
- Entrevistarse reservadamente con su abogado.
- Acceder él o su abogado a las actuaciones, salvo a los elementos esenciales para poder impugnar la legalidad de la detención.

Se establecen, en todo caso, en el supuesto de incomunicación, garantías como la obligatoriedad de realizar dos revisiones mínimas médicas cada 24 h.

En el caso de la prisión provisional, también cabe la prisión incomunicada. La ley Orgánica 13/2003 y 15/2003, introdujeron la prisión provisional incomunicada en la LECrim. Se autorizaba por el juez para el tiempo justo y necesario, con un máximo de 5 días, ampliables a 3 días más. Ahora esos 3 días más pueden ser hasta 5 días más cuando la causa esté abierta por determinados delitos entre los que se encuentra el de terrorismo (art. 509 LECrim).

En general, los derechos durante la detención y la prisión provisional quedan más ampliamente desarrollados por la nueva redacción del art. 520 LECrim.

mo. Justamente, en el marco de una investigación contra este fenómeno, de nuevo, se otorgan unas capacidades mayores a los agentes públicos. Como regla general, cuando se pretenda la intervención de dichas comunicaciones se precisa una autorización judicial. La cual permitirá el acceso al contenido de la comunicación, al igual que a los datos electrónicos o asociados de tráfico³⁸, así como a los que se produzcan con independencia del establecimiento o no de una concreta comunicación. Pero, aunque la regla general exige esa autorización judicial si nos encontramos ante una investigación sobre un presunto terrorista, «en caso de urgencia» cabe la posibilidad de que dicha autorización proceda del ministro del Interior, o en su defecto del secretario de Estado de Seguridad. Por lo tanto, se introducen unos límites mayores al libre disfrute de los derechos en dicho tipo de investigaciones. En todo caso, una vez autorizada la intervención por esta vía, la misma ha de comunicarse al juez inmediatamente, y, como máximo, en 24 horas, «haciendo constar las razones que justificaron la adopción de la medida, la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado».

En Bélgica, la Ley de 20 de julio de 2015, para reforzar la lucha contra el terrorismo³⁹ ha extendido la posibilidad de que la policía practique las mismas, no solo al supuesto de delito en tentativa o consumado, sino a todo un conjunto de actuaciones relacionadas con el terrorismo, lo cual incluye, por ejemplo, la participación en una organización con vínculos terroristas, o la incitación al terrorismo, o la amenaza de terrorismo. Nos encontramos ante un nivel de abstracción en la norma mucho mayor, lo que amplía los supuestos donde cabrían las escuchas. Además, está previsto un procedimiento de extrema urgencia, que es más rápido, invocable por los servicios de inteligencia cuando necesitan intervenir comunicaciones en un supuesto de terrorismo. De hecho, por este procedimiento rápido cabe intervenirlas durante 48 h con el solo permiso del presidente de la citada Comisión administrativa a la que nos referíamos más arriba.

En Reino Unido no está prevista la intervención de un juez en la interceptación de comunicaciones en una investigación de terrorismo, sino del ejecutivo, aunque sea la policía quien las lleve a cabo. La solicitud de autorización para interceptar comunicaciones está limitada a determinados jefes de las fuerzas policiales, que deben someterla ante el *Crown Prosecution Service* (CPS), que tiene una sección especializada en contraterrorismo y que decidirá sobre la oportunidad de la investigación. La autorización será librada por el *Secretary of State for the Home Department*, miembro del ejecutivo. Esa misma autorización es necesaria cuando las escuchas vayan a ser realiza-

³⁸ El art. 588 ter a LECrim indica que «se entenderá por datos electrónicos de tráfico o asociados todos aquellos que se generan como consecuencia de la conducción de la comunicación a través de una red de comunicaciones electrónicas, de su puesta a disposición del usuario, así como de la prestación de un servicio de la sociedad de la información o comunicación telemática de naturaleza análoga».

³⁹ *Loi du 20 juillet 2015 visant à renforcer la lutte contre le terrorisme, M.B., 5 août 2015.*

das por los servicios de seguridad interior (MI5). Por lo tanto, en ambos casos las autorizaciones corren a cargo de órganos de naturaleza administrativa.

En la misma línea, la Ley francesa relativa a la lucha contra el terrorismo, de 23 de enero de 2006, ya estableció que para el acceso a los datos de comunicación por la policía no era necesaria autorización judicial en el caso de investigación de terrorismo, siendo simplemente necesaria la autorización por parte de un alto funcionario de la policía nombrado por la Comisión nacional de control de interceptaciones. Pero, la ley de inteligencia francesa de 2015⁴⁰ amplió los poderes del gobierno francés durante el estado de excepción para la vigilancia de personas que «presenten una amenaza o entorno a una persona susceptible de estar relacionada con una amenaza». Esta ley, que fue impulsada a la luz del ataque terrorista en la sede de la Revista *Charlie Hebdo* en enero de ese mismo año, establece un marco legal para la actuación de los servicios de inteligencia. En líneas generales, subordina la puesta en marcha de actividades de inteligencia a una autorización del primer ministro, tras el informe de una autoridad administrativa independiente, la Comisión nacional de control de técnicas de inteligencia⁴¹. La ley permite la intervención de comunicaciones sin necesidad de autorización judicial, ni de informe previo de la Comisión nacional de control de técnicas de inteligencia, en caso de «urgencia absoluta», aunque deberá ser informada inmediatamente con posterioridad. Pese a las críticas vertidas sobre esta ley por los defensores de la privacidad, fue declarada constitucional por el *Conseil Constitutionnel* de Francia el 23 de julio de 2015, salvo en 3 artículos, precisamente porque no estaban bien definidas las garantías de los ciudadanos para el ejercicio de las libertades públicas⁴². Se ha criticado que su nueva redacción permite la vigilancia masiva, la vigilancia de cualquiera susceptible de ser considerado peligroso sin demasiada determinación de lo que eso significa. Igualmente se ha criticado de la ley que posibilita, entre otras medidas, la instalación en la red de los operadores de telefonía e internet de dispositivos (denominados cajas negras) que permiten a los servicios de inteligencia recabar en tiempo real los datos de conexión relativos a personas previamente identificadas como potencialmente peligrosas⁴³. Asimismo, la ley permite la puesta en marcha de un algoritmo para tratar los datos de todos los intervinientes en las comunicaciones electrónicas con el fin de detec-

⁴⁰ *Loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement*. Esta ley modificó el art. 851.2 del Código de Seguridad Interior.

⁴¹ La Ley sustituyó la *Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité* (CN-CIS) por una *Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement* (CNCTR). Ésta es una autoridad independiente, compuesta por 2 magistrados del Tribunal de Casación, 2 diputados y 2 senadores 2 miembros del Consejo de Estado y una persona especialista en comunicaciones electrónicas.

⁴² Decisión n° 2015-713 DC.

⁴³ Como consecuencia de la introducción por esta ley del Art. 851.4 en el Código de la Seguridad Interior.

tar amenazas terroristas, pero sin proceder a la identificación de las personas intervinientes en la comunicación distintas de los presuntos terroristas.

Por otro lado, se aprobó en Francia a finales de 2015 una ley para la vigilancia de comunicaciones internacionales⁴⁴ que, igualmente, utiliza conceptos vagos para justificar el posible control y tratamiento de datos obtenidos en comunicaciones internacionales, como la búsqueda de la defensa y la promoción de los intereses fundamentales del Estado.

Tal vez una de las cosas positivas de la Ley es que un ciudadano que se sienta infundadamente vigilado puede acudir al Consejo de Estado y solicitar de él que controle la motivación de esa vigilancia y, en su caso, ordene la supresión de los datos recabados. Sin embargo, el ciudadano no podrá saber cómo le han vigilado ni quién lo ha hecho.

En conclusión, en muchos de los Estados de nuestro entorno, especialmente en aquellos que han sido objeto de recientes ataques terroristas, la tendencia es la de contemplar excepciones a la regla general del control judicial de las comunicaciones, cuando la causa es la investigación y persecución del terrorismo y la inclusión de nuevas herramientas en manos de los agentes de seguridad para llevar a cabo esta labor.

El rol de las empresas privadas propietarias de bases de datos en la lucha contra el terrorismo. El intercambio de datos

En relación a todo esto, cobra relevancia lo concerniente a la cesión de datos por parte de las empresas a las autoridades encargadas de perseguir el terrorismo yihadista.

Sobre esta cuestión se pronunció hace unos pocos años el Tribunal de Justicia de la UE, en el asunto *Digital Rights Ireland y Seitlinger y otros* (2014)⁴⁵. La Corte de Luxemburgo mostró de nuevo su sólido compromiso con la prevalencia de los derechos fundamentales al invalidar la Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones. Esta Directiva permitía la conservación de los datos de tráfico y localización, y de identificación del abonado o usuario para fines de prevención y persecución de delitos graves como la delincuencia organizada y el terrorismo. Para el Tribunal, aunque dicha conservación de datos para su posible transmisión a las autoridades nacionales responde a

⁴⁴ *LOI n° 2015-1556 du 30 novembre 2015 relative aux mesures de surveillance des communications électroniques internationales.*

⁴⁵ Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, de 8 de abril de 2014, Asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12.

un objetivo de interés general, —la seguridad pública—, el legislador de la Unión sobrepasó los límites que exige el principio de proporcionalidad.

En España, y precisamente a raíz del cumplimiento de las reglas de la UE a este respecto, la reforma de la LECrim (por Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre) ha establecido que, cuando sean indispensables para la investigación, los prestadores de servicios o personas que faciliten la comunicación pueden ser solicitados por la policía judicial o el Ministerio fiscal (art. 588 ter j LECrim), para que cedan los datos, incluso haciendo uso de búsquedas entrecruzadas o inteligentes. Estos estarán obligados a cumplir el requerimiento, bajo apercibimiento de incurrir en el delito de desobediencia. Aunque dichos datos solo pueden ser cedidos si media orden judicial.

También en relación con la obligación de los prestadores de servicios de colaborar en la cesión de datos de comunicación, ha de recordarse que la misma LECrim, cuando se refiere a la investigación de delitos de terrorismo, establece que: «Si los hechos se hubieran cometido a través de servicios o contenidos accesibles a través de internet o de servicios de comunicaciones electrónicas, el juez o tribunal podrá ordenar la retirada de los contenidos o servicios ilícitos... a los motores de búsqueda que supriman los enlaces que apunten a ellos y a los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas que impidan el acceso a los contenidos o servicios ilícitos», siempre que concurra alguno de los supuestos que enumera el mismo artículo (esto es, que la medida sea proporcionada, y que sea el canal único de difusión de dichos contenidos)⁴⁶.

Igualmente, el Código de Seguridad Interior francés prevé que se podrá imponer a los operadores de datos la puesta en marcha, en su red, de un tratamiento automatizado de datos para detectar conexiones que sean susceptibles de revelar una amenaza terrorista (art. 851.3)⁴⁷.

De nuevo la cuestión está sobre la mesa: ¿constituye todo esto una puerta que puede obligar a los grandes proveedores de telefonía e internet a colaborar con el Estado en la lucha antiterrorista?

Este es el tema que se planteó en EE. UU., cuando una juez federal ordenó a la compañía Apple que ayudara al FBI a desbloquear y acceder al teléfono iPhone usado por uno de los dos autores del tiroteo de San Bernardino (California), en el que murieron 14 personas. Los investigadores consideraron

⁴⁶ Por otro lado, en la Ley de Seguridad Ciudadana de 2015 se establecen obligaciones de registro documental para actividades relevantes para la seguridad ciudadana, como el acceso comercial a servicios telefónicos o telemáticos de uso público mediante establecimientos abiertos al público. Así se dice que «quedarán sujetas a las obligaciones de registro documental e información en los términos que establezcan las disposiciones aplicables» (art. 25.1 LSC). Ello permite el control de locutorios telefónicos y, con ello el control de las actividades que en ellos se realicen.

⁴⁷ Lo mismo se establece en el art. 6 de la *Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique*.

que el iPhone contenía información que podía resultar crucial para la investigación. El FBI quería que la compañía le ayudara a crear un desbloqueador del sistema de seguridad para acceder a los datos. Apple se opuso a la orden judicial argumentando que ello no era posible y que si crease ese software estaría poniendo en riesgo la seguridad de millones de iPhones, y que si cayera en las manos equivocadas, el producto perdería el elemento de seguridad, que es una de sus características más preciadas.

Posiblemente, intentar rebajar la seguridad de cientos de millones de usuarios de móviles sobre sus datos con el objetivo de rebajarla para aquellos pocos que representan una amenaza parece desproporcionado.

La cesión de datos no solo se puede producir entre empresas proveedoras de servicios y el Estado, sino también entre Estados. De hecho, como decíamos al comienzo, el intercambio de información se ha convertido en una de las principales herramientas de la lucha contra el terrorismo yihadista.

La nueva Directiva 2016/680 sobre tratamiento de datos en la prevención y persecución del crimen⁴⁸, abre un nuevo escenario más reforzado en el ámbito del intercambio de datos entre Estados de la Unión. Su aprobación se aceleró como consecuencia de la nueva ola de atentados yihadistas que se sucedieron en París en noviembre de 2015 y Bruselas en 2016, al igual que la aprobación del nuevo Reglamento 2016/679, de Protección de Datos⁴⁹. La nueva Directiva hace hincapié en la creciente necesidad de intercambiar datos para la prevención y la lucha contra la delincuencia transnacional y el terrorismo. Pero, igualmente, subraya la obligación de garantizar el cumplimiento de los principios básicos que regulan la protección de datos personales (Considerando n.º 7). De hecho, establece normas mínimas que han de respetarse en el tratamiento de datos dentro de cada Estado miembro, se establecen derechos concretos y se fijan límites en el flujo de datos.

Igualmente, en el Consejo de Ministros de Interior de 4 de diciembre de 2015, se dio luz verde a la aprobación del Registro de pasajeros aéreos (*Personal Name Records*, o PNR), que quedó finalmente regulado por la Directiva reguladora del uso del PNR para la prevención, investigación y persecución del terrorismo y otros crímenes graves, aprobada el 21 de abril de 2016⁵⁰. La

⁴⁸ Entró en vigor el 5 de mayo de 2016, aunque los Estados miembros disponen hasta el 6 de mayo de 2018 para implementarla.

⁴⁹ *Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation)*. Entró en vigor el 24 de mayo 2016, pero empezará aplicarse a partir del 25 de mayo de 2018.

⁵⁰ Directiva (EU) 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativa a la utilización de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR) para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y de la delincuencia grave.

Directiva será implementada por los Estados en dos años desde su aprobación. Se aplicará a los vuelos que tienen origen o destino fuera de la UE, pero los Estados miembros también podría extenderlo a los domésticos («dentro de la UE»). Ello obligará, a partir de su trasposición en dos años, a la transmisión a las autoridades de una serie de datos de los pasajeros de vuelos (nombre, dirección, itinerario, modo de pago, tarjetas bancarias utilizadas, números de teléfono, información sobre equipaje, fechas de viajes, frecuencia con que vuela...). La cuestión está en cómo se va a hacer con el máximo respeto a la privacidad de los europeos. Con ese fin, entre otras previsiones, la Directiva establece que tales transferencias solo se harán «siguiendo la regla de caso por caso» y exclusivamente para los fines específicos de «prevenir, detectar, investigar y procesar los delitos de terrorismo o delitos graves».

A este respecto, el Tribunal de Luxemburgo ha dado un nuevo toque de atención fallando en la sentencia de 26 de julio de 2017 contra el registro de pasajeros firmado entre la Unión Europea y Canadá en 2014. Se pactó la transferencia de datos sensibles de los pasajeros de vuelos que tal como están descritos pueden afectar a la privacidad de estos: hábitos de viaje, relaciones existentes entre dos o varias personas, situación económica, hábitos alimentarios, estado de salud, e incluso otra información sensible. Como era de esperar, el Tribunal ha indicado que «no hay justificación concreta y particularmente sólida» para reclamar esos datos ni para retenerlos. El Alto Tribunal quiere asegurarse de que la norma precise de forma más garantista los supuestos en los que cabe un control de esos datos respecto de pasajeros que están siendo investigados por terrorismo. Pero trata de evitar que se generalice la transferencia de datos de todos los pasajeros de forma tan indeterminada e insegura. Para el TJUE, lo previsto en el Acuerdo sobre la transferencia de datos PNR entre UE y Canadá, en los términos establecidos, «es incompatible con los derechos fundamentales».

Asimismo, en relación con el intercambio de datos con terceros países, procede recordar que recientemente se ha producido una renovación del Acuerdo entre la UE y Estados Unidos conocido como «*Safe Harbour*» por el «*EU-US Privacy Shield*» de febrero de 2016, precisamente por haber sido declarado inválido aquel marco previo por el Tribunal de Luxemburgo en el caso *Schrems*⁵¹. Lo que la UE quiere evitar es que los datos de sus ciudadanos puedan ser objeto de daños a su privacidad sin que exista una causa legítima que lo justifique. La lucha contra el terrorismo yihadista es una causa que podría respaldar ese intercambio de información entre Estados por la utilidad que esa inteligencia puede ofrecer en la persecución y prevención de nuevos ataques. Pero esos canjes de datos deben producirse cuando se persiga un objetivo concreto y sea necesario para ello, y la actuación debe asegurar todas las garantías legalmente establecidas y ha de ser proporcional.

⁵¹ Case C-362/14 Maximilian Schrems v. Data Protection Commissioner.

La libertad de conciencia y sus manifestaciones externas. Libertades de opinión e informativas

Obstáculos a la circulación de información y a la actividad de los profesionales de la información

Maximizar la circulación de información y de opiniones debiera ser la prioridad en un Estado democrático, porque ello contribuye a que esa opinión pública sea plural, formada y libre. Para favorecer que ello sea así se precisa de unos poderes públicos que no limiten el acceso a la información a aquellos que pudieran contribuir a difundirla (los periodistas) y propiciar ese debate público. Sin embargo, ello puede entrar en conflicto con el secreto de Estado y, en particular, con mantener a buen recaudo la información relativa a actividades antiterroristas y otras relacionadas con la salvaguarda de la seguridad nacional. Pensemos, por ejemplo, en la fijación de condiciones estrictas para el acceso a la información pública relacionada con la seguridad nacional.

En este sentido resulta ilustrativo el caso *Youth Initiative for Human Rights c. Serbia*, que resolvió el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) en su sentencia de 25 de junio de 2013. Una ONG, conocedora de que su Gobierno estaba llevando a cabo controles electrónicos de los ciudadanos se dirigió a la Agencia de inteligencia solicitando información sobre cuánta gente había estado vigilada de este modo durante el año 2005. Dicha información le fue denegada y recurrieron al *Information Commissioner* (órgano interno encargado de asegurar la correcta aplicación de la Ley de información serbia) que les reconoció tal derecho, pero entonces la Agencia de inteligencia comunicó que ya no disponía de los datos que le solicitaban. La Corte de Estrasburgo emitió una loable (aunque posiblemente inesperada) sentencia reconociendo que la negativa de los servicios secretos a facilitar la información requerida vulneraba el derecho a recibir información y a difundirla posteriormente (art. 10 del Convenio), pues era obvio que el interés de la ONG en dicha información residía en la voluntad de difundirla y contribuir con ello al debate público.

Además de las limitaciones en el acceso a la información a los medios de comunicación, en Europa se han dado casos de vigilancia electrónica y de comunicaciones de carácter prospectivo por parte de los servicios secretos sobre periodistas que trabajaban en materias que son competencia de los servicios de inteligencia. En un inicio, el TEDH no reconoció que tales vigilancias fueran contrarias al Convenio Europeo de Derechos Humanos por existir suficiente cobertura legal para tal tipo de actuaciones y por responder a un interés legítimo.

Así sucedió en el asunto *Weber y Saravia c. Alemania*, de 26 de junio de 2006, donde una periodista alemana que investigaba cuestiones que estaban sujetas a la supervisión del Servicio Federal de Inteligencia, y que

viajaba para ello a diferentes países de Europa, Sudamérica, y América Central, consideró que podía ser interceptada deliberadamente en sus comunicaciones en cualquiera de estos lugares tras la introducción por el Gobierno de un sistema de control prospectivo (*strategic monitoring*). Con este sistema, siguiendo determinadas palabras clave, se rastreaban las comunicaciones y los datos personales de cualquier ciudadano, estuvieran en Alemania o en el extranjero, todo ello con el fin de obtener información para prevenir ataques terroristas u otros riesgos. Para la demandante esos controles coartaban su labor periodística, pues al trabajar ella sobre ese tipo de materias (terrorismo, drogas, tráfico de armas...) podía ser espiada y ya no podía estar segura de que su información y fuentes periodísticas pudiesen seguir siendo confidenciales, lo cual era crucial para la libertad de prensa en un Estado democrático. La Corte, tras analizar la regulación legal de esos controles estratégicos, consideró que esta era lo suficientemente garantista como para asegurar el no abuso de este instrumento por las autoridades y entendió que esa posible intromisión en las comunicaciones o el posible peligro para la libertad de prensa estaban suficientemente justificados por la salvaguarda de un interés legítimo, la seguridad nacional.

Afortunadamente, no tardaron en llegar decisiones del Tribunal de Estrasburgo donde se consideró este tipo de vigilancia contraria al derecho a la vida privada y al derecho a recibir y difundir información (arts. 8 y 10 del Convenio).

En el caso *Telegraaf Media Nederland Landelijke Media y otros c. Netherlands* (22 de noviembre de 2011) unos periodistas habían difundido información relativa a actividades de la propia agencia de inteligencia y fueron sometidos a vigilancia con el fin de averiguar sus fuentes de información. El Tribunal no discutió que, efectivamente, detrás de la actuación de vigilancia operada por los servicios de inteligencia estaba el interés de salvaguardar la seguridad nacional, pero aplicó el test de «la necesidad en una sociedad democrática». Este test obliga a determinar si la «injerencia» se justificaba en una «necesidad social imperiosa», si era proporcionada al fin legítimo perseguido y si los motivos alegados por las autoridades nacionales para justificarla eran pertinentes y suficientes. El Tribunal consideró que la legislación en los Países Bajos no había superado este test y no preveía la suficiente salvaguarda en relación con las facultades de vigilancia usados por el Estado en contra de los demandantes con el fin de descubrir sus fuentes periodísticas. Y terminó reiterando una vez más la importancia de la protección de estas fuentes para la prensa libre en cualquier sociedad⁵².

⁵² La aplicación de este test en otros supuestos de vigilancia puede verse en los asuntos: *Savovi c. Bulgaria*, de 27 de febrero de 2013, o *Ungváry and Irodalom KFT. c. Hungría*, de 3 de diciembre de 2013.

Las limitaciones a la libertad de opinión y expresión para evitar la apología y enaltecimiento del terrorismo y la difusión del radicalismo islámico⁵³

Veníamos diciendo que es una máxima en un Estado democrático que la libertad de expresión y la libertad ideológica no deben ser limitadas salvo que exista lo que se llama «un peligro claro y palpable» para determinados bienes que lo justifique⁵⁴. Lo que puede hacer referencia a la existencia de un peligro real e inminente para los derechos de los ciudadanos o para la seguridad, siempre que tales limitaciones sean necesarias en una sociedad democrática⁵⁵.

La existencia de un aumento cada vez mayor de mensajes en red favorables o promotores de la ideología del ISIS hace que nos preguntemos dónde está esa línea entre lo amparable dentro de la libertad de expresión y lo que queda fuera de ella. ¿Dónde está la línea entre lo que son actividades de terrorismo, la solidaridad con estas o sus autores, y las meras opiniones sobre el yihadismo y sus promotores, por ejemplo?

En cumplimiento de las exigencias supranacionales⁵⁶, los códigos penales se apresuraron a establecer como delitos ciertas manifestaciones de la libertad de pensamiento cuando constituyan apología o enaltecimiento del terrorismo o adoctrinamiento en las teorías islamistas particularmente radicales que apoyan este fenómeno.

Por lo pronto, en España el enaltecimiento o justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos de terrorismo o de quienes hayan participado en su ejecución son considerados como delito en el Código Penal. Una cosa es la provocación para la comisión de un delito y otra

⁵³ Véase, entre otros, el trabajo de M. Luisa CUERDA ARNAU: *Terrorismo y libertades políticas*, Valencia, Tirant lo Blanch 2008.

⁵⁴ La teoría del peligro claro y evidente fue introducida por el Juez Holmes del Tribunal Supremo norteamericano en 1919 en un voto que presentó en el asunto *Schenck v. United States* (249 U.S. 47). En todo caso, no fue hasta el caso *Brandenburg v. Ohio* (395 U.S. 444) en 1969 donde se estableció en un asunto sobre un miembro del Ku Klux Klan el actual significado de «clear and present danger», indicando que el gobierno no podía penalizar expresiones incendiarias excepto que estas incitaran a una inminente actuación ilegal (*imminent lawless action*).

⁵⁵ Así, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en el art. 19 que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión entraña deberes y responsabilidades especiales y que podría restringirse para la protección de la seguridad nacional (entre otras causas). En el mismo sentido cita la seguridad nacional y la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito el art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Véase también sentencias del TEDH en los casos *Zana c. Turquía*, de 25 de noviembre de 1997, *Surek c. Turquía*, de 8 de julio de 1999, *Ceylan c. Turquía*, de julio de 1999, *Hogefeld c. Alemania*, de 20 de enero de 2000.

⁵⁶ Además de las Decisiones de Naciones Unidas, tener en cuenta lo derivado del cumplimiento de la Decisión Marco de la Unión Europea 2008/919/JAI.

el enaltecimiento terrorista, que es una manifestación de opinión (punible), y se ha considerado como una especie de provocación indirecta a la comisión de delitos. Esto segundo quedó incorporado en el Código Penal por Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre. Otra actividad que está tipificada como delito es el adoctrinamiento y adiestramiento militar o de combate para hacer la yihad, que ha de ser habitual para ser considerado delictivo, especialmente el que se realiza a través de internet o servicios de comunicación accesibles al público (art. 575 CP). Al igual que está penada en el art. 578 CP, la realización de actos de descrédito, menosprecio o humillación a las víctimas de delitos terroristas o sus familiares, donde se castiga la ofensa a las mismas, del que se ha objetado que podría servir de subterfugio para criminalizar delitos de opinión o de discrepancia política o ideológica. A todos estos delitos nos referiremos con más detenimiento en el apartado cuarto de este trabajo.

Lo indicado respecto del sistema español contrasta con lo que se establecía en Francia, donde la prohibición de apología del terrorismo no se encontraba en el Código penal francés, sino en la Ley de libertad de prensa, lo que suponía una serie de garantías en cuanto a la proporcionalidad y respeto al derecho fundamental a la libertad de expresión superior al de delitos de terrorismo. Por lo tanto, las autoridades no podían someter estas acciones a técnicas especiales de investigación, como sí sucedía respecto de los delitos propiamente de terrorismo en sentido más estricto.

Hay un caso que ilustra de qué modo se ha perseguido la apología del terrorismo yihadista en Francia. Es el caso de un dibujante de la publicación *Ekaizta*, de nombre Denis Leroy, condenado por apología del terrorismo por un dibujo el 11 de septiembre de 2001 que simbolizaba el atentado a las Torres Gemelas con el escrito «Todos nosotros hemos soñado con ello... Hamás lo ha hecho». El demandante interpuso recurso de casación defendiendo el «derecho a difundir, mediante un dibujo, una opinión que no es compartida por la mayoría, o una opinión susceptible de ofender o conmocionar». Sin embargo, cuando esta demanda llegó ante el TEDH, este no lo amparó. Para el Tribunal el demandante expresó su apoyo y solidaridad moral de los presuntos autores y juzgó favorablemente la violencia perpetrada contra miles de civiles y entendió que ello atentaba contra la dignidad de las víctimas. El Tribunal consideró que el dibujo publicado el 13 de septiembre no tuvo precaución en el lenguaje y no era amparable dentro de la libertad de expresión. (Caso *Leroy contra Francia*, de 2 de octubre de 2008).

Como ya hemos indicado, la sucesión de ataques terroristas en suelo francés, condujo a un replanteamiento sobre su política antiterrorista. En 2012, tras un atentado perpetrado por un individuo que dijo ser de al-Qaeda, el presidente Nicolás Sarkozy propuso nuevas medidas, entre las que cobraba un papel muy importante la criminalización de la propagación de «ideas extremistas», la apología del terrorismo o incluso la visita de sitios web donde

se realizaba apología del terrorismo⁵⁷. Como consecuencia, la apología y la provocación de terrorismo fueron suprimidos de la Ley de libertad de prensa e incluidos en el Código Penal en 2014⁵⁸ y en 2016 se aumentó la pena por la comisión de tales delitos.

Precisamente la circulación de las doctrinas extremistas que están detrás del terrorismo yihadista y toda la labor de difusión de las mismas para captar nuevos adeptos se realiza en nuestros días, en gran parte, a través de Internet, incluyendo páginas web, redes sociales, o el correo electrónico. Por ello, una de las medidas que pueden servir para cerrar el flujo de ese tipo de información es la censura o cierre de determinadas páginas web o canales electrónicos.

España establece en el mismo Código Penal que la comisión del delito de enaltecimiento o justificación del terrorismo por vía telemática habilita al juez a acordar la destrucción o borrado del material u ordenar la retirada de contenidos o solicitar de los prestadores de servicios que supriman los enlaces o se impida el acceso a los contenidos o servicios ilícitos. Aunque, bien es cierto que la norma establece respeto al principio de proporcionalidad (art. 578 CP). Como tal, no está prevista esta medida para el caso del adoctrinamiento en el yihadismo a través de la red, sin menoscabo de que dentro del abanico amplio de medidas que puede adoptar, ordene esta misma. Como tampoco cabe aplicar las medidas excepcionales del art. 55.2 CE en el caso de apología del terrorismo, solo podrá hacerlo en el supuesto de actividades terroristas en el sentido más estricto⁵⁹.

Francia es menos garantista en la limitación de las libertades de opinión en red. Con la nueva Ley relativa al Estado de emergencia, adoptada el 20 de noviembre de 2015, aumentó los poderes de las autoridades administrativas sobre el bloqueo de páginas web de internet que inciten a la comisión de actos de terrorismo o que hagan apología del mismo. La medida puede ser acordada por el Ministerio del Interior (art. 11.II de la Ley). La inquietud sobre esta medida fue puesta de manifiesto por los especialistas de Naciones Unidas por la ausencia de un control judicial sobre ella⁶⁰.

Otros países han emprendido el mismo camino. Austria aprobó el 16 de mayo de 2017 una ley que intenta vetar las campañas de proselitismo salafista, prohibiendo, entre otras cosas, las campañas de reparto del Corán

⁵⁷ MIRA BENAVENT, Javier; GÓMIS FONS, Andrés; JURADO CEPAS, Juan y RIPOLLÉS PELLICER, Miriam: Apología del terrorismo y libertad de expresión en España y Francia. Un análisis crítico a la luz de la jurisprudencia del TEDH, Valencia, Clínica Jurídica para la Justicia Social, 2013, p. 72.

⁵⁸ LOI n.º 2014-1353 du 13 Novembre 2014, renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme.

⁵⁹ STC 199/1987.

⁶⁰ Véase la Comunicación reportada en el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas A/HRC/29/50, FRA 1/2015, 03/02/2015

por parte de representantes de esta corriente islamista ultraconservadora, que hace lectura literal del libro sagrado musulmán, en un intento de evitar la proliferación de ideas que se han vinculado al terrorismo yihadista. No obstante, esta medida viene unida a una campaña gubernamental que ha apostado por poner freno al aumento de la inmigración, mucha de ella procedente de Turquía. De hecho es una ley que se enmarca dentro de un paquete de medidas legislativas denominadas «de integración», que endurecen considerablemente las condiciones en que son aceptados los refugiados e inmigrantes, muy especialmente los de religión islámica. Ni que decir tiene la brecha que ello abre con respecto a los derechos humanos.

En general, estas nuevas normas se enmarcan en la línea de lo acordado en el seno de Naciones Unidas y de la Unión Europea. En el marco europeo ello ha quedado finalmente reflejado en la Directiva relativa a la lucha contra el terrorismo de 2017, anteriormente citada, donde se establece, para aquellos países que todavía no lo hayan hecho, que antes del 8 de septiembre de 2018 deberán sancionar en los códigos penales: «el hecho de difundir o hacer públicos por cualquier medio, ya sea en línea o no, mensajes destinados a incitar a la comisión de delitos de terrorismo, siempre que tal conducta preconice directa o indirectamente, a través, por ejemplo, de la apología de actos terroristas, la comisión de delitos de terrorismo...» (art. 5), la captación para el terrorismo (art. 6), o el adiestramiento con tal fin (art. 7), entre otras actividades. Y ello puede conducir, como señalábamos, al cierre de determinadas páginas web que son gestionadas por compañías privadas para evitar que circule dicha información⁶¹. Las cuestiones que debemos hacernos son: quién va a actuar como censor de dichas páginas y en qué medida las empresas que gestionan esos chat (Ej.: Facebook) o son proveedoras de servicios de internet o constituyen canales a través de los cuales se difunden vídeos (ej. YouTube), están obligadas a vigilar y/o colaborar activamente con el Estado en la persecución de ese tipo de apología del yihadismo. ¿Tienen algún tipo de responsabilidad el administrador de una página web? A este respecto, hemos de recordar que en España el Tribunal Constitucional consideró que la reproducción en un periódico (que igual podría haber sido una página web hoy) de comunicados apologéticos constituía ejercicio del derecho a informar y no podía ser constitutivo de infracción penal⁶². De igual modo, y en la línea de lo que decíamos más arriba, no es lo mismo utilizar las redes para instar a la violencia contra Occidente en nombre de Alá, o publicar vídeos explicando cómo unirse a la Yihad y actuar de kamikaze, que defender en

⁶¹ Porque la Directiva obliga a los Estados a adoptar las medidas necesarias para garantizar la rápida eliminación de los contenidos en línea albergados en su territorio que tengan las finalidades que arriba hemos expresado o a bloquear el acceso a dicho contenido por parte de los usuarios de internet dentro de su territorio (art. 21 Directiva lucha contra el terrorismo, 2017)

⁶² STC 159/1986. Recurso de amparo interpuesto por el director del diario vasco Egin que había sido condenado por reproducir comunicados de ETA.

un foro la idea de la creación de un nuevo califato en los territorios de determinados países o realizar una crítica a Estados Unidos y sus aliados por haberse inmiscuido en el gobierno de Irak o Afganistán, o incluso defender posiciones que nos puedan parecer deleznable, por poner unos ejemplos. Hasta qué punto algunas limitaciones podrían ser más prohibiciones a la razonable voluntad de disenter que a la generación de un evidente peligro para la seguridad. Esta es la perspectiva que nunca debemos perder de vista. A este respecto, la reciente Directiva de 2017 indica que «Las medidas de eliminación y bloqueo deberán establecerse por procedimientos transparentes y ofrecer garantías adecuadas, sobre todo para garantizar que se limiten a lo necesario y proporcionado y que los usuarios estén informados de su justificación. Las garantías relativas a la eliminación o al bloqueo incluirán asimismo la posibilidad de recurso judicial» (art. 21.3).

Limitaciones a determinados códigos de indumentaria. El conflicto entre la expresión religiosa y la pretendida seguridad

Otra de las formas de manifestaciones de la libertad de conciencia es la libertad religiosa y, en particular, la de participar en actos de culto, vestir o actuar conforme a esas convicciones religiosas. Sin duda, muchas de las medidas antiterroristas, o al menos *pretendidamente* amparándose en la salvaguarda de la seguridad nacional, han ido dirigidas a la limitación en el uso de determinadas prendas, que son manifestación de las propias convicciones religiosas, en los espacios públicos o a la obligación de desposeerse de determinada indumentaria en puntos concretos de control de seguridad. Obviamente en todos esos casos la limitación al ejercicio de la propia libertad personal es general, amparada en una pretendida salvaguarda de la seguridad, y no va dirigida a individuos concretos sobre los que recaiga una fundada sospecha de poder estar involucrados en actos contra tal seguridad.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que «el Estado puede limitar la libertad de manifestar una religión, por ejemplo, el llevar el velo islámico, si el ejercicio de esta libertad choca con el objetivo de garantizar la protección de los derechos y libertades de otros, del orden y la seguridad públicas»⁶³. Pensemos, entre otros asuntos, en la aceptación de la obligación de despojarse de determinadas prendas, que se llevan por motivos religiosos, en los controles de seguridad impuestos en los aeropuertos (*Phull c. France*, 2005) o a la entrada de los consulados (*El Morsli c. France* 2008, CEDH 2008). Sin embargo, el TEDH sí consideró contrario a la libertad religiosa la obligación de un sikh de quitarse el turbante que normalmente lucen recogiendo el pelo para realizarse las fotos para el documento de identidad, imposición que igualmente se había fundado en medidas de seguridad (*Mann Singh c. Francia*, 2008).

⁶³ *DOGRU c. Francia*, 2008.

También como medida argüida en la lucha por salvaguardar la seguridad pública, algunos Estados⁶⁴ han adoptado normas prohibiendo el uso de determinadas prendas, que se llevan en cumplimiento de las propias creencias, en los espacios públicos⁶⁵. Este fue el argumento utilizado en Francia en la Ley sobre la ocultación del rostro en espacios públicos⁶⁶ que, entre otros, proscribió el *burka* (que tapa incluso los ojos con una rejilla) y el *niqab* (que oculta todo el cuerpo menos los ojos), que solo utilizan una mínima parte de las musulmanas pero que generan en Europa un evidente rechazo y un vivo debate. La razón alegada (entre otras) es que bajo esas prendas podría ocultarse alguien para cometer un delito o perpetrar un ataque terrorista. En la mente de algunos ciudadanos se realiza un paralelismo imaginario con ataques con explosivos bajo el *burka* como los ocurridos en territorios de Oriente Medio. Y ese miedo (a nuestro entender infundado) es lo que Francia ha tratado de utilizar para justificar la prohibición.

La ley fue recurrida ante el Tribunal de Estrasburgo por una mujer musulmana que consideró que el hecho de que deba descubrirse el rostro era un atentado a la vida privada y la libertad religiosa y de pensamiento. La respuesta del Tribunal, dictada en el asunto *S.A.S c. Francia* (2014), sin embargo, no le amparó. Entendió que ese era uno de los límites que podía imponer el Estado en la salvaguarda de la seguridad y para garantizar las condiciones necesarias de convivencia, argumentos, ambos dos y particularmente este segundo, poco convincentes. Como se recogió en los votos particulares, en realidad se sacrifican derechos individuales por principios abstractos.

Bélgica de igual modo prohibió el uso de estas prendas, con la Ley de 1 de junio de 2011, de prohibición de atuendos que cubran el rostro. El Tribunal Constitucional belga consideró que ello no implicaba violación de la libertad religiosa por ser una prohibición necesaria para proteger el orden público y la seguridad pública⁶⁷.

Austria ha aprobado más recientemente, el 16 de mayo de este 2017, una ley que también prohíbe el uso del velo integral o cualquier prenda que cubra el rostro en los espacios públicos, aunque la medida parece fundarse menos en la seguridad pública y más en la consideración de una prenda «antisocial», según su expresión, o poco integradora.

⁶⁴ La prohibición general en cualquier espacio público y en todo el territorio se ha dado solo en algunos Estados, pero podemos encontrar dicha prohibición en determinados cantones en Suiza, en algunos municipios en Italia, Países Bajos o España (declarado no conforme a la ley), en el ámbito educativo (Alemania), etc.

⁶⁵ MOTILLA, A. «La prohibición del burqa islámico en Europa y España: reflexiones de *iure condendo*», Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, vol. XXVIII, 2012, pp. 171-196.

⁶⁶ Ley francesa n.º 2010-1192 de 11 de octubre de 2010 sobre la prohibición de la ocultación del rostro en los espacios públicos.

⁶⁷ Sentencia 145/2012, de 6 de diciembre. RELAÑO, Eugenia: «Las dos caras del Dr. Jekyll: las prohibiciones del velo integral a debate», Debates Jurídicos, n.º 5, 2015, pp. 3-33.

Las libertades de reunión y asociación y la lucha antiterrorista

Otros de los derechos que podrían verse afectados por las medidas contra terroristas son los de reunión y asociación. A este respecto, especialmente ejemplificativo resulta el caso de Francia y las medidas acordadas como consecuencia de la declaración del estado de excepción tras los atentados del 13 de noviembre de 2015 en París. La declaración de esa excepcionalidad implica la limitación temporal del ejercicio de derechos como el derecho de reunión o manifestación en determinadas zonas «a toda persona susceptible de obstaculizar, de cualquier manera que fuera, la acción de los poderes públicos» (art. 5 Ley Estado excepción).

Particular interés han despertado en las autoridades francesas las reuniones en determinados lugares de culto religioso, esto es, las mezquitas, por convertirse en espacios donde se ha producido una radicalización de los grupos que asistían. Por dicha causa, con posterioridad a los atentados de 2015 se cerraron una treintena de ellas en Francia. La medida, aún estando justificada, es limitativa de la libertad religiosa y afecta también al derecho a reunirse para practicar actos de culto o intercambiar opiniones. Tras las recientes elecciones presidenciales de mayo de 2017, el Estado ha anunciado la reapertura de la mezquita Al-Rawda, pero con grandes medidas de seguridad, entre ellas el establecimiento de un sistema de vídeovigilancia para «prevenir la constitución de grupos incontrolados, susceptibles de difundir mensajes radicales», o «comportamientos y expresiones contrarias a los valores de la República» en ese lugar de culto o en sus alrededores⁶⁸.

En el pasado ya había acaecido en Europa algún caso que podría recordarnos a lo descrito, aunque fuera del contexto de un estado de excepción. Uno de ellos fue conocido por la Corte de Estrasburgo en 2010.

En el asunto *Ahmet Arslan y otros c. Turquía* (2010), los recurrentes, que pertenecían a un grupo religioso musulmán, participaron en una ceremonia religiosa junto a una mezquita llevando sus vestimentas religiosas. En el transcurso de dicha reunión pública se produjeron varios incidentes, muchos de los partícipes fueron arrestados ante el Tribunal de Seguridad Nacional por haber incumplido la legislación antiterrorista y poner en riesgo la seguridad pública. Luego fueron procesados por ello, negándose a quitarse su indumentaria religiosa, a pesar de haberlo solicitado el tribunal, y finalmente fueron condenados. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos indicó que los condenados eran ciudadanos ordinarios y el modo en que vestían en ese acto religioso en un lugar público no pudo suponer en ningún caso una amenaza para el orden público o para terceros, ni ejercieron ningún tipo de

⁶⁸ VICENT, Elise: «Le ministère de l'intérieur autorise la réouverture de la mosquée de Stains», *Le Monde*, 11 de mayo de 2017. http://www.lemonde.fr/societe/article/2017/05/11/le-ministere-de-l-interieur-autorise-la-reouverture-de-la-mosquee-de-stains_5125784_3224.html#ma74qFvMi0QoDQWA.99

presión a los viandantes, por lo que consideró que se habían vulnerado sus derechos fundamentales.

Por otro lado, y volviendo a la normativa de excepción francesa, se había denunciado que esa desorbitada posibilidad que brinda la ley sobre el estado de excepción podía ser utilizada por los poderes públicos para prohibir la participación en manifestaciones de cualquier naturaleza, sin demasiada justificación. Desde la ola de los últimos atentados varias manifestaciones han sido prohibidas en Francia, en principio, por una cuestión de orden público al coincidir con el declarado estado de excepción por amenaza terrorista. Pero un ciudadano, al que se le negó la posibilidad de participar en una gran manifestación contra la Ley del trabajo, planteó una cuestión ante el Consejo Constitucional francés. Este órgano ha considerado finalmente inconstitucional el art. 5 de dicha ley, precepto citado más arriba, por desproporcionado. Según la decisión, la redacción del mismo permitiría a la policía prohibir la permanencia o circulación en cualquier zona sin ninguna relación con el orden público y menos con la existencia de una amenaza terrorista⁶⁹. En definitiva, se han estado prohibiendo determinadas manifestaciones al amparo de la emergencia terrorista, en un nuevo claro e injustificado desequilibrio entre seguridad y derechos de los ciudadanos.

Igualmente la ley de estado de excepción francesa permite, mientras dure el estado de urgencia, la disolución de organizaciones o asociaciones, sin un procedimiento judicial, por decreto del Consejo de Ministros, cuando esas asociaciones «participen en la comisión de actos que puedan suponer un atentado grave para el orden público» (art. 6.1 Ley estado de excepción). Todo ello con el telón de fondo de la pretendida seguridad pública.

Libertad personal y de movimiento

Entre las respuestas más comunes de la mayoría de Estados frente a la amenaza del terrorismo de corte yihadista ocupa un lugar específico el recorte a los derechos relacionados con la libertad personal, la libertad de movimiento y a las garantías que les acompañan. En especial, aquellas libertades pueden quedar limitadas a consecuencia de la imposición de una pena, como la reacción jurídica más grave ante la comisión de delitos terroristas. No hay que olvidar, sin embargo, que el fenómeno del terrorismo desborda, en la actualidad, a la categoría de delito para mutar en la idea de *amenaza*,⁷⁰ lo que, asimismo, fue empleado, durante un tiempo, como *ratio* para responder con consecuencias jurídicas que comprometían claramente a los derechos y libertades fundamentales. Uno de los exponentes más claros, en la historia reciente, de respuesta expeditiva a un ataque terrorista execrable,

⁶⁹ *Décision* n° 2017-635 QPC du 9 Juin 2017.

⁷⁰ Véase GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., «Servicios de inteligencia y contraterrorismo» en *Terrorismo y contraterrorismo...* Op. cit., pp.118 y ss.

que comportó un recorte exacerbado de libertades, fue la reacción legislativa que tuvo lugar en Estados Unidos frente a los ataques del 11S. Como es sabido, dicha reacción, ante todo, se plasmó en la conocida *USA Patriot Act* (October 2001)⁷¹, aprobada apenas seis semanas después de aquellos ataques terroristas y que trató de ampliarse por la *US Patriot Act II* (2003)⁷². Las facilidades que de ellas derivaron para restringir la libertad personal y, entre otras medidas subsiguientes, la creación de la cárcel de Guantánamo constituyen ejemplos muy ilustrativos de lo que supone la más flagrante vulneración de la prohibición de privaciones arbitrarias de libertad⁷³, derecho a un juicio justo y derecho a la presunción de inocencia, entre otras fundamentales garantías, tan bien sintetizadas por Ronald Dworkin⁷⁴ en su momento. Ello por no hablar de las ejecuciones sumarias y del asesinato selectivo de los presuntos responsables de ataques terroristas y lo denominados «daños colaterales», que no es más que una forma eufemística de referirse a la muerte de civiles, incluidos niños.

A pesar de que la legislación penal estadounidense contenida en la *Patriot Act* (2001)⁷⁵, es probablemente una de las que mejor ejemplifica la creación de una normativa penal contraterrorista *ad hoc* para garantizar a toda costa la seguridad de una nación, sorteando si es preciso el necesario respeto a los derechos fundamentales, no podemos obviar que entrado el s. XXI se han desarrollado otras muchas legislaciones en países occidentales que, en diversos aspectos, reiteran el patrón acuñado por aquella primera ley estadounidense contraterrorista. El siguiente apartado se ocupará de analizar las leyes penales más representativas, aprobadas en tiempos recientes que son expresión, como elemento común, de políticas contraterroristas y, así-

⁷¹ Véase *The United and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act 2001* (Patriot Act), Pub. L. N.º. 107-56, 115 Stat. 272 (2001).

⁷² Véase *Domestic Security Enhancement Act* (Draft-9 January 2003), filtrado en enero de 2003 por el Justice Department, casi al mismo tiempo en que el presidente Bush, llamó a la renovación de la primera Patriot Act en el Congreso de EE.UU., en enero de 2003. Pese a que aquel borrador de ley fue archivado, por las múltiples críticas que recibió, muchos elementos allí previstos trascendieron a sucesivas leyes específicas (en materia v.gr. de inteligencia y de control de telecomunicaciones).

⁷³ En esas detenciones colaboraron indirectamente gobiernos europeos al permitir las escalas de los vuelos de la CIA que transportaban presuntos terroristas para ser sometidos a procesos de dudosa legalidad. En relación con la cooperación entre los Estados en las entregas extraordinarias puede verse el informe de la Open Society Justice Initiative (2013), *Globalizing torture CIA Secret Detention and Extraordinary rendition*, New York: Open Society Foundation.

⁷⁴ Véase DWORKIN, Ronald: «The threat to patriotism», *New York Review of Books*, 28 febrero 2002.

⁷⁵ Para un análisis específico de los delitos y penas (federales) introducidos por estas leyes, véase DOYLE, CH., «The Patriot Act: A Legal Analysis», *CRS Report for Congress*, Congressional Research Service, The Library of Congress, US, abril 2002, pp. 54 a 61.

mismo, plantean diversas fricciones con el derecho fundamental a la libertad personal y ambulatoria.

*La deriva de las legislaciones penales contraterroristas, hacia el
Derecho penal del enemigo*

Si como se ha indicado el 11M fue el hito histórico que marca el inicio del nuevo siglo, no puede obviarse que además provocó la promulgación de la legislación contra-terrorista contemporánea, actualmente, está en vigor en la mayoría de países occidentales (*Post 9/11 counter terrorism legislations*). En efecto, una de las respuestas más inminentes frente a la percepción del terrorismo internacional de corte yihadista como amenaza global, consistió en que los distintos países occidentales desarrollaran una política criminal que cristalizó en leyes antiterroristas para el endurecimiento de las sanciones penales y el adelanto de la intervención penal a través de la creación de nuevos delitos⁷⁶. En el ámbito internacional, esta tendencia legislativa trajo causa en un primer momento de la Resolución 1373 (2001) de Naciones Unidas, y más recientemente en el cumplimiento de la Resolución 2178 (2014), para frenar el flujo de combatientes terroristas⁷⁷. En ejecución de dichos compromisos internacionales, los países miembros de la UE adoptaron la Directiva UE sobre lucha antiterrorista (2017) donde igualmente se invita a los Estados a que se cercioren de que sus normas penales tipifiquen suficientemente determinadas actividades relacionadas con el terrorismo descritas en aquellas normas comunitarias.

Siguiendo las directrices internacionales, a partir del 11S y de la sucesión de execrables ataques terroristas posteriores, muchos Estados incrementaron los ilícitos tipificados como delitos de terrorismo, adelantaron la intervención penal a casos de actos preparatorios —o incluso a actos de apología— y aumentaron las correspondientes penas. Es evidente que, actualmente, la tendencia de la intervención penal en materia terrorista es expansiva, a costa de reformar múltiples Códigos Penales de países de nuestro entorno jurídico, que se han rearmado, añadiendo más delitos de los que suele considerarse oportuno en un Derecho penal de corte liberal. Y aunque es cierto que, en tiempos recientes, en los países occidentales —como por ejemplo en España—, no se suelen aprobar *leyes de emergencia antiterroristas específicas*, no lo es menos que, las medidas contraterroristas han ido engrosando los Códigos penales vigentes en la actualidad a través de sucesivas reformas,

⁷⁶ Véase RAMAJ, V.V./HOR, M./ ROACH, K. «Introduction» en *Global anti-Terrorism Law and Policy*, Cambridge, 2005, pp. 5 to 7.

⁷⁷ Concretamente en la Resolución 2178, de 24 de septiembre de 2014 se contiene una detallada definición de las acciones terroristas que se consideran las principales amenazas que el terrorismo de corte yihadista plantea a la comunidad internacional. Como posteriormente se analizará esta resolución tuvo una repercusión directa en la LO 2/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código penal español así como en el de otros países.

surgiendo un «corpus» legislativo que se enmarca en lo que, desde la perspectiva teórica, se denomina el *Derecho penal de excepción o emergencia*⁷⁸. La aparición de esta normativa contraterroristas confirma además, la tendencia político-criminal hacia el llamado *Derecho penal del enemigo* («*Feindstrafrecht*»).⁷⁹ Brevemente con respecto a esta construcción dogmática, introducida por el penalista alemán Günther Jakobs a mediados de los años ochenta⁸⁰, es preciso apuntar su fundamento en construcciones teóricas que se remontaría a Carl Schmitt y su idea de la política como la contraposición entre el amigo *versus* el enemigo⁸¹. A la vez que, hay que aludir a su visión de la normalidad y la excepción como categorías básicas para entender el conflicto político⁸². Desde la perspectiva histórica, el término «enemigo» tiene una connotación militar puesto que, en efecto, pertenece a la lógica de la guerra lo que, como es sabido, comporta la negación del derecho⁸³. La novedad de la figura del enemigo es relativa, pues aparece, por lo general, en regímenes políticos autoritarios y dictatoriales (v.gr. en Argentina o Chile) para caracterizar a los disidentes como «enemigos internos» o también en la lucha contra el narcotráfico en países iberoamericanos donde la noción de «enemigo» permitió movilizar y justificar el empleo de recursos militares⁸⁴. Estos orígenes refuerzan la idea de que las legislaciones penales modernas que se instalan, como regla general, en lo excepcional o en la «emergencia» constante, reflejan una evolución —reforzada por la mutación del *Welfare State*, en un Estado *preventivo*⁸⁵ máximo, a efectos de control social—, hacia sistemas jurídicos más propios de regímenes autoritarios.⁸⁶ Así ha sucedido a raíz de las múltiples medidas contraterroristas que han pasado a engrosar una especie de arsenal punitivo en los distintos ordenamientos jurídicos o

⁷⁸ Véase PÉREZ CEPEDA, A.I., «El paradigma de la seguridad en la globalización: guerra, enemigos y orden penal» en FARALDO CABANA (dir.)/PUENTE ABA, L./SOUTO GARCÍA, E.M., *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración*, Valencia, 2007, *passim*.

⁷⁹ Véase CANCIO MELIÁ, M., «De nuevo ¿Derecho penal del enemigo?», en M. Cancio Meliá/ Gómez-Jara Díez (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, Montevideo-Buenos Aires, 2006, pp. 373 y ss.

⁸⁰ Véase JAKOBS, G./CANCIO MELIÁ, M., *El Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2006, 2ª ed., *passim*.

⁸¹ Véase PORTILLA CONTRERAS, G., «La legitimación doctrinal de la dicotomía schmittiana en el derecho penal y procesal penal del enemigo» en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión* (Cancio Meliá, M./ Gómez-Jara Díez (coords.), vol. 2, Madrid, pp. 657 y ss.

⁸² Véase REVENGA SÁNCHEZ, M., «Terrorismo y derecho...». Op. cit., p. 15.

⁸³ Véase DEMETRIO CRESPO, E., «Derecho penal del enemigo y teoría del derecho», en *Terrorismo y contraterrorismo en el siglo XXI. Un análisis penal y político criminal*, (dirs. Portilla Contreras/ Pérez Cepeda) Salamanca, 2016, p. 42.

⁸⁴ Véase FARALDO CABANA, P., «El Derecho penal de enemigos...». Op.cit., p. 311.

⁸⁵ Véase DENNINGER, E., «Der Präventions-Staat», *KJ*, 1988, n. 21 (1), pp. 1 y ss.

⁸⁶ Véase NAZZARO, U., *Il Diritto penale del nemico tra delitto di associazione politica e misure di contrasto al terrorismo internazionale*, Academia Pontaniana, 2016, pp. 107 y 108.

legislaciones domésticas⁸⁷, en ocasiones con el respaldo de la UE⁸⁸ y de la ONU⁸⁹. La escasamente rebatida idea, propia de la lógica de la emergencia, según la cual cualquier conflicto social ha de hallar solución en la respuesta punitiva, está en el origen del pensamiento que aplica la intervención penal como *extrema ratio* también en materia terrorista⁹⁰, postergando cualquier posible solución política del conflicto y anulando, asimismo, cualquier atisbo de la cultura garantista que debiera inspirar también este ámbito del Derecho penal, al menos entendido este en un sentido liberal. Se expande por tanto, el pensamiento pragmático-eficientista propio de las corrientes funcionalistas extremas en Derecho penal, que básicamente reclama la renovada vigencia de la teoría del *Estado de excepción* en las legislaciones penales⁹¹ y que ha encontrado en el pensamiento de autores como G. JAKOBS y quienes lo desarrollan, la mejor fundamentación teórica posible para atribuir al Estado no ya el *ius puniendi*, sino el *ius bello*⁹². Como evidencia de que esto es así, cabe reparar en la penetración en la legislación penal ordinaria, de técnicas jurídicas propias de un derecho militar así como en el recrudecimiento generalizado al que asistimos, en las últimas décadas, de prácticamente todas las legislaciones penales terroristas, en donde priman las medidas «contraterroristas» reactivas a concretos atentados y dirigidas a determinar *quiénes* son los enemigos y *cómo* combatirlos del modo más severo posible. Y ello tanto desde el momento de configurar las infracciones y sanciones, pasando por la minimización de sus garantías en el proceso penal, hasta alcanzar el mayor rigor en la ejecución de las penas. El *carácter reactivo* de las leyes penales antiterroristas implica que las mismas se aprueban, por lo general, como respuesta inmediata pero poco meditada al último de los ataques terroristas («*fight the last war*»), lo que no solo pone en peligro los principios penales garantistas y libertades públicas sino que posterga los recursos políticos con los que efectivamente se cuenta para combatir al terrorismo. En especial, en materia terrorista, se hace evidente

⁸⁷ Véase GALLI, F./ WEYEMBERGH, A. (eds.), *EU counter terrorism offences. What impact on national legislation and case law?*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2012, pp. 15 y ss.

⁸⁸ Véase, entre otras acciones, la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo. Considérese, entre otras, la reunión informal del Consejo de Europa de 12 de febrero de 2015 y el documento de conclusiones adoptado, tras los execrables asesinatos yihadistas a varios periodistas de la revista Charlie Hebdo. Véase la Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la de la utilización del sistema financiero para la financiación del terrorismo. Véase Protocolo adicional al Convenio de 2005, de 19 de mayo de 2015, en el marco del Consejo de Europa.

⁸⁹ Véase las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 2170/2014, de 15 de agosto de 2014 y 2178/2014, de 24 de septiembre.

⁹⁰ Véase NAZZARO, U., *Il Diritto penale del nemico...* Op.cit., pp. 110 y ss.

⁹¹ Véase PÉREZ CEPEDA, A.I., «El paradigma de la seguridad en la globalización...». Op. cit., pp.100 y ss.

⁹² Véase JAKOBS, G./CANCIO MELIÁ, M., *El Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2.ª ed., 2006, pp. 23 y ss.

lo que ROACH ha denominado «politización del delito», pues las sucesivas reformas penales se ofrecen como una respuesta simbólica y barata a un conflicto social muy grave con implicaciones no solo políticas sino sociales, económicas e incluso culturales.⁹³ Al dar ese uso a las leyes penales antiterroristas, se convierten en el mejor exponente del fenómeno entendido por SIMON como «gobernar a través del delito» pues, ante todo en los Estados neoliberales, la amenaza terrorista trata de afrontarse en primera instancia con leyes penales que al menos reflejan que *se está haciendo algo* —ante la errónea creencia de que frente al terrorismo, nada sirve, excepto quizá la pena—, toda vez que así se transmite el mensaje a la sociedad de solidaridad con las víctimas inocentes⁹⁴.

Así caracterizada la *tendencia legislativa «contraterrorista» en su deriva hacia el Derecho penal del enemigo*, conviene aproximarnos a las medidas de índole penal que son su expresión más reciente, empezando por analizar las de nuestro país así como legislaciones de países de la Unión Europea y de nuestro entorno jurídico que más se le asemejan⁹⁵.

Las concretas legislaciones contraterroristas: en especial, la legislación penal española

Como ya se ha avanzado, la nota común a las legislaciones de nuestro ámbito jurídico que cuentan con medidas penales específicas antiterroristas, es que cabe diferenciar un antes y un después en su contenido y fines, que viene marcado por el atentado del 11S, pues en los distintos países, con anterioridad si acaso existía una legislación penal específicamente referida al llamado terrorismo «doméstico». Si bien, aquel suceso fue el detonante para introducir medidas orientadas a un terrorismo, por así decirlo, de nuevo cuño, en tanto tiene dimensión *transnacional* y su base es la doctrina yihadista. Basta por tanto la referencia ya hecha a la *legislación estadounidense*

⁹³ Véase ROACH, K., «The Criminal law and terrorism», en *Global Anti-Terrorism Law and Policy*, Cambridge, 2005, p. 132.

⁹⁴ Véase SIMON, J., *Governing through Crime. How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*, 2007, Oxford-NY, pp. 259 y ss.

⁹⁵ En líneas generales cabe advertir diferencias en el régimen jurídico que se otorga a los delitos de terrorismo en los distintos países. Ante todo porque, mientras algunos Estados han promulgado regulaciones penales específicas, teóricamente dirigidas a frenar el fenómeno terrorista, otros no cuentan con una legislación «ad hoc» para afrontarlo de forma que los delitos comunes pueden dirigirse a conminar actos terroristas. No obstante, cabe soluciones intermedias de modo que, por ejemplo, antes de 2002, en países como en Austria es posible aumentar en la mitad las sanciones dirigidas a castigar delitos comunes, si los mismos pueden ser calificados de actos relativos al terrorismo. Sin embargo, partir de la *Decisión Marco de la UE 2002/475/JHA on combating terrorism*, el Código penal austriaco se reformó en el sentido de prever, por primera vez, delitos de terrorismo y de financiación del terrorismo. Véase KERT R., «Austrian counter-terrorism legislation and case law» en *EU counter-terrorism offences...* Op. cit., pp. 134 a 147.

de las *Patriot Acts* para aludir a este ordenamiento jurídico⁹⁶, puesto que aún parece prematuro aventurar las posibles leyes penales que la Administración Trump pueda adoptar en la materia. En el ámbito de la Unión Europea, se han desarrollado un amplio catálogo de normativas e instrumentos para luchar contra el terrorismo de forma global⁹⁷. No obstante, para no sobrepasar unos límites razonables, nos centraremos en el sistema penal de nuestro país, habida cuenta de la reciente reforma en la materia por LO 2/2015, de 30 de marzo, sin obviar los ordenamientos penales que más han podido influir en dicha legislación o que cuenten con una similar, para así mejor delimitar su alcance respecto a los derechos fundamentales y libertades públicas. Ese sería el caso, en concreto de los sistemas penales de Alemania e Italia, sin desconocer la importancia de otras legislaciones como la de Gran Bretaña, Francia y Portugal.

España

Como es sabido, en España, desde la instauración de la Constitución de 1978, la lacra del terrorismo fue una constante en las tres primeras décadas de nuestra democracia, a causa esencialmente de los continuos atentados de la banda terrorista ETA. Desgraciadamente, además, a principio del presente siglo se padeció la eclosión del llamado terrorismo yihadista a raíz del gravísimo atentado del 11 de marzo de 2004. Aquel primer fenómeno terrorista, propio de los años noventa y ochenta del siglo pasado, se afrontó en nuestro país, inicialmente, a través de una *ley penal especial antiterrorista*⁹⁸, si bien, desde 1995 —e incluso ya antes⁹⁹— el grueso de los delitos de terrorismo se han ido ubicado en el Código penal¹⁰⁰. Ello pareció alejar, durante unos años,

⁹⁶ Para una visión completa véase SALAS, L. «Diritto penales, diritto politico e «diritto penale del nemico» en Delitto penales e diritto penales del nemico» (a cura di GAMBERINI e ORLANDI), Bologna, 2007, pp. 303 a 355.

⁹⁷ Desde la Estrategia de la Unión Europea de lucha contra terrorismo, aprobada el 30 de noviembre de 2005, pasando por la Estrategia de Seguridad Interior de la Unión Europea adoptada por el Consejo de Justicia y Asunto de Interior (sesiones de 25 y 26 de febrero de 2010) aprobada por el Consejo Europeo los días 25 y 26 de marzo 2010, hasta la Agenda Europea de seguridad (2014-2019). *Vide in extenso* CUERDA ARNAU, M.L., «La radicalización terrorista de menores y jóvenes vulnerables», en CUERDA ARNAU (dir.)/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. (coord.), *Menores y redes sociales*. Valencia, 2016, pp. 475 a 483.

⁹⁸ Véase la LO 9/1984, de 26 de diciembre, derogada en 1988. Respecto a la misma, véase LAMARCA PÉREZ, C., *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Madrid, 1985, pp. 196 y ss.

⁹⁹ Durante el régimen dictatorial de Franco, la legislación contraterrorista se aglutinó, básicamente, en algunos artículos del Código penal de 1973 (Decreto 3.096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publicó el CP, Texto Refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, en adelante ACP): los artículos 57 bis) apartados a) y b) ACP donde, respectivamente, se contenían agravantes genéricas y específicas, y 174 bis) a) y b) ACP, que preveía diversos delitos de colaboración con banda armada.

¹⁰⁰ Con la entrada en vigor del llamado «Código penal de la democracia» la legislación antiterrorista hasta entonces en vigor, experimentó una ampliación, de modo que los precep-

la idea de que esta normativa tenía el carácter de una legislación de *emergencia*. Sin embargo, con las reformas llevadas a cabo en materia de delitos de terrorismo a partir de la LO 7/2000, de 22 de diciembre¹⁰¹ se introdujeron nuevas medidas dirigidas al terrorismo procedente de ETA si bien la banda ya había comenzado su declive como organización. Así, se tipificó de forma autónoma la apología de terrorismo (art. 578 CP)¹⁰², previendo además la LO 5/2010, de 22 de junio, la libertad vigilada¹⁰³ para estos delitos y castigándose específicas conductas de captación y adoctrinamiento o formación (art. 576.3 PC)¹⁰⁴. A pesar de que nuestro ordenamiento ya contaba con aquel arsenal contraterrorista, las últimas reformas penales, operadas por LO 1/2015, de 30 de marzo (en vigor desde el 1 de junio de 2015) y en especial por LO 2/2015, de 30 de marzo, han venido a acumular aún más medidas excepcionales en el Código penal español¹⁰⁵. En efecto, la tendencia a un rearme punitivo excepcional en materia de terrorismo se agudizó a raíz de la reforma penal de 2015, a través de dos leyes orgánicas (1 y 2/2015, de 30 de marzo) que, en esencia, ha comportado aún más si cabe, una ampliación

tos llamados a regular los delitos de terrorismo, se previeron en la Sección II, Capítulo IV, del Título XXII, denominada «De los delitos de terrorismo», donde, inicialmente, se preveían los arts. 571 a 590 CP. Entre las figuras allí previstas, destacaban las de pertenencia o colaboración con banda armada con realización de diversos delitos (art. 571, 572 CP), incluido el depósito de armas o municiones (art. 573 CP). También se previó una cláusula residual genérica dirigida a quienes pertenecían o colaboraban con banda armada y realizaban «...cualquiera otra infracción...» (art. 574 CP). Además se preveía una circunstancia agravante específica para casos de «...allegar fondos a las bandas armadas...» o con el fin de favorecer sus propósitos, cometieran delitos contra el patrimonio (art. 575 CP). Asimismo, se previó un delito de colaboración por cualquier otro medio con las actividades o finalidades de la banda armada (art. 576 CP) y para casos de un terrorista aislado o individual, es decir, no perteneciente a una banda armada, también se contenía un tipo agravado con respecto al concreto delito común cometido (art. 577 CP). Se castigaron los actos preparatorios de estos delitos (art. 578 CP) y se previó una medida premial atenuatoria de la responsabilidad penal, para casos de abandono voluntario y confesión de las actividades terroristas, con colaboración eficaz con la justicia (art. 579 CP), así como, por último, se admitió equiparar las condenas de los jueces extranjeros en casos de grupos terroristas, a las sentencias de jueces españoles, a los efectos de aplicar la agravante de reincidencia (art. 580 CP).

¹⁰¹ Básicamente se introdujo el delito de exaltación o enaltecimiento del terrorismo en el art. 578 CP y se modificó el ya vigente art. 577 CP.

¹⁰² Véase CAPITA REMEZAL, M., *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, 2008, Madrid, pp. 160 y ss.

¹⁰³ Esta reforma amplió diversos delitos del terrorismo, en especial los referidos a la financiación del terrorismo, introduciendo, entre otros, los delitos del art. 576 bis) CP 1 y 2, y previendo en aquel precepto la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos allí previstos. Además agravó las penas, previendo específicamente la medida de libertad vigilada para los condenados a pena grave privativa de libertad por uno o más delitos de terrorismo.

¹⁰⁴ Véase CANCIO MELIÁ, M., «The reform of Spain's antiterrorist criminal law and the 2008 Framework Decision» en *EU counter-terrorism offences. What impact on national legislation and case-law?* (ed. F. Galli/A. Weyembergh), 2012, Brussels, pp. 111 y 112.

¹⁰⁵ Véase *Una propuesta de renovación de la política criminal sobre terrorismo*. Grupo de Estudios de Política Criminal, n.º 14-2013, pp.10 y ss.

de modalidades delictivas, junto a un aumento de los fines con los que ahora se puede caracterizar a una organización como terrorista. Bajo la reforma acometida por LO 1/2015, de 30 de marzo una de las principales novedades es la previsión de la *prisión permanente revisable* en el art. 33.2 CP con especial incidencia para determinados delitos de terrorismo. A tenor del art. 92.1 y 2, las condenas por delitos de terrorismo serán revisadas, tras el cumplimiento de 25 a 35 años, junto con otros requisitos de compleja demostración. Además, conforme al actual art. 92 CP apartado 2.º, la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable exigirá, los requisitos generales y, adicionalmente, «... que el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y haya colaborado activamente con las autoridades...». Como se ha podido criticar, resulta cuanto menos contradictorio que esta pena se introduzca en el año 2015, cuando la lacra terrorista sufrida en nuestro país durante más tiempo —la de la banda terrorista ETA— ya estaba derrotada y no parecía necesario acudir a una pena de tan dudosa constitucionalidad¹⁰⁶. Parece por tanto, que su previsión haya podido ser una medida simbólica para expresar firmeza ante el terrorismo o bien, un cauce con el que tratar de atajar con la otra clase de amenaza terrorista de índole internacional y de raíz yihadista que, en tiempos recientes, ha irrumpido en nuestro país. En efecto, la reacción frente a esta clase de terrorismo podría estar en la base de la previsión, si bien es cuestionable que semejante pena pueda desplegar efectos preventivo-generales frente a quienes están dispuestos a perpetrar atentados suicidándose.

No obstante, si alguna norma está directamente relacionada con el propósito de combatir el terrorismo que se expande en el ámbito internacional con origen en el yihadismo, esa es la LO 2/2015, de 30 de marzo, que puede considerarse el principal exponente en nuestro país, de *ley contraterrorista* aprobada para contrarrestar aquel fenómeno en su dimensión globalizada. Con esta ley, que reforma la mayor parte del Capítulo VII del título XXII del Código Penal¹⁰⁷, se abre una línea de medidas antiterroristas dirigidas a un fenómeno muy diverso al terrorismo clásico en nuestro país¹⁰⁸. Por

¹⁰⁶ Véase CARBONELL MATEU, J.C., «Prisión permanente revisable I» en *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, (dir. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L./coords. GÓRRIZ ROYO, E./MATALLÍN EVANGELIO, A.) 2.ª ed., Valencia, 2015, pp. 213 y 214.

¹⁰⁷ El actual Capítulo VII del título XXII del libro II de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, se divide en dos secciones y comprende los artículos 571 a 580. La sección 1.ª lleva por rúbrica «De las organizaciones y grupos terroristas» se mantiene en la misma línea de la regulación hasta 2015 vigente, estableciendo la definición de organización o grupo terrorista y la pena que corresponde a quienes promueven, constituyen, organizan o dirigen estos grupos o a quienes se integran en ellos. La sección 2 lleva por rúbrica «De los delitos de terrorismo» y es la que ha conocido mayores reformas en sus arts. 573 (nueva definición de delito de terrorismo) hasta el ya existente art. 580.

¹⁰⁸ Véase CANO PAÑOS, M.A., «La reforma penal de los delitos de terrorismo en el año 2015: cinco cuestiones fundamentales», en *Revista General de Derecho Penal, Iustel*, 2015, n.º 23, pp. 1 y ss.

ello responde —según la propia Exposición de Motivos— a compromisos adoptados por nuestro país con organismos internacionales e incorpora, básicamente una nueva definición del delito terrorista (art. 573 CP)¹⁰⁹, donde se añaden nuevos fines que justifican su castigo como, entre otros, *desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional, provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella* (art. 573 CP apartados 3º y 4º)¹¹⁰. A la vista de los mismos fines, se hace evidente la ampliación del ámbito típico que estos delitos han experimentado, lo que incluso se establece en relación con algunos delitos informáticos (arts. 197 bis y 197 ter, 264 a 264 *quater*), que serán CP), pues si en ellos concurre alguna de las finalidades referidas, serán considerados *delitos de terrorismo* (art. 573.2 CP). Al propio tiempo, no puede ignorarse una agravación de las penas, al establecerse ahora la que corresponde a cada delito de terrorismo, partiendo de que si se causa la muerte de una persona se aplicará la pena de prisión por el tiempo máximo previsto en el Código Penal (*vid.* nuevo art. 573 bis) CP). Las citadas finalidades también sirven para introducir nuevas penas agravadas si se verifican en relación con el depósito de armas o tenencia de explosivos o su fabricación (art. 574 CP). Y en especial cobran inusitada relevancia las *conductas de adoctrinamiento* de modo que se adelanta de nuevo la línea de intervención penal, al castigar ahora a quien, a fin de capacitarse para cometer delitos terroristas, *recibe* adiestramiento militar o de combate o en el manejo de toda clase de armas (químicas o biológicas) y en la elaboración de sustancias o aparatos explosivos (o adiestramiento *pasivo*; art. 575.1 CP), castigando además en el art. 575.2 CP, a quien, con igual fin, *lleva a cabo por sí mismo* aquel adiestramiento (autoadoctrinamiento o «autocaptación»), con especial mención de la conducta de quien accede a contenidos alojados en Internet o servicios de comunicación accesibles al público. Este tipo penal manifiesta, en efecto, una exigua capacidad lesiva y suscita múltiples dudas de constitucionalidad¹¹¹, por lo que, para ser aplicado sin vulnerar la presunción de inocencia, cuanto menos, habrá que determinar de manera más precisa la *habitualidad* que allí se exige y habrá que demostrar más allá de toda duda razonable que con ello *se incita* a incorporarse a una organización terrorista, colaborar con ella o perseguir sus fines (art. 575.2 CP). Como es evidente, estas conductas de autoadiestramiento constituyen, en realidad, delitos

¹⁰⁹ Ha de destacarse que, conforme al art. 573.1 CP, los delitos terroristas han de tener la consideración de delito *grave*, y por tanto castigado con pena superior a 5 años de prisión o prisión permanente revisable o alguna de las penas previstas en el art. 33.2 CP. Véase GARCÍA RIVAS, N., «Legislación penal española y delito de terrorismo» en *Terrorismo y contraterrorismo...* Op. cit., p. 92.

¹¹⁰ Esta definición de terrorismo se basa en la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo, modificada por la Decisión Marco 2008/919/JAI, de 28 de noviembre de 2008.

¹¹¹ Véase FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., en «Concepto de radicalización. Consecuencias de su uso en el ámbito jurídico penal» en *Menores y redes sociales...* Op. cit., p. 530.

de sospecha¹¹², y son, en puridad, *conductas preparatorias* de la realización de un delito¹¹³, por todo lo cual la intervención penal entra en pugna con la presunción de inocencia, toda vez que colisiona con diversos derechos fundamentales, entre otros, libertad ideológica y de expresión. También se pretende dar respuesta con un nuevo delito —y según la Exposición de Motivos de la ley de reforma— al fenómeno de los *combatientes terroristas extranjeros*, y a tal efecto se castiga a quien, con aquellos fines de capacitarse para cometer delitos terroristas o para colaborar con una organización terrorista, se traslade o establezca en un territorio extranjero controlado por un grupo u organización terrorista (art. 575.3 CP). También se advierte un aumento de los ilícitos referidos a actos de *colaboración* que no solo se castigarán si se prestan respecto a la organización o grupo terrorista, sino también a personas que cometan actos con finalidad terrorista (art. 577 CP). Se tipifican, en realidad, conductas de instigación indirecta, al castigar a quienes lleven a cabo conductas de captación o adiestramiento que inciten a incorporarse a una organización terrorista, toda vez que destaca la agravación prevista para casos en que aquellos actos se dirijan a menores de edad, personas discapacitadas o mujeres víctimas de trata a fin de convertirlas en cónyuges o esclavas sexuales de los autores del delito (art. 577.2 CP). Una última novedad va referida al ya de por sí polémico delito de *enaltecimiento y humillación a las víctimas de los delitos de terrorismo* (art. 578 CP) cuya previsión típica antes de la reforma ya acarreaba múltiples objeciones en tanto puede servir, en realidad, de subterfugio para criminalizar *delitos de opinión* o de discrepancia política e ideológica¹¹⁴, con la consabida vulneración de derechos fundamentales. No en vano, este grupo de delitos ha sido denominado, de «propaganda, apología débiles y delitos de expresión» pues, en general, plantean tantas fricciones con derechos fundamentales que puede decirse que son un exponente claro del nuevo derecho penal de autor en este ámbito¹¹⁵. A pesar de ello, la reforma penal de 2015, endurece las penas de este delito si el enaltecimiento o la humillación se llevan a cabo mediante la difusión de servicios o contenidos accesibles a través de medios de comunicación, Internet o el uso de TIC (art. 578.2 CP). También podrá agravarse la pena, si se prueba el poroso elemento típico referido a que aquellos hechos resulten «idóneos» para *alterar gravemente la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor a la sociedad o parte de ella* (art. 578.3 CP). Con esta cláusula indeterminada se desplaza al juez la decisión de concretar elementos típicos pen-

¹¹² Véase GARCÍA RIVAS, N., «Legislación penal española y delito de terrorismo...» Op. cit., p. 98.

¹¹³ Véase CUERDA ARNAU, M.L., «La radicalización terrorista de menores...» Op. cit., p. 487.

¹¹⁴ Véase MIRA BENAVENT, J., «Algunas consideraciones político-criminales sobre la función de los delitos de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas de terrorismo» en *Terrorismo y contraterrorismo...*. Op. cit., pp. 106 y ss.

¹¹⁵ Véase CUERDA ARNAU, M.L., «La radicalización terrorista de menores...» Op. cit., pp. 489 a 492.

diente de valoración y de contornos moralizantes (como la referencia a la «inseguridad social»), cuya prueba se revela compleja, por todo lo cual su previsión resulta muy criticable¹¹⁶. Además, el juez también podrá imponer en estos casos, nuevas medidas cautelares como la destrucción, borrado o inutilización de libros o cualquier otro soporte usado para cometer el delito y si se hubiese hecho uso de Internet o comunicaciones electrónicas, podrá ordenar la retirada de los contenidos o servicios ilícitos y dirigir otras órdenes a los prestadores de servicios (art. 578. 4 CP)¹¹⁷.

Como se hace evidente a la luz de estas nuevas medidas penales, las dos grandes vías por las que apuesta el legislador penal para contener en nuestro país el avance del terrorismo de raíz yihadista, son la *criminalización del uso de nuevas tecnologías, internet o de servicios de comunicación electrónica accesibles al público*, con la finalidad de preparar, colaborar o realizar actos terroristas. Y, de otro lado, se adelanta la línea de intervención penal hasta alcanzar casos de *adoctrinamiento propio y pasivo*, toda vez que se trata de prevenir la movilización de los combatientes terroristas extranjeros. Podría decirse, por tanto, que la reforma penal pone más el acento en la *prevención* de este terrorismo que solo en su represión, si bien es más que dudoso que las medidas penales previstas vayan a lograr los objetivos que se espera de ellas pues, por ejemplo, el fenómeno de los combatientes extranjeros está, en realidad, más conectado con la problemática de las migraciones y con los conflictos bélicos en terceros países, que con un conflicto doméstico al que la legislación penal de nuestro país pueda hacer frente. Como se deriva del postulado de «*última ratio*» tampoco en esta materia la intervención penal en primera instancia, va a ser la solución de un problema tan necesitado de recursos sociales y económicos.

A pesar de todo ello el legislador, ha apostado en primer término por endurecer la respuesta penal para afrontar el conflicto terroristas, tendencia legal que además también se ha dejado sentir en *materia penitenciaria* donde la legislación resulta, asimismo, muy rigurosa¹¹⁸. Y ello de un lado, porque las últi-

¹¹⁶ Véase GARCÍA RIVAS, N., quien demanda la derogación inmediata de aquella cláusula, en «Legislación penal y delito de terrorismo...». Op. cit., p. 100. Véase MIRA BENAVENT, J., quien aboga por la derogación del art. 578 CP en «Algunas consideraciones político-criminales». Op. cit., p. 112.

¹¹⁷ Por último, con respecto al art. 579 CP constituye, en líneas generales, *una ampliación de las conductas sancionables* a supuestos de difusión pública de mensajes o consignas con el fin de incitar de forma idónea —pero sin que pueda ser de modo directo— a la comisión de alguno de los delitos previstos. Respecto a este delito y las dudas de constitucionalidad que plantea desde la perspectiva del art. 16.1 CE, véase las acertadas objeciones de FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., en «Concepto de radicalización. Consecuencias de su uso en el ámbito jurídico penal» en *Menores y redes sociales...* Op. cit., pp. 530 a 532.

¹¹⁸ En especial con relación a la banda terrorista ETA y su entorno, la ejecución de las penas se mantiene vinculada a la «política de dispersión carcelaria» en materia de terrorismo, por la que se procura el mantenimiento de los presos de ETA en centros penales de condena alejados de sus domicilios. No se permite a los presos que reduzcan su condena,

mas reformas penales han ido introduciendo previsiones legales que afectan exclusivamente a los delitos de terrorismo y ponen en juego el principio de igualdad durante el cumplimiento de las penas, como exigencia derivada del tratamiento penitenciario e individualización científica de la pena en el momento de su ejecución (art. 25.2 CE). A tal efecto, considérense entre otras medidas que solo se proyectan sobre delitos de terrorismo, el límite máximo de cumplimiento absoluto de cuarenta años (art. 76.1.d) CP), la imposición forzosa del denominado «periodo de seguridad» (art. 36.2 d) CP), las exigencias-obligaciones específicas para acceder al tercer grado y a la libertad condicional (arts. 72.6 LOGP y 90.8 CP) o, la imposibilidad de beneficiarse del adelanto de la suspensión de la ejecución del resto de la pena (arts. 90.2 y 3 CP). Sin olvidar que, como ya se adelantó, la previsión desde 2015 de la pena de prisión permanente revisable introduce, para los delitos de terrorismo, determinados periodos mínimos de cumplimiento que son superiores al de los delitos comunes, a fin de acceder a permisos de salida, el tercer grado o la libertad condicional. Todo ello evidencia, en este ámbito, una postergación del ideal resocializador e incluso, una instrumentalización de los condenados por estos delitos, con el fin quizás de avivar el reproche social y su desocialización¹¹⁹.

En conclusión, a la vista de esta trayectoria de la legislación penal española, surge la duda de si puede afirmarse que, *de facto*, nuestro sistema penal cuenta con un *Derecho penal de emergencia contraterrorista*. Puede responderse a ello afirmativamente no solo por la previsión, a raíz de las últimas reformas citadas y por primera vez en la historia de nuestra democracia, de la cadena perpetua encubierta o pena de prisión permanente revisable, sino también porque en la actualidad aquella legislación penal contraterrorista es cuantitativamente abundante y materialmente muy severa, al nutrirse de delitos y penas procedentes de dos tendencias legislativas que, históricamente, han tratado de hacer frente a dos fenómenos terroristas de perfiles muy diversos: de un lado, las medidas penales dirigidas a afrontar el terrorismo de ETA y su entorno —pese a que esta organización ya comunicó en 2005 que cesaba «...definitivamente en la lucha armada»—; de otro, las últimas previsiones penales, más específicamente dirigidas a conjurar la amenaza global del terrorismo yihadista¹²⁰. La actual legislación penal aúna aquellas dos normativas antiterroristas de orígenes y fundamentos muy distintos, como se ha podido analizar. Pero en todo caso, la conjunción de aquellas dos corrientes

si bien se contemplan algunos privilegios para quienes se acojan a la llamada «vía Nancloares» o «Programa para el desarrollo de la política penitenciaria de reinserción individual en el marco de la ley». En esencia, se trata de un proyecto de reinserción de aquellos presos etarras que hayan decidido dar una serie de pasos inequívocos hacia el final de la violencia. Véase DÍAZ GÓMEZ, A., «Líneas político-criminales de la ejecución de personas condenadas por delitos de terrorismo» en *Terrorismo y contraterrorismo...* 2016, Op. cit., pp.219 y ss.

¹¹⁹ Véase DÍAZ GÓMEZ, A., «Líneas político-criminales». Op. cit., p. 222.

¹²⁰ Véase GIL GIL, A., «La expansión de los delitos de terrorismo en España a través del delito de pertenencia a organización terrorista» en *Terrorismo y Derecho penal* (eds. AMBOS, K./MALARINO, E./STEINER, C.), Berlín, 2015, p. 334.

ha contribuido al aumento exponencial en materia de delitos, penas y otras medidas penales dirigidas a conminar la actividad terrorista, lo que ha configurado, en la actualidad, una legislación penal muy severa en cuanto a las penas a imponer por delitos terroristas, adelantando la intervención penal a múltiples actos preparatorios, cuando no de colaboración en sentido muy amplio. A todo lo anterior se une el que, en las últimas reformas, se ha previsto novedosamente delitos tan criticables como el de autoadoctrinamiento o enaltecimiento idóneo para crear un sentimiento de inseguridad o temor social, o incluso el complejo castigo de conductas de regreso de combatientes con fines terroristas. Parece evidente que, estos delitos, van a producir fricciones no solo con el derecho fundamental a la libertad de movimientos sino también con libertades tales como la de expresión, la libertad ideológica y el derecho fundamental a la presunción de inocencia, entre otros.

Todo ello ha hecho que, a lo largo del tiempo, las medidas penales excepcionales en materia terrorista hayan ido recortando el derecho a la libertad sin atenerse a las garantías constitucionales que rigen en materia de delincuencia común. Ello evidencia, la creación sin tapujos de un *Derecho penal de autor*, que se orienta hacia el castigo de ciertas formas de vida y, concretamente, tiene en la figura del «terrorista» el paradigma del «enemigo», cuyo castigo, a modo de chivo expiatorio, parece justificar cualquier quiebra de los derechos y libertades que, desde una concepción liberal, eran límites tradicionales al Derecho penal. Podrá cuestionarse que el fenómeno del terrorismo justifique todo lo anterior, pero de lo que no cabe duda es de que la devaluación de aquellas garantías acaba por afectarnos a la postre, a todos y no solo a los que, teóricamente, parecen dirigirse.

Alemania

Ha de destacarse, en primer lugar, la evidente influencia que la legislación penal de este país ejerce en los sistemas penales de otros países europeos como España o Italia. Como no podía ser de otra forma, dicha influencia también se deja sentir en materia terrorista, si bien la evolución que las leyes antiterroristas ha experimentado en Alemania, tiene unas connotaciones propias que son difícilmente trasladables a otros ordenamientos jurídicos. Ante todo porque, siguiendo la tendencia apuntada de las leyes antiterroristas tomando como referencia el 11M, se suele apuntar a una primera hornada de leyes antiterroristas promulgadas en dicho país con anterioridad a dicho suceso terrorista. Muy brevemente, entre los años 70 y 80 del siglo xx, la legislación contraterrorista alemana se centró en combatir, principalmente, el terrorismo «doméstico» de extrema izquierda (vinculado a la RAF o *Rote Armee Fraktion*)¹²¹, promulgando a tal efecto, concretas leyes antiterroristas (en 1976 y 1986) y

¹²¹ Véase CANO PAÑOS, M.A., «Los inicios de la lucha anti-terrorista en Alemania. Análisis de la legislación penal y procesal en la década de 1970-1980». en *Revistas Electrónica de Derecho penal y criminología*, 2008, p. 14: 3

una serie de reformas¹²² que, ante todo, endurecieron la respuesta penal a través del StGB (Código penal alemán), frente a la constitución de organizaciones terroristas, y condicionaron las garantías del imputado y de su abogado defensor, a través de reformas en el StPO (Código procesal penal)¹²³. Como se evidencia, en esta primera etapa el legislador penal alemán de los sucesivos gobiernos, tampoco optó —como el español— por promulgar *normas penales especiales* al margen del Código penal, básicamente por dos motivos: de un lado, para evitar otorgar a la delincuencia terrorista un perfil cualitativo distinto al de la delincuencia común y, de otro, para no otorgar concesiones a los propios terroristas, confiriéndoles un *status* especial frente al Estado¹²⁴. Lo anterior no obsta a considerar que, *de facto*, dicha legislación tuviera *carácter de excepcional* frente a la legislación penal común. Dicho rasgo se acentuó sobremanera en la legislación penal posterior al atentado terrorista del 11S, que tuvo especial incidencia en Alemania habida cuenta de la constatada vinculación de sus organizadores con la llamada «célula de Hamburgo». Este dato y posteriores actos terroristas intentados o consumados¹²⁵, hicieron que el legislador penal alemán implementara una serie de medidas con las que paliar las limitaciones de la legislación antiterrorista anterior y reforzar la seguridad interior. A tal efecto, se adoptaron dos principales paquetes de medidas no solo legislativas, sino también de índole judicial y ejecutiva. Cen-

¹²² Véase SCHULTE, P.H., *Terrorismus und Anti-Terrorismus-Gesetzgebung. Eine rechtssoziologische Analyse*, Münster, 2008, pp. 119 y ss.

¹²³ Entre otras destacan la *Gesetz zur Änderung des StGB, der StPO, des GVG, der BRAO und des StVollzG vom 18. August 1976*, BGBl. I, p. 2181, así como la ley denominada: «*Gesetz zur Bekämpfung des Terrorismus*» vom 19. Dezember 1986, BGBl. I, p. 2566. Entre otras reformas en la materia también destaca la «*Gesetz zur Änderung des StGB, der StPO, des VerG und zur Einführung einer Kronzeugenregelung bei terroristischen Straftaten*» vom 9. Juni 1989, BGBl. I, p. 1059. Una de las más importantes medidas penales derivadas de Ley Anti-terrorista de 1976 fue la introducción del art. 129 a) StGB, precepto dirigido a conminar la «constitución de grupos terroristas». Dicha norma contenía un tipo agravado con respecto al tipo básico del art. 129 StGB referido a la constitución de organizaciones de carácter criminal. Ambas normas fueron piezas claves en la persecución de grupos terroristas y también han servido de importantes instrumentos legales contra la amenaza terrorista de corte yihadista.

¹²⁴ Véase la explicación ofrecida en este sentido por el ministro de Justicia (Hans-Jochan Vogel) entre los años 1974 y 1981 y recogida por CANO PAÑOS, M.A., en «Los inicios de la lucha anti-terrorista en Alemania». Op. cit., p. 14: 4.

¹²⁵ Entre otros sucesos en abril y septiembre de 2011 la policía alemana arrestó a dos grupos terroristas en Düsseldorf y Berlín que preparaban atentados terroristas. Hasta 2012, se estimaba que habían más de 100 potenciales terroristas (Gefährder) en suelo alemán que habían frecuentado campamentos terroristas en el extranjero. Véase BÖSE, M., «The impact of the Framework Decisions on combating terrorism on counterterrorism legislation and case law in Germany», en *EU counter-terrorism offences...* Op. cit., p. 66. De hecho, en este país se han dejado sentir posteriores actos terroristas hasta el último de ellos en el mercadillo de Navidad de Berlín, en 2016, que se saldó con 12 muertos y 48 heridos.

trándonos en las primeras de ellas¹²⁶, en materia penal, en menos de un año desde aquel atentado se introdujo por vía de la reforma de 2002¹²⁷, un nuevo delito (art. 129b) StGB) dirigido a castigar la constitución de grupos terroristas en el extranjero¹²⁸. Con esta importante medida se amplió la jurisdicción penal alemana para castigar por delito de pertenencia a grupos terroristas que no tenían una base formal en Alemania. El segundo paquete de medidas sí aparece como una respuesta clara al terrorismo del siglo XXI, pues se aprobó en noviembre de 2001 y entró en vigor en enero de 2002, aglutinándose en torno a la llamada *Ley contraterrorista de 9 de enero de 2002* (*Terrorismusbekämpfungsgesetz* —en adelante—, TBG¹²⁹). De una visión de conjunto puede decirse que estas medidas supusieron un intento de reforzar la función de las fuerzas de seguridad en la prevención de actividades terroristas, de modo que se dirigían a mejorar la prevención y no tanto la represión de actos terroristas¹³⁰. Pese a que no puede pasarse por alto el efecto referido a ampliar considerablemente los poderes de la policía y las fuerzas de seguridad¹³¹ y a restringir

¹²⁶ Interesa al menos mencionar, como medida legislativa de este primer paquete, la abolición del llamado «privilegio religioso» en la Ley alemana de Asociaciones a través de la «*Erstes Gesetz zur Veränderung des Vereinsgesetzes*» vom 4. Dezember 2001 (BGBl. I, p. 3319) que entró en vigor el mismo año del atentado del 11M, esto es, el 8 de diciembre de 2001.

¹²⁷ Bien es cierto que esta reforma también respondía a compromisos adquiridos previamente como a la iniciativa de la UE para combatir el terrorismo transnacional (1998).

¹²⁸ Véase *Vierunddreissigstes Strafrechtsänderungsgesetz* - 129 StGB (34. StrÄndG) vom 22. August 2002 (BGBl. I, p. 3390). Esta reforma entró en vigor el 30 de agosto de 2002. Básicamente el art. 129b) StGB expande el ámbito de aplicación de los delitos previstos en los arts. 129 y 129a) StGB a organizaciones criminales y terroristas con base en el extranjero, bien en relación con delitos referidos a una asociación constituida dentro de la UE, bien a una organización de fuera de este ámbito europeo.

¹²⁹ Véase BGBl. I, pp. 361 y ss.

¹³⁰ Véase ZHOU, Z., *Balancing Security and Liberty. Counter-Terrorism Legislation in Germany and China*, Berlin, Max-Planck-Institut Freiburg i.Br., 2014, p. 30.

¹³¹ A través de la Ley antiterrorista de 2002 (TBG), se ampliaron las facultades de organismos como la Oficina Federal para la Defensa de la Constitución (*Bundesamt für Verfassungsschutz* o BfV), el Servicio de Contrainteligencia militar (*Militärischer Abschirmdienst* o MAD), el Servicio Federal de Inteligencia (*Bundesnachrichtendienst* o BND), la oficina Federal de policía criminal (*Bundeskriminalamt* o BKA) y la Policía Federal de Fronteras (*Bundesgrenzenschutz* o BGS). Vid. ZHOU, Z., *Balancing Security and Liberty...* Op. cit., pp. 43 y ss. En líneas generales, la ampliación de facultades de aquellos cuerpos de seguridad, se tradujo en mayor capacidad para prohibir la entrada y residencia en Alemania de cualquier persona que participe o contribuya a la realización de actos de terrorismo. A lo anterior se une que, en materia de obtención de información, la Oficina Federal para la Defensa de la Constitución puede solicitar información a los institutos de crédito y entidades financieras, compañías aéreas y sociedades de telecomunicación. Asimismo, las sociedades que suministran servicios de telecomunicaciones tienen la obligación de dar información sobre los datos relativos a la utilización de dichos servicios al Servicio de Contrainteligencia Militar. Por último, el Servicio Federal de Inteligencia puede obtener información sobre las transacciones monetarias e inversiones en institutos de créditos y entidades bancarias, así como sobre la relación de cuentas corrientes, de los titulares de las mismas y demás personas autorizadas.

diversas garantías procesales, nos centraremos en resumir brevemente las medidas penales que definen la legislación alemana contraterrorista: por un lado, se previeron delitos dirigidos a suprimir la financiación terrorista (art. 129a StGB), así como a prevenir y combatir el lavado de dinero (art. 261 StGB). Por otro lado, a través de una nueva ley de reforma penal, adoptada el 30 de junio de 2009, se introdujeron medidas específicas para adelantar considerablemente la intervención penal a estados previos a la tentativa¹³² (*Ley para la persecución de la preparación de delitos graves de violencia poniendo en peligro al Estado*). Con este fin, se tipificaron diversos actos preparatorios de terrorismo, relativos, entre otros, a la preparación de graves actos violentos (art. 89a StGB), involucrarse en la comisión de graves actos de violencia (art. 89b StGB), o exaltar la comisión de actos violentos graves (art. 91 StGB), siempre que todos ellos pongan en peligro al Estado. A todo lo anterior hay que añadir que con respecto a las penas por terrorismo, el sistema penal alemán prevé la cadena perpetua para casos como asesinato, terrorismo o genocidio, revisable a los 15 años de prisión. Para evitar que los condenados por delitos graves puedan gozar de beneficios penitenciarios y salir antes de la cárcel, la regulación penal prevé un régimen especial de *confinamiento permanente* en caso de que se considere que el reo constituye un peligro para la sociedad.

Para concluir con esta aproximación al ordenamiento penal alemán en materia de terrorismo, conviene constatar que ha experimentado un evidente rearme a través de las citadas reformas de 2002/2003 y de 2009. Tanto es así que, en ocasiones, no ha sido necesario adaptar la legislación penal alemana a las demandas de armonización de la UE en materia terrorista, pues las medidas penales vigentes en aquel país, ya cumplían y superaban algunas de las recomendaciones europeas¹³³. Lo anterior, ratifica la idea de que progresivamente la ley penal alemana contraterrorista se han ido insertando en la tendencia a un Derecho penal de enemigo, si adoptamos determinados parámetros doctrinales para analizarlo¹³⁴. Y ello porque básicamente se han adoptado tres clases de medidas que afectan a Derechos humanos: de un lado, claramente, el adelantamiento de la intervención penal en materia de terrorismo, a través del castigo de actos preparatorios; en segundo lugar, se han ampliado claramente los poderes de policía y, en tercer lugar se han restringido las garantías procesales.

¹³² Véase *Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten* (GVVG) de 30 de julio de 2009 (BGBl. I pp. 2437 y ss.)

¹³³ Entre otras razones por ello apenas se traspuso en Alemania, la Decisión Marco de 2008 (*Framework Decision 2008/919/JHA of 28 November 2008 amending Framework Decision 2002/475/JHA on combating terrorism*, UJ, n° L330, 9 December, 2008). Véase BÖSE, M., «The impact of the Framework Decisions on combating terrorism on counterterrorism legislation and case law in Germany» en *EU counter-terrorism offences*..Op. cit., pp.66 y ss.

¹³⁴ Véase ZAFFARONI, E.R., «El antiterrorismo y los mecanismos de desplazamiento» en *Terrorismo y Estado de Derecho* (dirs. SERRANO-PIEDRECASAS/DEMETRIO CRESPO), Madrid, pp. 360 y ss.

En la línea de los ordenamientos jurídicos de los dos anteriores países, la legislación penal italiana contraterrorista ha ido evolucionado desde las previsiones dirigidas a combatir el terrorismo doméstico entre los años 60 y 80 del siglo xx, hasta la legislación penal posterior al 11S. Centrándonos brevemente en esta última legislación antiterrorista, conviene destacar su inicio con la Ley 438/2001¹³⁵, con la que se reformó el art. 270 *bis* del Código penal italiano (CPI). Con ello, en esencia, se previó un nuevo tipo de «terrorismo internacional» y se tipificó *ex novo* la categoría de «asociación para el propósito de cometer terrorismo internacional». Esta primera ley de reforma inspiró las líneas de política criminal de otra Ley de reforma, en materia terrorista, la n.º 155/2005¹³⁶, que introdujo un nuevo artículo en el CPI con el que definió, por primera vez, en el ordenamiento penal italiano, el *terrorismo* y *actos terroristas* (art. 270 *sexies* CP). A esta medida le siguieron otras previsiones legales que, en paralelo a lo que ha sucedido en otros países, han tenido entre otros controvertidos efectos, adelantar la intervención penal a actos preparatorios y tentativas de delitos (art. 270 *bis* CPI), ampliar las conductas de colaboración con actividades terroristas (art. 270 *ter* CPI) y castigar expresamente el reclutamiento (art. 270 *quater* CPI) y entrenamiento de individuos para actividades terroristas (art. 270 *quinqüies* CPI). Con respecto a estos últimos delitos, la doctrina penal ha manifestado sus dudas de compatibilidad con los derechos de asociación conforme al art. 11 CEDH, toda vez que, pese a no preverse un delito de apología de terrorismo, se pone de manifiesto que por vía de una circunstancia agravante específica introducida en 2005, el juez pueda llegar a castigar más gravemente las conductas de incitación a cometer delitos terroristas¹³⁷. Con posterioridad a estas reformas, el ordenamiento penal italiano se ha visto engrosado con nuevas medidas antiterroristas —sobre todo motivadas por execrables atentados como el de Charlie Hebdo en Francia— de modo que, a partir de la Ley n.º 43/2015¹³⁸, se cuenta con un mayor número de medidas «*ante delictum*» contra el terrorismo internacional, no solo de carácter penal sino también procesal y penitenciario. Entre las primeras, cabe destacar la previsión de nuevas infracciones que castigan a quienes incumplan las obligaciones y restricciones en materia de uso de precursores de explosivos o la omisión de denunciar el hurto o la desaparición de aquel

¹³⁵ La Ley 438/2001, lleva por título: *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 18 ottobre 2001, n.º 374, recante disposizioni urgenti per contrastare il terrorismo internazionale*.

¹³⁶ La Ley 155/2005, 31 de julio de 2005 («*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 27 luglio 2005, n.º 144, recante misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale*»). En esta ley de reforma tuvo una importante influencia la Decisión Marco de la UE, 2002/475/JHA *on combating terrorism*.

¹³⁷ Véase GALLI, F., «Italian counter-terrorism legislation. The development of a parallel track («doppio binario»)» en *EU counter-terrorism offences*,... Op. cit., pp. 92 y 93.

¹³⁸ Véase Legge 17 Aprile 2015, n.º 43 (aprobado a partir del D.L. de 18 de febrero de 2015, n.º 7).

material (arts. 678 bis) y 679 bis) CPI)¹³⁹. Pero sobre todo aquella ley redefine alguno de los tipos penales existentes en materia de terrorismo (arts. 270 *quater* y 270 *quinquies* CPI), a fin de castigar —en términos parecidos al caso español— conductas de *reclutamiento* y *autoadoctrinamiento*, así como a quienes organicen, financien o den publicidad a viajes al extranjero para adiestrarse a fin de cometer delitos terroristas. Se amplían además, los fines con los que definir a una organización como terrorista, añadiendo conductas que puedan causar un grave daño a otros Estados o a una organización internacional. De nuevo, cabe observar que también en la legislación penal italiana se ha adelantado la intervención penal a actos preparatorios que, en algunos casos, van teóricamente dirigidos a perseguir el fenómeno de los «*foreign fighters*» si bien, plantean —como en el caso de nuestro ordenamiento penal— numerosos problemas de constitucionalidad por posible vulneración de las garantías penales como la presunción de inocencia y otros derechos fundamentales¹⁴⁰. No es de extrañar que, por ello, la doctrinal penal italiana también critique esta nueva legislación penal como un claro exponente en aquel país del *Derecho penal del enemigo*¹⁴¹.

Y es que, en efecto, como se observa al analizar los ordenamientos jurídicos de estos tres países europeos, la tendencia mayoritaria es asumir una política criminal excluyente que trata de delimitar, en las legislaciones positivas, la figura del terrorista como un enemigo de la comunidad internacional, si bien en los últimos tiempos la persecución penal se articula a través de medidas, más bien *pre-delictuales* —como se observa con el castigo ampliado de multitud de actos preparatorios— y limitativas de derechos fundamentales, en especial, de la libertad de expresión y de la presunción de inocencia.

Los ordenamientos penales de países como Reino Unido y Francia, tampoco son ajenos a esta tendencia legislativa contraterrorista *post 11S*, ante todo porque, bien sea, al asumir recomendaciones de la UE, bien al aplicar las propuestas de la Resolución n.º 2178/ 2014, de la ONU, las previsiones penales adoptadas en aquellos países resultan parangonables a las ya analizadas. El caso de la *legislación penal francesa* es un claro ejemplo de normativa cuyas medidas penales antiterroristas han ido en aumento¹⁴², en la línea de las de otros países ya comentadas, si bien, en tiempos recientes, han

¹³⁹ Véase NAZZARO, U., *Il Diritto penale del nemico tra delitto di associazione politica e misure di contrasto al terrorismo internazionale...* Op. cit., pp. 178 y 179 CP.

¹⁴⁰ Véase NAZZARO, U., *Il Diritto penale del nemico tra delitto di associazione politica e misure di contrasto al terrorismo internazionale...* Op. cit., pp. 201 y ss.

¹⁴¹ Véase DONINI, M., «Diritto penales di lotta v. diritto penale del nemico» en *Delitto politico e diritto penale del nemico...* Op. cit., pp. 131 y ss.; FIANDACA, G., «Diritto penale del nemico. Una teorizzazione da evitare, una realtà da non rimuovere» en *Delitto politico e diritto penale del nemico...* Op. cit., pp. 179 y ss. KOSTORIS, R., «Processo penales, delitto politico e «diritto penale del nemico» en *Delitto politico e diritto penale del nemico...*» Op. cit., pp. 299 a 301.

¹⁴² Antes del 11S básicamente la principal ley penal antiterrorista era la *Loi 86-1020 du 9 septembre 1986*.

sido exacerbadas como reacción a los terribles acontecimientos de Charlie Hebdo y de Niza (2016). Así entre otras expresiones de las medidas contra-terroristas más comunes en el contexto de los países europeos, cabe destacar la previsión de delitos terroristas autónomos en el Código penal francés (en adelante CPF), desde mediados de los noventa y en especial a partir de 2006,¹⁴³ pudiendo dichos actos estar caracterizados por una disparidad de fines terroristas (art. 421-1 CPF), castigándose expresamente los actos preparatorios (art. 421-2-1 (2) CPF) y conductas relativas a la financiación del terrorismo (art. 421-2-2 CPF). De una visión de conjunto de esta normativa cabe destacar su carácter simbólico al ser expresión de la voluntad política de compatibilizar un discurso de seguridad severo, con las necesidades técnicas de respuesta penal¹⁴⁴. Con mayor firmeza, la «Ley para reforzar la seguridad interior y la lucha contra el terrorismo» (octubre 2017) traslada al derecho común algunas medidas del estado de emergencia, suscitando fricciones con varias libertades y la presunción de inocencia.

Por último —y frente a los ordenamiento penales analizados— cabe advertir ciertas peculiaridades en el caso de Reino Unido debido no solo a la larga tradición en dicho país de una *counter-terrorism legislation* dirigida a combatir el terrorismo del IRA (*Irish Republican Army*)¹⁴⁵, sino también por los estrechos vínculos con EE.UU. y otras circunstancias políticas que hicieron que dicho país contara con leyes penales, por lo general, de carácter especial y de contenido muy severo para perseguir y castigar el fenómeno terrorista. En particular cabe destacar que, desde el año 2000, dicho país actualizó sus leyes en la materia a través de la denominada *Terrorist Act 2000*, que, en suma, consistía en una suerte de breve código —con 131 artículos y 14 anexos— que sirvió al Estado británico para afrontar la amenaza del terrorismo yihadista posterior al 11S así como los graves atentados de Londres del 7 de julio de 2005. Las previsiones de aquella ley ya comportaban una considerable expansión del Derecho penal en materia terrorista posibilitando, entre otros aspectos, el castigo de actos de reclutamiento, entrenamiento y provocación de actos terroristas, así como de multitud de actos preparatorios de aquellos, razón por la cual, en general, las sucesivas decisiones europeas de armonización en esta materia, han tenido un efecto más bien limitado en la legislación interna de Reino Unido¹⁴⁶. No obstante, a tenor de las declaraciones de la primera ministra británica Theresa May en el sentido de agravar

¹⁴³ Cuando se adopta la *Loi 2006-64 du 23 Janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme*. Esta ley marca la legislación post 11S, si bien está muy influenciada por los atentados de Londres de 2005.

¹⁴⁴ Véase LABAYLE, H. «Les infractions terroristes en droit pénal français. Quel impact des décisions-cadres de 2002 et 2008?» en *EU counter-terrorism offences...* Op. cit., p. 52.

¹⁴⁵ Véase SPENCER, J.R., «No thank you, we've already got one. Why EU anti-terrorist legislation has made little impact on the law of the UK», en *EU counter-terrorism offences...* Op. cit., pp. 117 y 118.

¹⁴⁶ Véase SPENCER, J.R. «No thank you, we've already got one!». Op. cit., pp. 119 a 123.

las leyes británicas debido a los atentados terroristas del año 2017, habrá que estar a un posible rearme penal en la materia, por muy difícil que parezca avanzar más en la senda del Derecho penal del enemigo sin comprometer la esencia del Estado de derecho.

Limitaciones a la libertad ambulatoria de individuos sospechosos de terrorismo

Sin ir a ejemplos tan extremos como los que hacen referencia a la pérdida de libertad por la comisión de un delito de terrorismo, la libertad ambulatoria puede verse limitada a través de diversas medidas «singulares» que en tiempos recientes están teniendo un uso mayor en algunos Estados como Francia. Nos referimos a la posibilidad de decretar la libertad vigilada o arresto domiciliario por estar procesado o como sustitutivo de la pena de prisión (es lo que en este país se denomina *Assignment à résidence*), lo que supone para el afectado estar monitorizado (con brazalete electrónico) con el deber de permanecer en el domicilio durante determinados periodos o controlado (presentándose ante la policía x veces al día), y tener limitadas, por lo tanto, las libertades de desplazamiento. En condiciones normales esta decisión puede ser adoptada por un juez cuando una persona está siendo investigada y concurren determinadas circunstancias, o ha sido condenada a menos de determinados años de prisión. La reforma de 2015 a la ley que regula el estado de excepción permite que esta medida pueda ser decretada por orden del Ministerio del Interior contra cualquier persona, incluso si no está incurso en un procedimiento judicial, cuando «existan razones serias para pensar que el comportamiento de un individuo constituye una amenaza para la seguridad y el orden público» (art. 6), cosa que ha sido utilizada fundamentalmente con los individuos investigados por los servicios de inteligencia franceses sobre los que se había abierto una «Fiche S»¹⁴⁷.

Desde que se decretó el Estado de urgencia en Francia en 2015, se ha cuadruplicado el número de individuos sometidos a este tipo de medida¹⁴⁸. Además, la reforma de 2015 amplió el número de horas que los condenados por terrorismo y sometidos a esta medida deben permanecer en su domicilio a 12 de las 24 h. Y en la misma línea, la *Loi du 19 décembre 2016*, de prórroga del estado de excepción, ha pasado de seis a doce meses la duración máxima en esta situación de arresto domiciliario, con el informe favorable del juez designado del Consejo de Estado AA, cabiendo incluso una prórroga

¹⁴⁷ En Francia una fiche S significa Fichero de personas investigadas. La S es la abreviatura de «Seguridad del Estado». Las Fiches S son emitidas fundamentalmente por la Dirección General de Seguridad Interior. Por ejemplo los individuos considerados como combatientes yihadistas que retornan a Francia de Irak o Siria son clasificados como S14 (donde el nivel máximo de peligrosidad es el S16)

¹⁴⁸ Véase LONGUET, Mélanie, «Etat d'urgence : est-ce la fin des assignations à résidence?», *Le Parisien*, 17 de marzo de 2017.

de esta situación a más de un año¹⁴⁹. Ante esta escalada de limitaciones de derechos, el Consejo Constitucional francés ha recibido varios recursos y, en concreto en esta cuestión, el 16 de marzo de 2017 señaló que esas prolongaciones extraordinarias del arresto domiciliario son admisibles, pero no pueden ser decididas por el Consejo de Estado, pues no puede ser quien autorice al Gobierno a ello y al tiempo quien acabe siendo conocedor de los posibles recursos interpuestos por los afectados contra tal extensión de la privación de libertad. Se hace necesaria, pues, una reforma legal, que establezca cómo se va a sustanciar esta cuestión con mayores garantías de las que hasta el momento han existido. Entre ellas, en la citada decisión el Consejo Constitucional exigía para esa ampliación temporal de la medida que la amenaza del individuo para la seguridad fuese de una «particular gravedad», y no constituyese una «simple amenaza».

En España no somos ajenos del todo a este respecto. Como se ha puesto de manifiesto, y según desprenden los datos de la Fiscalía de la Audiencia Nacional, se ha optado por lo que se ha venido a denominar «detenciones preventivas» o lo que viene a ser la «detención a la mínima». Desde 2004 se han ordenado detenciones de sospechosos de terrorismo y se les ha procesado ante la mínima evidencia para evitar el riesgo de un ataque, aunque las pruebas sean más débiles de lo habitual¹⁵⁰. De hecho, de los procesados desde 2016, un 21 % fueron absueltos. Se nota un cambio de tendencia que lleva a un endurecimiento no solo en la vigilancia, sino en la privación de libertad cuando unos mínimos elementos apuntan a ese posible vínculo de un individuo con el yihadismo y, obviamente, ello puede producir fatales errores para los derechos de libertad.

Límites al cruce de fronteras o a la permanencia en el interior de las mismas

Otras medidas contra el terrorismo afectan al tránsito de personas conectado con los flujos migratorios, en el entorno más próximo de la UE. Al respecto, es preciso destacar que, como respuesta a los atentados sufridos en Francia y Bélgica durante 2015 y 2016, en el marco de la UE se culminó, en marzo de 2017, un paquete de medidas legislativas relevantes en la lucha contra el terrorismo¹⁵¹. En concreto, el Consejo de la UE aprobó un Plan de

¹⁴⁹ Ciertamente es que la Ley también establece que «en ningún arresto domiciliario tendrá por efecto la creación de campos donde estarían retenidas las personas vigiladas».

¹⁵⁰ ORTEGA DOLZ, Patricia, «Un 21 % de los acusados de yihadismo desde 2016 fueron absueltos», *El País*, 10 de junio de 2017.

¹⁵¹ Ha de recordarse que entre las prioridades legislativas para 2017, aprobadas por el Consejo el 13 de diciembre de 2016, se encontraba el «proteger mejor la seguridad de los ciudadanos de la UE, en particular mediante una mayor vigilancia de las fronteras exteriores (a través de un sistema de entradas y salidas, la implantación de «fronteras inteligentes» y un sistema europeo de información y autorización de viajes), reforzando las

Acción que contenía un conjunto de medidas para mejorar la eficiencia de la lucha antiterrorista, desde un enfoque global y multidisciplinar. Destacan las previsiones que afectan a la libertad ambulatoria recogidas en el *Reglamento que modifica el Código Europeo de Fronteras (2017)*¹⁵², ante todo porque, desde su entrada en vigor (el 7 de abril de 2017) no solo van a afectar a ciudadanos de terceros países, sino que, novedosamente, también pueden incidir en ciudadanos de la UE.

Como es sabido, el *Código Europeo de Fronteras*, se aplica solo a las denominadas fronteras exteriores del Espacio Schengen. Pues bien, el Reglamento de 2017 ha procedido a actualizar dicho Código justificándolo en las nuevas necesidades de la UE y sus Estados miembros, en relación con demandas de mayor seguridad y adecuado control de la inmigración. De forma resumida, cabe destacar que aquella reforma obliga a los Estados miembros a llevar a cabo entre otras medidas que pueden afectar a la libertad ambulatoria:

a) controles sistemáticos de todas las personas, incluidas aquellas que disfrutan del derecho a la libre circulación. Esta opción no cabía hasta ahora, puesto previamente los Estados miembros estaban obligados a someter a controles sistemáticos *solo a los nacionales de terceros países*, que no tuvieran derecho a la libre circulación de conformidad con las disposiciones pertinentes de la UE, realizando además las comprobaciones oportunas en las bases de datos correspondientes.

b) Además, desde la regulación que comentamos, los datos de las personas que crucen la frontera exterior se contrastarán con los que figuran en bases de datos de interés policial, (v.gr. el Sistema de Información Schengen o la base de datos de Interpol sobre documentos de viaje extraviados o sustraídos). La obligación se aplicará a la entrada y salida de todas las fronteras exteriores del Espacio Schengen, es decir, terrestres, aéreas y marítimas.

c) La nueva regulación prevé los denominados controles selectivos, en el caso de que esas consultas sistemáticas para las personas que disfrutan del derecho a la libre circulación, puedan llevar a un impacto desproporcionado en el flujo del tráfico en la frontera terrestre o marítima. Se establece como condición que este tipo de controles no conlleve riesgos para la seguridad interior del Espacio Schengen.

En todo caso, muchas de las medidas adoptadas para asegurar las fronteras exteriores, pese a que se alega que constituyen instrumentos de salvaguar-

normas para la compra y posesión de armas de fuego, luchando contra el terrorismo, su financiación y el blanqueo de dinero, e intercambiando información sobre nacionales de terceros países».

¹⁵² Reglamento (UE) 2017/458, del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017, por el que se modifica el Reglamento (UE) 2016/399, en lo relativo al refuerzo de los controles mediante la comprobación en las bases de datos pertinentes en las fronteras exteriores.

da frente al terrorismo, no tienen este como principal objetivo. En gran parte, su fin principal es frenar la inmigración, el control de las fronteras. Así, por ejemplo, la Directiva sobre Información adelantada de los pasajeros (API), sirve para combatir la inmigración ilegal, pero la potencial efectividad para la lucha antiterrorista queda menos demostrada¹⁵³.

Por otro lado, hemos de referirnos también a la expulsión de individuos relacionados con el yihadismo, con la prohibición de entrada en el país durante un periodo de tiempo más o menos largo. En España se ha llegado a plantear esta medida como alternativa para algunos sospechosos que no llegan a ser condenados o incluso tras haber cumplido condena. La medida podría ampararse en «la expulsión por motivos de seguridad», prevista en el art. 57.7 de la Ley de Extranjería. No obstante, esta expulsión solo cabe cuando se realicen conductas de las tipificadas como muy graves, entre las que se incluye la participación en actividades contrarias a la seguridad nacional (art. 54.1 Ley Extranjería), atendiendo al principio de proporcionalidad, previa tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediando una resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción.

También cabe la sanción penal de expulsión como medida sustitutiva de otras penas privativas de libertad, que se introdujo en el año 1995 en el Código Penal y ha sido modificada en algunos aspectos en 2015¹⁵⁴. Esta puede acordarse cuando la pena sea inferior a 6 años y siempre que se cumplan determinados requisitos.

Lo cierto es que el Gobierno ha expulsado de España por motivos de «seguridad nacional» a más de un centenar de yihadistas de cinco nacionalidades detenidos y condenados por financiar y colaborar con al-Qaeda u otros grupos yihadistas. El Gobierno y los jueces apoyan sus decisiones en informes del Centro Nacional de Inteligencia o del Centro de Inteligencia y Análisis de Riesgos de la policía. Algunos de ellos han sido expulsados tras haber cumplido ya condena, por motivos de seguridad¹⁵⁵.

No hemos de olvidar que cuando la expulsión se adopte por razones de orden público o de seguridad, aquella deberá estar basada en la conducta per-

¹⁵³ WENSINK, PwC y otros, *The European Union's Policies on Counter-Terrorism Relevance, Coherence and Effectiveness, Study for the libe Committee*, Bruselas, European Parliament, 2017, p. 57.

¹⁵⁴ La sanción penal de expulsión resulta imperativa en su aplicación para los jueces penales, salvo en tres excepciones tasadas en el art. 89.1, 2 y 4: cuando sea necesario para asegurar el orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida, en los casos en que una o varias condenas superen los 5 años de prisión, y cuando a la vista de las circunstancias del hecho y personales del autor, en particular el arraigo en España, la expulsión sea desproporcionada.

¹⁵⁵ Véase IRUJO, Jose María, «El Gobierno ha expulsado desde 2004 a 100 yihadistas por «seguridad nacional»», *El País*, 31 de mayo de 2014. Disponible en: http://politica.elpais.com/politica/2014/05/31/actualidad/1401547194_764838.html [02-06-2017]

sonal del individuo y constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave. Por lo tanto, serían rechazables aquellas expulsiones que tienen un carácter puramente preventivo, esto es, como respuesta de una política antiterrorista meramente preventiva, sin que exista un peligro demostrado para la seguridad nacional. De nuevo, en estos casos se abre el debate social sobre si debe priorizar una mayor seguridad que conduzca a la expulsión de todo sospechoso de tener vínculos con el yihadismo, o si ha de atenderse a los derechos que acompañan a cualquier individuo como la presunción de inocencia, el arraigo, la posibilidad de que en su país de origen sea perseguido a su llegada, etc.

La elaboración de perfiles y listas negras de presuntos terroristas y la libertad personal

La creación de listas negras de grupos o individuos presuntamente terroristas para monitorear y controlar sus movimientos, para establecer controles especialmente restrictivos con los nacionales de determinados países en las fronteras o simplemente impedir la entrada en un país por ser nacional de determinados Estados o por su vinculación con el terrorismo constituyen ejemplos de cómo ello puede afectar a la libertad personal de los individuos, sin entrar ahora en si ello estaría justificado o no.

Esa posibilidad de no permitir la entrada de un individuo en un país, negándole el asilo por vínculos con el terrorismo está contemplada en la normativa internacional y nacional de asilo. De hecho, era admitida recientemente por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto *Commissaire général aux réfugiés y los apatridas y Mostafa Lounani*, de 31 de enero de 2017¹⁵⁶, un supuesto de denegación de asilo en Bélgica porque el peticionario había participado en actividades de grupos terroristas en el pasado.

La recopilación de datos para realizar perfiles de posibles sospechosos terroristas¹⁵⁷, puede ser muy útil como medida antiterrorista e incluso necesaria, pero ha de realizarse con las debidas garantías por las consecuencias que puede acarrear para los derechos de los individuos afectados. En primer lugar, acaba estigmatizando a determinados colectivos dentro de la sociedad, colectivos de individuos que incluso pueden tener la nacionalidad del país donde se realizan tales controles. Hay individuos que por la religión que profesan y lugares de culto a los que acuden, hábitos de comportamiento, o vestimenta, pueden entrar a formar parte de una lista de permanentes sospechosos, o ven recrudescidos los controles de entrada o salida del país, o se encuentran sometidos a continuas identificaciones por los agentes de segu-

¹⁵⁶ Asunto C-573/14.

¹⁵⁷ AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Threat and humiliation: Racial profiling, Domestic Security and Human Rights in the United States*, New York, Amnesty International USA Publications, 2004.

ridad. Estas actuaciones encierran un componente discriminatorio evidente, porque señala a todo un colectivo, con poca atención al principio de inocencia y demasiada en los rasgos étnicos o religiosos. No cabe duda de que desde la oleada de ataques yihadistas las identificaciones por perfil étnico han aumentado significativamente. Puede ponerse como ejemplo más llamativo y reciente el intento semifrustrado de Donald Trump de impedir la entrada en EE.UU., de todo nacional de determinados países de mayoría musulmana o de los países vecinos al territorio ocupado por el ISIS.

Ha de recordarse, además, que la recolección de datos para la elaboración de perfiles de sujetos peligrosos puede dar lugar a falsos positivos, como se ha demostrado. Los falsos positivos refieren a situaciones en las cuales un individuo inocente es identificado como sospechoso basándose en una incorrecta identificación por su perfil. Valga como muestra la de Jean Chales de Menzes, 27 años, que murió tiroteado por la policía en el metro de Londres un día después del desmantelamiento de un atentado en el mismo metro, al ser seguido como sospechoso y verle entrar en otra estación de metro¹⁵⁸. Por lo tanto, los agentes que conducen la investigación y que, necesariamente, tienen sus listas de datos y sospechosos a los que investigan, deben adoptar las medidas necesarias para no caer en esos errores. Y han de conducir su investigación y trabajar en la recopilación de toda esa información sobre elementos de sospecha suficientes y razonables, nunca por el exclusivo perfil étnico o religioso.

En todo caso, la elaboración de perfiles de sospechosos y de listas negras no es nuevo. Desde los ataques a las torres gemelas estas listas se engrosaron ostensiblemente. El Consejo de Seguridad de Naciones Unidas elaboró las conocidas como «listas negras» donde se incluían los nombres y datos de individuos relacionados, de un modo u otro, con actividades terroristas y se decretaban determinadas medidas restrictivas contra ellos. Precisamente la transposición por la Unión Europea de las restricciones/sanciones a las que obliga Naciones Unidas en el asunto *Kadi* puso sobre la mesa la importante cuestión de la interrelación entre el cumplimiento de los compromisos internacionales y el respeto de los Derechos humanos en la Unión.

Kadi fue identificado como un posible defensor de al-Qaida por el Consejo de Seguridad de la ONU, se le incluyó en una lista de terroristas y fue sancionado. La UE transpuso esa sanción de la ONU a través del citado Reglamento 188/2002, que imponía medidas restrictivas contra personas y entidades vinculadas a Bin Laden, la red al-Qaida y los talibanes, incluidas en una lista adjunta. El Reglamento fue impugnado por Kadi ante los tribunales de la UE. Kadi alegó que no había sido informado de los motivos de su inclusión en la lista de personas y entidades sujetas a las sanciones establecidas. Por lo tanto, no había tenido la posibilidad de presentar un recurso judicial contra

¹⁵⁸ BAKKER, Edwin, *Terrorism and Counterterrorism; Comparing Theory and Practice*, LPU General, Leiden, 2015, p. 148.

dichos motivos y, en consecuencia, su derecho a ser oído, así como su derecho a la tutela judicial efectiva habían sido vulnerados. El Tribunal de Justicia examinó la legalidad de la normativa de la UE, que trasponía la Resolución de la ONU, con el argumento de que la protección de los derechos fundamentales forma parte de los fundamentos del orden jurídico de la UE. De acuerdo con este principio, todas las medidas de la UE deben ser compatibles con los derechos fundamentales, de lo que resultaba la aplicación preferente del Derecho de la Unión frente a la ejecución de compromisos internacionales.

El caso *Kadi* ha sido la base para nuevas decisiones como las adoptadas en el asunto *Kadi II*²⁷, y en otros como el asunto *Omar Mohammed Othman* de 11 de junio de 2009²⁸, el caso *Al-Aqsa*, de 15 de noviembre de 2012²⁹, o el *Abdulbasit Abdulrahim* de 14 de enero de 2015.

Además, también en relación a esa inclusión de personas en las listas de terroristas, el TJUE consideró que «los nombres de personas, grupos o entidades se pueden mantener en la lista solo si el Consejo revisa periódicamente su situación. Todos estos asuntos deben estar abiertos a la revisión judicial».

La cuestión que se planteó en el caso *Kadi* y en los siguientes sigue estando vigente y es extrapolable a otras esferas. Así, por ejemplo, cabe preguntarse si, ante las respuestas globales o internacionales que puedan adoptarse en la lucha contra el terrorismo, los Estados miembros de la UE pueden y deben verificar la ejecución de tales medidas de conformidad con sus normas Constitucionales y también con los Tratados supranacionales que exigen el respeto de los derechos fundamentales. Por supuesto, la respuesta debe ser afirmativa por todo lo que venimos defendiendo en este trabajo y por el principio de *favor libertatis*, debiendo optarse siempre por la interpretación que ofrezca mayores garantías a los derechos.

Conclusiones

El estudio realizado revela que bajo el manto de algunas legislaciones recientemente aprobadas para combatir el terrorismo se encubren, en realidad, medidas contrterroristas atentatorias de las libertades y derechos fundamentales básicos de los ciudadanos. Muchas de las sanciones administrativas y penales pueden enmarcarse en lo que hemos denominado «Derecho penal de excepción o de emergencia» o «Derecho penal del enemigo». La devaluación de estas libertades y derechos, podría ser el preludio de una regresión en materia de tutela de garantías jurídicas básicas de los ciudadanos a través de unas medidas que *formalmente* se dirigen a contrarrestar el fenómeno terrorista, aunque en realidad, al permanecer ancladas en las correspondientes legislaciones, actúan a modo de red que expande la intervención estatal indiscriminadamente, recortando las libertades y derechos de todos los ciudadanos.

Derivado de lo anterior, cabe destacar que, al menos en materia penal, las legislaciones contraterroristas *post 11M* (*post 9/11 counter-terrorist legislations*), son fiel expresión del *Derecho penal del enemigo*. Lo que, en esencia, implica que en el mejor de los casos, el verdadero conflicto subyacente al terrorismo yihadista quedará desplazado por un laberinto de legislaciones y reformas penales incapaces de afrontar tan complejo problema en su dimensión real, es decir, en todas sus implicaciones económicas, culturales y políticas. En el peor de los casos, aquellas legislaciones penales se dirigirán a identificar «enemigos», estigmatizando a grupos de la población donde focalizar erróneamente, el origen de un problema que no se deja reducir a análisis tan simplista. El Derecho penal del enemigo en materia terrorista se revela así, en su dimensión sustantiva, como un *Derecho penal de autor*, a través del que se canalizan multitud de medidas penales excepcionales que, sin embargo, por su proliferación, vienen a ser, realmente, la regla general para luchar contra el terrorismo, en primera instancia. La gestión política del problema terrorista, recurriendo a la promulgación de leyes penales se convierte en un ejercicio cotidiano de gobierno, en aras de alcanzar un inasequible objetivo de total seguridad ante el que, sin apenas ser conscientes los ciudadanos de ello, sucumben sus derechos y libertades fundamentales.

En la época de la *posverdad*, poco importa, que penas como la de muerte o cadena perpetua no desplieguen ningún efecto preventivo-general contra un terrorismo caracterizado, entre otros rasgos, porque sus autores están dispuestos a inmolarse. Aquel signo de nuestra época, casa bien con la preeminencia que otorga el legislador al *efecto simbólico* de la pena pues, al margen de si las leyes antiterroristas sirven para resolver un problema de aristas tan complejas como el terrorismo yihadista o no puedan atajarlo en absoluto, en definitiva se trata de transmitir a la población la apariencia de que se está trabajando para resolverlo, de que *se está haciendo algo*. No obstante la política de la confusión, también tiene sus costes pues no solo comporta una desatención del verdadero problema, sino además una infradotación de medios específicos que, realmente, puedan desplegar efectos para atajar con esta clase de terrorismo. A lo anterior hay que unir que los costes de las sucesivas reformas penales y procesales, consisten en recortes muy considerables de los espacios de libertad de los ciudadanos, al poner cortapisas dichas leyes a su desarrollo, guiadas programáticamente por el inalcanzable propósito de mayor seguridad.

Descendiendo a lo concreto, cabe destacar que las medidas penales antiterroristas son, cada vez con mayor claridad, expresión de un *Derecho penal y procesal preventivo* lo que se evidencia a la vista de la proliferación del castigo de actos preparatorios cada vez más alejados de la efectiva comisión de delitos, como son los supuestos de autoadoctrinamiento, adoctrinamiento o reclutamiento. Ello compromete no solo el derecho fundamental a la libertad sino también, otros derechos fundamentales, como en especial, la libertad de expresión —fundamento del sistema democrático— cuyo respeto se pone

constantemente en entredicho, ante la vigencia de delitos muy amplios de apología y enaltecimiento del terrorismo.

Junto a las medidas penales que tienen esa naturaleza preventiva, se han citado en este trabajo muchas otras medidas contrterroristas que comparten ese cariz preventivo y que, igualmente, acaban normalizando una limitación generalizada de derechos como los de la privacidad o de expresión, en todas sus manifestaciones. A veces se olvida que la incursión de las autoridades policiales y judiciales en los derechos de los ciudadanos por razón de la seguridad nacional deben respetar los principios de subsidiariedad, proporcionalidad y excepcionalidad. La subsidiariedad implica que todas esas medidas limitativas de derechos no debieran ponerse en marcha salvo que sean necesarias y no exista otra vía mejor para alcanzar el resultado legítimamente perseguido. Mientras existan medios menos gravosos para, por ejemplo, alcanzar la información necesaria o impedir un ataque terrorista o evitar el reclutamiento de potenciales terroristas, siempre será mejor optar por el camino de aquellos instrumentos menos intrusivos¹⁵⁹. La proporcionalidad debiera evitar que las medidas que se adoptan para luchar contra el terrorismo supongan un precio excesivo para las ventajas reales que pueden obtenerse de las renunciadas a las que tales medidas obligan, evitando daños a colectivos enteros. La proporcionalidad refiere también a que la medida de contrterrorismo que sea adoptada cuando exista evidencia de una amenaza terrorista cierta, con un cierto nivel de gravedad o certeza, no pueda adoptarse de forma generalizada ante una hipótesis vaga. Y, finalmente, la excepcionalidad de las medidas antiterroristas limitativas de derechos constituye otro elemento principal. Hemos relatado en este trabajo hasta qué punto el recurso al estado de emergencia o la inclusión de excepciones al normal ejercicio de los derechos cuando se aplican medidas antiterroristas se ha convertido en una constante en muchos Estados especialmente en los últimos años. La excepcionalidad debiera significar eso, excepción, y por lo tanto, limitación temporal. Sin embargo, como ya hemos señalado, ello no está siendo así, en algunos Estados de un modo evidente, con la declaración y extensión *sine die* del estado de excepción, como es el caso de Francia, y en otros países haciéndose de manera solapada. A este respecto, el Conseil d'État francés, el Tribunal administrativo supremo del país, advirtió en febrero, cuando se aprobó la segunda prórroga, de que «un estado de excepción es un «estado de crisis», que es intrínsecamente temporal. Su renovación no debe continuar, por tanto, indefinidamente». El comisario de derechos humanos del Consejo de Europa, expertos independientes de la ONU, el Defensor del Pueblo francés y la Comisión Nacional de los Derechos Humanos de Francia, así como abogados, jueces y organizaciones de derechos humanos,

¹⁵⁹ En respeto al principio de subsidiariedad, en la Guía de actuación de la *Home Office* británica se establece que el secretario de Estado, al autorizar una medida de seguimiento de terrorismo debe evaluar la utilización de escuchas frente a otros mecanismos que puedan ser menos intrusivos.

también han expresado honda preocupación ante la idea de un estado de excepción indefinido.

Ante todo porque, como se ha podido sugerir, el propio término «contraterrorismo» podría enmascarar un fracaso del legislador estatal ordinario para frenar, con los medios legales que ofrece la normativa común, el avance del fenómeno al que trata de hacer frente, esto es, el terrorismo. La adopción de medidas legales —en el sentido amplio antes indicado— *excepcionales* frente al terrorismo es la nota más sobresaliente para definir el llamado «*contraterrorismo*». Y precisamente ese carácter excepcional de la legislación contraterrorista o antiterrorista, hace que sea preocupante la deriva en la que el Estado de derecho puede estar cayendo, a raíz de la aplicación de medidas procedentes de dicha legislación, como puede observarse en muchos países de nuestro entorno jurídico, que se dejan arrastrar por el falso señuelo de acabar con la lacra terrorista, aún a costa de sacrificar gran parte de las libertades y derechos fundamentales que son el «nervio» de todas las Constituciones modernas, tal y como hasta ahora las entendemos.

La cuestión que late en el fondo es la misma que se reitera constantemente: cómo lograr un equilibrio entre seguridad y libertad. El problema es que cada vez que se produce un nuevo atentado se desencadena una necesidad mayor de garantizar la seguridad y los individuos parecen estar más dispuestos a sacrificar su esfera de libertad. Esto parece dar fuerza a los gobiernos para ir generalizando medidas cada vez más restrictivas de las libertades de la ciudadanía.

En este estado de las cosas, parece preciso reivindicar la intangibilidad de las garantías constitucionales básicas, esto es, de las libertades y derechos fundamentales que, a modo de límites, restringen la intervención estatal —sancionadora y penal—, incluso ante hechos tan execrables como los que caracterizan a cualquier acto terrorista. De otro modo, la devaluación de aquellos derechos en aras de una supuesta mayor eficacia de las medidas estatales contraterroristas, no evidencia sino la renuncia del Estado de derecho contemporáneo a su propia esencia y, por ende, paradójicamente, lo aproxima cada vez más a la ideología autoritaria que pretendidamente trata de combatir.

Capítulo cuarto

La violencia política en Colombia y la paz que está por venir: ¿Por qué las desafecciones a los acuerdos de paz y su implementación?

Andrés González Martín

Resumen

La guerra civil de Colombia es la más antigua de América. Una guerra sin fin para varias generaciones de colombianos, en la que han muerto más de un cuarto de millón de personas y han sido desplazados unos seis millones de sus lugares de origen. El terror ha marcado la vida cotidiana de Colombia durante tres cuartos de siglo.

El proceso de paz entre el gobierno y las FARC, iniciado en 2012, permitió firmar a las partes un acuerdo en Cartagena de Indias el 26 de septiembre de 2016. Sin embargo, el día 2 de octubre de 2016 se celebró la refrendación popular mediante plebiscito o referéndum. El resultado de la consulta fue negativo.

El presidente Manuel Santos por su papel en el proceso de paz en Colombia recibió el Premio Nobel de la Paz. Sin embargo a finales de junio de 2017 el nivel de aprobación del presidente es del 12 por ciento, el más bajo de la historia de Colombia. Además, el rechazo a los acuerdos de paz en 2017, según las encuestas, había aumentado hasta alcanzar el 73 por ciento. Estos hechos hay que explicarlos ¿Por qué muchos colombianos no quieren esta paz?

Palabras clave

FARC-EP (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército Popular), guerrilla, narcotráfico, cocaína, víctimas, justicia, acuerdo final de paz, cons-

titución, reparación, memoria histórica, violencia política, disidentes, desplazados, acto legislativo 1 de 2016, estrategia desarmada.

Abstract

Colombia's civil war is the oldest in America. An endless war for several generations of Colombians, where more than a quarter of a million people have killed and about six million of their places of origin have displaced. Terror has marked the daily life of Colombia for three quarters of a century.

The peace process between the government and the FARC, initiated in 2012, allowed the parties to sign an agreement in Cartagena de Indias on September 26, 2016. However, on October 2, 2016, The result of the referendum consultation was negative.

President Manuel Santos for his role in the peace process in Colombia received the Nobel Peace Prize. However, by the end of June 2017 the president's approval level is 12 percent, the lowest in Colombia's history. In addition, the rejection of the peace accords in 2017, according to the surveys, had increased to reach 73 percent. These facts need to explain. Why do not Colombians want this peace?

Keywords

FARC-EP (Revolutionary Armed Forces of Colombia-People's Army), guerrilla, drug trafficking, cocaine, victims, justice, final peace agreement, constitution, reparation, historical memory, political violence, dissidents, displaced, legislative act 1 of 2016, strategy disarmed.

El drama de la violencia y la guerra en Colombia

Desde su independencia la violencia ha marcado la vida política de Colombia. Durante los últimos 70 años el país ha vivido una trágica permanente confrontación, sostenida por la imposibilidad de alcanzar un acuerdo nacional que permita la inclusión de los colombianos en un espacio de convivencia política aceptado por todos. Las consecuencias de esta tragedia necesariamente exigen repasar el daño, el sufrimiento, la angustia y la muerte provocada por esta situación. Solamente conociendo la magnitud del dolor que como una losa lastra la vida y la memoria de Colombia puede entenderse la situación actual y las decisiones y acciones de los protagonistas del momento actual.

Los datos en la guerra son siempre controvertidos. El Estado colombiano no activó los mecanismos necesarios para recoger la información precisa para poder identificar y asistir a las personas afectadas por la violencia política, aprobando la Ley 1448 de Víctimas y Restitución de Tierras. El presidente Juan Manuel Santos sancionó la ley que fue desarrollada por el gobierno a través de varios decretos reglamentarios, que definían los procesos y mecanismos de implementación de la ley. Uno de estos decretos de desarrollo de la ley, el número 4.800, aprobado en diciembre del 2011, establece los mecanismos para la adecuada implementación de las medidas de asistencia, atención y reparación integral a las víctimas y crea el Registro Único de Víctimas. Al mismo tiempo, establece que la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas será la encargada de la administración, operación y funcionamiento del Registro Único de Víctimas.

La estructura estatal relacionada con la inclusión social y la reconciliación la desarrolla nuevamente el Decreto único reglamentario 1084, de 26 de mayo de 2015, que compila toda la normativa relativa al asunto. El capítulo segundo del decreto está dedicado íntegramente al Registro Único de Víctimas, que cumple el propósito de servir de herramienta técnica para la identificación de la población que ha sufrido daño como consecuencia de las acciones violentas y la guerra.

Consecuentemente, los datos recogidos por el Registro Único de Víctimas es un indicador valioso para cuantificar el daño. En una primera aproximación se han identificado 8.908.027 víctimas registradas históricamente de las cuales 6.374.269¹ son sujetos de asistencia y reparación, casi el doble de los cálculos que se hicieron en el 2011.

Los datos que ofrece el Registro Único de Víctimas, ordenados por categorías, están continuamente actualizándose. Los que se presentan a continuación corresponden al 1 de marzo de 2017.

¹ <http://www.unidadadvictimas.gov.co/>

HECHOS VICTIMIZANTES	PERSONAS
DESPOJO DE FORZADO DE TIERRA	4.831
ACTOS TERRORISTAS/COMBATES	94.632
AMENAZA	341.217
DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL	18.859
DESAPARICIÓN FORZADA	164.927
DESPLAZAMIENTO	7.134.646
HOMICIDIOS (Víctimas directas e indirectas)	983.033
MINAS ANTIPERSONAL	10.919
PÉRDIDA DE BIENES MUEBLES E INMUEBLES	109.904
SECUESTROS	34.814
TORTURA	10.237
RECLUTAMIENTO DE NIÑOS Y ADOLESCENTES	8,166
TOTAL	8.908.027

Fuente: <http://rni.unidadvictimas.gov.co/>

La distribución del número de víctimas por años nos permite descubrir una tendencia creciente desde el año 1991 cuando se aprobó la constitución y un punto de inflexión en el año 2002, con la llegada a la presidencia de Álvaro Uribe Vélez. La tendencia a la reducción del número de víctimas se consolida con el desarrollo de las negociaciones de paz dirigidas por el presidente Manuel Santos. Las cifras del año 2016 son similares a las de 1991. Los registros comienzan en 1985, pero si se consideran las anteriores la violencia y la guerra en Colombia ha provocado aproximadamente unos 220.000 muertos desde 1958, siendo civiles el 81,5 por ciento y combatientes el 18,5 restante.

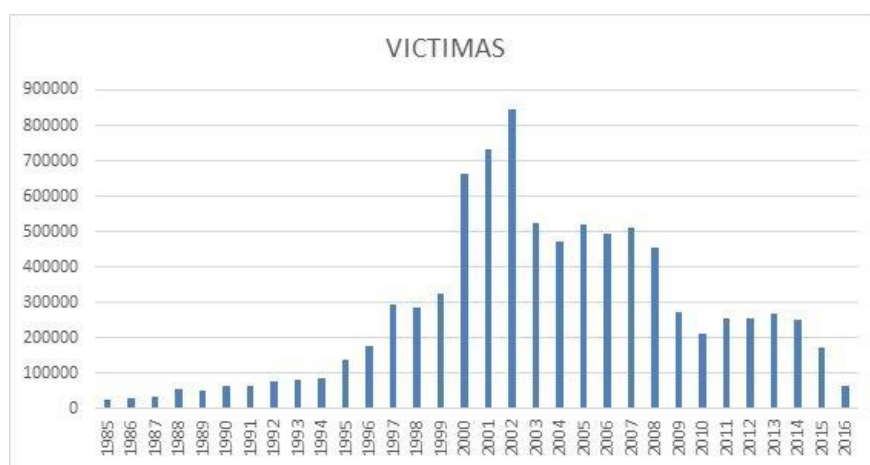


FIG 4.1 Fuente: <http://rni.unidadvictimas.gov.co/>

No obstante la violencia política no es la única violencia del país. Iberoamérica es la región con los índices de criminalidad más altos del mundo, con una media de 23,9 homicidios por cada 100.000 habitantes. Las cifras en Iberoamérica están muy lejos de las de África 9,7, América del Norte 4,4, Europa 2,9 y Asia 2,7. En 2013, de las 50 ciudades más violentas del mundo, 42 se encontraban en la región, siendo las 16 más violentas ciudades Iberoamericanas. Entre 2005 y 2012 la tasa de crecimiento anual de los homicidios fue tres veces más elevada que la de crecimiento de la población. Iberoamérica representa apenas el 8 por ciento de la población mundial, pero allí se producen el 37 por ciento de los homicidios a nivel mundial.

En 2013 ocho países Iberoamericanos superaban el nivel de violencia definido por la Organización Mundial de la Salud (OMS) como de conflicto, 30 homicidios por cada 100.000, entre ellos Colombia. Las cifras de muchos países de Iberoamérica están muy por encima de cualquier país de África, algunos de los cuales se encuentran en medio de una guerra civil.

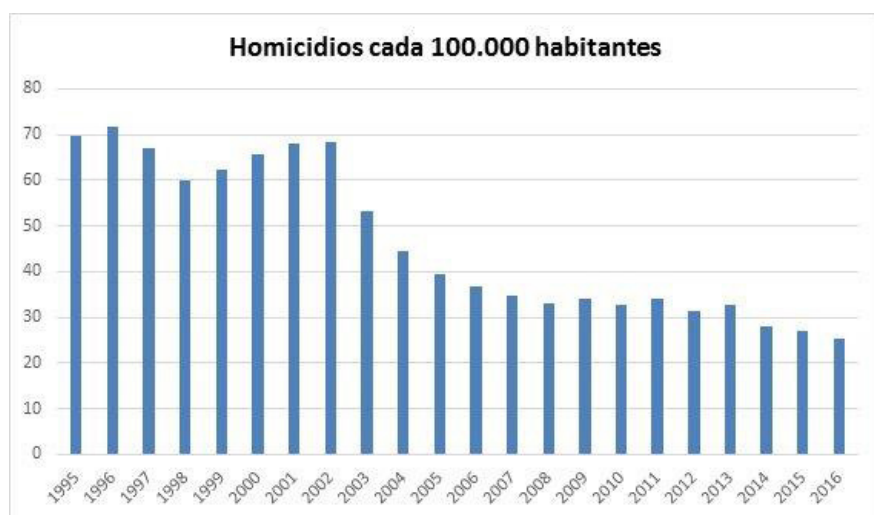


Fig 4.2 Homicidios por cada 100.000 habitantes en Colombia.

Fuente: Banco Mundial <http://datos.bancomundial.org/indicador/VC.IHR.PSRC.P5?view=chart>

La OMS considera que si un país tiene más de 10 crímenes por cada 100.000 habitantes se encuentra en un estado de violencia endémica. En Colombia en el año 2016 cuando se firmaron los acuerdos de paz entre el gobierno y las FARC el indicador era de 25,2. Es decir, próximo a la cifra de situación de conflicto, a pesar de la notable reducción de las acciones de violencia política de las FARC. La complejidad del fenómeno de la violencia se acentúa a la vista del paradójico incremento de los asesinatos durante los años de este siglo xxi, a pesar de las importantes mejoras sociales, económicas y la reducción de los índices de desigualdad.

Si se estima que la guerra en Siria provoca hasta 50.000 muertes al año, en Méjico que es un país teóricamente en paz hay más de 25.000 muertes violentas anuales y en 2016 en Colombia se superaron los 12.000 asesinatos. En el caso de Colombia, que como muchos otros países de la región la violencia se ha convertido en un problema estructural, la violencia política ha interactuado con el crimen organizado y el narcotráfico. El resultado ha sido demoledor para la sociedad colombiana. El Estado no ha ejercido el monopolio de la violencia sino que ha competido con diferentes grupos por ejercer el uso de la fuerza, intentado aplicarla como un instrumento de coacción bajo el imperio de la ley.

La comisión de estudios de la violencia estimaba que solo uno de cada diez homicidios era producto de la violencia política pero la realidad ha venido con el tiempo a demostrar que esta relación no responde a los hechos. En los años más duros lo cierto es que uno de cada tres asesinatos tenía que ver con la lucha por el control de una zona del territorio y de su población, es decir, por competir con el Estado en el ejercicio de la soberanía.

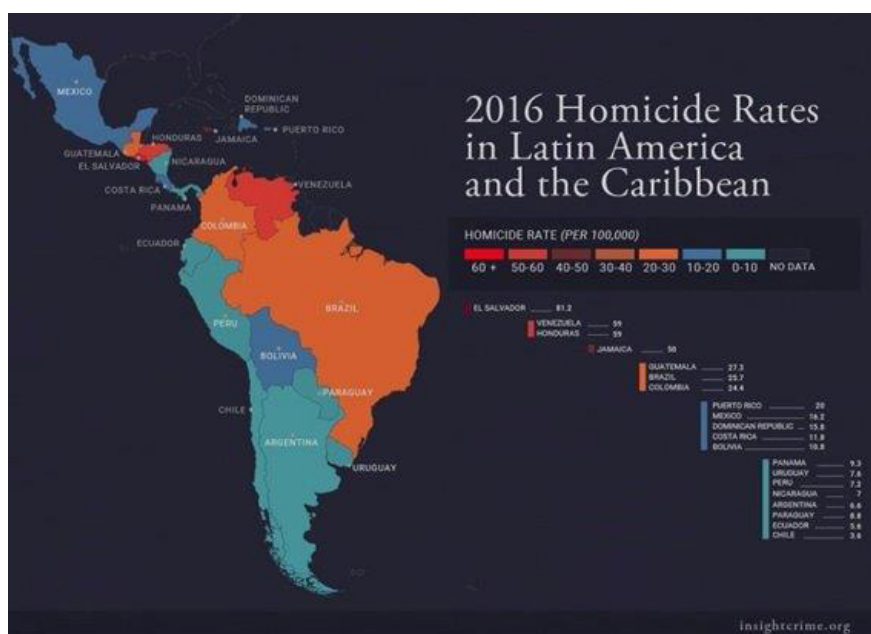


Fig 4.3 Homicide Rates in Latin America and the Caribbean.

Si entre 1982 y 1995 se descubre una tendencia creciente de las víctimas mortales, en el periodo comprendido entre 1996 y el 2002 la tendencia se transforma en explosiva. La violencia por el control del territorio alcanzó su nivel más crítico como consecuencia del fortalecimiento militar de las guerrillas, la expansión de los grupos paramilitares, la crisis del Estado, la reconfiguración del narcotráfico y su acomodación a las coordenadas del

conflicto. El cambio de tendencia iniciada en 2002, con una sostenida reducción de las víctimas, está relacionado con el fortalecimiento del Estado, con los éxitos de las operaciones militares contra la insurgencia, con el desarrollo del plan Colombia, con la determinación política del presidente Álvaro Uribe y sus gobiernos, con la reducción de los cultivos de coca, con los éxitos de la ley de Justicia y paz, que desde el año 2005 estableció el marco legal para sostener el proceso de desmovilización de los paramilitares, con el crecimiento sostenido de la economía y la inversión y con el progresivo descredito de los grupos guerrilleros.

Cuando Juan Manuel Santos Calderón fue investido como presidente en agosto de 2010 los momentos más difíciles se habían superado y el Estado colombiano hace tiempo que había ganado, de forma definitiva, la iniciativa en la lucha por el control del territorio y la población, disponiendo de una fuerza pública con moral de victoria y una sociedad dispuesta a seguir apoyando sus éxitos. La libertad de acción del Estado siguió creciendo y la capacidad de las distintas instituciones de ejecutar sus competencias constitucionales se reforzaban día a día. En el 2012, antes del comienzo de las negociaciones con las FARC, el desenlace final del desafío impuesto por la rebelión de la guerrilla marxista leninista a la sociedad colombiana estaba anunciado. Inevitablemente la guerra se resolvería a favor del Estado. La victoria del imperio de la ley sobre los rebeldes revolucionarios era solo cuestión de tiempo y determinación. La situación permitía en ese momento convertir lo que hasta ese momento era una necesidad, la negociación con la guerrilla para acabar con la guerra, en solo una opción y no necesariamente la mejor.

La guerrilla colombiana hace mucho tiempo que dejó de ser lo que fue y lo que fueron tantas y tantas guerrillas iberoamericanas. Las FARC dejaron de ser un movimiento insurgente marxista leninista en los años noventa para convertirse poco a poco en el mayor cartel de la droga del mundo. La metamorfosis se hizo sin cambiar de nombre y sin renunciar a la cobertura ideológica marxista, que le permitía justificarse e incluso mantener la simpatía de muchos nostálgicos de los viejos buenos tiempos de juventud, cuando el sueño de la revolución comunista parecía estar al alcance de la mano. Las FARC dejaron de ser, hace mucho tiempo, una guerrilla, que pretendía liberar a la nación de la opresión de una dictadura militar o de una oligarquía, para convertirse en algo diferente. Las FARC son una narco guerrilla que ha controlado durante más de 25 años parte del territorio colombiano, mientras mantenía estrechos contactos con el régimen comunista cubano y con el régimen represor de Venezuela.

El diccionario de la Real Academia Española define narco guerrilla como guerrilla que se financia con el tráfico de drogas. La definición del diccionario es demasiado escueta para comprender suficientemente el fenómeno narco guerrillero. El volumen de negocio que mueve la droga es tan grande como para poder desbordar la función, que inicialmente pudo tener, de fi-

nanciar a un grupo insurgente, alterando la propia naturaleza de lo que en su momento fue movimiento revolucionario. La mutación de un movimiento armado de lucha política en una narco guerrilla está relacionada con la corrupción de las personas y de las ideas, aunque también se ha visto favorecida porque la causa que justificó en su día la lucha armada ha sido completamente desacreditada y porque el entorno político ha evolucionado lo suficiente para permitir la libre participación, concurrencia y competencia pacífica de las diferentes opciones políticas. Las FARC no son un anacrónico residuo de la guerra fría sostenido por la injusticia de un régimen represor que niega los derechos políticos y sociales a los ciudadanos para sostener los intereses de una clase privilegiada. Las FARC son un muerto viviente que mata todo lo que está vivo a su alrededor para sumarlo al grupo de los zombis. El negocio de la droga es tan rentable como para corromper incluso a los viejos comunistas.

Colombia desde hace mucho tiempo y desde luego desde la constitución de 1991 es una república democrática, sin duda con deficiencias, como el resto de las democracias del mundo, pero muchos de los errores que pudieran imputarse a la democracia colombiana pueden entenderse analizando el difícil contexto impuesto por la violencia y la guerra, que durante más de 50 años, ha condicionado la vida política del país. Pocas democracias del mundo se han visto sometidas a pruebas tan duras y difíciles como la colombiana. Las Fuerzas Armadas colombianas son ahora una institución sometidas al control político y que actúan en defensa de la legalidad de la república de Colombia combatiendo a diferentes grupos criminales, que sostenidos por los inmensos recursos que proporciona el negocio del narcotráfico controlan parte del territorio de la república.

La democracia colombiana no puede enjuiciarse sin tener en cuenta la acertada advertencia de Alexis de Tocqueville cuando apunta que: «no hay guerra larga que en los países democráticos no ponga en gran peligro la libertad... Si no conduce de repente al despotismo por la violencia, lo atrae dulcemente por los hábitos»². Sin embargo, la libertad es siempre nueva y las distintas generaciones de colombianos han buscado un nuevo camino para construir un lugar donde permitirle enraizar.

No solo Tocqueville advertía de los peligros de una guerra prolongada para la democracia. El general, secretario de Estado y Premio Nobel de la Paz George Marshall decía que ninguna democracia podría soportar una guerra que dure más de 10 años. Esta estimación nos invita a pensar que en el caso Colombiano ha sido necesario reinventar el proyecto político democrático en los últimos 50 años al menos 5 veces.

² TOCQUEVILLE, Alexis. «La democracia en América». Fondo de cultura económica, Méjico 1957.

El precio de la satisfacción de las víctimas

El Registro Único de Víctimas en marzo de 2017 había identificado 6.374.269 sujetos de asistencia y reparación. Esto supone que en términos relativos el 13 por ciento de la población de Colombia tiene derechos por su condición de víctima. Las diferentes categorías de la población reconocida como víctimas requieren diferentes apoyos sociales y de reparación, que deben desarrollarse en planes específicos. En cualquier caso el Estado reconoce derechos al 13 por ciento de la población, asumiendo la carga política, institucional y económica que pueda estar asociada. El gasto social que impone la atención de este volumen de población y la dificultad de articular los distintos planes de asistencia en un territorio tan grande, fragmentado y con dificultades importantes de acceso supondrá un esfuerzo sostenido durante muchos años de notable importancia que requerirá ser financiado por el Estado.

El ministro colombiano del posconflicto Rafael Pardo señaló en una entrevista al diario «El País» que el proceso no se desarrollará simultáneamente en todo el territorio y que en el campo tardaría 15 años en terminarse completamente³.

Además el acto legislativo 1 de 2016 en su punto cuatro establece que existirá un plan de inversiones para la paz durante los próximos veinte años, que se incluirá en el plan plurianual de inversiones del plan nacional de desarrollo. Los recursos del plan para la paz serán adicionales a las inversiones ya programadas por las entidades públicas del orden nacional y territorial y se orientarán a cerrar las brechas sociales, económicas e institucionales en dichas entidades territoriales. Atribuyéndose el gobierno la potestad de efectuar los ajustes institucionales y normativos necesarios para ejecutar el componente de paz del plan plurianual de inversiones, lo que supone reducir la posibilidad de controlar estos planes y presupuestos por parte del congreso. El hecho de que el gobierno asuma estas competencias al margen del congreso, visto desde fuera, supone una alteración de lo que podría entenderse una natural aplicación del principio de separación de poderes.

Durante el gobierno del presidente Juan Manuel Santos se ha atendido la reparación de 590.000 personas, utilizando recursos superiores al billón de pesos. Pero el reto que supone atender a las víctimas registradas podría superar, en las próximas décadas, los 50 billones de pesos, es decir, unos 15.000 millones de euros⁴, cantidad similar a la que ahora el Estado dedica al servicio de la deuda. No obstante el coste de las reparaciones no es estimado por todo el mundo de la misma manera. Algunas previsiones en Colombia consideran que en la próxima década habrá que asumir un costo de 93 billones de pesos, es decir, 28.440 millones de euros. Los que miran

³ http://internacional.elpais.com/internacional/2017/03/10/actualidad/1489185466_568331.html

⁴ <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16565045>

desde fuera apuestan más alto. El «Bank of America», estima el gasto en 187 billones de pesos, algo así como 57.186 millones de euros, cantidad que supera el presupuesto del estado colombiano⁵.

La situación económica no ayuda. El PIB colombiano que había estado creciendo desde el año 1999 ha caído por primera vez desde entonces en el primer trimestre de 2017 un 0,2 % respecto al cuarto trimestre de 2016. El PIB per cápita que estuvo subiendo desde 1999 comenzó a caer a partir del 2013, pasando de los 6.173 euros a 5.292 euros en solo cuatro años. Respecto al paro, que venía reduciéndose desde 2002 sube por primera vez desde entonces en 2016. Mientras tanto, la deuda pública no ha dejado de crecer desde 2012 pasando en 4 años del 33 al 55 por ciento del PIB⁶.

La reforma tributaria impulsada por el presidente Manuel Santos, que fue aprobada a finales de 2016, supuso una importante subida de impuestos, especialmente indirectos, el IVA pasó del 16 al 19 por ciento. Este cambio tributario ha supuesto una caída fuerte del consumo durante el primer trimestre del año generando un fuerte rechazo en la población. El 93 por ciento de los encuestados se oponen a la reforma⁷.

Esta primavera pasada de 2017 el gerente del banco de la república señaló que el país «atravesaba una situación difícil» y eso se ve reflejado en la caída de la inversión extranjera directa, que el mismo banco ha publicado. El 31 de mayo la inversión extranjera directa (IED) bajó 21,25 por ciento respecto a la de esa misma fecha en 2016. Si del total de IED se descuentan los sectores petrolero y minero la caída de la inversión extranjera directa es del 49,3 por ciento⁸.

La opinión pública según las encuestas de finales de junio se manifiesta descorazonada respecto al futuro económico de Colombia, solo el 8 por ciento considera que la situación económica está mejorando y el 79 por ciento afirma que el país va por mal camino⁹. En Colombia las incertidumbres generadas por el proceso de paz ha paralizado la inversión que ha caído en los últimos meses reduciendo el potencial de crecimiento, al mismo tiempo que crecen los paros, manifestaciones de protesta y huelgas. Los agentes económicos y la sociedad en su conjunto están a la espera de los resultados de las elecciones presidenciales de 2018. La posibilidad de que un bloque radical de izquierdas, en el que participe el partido político en el que se transforme las FARC, hundiría las posibilidades de recomposición del potencial económico del país.

⁵ <http://www.eleconomista.es/especial-america/noticias/8392450/05/17/Colombia-la-gestion-de-la-paz-complica-la-agenda.html>

⁶ Datos obtenidos del Banco de la república de Colombia. <http://www.banrep.gov.co/es/bie>

⁷ <https://es.panampost.com/julian-villabona/2017/03/07/colombianos-rechazan-reforma-tributaria/>

⁸ <http://www.elmercurio.com/Inversiones/Noticias/Noticias/2017/06/15/Inversion-Extranjera-Directa-en-Colombia-baja-2125-a-USD-3199-millones-en-EneMay-20172016.aspx>

⁹ Encuesta Yanhass Poll , estudio No. 81. 20 de junio de 2017

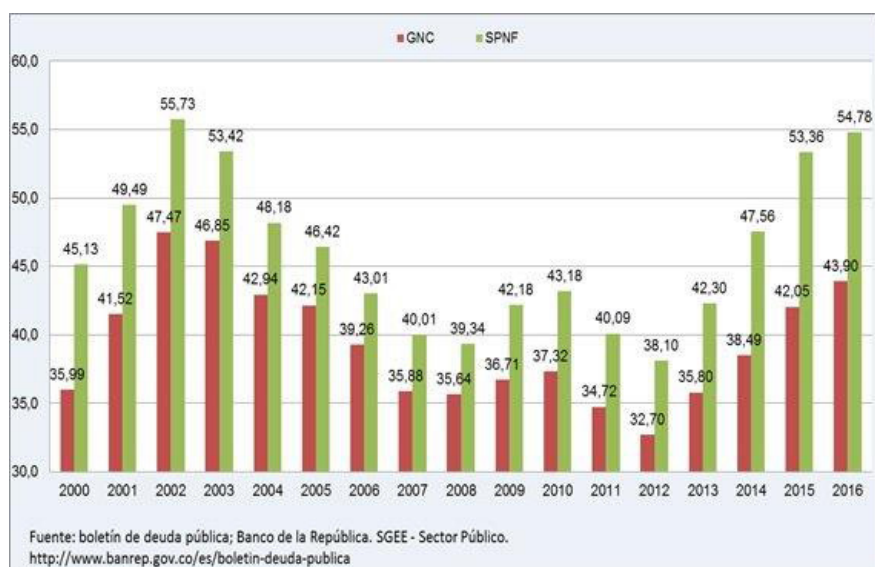


Fig 4.4 Gráfico Deuda bruta del Sector Público No Financiero (SPNF) y Gobierno Nacional Central (GNC) (% del PIB).

En este escenario económico inevitablemente las reparaciones serán objeto de fuertes controversias y no todos los grupos afectados se sentirán satisfechos de la misma manera, incluso pueden generarse expectativas que no tengan la respuesta esperada generando frustración y tensiones. Sean cual sean las acciones de reparación, las personas afectadas por la violencia y la guerra están en muchos casos gravemente heridas y las pérdidas sufridas no pueden compensarse sin mediar un esfuerzo de reconciliación y perdón que pueda sanar el fondo de resentimiento provocado por tantos años de angustia, miedo, sufrimiento, pérdidas irreparables y muertes.

En este sentido, la ley de víctimas y restitución de tierras busca diseñar un espacio de reparación integral que permita la reconciliación nacional, la restauración de la confianza, la reconstrucción de vínculos y abrir la puerta a un proyecto de futuro compartido que se apoye en el reconocimiento de los derechos a la justicia, la verdad y la reparación de las víctimas y el establecimiento de medidas para la no repetición. El capítulo IX de la ley está dedicado a las medidas de satisfacción para mitigar el dolor de las víctimas y para ello establece una larga serie de medidas concretas de las que podríamos destacar las siguientes:

Efectuar las publicaciones a que haya lugar relacionadas con el literal anterior.

- Realización de actos conmemorativos.
- Realización de reconocimientos públicos.
- Realización de homenajes públicos.

- Construcción de monumentos públicos en perspectiva de reparación y reconciliación.
- Difusión pública y completa del relato de las víctimas sobre el hecho que la victimizó, siempre que no provoque más daños innecesarios ni genere peligros de seguridad.
- Contribuir en la búsqueda de los desaparecidos y colaborar para la identificación de cadáveres y su inhumación posterior, según las tradiciones familiares y comunitarias, a través de las entidades competentes para tal fin.
- Difusión de las disculpas y aceptaciones de responsabilidad hechas por los victimarios.
- Investigación, juzgamiento y sanción de los responsables de las violaciones de derechos humanos.
- Reconocimiento público de la responsabilidad de los autores de las violaciones de derechos humanos.

La intención es la reparación simbólica, no solo material, para asegurar la preservación de la memoria histórica, la no repetición de los hechos, la aceptación pública de los hechos, la solicitud de perdón público y el restablecimiento de la dignidad de las víctimas. El Estado reconoce su deber de memoria como garantía del ejercicio del derecho a la verdad del que son titulares las víctimas y la sociedad en su conjunto. El Estado para poder cumplir con este deber constituye el Centro Nacional de Memoria Histórica que deberá «contribuir a la realización de la reparación integral y el derecho a la verdad del que son titulares las víctimas y la sociedad en su conjunto, así como, al deber de memoria del Estado con ocasión de las violaciones ocurridas en el marco del conflicto armado colombiano, en un horizonte de construcción de paz, democratización y reconciliación»¹⁰.

La pluralidad de la memoria será difícil de administrar porque no se trata de una memoria individual de las víctimas solamente sino la base de una memoria política colectiva, que reúne lo vivido y recordado por el conjunto de las víctimas. El heterogéneo conjunto de memorias individuales se tendrá que integrar y no podrá ser una suma de todas las aportaciones por su dispersión y volumen. El trabajo de homogeneización de las aportaciones personales del pasado está relacionado con la capacidad integradora del grupo de las víctimas y no parece que esta capacidad sea suficiente para construir un todo armonioso y válido para todas las partes. Será por eso muy difícil, por no decir imposible, evitar la instrumentalización política, que puede ser negativa desde el punto de vista histórico pero necesario desde el punto de vista de la convivencia democrática.

La memoria es por esencia y lo será una lucha política y veremos como muchos grupos de todo tipo pretenden imponer sus recuerdos. No todas las memorias colectivas valen lo mismo para el futuro de Colombia. La equi-

¹⁰ <http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/somos-cnmh/que-es-el-centro-nacional-de-memoria-historica>

distancia en la memoria no permitirá cerrar el conflicto y al final podemos encontrarnos con que la sociedad pueda estancarse en una enfermedad crónica de la memoria, por no poder olvidar lo que no conviene recordar. Una memoria incompleta puede ser la única memoria que pueda sanar aunque tenga un componente no histórico sino políticamente pedagógico.

La oposición entre historia y memoria tiene su fundamento en la visión que una y otra tiene del pasado. Para la historia el pasado está muerto. Para la memoria el pasado es lo que ya no es y lo que todavía es¹¹. La memoria histórica colectiva y las formas de rememoración que son su expresión más común, no son fácticas, ni proporcionales, ni estables, como diría Nietzsche: «No hay hechos, solo interpretaciones».

Una memoria colectiva coherente y persuasiva puede formarse con escasa atención a la precisión histórica, un exceso de historia crítica puede menoscabar el consenso sobre lo que una sociedad necesita recordar y lo que necesita olvidar si ha de mantener su cohesión y el sentido de solidaridad mutua de sus ciudadanos y lo que acaso puede ser más relevante su lealtad al Estado. La memoria histórica es una instrumentalización que puede ser dirigida hacia la reconciliación o hacia el retorno permanente al enfrentamiento¹². Un excesivo cuestionamiento de la memoria colectiva puede poner en peligro las bases de convivencia en las que se asienta la constitución política, para sustituirlas por otra memoria histórica con la misma desafección por los hechos pero con una intencionalidad política diferente que en algunos casos podría degradar el orden democrático. Por lo tanto, la memoria puede ser un producto que permita gestionar un orden de libertad o promover el desorden político y social.

Ninguna democracia es perfecta por eso como a cualquier sistema de gobierno el olvido y a veces incluso el error histórico puede ser un factor esencial en la creación de un sistema de garantías de derechos políticos y sociales, de un orden de libertad y de justicia. La razón crítica no debe en ningún caso dejarse de lado pero su finalidad es más importante que su carácter instrumental. La razón crítica debe ser el fermento de la reinterpretación de la memoria histórica para adaptarse con los cambios a su función de servicio al orden político del Estado social y democrático de derecho. La memoria histórica puede y debe tener carácter moralizante comenzando por poner paz y sosegar para progresivamente seguir moviéndose en un continuo esfuerzo de remodelación y profundización democrática. Esta propuesta podría convertir la conmemoración del trauma compartido no simplemente en un nunca más sino en una verdadera metanoia, una conversión, que permita proyectar la pérdida y el dolor en un espíritu de renovación constructiva, abierto a una revisión constante.

¹¹ Michonneau, Stephane. «La memoria ¿Objeto de la historia?». Universidad de Valencia 2008.

¹² RIEFF, David. «Elogio del olvido: Las paradojas de la memoria histórica». Debate, Barcelona 2017.

Cultura política y sus efectos

Simplificando mucho las cosas se puede decir que la historia política de Colombia ha sido el resultado del intento de una parte de las elites de país por imponer un orden y sistema de poder a la nación. El objetivo del grupo dominante era impedir que emergieran y se consolidaran otras elites capaces de movilizar a sectores de la población para poner en cuestión el modelo instaurado. Desde luego, esta consideración de la historia política de Colombia no es un producto exclusivamente colombiano. Son muchos los países Iberoamericanos a ambos lados del Atlántico que han puesto en práctica el mismo sistema. Las sucesivas constituciones han sido en muchos países la imposición de una parte de la nación al resto, que en muchos casos ha sido eliminado, silenciado o expulsado del país.

La violencia ha sido un instrumento de acción política permanente relacionado con la incapacidad de unos de aceptar los gobiernos de la mayoría y la incapacidad de otros de respetar los derechos individuales y las libertades públicas de las minorías. Un factor determinante en la permanente convivencia de los procesos políticos con la violencia ha sido la insuficiencia de los recursos del Estado para ejercer el monopolio de la violencia, imponer el imperio de ley, garantizar el ejercicio de los derechos políticos, promover el desarrollo de los derechos sociales y conectar las acciones de las distintas administraciones locales, regionales y estatales. Colombia tiene demasiado territorio, muy compartimentando y de difícil acceso en muchas ocasiones, para sus capacidades estatales. Esta situación no es única en Iberoamérica, por el contrario se podría decir que es casi una norma en el continente.

La llamada «violencia», que entre 1948 y 1958 enfrentó a los partidos conservador y liberal causando decenas de miles de muertos y centenares de miles de desplazados. Fue el intento partidista de unos y de otros por imponer su propio modelo. El desgaste y el cansancio de un choque largo, costoso y sin desenlace definitivo por la incapacidad de ninguna de las partes de imponerse sobre la otra terminó gestando un acuerdo de recomposición. El conflicto causó entre 200.000 y 300.000 muertos y la migración forzosa de más de dos millones de personas, casi a una quinta parte de la población total de la Colombia de entonces.

La formación del frente nacional en 1958, para poner fin a los enfrentamientos, garantizaba la alternancia en el poder de los dos partidos en conflicto, dejando fuera de la escena política a otras nuevas opciones. La llegada al poder del Frente Nacional en agosto de 1958 generó esperanzas de paz y la mayoría de las milicias se desmovilizaron y aceptaron la rehabilitación concedida por el gobierno. El acuerdo entre los partidos para restablecer la paz fue consecuencia de la guerra civil y del agotamiento de las partes. El Frente Nacional que mantuvo la estabilidad de Colombia durante 16 años es consecuencia de la violencia. La violencia es la que construye el acuerdo y el proyecto.

La vieja clase política siguió en el poder pero cerrando el camino a la participación de otras corrientes. Por otra parte, no todos los combatientes aceptaron la reconciliación, convirtiéndose en grupos de bandoleros capaces de controlar parte del territorio llegando a constituirse lo que entonces se conocía como repúblicas independientes dentro del territorio colombiano.

Los disidentes apoyados por el caciquismo local sostuvieron una lucha armada, aspirando a sustituir el sistema establecido para desplazar del poder a los que en ese momento lo ejercían. La lucha sostenida durante años se recrudeció alimentando el resentimiento acumulado de las partes. Para complicar las cosas, la polarización que impuso la guerra fría acentuó la incompatibilidad de las posiciones mantenidas por el poder y los elementos subversivos.

La biografía de Pedro Antonio Marín, más conocido como Manuel Marulanda Vélez o «tirofijo», refleja la evolución del problema de la violencia política en Colombia. Combatió inicialmente con las milicias liberales durante la «violencia» para terminar formando parte de grupos armados sin control que evolucionarían hacia el comunismo agrario. Marulanda llegó a ser uno de los líderes de la llamada república de Marquetalia, establecida en la cordillera Central dentro del departamento colombiano de Tolima, fuera del control del Estado. Constituyó en 1960 las autodefensas para responder a los intentos del gobierno de recuperar el control de la zona. Después de cuatro años de combates contra el ejército colombiano, Marulanda se convertiría en el primer comandante del bloque Sur que se transformaría más tarde en las FARC. Manuel Marulanda, jefe de una milicia liberal que controló una de las llamadas repúblicas independientes a principios de los años 60, terminaría siendo el primer comandante de las FARC, milicia de carácter marxista leninista, hasta su muerte en el año 2008. Los ochenta años de vida de Manuel Marulanda están marcados por la lucha política violenta, primero como liberal, luego como comunista. Muchos de los guerrilleros de las FARC han tenido la misma experiencia vital, algunos hoy son nietos de antiguos combatientes.

La magnitud y crueldad de la violencia durante muchos años ha marcado la vida del país. El fin de la violencia, como concesión a los distintos grupos armados, ha legitimado las aproximaciones de los distintos presidentes colombianos para buscar un reajuste político que permitiera el acomodo en el sistema de los rebeldes haciendo concesiones.

El presidente Belisario Betancourt firmó en 1984 los acuerdos de cese el fuego, tregua y paz aceptado por las FARC que formaron el partido Unión Patriótica. El acuerdo fracasó. El presidente Virgilio Barco con sus negociaciones de paz logró el éxito en las negociaciones con la desmovilización del M19 (Movimiento 19 de abril), del ELP (Ejército Popular de Liberación) y la guerrilla indígena Movimiento Armado Quintín Lame. Estos grupos insurgentes decidieron abandonar las armas e incorporarse a la vida política. El presidente Cesar Gaviria mantuvo también negociaciones con grupos arma-

dos y se desmovilizó una fracción del Ejército de Liberación Nacional. (ELN) y el PRT pero se suspendieron las negociaciones con las FARC. El presidente Andrés Pastrana Arango intentó nuevamente buscar la paz con las FARC pero, después de cuatro años de negociaciones, al final de su mandato tuvo que aceptar el fracaso de su intento. El presidente Álvaro Uribe negoció con los paramilitares el proceso de paz que se materializó con la aprobación de la ley de justicia y paz en 2005. La historia de negociaciones del presidente Manuel Santos con las FARC es conocida por todos.

En mayor o menor medida todos los presidentes han buscado el acercamiento a los rebeldes para sondear la posibilidad de poner fin a la guerra o directamente abrir negociaciones. La violencia y la guerra como hecho estructural instalado en la vida de la nación no se ha podido resolver con una clara y definitiva victoria del Estado de derecho, que ha tenido que hacer sucesivas concesiones para la integración de los diferentes grupos armados. Esta realidad no es necesariamente una derrota del Estado, puede incluso ser una victoria, todo depende del contenido de los acuerdos.

La diferencia sustancial entre la situación de Colombia en 2012, cuando el presidente Santos inicio el proceso de paz, y la que se presentaba en todas las anteriores aproximaciones de los diferentes gobiernos a los movimientos rebeldes era de necesidad política, derivada de la capacidad de actuación de la guerrilla. En 2012 las conversaciones y negociaciones eran solo una opción no una necesidad imperiosa. En 2012 la debilidad de las FARC y los avances continuos del Estado anticipaban que pronto se produciría la definitiva derrota de los subversivos, sin necesidad de cesiones sustanciales. Si una de las formas de clasificar las guerras es agruparlas en guerras de necesidad y guerras de elección, también, aplicando este mismo criterio, podemos decir que hay negociaciones de necesidad y negociaciones de elección, paces de necesidad y paces de elección. Una paz por necesidad puede ser solo una paz negativa, donde no quede más remedio que conformarse con limitaciones, pero una paz de elección ofrece muchas más posibilidades de apostar por un horizonte más esperanzador y libre.

Colombia es una república democrática desde hace tiempo, si se quiere una democracia imperfecta, como todas las demás, sometida a una presión y continua amenazada de grupos insurgentes y bandas criminales durante 50 años, que no han padecido con tanta intensidad el resto de democracias. Pero el tiempo y el acierto acumulado de las acciones de anteriores gobiernos habían tenido buenos resultados que favorecían avances continuados del Estado para progresivamente aislar a los grupos guerrilleros de su base social, facilitando su disolución sin altos costes políticos de por medio. Sin embargo, se impuso la costumbre o si se quiere la cultura política de la negociación con los movimientos alzados en armas contra el Estado.

La Constitución de 1886 vigente más de 100 años fue reformada en aspectos sustanciales en 8 ocasiones y más de 60 veces a lo largo de su historia,

finalmente fue sustituida por la Constitución de 1991 actualmente en vigor. Desde su aprobación la Constitución de 1991, en 26 años, ha sido reformada en 41 ocasiones, modificando 127 artículos. Cuando se producen tantas reformas de la Constitución, que en principio tiene vocación de estabilidad, los hechos no hacen sino confirmar el insuficiente debate y acuerdo de los grupos políticos y de la ciudadanía sobre las bases del proyecto de estado. Decir esto seguro que en el caso de Colombia no es decirlo todo, porque la Constitución fue aprobada en un escenario marcado por la violencia y como un intento de integración de grupos subversivos que decidieron abandonar la lucha armada.

Realmente la Constitución de 1991 fue consecuencia del proceso de paz promovido por el presidente colombiano Virgilio Barco, que culminó con la desmovilización del M19 (Movimiento 19 de abril), del ELP (Ejército Popular de Liberación) y la guerrilla indígena Movimiento Armado Quintín Lame.

«Se repetía una y otra vez en los discursos que esta sería la primera constitución que no estaba escrita solo por los vencedores, que no excluía a los vencidos, que dejaba de ser la una carta de batalla. Esta sería la primera Constitución justa, porque sería la primera que no excluía la posibilidad de un diálogo con el enemigo, ni sus intereses. La primera Constitución que no era partidista, de un solo bando»¹³.

La incorporación a la vida política de los antiguos grupos guerrilleros convertidos en nuevos partidos políticos exigía un cambio constitucional que garantizará la creación y participación de nuevos partidos políticos que pudieran competir en igualdad de condiciones con los dos partidos tradicionales, el liberal y al conservador.

Los grupos guerrilleros habían solicitado, como una de las principales exigencias para su desmovilización, la reforma de la Constitución. El propio presidente y sectores de su partido y del conservador apoyaron junto con el movimiento séptima papeleta la convocatoria de una asamblea constituyente. A pesar de las resistencias políticas que surgieron, finalmente se puso en marcha el proceso constituyente que finalizó con la promulgación de la Constitución el 4 de julio de 1991, siendo presidente de la república el liberal Cesar Gavira.

La Alianza Democrática M19 (AD M-19) obtuvo 19 representantes en la asamblea nacional constituyente solo superado por el Partido Liberal Colombiano que obtuvo 25 representantes de un total de 70. Posteriormente durante la década de los 90 el AD M19 se disolvería, integrándose sus miembros en el Polo Democrático Alternativo y la Alianza Verde, ambos actualmente con representación en las dos cámaras del congreso recogiendo cada uno entorno a un 4 por ciento del voto popular.

¹³ LAMAITRE, Julieta. El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales. Siglo del hombre editores, Universidad de los Andes. Bogotá 2009.

La Constitución de 1991 permitió la desmovilización de algunos de los grupos insurgentes colombianos pero no de todos. Las FARC, el ELN y los paramilitares siguieron combatiendo. En cualquier caso, el cambio constitucional permitió demostrar que era posible la reconversión de grupos armados en partidos políticos con capacidad de participar, influir y orientar la vida política del país sin necesidad de utilizar la violencia. Por otra parte, las guerrillas desmovilizadas fueron poco a poco integrándose en la realidad política y social de Colombia, adoptando perfiles ideológicos nuevos que permitían una progresiva desactivación de la radicalización de sus militantes al incorporarse a coaliciones con potencial integrador.

El proceso constituyente fue al mismo tiempo un esfuerzo de paz y una continuidad de la guerra contra las guerrillas que lo rechazaron. El 9 de diciembre, el mismo día en que los colombianos votaban para constituir la asamblea constituyente, las fuerzas armadas bombardeaban el campamento central de las FARC, conocido como casa verde.

Sin embargo, con el paso del tiempo, los efectos positivos de la Constitución de 1991 y la reducción de la violencia iniciada en el año 2002 sus éxitos se ven oscurecidos por tantos cambios constitucionales. Muchas de estas reformas han sido aprobadas por mayorías parlamentarias, sin que detrás de ellas haya habido un amplio debate nacional y tampoco un suficiente consenso entre las fuerzas políticas. La constitución no solo ofrece garantías jurídicas sino también garantías políticas, por eso su reforma exige reflexión y consenso político y social, además de solvencia técnica. En Colombia no siempre se ha contado con el suficiente respaldo político y social para estos cambios. El resultado ha afectado a la propia coherencia de la ley suprema y ha establecido prácticas y hábitos políticos discutibles, que han vinculado la propia reforma con intereses electorales o de partido. La reforma constitucional se ha convertido en distintas ocasiones en un mecanismo de dominio de una parte sobre el resto, volviendo a la práctica política de la exclusión tan arraigada en la cultura política colombiana.

La reforma constitucional es uno de los puntos cruciales del derecho constitucional y de su aplicación acertada depende la capacidad de adaptación y permanencia del orden político. El estudio de las reformas y el elevado número de ellas no es buen dato y ha sostenido la vieja cultura política de la inestabilidad, incapaz de generar confianza, que poner en cuestión la lealtad constitucional de algunos dirigentes de los principales partidos políticos.

«Una buena parte de la llamada clase política no se siente comprometida con la Constitución vigente y se ha valido de mayorías parlamentarias para hacer reformas sin amplio debate nacional, ni mucho menos buscando consensos pluralistas, como sí ocurrió con las normas aprobadas por la Asamblea Nacional Constituyente de 1991.

Es innegable el daño que le han causado a la credibilidad de la ciudadanía en el Congreso algunas reformas a la Carta, que no prosperaron gra-

cias a la acción de la ciudadanía y a las acertadas decisiones de la Corte Constitucional»¹⁴.

Es necesario recordar que el principio de rigidez constitucional se ha convertido en un principio propio de las constituciones democráticas. Está fundamentado en la distinción entre poder constituyente y poder constituido y también en el principio de supremacía constitucional, que diferencia el carácter de la ley fundamental del resto de las leyes. La Constitución es por lo tanto una norma suprallegal, de la que se deriva la legalidad de las leyes. Las distintas fórmulas establecidas para aprobar reformas constitucionales desarrollan los principios de rigidez constitucional y supremacía de la constitución pero en ningún caso pueden dejarlos en suspenso sin afectar a la continuidad del orden jurídico y poner en peligro el orden político democrático.

Los aspectos de la estabilidad y la continuidad son importantes pero más relevante aun para justificar la rigidez constitucional es la defensa de los principios fundamentales del sistema democrático, que garantizan los derechos políticos y sociales de los ciudadanos y la protección de las minorías frente al gobierno de la mayoría. En una democracia el derecho de la mayoría a gobernar no otorga legitimidad para restringir los derechos de las minorías ni de los ciudadanos. Al margen de posibles cláusulas de intangibilidad que impiden cambios constitucionales sobre determinados aspectos, existen límites materiales implícitos a la reforma de la constitución que responden al axioma de que la democracia no puede destruirse a sí misma.

«El núcleo de la Constitución democrática (soberanía nacional, derechos fundamentales, división de poderes) alberga unos principios que no pueden destruirse a través de la revisión constitucional, pues, si así se hiciera, se hubiera producido, no un cambio, sino una ruptura de la misma constitución, esto es, la constitución habría desaparecido»¹⁵.

La aprobación del acuerdo final de paz con las FARC supone su incorporación al bloque constitucional para de esta manera restringir la posibilidad de que en el futuro otro ejecutivo pueda alterar puntos sustanciales de lo acordado. El acto legislativo 1 de 2016 de la presidencia de la república aprobado el 17 de julio pone en marcha una reforma de la constitución. El objetivo de la reforma es establecer los instrumentos jurídicos especiales que faciliten y aseguren la implementación y el desarrollo normativo del acuerdo final para la paz. La Constitución permite al presidente iniciar a través de un acto legislativo la reforma de la Constitución que debe ser aprobada por el congreso pero en ningún caso la sustitución de la Constitución.

¹⁴ <http://www.elespectador.com/noticias/politica/41-reformas-constitucion-articulo-640997>

¹⁵ ARAGÓN REYES, Manuel ¿Cambiar la constitución para adaptarla o para transformarla? Requisitos y límites de la reforma constitucional. <http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/viewFile/16069/13893>

Las reformas legales, aprobadas con mecanismos tan heterodoxos como los establecidos en el acto legislativo 1 de 2016, han tenido como resultado no solo cambios constitucionales sino la incorporación al bloque constitucional de leyes que ponen en funcionamiento mecanismos que permiten cuestionar la propia continuidad de la Constitución de 1991. Esta cuestión tiene una relevancia vital tanto política como jurídica.

Las críticas a los mecanismos legales utilizados por el gobierno para incorporar los acuerdos de paz al bloque constitucional han sido durísimas. La validez de los mecanismos de reforma constitucional deberían ser analizados porque la legitimidad política y jurídica de la implementación de los acuerdos finales está en entredicho y en cualquier caso son un foco de polarización y división de la sociedad, que vuelve a sospechar que una parte de sus elites intentan imponer un nuevo orden constitucional dejando al margen a los numerosos disidentes.

Valga como ejemplo las declaraciones realizadas por Jaime Castro Castro, miembro del partido liberal, exministro de Justicia, alcalde de Bogotá y considerado uno de los protagonistas de la descentralización del país, que afirma:

«El profundo cambio que hizo el acto legislativo 1 del 2016 sustituye la Constitución, pues desconoce principios básicos del ordenamiento institucional como la supremacía constitucional y la separación de poderes. Por reformas de menor entidad, la Corte ha tumbado varios actos legislativos.

Si las heterodoxas figuras del «fast track» y la ley habilitante fuesen declaradas válidas, solo regirían a partir de la refrendación popular del Acuerdo Final que suscribieron el Gobierno y las FARC. Así lo ordena el acto legislativo que las creó y que, sin dicha refrendación, no empezará a regir, ni podrán aplicarse sus disposiciones»¹⁶.

El Gobierno intentó dar respuesta a las dudas de senadores, de representantes y de los ciudadanos sobre la validez constitucional de los instrumentos jurídicos especiales propuesto en el acto legislativo 1 de 2016. Tanto el procedimiento legislativo para la paz conocido popularmente como «fast track» como las facultades presidenciales para la paz o ley habilitante son sin duda mecanismos poco convencionales y de dudosa aplicación en un sistema democrático asentado en los principios de separación de poderes y supremacía constitucional. No obstante, el gobierno sostenía ante las cámaras, que la aprobación final de tan heterodoxas figuras estaría en manos de la ciudadanía, y que su vigencia quedaba condicionada a la refrendación que de ellas se hiciera por votación popular. Esto debería haber sido efectivamente así porque el artículo 5, el último del acto legislativo 1 de 2016, establecía que: «El presente acto legislativo rige a partir de la refrendación popular del

¹⁶ <http://www.eltiempo.com/opinion/columnistas/jaime-castro/requiem-por-la-constitucion-del-91-jaime-castro-columnista-el-tiempo-54244>

Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera»¹⁷.

El día 2 de octubre de 2016 se celebró la refrendación popular mediante plebiscito o referéndum. El resultado de la consulta fue negativo. Esto suponía no solo el rechazo a los acuerdos de paz sino a su puesta en marcha a través del acto legislativo 1 de 2016. A pesar de los resultados de la consulta popular el proceso siguió adelante. El congreso introdujo algunas modificaciones a los acuerdos de paz y los aprobó directamente sin recurrir a una nueva consulta popular.

El expresidente Álvaro Uribe Vélez después del resultado negativo del referéndum declaró que:

«El Gobierno ya no apela a la refrendación popular para sacar adelante el acuerdo con las FARC sino a una proposición del Congreso. Eso es una falta de respeto al pueblo y a la Ley. Están buscando un camino para que todo sea por facultades extraordinarias del presidente de la república y por una reforma constitucional exprés. Todo esto es grave...

Están tratando de hacerlo violando la Constitución. Están tratando de hacerlo a través de la reforma de la Constitución por un procedimiento excepcionalmente abreviado y mediante la incorporación a la ley por decreto de los temas que tendrían que ser desarrollados de otra manera. Para hacer eso habrían necesitado haber ganado el plebiscito. Ahora pretenden, habiendo perdido el plebiscito, llevar esto a cabo»¹⁸.

Juan Manuel López Caballero destacado analista político y económico, hijo de presidente de la república Alfonso López Michelsen del partido liberal y nieto, del dos veces presidente, Alfonso López Pumarejo, columnista del periódico El Heraldo, de las revistas Dinero, Ciencia Política, Revista de la Controlaría y de la Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, en un artículo titulado el coste del acuerdo de paz finaliza diciendo:

«También tiene un costo económico difícil de cuantificar la destrucción de la institucionalidad que ha acompañado el proceso. Se ha sacrificado todo respeto por el orden establecido acudiendo a toda clase de improvisaciones. El manejo del plebiscito, la invención del fast track, el equiparar el Congreso al «Consituyente Primario», etc., lo único que configuran es una incertidumbre respecto a la validez de las reglas del juego, representando uno de los mayores costos por cuenta del cuestionable manejo del proceso. Y esto no es ajeno al desplome de la inversión extranjera y al escepticismo de los inversionistas que se refleja en el lamentable crecimiento de la economía.

¹⁷ <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/ACTO%20LEGISLATIVO%2001%20DEL%207%20DE%20JULIO%20DE%202016.pdf>

¹⁸ <http://www.alvarouribevelez.com.co/es/content/alvaro-uribe-la-paz-con-las-farc-no-puede-poner-en-riesgo-la-democracia>

Pero el costo más grande ha sido el social, en la medida en que se relegó al olvido la función del Estado como responsable de la armonía ciudadana. Por supuesto se agrava con la polarización política que paraliza cualquier posibilidad de unir las fuerzas para propósitos comunes»¹⁹.

Pero lo cierto es que a finales de junio de 2017 el nivel de aprobación del presidente es del 12 por ciento, el más bajo de la historia de Colombia y que el rechazo a los acuerdos de paz es del 73 por ciento²⁰.

Las FARC-EP son enemigas de la democracia

El estatuto de las FARC-EP, al que se puede tener acceso en su página web, señala en su artículo primero que las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, Ejército del Pueblo, como expresión más elevada de la lucha revolucionaria por la liberación nacional, son un movimiento político-militar que desarrolla su acción ideológica, política, organizativa, propagandística y armada de guerrillas, conforme a la táctica de combinación de todas las formas de lucha de masas por el poder para el pueblo. Seguidamente, en su artículo segundo, continúa diciendo que son ante todo una organización revolucionaria, que aplica a la realidad colombiana los principios fundamentales del marxismo-leninismo.

Las FARC han sido por su propia voluntad un grupo insurgente alzado en armas contra el Estado que ha intentado instaurar por medio de una revolución un régimen totalitario. En estos momentos, ellos han elegido los tiempos y en su momento no quisieron sumarse a la iniciativa constituyente del año 1991, han decidido disolverse como organización armada para transformarse en un partido político negociando con el Estado.

Cualquier Estado que tenga que afrontar el desafío de un movimiento insurgente está obligado a combatirlo para defender el régimen político. Una democracia también pero con más legitimidad porque su ordenamiento jurídico garantiza el pluralismo político y la participación de todos. Frente al desafío de grupos guerrilleros que pretenden impedir el ejercicio de los derechos políticos y sociales de los colombianos, destruir la libertad de mercado y la oportunidad de desarrollo de una sociedad civil, con la intención de imponer una dictadura comunista a través de la lucha armada, a un Estado democrático no le queda otra opción que defenderse y resistir. Combatir a la insurgencia comunista y proteger a la población de sus crueles crímenes es un deber ineludible por muy desagradable y costoso que pueda ser.

¹⁹ <http://www.dinero.com/edicion-impresas/opinion/articulo/los-costos-de-la-negociacion-del-acuerdo-de-paz-juan-lopez/246262>

²⁰ <http://www.noticiasrcn.com/videos/aprobacion-del-presidente-santos-cayo-al-12-segun-encuesta-yanhaas>

Alexandr Solzhenitsyn premio Nobel de Literatura, y un destacado referente ético del siglo xx tanto por su vida como por sus escritos, escribía en su ensayo «el error de Occidente» que «El comunismo es globalmente hostil a todo lo que es humano, que es un cáncer incurable, que no existen variantes mejoradas, que no puede dulcificarse. El comunismo solo puede subsistir ideológicamente gracias al terror y la mentira. Por lo tanto, sobre este planeta, toda coexistencia con él queda excluida, o bien matará a la humanidad royéndola como un cáncer, o bien la humanidad deberá desembarazarse de él y librarse, mediante un largo tratamiento de la metástasis». Solzhenitsyn anunciaba de forma profética, en los primeros años 80, que siendo ya una ideología inoperativa incapaz de galvanizar a las masas era todavía muy peligrosa por su capacidad de evolucionar y cabalgar de nuevo sobre la montura del nacionalismo y del populismo. Cuba y Venezuela son modelos que responden al pronóstico de Solzhenitsyn y el partido que surja de la disolución de las FARC seguirá el mismo camino. El reloj del comunismo ha dejado de funcionar pero debemos tratar de salvarnos de ser aplastados por sus escombros.

La lucha es un desafío del que no siempre se puede escapar. La paz no es solo un don que se recibe, parece ser también una dura tarea, porque la libertad es siempre nueva. «Mientras un pueblo quiera ser libre y existir en sentido político, debe ser capaz de distinguir quien es su enemigo. En esto consiste la esencia de su existencia política. Si no tiene ya capacidad o voluntad para llegar a tal distinción, entonces cesa de existir políticamente»²¹.

Si algunos pueden identificar a Carl Schmitt en el extremo del espectro político, desde el otro lado del espectro Michel Foucault sostiene que la política es la continuación de la guerra por otros medios, invirtiendo la conocida idea de Clausewitz.

Foucault sostiene que el poder solo existe en acto por ello es consecuencia de una relación de fuerzas en sí mismo, siendo su elemento esencial su capacidad de reprimir y por lo tanto la guerra su máxima expresión. Resulta sorprendente que se rechace el poder como un convenio o contrato de los miembros de una sociedad o un subproducto de la cultura o de las relaciones económicas, tan en sintonía con las propuestas de la izquierda. Foucault vuelve a considerar que las relaciones de poder tienen un punto de anclaje en cierta relación de fuerza establecida en un momento determinado. Esta reflexión supone aceptar que el poder es un orden de paz sostenido por la política pero que nace de un ejercicio de fuerza.

La hipótesis de Schmitt y Foucault es coincidente. El papel del poder político no es otro que el sostenimiento de una relación de fuerza de la que se deriva un orden de paz, que necesariamente hay que perpetuar como exigencia de la propia convicción por medio de una guerra silenciosa, donde el poder ejerce el monopolio de la fuerza en términos de legitimidad institucional, cultural, de costumbre, de discurso.

²¹ SCHMITT, Carl (1984). El concepto de lo político. Buenos Aires. Folios ediciones.

Dentro de esta paz civil, las luchas políticas, son los enfrentamientos con el poder por el poder, buscando una alteración de los equilibrios en las relaciones de influencia y de fuerza. Esta situación debería interpretarse por lo tanto como las secuelas de la guerra en la paz cuando desde la paz se busca cambiar los propios fundamentos de la paz²². Es preciso descifrar la guerra bajo la paz, ya que aquella es la cifra de esta²³.

Sea la guerra una lucha por imponer un forma de entender la paz o sea la paz una guerra por sustituir un orden de paz por otro, la guerra es un acto premeditado, un acto premeditado para el que ataca y también para quien se defiende, un acto premeditado para las dos partes. Si uno decide conformarse o el otro decide someterse no habrá choque de voluntades. Podemos evitar la guerra, aunque no todos sus efectos, si alguno acepta no ofender o si otro alguno acepta no resistir. La guerra es una decisión premeditada de al menos dos partes. Premeditado no quiere decir siempre grato, ni agradable, ni siquiera del todo racional.

«Por rudimentarios o vergonzosos que puedan ser los motivos de la guerra, su iniciación es casi, por definición, un acto deliberado y cuidadosamente pensado y su conducción, al menos en los más avanzados grados de desarrollo social, cuestión de un control central muy riguroso. Si hay en la historia una guerra accidental, que se me demuestre»²⁴.

No se llega a la guerra sin haber dicho antes que sí. No es una situación espontánea. Aceptada esta premisa, tendremos que reconocer que como opción elegida por los contendientes la guerra tiene sentido para ellos. La guerra tiene sentido político tanto para el que ataca como para el que defiende, es «un instrumento que una voluntad humana puede poner al servicio de sus fines después de una deliberación»²⁵.

También para el que se defiende, especialmente para el que se defiende, la guerra tiene sentido. «El concepto guerra no se origina en el ataque, ya que el objeto último del ataque no es la lucha, sino más bien la posesión. La idea de guerra surge de la defensa, que tiene en la lucha su objeto inmediato, puesto que luchar y rechazar equivalen obviamente a lo mismo»²⁶.

Aceptando la guerra como un mal, y lo es, puede ser un mal inevitable. Michael IGNATIEFF nos recordaba en su libro el mal menor que «la democracia está diseñada para hacer frente a una elección trágica». El desafío no es otro que la defensa de una república democrática, frente al intento de asalto al

²² Foucault, M. Defender la sociedad, Curso en el Collège de France (1975-1976). Ed: Fondo de cultura económica. <http://psilosofia.com/inversion-clausewitz-foucault/#more-548>

²³ <http://www.revistadefilosofia.org/50-18.pdf>

²⁴ HOWARD, Michael. (1987). Las causas de la guerra y otros ensayos. Madrid: Colección Ediciones Ejército.

²⁵ ARON, Raimond. (1996). Pensar la Guerra, Clausewitz, T. II. Madrid: Ministerio de Defensa.

²⁶ CLAUSEWITZ, Carl von. (1999). De la guerra. Madrid: Ministerio de Defensa.

poder de un movimiento totalitario bien con una estrategia de lucha armada o bien con una estrategia política subversiva, sin perder el alma por el camino. Las FARC han perdido la guerra pero quizá muchos de los que apoyan el proceso de paz y el acuerdo final se olvidan de la necesidad de que su gobierno demuestre al mundo y sobre todo a los colombianos que el agresor eran las FARC y que su propuesta es antagónica con la libertad de un orden justo y democrático. Desde el final de la primera guerra mundial la principal tarea política de un gobierno es demostrar al mundo que el agresor es el enemigo y que el motivo de su agresión es su impulso de dominación sobre la libertad de los agredidos.

Edward Luttwak en su famoso libro *Parabellum: la estrategia de la paz y de la guerra* afirma acertadamente que la lógica de la guerra es paradójica. Esta consideración nos obliga a desconfiar de las apariencias, la debilidad puede transformarse en fuerza porque el oponente es inteligente y activo. Precisamente, lo que tratará de provocar el enemigo es el error en nuestro juicio, ocultando su intención y forzándonos a descubrir nuestros planes. El enemigo no es torpe, mucho menos si lo parece. De esta manera, el juego de engaños entre las partes se convierte en un confuso movimiento continuo de imágenes distorsionadas en espejos que se reflejan uno a otro, hasta que alguno se rompe. Lo que parece ser solamente es en tanto que parece y deja de ser inmediatamente en cuanto se descubre, por eso la niebla de la guerra siempre se levanta demasiado tarde. Nadie debería olvidar la naturaleza política de las FARC o del partido político que herede su legado.

En la décima Conferencia Nacional Guerrillera, celebrada en septiembre de 2016, las FARC dejan claro muchos puntos que desgraciadamente algunos no quieren considerar. En la tesis 7 se dice: «El Acuerdo Final implica el reconocimiento de las partes comprometidas directamente en la contienda militar, ninguna de ellas logró vencer a su adversario o enemigo declarado. En ese sentido, es el reconocimiento de la continuidad de lucha a través de medios exclusivamente políticos. No asistimos al fin del conflicto que es inherente al orden social capitalista, sino a la continuidad de la lucha social y de clases con el tránsito a una organización política legal que proseguirán su combate».

Efectivo es el reconocimiento de las partes. El Estado ha reconocido a las FARC como un igual con el que pone en marcha un proceso de paz para terminar en un acuerdo final que es necesario incorporar al ordenamiento jurídico de la república. El desafío de la narco guerrilla no ha terminado todavía con la victoria política del Estado democrático sino con una negociación y acuerdo entre iguales. La situación creada no permite al Estado apuntarse en su haber una reafirmación del principio de legalidad y de los valores que la sustenta. No sería desacertado del todo señalar que el resultado es un pacto con los alzados en armas para «refundar la Patria».

Desde luego las FARC lo entienden así. Prueba evidente de ello es la tesis número 20 de la Conferencia Nacional Guerrillera que señala que «el Acuerdo

Final pondrá en marcha un proceso de constitucional, que se acompañará de los desarrollos legales requeridos para su implementación».

Y sigue diciendo, puede afirmarse que «la Mesa de La Habana ha desempeñado una función constituyente y ha transformado para bien del pueblo colombiano el orden constitucional vigente, poniendo de paso en evidencia los límites de dicho orden para perfeccionar el acuerdo de solución política. Dicha situación constitucional nueva, no niega nuestros propósitos de persistir en impulsar un proceso constituyente abierto, una de cuyas estaciones necesarias tendrá que ser una Asamblea Nacional Constituyente, no solo para abordar las salvedades a los acuerdos logrados, sino para acompasar el marco jurídico institucional a la construcción de una paz estable y duradera y generar las debidas respuestas constitucionales a otros problemas estructurales sensibles de la formación económica y social. Sin que se haya convenido explícitamente en el Acuerdo Final la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, sí ha quedado el compromiso de promover un gran acuerdo político nacional que por su contenido debe interpretarse como un paso en esa dirección. Para que se consolide la perspectiva de un proceso constituyente, será necesario que desate un amplio movimiento político y social que trace ese propósito».

La intención no puede expresarse con más claridad. El objetivo político es continuar la guerra por otros medios. Las FARC dan el salto a la política para cambiar la constitución y no aceptarán otro orden que no sea un avance en sus objetivos o sencillamente su plena imposición de acuerdo a su ideología con más o menos aderezos terminológicos sin fundamento práctico. Lo que puede estar por venir es una repetición del proceso venezolano que ha terminado con la democracia y la esperanza en el país hermano.

Para las FARC, y esto hay que entenderlo desde su óptica, el proceso de paz, en términos de igualdad con el Estado, es una victoria para su lógica revolucionaria y al mismo tiempo una derrota para la lógica del Estado democrático de derecho. La negociación es una victoria para la lógica de la revolución, no solo por lo que supone de conquista ilegítima desde el punto de vista democrático sino, sobre todo, por lo que supone de reconocimiento y de validación. El Estado cede porque es débil o bien porque no tiene más remedio que reconocer sus incoherencias, lo que supone aceptar de alguna manera la justicia de la causa de la violencia.

Si los violentos no son derrotados el soporte ético de la vida social queda puesto en cuestión, sea por debilidad o por inconsistencia. Al pactar con los violentos quizá, desde luego no es probable, podremos celebrar en su momento los setenta años de paz, entendiendo la paz exclusivamente como ausencia de violencia y no como un orden de libertad, de justicia y de convivencia. Desgraciadamente este tipo de paz nos impediría sentirnos orgullosos de haber vivido setenta años de libertad. Algunas propuestas de paz pueden terminar siendo insoportables.

Las FARC en su tesis número 25 señala que «el abandono de las armas no conduce a nuestra desmovilización; se trata de más bien de un acontecimiento que nos encauza hacia un nuevo tipo de movilización política, entendidos como expresión de nuestra decisión de persistir en la lucha a través de la organización de un nuevo partido o movimiento político. Nos seguiremos orientando por un ideario inspirado en el marxismo, el leninismo, el pensamiento bolivariano y, en general, en las fuentes del pensamiento crítico y revolucionario de los pueblos».

Estas palabras anuncian algo conocido en Europa y que se denomina estrategia desarmada, practicada inicialmente por el IRA y posteriormente copiada por ETA. Es aparentemente un cambio en los modos y medios pero no en los fines. En cualquier caso tanto los herederos políticos de ETA como del IRA han utilizado el recuerdo del miedo generado por la violencia política para intentar y con frecuencia conseguir remodelar el panorama político según sus preferencias.

La violencia en Colombia puede aparecer de nuevo no como una lucha directa contra el Estado para tomar el poder o ejercerlo en algunas partes del territorio sino a través de actos aislados, terroristas, subversivos o simplemente criminales, que sin desafiar la continuidad del Estado si afectan a las decisiones políticas y a la vida de la comunidad nacional. Las acciones violentas de baja intensidad o directamente terroristas o criminales, no necesariamente atribuibles al nuevo partido heredero de las FARC, presionarán a los decisores, que se encuentran atrapados por el imperativo de la paz a toda costa. De esta manera, el atentado terrorista o la violencia callejera o la violencia de bandas criminales serán presentados como un fracaso político del Estado democrático, por su incapacidad para integrar a una parte de la sociedad que justifica y utiliza la violencia sin ser responsable de sus crímenes. Este escenario no es imposible en un país donde al año siguen muriendo más de 12.000 personas por actos violentos.

Una estrategia desarmada que permita que la violencia ilegítima de bandas criminales, terroristas o guerrilleras permanezca latente en la sociedad, condicionando el ejercicio de los derechos individuales y las libertades públicas de los ciudadanos y dirigiendo la construcción de la memoria, es una estratagema que puede pervertir cualquier proceso de paz.

Estando las elecciones de 2018 a la vuelta de la esquina los diferentes candidatos de los partidos han empezado a competir por ser elegidos para liderar la candidatura a la presidencia. El partido que surgirá de las FARC es un nuevo actor que irrumpe en estas elecciones. El nuevo partido de los antiguos guerrilleros ha decidido no presentar un candidato propio a la presidencia. Sin embargo, ha propuesto constituir una gran coalición para favorecer la constitución de un gobierno de transición comprometido con el desarrollo del acuerdo final de paz. La propuesta del nuevo partido heredero de las FARC obligará a la izquierda a posicionarse y provocará tensiones especial-

mente en el Polo Democrático Alternativo. El Polo es actualmente un partido que agrupa a distintas tendencias. El Polo no es un bloque o frente de partidos, por esa razón la tensión de colaborar o no con las antiguas FARC puede generar su división.

Para el politólogo Ángel Tuirán «la participación de las FARC en el próximo debate producirá una demarcación clara entre la izquierda democrática tradicional y una más extrema sobre la cual se sustentará el proyecto político guerrillero. En el interior del Polo el debate es fuerte porque hay sectores que no quieren cargar con el peso de una izquierda que se alzó en armas».

La mayoría de los miembros del Polo que se han postulado como posibles candidatos a la presidencia, en las elecciones del 2018, rechazan colaborar con los antiguos guerrilleros. Es más fácil que la mayoría del partido busque una aproximación con la Alianza Verde, situada en el centro pero muy crítica con la corrupción política, que un acuerdo con la izquierda radical de Marcha Patriótica, Unión Patriótica y el partido heredero de las FARC. El discurso contra la corrupción es un puente para unir candidaturas mucho más interesante electoralmente que la colaboración con los antiguos guerrilleros.

Parece claro que el Polo no quiere colaborar con las FARC. La única precandidatura claramente identificada con la propuesta política de las FARC es la de Piedad Córdoba, exsenadora liberal y líder de Marcha Patriótica. En caso de imponerse esta candidatura, opción altamente improbable, participarían juntos el Polo, las FARC y la Unión Patriótica. La colaboración entre el Polo y la UP no es nueva. En las elecciones de 2014 el Polo y la UP acordaron presentar una candidatura conjunta a la presidencia, en la que la vicepresidencia le correspondería a Aída Avella de la UP. No obstante este desplazamiento del Polo a la izquierda radical con las FARC por medio es prácticamente imposible, por lo que supondría de descrédito al partido que dejaría de ser una opción con posibilidades de gobierno. Los colombianos no quieren repetir la experiencia venezolana.

Esta evaluación debería pesar tanto en la izquierda colombiana como para decantarla mayoritariamente por buscar alianzas electorales con la Alianza Verde, situada en el centro político, y huir de su vinculación con el partido fundado por las FARC, que seguirá siendo un muerto viviente.

El cuestionamiento de los acuerdos de paz

El acto legislativo 1 de 2016 fue recurrido ante la corte constitucional por la posible inconstitucionalidad de sus artículos primero y segundo, relacionados con el «Fast Track» y la ley habilitante que concede al presidente poderes extraordinarios para aprobar decretos leyes.

La sentencia de la corte constitucional C-699/16, de 13 de diciembre de 2016, interpreta el significado de refrendo popular que al parecer no está

suficientemente claro. La corte no deja cerrado lo que debe o no entenderse por refrendo popular, dejando al congreso la potestad de interpretar si en esta ocasión se ha cumplido con esa exigencia establecida en el artículo 5.º del acto legislativo 1 de 2016. El congreso después de esta sentencia se sintió autorizado a aprobar directamente los acuerdos de paz una vez discutidos y modificados por el mismo congreso, sin necesidad de volver a convocar una consulta directa a la ciudadanía.²⁷ Todo esto después de que los promotores del referéndum afirmarán que sería la voluntad popular la que permitiría legitimar los cambios constitucionales. Por supuesto la sentencia de la corte ha sido objeto de fuertes polémicas. El expresidente Andrés Pastrana presentó un recurso de inconstitucionalidad inmediatamente después de la sentencia apoyándose en que la corte se había pronunciado sobre un artículo, el número 5, que no había sido cuestionado por el recurso inicial que solo hacía referencia a los artículos 1 y 2 del acto legislativo 1 de 2016. No obstante, la corte constitucional por su propia iniciativa decidió pronunciarse sobre este punto para habilitar al congreso seguir con el proceso según su propio criterio. De esta manera, la Sentencia C-699/16 es el acto constitucional que permite al congreso atribuirse la competencia de ejercer el refrendo popular por ser las cámaras órganos elegidos por la soberanía popular. No me cabe duda que esta singular interpretación de lo que puede ser un refrendo popular sería muy discutida por los expertos en derecho constitucional en el resto del mundo²⁸.

²⁷ Sentencia C-699/16, «Los límites del concepto de refrendación popular, vienen determinados por sus márgenes semánticos, su contexto de expedición, los principios constitucionales que aspiran a realizar, sus relaciones con otras previsiones normativas, y las aproximaciones conceptuales relevantes en la jurisprudencia nacional, la teoría constitucional y jurídica en general. A falta de definición expresa en el ordenamiento, debido a que no se identifica estrictamente con un mecanismo de participación ciudadana en específico, y a causa de que está prevista como una condición para la entrada en vigencia de un esquema institucional para facilitar la transición hacia la paz, un análisis jurídico integral de la expresión «refrendación popular» ofrece el siguiente marco conceptual. En ese contexto preciso, la refrendación popular designa un (i) proceso, (ii) en el cual haya participación ciudadana directa, (iii) cuyos resultados deben ser respetados, interpretados y desarrollados de buena fe, en un escenario de búsqueda de mayores consensos, (iv) proceso que puede concluir en virtud de una expresión libre y deliberativa de una autoridad revestida de legitimidad democrática, (v) sin perjuicio de eventuales espacios posibles de participación ciudadana para la revisión específica de aspectos concretos ulteriores. Mientras los órganos políticos encargados de aplicar las previsiones del Acto Legislativo 1 de 2016 se mantengan dentro de esos límites, pueden definir si se ha cumplido la refrendación popular, que es condición para su entrada en vigencia».

²⁸ Sentencia C-699/16, «El proceso de refrendación por consulta popular previa adquiere importancia fundamental cuando la intervención ciudadana versa sobre la forma de cumplir un mandato constitucional, pero no hace desaparecer ni suspende la obligación de observar ese mandato. Por ejemplo, en contextos como el que provoca la expedición del Acto Legislativo 1 de 2016, un pronunciamiento popular mediante plebiscito, en la medida en que no reforma la Constitución, deja intacto el deber del Presidente de la República de garantizar el orden público, proveer a la defensa y la seguridad nacional, y celebrar acuer-

La Sentencia C-332/17, de 17 de mayo de 2017, de la corte constitucional declaró la inconstitucionalidad de los apartados h y j del artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2016, por presunta sustitución de la constitución²⁹.

La corte constitucional de esta manera impide que todas las modificaciones relativas a proyectos de ley o actos legislativos tengan que respetar lo pactado en el Acuerdo final y que además las modificaciones tuviesen que recibir el aval del Gobierno Nacional para poder tramitarse. El apartado h declarado inconstitucional blindaba los acuerdos de paz y su desarrollo normativo de posibles modificaciones futuras, convirtiendo ambos en cláusulas de intangibilidad. Por otra parte el ejecutivo se estaría entrometiendo en funciones legislativas al ser necesario su aval previo para el trámite de los proyectos de ley relacionados con la modificación de lo establecido en los acuerdos de paz. Para el máximo tribunal, esta función en la cual el Gobierno tuviera la potestad de dar avales como resultado se tendría una sustitución de poderes yendo en contra vía de la Constitución Política³⁰.

Además el apartado J del Acto Legislativo, ahora declarado inconstitucional, disponía que en la comisión y las plenarias se decidiría sobre la totalidad de cada proyecto, con las respectivas modificaciones del gobierno, en una sola votación. Evitando la posibilidad de discutir artículo por artículo.

La sentencia se resolvió en la corte constitucional con cinco magistrados votando a favor de la inconstitucionalidad frente a tres que la consideraban acorde con la Constitución. El recién elegido magistrado de la Corte Constitucional, Carlos Bernal Pulido, fue decisivo para que el alto tribunal restringiera el procedimiento «Fast Track». En junio en menos de una semana, la Corte Constitucional ha recibido tres solicitudes de nulidad a la Sentencia C- 332 de 2017. Una de ellas presentada por el Gobierno y otra por la Comisión Colombiana de Juristas.

dos de paz (CP arts 22 y 189 núms 3, 4 y ss). Por lo mismo, si se somete a un plebiscito una determinada concreción de la política de paz, expresada en un acuerdo con grupos armados, y el pueblo la vota negativamente, el deber del presidente de la República es respetar esa decisión y abstenerse de implementarla tal cual está. En la sentencia C-379 de 2016, dijo la Corte por ese motivo que «la consecuencia correlativa de la votación desfavorable o de la falta de votos suficientes para la [ratificación del acuerdo], es la imposibilidad jurídica para el Presidente de adelantar la implementación de ese Acuerdo en específico». Pero ese pronunciamiento no neutraliza su obligación constitucional de lograr la paz (art 22), y por tanto debe perseguir otras formas de concretar este imperativo».

²⁹ Apartado h. Los proyectos de ley y de acto legislativo solo podrán tener modificaciones siempre que se ajusten al contenido del Acuerdo Final y que cuenten con el aval previo del Gobierno nacional.

Apartado j. En la comisión y en las plenarias se decidirá sobre la totalidad de cada proyecto, con las modificaciones avaladas por el Gobierno nacional, en una sola votación;

³⁰ <https://es.panampost.com/felipe-fernandez/2017/05/18/corte-constitucional-congela-acuerdo/>

La sentencia es polémica por varias razones. La más importante es que pone el proceso de paz en la situación más difícil que este ha vivido desde su inicio en 2012. La inconstitucionalidad de los apartados h y j permite una modificación en el futuro del andamiaje normativo que desarrolla los acuerdos finales de paz. Como consecuencia a la sentencia las FARC inmediatamente emitieron un comunicado expresando su desacuerdo con la corte constitucional, que terminaba señalando que:

«Seis años nos ha llevado transitar el complejo camino de la negociación, de la firma del Acuerdo y ahora de su implementación temprana. Semejante esfuerzo colectivo no puede descarrilarse por decisiones judiciales. Este proceso de paz necesita más hechos y menos leyes»³¹.

Inmediatamente después de la sentencia de la corte constitucional Rodrigo Londoño Echeverri, alias Timochenko, máximo jefe de las FARC, anunció que en las 19 zonas veredales y seis puntos transitorios se discutirá la respuesta de la guerrilla tras la decisión que tomó el máximo tribunal, constituyéndose una asamblea permanente.

También generó polémica la aplicación de la decisión del carácter inconstitucional a partir de la aprobación de la sentencia en mayo de 2017. Esta aplicación a futuro supone la aceptación de la aplicación de principios inconstitucionales con anterioridad a la sentencia que han permitido la aprobación de leyes para la implantación de los acuerdos finales.

La tensión política ha seguido creciendo después. A principio de junio el Senado tenía que elegir un nuevo representante de la Corte Constitucional. Después del fracaso para el presidente Santos y la implementación de los acuerdos de paz provocada por la sentencia de la corte constituyente eliminando dos puntos del primer artículo del acto legislativo 1 de 2016, la elección de un nuevo magistrado afín al proceso era necesaria para continuar con el proceso. El propio presidente intervino solicitando a los senadores de su partido el voto favorable a la candidata Diana Fajardo³². El senador Armando Benedetti desató una tormenta política por sus declaraciones, en las que insinuaba la necesidad de elegir, entre la terna presentada, como magistrada a Diana Fajardo para que las FARC no se desmarquen de los acuerdos de paz y mantengan su confianza en la capacidad política del Estado de cumplir los compromisos firmados³³.

³¹ <http://www.farc-ep.co/comunicado/declaracion-de-las-farc-ep-a-raiz-del-pronunciamiento-de-la-corte-constitucional.html>

³² <http://www.semana.com/nacion/articulo/diana-fajardo-nueva-magistrada-de-la-corte-constitucional/527070>

³³ Declaraciones del senador Benedetti días antes de la elección del nuevo magistrado de la corte constitucional «Si no se elige a la doctora Diana Fajardo, las Farc se van a tener que parar de la mesa porque el Estado les incumplió. Entonces es preponderante, muy pero muy importante que elijamos a Diana Fajardo, que tiene filosofía liberal, quien ha trabajado

El presidente del Congreso, Mauricio Lizcano, cuestionó la posición del senador Benedetti y afirmó que se «debe respetar la institucionalidad y a los candidatos de la Corte Constitucional; el Senado tiene libertad de elegir y no actuará bajo presión de las FARC... como presidente del Congreso, tengo que decirle a los colombianos que la votación por los magistrados es libre y espontánea, independientemente del proceso de paz; cada quien puede votar como considere necesario...hay mucha indignación en la plenaria, pero es un voto secreto, donde cada senador tomará su decisión dependiendo de las propuestas de los magistrados. Yo simplemente hablo en defensa de la institución».

Pocos días antes de la votación en el Senado, antes de la intervención del presidente Santos y del senador por el partido liberal Benedetti, todo anticipaba que sería elegido el candidato de la terna profesor de derecho constitucional Álvaro Mota, que contaba con los votos del Partido Conservador, del Centro Democrático y con mayorías dentro de Cambio Radical y el Partido de la U. La votación se resolvió con poco margen 48 votos a favor de Diana Fajardo y 43 a favor de Álvaro Mota.

El «Fast Track» ha sido muy cuestionado, incluso la corte constitucional ha decretado como inconstitucionales dos de sus puntos. Sin embargo, la habilitación legislativa extraordinaria y excepcional que permite al presidente de la República aprobar decretos leyes sin pasar por el congreso, el artículo segundo del famoso acto legislativo 1 de 2016, no ha recibido tantas críticas. Este dato llama la atención sobre todo si se tiene en cuenta que afecta a un principio fundamental en un Estado democrático, social y de derecho como es la separación de poderes. La reacción de la opinión pública ha sido escasa a pesar de la masiva aprobación de decretos ley por parte del gobierno. Estamos hablando de 34 decretos-ley emitidos por el gobierno, desde el 5 de noviembre hasta final de junio, gracias a las inmensas facultades extraordinarias que le concedió, sin discusión alguna, un congreso que ha perdido toda autonomía. En un solo fin de semana se emitieron diez de estos decretos-ley. Sofía Gaviria Correa, codirectora del Partido Liberal y presidenta Honoraria Federación Colombiana de Víctimas de las FARC, califica este hecho como «un asalto a la democracia, a la institucionalidad y al deber ser»³⁴.

Otro incidente importante se produjo en junio cuando el presidente del congreso de la República, Mauricio Lizcano, expuso su repulsa por la presencia de los jefes guerrilleros Jesús Santrich y Andrés París en el capitolio. Ninguno de los jefes guerrilleros solicitó autorización para entrar en el congreso como público a un acto en homenaje de la exministra del Polo, Clara López.

En esta ocasión es la segunda vez que miembros de las FARC acceden al capitolio sin registrarse y cumplir los reglamentos de las cámaras. La in-

con procesos de paz, que le gusta el proceso de paz y no otras personas que significan otra cosa, con todo respeto».

³⁴ <http://www.elmundo.com/noticia/-Decretitis-dictatorial-/354992>

dignación del presidente del congreso está justificada, sobre todo porque todavía las FARC no habían terminado su proceso de desarme. Con más razón porque los jefes de las FARC tienen un fuerte dispositivo de seguridad personal, al que la policía no sabe cómo responder porque con seguridad están armados.³⁵

Las FARC, según las declaraciones de Jean Arnault representante especial del secretario de Naciones Unidas y jefe de la misión en Colombia, ha terminado de entregar su armamento individual. No obstante mantiene en su poder un arsenal de 700 fusiles y pistolas para garantizar su protección en las zonas veredales. Jean Arnault, reconoce que efectivamente las FARC mantienen en su poder todavía armas para su autoprotección pero que terminarán de entregarlas en el mes de agosto³⁶.

En cualquier caso, lo que no se ha producido es la entrega de las armas colectivas y armamento pesado de la guerrilla. Durante los meses de abril y mayo de 2017 las Fuerzas Armadas colombianas desmantelaron varios depósitos secretos de armas de las FARC, donde escondían fusiles de guerra, granadas, municiones, explosivos, detonadores, ametralladoras, lanzadores de granadas, minas terrestres y granadas de mortero. Los portavoces del ejército han declarado que las armas han sido utilizadas para extorsionar a los equipos encargados de la erradicación de los cultivos de coca³⁷. Estos hechos suponen un quebrantamiento de los acuerdos de paz que se han pasado por alto. Todo esto sin dejar de considerar que al menos 600 miembros de las FARC se han declarado en contra del desarme y son considerados disidentes de los acuerdos³⁸.

Otro dato importante a tener en cuenta es la presencia de grupos de guerrilleros en Venezuela y la probable ubicación de parte de su arsenal en este país. El gobernador del Estado venezolano de Amazonas, el líder indígena Liborio Guarulla del Movimiento Progresista de Venezuela crítico con el régimen del presidente Maduro, ha alertado de la presencia de guerrilleros de las FARC, que controlan varias minas de oro en el territorio de su Estado. El gobernador denunció que el Ministerio de Defensa de Venezuela tiene conocimiento de esta situación y no ha hecho nada³⁹. Precisamente en la zona colombiana de la frontera con el Estado venezolano de Amazonas operaba el bloque oriental, posteriormente denominado bloque Jorge Briceño.

³⁵ <https://es.panampost.com/felipe-fernandez/2017/06/01/presidente-senado-critica-presencia-farc/>

³⁶ https://janes.ihs.com/DefenceWeekly/Display/1811064?from=email&utm_source=JD-W&utm_medium=email&utm_term=link&utm_content=186099&utm_campaign=170703

³⁷ <https://www.wsj.com/articles/colombias-perilous-deal-with-the-farc-1494187574?tesla=y>

³⁸ <http://www.semana.com/nacion/articulo/invamer-gallup-el-65-por-ciento-de-los-colombianos-todavia-no-estan-convencidos-del-proceso-de-paz/530676>

³⁹ http://www.el-nacional.com/noticias/oposicion/secuestro-helicoptero-por-guerrilla-entrega-soberania_79831

El bloque oriental ha sido durante mucho tiempo el más activo de las FARC. Como respuesta a las denuncias y críticas del gobernador Liborio Guarulla el gobierno venezolano, a través de la Contraloría General de la República a principio de mayo de 2017, decidió no solo cesar a Liborio Guarulla como gobernador del Estado de Amazonas sino también imponerle la sanción de inhabilitación durante 15 años⁴⁰.

Las estrechas relaciones durante más de 20 años del presidente Manuel Santos y Juan Carlos Pinzón Bueno, que fue su secretario de la presidencia, ministro de Defensa durante las negociaciones de la Habana con las FARC y embajador de Colombia en los Estados Unidos, terminaron de romperse precisamente con el anunciado desarme de las FARC. Juan Carlos Pinto ha puesto en cuestión el desarme completo de las FARC, lo que supone una dura crítica al avance del proceso establecido en los acuerdos finales.

Juan Carlos Pinzón utilizó las redes sociales para anunciar que: «Es un error celebrar la entrega de las armas como si fuera la totalidad. Es claro que FARC y disidencias tienen armas. ¡Más transparencia!»⁴¹.

La respuesta del presidente Santos fue contundente cuando declaró en relación a esta cuestión, en una entrevista con Blu Radio, que «los clásicos tenían razón cuando decían que la lucha por el poder, que es la política, infortunadamente saca a relucir lo peor de la condición humana». Indudablemente esa frase iba dirigida a su antiguo delfín, Juan Carlos Pinzón.

Juan Carlos Pinzón Bueno hijo y nieto de militares, casado con la hija de un militar, el ministro de defensa civil con un mandato más largo en la historia de Colombia, no siguió con entusiasmo el proceso de paz pero tampoco se opuso públicamente a su desarrollo. Su posición comenzó a cambiar con su nombramiento como embajador en los Estados Unidos. En febrero participó en el foro Club de la Concordia como uno de sus organizadores apoyando tanto a Andrés Pastrana como a Álvaro Uribe, líderes de los defensores del no en el referéndum.

El distanciamiento se hizo patente cuando el presidente Santos requirió a su embajador en Washington que solicitara que los miembros de Estado Mayor de las FARC fueran retirados de la lista de terroristas que figuran en los registros norteamericanos. Hay que recordar que las FARC han sido reconocidas como organización terrorista por 33 Estados incluida la Unión Europea hasta el 26 de septiembre de 2016 al firmarse el acuerdo final de paz con el gobierno colombiano. Juan Carlos Pinzón se negó a presentar la solicitud a las autoridades norteamericana por entender era una acción que violentaba su conciencia⁴².

⁴⁰ <http://infociedad24.com/contraloria-inhabilito-al-gobernador-liborio-guarulla-15-anos/>

⁴¹ <http://www.semana.com/nacion/articulo/presidente-santos-le-respondio-a-pinzon-criticas-por-dejacion-de-armas-de-las-farc/530370>

⁴² <http://www.semana.com/confidenciales/articulo/el-pedido-de-santos-que-no-le-gusto-a-juan-carlos-pinzon/529859>

En mayo de 2017 solicitó el cese en la embajada para presentarse como precandidato a las elecciones de 2018 pero no se inscribió en el partido social de unidad nacional, partido de la U, buscando desmarcarse del discurso del presidente.

En sus primeras declaraciones como aspirante en las elecciones de 2018 marcó claramente distancias, cuestionando los acuerdos de paz y apostando por introducir modificaciones. Después del atentado del 18 de junio en el centro comercial Andino, en el que perdieron la vida tres mujeres, Pinzón en las redes sociales declaró que «los incentivos que hoy tienen terroristas y criminales son perversos. Creen en violencia con justificación política y además beneficios».

En el propio partido del presidente comienzan a surgir de cara a las elecciones de 2018 voces críticas con los acuerdos de paz. Por supuesto la alianza electoral entre el partido conservador y el centro democrático, personalizada por sus líderes históricos Andrés Pastrana y Álvaro Uribe, también son críticos y proponen cambios a los acuerdos. Desde el partido Cambio Radical, el varias veces ministro en los gobiernos del presidente Santos y finalmente vicepresidente, Germán Vargas Lleras también ha mostrado su desacuerdo con el desarrollo del proceso de implementación de los acuerdos y ha defendido la imparcialidad de la corte constitucional en sus resoluciones, a pesar de complicar la implantación legislativa de lo acordado. En las encuestas a las presidenciales, estando pendiente todavía la definitiva presentación de todas las candidaturas, el político que encabeza los sondeos es el líder de cambio radical Germán Vargas Lleras.

Por otro lado la izquierda del Polo Democrático Alternativo y el centro izquierda de Alianza Verde han decidido hacer girar su campaña alrededor de otros asuntos como la corrupción y la mejora de los servicios públicos.

Es evidente que los acuerdos de paz generan indiferencia y apatía cuando no rechazo en la mayoría de los colombianos. Pocos serán los candidatos que en las elecciones del 2018 hagan de la defensa de los acuerdos el eje de su campaña. El jefe del equipo negociador del gobierno en La Habana, Humberto de la Calle del Partido Liberal Colombiano será uno de los pocos que ponga su candidatura al servicio de la defensa de los acuerdos. Por supuesto el candidato del partido de la U nombrado por el presidente pero el partido se enfrenta a fuertes tensiones, algunos líderes se distanciarán del partido y su continuidad puede estar cuestionada por los propios resultados electorales.

En medio de este panorama las FARC han tomado partido. Imelda Daza representante de las FARC en el congreso señaló que Humberto de la Calle reúne las condiciones para recibir el apoyo político del partido político que surja de su desmovilización⁴³. Esta apuesta demuestra el interés de las FARC de blindar los acuerdos de paz por encima de cualquier otra consideración.

⁴³ <https://www.publimetro.co/co/colombia/2017/07/01/humberto-la-calle-seria-candidato-ideal-las-farc.html>

No parece ser el partido liberal el más próximo a las propuestas marxistas leninista de las FARC pero por la izquierda democrática no hay franca disposición para identificarse con el nuevo partido del que la mayoría de la izquierda quiere distanciarse.

Las expectativas generadas por los acuerdos de paz han sido excesivas y los colombianos están cansados de ver que después de tantas promesas sigue habiendo violencia. Parte del desencanto está relacionado con la identificación de los acuerdos de paz con las FARC con el fin de la violencia. Esta identificación fue estimulada por unos mensajes marcados por la emoción y ajenos a los hechos. Los atentados, como el del centro Andino, las acciones del ELN, las actividades de las bandas criminales, los asesinatos de líderes sociales y las altas tasas de homicidios siguen estando presentes. Cualquier analista sabía que el acuerdo final para la paz no terminaría con la violencia pero la imagen que se trasladó fue de una nueva Colombia libre de agresiones. La consecuencia inevitable es que la percepción de violencia ha aumentado, un 86 por ciento de personas entrevistadas creen que la inseguridad está empeorando, según los datos de Gallup, a pesar de que el número de actos violentos se mueven lentamente en la dirección contraria. En cualquier caso un país con más de 12.000 crímenes al año y con una tasa de criminalidad superior a 25 muertes violentas no puede aceptar que sus políticos transmitan al mundo entero un mensaje idílico de paz sin que al final los hechos pasen factura a una política de comunicación marcada por el entusiasmo de paz.

El discurso del presidente Santos del 26 de septiembre, en el acto de firma del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto con las FARC, anticipa un escenario bien intencionado.

«Han sido casi 70 años de violencia política, desde el magnicidio de Gaitán, desde cuando los colombianos nos enfrentábamos siguiendo una bandera roja o una bandera azul. Hoy, al firmar el acuerdo de terminación del conflicto con las FARC, decimos esperanzados:

Ha sido un surco de dolores, de víctimas, de muertes, pero hemos logrado levantarnos sobre él para decir: ¡El bien germina ya! ¡La paz germina ya!

Hoy Colombia y la comunidad internacional —representada por sus más altos dignatarios— saludan el acuerdo de paz como la mejor noticia en medio

Imelda Daza «Candidatos hay tantos, pero sí creo que hay uno que interpreta mejor el sentir de esa aspiración. Tiene que ser una persona transparente, con una hoja de vida impecable, que no tenga enredos con paramilitarismo, corrupción, narcotráfico etc., los grandes males del país, y además tiene que ser una persona comprometida a fondo y muy en serio con la implementación total del acuerdo de paz; una persona que reúne esas condiciones es Humberto De la Calle; quien además ha reiterado su voluntad y exigencia de respetar el acuerdo y cumplirle a las Farc».

de un mundo convulsionado por la guerra, los conflictos, la intolerancia y el terrorismo».

La realidad es bien distinta y los hechos terminan por imponerse. En Colombia el Estado no ha estado nunca presente de la misma manera en todos los departamentos y la desaparición de las FARC no cambiará de forma inmediata esta realidad. Los acuerdos de paz no terminarán con la violencia en todo el territorio colombiano mientras el Estado no pueda disponer de los recursos suficientes para hacer efectiva su acción. El grave problema de las bandas criminales, las negociaciones con el ELN y otros movimientos subversivos que siguen combatiendo, el crimen organizado y el narcotráfico siguen presentes. La producción de cocaína en 2015 y 2016 son más altas que las de los años noventa. Desde el inicio del proceso de paz el número de hectáreas dedicadas a la producción de coca se han multiplicado. El 85 por ciento de los colombianos, según la encuesta de mayo de Gallup, creen que con los acuerdos de paz no se va a terminar el narcotráfico⁴⁴.

En marzo de 2017 International Narcotics Control Strategy Report, elaborado por el departamento de estado de los Estados Unidos de América, estimaba que la producción potencial de cocaína pura en Colombia se había incrementado en 2015 un 60 por ciento respecto al año anterior, con un incremento del 42 por ciento del número de hectáreas dedicadas al cultivo de coca. Las cifras que aporta el informe son escandalosas, 160.000 hectáreas de suelo colombiano se dedican al cultivo de coca, algo menos que toda la provincia de Guipúzcoa. Los datos presentados en marzo de 2017 por la Office of National Drug Control Policy de los Estados Unidos de América estiman que en 2016 siguió incrementándose el número de hectáreas dedicadas a este cultivo llegando a las 188.000, lo que supondría un 18 por ciento más en un año.

Los datos de UN Office on Drugs and Crime (UNDOC) se mueven en la misma dirección, fijando un incremento potencial de producción de cocaína en Colombia durante 2015 del 46 por ciento respecto al año anterior. Cuando en 1999 se aprobó el plan Colombia por los presidentes Andrés Pastrana y Clinton se estimaba que en Colombia se cultivaban 170.000 hectáreas de coca. Entonces este dato invitaba a muchos a considerar a Colombia un estado fallido. Cuando en el año 2012 comenzó el proceso de paz en Colombia se cultivaban 48.000 hectáreas de coca. El plan Colombia había sido un éxito con una reducción del 71 por ciento de los cultivos. Durante los cuatro años que ha durado el proceso de paz las áreas de cultivo han crecido llegando en 2016 a casi 190.000 hectáreas. Los extraordinarios resultados de 12 años de trabajo para erradicar los cultivos del plan Colombia se han esfumado durante los cuatro años de conversaciones con las FARC. Se estima que en la actualidad hay más de 3.500 bandas criminales (BACRIM) en Colombia dedicadas al negocio de la droga.

⁴⁴ <http://periodicodebate.com/index.php/opinion/otras-opiniones/item/15477-bienes-de-las-farc-para-quienes>

Jane's International Review, en un artículo publicado en abril de 2017 titulado «Cocaine trade expands into new markets», señala que las FARC desde 2012 ha estimulado el cultivo de coca en las zonas bajo su control, concluyendo que su desmovilización no supondrá una reducción de la producción sino todo lo contrario porque el Estado no podrá controlar los territorios y la demanda mundial está creciendo. Los datos nos hablan de correlación entre la producción de coca y las negociaciones de paz pero el análisis de Jane's habla de causalidad. Esta idea no solo la mantienen los que miran desde fuera sino también muchos colombianos.

La principal amenaza para la paz en Colombia ahora se llama coca. Hasta ahora el 60 por ciento de la coca que entraba en los Estados Unidos procedía de las FARC⁴⁵. Este gran negocio no se sabe quién terminará heredándolo pero lo cierto es que ha producido grandes beneficios que unidos a todo tipo de delitos cometidos por la banda criminal han permitido a las FARC constituir un inmenso patrimonio.

El decreto que regula el futuro de los bienes que poseen las FARC lo calificó el alto comisionado para la paz, Sergio Jaramillo Caro, de ambiguo. Mientras que el fiscal general de la nación, Néstor Humberto Martínez, afirmaba que las FARC terminarían financiando su partido con dinero ilícito, asegurando que, después de analizar 5.500.000 archivos, existe material probatorio de que los bienes ascienden a varios billones de pesos. Aunque parte de los bienes podrían estar en nombre de testaferros.

El presidente de la República emitió el 29 de mayo de 2017 el decreto ley número 903⁴⁶, en virtud de las atribuciones habilitantes legislativas extraordinarias que establece el artículo 2 del acto legislativo 1 de 2016, por el cual se dictan disposiciones sobre la realización de un inventario de los bienes a disposición de las FARC-EP. En el artículo 3 del Decreto-Ley 903 se crea un fondo patrimonial con todos los bienes y recursos de las FARC. El fondo será administrado por un consejo constituido por el gobierno atendiendo a las recomendaciones de la comisión de seguimiento, impulso y verificación de la implementación del acuerdo final (CSIVI)

La CSIVI es una instancia mixta compuesta por miembros del Gobierno y de las FARC que vigilará el cumplimiento de los acuerdos finales de paz. Las FARC están representadas por Victoria Sandino, Jesús Santrich e Iván Márquez, y el gobierno por el alto comisionado para la paz Sergio Jaramillo, Juan Fernando Cristo, ministro del Interior, y el ministro consejero para el posconflicto, Rafael Pardo. Por lo tanto, la administración del patrimonio obtenido por las FARC se ajustará a las recomendaciones que las propias FARC

⁴⁵ <https://www.foreignaffairs.com/articles/colombia/2016-10-05/colombias-failed-peace>

⁴⁶ <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20903%20DEL%2029%20DE%20MAYO%20DE%202017.pdf>

presenten. Un patrimonio obtenido ilegalmente con la violencia de por medio que se aplicará según acuerdo la CSIVI donde las FARC son una parte. Realmente es una forma curiosa de aplicar un fondo que denomina de víctimas y donde los victimarios participan en la recomendación de su empleo.

Pero no solo eso, el artículo 4 de decreto ley al determinar la finalidad del fondo señala no solo la reparación material de las víctimas sino también busca atender los programas contemplados en el apartado 3.2.2. del acuerdo final. Este apartado 3.2.2. del acuerdo final está dedicado a la reincorporación económica y social de los guerrilleros de las FARC, estableciendo las siguientes acciones:

- Promover el proceso de reincorporación económica colectiva de las FARC-EP constituyendo una organización de economía social y solidaria, denominada Economías Sociales del Común (ECOMÚN).
- Promover la creación de un centro de pensamiento y formación política, como institución sin ánimo de lucro, que tendrá como propósitos adelantar estudios e investigaciones sociales, así como diseñar y adelantar programas de formación política para el futuro partido o movimiento político que surja de la transición de las FARC-EP a la actividad política legal.
- Crear el Consejo Nacional de la Reincorporación (CNR), integrado por dos miembros del Gobierno y dos de las FARC-EP, con la función de definir las actividades, establecer el cronograma y adelantar el seguimiento del proceso de reincorporación, según los términos acordados con el Gobierno Nacional.
- Reincorporación de los menores de edad que han salido de los campamentos de las FARC-EP.
- Identificar los posibles programas y proyectos productivos para vincular el mayor número posible de hombres y mujeres hoy pertenecientes a las FARC-EP.
- Desarrollo y ejecución de programas y proyectos productivos sostenibles, para que cada integrante de las FARC-EP, en proceso de reincorporación, tenga derecho por una vez, a un apoyo económico para emprender un proyecto productivo individual o colectivo, por la suma de 8 millones de pesos.
- Constituir fondo para la ejecución de proyectos productivos y de servicios del proceso de reincorporación económica y social a través de ECOMÚN, cuya viabilidad será verificada previamente por el CNR.
- Pagar a cada uno de los miembros de las FARC-EP durante veinticuatro meses una renta básica mensual equivalente al 90 por ciento del SM-MLV, siempre y cuando no tengan un vínculo contractual que les genere ingresos.
- Pagar a cada uno de los miembros de las FARC-EP en el momento de la finalización del proceso de entrega de armas una asignación única de 2 millones de pesos.

El llamado por el decreto ley fondo para las víctimas, constituido con los bienes ilícitos del movimiento guerrillero rebelde FARC-EP, se destinará en parte para financiar la reincorporación de los antiguos guerrilleros. No es por lo tanto extraño que las propias víctimas se vean perjudicadas por el manejo político de estos recursos. Las quejas expresadas por el alto comisionado para la paz, Sergio Jaramillo Caro a pesar de su tono conciliador están justificadas. El fiscal general Néstor Humberto Martínez ha sido mucho más explícito y contundente.

«Las FARC tendrían, por la lectura que uno hace del decreto, capacidad de administrar sus propios bienes. Si la Constitución dice que se tiene que extinguir el dominio de los bienes ilegales, pues necesariamente las FARC no pueden mantener ningún tipo de participación en la propiedad de esos activos porque la lectura que puede hacer cualquier ciudadano es: «entonces están lavando los activos por medio de un fondo fiduciario que van a terminar administrando de alguna manera las FARC». Esa no puede ser la lectura y el entendimiento que tiene la Fiscalía.

Pero resulta que el decreto que acaba de expedirse dice que tendrá por objeto reparar a las víctimas y también el financiamiento de los programas contemplados en el Acuerdo final en el punto 3.2.2; y uno va a ese punto y resultan ser actividades relacionadas con programas económicos y sociales para la guerrilla. Es más, allí se establece que el desarrollo de un centro de pensamiento político del nuevo partido de las FARC. Esto implicaría, si se lee así crudamente como dice el Decreto, que con parte de estos activos se va a financiar la actividad política de las FARC cuando precisamente lo que ha sostenido la Fiscalía es que no es posible que con los activos de las FARC se vaya a ejercer la democracia. Eso generaría una inequidad en el debate político, entre la política tradicional lo que representa el estado convencional que ellos confrontaron y lo que ellos representan. La esencia de este acuerdo de paz es que ellos están bienvenidos a la democracia y a hacer la política, pero en igualdad de condiciones. No podría ser que ellos lo hagan con el financiamiento del patrimonio ilegal del secuestro y el narcotráfico. Eso no se puede admitir por parte de la sociedad colombiana y no puede ser la lectura que se le pueda dar»⁴⁷.

No es extraño que el 78,4 por ciento de los colombianos creen que las víctimas no serán reparadas, según la encuesta Gallup⁴⁸.

El presidente Juan Manuel Santos Calderón ha obtenido el Premio Nobel de la Paz y un respaldo internacional incuestionable. Sin embargo, en Colombia los datos de las encuestas lo presentan como el presidente con menor grado

⁴⁷ <https://noticias.caracoltv.com/el-acuerdo-final-paz-en-colombia/plata-de-farc-para-reparar-victimas-podria-terminar-financiando-sus-actividades-politicas-fiscal>

⁴⁸ <http://periodicodebate.com/index.php/opinion/otras-opiniones/item/15477-bienes-de-las-farc-para-quienes>

de aprobación y apoyo popular de la historia del país. Poner fin a la guerra es difícil. El éxito de un acuerdo de paz, en mayor medida cuando se trata de un acuerdo con un grupo rebelde insurgente de carácter guerrillero, depende de su oportunidad, de su contenido y de su implementación. En el caso de los acuerdos finales de paz entre el gobierno de Colombia y la guerrilla marxista leninista FARC-EP; confirmado por la tensión política y jurídica, por la falta de apoyo de la opinión pública y por la parálisis económica, parecen que concurren los tres factores. El fracaso de los acuerdos de paz tiene que ver con su falta de oportunidad, con su contenido y con el modelo de implementación establecido. A la vista de los resultados sería interesante revisar el apoyo que desde el exterior se ha otorgado a todo este proceso.

«Acordaros siempre de que *facta non verba* y ¡que cada uno cumpla con su deber! Mucha suerte y mejor mar»⁴⁹ para Colombia.

⁴⁹ <http://www.emad.mde.es/EMAD/novemad/noticias/2017/03/Listado/170324-despedida-jemad.html>

Capítulo quinto

Las respuestas de la comunidad internacional a los conflictos internacionales contemporáneos: el caso de Siria

Alicia Cebada Romero

Resumen

Se analiza en esta contribución la actuación de Naciones Unidas en el conflicto de Siria. Se examinan, en particular, las acciones del Consejo de Seguridad, la Asamblea General, el secretario general y el Consejo de Derechos Humanos. Se comprueba que aunque las críticas a Naciones Unidas están justificadas en el caso de la respuesta del Consejo de Seguridad, en el caso de las otras instituciones y organismos es necesario introducir matices para reconocer el enorme esfuerzo que se está haciendo para encontrar salidas y soluciones a la situación catastrófica siria, que está teniendo repercusiones que van mucho más allá de las fronteras de aquel país. El fracaso del sistema de seguridad colectiva lo está sufriendo la población siria.

Palabras clave

Siria; Naciones Unidas; Sistema de seguridad colectiva; Responsabilidad de proteger; Legítima defensa; Consejo de derechos humanos; Consejo de seguridad; Asamblea general.

Abstract

This chapter is set out to examine the action of the United Nations in Syria. It places the focus on the performance of the Security Council, the Gene-

ral Assembly, the Secretary General and the Council of Human Rights. It is sustained that the paralysis of the Security Council justifies the complaints about the inadequacy of the United Nations' response to the Syrian crisis. However, it is shown that the criticisms should be accompanied by a recognition of the efforts of the General Assembly, the Secretary General and the Human Rights Council to find solutions and responses to the needs of the people who are suffering the terrible consequences of the Syrian conflict. The Syrian people are suffering the consequences of the failure of the UN collective security system.

Keywords

Syria; United Nations; Collective security system; Responsibility to protect; Self-Defence; Human rights council; Security council; general assembly

Introducción

La naturaleza de los conflictos armados ha ido evolucionando continuamente a lo largo de la historia. En las últimas décadas hemos sido testigos de cómo de las contiendas interestatales, se ha pasado a campos de batalla en que se enzarzan ejércitos, fuerzas irregulares y potencias externas en conflictos intestinos o en guerras proxy o por delegación¹, que se pueden librar incluso en el ciberespacio², con repercusiones que van mucho más allá de las fronteras nacionales.

Probablemente las que han sido calificadas como «nuevas guerras³» no son más que la reedición de tipologías de conflictos que ya se habían dado a lo largo de la historia⁴, pero con independencia de si las guerras actuales son realmente algo inédito o no, de lo que no cabe duda es que los efectos de los

¹ Se considera que en Siria se está librando una «guerra proxy» o guerra por delegación, y que también se ha dado recientemente en Ucrania. Estas guerras se encuadran en el marco del uso indirecto de la fuerza, es decir, cuando un Estado se vale de grupos insurgentes, rebeldes o terroristas para atacar a otro Estado.

El Tribunal Internacional de Justicia (TIJ) ha reconocido valor consuetudinario a las disposiciones de la Resolución 2625 (XXV) sobre las relaciones de amistad y de cooperación entre los Estados, en las que se pide a estos que se abstengan de organizar o promover la organización de fuerzas irregulares o bandas armadas, incluyendo mercenarios, para que realicen incursiones en otros Estados y de organizar, instigar, ayudar o participar en actos de desorden civil o terroristas en otros Estados o a permitir que desde su territorio se organicen actividades dirigidas a la comisión de actos violentos contra otros Estados (República Democrática del Congo c. Uganda, actividades armadas en el territorio del Congo, 2005, párr. 162. Véase también Nicaragua c. Estados Unidos, fondo, 1986, cit., párr. 191).

En la Sentencia Nicaragua c. Estados Unidos, 1986, fondo, párr. 228, el Tribunal Internacional de Justicia consideró que al armar y entrenar a los paramilitares nicaragüenses Estados Unidos había violado la prohibición del uso de la fuerza. Sin embargo, declaró que la financiación de los paramilitares no vulneraba la prohibición. Tras los atentados del 11 de septiembre se permitió la reacción en legítima defensa de Estados Unidos contra Afganistán porque este país había permitido que desde su territorio se organizaran actividades dirigidas a la comisión de un acto violento contra otro Estado. El Consejo de Seguridad en su Resolución 1368 (2001), de 12 de septiembre, condenaba enérgicamente los atentados y declaraba que los mismos, como cualquier acto de terrorismo, constituían una amenaza para la paz y la seguridad internacionales y confirmaba el derecho inmanente a la legítima defensa. Más dudas planteaba el caso de la República Democrática del Congo c. Uganda donde el TIJ consideró que Uganda no había probado que la República del Congo o Sudán estaban apoyando a milicias para que desde el territorio del Congo lanzaran ataques contra Uganda (TIJ, República Democrática del Congo c. Uganda, 2005, párrs. 121 y ss).

² Manuel R. Torres Soriano. «Guerras por Delegación en el Ciberespacio», *Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos (en adelante RIEEE)*, 9/2017, pp. 15-35.

³ Mary Kaldor. *Nuevas y Viejas Guerras. Violencia Organizada en la Era Global*. Barcelona: Tusquets, 2001.

⁴ P.A. Bello, «In search of new wars: the debate about a transformation of war», *European Journal of International Relations*, 2010, vol. 16, n. 2, pp. 297-309; M. Brzoska, «New Wars Discourse in Germany», *Journal of Peace Research*, 2004, vol. 41, n. 1, pp. 107-117; Caterina García Segura. «Las Nuevas Guerras del Siglo XXI. Tendencias de la Conflictividad Armada Contemporánea». Working Paper n.º 323, 2013, Barcelona: Instituto de Ciencias Políticas y Sociales.

conflictos armados adquieren nuevas dimensiones en el mundo globalizado⁵. Aunque puede ser que la esencia de las guerras haya sido la misma a lo largo de los tiempos⁶, también lo es que las dinámicas van cambiando para ajustarse a las estructuras de poder que caracterizan cada época. En la actual, en contraste con la inmediatamente precedente, *destaca el protagonismo creciente de los actores no estatales*. En el momento presente se aprecia un desajuste entre el sistema de seguridad colectiva —construido para una sociedad internacional básicamente interestatal y basado en el concepto de soberanía, entendida como atributo del Estado—⁷ y la estructura de la sociedad internacional en la que junto a las dinámicas vinculadas a la coexistencia entre Estados, se han desarrollado otras vinculadas a la cooperación y a la integración, protagonizadas no solo por actores estatales sino también por otros sujetos internacionales. En nuestros tiempos se pone cada vez más claramente de manifiesto la necesidad apremiante de adaptar un sistema construido en una época histórica determinada a la realidad actual, caracterizada por la consolidación de nuevas aproximaciones a la soberanía y por el debilitamiento del papel del Estado en la sociedad internacional.

En este nuevo contexto se ha reforzado el terrorismo internacional como amenaza a la paz y seguridad internacionales. El extremismo violento encarnado en los grupos terroristas de alcance global, se desenvuelve con comodidad en los escenarios bélicos actuales y se ha desarrollado y crecido al calor del caos, la destrucción y el desgobierno que los caracteriza⁸. Estos nuevos actores pueden ser más poderosos que algunos Estados frágiles y persiguen sus objetivos sin aceptar limitaciones e ignorando, pues, los principios y valores reflejados en el Derecho internacional, incluyendo las normas relativas a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario⁹. En consecuencia, la población civil, sus derechos y libertades, quedan en una situación de extrema vulnerabilidad¹⁰.

⁵ Francisco Javier Quiñones de la Iglesia. «Un examen de las Causas Profundas de los Conflictos en la Posguerra Fría. Actores Civiles y Militares: Diferentes Aproximaciones», Instituto Español de Estudios Estratégicos, Documento de Opinión 30/2017.

⁶ MÜNKLER, H., «The wars of the 21st century», *International Review of the Red Cross*, 2003, vol. 85, n. 848, pp.7-22

⁷ Caterina García Segura. «Las Nuevas... Op. cit. Supra nota 3, p. 4. Romualdo Bermejo García, *El Marco Jurídico Internacional en Materia del Uso de la Fuerza: Ambigüedades y Límites*. Madrid: Cívitas, 1993.

⁸ PAREJA, P., «El nuevo terrorismo transnacional: características, factores explicativos y exigencias», en GARCÍA, C. y RODRIGO, A. (eds.), *La seguridad comprometida, Nuevos desafíos, amenazas y conflictos armados*, Madrid, Tecnos, 2008, pp. 57-59.

⁹ Romualdo Bermejo G. «El Derecho Internacional frente al Terrorismo. ¿Nueva Perspectiva tras los Atentados del 11 de Septiembre?», *Anuario de Derecho Internacional*, 2001, pp. 5-24. Consuelo Ramón Chornet. *La Lucha contra el Terrorismo Internacional después del 11 de Septiembre de 2011*, REDI, 2001, pp. 273-287.

¹⁰ La proporción de civiles fallecidos en los conflictos, en relación con los militares no ha dejado de aumentar. Hasta se llega a hablar de 90 civiles por 10 militares. Tampoco ha

Es precisamente en estos nuevos contextos bélicos donde con más claridad se ha puesto de manifiesto la impotencia de la comunidad internacional para ofrecer respuestas y soluciones adecuadas con vistas a garantizar la protección de la población. Los fracasos se han sucedido reiteradamente: Ruanda, Bosnia, Somalia o más recientemente Sudán del Sur. Aunque es justo admitir que tras los más sonados, se ha producido una reacción de la comunidad internacional, lo cierto es que hasta el momento las respuestas han generado, en muchos de los casos, una evidente frustración. A pesar de los esfuerzos, no se ha conseguido el consenso necesario para abordar definitivamente la indispensable reforma del Consejo de Seguridad, cuya configuración lastra todo el sistema de seguridad colectiva¹¹. En las últimas décadas se ha desarrollado, pero también ha tenido ocasión de demostrar sus importantes limitaciones el principio de responsabilidad de proteger¹², que había surgido precisamente para tratar de suplir algunas de las deficiencias del sistema de seguridad colectiva¹³. En las últimas décadas se ha generado una nueva rama del Derecho internacional, el Derecho internacional penal, con un ba-

dejado de incrementarse el número de desplazados y refugiados por las guerras. Véase al respecto, Caterina García Segura, «Las Nuevas... Op. cit. Supra, p. 7.

¹¹ Eugenia López-Jacoiste. «Repensando el Sistema de Seguridad Colectiva: el Consejo de Seguridad y las Nuevas Amenazas a la Paz y Seguridad Internacionales», en: Consuelo Ramón Chornet, *La Acción Colectiva del uso de la Fuerza. Nuevos Escenarios, Nuevos Principios de Actuación en el Orden Internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, pp. 57-139.

¹² Desde 2001 la discusión sobre la legitimidad de la intervención humanitaria se ha realizado mediante referencia a un nuevo marco conceptual: la responsabilidad de proteger. La responsabilidad de proteger es un desarrollo conectado al proceso de humanización de la seguridad, en el que un gran hito fue la formulación del concepto de seguridad humana. El concepto de la «responsabilidad de proteger» supone una revisión de la soberanía estatal, que pasa de ser un atributo vinculado al control, a un atributo conectado con la responsabilidad. Sin embargo, como se verá a lo largo de este trabajo, este principio está actualmente en entredicho, sobre todo tras la experiencia en la aplicación del mismo en el escenario libio. Romualdo Bermejo. «La Protección de la Población Civil en Libia como Coartada para Derrocar un Gobierno: un Mal Inicio para la Responsabilidad de Proteger», *Anuario de Derecho Internacional*, 2011, pp. 9-55. Cesáreo Gutiérrez Espada, *Responsabilidad de Proteger y Derecho de Veto en el Consejo de Seguridad: Algunos Ejemplos Recientes*. RIEEE 3/2014, pp. 1-28. Marina de Luengo. «Los Retos Jurídicos de la Responsabilidad de Proteger desde la Perspectiva de la Seguridad y Defensa», RIEEE, 2014/3, pp. Sobre el compromiso de nuestro país con este Principio, véase: Beatriz Vázquez Rodríguez, «España ante la Responsabilidad de Proteger: Un Compromiso Activo», RIEEE 8/2016, pp. 127-153. Sobre las posibilidades potenciales que tenía el principio: Rafael García Pérez, «La Responsabilidad de Proteger: un Nuevo Papel para Naciones Unidas en la Gestión de la Seguridad Internacional», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2006. ESPÓSITO Carlos, «La responsabilidad de proteger y el uso de la fuerza en el debate sobre la reforma de la ONU», *Papeles de Cuestiones Internacionales*, otoño de 2005, n.º 91. MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M., «La responsabilidad de proteger: una noción todavía ineficaz»: *Tiempo de Paz*, 101 (2011) pp. 52-58.

¹³ Pilar Pozo Serrano, «La Carta de las Naciones Unidas y el Régimen Jurídico del Uso de la Fuerza: Algunos Problemas de Interpretación Actuales», RIEEE, 1/2013, p. 4; Cesáreo Gutiérrez Espada, «Responsabilidad de Proteger y el Derecho de Veto en el Consejo de Seguridad». *Algunos Ejemplos Recientes*, 3/2014,

lance ambiguo hasta el momento, pues aunque es cierto que ha contribuido a cubrir algunas de las lagunas del Derecho internacional humanitario y, en última instancia, a reforzarlo, también lo es que no está concebido, ni puede ser una respuesta suficiente para juzgar o perseguir todas las violaciones graves del Derecho internacional. A lo que hay que añadir la crisis que actualmente está atravesando la Corte Penal Internacional, con la puesta en cuestión no solo de su efectividad, sino también de su legitimidad¹⁴.

En Siria desde 2011, está teniendo lugar una tragedia de dimensiones catastróficas que la comunidad internacional no ha sabido atajar y que ilustra los grandes desafíos a los que nos enfrentamos actualmente en materia de paz y seguridad. En este escenario se da cita un gobierno cuestionado con claridad por parte de su propio pueblo en un movimiento que se desató durante la llamada Primavera Árabe¹⁵. Un gobierno que no ha dudado en recurrir a un uso indiscriminado y extremado de la violencia, en flagrante violación de sus obligaciones internacionales. Por otro lado, las grandes potencias internacionales directa o indirectamente involucradas en el conflicto, en defensa de sus propios intereses. Y, por último, grupos terroristas que se han hecho fuertes incluso gracias a la toma del control de partes relevantes del territorio. Daesh se ha convertido en la primera organización terrorista con dimensión territorial que ha hecho de la estatalidad un elemento configurativo de su identidad¹⁶. Los cientos de miles de personas que han dejado sus vidas atrás, en su afán por escapar de la trampa siria, son el testimonio de una

¹⁴ Chema Caballero, «No será África la que termine con la Corte Penal Internacional», *Mundo Negro*, 2 de noviembre de 2016. Sudáfrica y Burundi han anunciado que abandonarán la Corte Penal Internacional. El presidente Jammeh de Gambia, también lo había anunciado, pero tras salir derrotado en las elecciones presidenciales de 2017, el nuevo presidente ha declarado que no hará efectiva la salida.

¹⁵ La familia Al-Assad y el partido socialista Ba'ath han ocupado el poder en Siria desde 1970. La minoría alawita (16 %) sigue el socialismo baathista, de carácter laico, mientras que el 76 % suní es leal a la ley islámica. Esta situación dio lugar a numerosas tensiones entre las dos comunidades que se resolvieron con brutalidad por el régimen del padre del anterior presidente. Cuando Bashar Al-Assad llegó al poder en el año 2000 prometió suavizar el autoritarismo y emprender reformas para promover la apertura del régimen. En realidad, se acometieron básicamente reformas económicas que beneficiaron sobre todo a la minoría alawita, con lo que no se consiguió aplacar el descontento de la mayoría suní. En marzo de 2011 estallaron las primeras protestas contra el régimen en ciudades no alawitas. Se produce una reacción muy violenta del gobierno. Las ONG denunciaron que en los primeros meses se produjeron más de 3000 muertos y miles de detenciones forzadas. La oposición, muy fragmentada, fue creciendo. Se puede distinguir una división básica entre los laicos que aspiraban a un Estado democrático y los islamistas que buscaban la instauración de un Estado islámico. Era muy difícil, pues, unificar a la oposición.

¹⁶ Sobre los orígenes del Daesh en Irak y su expansión a Siria, así como sobre sus fortalezas y debilidades, véase: Javier Jordán, «El Daesh», en Instituto Español de Estudios Estratégicos, *La internacional yihadista*, Cuaderno de Estrategia n.º 173, Madrid: Ministerio de Defensa, pp. 109-147. Y sobre la evolución del Daesh véase del mismo autor: «*El Daesh en Oriente Medio, una amenaza en evolución*», en Instituto Español de Estudios Estratégicos, *Panorama Estratégico 2016*, (Madrid: Ministerio de Defensa, 2016), pp. 141-180.

catástrofe humanitaria de dimensiones colosales. La mitad de la población siria ha tenido que huir y abandonar sus hogares. El balance es desolador y las cifras siguen creciendo: 260.000 muertos, 2 millones de heridos, más de 6 millones y medio de desplazados internos y 4.8 millones de refugiados¹⁷. En flagrante violación del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos, se han organizado ataques contra civiles e infraestructuras civiles, en particular contra escuelas, y contra instalaciones y personal médico. En los puestos de control, se retiran artículos médicos de los convoyes humanitarios y se interrumpe deliberadamente el suministro de agua. Se ha denunciado el uso indiscriminado de armas, en concreto artillería, bombas de racimo y bombas de barril, así como los ataques aéreos, los ataques de mortero, los atentados con vehículos bomba, las armas incendiarias, los ataques suicidas, el uso de armas químicas, el empleo del hambre contra civiles como método de combate, en particular asediando zonas pobladas, y el uso extendido de la tortura, el maltrato, las ejecuciones arbitrarias, las ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, la violencia sexual y basada en el género, así como violaciones y abusos graves cometidos contra niños¹⁸. A todos estos horrores se suma la destrucción de patrimonio cultural.

Recientemente, el 14 de marzo de 2017, el alto comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos —Zeid Ra'ad Al Hussein— ha calificado la situación en Siria como el peor desastre causado por el hombre desde la Segunda Guerra Mundial. El alto comisionado declaraba que «el país entero se han convertido en una cámara de tortura, en un lugar de horror y de absoluta injusticia»¹⁹.

El conflicto sirio ha provocado una crisis moral global, porque se han puesto en evidencia las verdaderas —y magras— dimensiones de la tan preconizada solidaridad internacional, y las limitaciones de la comunidad internacional para atender una crisis humanitaria tan grave y asistir a los que están en condiciones de mayor vulnerabilidad. En relación con el primer aspecto tenemos un buen ejemplo en la decepción que ha generado la respuesta de la Unión Europea a la llamada crisis de los refugiados, y en la que la solidaridad ha brillado por su ausencia. La derivación de la responsabilidad hacia Turquía sobre la base de un pseudoacuerdo o más exactamente una «declaración», cuya naturaleza jurídica no está clara y que ni siquiera ha sido publicado en el Boletín Oficial de la Unión Europea es suficientemente elocuente.

¹⁷ Declaración conjunta de Naciones Unidas sobre Siria, de 11 de marzo de 2016, firmada por los agentes humanitarios, disponible en: http://www.un.org/News/dh/infocus/Syria/Joint%20Humanitarian%20Statement%20on%20Syria_En.pdf

¹⁸ Resolución del Consejo de Derechos Humanos, de 25 de octubre de 2016: A/HRC/RES/S-25/1

¹⁹ Declaraciones del alto comisionado de los Derechos Humanos ante el Consejo de Derechos Humanos: <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=21373&LangID=E>

te²⁰. En efecto, el Tribunal General de la Unión Europea ha tenido ocasión de declarar que este instrumento ha sido adoptado por los Estados miembros y no por una Institución de la Unión Europea, por lo que era incompetente para enjuiciar su conformidad con el Derecho de la Unión²¹.

Pero en este capítulo no se analizará la reacción de la Unión Europea, sino que se examinarán las respuestas que ha ofrecido la comunidad internacional, en el marco de Naciones Unidas²².

El caso sirio: ¿Naciones Unidas a toda máquina?

Se puede afirmar que en el caso sirio Naciones Unidas se ha empleado a fondo. Aunque también se podría decir que ha demostrado a fondo su impotencia. En el marco de su acción en el ámbito de la paz y la seguridad han intervenido todos los órganos relevantes: el Consejo de Seguridad, el secretario general, la Asamblea General y el Consejo de Derechos Humanos. En las líneas que siguen, y con objeto de enjuiciar la respuesta de la organización, se examinará en detalle la actuación de cada una de estas Instituciones.

El Consejo de Seguridad en (In)Acción

La parálisis del Consejo de Seguridad para atajar la crisis siria es una evidencia. A pesar de que no ha permanecido totalmente inactivo, lo cierto es que como ha dicho Paz Andrés, «El caso de Siria está siendo claramente un ejemplo de la subordinación del Consejo a las exigencias de la geoestrategia»²³.

Hasta junio de 2017 el Consejo de Seguridad ha adoptado 21 resoluciones relativas al conflicto sirio. En ellas, ha reclamado reiteradamente a las partes que facilitasen el acceso de la ayuda humanitaria. Por unanimidad, se decidió, junto con la Organización para la Prohibición del Uso de Armas Químicas, la creación del Mecanismo Conjunto de Investigación para Identificar a los Culpables del Uso de Armas Químicas en Siria²⁴. El Consejo ha declarado altos el

²⁰ Comisión Española de Ayuda al Refugiado. Informe relativo al acuerdo Unión Europea-Turquía adoptado el 18 de marzo de 2016 y las consecuencias de su aplicación en los derechos de las personas migrantes y refugiadas <https://www.cear.es/wp-content/uploads/2016/05/INFORME-COMISARIO-EUROPEO-DDHH.pdf>

²¹ Autos del Tribunal General en los asuntos T-192/16, T-193/16 y T-257/16 NF, NG y NM / Consejo Europeo. Comunicado de Prensa: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2017-02/cp170019es.pdf>

²² Xavier Pons Rafols. «Naciones Unidas y Siria: Idea y Realidad», *ANUE*, 43/2012, pp. 5-14; Paz Andrés Sáenz de Santamaría, *Las Naciones Unidas ante el Conflicto de Siria*, IEE Documenta de Opinión 93/2012, pp. 1-15.

²³ Paz Andrés. «Las Naciones Unidas.... Op. cit. Supra, p. 4.

²⁴ Consejo de Seguridad, Resolución 2235 (2015). Este Mecanismo ha constatado en sus Informes que tanto el régimen sirio como el Daesh han recurrido a la utilización de armas

fuego, que no han sido respetados, y ha requerido a las partes para que arbitrasen una solución política al conflicto²⁵. También la Presidencia del Consejo ha expresado reiteradamente su preocupación por el deterioro de la situación en Siria y ha hecho continuos llamamientos a que se aceptaran las propuestas de los mediadores internacionales, para que cesara la violencia, se facilitara el acceso de ayuda humanitaria y se prohibiera el tráfico ilícito de petróleo²⁶.

Pero a los efectos de este capítulo, y teniendo en cuenta que nada de lo hecho hasta el momento ha servido para atajar el conflicto, resulta más relevante hacer hincapié en lo que el Consejo se ha visto incapaz de hacer.

El hundimiento de la Responsabilidad de Proteger

Después de la polémica generada por la utilización del principio de responsabilidad de proteger en Libia, se puede decir que este principio ha hecho aguas definitivamente en Siria²⁷.

La responsabilidad de proteger ha sido refrendada por Naciones Unidas desde el año 2005 a distintos niveles, por parte del secretario general, la Asamblea General y el Consejo de Seguridad en los siguientes términos:

1. El Estado tiene la responsabilidad primordial de proteger a su población de violaciones de derechos humanos y en particular de aquellas que constituyan crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, genocidio y limpieza étnica, así como de impedir la incitación a tales crímenes.
2. La comunidad internacional tiene la responsabilidad de exigir a los Estados que cumplan con esta responsabilidad y de apoyarlos para ello.
3. La comunidad internacional tiene la responsabilidad de usar todos los medios apropiados, diplomáticos, humanitarios o de otra índole, para proteger a la población de los mencionados crímenes. Si un Estado es manifestamente incapaz —porque no puede o porque no quiere— de cumplir con su responsabilidad a este respecto, la comunidad internacional debe estar preparada para llevar a cabo una acción colectiva para proteger a la población, de acuerdo con la Carta de Naciones Unidas.

químicas en flagrante violación del Derecho internacional.

²⁵ Se puede encontrar un listado completo de las Resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas sobre Siria, en Security Council Report: http://www.securitycouncilreport.org/un-documents/search.php?ctype=Syria&rtype=Security%20Council%20Resolutions&cbtype=syria&search=%22Security%20Council%20Resolutions%22%20AND%20%22Syria%22&__mode=tag&IncludeBlogs=10&limit=15&page=2

²⁶ Se puede encontrar un listado completo de las declaraciones de la Presidencia del Consejo en Security Council Report: <http://www.securitycouncilreport.org/un-documents/search.php?IncludeBlogs=10&limit=15&tag=%22Security%20Council%20Presidential%20Statements%22+AND+%22Syria%22&ctype=Syria&rtype=Security%20Council%20Presidential%20Statements&cbtype=syria>

²⁷ Cesáreo Gutiérrez Espada, «El Conflicto en Siria (2011-2014) a la Luz del Derecho Internacional y de la Geopolítica», *Revista UNISCI* 37/2015, pp. 107 y ss.

Previamente en el *Informe 2001 sobre la Responsabilidad de Proteger*, de la Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados, se habían distinguido tres componentes: la responsabilidad de prevenir, de reaccionar y de reconstruir. Se presentaba el uso de la fuerza armada como último recurso y se hablaba de la necesidad de una Causa Justa, conectada con la comisión de graves crímenes. En cuanto a la autoridad competente, aunque se establecía con claridad que lo preferible era una actuación del Consejo de Seguridad, se proponía que en los casos en que este quedara bloqueado se pudiera acudir a la Asamblea General en el marco del procedimiento establecido en la Resolución Union Pro Pace o que las organizaciones regionales competentes se vieran facultadas a tomar la iniciativa. Sin embargo, en los términos en que Naciones Unidas acogió el principio de Responsabilidad de Proteger desaparece toda referencia a estas alternativas para las situaciones de bloqueo del Consejo de Seguridad. El respeto a la Carta, en esos términos, resulta una condición ineludible.

En el caso de Libia, fue en febrero de 2011 cuando se produjeron las primeras protestas contra Gadafi en el marco de la llamada Primavera Árabe. Gadafi respondió usando la fuerza de forma abusiva. Se produjeron arrestos e incluso ejecuciones sumarias. *Human Rights Watch* denunció además el uso de violencia sexual contra mujeres y hombres, torturas y reclutamiento de niños soldados por parte de las fuerzas leales al coronel. En los 10 primeros días, 170.000 personas huyeron de la violencia hacia los países vecinos. En menos de 2 semanas se había desencadenado una guerra civil²⁸.

Naciones Unidas reaccionó con rapidez, en ejercicio de su responsabilidad de proteger. En primer lugar ejerció su responsabilidad de prevenir, creando una comisión independiente para investigar los crímenes y negociando con Gadafi para que detuviera la violencia. Además, el Consejo de Seguridad adoptó la Resolución 1970 en febrero de 2011, en la que se condenaba la violación sistemática de derechos humanos, que se calificaba como crimen contra la humanidad.

La situación continuó deteriorándose y Naciones Unidas ejerció su responsabilidad de reaccionar. Se adoptaron medidas coercitivas contra el régimen: sanciones y remisión de la situación a la Corte Penal Internacional.

Como nada de esto consiguió hacer que Gadafi reconsiderara su actuación, ni que autorizara la entrega de ayuda humanitaria a la población, el Consejo de Seguridad dio un paso más con la adopción de la Resolución 1973, en marzo de 2011, en la que se autorizaba el uso de la fuerza para proteger a la población.

Esta resolución se adoptó con la abstención renuente de China y Rusia, influidas por el apoyo que la Unión Africana y la Liga Árabe expresaron a la adopción de dicha resolución.

²⁸ El Informe se puede consultar en: <https://www.hrw.org/world-report/2012/country-chapters/libya>

Era la primera vez en que se autorizaba el uso de la fuerza para proteger a la población civil en estas circunstancias. Sobre la base de la resolución se produjeron la intervención de Estados Unidos y la OTAN, que acabaron provocando la caída de Gadafi.

Rusia y China protestaron enérgicamente porque consideraron que la coalición internacional había ido mucho más allá de lo que autorizaba la Resolución 1973, pues la intervención se había aprovechado para realizar un cambio de régimen, contrario al principio de no intervención en los asuntos internos.

La actitud de Rusia y China en el caso sirio no se puede entender si no se hace referencia a este precedente libio. Los dos países se han opuesto con vehemencia a cualquier resolución, que señalara la responsabilidad del régimen sirio o que se pudiera interpretar como una reprensión o condena²⁹. Es la Federación rusa la que ha llegado más lejos en este empeño, llegando a bloquear en solitario la adopción de una resolución en que se solicitaba al Gobierno sirio que pusiera fin al asedio de Alepo. Tanto Rusia, como China se han opuesto a una resolución impulsada por Francia en que se pedía la remisión de la situación a la Corte Penal Internacional, cerrando el camino a una intervención de este organismo judicial que podría tener importantes efectos disuasorios.

Un nuevo precedente para sostener la ineficacia de las sanciones inteligentes

En cuanto a las sanciones adoptadas por el Consejo de Seguridad, no se ha podido crear un comité de sanciones específico para el caso sirio, pero sí hay personas involucradas en el conflicto que han sido objeto de medidas restrictivas en el marco del comité de sanciones por colaboración con al-Qaeda y el ISIS³⁰. Hasta el momento se ha sancionado a 24 individuos y a una entidad por su vinculación con ISIS. 4 personas más han sido sancionadas por sus lazos con Al-Nusra³¹. Más allá del problema que supone que estas medidas restrictivas solo se estén aplicando a una de las partes en el conflicto, lo cierto es que —más en general— las llamadas sanciones inteli-

²⁹ Paz Andrés. «Las Naciones Unidas.... Op. cit. Supra, pp. 4. y ss.

³⁰ ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., «Derecho, moral y eficacia en la práctica de sanciones del Consejo de Seguridad», en VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M.; SALINAS DE FRIAS, A. Soberanía del Estado y Derecho Internacional: Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo, Vol. 1, 2005, pp. 155-176.

³¹ United Nations Security Council, S/2016/1115, 30 de diciembre de 2016: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=s/2016/1115.

La lista completa de personas sancionadas actualizada se puede encontrar aquí: <https://scsanctions.un.org/fop/fop?xml=htdocs/resources/xml/en/consolidated.xml&xslt=htdocs/resources/xsl/en/al-qaida.xsl>

gentes suscitan dilemas relacionados con las garantías de los derechos de las personas afectadas³².

El caso Kadi, planteado en el marco de la Unión Europea, puso el foco sobre los problemas derivados del actual sistema de sanciones, que apuntan a la vulnerabilidad de los individuos sancionados y a la necesidad de mejorar las garantías relativas al respeto de los derechos fundamentales³³. La saga judicial se inició cuando el Sr. Kadi impugnó ante el Tribunal de Primera Instancia de la UE la validez del Reglamento 881/02, del Consejo de la UE, por el que se implementaban las Resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en las que se instaba a los Estados miembros a congelar los activos y los fondos de ciertas organizaciones e individuos incluidos en una lista de personas relacionadas con al-Qaida, elaborada por el Comité de Sanciones. Los activos del Sr. Kadi fueron congelados sobre la base del Reglamento impugnado, sin que se le hubiera dado acceso a la información sobre la base de la cual se había decidido la inclusión de su nombre en la lista negra y sin que se le hubiera ofrecido ninguna posibilidad de impugnar dicha inclusión y de solicitar la eliminación de su nombre de la citada lista.

El Tribunal de Primera Instancia dictó una primera sentencia desfavorable al Sr. Kadi, basada en el deber que tenía la UE de ejecutar las Resoluciones del Consejo de Seguridad (Caso T-315/01 *Yassin Abdullah Kadi c. Consejo y Comisión* [2005] ECRII-3649). El Sr. Kadi recurrió en casación ante el Tribunal de Justicia de la UE, que sí le dio la razón, declarando —en contra de lo fallado por el Tribunal de Primera Instancia— que la resolución impugnada suponía una violación del derecho a ser oído, del derecho a la propiedad privada y una vulneración del derecho a una revisión judicial efectiva³⁴.

El Consejo de Seguridad había reaccionado al creciente malestar por la falta de garantías en la imposición de sanciones, introduciendo dos mecanismos de garantía. En primer lugar, estableció un *Focal Point*, al que los individuos podían acceder³⁵ y en segundo lugar creó un *Ombudsman* para incrementar las garantías con respecto a la retirada de la lista negra³⁶. El Sr. Kadi cuyo nombre seguía incluido en la lista de individuos sancionados, sobre la base de una nueva Resolución del Consejo de la Unión, se dirigió nuevamente al Tribunal de Primera Instancia (Tribunal General desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa) para denunciar que a pesar de las nuevas garantías

³² HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis M. «Las Sanciones del Consejo de Seguridad contra al-Qaeda y los Talibanes: ¿Son Realmente Inteligentes?», REDI, 2006, Vol. 56, n.º 2, pp. 737-770.

³³ Juan Santos Vara, «El control judicial de las sanciones contra Al-Qaeda y los talibanes en la Unión Europea: ¿un desafío a los poderes del Consejo de Seguridad?» *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 32, Madrid, enero/abril (2009), pp. 91-120.

³⁴ C-402/05 y C-415/05, *Kadi y Al Barakaat International Foundation*, Sentencia de 3 de septiembre de 2008.

³⁵ Resolución del Consejo de Seguridad 1730 (2006).

³⁶ Resolución del Consejo de Seguridad 1904 (2009).

sus derechos no habían dejado de ser vulnerados. El Tribunal General le daba la razón nuevamente al Sr. Kadi³⁷, y declaraba que las dos innovaciones institucionales (*Focal Point* y *Ombudsman*) no garantizaban una revisión judicial efectiva de las decisiones del Comité de sanciones. Finalmente, y tras más de una década, el Consejo de Seguridad eliminó de la lista al Sr. Kadi, en 2012³⁸. Este caso permite plantearnos si el sistema de sanciones actual es sostenible teniendo en cuenta su limitada efectividad y su coste en términos de libertades y garantías de derechos fundamentales³⁹.

La polémica en torno a las sanciones abunda en la profunda crisis de legitimidad que el Consejo de Seguridad viene sufriendo en las últimas décadas y que se ha agudizado ante la crisis siria. Se cuestiona la falta de correspondencia entre la estructura del Consejo de Seguridad y la real distribución de poder en la sociedad internacional actual. La comunidad internacional en el momento presente está evolucionando hacia una creciente multipolaridad que no encaja con los privilegios exclusivos reconocidos a los cinco miembros del directorio de la posguerra. Países como Brasil, India o Egipto, además de otros procedentes de la sobrerrepresentada Europa reclaman también el reconocimiento de su peso en el sistema de seguridad colectiva. La necesidad de reformar el Consejo de Seguridad se viene planteando desde hace ya décadas⁴⁰.

Las dos grandes líneas de reforma pasan por su ampliación, para propiciar una representación más equitativa, y por la modificación de los métodos de trabajo con el objetivo de incrementar la transparencia. Las propuestas, en la actualidad, sugieren aumentar el número de miembros, incluyendo nuevos miembros permanentes con o sin reconocimiento de derecho de veto⁴¹. También se ha sugerido la limitación del derecho de veto, por ejemplo, en el caso de amenazas para la paz o quebrantamientos de la paz que tengan que ver con violaciones masivas de los derechos humanos, así como la necesidad de justificar adecuadamente su uso⁴². Las dificultades para que cualquiera de estas propuestas prospere, para lo que sería necesario contar con el consentimiento de los cinco miembros permanentes, son evidentes.

³⁷ T85/09, *Kadi*, Sentencia de 30 de septiembre de 2010.

³⁸ JorisLarik, «KadiDe-listed.ACauseforCelebration?», *EuropeanLawBlog*, 30octubre2012, disponible en: <http://europeanlawblog.eu/2012/10/30/kadi-de-listed-a-cause-for-celebration/>

³⁹ Alicia Cebada, «La Prohibición de la Amenaza y el Uso de la Fuerza en el Derecho Internacional Actual», en: F. Mariño (Dir.) *Instrumentos y Regímenes de Cooperación Internacional*, Editorial Trotta, 2017, pp. 220-221.

⁴⁰ Rosa Riquelme. La Interminable Historia de la Reforma del Consejo de Seguridad, *REDI*, 2009/2, pp. 745-776. BLANC ALTEMIR, Antonio, (Coord.) «El Proceso de Reforma de las Naciones Unidas: la Dimensión Institucional y el Mantenimiento de la Paz y la Seguridad Internacionales», 2009.

⁴¹ Alicia Cebada. «La prohibición... Op. cit., pp. 223 y ss.

⁴² Véase el análisis detallado que hace de la propuesta promovida por Francia en relación con una autolimitación en el ejercicio del veto por parte de los miembros del Consejo: Cesáreo Gutiérrez Espada, «Responsabilidad de Proteger y el Derecho de Veto... cit. Supra, pp. 14-15.

Siria: ¿un refrendo del Consejo de Seguridad a las soluciones unilaterales a través de una definición ampliada de la legítima defensa?

Lo cierto es que en lugar de caminar hacia un reforzamiento y mejora del sistema de seguridad colectiva y por tanto hacia el perfeccionamiento del marco multilateral, el caso de Siria demuestra que quizás estamos moviéndonos hacia una ampliación de los márgenes para la actuación unilateral. De hecho, ante la paralización del Consejo, la comunidad internacional ha reaccionado en el marco de una interpretación amplia del principio de legítima defensa, en relación con la lucha contra el terrorismo. Francia utilizó el argumento de la legítima defensa en septiembre de 2015 para justificar el uso de la fuerza armada contra la amenaza yihadista y para proteger a las víctimas francesas. Y tras el atentado contra la sala Bataclán en noviembre de ese mismo año llegó a declarar la guerra al terrorismo global⁴³. En Irak también se ha esgrimido el derecho de legítima defensa colectiva para justificar la intervención de la coalición liderada por Estados Unidos, mediante una interpretación amplia diseñada para validar la intervención más allá de las fronteras del Estado solicitante. La inminencia del ataque desde fuera de las fronteras es una de las condiciones que se ha dado por cumplida en el caso de la defensa de Irak contra el Daesh⁴⁴.

El Consejo de Seguridad se ha adherido definitivamente a esta línea de acción y ha otorgado carta de naturaleza a estos argumentos mediante la Resolución 2249 (2015), que ha sido interpretada como una base jurídica para justificar una guerra global contra el terrorismo extremista sobre la base de una ampliación de los límites de la legítima defensa. La clave que explica esta resolución es la consideración de la inminencia permanente de los ataques armados de ciertos grupos terroristas, en relación con los cuales, por tanto, la legítima defensa estaría justificada también de manera sostenida y permanente⁴⁵.

Al amparo de esta ampliación de la discrecionalidad para decidir unilateralmente el uso de la fuerza armada, la Administración Trump ha ordenado

⁴³ También habían recurrido al argumento de la legítima defensa para hacer frente al Daesh: Turquía, Estados Unidos y Reino Unido. Véase: Marc Weller. «Permanent Imminence of Armed Attacks: Resolution 2249/2015 and the Right to Self-Defence against Designated Terrorists Groups», Blog of the European Journal of International Law, 25 noviembre de 2015, disponible en: <http://www.ejiltalk.org/permanent-imminence-of-armed-attacks-resolution-2249-2015-and-the-right-to-self-defence-against-designated-terrorist-groups/>

⁴⁴ Sobre este tema, véase: Michael P. Scharf, «How the War Against ISIS Changed International Law» (2016). Faculty Publications. Paper 1638. http://scholarlycommons.law.case.edu/faculty_publications/1638.

Este es también el argumento utilizado por Australia para justificar su participación en la coalición liderada por Estados Unidos para defender a Irak del Daesh: George Brandis, «The War against Islamic State is One of Self Defence», en The Australian, 10 de septiembre de 2015: <http://www.theaustralian.com.au/opinion/the-war-against-islamic-state-is-one-of-selfdefence/news-story/8179e5a840f1216770d6e0a24c47eb52>

⁴⁵ Marc Weller. «Permanent Imminence... cit. supra

en abril de este año un bombardeo con misiles contra las fuerzas de Assad en Siria, en respuesta a un ataque con armas químicas de las fuerzas sirias contra la población civil. En este caso, el ataque químico había tenido lugar en territorio sirio y, por tanto, no había habido agresión directa ni contra Irak, ni contra Estados Unidos.

Se ha cuestionado la legalidad de la reacción de la Administración Trump, tanto desde la perspectiva del Derecho internacional como del propio Derecho interno de Estados Unidos. El argumento más utilizado por los que han justificado la legalidad de esta intervención armada es el del derecho inmanente de legítima defensa y, en concreto, de la legítima defensa anticipatoria⁴⁶.

El artículo 51 de la Carta de Naciones Unidas recoge la norma que permite el uso de la fuerza en legítima defensa frente a un ataque armado (TIJ, Nicaragua c. Estados Unidos, fondo, 1986 párrs. 34 y 176). El tenor literal del precepto es el siguiente:

«Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales».

Si nos atenemos al tenor literal del artículo 51 de la Carta, la legítima defensa preventiva e incluso la anticipatoria parecen quedar descartadas, pues se establece la necesidad de un previo ataque armado. Sin embargo, el derecho «inmanente» a la legítima defensa también aparece garantizado por una norma consuetudinaria y la cuestión es si esta norma permitiría una respuesta anticipatoria en caso de ataque inminente o incluso una respuesta preventiva, cuando existe una situación de riesgo, una posibilidad fundamentada de que el ataque se produzca. Los que sostienen que el artículo 51 de la Carta solo codifica algunos aspectos de la norma consuetudinaria se basan en que el citado precepto comienza estableciendo que «nada en la Carta obstaculizará el derecho inmanente a la legítima defensa, individual o colectiva».

Existe un consenso bastante amplio sobre que ni la norma consuetudinaria que autoriza el uso de la fuerza en legítima defensa, ni el artículo 51 de la

⁴⁶ Charlie Dunlap. «Yes, the Attack on Syria was Justifiable and International Law will benefit from it», Lawfire. Duke University, 7 April 2017, disponible en: <https://sites.duke.edu/lawfire/2017/04/07/yes-the-attack-on-syria-was-justifiable-and-international-law-will-benefit-from-it/>

Carta de Naciones Unidas dan cobertura a la legítima defensa preventiva, aunque concita más dudas si es posible algún tipo de reacción en legítima defensa frente a un ataque inminente, en el marco de la llamada legítima defensa anticipatoria. No es fácil determinar la inminencia, ni tampoco definir qué tipo de respuesta se podría producir bajo la condición de proporcionalidad que, en todo caso, habría que respetar⁴⁷.

Con objeto de establecer el contenido de la norma consuetudinaria hay que hacer referencia al incidente *Caroline*, en 1841, entre Estados Unidos y Reino Unido, que se produjo en el contexto de una rebelión canadiense contra los británicos. Los rebeldes, apoyados por Estados Unidos, estaban usando el barco de vapor *Caroline* para transportar munición. El 29 de diciembre de 1837 los británicos destruyeron el *Caroline* cuando se encontraba atracado en un puerto de Estados Unidos. Dos tripulantes del *Caroline* murieron en el ataque. Los Estados Unidos protestaron porque consideraron que se había violado su integridad territorial. Los británicos acusaban al buque de haber llevado a cabo operaciones de piratería y justificaron su acción en su derecho inmanente de legítima defensa. Este incidente dio lugar a un rico intercambio diplomático entre Estados Unidos y Reino Unido que giró en gran medida en torno a los límites de la legítima defensa. Para Estados Unidos los requisitos de necesidad y proporcionalidad eran ineludibles. Reino Unido reclamaba su derecho a actuar de modo anticipatorio. De acuerdo con Estados Unidos la inminencia del ataque implicaba una necesidad de defenderse «instant, overwhelming, leaving no choice of means and no moment for deliberation» (instantánea, abrumadora, que no permite la elección de medios ni deja tiempo para deliberar), definición que fue aceptada por el Reino Unido. No parece claro que estos requisitos se cumplan en el caso de Siria.

Desde Naciones Unidas también se ha amparado el derecho a responder frente a un ataque inminente. El Panel de Alto Nivel sobre Amenazas, Desafíos y Cambios, en su Informe «Un mundo más seguro, la responsabilidad que compartimos», 2004, expresamente establecía que un Estado amenazado puede responder mediante el uso de la fuerza cuando el ataque es inminente (párrafo 188).

Sin embargo, con posterioridad, en su sentencia en el asunto República Democrática del Congo c. Uganda, 2005, el Tribunal Internacional de Justicia parecía decantarse por una interpretación literal del artículo 51 según la cual la legítima defensa anticipatoria no sería posible. Sugiere el Tribunal que al Estado amenazado siempre le queda el recurso de dirigirse al Consejo de Seguridad:

«Article 51 of the Charter may justify a use of force in self-defence only within the strict confines there laid down. It does not allow the use of force by a

⁴⁷ GARCÍA RICO, Elena del Mar. La Legítima Defensa en el Derecho Internacional ¿Algo Nuevo Bajo el Sol tras la Sentencia de la CIJ en el Asunto de las Plataformas Petrolíferas?, REDI, 2003, n.º 2, pp. 819-838.

State to protect perceived security interests beyond these parameters. Other means are available to a concerned State, including, in particular, recourse to the Security Council». (Párr. 148)⁴⁸.

En el caso de Siria y de la llamada guerra contra el terrorismo, en realidad más que de legítima defensa anticipatoria parece que estaríamos ante un caso de legítima defensa preventiva donde los condicionamientos se relajan hasta el punto de que no se requeriría la inminencia del ataque, tan solo la existencia de un riesgo o un peligro⁴⁹.

Es evidente que el movimiento del Consejo autorizando a los Estados a usar todos los medios para acabar con la amenaza terrorista nos acerca a la doctrina de la legítima defensa preventiva, con todos los problemas que esto implica⁵⁰ y abunda en una trayectoria que se había iniciado ya tras los atentados del 11S⁵¹. De hecho, este concepto se desarrolló en la Estrategia de Seguridad de Estados Unidos, en 2002 y en su revisión de 2005. A la luz de la trayectoria del Consejo de Seguridad en este ámbito, se puede llegar a sostener como ha hecho Michael P. Scharf, que la guerra contra ISIS ha cambiado el Derecho internacional, y no precisamente en la dirección de la construcción de un orden multilateral más efectivo⁵².

Desde luego resulta perturbador comprobar que siempre parece resultar más sencillo desandar los caminos del multilateralismo y retomar sendas unilaterales. El debilitamiento del orden multilateral no es una buena noticia

⁴⁸ GUTIÉRREZ ESPADA, C., y CERVELL HORTAL, M^a. J., La prohibición del uso de la fuerza en la Sentencia de la CIJ de 19 de diciembre de 2005 [asunto sobre las actividades armadas en el territorio del Congo] (República Democrática del Congo c. Uganda), REDI, 2006, n.º 1, pp. 239-256

⁴⁹ Alicia Cebada. «La prohibición de la Amenaza... cit. Supra., pp. 212 y ss.

⁵⁰ Manuel Pérez González, «La legítima defensa puesta en su sitio: observaciones críticas sobre la doctrina Bush de la acción preventiva», *Revista Española de Derecho Internacional*, 2003, pp. 187-204.

⁵¹ Antonio Remiro Brotons, «Terrorismo, mantenimiento de la paz y Nuevo Orden», *Revista Española de Derecho Internacional*, 2001, pp. 125-171; Joaquín Alcaide Fernández. «La Guerra contra el Terrorismo. ¿Una OPA hostil al Derecho de la Comunidad Internacional?», REDI, 2001, pp. 289-307. Paz Andrés Sáenz de Santamaría, «Las Normas Relativas al Uso de la Fuerza: La Seguridad Colectiva y la Legítima Defensa en el Contexto de la Reforma de Naciones Unidas», en Caterina García; A. Rodrigo (Ed.) *La Seguridad Comprometida. Nuevos Desafíos, Amenazas y Conflictos Armados*, Tecnos 2008, pp. 113-129. Antonio F. Fernández Tomás, «El recurso al artículo quinto del Tratado de Washington tras los acontecimientos del 11 de septiembre: mucho ruido y pocas nueces», *Revista Española de Derecho Internacional*, 2001, pp. 205-226. Javier González Vega. «Los atentados del 11 de septiembre, La Operación Libertad Duradera y el Derecho de Legítima Defensa», REDI, 2001, pp. 247-271. Luis Ignacio Sánchez Rodríguez, «Una cara oscura del Derecho Internacional: legítima defensa y terrorismo internacional», *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz* 2002, Bilbao, 2004, pp. 267-299. Amparo Sanjosé Gil, «La legítima defensa individual y colectiva y el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas», in J. Cardona Lloréns, *La ONU y el mantenimiento de la paz en el siglo XXI. Entre la adaptación y la reforma de la Carta*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pp. 329- 361

⁵² Michael P. Scharf, «How the War Against... cit. supra.

y, desgraciadamente, no se está dando únicamente en el ámbito del mantenimiento de la paz y la seguridad internacional.

De la Impotencia de la Asamblea General a la Creación de un Nuevo Mecanismo de Control

Como se ha visto, uno de los grandes desafíos que suscita el sistema de seguridad colectiva en la actualidad es cómo superar las situaciones de bloqueo del Consejo de Seguridad. Aunque esta es la institución a la que se encomienda la responsabilidad primordial en lo que se refiere al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, el Tribunal Internacional de Justicia ha tenido ocasión de declarar que el papel del Consejo es cardinal pero no exclusivo (Nicaragua c. Estados Unidos, actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua, fondo, 1986, párr. 95).

Se plantea si ante la parálisis de este le corresponde a la Asamblea General asumir un papel más central. En esta línea, la Asamblea General adoptó en 1950, la Resolución 377 (V) «Unidos por la Paz», en la que asumía, sobre la base del artículo 14 de la Carta de Naciones Unidas, una responsabilidad subsidiaria para mantener la paz y la seguridad internacionales. En esta resolución la Asamblea General se reservaba el derecho a adoptar medidas colectivas, incluyendo el uso de la fuerza.

En los hechos, el uso de la fuerza solo ha sido autorizado por la Asamblea una vez, con la Resolución 498 (V) de 1951, en la que se daba el visto bueno a la intervención china en la República de Corea. No obstante, la Asamblea General ha asumido una responsabilidad subsidiaria en el mantenimiento de la paz en distintas ocasiones. Se han convocado, sobre la base de la Resolución Unidos por la Paz, 10 sesiones extraordinarias de emergencia, para examinar la actuación ilegal de Israel en los territorios ocupados (1997), la situación en los Altos del Golán (1982); en Namibia (1981); en Palestina (1980); en Afganistán (1980); en República Democrática del Congo (1960); en Líbano (1958); en Hungría (1956); en el Canal de Suez (1956)⁵³. En estas sesiones extraordinarias la Asamblea General ha llegado a imponer sanciones⁵⁴, ha ordenado el establecimiento de misiones de investigación⁵⁵ y ha dispuesto la creación de mecanismos ad hoc como el Registro de Daños causados por la construcción del muro por Israel⁵⁶.

⁵³ La lista completa de las Resoluciones adoptadas en sesiones extraordinarias, se puede encontrar aquí: <http://research.un.org/en/docs/ga/quick/emergency>

⁵⁴ A/RES/ES-8/2 de septiembre de 1981. Impone sanciones contra Sudáfrica por la ocupación de Namibia.

⁵⁵ Por ejemplo, en el caso de los crímenes en los territorios ocupados por Israel, la Asamblea le encarga al Secretario General que cree una Fact-Finding Mission (A/RES/ES-10/16, de 4 de abril de 2007).

⁵⁶ A/RES/ES-10/17, de 24 de enero de 2007.

En la Resolución A/Res./60/286, de 2006, sobre revitalización de la Asamblea General, se reafirma su papel y autoridad incluyendo asuntos relativos a la paz y seguridad internacionales, aunque reconociendo la responsabilidad primordial del Consejo de Seguridad.

En lo que se refiere a Siria, la Asamblea General no ha dejado de lamentarse, a lo largo de estos años, ante la inacción del Consejo de Seguridad. Se han adoptado 8 resoluciones sobre este conflicto y se ha llegado a condenar en dos ocasiones al Gobierno sirio, así como a ISIS/DAESH. El lamento de la Asamblea alcanza no sólo la inacción del Consejo de Seguridad, sino que incluso se refiere específicamente a la reticencia del máximo responsable de proteger la paz y seguridad internacionales, a dar traslado de la situación a la Corte Penal Internacional.

Ante el bloqueo del Consejo, la Asamblea General adoptó el 17 de febrero de 2012 una Resolución apoyando el plan de paz de la Liga Árabe, exigiendo al Presidente Al Assad que abandonara la presidencia del país y reclamando el cese de la violencia contra la población civil. La Resolución, impulsada por los Estados árabes, fue aprobada por una amplia mayoría de 137 Estados⁵⁷. Aquí la Asamblea actuó, de nuevo, subsidiariamente ante los vetos de Rusia y China a la adopción de una resolución del Consejo de Seguridad con el mismo objetivo, el de apoyar el plan de paz propuesto por la Liga Árabe⁵⁸.

En diciembre de 2016 la Asamblea General dio un paso inédito que se puede considerar como una consecuencia tanto de la constatación de que se están cometiendo gravísimos crímenes en Siria y de que existe un riesgo real de que queden impunes, como de la consolidación de los mecanismos judiciales en el ámbito del derecho internacional penal que refuerzan la posibilidad de que esos crímenes puedan ser juzgados en el futuro. La Asamblea General adoptaba una resolución en la que decidía crear un Mecanismo Internacional, Imparcial e Independiente para asistir en la investigación y enjuiciamiento de los responsables de los crímenes internacionales y más graves cometidos en Siria desde marzo de 2011⁵⁹.

El mecanismo se concibe como un órgano subsidiario de la Asamblea General, tendrá sede en Ginebra y está encabezado por la recién nombrada, Catherine Marchi-Uhel⁶⁰. Su función principal consistirá en recoger, preservar y

⁵⁷ A/RES/66/253, de 21 de febrero de 2012. Alicia Cebada. «La Prohibición de la Amenaza... cit. Supra., pp. 221 y ss.

⁵⁸ Paz Andrés Sáenz de Santamaría destacaba ya la relevancia de esta resolución de la Asamblea General, Paz Andrés Sáenz de Santamaría, *Las Naciones Unidas ante el...* Op. cit., supra, pp. 9-10.

⁵⁹ Asamblea General de Naciones Unidas, A/71/L/48, de 19 de diciembre de 2016. Disponible en: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/71/248&referer=/english/&Lang=S

⁶⁰ El 3 de julio, el secretario general de Naciones Unidas ha anunciado el nombramiento de Catherine Marchi-Uhel como directora del Mecanismo. Ha ocupado, entre

analizar pruebas de violaciones del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos, así como en documentar los crímenes, preparando expedientes, para facilitar el posible ulterior procesamiento de los culpables. Asistirá en la investigación y enjuiciamiento de los responsables de los crímenes más graves contra el Derecho internacional, en particular, los crímenes de genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. El trabajo del mecanismo será, complementario del que viene desarrollando la Comisión Internacional Independiente de Investigación, presidida por Paulo Pinheiro, y creada en el marco del Consejo de Derechos Humanos⁶¹.

Esta Comisión de investigación ha emitido ya varios informes en los que se acredita la falta de cooperación del Gobierno y las graves violaciones de derechos humanos, el uso de armas químicas y como se está impidiendo el acceso de ayuda humanitaria. Las principales diferencias entre el trabajo a cumplimentar por el mecanismo con respecto al que realiza la Comisión es que mientras que esta elabora informes y lleva a cabo investigaciones que hace públicos, la labor del mecanismo se desarrollará bajo el principio de confidencialidad, porque el objetivo no es denunciar los crímenes sino preparar los expedientes y los elementos de prueba que permitirán —en un futuro— enjuiciar a los presuntos culpables⁶². Se puede decir que el mecanismo tendrá una función cuasi-procesal de la que carece la Comisión⁶³.

El Consejo de Seguridad ya había creado órganos similares con anterioridad. Así, el 16 de noviembre de 1992, se creó una Comisión de Investigación para

otros, el cargo de Ombudsman en el Comité del Consejo de Seguridad, jueza en Francia y jueza en la Misión Interina de Administración en Kosovo y en las Salas Extraordinarias de Camboya. United Nations Secretary General. Note for correspondents, 27 de enero de 2017: <https://www.un.org/sg/en/content/sg/note-correspondents/2017-01-26/note-correspondents-international-impartial-and>

⁶¹ El Consejo de Derechos Humanos es un órgano creado por la Asamblea General de Naciones Unidas. Ha adoptado más de 27 resoluciones sobre Siria. Se ha recomendado e impulsado la referencia de la situación a la CPI. Y más específicamente se ha condenado el asedio de Alepo y el trato a los yezidis. Rusia, China y Venezuela han votado sistemáticamente en contra de la adopción de estas resoluciones. Es interesante destacar que Rusia no logró los apoyos necesarios para renovar en 2016 su puesto en el Consejo. Hubo una fuerte campaña orquestada en su contra precisamente por su posición en Siria. Esto demuestra que determinados comportamientos pueden recibir la reprensión efectiva por parte de gran parte de la comunidad internacional.

⁶² <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=21241>

⁶³ En este sentido destaca la previsión de que el mecanismo se dote de una Unidad de Protección de Víctimas y Testigos. Los términos de referencia del mecanismo se pueden consultar en A/71/755, de 19 de enero de 2017: Informe del secretario general relativo a la Aplicación de la Resolución por la que se establece el Mecanismo Internacional, Imparcial e Independiente para ayudar en la investigación y enjuiciamiento de los responsables de los delitos de Derecho Internacional más graves cometidos en Siria desde marzo de 2017. Disponible en: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/71/755&referer=/english/&Lang=S

analizar y examinar las pruebas de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en la antigua Yugoslavia. En 1994 también creaba, mediante la Resolución 935, una Comisión de Expertos para examinar y analizar la información derivada de las investigaciones sobre Ruanda, con el objetivo de facilitar al secretario general las evidencias de graves violaciones del Derecho internacional humanitario, así como de genocidio. Además, el 18 de septiembre de 2004 se creó una Comisión internacional para investigar si había habido genocidio en Darfur, identificar a los perpetradores y asegurar que fueran enjuiciados. En enero de 2005 se estableció otra Comisión para evaluar el procesamiento de graves crímenes cometidos en Timor Este en 1999.

Por su parte, la Asamblea General había tenido ocasión en el pasado de manifestar su apoyo a la creación de órganos internacionales con funciones judiciales para perseguir y castigar a los culpables de crímenes internacionales, como el Tribunal especial para Sierra Leona o las Cámaras Extraordinarias en los Tribunales de Camboya⁶⁴.

Lo novedoso en el caso del mecanismo de Siria es que la Asamblea General no se limita a expresar su apoyo, sino que es ella misma la que ante la inacción del Consejo de Seguridad da el paso y crea un puente entre el sistema de seguridad colectiva y el ámbito propio del derecho internacional penal. El Consejo no ha podido aprobar la remisión de la situación a la Corte Penal Internacional, pero se ha constatado que se están cometiendo graves crímenes contra el derecho internacional. En estas situaciones, este tipo de mecanismo de control puede ser muy importante para evitar la impunidad, facilitando el procesamiento y castigo de los presuntos culpables una vez que las circunstancias hayan cambiado para hacer posible que la situación pueda ser trasladada a una instancia judicial. La mera existencia de un organismo de este tipo puede tener efectos disuasorios, porque deja clara la voluntad firme de la comunidad internacional de no permitir que los crímenes queden impunes.

La resolución de la Asamblea General por la que se creó el mecanismo se adoptó con 115 votos a favor, 52 abstenciones y 15 votos en contra. Rusia se ha opuesto con vehemencia a este movimiento de la Asamblea, cuestionando con claridad su poder para crear un organismo con funciones cuasiprocesales⁶⁵.

Aunque el nuevo mecanismo plantea algunas dudas⁶⁶, se trata, sin duda, de una iniciativa muy interesante, que supone un paso adelante en el desarrollo

⁶⁴ James Cockayne da argumentos en favor del paso dado por la Asamblea General: James Cockayne, «Will there be Justice for Syria?», Oxford University Press Blog, 5 de mayo de 2017, disponible en: <https://blog.oup.com/2017/05/justice-for-syria-law/>

⁶⁵ Los principales argumentos de la Federación rusa se recogen en una nota verbal dirigida a la Asamblea el 8 de febrero de 2017: A/71/793, de 14 de febrero de 2017.

⁶⁶ Véase al respecto: Beti Hohler; Elizabeth Pederson, «The Syrian Mechanism: Bridge to Prosecutions or Evidentiary Limbo». E-International Relations, 26 mayo 2017, <http://www.e-ir.info/2017/05/26/the-syria-mechanism-bridge-to-prosecutions-or-evidentiary-limbo/>

de la función de control por parte de la comunidad internacional. De hecho, ya se ha reclamado la creación de un organismo de este tipo para investigar los crímenes cometidos en Iraq⁶⁷. Para hacer un balance más definitivo sobre su utilidad y alcance habrá, no obstante, que esperar a comprobar cómo funciona en la práctica una vez esté definitivamente constituido y haya comenzado a operar⁶⁸.

Los Esfuerzos del Secretario General

El secretario general se ha implicado de manera clara en la búsqueda de soluciones para Siria. El seguimiento exhaustivo que ha venido realizando queda demostrado por los numerosos informes que ha publicado sobre la situación en el país. En lo que va de 2017 ha emitido ya 5 concernientes a la situación humanitaria. Solo en 2016 se publicaron 29 referidos a la utilización de armas químicas y a la necesidad apremiante de permitir el acceso de la ayuda humanitaria. Además, hay informes en los que se denuncia la violencia sexual, y el reclutamiento y la utilización activa de menores en el conflicto⁶⁹. En los documentos del secretario general se pone de manifiesto la situación de extrema vulnerabilidad en que se encuentra la población en Siria ante la comisión de graves crímenes internacionales.

El secretario general ha tratado de impulsar el desarrollo del principio de resolución pacífica de diferencias en el caso sirio. Ha nombrado hasta el momento a 3 enviados especiales que han ejercido funciones de buenos oficios y mediación. Tras los fallidos intentos por parte de Kofi Annan y de Brahimi por acercar las posiciones de las partes y lograr una resolución acordada del conflicto, en estos momentos el reto está siendo asumido por Staffan de Mistura que ha propuesto un acuerdo en torno a tres puntos: la organización de un proceso de transición, el nombramiento de una autoridad de transición y la redacción de una nueva Constitución. El plan del enviado especial está apoyado por el Consejo de Seguridad⁷⁰ y se basa en el Comunicado de Ginebra, de junio de 2012, confirmado también por el Consejo de Seguridad en la Resolución 2118 (2013). A lo largo de estos años se han auspiciado distintas rondas de conversaciones de paz en Ginebra (Kofi Annan —2012—; Brahimi —2014—; y Mistura —a partir de 2016—). Y en la Cumbre de Viena de 2015

⁶⁷ Ewelina V. Ochab. «A New Mechanism for Syria. But What about Iraq?». Forbes- World Affairs, 27 de marzo de 2017. Disponible en: <https://www.forbes.com/sites/ewelinaochab/2017/03/27/a-new-mechanism-for-syria-but-what-about-iraq/2/#438723ff6542>

⁶⁸ Los términos de referencia para su funcionamiento fueron publicados por el secretario general en enero de 2017. Aquí se puede acceder a la convocatoria: <https://www.un.int/pm/annex-i-tor-head-syria-mechanism-iiim>

⁶⁹ Véase por ejemplo, Report of the Secretary General on Conflict-Related Sexual Violence, 15 abril de 2017, S/2017/249, párrafos 69 y ss.

⁷⁰ Resolución del Consejo de Seguridad 2254 (2015)

se creó el Grupo internacional de apoyo a Siria, que se ha ido ampliando y ha pasado de los 19 miembros originales a contar con 26 en la actualidad⁷¹.

En estos momentos, Staffan de Mistura sigue trabajando para llevar a todas las partes a la mesa de negociación y poner fin a la guerra. La última ronda de conversaciones se ha desarrollado en Ginebra a partir del 10 de julio. De acuerdo con la Resolución 2254 (2015) del Consejo de Seguridad las conversaciones se han centrado en la gobernanza, en la fijación de un calendario y un proceso para redactar una nueva constitución y para celebrar elecciones, como clave para llegar a una solución siria al conflicto sirio. Sin embargo, el régimen sirio no ha mostrado ni la más mínima intención de afrontar una transición política. La próxima ronda de negociaciones se desarrollará en septiembre.

Aunque el propio Staffan de Mistura admite que hay muchas razones para la preocupación, pues la violencia sigue fuera de control en algunas zonas, en su último informe al Consejo de Seguridad, de 27 de junio de 2017, el Enviado Especial de Naciones Unidas señala que también hay motivos para la esperanza⁷². En particular, el alto el fuego impulsado conjuntamente por Rusia, Turquía e Irán en diciembre de 2016 derivó en las conversaciones de Astana, en Kazajistán, en las que se ha decidido crear cuatro «zonas de distensión», que según constata el enviado especial han supuesto una reducción de la violencia.

Es también loable la decisión de Staffan de Mistura de reactivar la *Civil Society Support Room*, en cuyo marco ha mantenido consultas con una cincuenta de organizaciones de la sociedad civil. Este esfuerzo es fundamental en conflictos como el sirio, donde por difícil que parezca la tarea de poner fin a la violencia, el verdadero desafío vendrá una vez que el conflicto se haya resuelto y haya que reconstruir el país⁷³. En esta fase, la sociedad civil organizada está llamada a jugar un papel crucial.

El Consejo de Derechos Humanos

Este órgano se ha ocupado extensamente de la situación en Siria. En primer lugar hay que destacar el trabajo que viene realizando la Comisión Independiente de Investigación, a la que ya nos hemos referido⁷⁴. La Comisión ha publicado hasta el momento cuatro Informes en los que se han denunciado

⁷¹ España forma parte de este grupo, que está presidido por Estados Unidos y Rusia.

⁷² Se puede consultar el Informe en: [http://www.unog.ch/unog/website/news_media.nsf/\(httpPages\)/65D83B18C5CD6C54C125814D002CDBFA?OpenDocument](http://www.unog.ch/unog/website/news_media.nsf/(httpPages)/65D83B18C5CD6C54C125814D002CDBFA?OpenDocument)

⁷³ Francisco J. Quiñones de la Iglesia, «Un examen de las Causas... Op. cit. Supra, p. 12.

⁷⁴ La Comisión fue establecida el 22 de agosto de 2011 por el Consejo de Derechos Humanos a través de la Resolución S-17/1, con el mandato de investigar todas las supuestas violaciones de derechos humanos cometidas en la República árabe de Siria desde marzo de 2011. Los miembros de la Comisión son: Paulo Sergio Pinheiro (Brasil), Karen Koning

graves violaciones de derechos humanos perpetradas a lo largo y ancho del país. La Comisión ha basado sus informes en entrevistas con más de 5.200 testigos y víctimas. Debido a la falta de cooperación del Gobierno, que no le ha permitido acceder al país, la Comisión ha entrevistado a personas localizadas en campos de refugiados y en hospitales en países vecinos. Para acceder a las víctimas y testigos en Siria se ha recurrido a Skype o al teléfono.

Además, se han convocado cuatro sesiones especiales para analizar la situación de los derechos humanos en el país⁷⁵. Y, por último, Siria se sometió al Examen Periódico Universal en diciembre de 2016⁷⁶. Entre las recomendaciones que Siria se ha comprometido a estudiar, en el marco del Examen, se encuentran la de cooperar con la Comisión Independiente y permitirle el libre acceso sin trabas a su territorio. Hasta el momento, el Gobierno se ha negado a cooperar con la Comisión alegando que es un órgano sesgado y politizado.

También se ha recomendado a Siria que siga esforzándose a través del diálogo constructivo para llegar a una solución pacífica y política. Se ha reiterado el llamamiento al Gobierno para que se comprometa con la igualdad de género y los derechos de la mujer, para la que se reclama un lugar adecuado en el proceso de reconciliación nacional. Igualmente, son numerosas las recomendaciones que apuntan a la necesidad de que el Gobierno proteja a la población civil, ponga fin al uso de la violencia, facilite el acceso de la ayuda humanitaria y se comprometa a respetar el Derecho internacional humanitario y el Derecho internacional de los derechos humanos.

En la última Resolución del Consejo de Derechos Humanos sobre la situación en Siria, se sigue condenando la comisión de graves crímenes internacionales tanto por el Gobierno, como por los grupos insurgentes, entre los que se encuentran: la utilización de armas químicas, las torturas, los ataques a civiles, hospitales y escuelas, la utilización del hambre como arma de guerra, los abusos contra las mujeres, los asesinatos de prisioneros, las detencio-

AbuZayd (Estados Unidos); Carla del Ponte (Suiza); El turco Yakin Ertuk y el tailandés Vitit Muntharborn son también ex miembros de la Comisión.

El mandato originariamente establecido en la Resolución S-17/1 ha sido progresivamente ampliado. Así, mediante la Resolución S/19-1 se le encomendó la investigación sobre la masacre de Al-Houlah y de hallar y preservar las pruebas de los crímenes cometidos con vistas a un potencial futuro procesamiento de los presuntos culpables. En la Resolución 21/26 se le encarga una investigación rápida, transparente e independiente sobre los abusos y las violaciones del derecho internacional con vistas a procesar a los responsables de tales abusos y violaciones, incluyendo aquellos que pudieran considerarse como crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra.

⁷⁵ Sesión 16.ª, 29 de abril de 2011; Sesión 18.ª, 2 diciembre de 2011; Sesión 19.ª, 1 de junio de 2012; y 25.ª, de 21 de octubre de 2016, en la que se trató específicamente de la situación en Alepo.

⁷⁶ A/HRC/34/5

nes arbitrarias, la utilización de municiones en racimo o las bombas barril, así como la destrucción del patrimonio cultural, con referencia expresa a Palmira⁷⁷. Esta Resolución describe un panorama desolador, que pone de manifiesto la extrema complejidad no solo de la resolución del conflicto, sino del ulterior proceso de reconciliación nacional.

Conclusiones

Aunque las críticas a Naciones Unidas por su inoperancia en el conflicto sirio están justificadas, también es necesario introducir ciertos matices. Las críticas son comprensibles si se dirigen al Consejo de Seguridad. Sin embargo, hay que poner en valor el inmenso esfuerzo que la Asamblea General y el secretario general están realizando para llegar a soluciones creativas que tratan de paliar la esclerosis del sistema de seguridad colectiva.

Porque está claro que la experiencia en Siria pone de manifiesto, una vez más, la insoslayable necesidad de reformar el Consejo de Seguridad para adecuarlo a las nuevas amenazas, evitar la parálisis derivada de los intereses geoestratégicos de sus miembros permanentes y poder ofrecer una protección adecuada a la población civil⁷⁸. Las dimensiones catastróficas de la emergencia humanitaria en el caso de Siria, no hacen más que subrayar la urgencia con que se debería abordar este reto porque lo cierto es que el bloqueo del Consejo de Seguridad cuesta vidas.

En la Estrategia Global de la Unión Europea, se declara expresamente que el compromiso con la gobernanza global debe traducirse en una decisión de reformar las Naciones Unidas, incluyendo el Consejo de Seguridad. Y hace un llamamiento a los miembros del Consejo a no bloquear acciones dirigidas a prevenir o poner fin a atrocidades⁷⁹. Francia y México han propuesto el establecimiento de una autolimitación de los miembros permanentes en el ejercicio de su derecho de veto en los casos de atrocidades masivas. En la misma línea se sitúa también la iniciativa lanzada por el Centro Global para la Responsabilidad de Proteger para establecer un código de conducta en el Consejo⁸⁰. Lo cierto, no obstante, es que no todos los miembros permanentes están dispuestos a aceptar voluntariamente límites a su prerrogativa de veto, por lo que no será fácil avanzar en esta dirección.

Pero lo que resulta verdaderamente alarmante es que existen indicios claros de que incluso podríamos estar avanzando en la dirección equivocada. La

⁷⁷ A/HRC/35/L.9, de 16 de junio de 2017.

⁷⁸ Xavier Pons Rafols, «Naciones Unidas... Op. cit. Supra, p. 13.

⁷⁹ Estrategia Global de la Unión Europea, pp. 39-40: http://europa.eu/globalstrategy/sites/globalstrategy/files/regions/files/eugs_review_web_0.pdf

⁸⁰ Se puede encontrar toda la información sobre esta iniciativa en la página web del Centro Global: http://www.globalr2p.org/our_work/un_security_council_code_of_conduct

ampliación de los contornos de la legítima defensa frente al terrorismo global confirmada por el Consejo supone un reforzamiento de la línea de respuesta unilateral, frente a la apuesta por el multilateralismo efectivo. Habrá que permanecer vigilante para tratar de denunciar cualquier intento de instaurar la lógica de la legítima defensa preventiva frente al extremismo violento.

La situación siria ilustra también las limitaciones del Derecho internacional humanitario para frenar las violaciones graves perpetradas por actores no estatales e incluso por actores estatales que se convierten en violadores recalcitrantes. Los desarrollos del Derecho internacional penal constituyen un refuerzo fundamental del Derecho internacional humanitario. Por ello, hay que saludar iniciativas novedosas como la creación —por la Asamblea General— de un Mecanismo Independiente con el objetivo de documentar los crímenes más graves que se han cometido y se siguen perpetrando con vistas a un posible enjuiciamiento de los presuntos culpables. Ante la imposibilidad —hasta el momento— de remitir la situación siria a la Corte Penal Internacional, la mera creación de este mecanismo puede tener ciertos efectos disuasorios.

Por último, el secretario general ha actuado como el máximo exponente del principio de resolución pacífica de controversias. En el ejercicio de dicho principio, ha nombrado enviados especiales como mediadores, ha auspiciado procesos de negociación y ha realizado todo tipo de llamamientos a las partes para que pongan fin al uso de la violencia y lleguen a una solución política al conflicto. Sin embargo, el caso sirio es una demostración palpable de que, a pesar de las buenas intenciones, las partes en un conflicto no siempre están dispuestas a resolverlo de manera pacífica. En esos casos, hay que arbitrar soluciones y ofrecer protección a la sociedad civil, sin que hasta el momento la comunidad internacional personificada en Naciones Unidas, haya demostrado que sea capaz de hacerlo.

Composición del grupo de trabajo

Coordinador:	D. Fernando Flores Jiménez <i>Profesor facultad de Derecho Universidad de Valencia.</i>
Vocal/Secretario:	D. Federico Aznar Fernández-Montesinos <i>Capitán de fragata. Analista principal del IEEE.</i>
Vocales:	D. José L. González Cussac <i>Profesor facultad de Derecho Universidad de Valencia.</i> Doña Rosario Serra Cristóbal <i>Profesora facultad de Derecho Universidad de Valencia.</i> Doña Elena M. Górriz Royo <i>Profesora facultad de Derecho Universidad de Valencia.</i> D. Andrés González Martín <i>Teniente coronel. Analista principal del IEEE.</i> Doña Alicia Cebada Romero <i>Profesora Universidad Carlos III.</i>

Cuadernos de Estrategia

- 01 La industria alimentaria civil como administradora de las FAS y su capacidad de defensa estratégica
- 02 La ingeniería militar de España ante el reto de la investigación y el desarrollo en la defensa nacional
- 03 La industria española de interés para la defensa ante la entrada en vigor del Acta Única
- 04 Túnez: su realidad y su influencia en el entorno internacional
- 05 La Unión Europea Occidental (UEO) (1955-1988)
- 06 Estrategia regional en el Mediterráneo Occidental
- 07 Los transportes en la raya de Portugal
- 08 Estado actual y evaluación económica del triángulo España-Portugal-Marruecos
- 09 Perestroika y nacionalismos periféricos en la Unión Soviética
- 10 El escenario espacial en la batalla del año 2000 (I)
- 11 La gestión de los programas de tecnologías avanzadas
- 12 El escenario espacial en la batalla del año 2000 (II)
- 13 Cobertura de la demanda tecnológica derivada de las necesidades de la defensa nacional

- 14 Ideas y tendencias en la economía internacional y española
- 15 Identidad y solidaridad nacional
- 16 Implicaciones económicas del Acta Única 1992
- 17 Investigación de fenómenos belígenos: método analítico factorial
- 18 Las telecomunicaciones en Europa, en la década de los años 90
- 19 La profesión militar desde la perspectiva social y ética
- 20 El equilibrio de fuerzas en el espacio sur europeo y mediterráneo
- 21 Efectos económicos de la unificación alemana y sus implicaciones estratégicas
- 22 La política española de armamento ante la nueva situación internacional
- 23 Estrategia finisecular española: México y Centroamérica
- 24 La Ley Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional (cuatro cuestiones concretas)
- 25 Consecuencias de la reducción de los arsenales militares negociados en Viena, 1989. Amenaza no compartida
- 26 Estrategia en el área iberoamericana del Atlántico Sur
- 27 El Espacio Económico Europeo. Fin de la Guerra Fría
- 28 Sistemas ofensivos y defensivos del espacio (I)
- 29 Sugerencias a la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones (LOT)
- 30 La configuración de Europa en el umbral del siglo XXI
- 31 Estudio de «inteligencia operacional»
- 32 Cambios y evolución de los hábitos alimenticios de la población española
- 33 Repercusiones en la estrategia naval española de aceptarse las propuestas del Este en la CSBM, dentro del proceso de la CSCE
- 34 La energía y el medio ambiente
- 35 Influencia de las economías de los países mediterráneos del norte de África en sus respectivas políticas defensa
- 36 La evolución de la seguridad europea en la década de los 90
- 37 Análisis crítico de una bibliografía básica de sociología militar en España. 1980-1990
- 38 Recensiones de diversos libros de autores españoles, editados entre 1980-1990, relacionados con temas de las Fuerzas Armadas
- 39 Las fronteras del mundo hispánico
- 40 Los transportes y la barrera pirenaica

- 41 Estructura tecnológica e industrial de defensa, ante la evolución estratégica del fin del siglo XX
- 42 Las expectativas de la I+D de defensa en el nuevo marco estratégico
- 43 Costes de un ejército profesional de reclutamiento voluntario. Estudio sobre el Ejército profesional del Reino Unido y (III)
- 44 Sistemas ofensivos y defensivos del espacio (II)
- 45 Desequilibrios militares en el Mediterráneo Occidental
- 46 Seguimiento comparativo del presupuesto de gastos en la década 1982-1991 y su relación con el de Defensa
- 47 Factores de riesgo en el área mediterránea
- 48 Las Fuerzas Armadas en los procesos iberoamericanos de cambio democrático (1980-1990)
- 49 Factores de la estructura de seguridad europea
- 50 Algunos aspectos del régimen jurídico-económico de las FAS
- 51 Los transportes combinados
- 52 Presente y futuro de la conciencia nacional
- 53 Las corrientes fundamentalistas en el Magreb y su influencia en la política de defensa
- 54 Evolución y cambio del este europeo
- 55 Iberoamérica desde su propio sur. (La extensión del Acuerdo de Libre Comercio a Sudamérica)
- 56 La función de las Fuerzas Armadas ante el panorama internacional de conflictos
- 57 Simulación en las Fuerzas Armadas españolas, presente y futuro
- 58 La sociedad y la defensa civil
- 59 Aportación de España en las cumbres iberoamericanas: Guadalajara 1991-Madrid 1992
- 60 Presente y futuro de la política de armamentos y la I+D en España
- 61 El Consejo de Seguridad y la crisis de los países del Este
- 62 La economía de la defensa ante las vicisitudes actuales de las economías autonómicas
- 63 Los grandes maestros de la estrategia nuclear y espacial
- 64 Gasto militar y crecimiento económico. Aproximación al caso español
- 65 El futuro de la Comunidad Iberoamericana después del V Centenario
- 66 Los estudios estratégicos en España
- 67 Tecnologías de doble uso en la industria de la defensa

- 68 Aportación sociológica de la sociedad española a la defensa nacional
- 69 Análisis factorial de las causas que originan conflictos bélicos
- 70 Las conversaciones internacionales Norte-Sur sobre los problemas del Mediterráneo Occidental
- 71 Integración de la red ferroviaria de la península ibérica en el resto de la red europea
- 72 El equilibrio aeronaval en el área mediterránea. Zonas de irradiación de poder
- 73 Evolución del conflicto de Bosnia (1992-1993)
- 74 El entorno internacional de la Comunidad Iberoamericana
- 75 Gasto militar e industrialización
- 76 Obtención de los medios de defensa ante el entorno cambiante
- 77 La Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) de la Unión Europea (UE)
- 78 La red de carreteras en la península ibérica, conexión con el resto de Europa mediante un sistema integrado de transportes
- 79 El derecho de intervención en los conflictos
- 80 Dependencias y vulnerabilidades de la economía española: su relación con la defensa nacional
- 81 La cooperación europea en las empresas de interés de la defensa
- 82 Los cascos azules en el conflicto de la ex-Yugoslavia
- 83 El sistema nacional de transportes en el escenario europeo al inicio del siglo XXI
- 84 El embargo y el bloqueo como formas de actuación de la comunidad internacional en los conflictos
- 85 La Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) para Europa en el marco del Tratado de no Proliferación de Armas Nucleares (TNP)
- 86 Estrategia y futuro: la paz y seguridad en la Comunidad Iberoamericana
- 87 Sistema de información para la gestión de los transportes
- 88 El mar en la defensa económica de España
- 89 Fuerzas Armadas y sociedad civil. Conflicto de valores
- 90 Participación española en las fuerzas multinacionales
- 91 Ceuta y Melilla en las relaciones de España y Marruecos
- 92 Balance de las primeras cumbres iberoamericanas
- 93 La cooperación hispano-franco-italiana en el marco de la PESC

- 94 Consideraciones sobre los estatutos de las Fuerzas Armadas en actividades internacionales
- 95 La unión económica y monetaria: sus implicaciones
- 96 Panorama estratégico 1997/98
- 97 Las nuevas Españas del 98
- 98 Profesionalización de las Fuerzas Armadas: los problemas sociales
- 99 Las ideas estratégicas para el inicio del tercer milenio
- 100 Panorama estratégico 1998/99
- 100-B 1998/99 Strategic Panorama
- 101 La seguridad europea y Rusia
- 102 La recuperación de la memoria histórica: el nuevo modelo de democracia en Iberoamérica y España al cabo del siglo XX
- 103 La economía de los países del norte de África: potencialidades y debilidades en el momento actual
- 104 La profesionalización de las Fuerzas Armadas
- 105 Claves del pensamiento para la construcción de Europa
- 106 Magreb: percepción española de la estabilidad en el Mediterráneo, perspectiva hacia el 2010
- 106-B Maghreb: perception espagnole de la stabilité en Méditerranée, prospective en vue de L'année 2010
- 107 Panorama estratégico 1999/2000
- 107-B 1999/2000 Strategic Panorama
- 108 Hacia un nuevo orden de seguridad en Europa
- 109 Iberoamérica, análisis prospectivo de las políticas de defensa en curso
- 110 El concepto estratégico de la OTAN: un punto de vista español
- 111 Ideas sobre prevención de conflictos
- 112 Panorama Estratégico 2000/2001
- 112-B Strategic Panorama 2000/2001
- 113 Diálogo mediterráneo. Percepción española
- 113-B Le dialogue Méditerranéen. Une perception espagnole
- 114 Aportaciones a la relación sociedad - Fuerzas Armadas en Iberoamérica
- 115 La paz, un orden de seguridad, de libertad y de justicia
- 116 El marco jurídico de las misiones de las Fuerzas Armadas en tiempo de paz
- 117 Panorama Estratégico 2001/2002

- 117-B 2001/2002 Strategic Panorama
- 118 Análisis, estrategia y prospectiva de la Comunidad Iberoamericana
- 119 Seguridad y defensa en los medios de comunicación social
- 120 Nuevos riesgos para la sociedad del futuro
- 121 La industria europea de defensa: presente y futuro
- 122 La energía en el espacio euromediterráneo
- 122-B L'énergie sur la scène euroméditerranéenne
- 123 Presente y futuro de las relaciones cívico-militares en Hispanoamérica
- 124 Nihilismo y terrorismo
- 125 El Mediterráneo en el nuevo entorno estratégico
- 125-B The Mediterranean in the New Strategic Environment
- 126 Valores, principios y seguridad en la comunidad iberoamericana de naciones
- 127 Estudios sobre inteligencia: fundamentos para la seguridad internacional
- 128 Comentarios de estrategia y política militar
- 129 La seguridad y la defensa de la Unión Europea: retos y oportunidades
- 130 El papel de la inteligencia ante los retos de la seguridad y defensa internacional
- 131 Crisis locales y seguridad internacional: El caso haitiano
- 132 Turquía a las puertas de Europa
- 133 Lucha contra el terrorismo y derecho internacional
- 134 Seguridad y defensa en Europa. Implicaciones estratégicas
- 135 La seguridad de la Unión Europea: nuevos factores de crisis
- 136 Iberoamérica: nuevas coordenadas, nuevas oportunidades, grandes desafíos
- 137 Irán, potencia emergente en Oriente Medio. Implicaciones en la estabilidad del Mediterráneo
- 138 La reforma del sector de seguridad: el nexo entre la seguridad, el desarrollo y el buen gobierno
- 139 Security Sector Reform: the Connection between Security, Development and Good Governance
- 140 Impacto de los riesgos emergentes en la seguridad marítima
- 141 La inteligencia, factor clave frente al terrorismo internacional
- 142 Del desencuentro entre culturas a la Alianza de Civilizaciones. Nuevas aportaciones para la seguridad en el Mediterráneo

- 143 El auge de Asia: implicaciones estratégicas
- 144 La cooperación multilateral en el Mediterráneo: un enfoque integral de la seguridad
- 145 La Política Europea de Seguridad y Defensa (PESD) tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa
- 145-B The European Security and Defense Policy (ESDP) after the entry into Force of the Lisbon Treaty
- 146 Respuesta europea y africana a los problemas de seguridad en África
- 146-B European and African Response to Security Problems in Africa
- 147 Los actores no estatales y la seguridad internacional: su papel en la resolución de conflictos y crisis
- 148 Conflictos, opinión pública y medios de comunicación. Análisis de una compleja interacción
- 149 Ciberseguridad. Retos y amenazas a la seguridad nacional en el ciberespacio
- 150 Seguridad, modelo energético y cambio climático
- 151 Las potencias emergentes hoy: hacia un nuevo orden mundial
- 152 Actores armados no estables: retos a la seguridad
- 153 Proliferación de ADM y de tecnología avanzada
- 154 La defensa del futuro: innovación, tecnología e industria
- 154-B The Defence of the Future: Innovation, Technology and Industry
- 155 La Cultura de Seguridad y Defensa. Un proyecto en marcha
- 156 El gran Cáucaso
- 157 El papel de la mujer y el género en los conflictos
- 157-B The role of woman and gender in conflicts
- 158 Los desafíos de la seguridad en Iberoamérica
- 159 Los potenciadores del riesgo
- 160 La respuesta del derecho internacional a los problemas actuales de la seguridad global
- 161 Seguridad alimentaria y seguridad global
- 161-B Food security and global security
- 162 La inteligencia económica en un mundo globalizado
- 162-B Economic intelligence in global world
- 163 Islamismo en (r)evolución: movilización social y cambio político
- 164 Afganistán después de la ISAF
- 165 España ante las emergencias y catástrofes. Las Fuerzas Armadas en colaboración con las autoridades civiles

- 166 Energía y Geoestrategia 2014
- 166-B Energy and Geostrategy 2014
- 167 Perspectivas de evolución futura de la política de seguridad y defensa de la UE. Escenarios de crisis
- 167-B Prospects for the future evolution of the EU's security and defence policy. Crisis scenarios
- 168 Evolución del mundo árabe: tendencias
- 169 Desarme y control de armamento en el siglo xxi: limitaciones al comercio y a las transferencias de tecnología
- 170 El sector espacial en España. Evolución y perspectivas
- 171 Cooperación con Iberoamérica en materia de defensa
- 172 Cuadernos de Estrategia 172 Cultura de Seguridad y Defensa: fundamentos y perspectivas de mejora
- 173 La internacional yihadista
- 174 Economía y geopolítica en un mundo globalizado
- 175 Industria Española de Defensa. Riqueza, tecnología y seguridad
- 176 Shael 2015, origen de desafíos y oportunidades
- 177 UE-EE.UU.: Una relación indispensable para la paz y la estabilidad mundiales
- 178 Rusia bajo el liderazgo de Putin. La nueva estrategia rusa a la búsqueda de su liderazgo regional y el reforzamiento como actor global.
- 179 Análisis comparativo de las capacidades militares españolas con las de los países de su entorno
- 180 Estrategias para derrotar al Dáesh y la reestabilización regional
- 181 América Latina: nuevos retos en seguridad y defensa
- 182 La colaboración tecnológica entre la universidad y las Fuerzas Armadas
- 183 Política y violencia: comprensión teórica y dearrollo en la acción colectiva
- 184 Una estrategia global de la Unión Europea para tiempos difíciles
- 185 Ciberseguridad: lal cooperación público-privada
- 186 El agua: ¿fuente de conflicto o cooperación?
- 187 Geoeconomías del siglo xxi



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE DEFENSA

SECRETARÍA
GENERAL
TÉCNICA

SUBDIRECCIÓN GENERAL
DE PUBLICACIONES
Y PATRIMONIO CULTURAL

ISBN: 978-84-9091-302-4



9 788490 913024