



FACULTAD DE DERECHO

**EL DERECHO PENAL FRENTE AL DILEMA  
“LIBERTAD” FRENTE A “SEGURIDAD” EN LA  
LUCHA CONTRA EL TERRORISMO**

Autor: Lucía Chacón Lorenzo  
5º de Derecho y Relaciones Internacionales  
Derecho Penal

Tutor: Julián Carlos Ríos Martín

Madrid  
Abril 2019

## RESUMEN

El 11 de septiembre de 2001 tiene lugar el atentado terrorista a las Torres Gemelas de Nueva York y al Pentágono. Este hecho sería el comienzo de un cambio en la concepción mundial de la libertad y la seguridad. Un total de 3.000 personas perdieron la vida, principalmente civiles, y más de 6.000 personas resultaron heridas. Tal fue el impacto que el presidente estadounidense George W. Bush declaró la guerra contra el terror o *war on terror*. Esta declaración de guerra desencadenó el lanzamiento por parte de la coalición atlántica -la OTAN- de dos ofensivas: Irak y Afganistán.

Desde el 11-S, se han perpetrado innumerables atentados en nombre de *Al-lāh* por parte de grupos como Al-Qaeda o el Estado Islámico (EI). De esta forma, tuvieron lugar los atentados terroristas del 11-M en Madrid, el atentado de París en 2015, o el de las Ramblas de Barcelona en 2017. Son algunos de los actos terroristas que, tras el 11-S, han contribuido a aumentar el recelo y la desconfianza a nivel internacional contra la amenaza terrorista y, especialmente, contra el denominado *terrorismo yihadista*

En consecuencia, los gobiernos han ido aprobando unas legislaciones excesivamente restrictivas de derechos fundamentales. Llegando incluso a poder considerarse las medidas que aprueban como preventivas. La razón es que, al ser el terrorismo una amenaza distinta y peculiar, se cree que no se puede combatir con las mismas vías legales que aquellas que combaten la delincuencia común.

Nuestra tesis defenderá, pues, como el Derecho penal es el único instrumento con legitimación para limitar las libertades y derechos de las personas con el fin de proteger los bienes jurídicos que el terrorismo pueda amenazar. Para defender esta tesis nos plantearemos algunas preguntas que nos servirán de guía a través del ensayo: ¿cuál es la causa de que no haya una definición universal de terrorismo? ¿ha nacido un Derecho penal sin límites? ¿hasta qué punto los derechos humanos son vinculantes?

## PALABRAS CLAVE

Terrorismo, Derecho Penal del Enemigo, Derechos Humanos, 11-S, libertad, seguridad.

## **ABSTRACT**

On 11 September 2001 the terrorist attack on the Twin Towers and the Pentagon took place. These events were the beginning of a shift in the global conception of freedom and security. A total of 3.000 people lost their lives, mainly civilians, and more than 6.000 people were injured. As a consequence of these serious events and their impact on the population, the American President George W. Bush declared the “war on terrorism” or war on terror. The launching of two operations by the Atlantic Coalition –OTAN– followed this war declaration: Iraq and Afghanistan.

After the 11-S, a huge number of attacks in the name of *Al-lāh*, have been perpetrated by some groups as Al-Qaeda or the Islamic State (IS). Some examples are the 11-M in Madrid, the 2015 attack in Paris or the 2017 attack in *las Ramblas* of Barcelona. These are some of the terrorist attacks that have favoured the post-11-S rise of suspicion and mistrust against the terrorist threat and, specially, against the jihadist terrorism.

Consequently, governments have been passing highly restrictive laws of human rights. It went so far that we could consider the measures approved as preventive. As terrorism is a different and unusual threat, it is widely believed that it cannot be fought with the same legal ways that fight against common criminality.

Our thesis will defend that Criminal Law is the only instrument entitled to constrain human rights and freedoms in the purpose of preserving the legal assets threatened by terrorism. In order to defend our thesis, we will ask ourselves some questions that will lead us throughout the essay: Why is not there a universal definition of terrorism? Was it born a Criminal Law without any limits? To what extend are human rights binding?

## **KEY WORDS:**

Terrorism, Criminal law for the enemy, human rights, 11-S, freedom, security.

## **LISTA DE ABREVIATURAS**

CE: Constitución Española

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos

CP: Código Penal

CS: Consejo de Seguridad de Naciones Unidas

DUDH: Declaración Universal de Derechos Humanos

EEUU: Estados Unidos

EI: Estado Islámico

ISIS: Estado Islámico

Kadi I: Sentencia del TJUE sobre los asuntos C-402/05 y C-415/05, del 3 de septiembre de 2008.

Kadi II: Sentencia del TJUE sobre el asunto T-85/09, del 30 de septiembre de 2010.

NNUU: Naciones Unidas

ONU: La Organización de las Naciones Unidas

OTAN: Organización del Atlántico Norte

PESC: Política Exterior y de Seguridad Común

RAE: Real Academia Española

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TUE: Tratado de la Unión Europea

UE: Unión Europea

USA: United States of America

11-S: Atentados del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos

# ÍNDICE

1. Introducción.....	7
2. Desarrollo.....	11
2.1. Marco teórico.....	11
2.1.1. Aproximación conceptual al terrorismo.....	11
2.1.2. El fenómeno del terrorismo en el Código Penal Español.....	13
2.1.3. Marco legislativo de la lucha antiterrorista nacional y comunitario...	15
2.1.4. Aproximación conceptual al Estado de Derecho.....	18
2.1.5. Aproximación conceptual a la seguridad.....	21
2.1.6. Garantías del Derecho Penal.....	22
2.2. Análisis Práctico.....	26
2.2.1. Impacto del terrorismo sobre el Estado de Derecho (DESAFÍOS)....	26
2.2.2. Aproximación filosófica del dilema libertad Vs. Seguridad.....	29
2.2.3. ¿Un acto terrorista representa un acto de guerra o un delito penal?...	32
2.2.4. Consecuencias de calificar a los actos terroristas como actos bélicos	34
2.2.5. Derecho Penal del Enemigo.....	35
2.2.6. Medidas punitivas vs. Preventivas.....	39
• Tortura.....	40
• Medidas restrictivas.....	42
• Agente encubierto.....	45
• La Patriot Act.....	46
2.2.7. Análisis de los principales Derechos fundamentales en peligro.....	47
3. Conclusiones.....	50
4. Bibliografía.....	53

*...bajo los cascotes y en la zona cero comenzó a crecer una enredadera que ha terminado por cubrir todo el planeta. La flor que echa esa planta es muy venenosa. Se llama paranoia.*

*M. VICENT*

## 1. INTRODUCCIÓN

El 11 de septiembre de 2001 tiene lugar el atentado terrorista a las Torres Gemelas de Nueva York y al Pentágono. Este hecho sería el comienzo de un cambio en la concepción mundial de la libertad y la seguridad. Un total de 3.000 personas perdieron la vida, principalmente civiles, y más de 6.000 personas resultaron heridas. Los hechos fueron cometidos por células terroristas afiliadas a Al-Qaeda, cuyo líder era Osama Bin Laden. La respuesta fue una movilización total tanto de la opinión pública como de las fuerzas gubernamentales ante un crimen sin precedentes. Tal fue el impacto que el presidente estadounidense George W. Bush declaró la guerra contra el terror o *war on terror*. Esta declaración de guerra desencadenó el lanzamiento por parte de la coalición atlántica -la OTAN- de dos ofensivas.

La primera ofensiva se produjo en 2001 cuyo objetivo era Afganistán, bajo el nombre de Operación Libertad Duradera. Así, bajo el pretexto de la liberación de la mujer de manos de los talibanes, la coalición acabó con el régimen talibán que permitía la presencia de Al-Qaeda en su territorio como compensación al apoyo previo en la expulsión de los soviéticos de su territorio. De esta forma, Al-Qaeda mantenía sus *santuarios* en Afganistán, donde entrenaba a sus *soldados* y planificaba futuros atentados. No obstante, Al-Qaeda es una organización que actúa de forma independiente al régimen talibán, tal y como hemos podido comprobar a causa del gran número de atentados y sus magnitudes tras la caída del régimen talibán.

La segunda ofensiva tuvo lugar en el año 2003 contra Irak. Esta vez para derrocar al régimen de Saddam Hussein bajo el firme argumento de que aquél poseía armas químicas –armas que nunca fueron encontradas-. No resulta fácil estimar el total de bajas y heridos que tuvieron lugar a consecuencia de este conflicto. De acuerdo con la organización Iraq Body Count, se han registrado entre 97.461 y 106.348 muertes de civiles hasta julio de 2010. Además, la revista The Lancet estimó un total de 654.965 de muertes iraquís hasta 2006, incluyendo tanto a civiles como a combatientes. Deducimos, pues, que la invasión de la coalición liderada por EEUU dejó al país bajo un clima de desolación total que es campo de cultivo para los terroristas.

La consecuencia de estos hechos es la consideración de los terroristas como enemigos. Así, Fletcher (2001, p.29) se preguntaba si “¿se trata de un crimen que requiere la intervención de la Justicia, o constituye un ataque que exige una declaración de guerra?”

Vivimos en un mundo cada día más globalizado en el que las fronteras entre lo interno y lo externo se diluyen al mismo tiempo que los sujetos tradicionales de poder – los Estados- pierden influencia a favor de nuevos actores internacionales. Hablamos, principalmente de los grupos terroristas de corte islamista que actúan en la arena internacional. Desde el 11-S, se han perpetrado innumerables atentados en nombre de *Al-lāh* por parte de grupos como Al-Qaeda o el Estado Islámico (EI). De esta forma, los atentados terroristas de Estambul en 2003; de Bali en octubre de 2005 por parte de *Jemā Islamiya*, y de Bangkok, también en 2005; el 11-M en Madrid, el atentado de París en 2015, los ataques cometidos en Londres en 2005, 2013, 2015 y 2017, o el de las Ramblas de Barcelona en 2017, son algunos de los actos terroristas que tras el 11-S han contribuido a aumentar el recelo y la desconfianza a nivel internacional contra la amenaza terrorista y, especialmente, contra el denominado *terrorismo yihadista*. Tal y como expone Ordiz Pradillo (2010, p.457), los gobiernos de la gran mayoría de países han recurrido a la aprobación masiva de reformas legislativas en materia antiterrorista que se caracterizan por el recorte en el catálogo de derechos y garantías penales y procesales mientras que el Estado resulta investido de poderes excepcionales con el fin de investigar y prevenir los actos terroristas. Por tanto, la cultura de terror creada a raíz de la declaración de *war on terror* provoca la asunción de que es necesaria esta legislación adicional con el propósito de aumentar la seguridad de los Estados y sus ciudadanos (Ordiz, 2010, p.458). Las pruebas más graves son probablemente (Ordiz, 2010, p.458) la *Declaration of National Emergency by Reason of Certain Terrorist Attacks* de 2001, la Orden Presidencial de 13 de noviembre de 2001 para la creación de Tribunales militares de excepción con la tarea de juzgar a aquellos extranjeros sospechosos de participar en actividades terroristas, y, no podemos olvidar la *USA PATRIOT Act* de 26 de octubre de 2001 que estudiaremos más adelante.

En consecuencia, el modelo de Bush no hizo otra cosa que inaugurar la *desjurisdiccionalización* (Viganò, 2010, p. 83) de la lucha antiterrorista. La razón es que

ha extendido la creencia de que no se puede combatir el terrorismo con las mismas vías legales que aquellas que combaten la delincuencia común (Schneider, 1993, p. 724). Esta tendencia se manifiesta no solo en el ámbito nacional si no también en el ámbito comunitario y en el de las naciones Unidas. Así,

ante la producción de ataques masivos e indiscriminados contra la vida o la integridad física de las personas, desde siempre considerados delitos de máxima gravedad y conminados con las más graves penas en todo el mundo, los legisladores nacionales sancionan leyes que los incriminan nuevamente o los dan por penados, pero con motivo de combatirlos y de prevenirlos, convierten en delito otras conductas que son diferentes en cada país y, además, establecen excepciones a las garantías penales y, sobre todo, procesales penales y limitan otras libertades individuales, o sea, que acotan los derechos humanos de la llamada primera generación (Zaffaroni, 2010, p.363).

Sin embargo, pese a la creciente preocupación internacional tras el 11-S, es importante destacar que el terrorismo no es un fenómeno nuevo. Su nacimiento tuvo lugar durante el Reino de Terror de la Revolución Francesa. Y, ya en el siglo XX tuvieron lugar actos de terrorismo internacional como el asesinato del heredero del trono del imperio Austrohúngaro (1914) en Sarajevo; el asesinato de atletas israelíes (1972) en Múnich; o el derribo del avión Boeing 747 (1988) (Hormazábal, 2010).

No cabe duda de que la lucha contra el terrorismo necesita de distintos enfoques a nivel preventivo; también de intervención, más allá del nivel bélico que no deja de ser cuestionable (lo que comenzó con 3000 muertes el 11-S, desencadenó 654.954 muertes como reacción). En cualquier caso, los estados democráticos tienen un instrumento para intervenir antes estos gravísimos crímenes: el Derecho Penal.

Nuestra tesis defenderá, pues, como el Derecho penal es el único instrumento con legitimación para limitar las libertades y derechos de las personas con el fin de proteger los bienes jurídicos que el terrorismo pueda amenazar (...). La razón es que

el Derecho penal es la rama del ordenamiento asistida por el máximo nivel de garantías individuales, gracias a un sistema entrecruzado de controles, transparente, que garantiza en cualquier momento a la persona limitada en sus derechos la posibilidad de defenderse contra las acusaciones que se le dirigen (Viganò, 2010, p. 83).

Para defender esta tesis nos plantearemos algunas preguntas que nos servirán de guía a través del ensayo: ¿cuál es la causa de que no haya una definición universal para el delito de terrorismo? Y ¿cuáles son sus consecuencias? ¿ha nacido un Derecho penal sin límites? ¿es el Derecho penal del enemigo legítimo y/o eficaz en la lucha antiterrorista? ¿Cuál es límite del Derecho Penal del enemigo? ¿lo son los derechos humanos? ¿hasta qué punto los derechos humanos son vinculantes? ¿cuál es el impacto de la lucha antiterrorista en los derechos humanos de las personas? ¿Son Guantánamo o las torturas en Abu Ghraib manifestaciones del Derecho penal del enemigo? En caso afirmativo, ¿cómo es posible que estos actos se legitimen como algo necesario? ¿Hemos regresado al Estado de naturaleza de Hobbes? ¿Es el Derecho Penal capaz de prevenir los delitos de terrorismo? Responderemos a estas preguntas gracias a un estudio cualitativo del terrorismo y del Derecho Penal con el fin de explicar el impacto del terrorismo sobre los derechos humanos y la necesidad de obedecer los principios generales del derecho penal para la lucha antiterrorista. Para tal fin ha sido necesaria una importante revisión bibliográfica con el propósito de recopilar información documental proveniente, principalmente, de libros y Códigos legislativos como del Código Penal, Tratados y Convenios. Y, posteriormente, de periódicos, revistas y artículos científicos y doctrinales.

## 2. DESARROLLO

### 2.1. Marco teórico

#### 2.1.1. *Aproximación conceptual al terrorismo*

Para comenzar, ha sido imposible hasta la fecha construir un concepto de terrorismo consensuado a nivel internacional. Ello conduce a la necesidad de referirnos, como expresa el Grupo de Estudios de política criminal (2008), a un *concepto funcional de terrorismo* de acuerdo con la legislación de cada Estado. No obstante, gracias a la doctrina mayoritaria podemos extraer los principales elementos del terrorismo: el elemento estructural y el teleológico (Gómez, 2010, p. 29).

El elemento estructural se refiere a la organización terrorista, es decir, a la jerarquía que proporciona unidad a los actos terroristas. Por tanto, el hecho de pertenecer a una organización terrorista se añade a cada delito cometido debido al “triple elemento comunicativo” de Lamarca: “la permanencia del peligro latente, el anuncio de reiteración delictiva y la capacidad de la organización para seguir” sembrando terror entre la población. (Gómez, 2010, p.31). Sin embargo, esta jerarquía, que puede manifestarse en la permanencia en el tiempo o en la estructura interna de la organización (Gómez, 2010, p.42), puede haberse quedado obsoleta con el nacimiento de los grupos terrorista-yihadistas. Así, lo expresa el Auto del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional de 26 de octubre de 2007 que explica lo siguiente:

es cierto que el concepto de organización en este tipo de terrorismo no coincide con el de la organización terrorista tradicional, pero es la que perfectamente se adecua al fin que pretenden estas células locales incardinadas a unas redes más difusas u organizaciones internacionales (Al Qaeda) que expanden su ideología como movimiento jihadista por todos o algunas de las regiones del mundo aprovechando los grupos locales o la tendencia radical salafista de las personas adoctrinadas para integrarse en el grupo con diferente intensidad, conducidas por el adoctrinamiento de una o más personas (líder o emir) (...). El líder o líderes (...) en forma personalista, cohesionan el grupo o “Célula” que, haciéndolo en forma horizontal, previniendo así su propia seguridad al no existir más jerarquía que la personal con el líder que transmite la dirección ideológica-religiosa radicalizada e integrista que no impide la acción o decisión personal del individuo. Asimismo, para conseguir la cohesión necesaria y mínima y para obtener el fin perseguido se producen contactos próximos e intensos y muy cerrados y no demasiado numerosos, aprovechando los rezos semanales en la Mezquita o celebrándolos en algún local en forma discreta y con amplias medidas de seguridad; sin una financiación debida,

sino mantenida por las aportaciones personales de los miembros o procedentes del dinero popular recaudado que desvían y utilizan sin control alguno. Por último, (...) la actividad organizada (...) se ha concretado en la preparación y convencimiento de los “voluntarios” para su envío a las zonas de conflicto, para cumplir el mandato de Alá, utilizando para ello otros elementos de las redes internacionales, ubicados principalmente en Turquía, Siria e Irak.

En consecuencia, podemos afirmar que los grupos yihadistas sí cuentan con una estructura jerárquica que proporciona cohesión a la organización, aunque distinta a la tradicionalmente aceptada.

En cuanto al elemento teleológico, muy acertadamente, Asúa habla de una “triple finalidad” de los grupos terroristas. Primero, la comisión de “delitos comunes graves”. Segundo, causar terror a una colectividad de personas, en especial, reconociendo la autoría de estos delitos. Tercero, alcanzar un objetivo político final. (Gómez, 2010, p.45). Por un lado, a pesar del objetivo político de los actos terroristas, la Constitución Española elimina la posibilidad de considerarlos como delitos políticos. En este sentido, el artículo 13 de la Constitución Española (CE) expresa que: *quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo*. (Gómez, 2010, p.46). En referencia a Asúa (2002, p. 76), tres son las razones de esta “despolitización”. En primer lugar, es una forma de alejarse del modelo franquista, el cual consideraba terrorista a todo disidente político. En segundo lugar, para lograr el máximo consenso internacional posible en la lucha antiterrorista. En tercer lugar, se fundamenta en la tesis del Estado liberal, según la cual es legal promover la modificación del orden democrático siempre que se cumpla lo previsto en la ley. (Gómez, 2010, p.46). Por otro lado, el objetivo político puede ser o bien subvertir el “orden constitucional”, o bien mantenerlo. Por tanto, en el segundo caso puede englobarse el terrorismo de estado. (Gómez, 2010, p.45-46).

A modo de conclusión, destacamos en la STS 2/1997, de 29 de noviembre,

*que el título básico incriminador del terrorismo no es su teórica finalidad política tomada aisladamente, sino la actividad violenta que los terroristas diseñan y ejercitan para alcanzar sus objetivos y el efecto social que el mismo produce, dirigido a torcer los normales mecanismos de decisión política.*

### 2.1.2. El fenómeno del terrorismo en el Código Penal Español

En 2015 tuvo lugar la última reforma en la legislación española para los delitos de terrorismo con el fin de combatir el terrorismo yihadista. Esta reforma ha propiciado la consideración como actos de terrorismo actuaciones que antes no estaban incluidas y, que por tanto, puede tener repercusiones en la seguridad jurídica (Vela, 2018). Pues, ¿qué es y qué no es terrorismo?

Según el artículo 573 del Código Penal (CP) son delitos de terrorismo aquellos que impliquen:

*la comisión de cualquier delito grave contra la vida o la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, el patrimonio, los recursos naturales o el medio ambiente, la salud pública, de riesgo catastrófico, incendio, contra la Corona, de atentado y tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, previstos en el presente Código, y el apoderamiento de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de mercancías, cuando se llevaran a cabo con cualquiera de las siguientes finalidades:*

*1.ª Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.*

*2.ª Alterar gravemente la paz pública.*

*3.ª Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional.*

*4.ª Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella.*

*2. Se considerarán igualmente delitos de terrorismo los delitos informáticos tipificados en los artículos 197 bis y 197 ter y 264 a 264 quater cuando los hechos se cometan con alguna de las finalidades a las que se refiere el apartado anterior.*

*3. Asimismo, tendrán la consideración de delitos de terrorismo el resto de los delitos tipificados en este Capítulo<sup>1</sup>.*

---

<sup>1</sup> Las penas correspondientes a estos delitos las explica el artículo 573 bis:

- Prisión máxima en caso de muerte de la víctima.
- Prisión de veinte a veinticinco años en caso de secuestro o detención ilegal y de que no se confiese el paradero de la víctima.
- Prisión de quince a veinte años si se causara aborto del artículo 144, lesiones de los artículos 149, 150, 157 o 158, secuestro, o estragos o incendio de los artículos 346 y 351 CP.
- Prisión de diez a quince años en caso de lesiones distintas a las anteriores, o se detuviere ilegalmente, amenazara o coaccionara a una persona.
- Se agravará la pena en su mitad superior, o incluso la pena superior en grado, en caso de los delitos del apartado 1 del artículo 573. Además, se agravará la pena si la víctima es un funcionario de prisiones, al igual que si es un agente policial o un militar.

Seguidamente, el CP recoge las conductas delictivas actuales de los grupos terroristas. En primer lugar, el depósito de armas y explosivos, su fabricación, tráfico, suministro o la mera colocación o empleo de éstos. Se agrava la pena, especialmente, en caso de tratarse de armas nucleares, químicas o biológicas (artículo 574 CP). En segundo lugar, el adoctrinamiento y el adiestramiento militar, incluyendo el auto adoctrinamiento, principalmente a través de internet y los medios de comunicación. Todo ello para incorporarse a una organización terrorista o colaborar con ella, cobrando, así, especial importancia los combatientes terroristas extranjeros. Por último, en el mismo artículo (575 CP) se explica que estas conductas prevén una pena de hasta 5 años de prisión. En tercer lugar, se castiga con 10 años de prisión y una multa la financiación del terrorismo por dolo o negligencia. Añadiendo la posibilidad de que las empresas sean responsables penalmente si los delitos de financiación del terrorismo han sido cometidos en su seno (artículo 576 CP). En cuarto lugar, la colaboración con grupos terroristas está sancionada con hasta 10 años de prisión y multa (artículo 577 CP). En quinto lugar, se castiga el enaltecimiento o justificación pública del terrorismo, los actos de humillación de las víctimas y la incitación al odio y a la comisión de delitos de terrorismo (578 y 579 CP), agravándose la pena cuando se cometan a través de internet, medios de comunicación o por cualquiera de las tecnologías de la información hasta tres años de prisión y multa. Tal y como Vela (2018) explica, este delito es uno de los más aplicados en los tribunales españoles. Así, la Audiencia Nacional condenó a un rapero en la sentencia de 21 de febrero de 2017, debido a que las letras de sus canciones enaltecían el terrorismo.

En palabras de Cancio Meliá (2006, p.34), la legislación antiterrorista ha alcanzado una tipología penal excesivamente amplia. Las causas son, entre otras, la incriminación por la mera pertenencia a asociaciones terroristas sin tener en cuenta el grado de culpabilidad o la finalidad del autor y la creación de un nuevo tipo penal, el llamado terrorismo individual. Luego, tal y como afirma Meliá (2006, p.34), “el “`estar ahí` de algún modo, `formar parte` de alguna manera, `ser uno de ellos`, aunque solo sea en espíritu, es suficiente”.

### 2.1.3. Marco legislativo de la lucha antiterrorista

#### Ámbito de las Naciones Unidas

Para comenzar, según el artículo 1 de la Carta de Naciones Unidas (1945), los estados deben:

*mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz (...).*

Al mismo tiempo que deben cooperar a nivel internacional para solucionar los conflictos y problemas internacionales bajo el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todo ser humano, sin que quepa discriminación alguna “por motivos de raza, sexo, idioma o religión”.

Además, tal y como dice el artículo 39 de la Carta de Naciones Unidas el CS tiene el papel de distinguir *toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión* y redactará informes que recomienden o decidan las medidas oportunas a adoptar. En adición, según el artículo 41, el CS debe:

*decidir qué medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada han de emplearse para hacer efectivas sus decisiones, y podrá instar a los Miembros de las Naciones Unidas a que apliquen dichas medidas, que podrán comprender la interrupción total o parcial de las relaciones económicas y de las comunicaciones (...) así como la ruptura de relaciones diplomáticas.*

En este sentido, el Consejo de Seguridad ha aprobado una serie de resoluciones. Puesto que la UE está vinculada a la ONU por la Carta de Naciones Unidas y las resoluciones del CS, es necesaria la transposición de éstas en el ordenamiento comunitario para que, de esta forma, puedan tener efectos jurídicos. Así, se aprobó la posición común 2002/402/PESC y el reglamento de ejecución (CE) nº 881/2002. (Rapoport, 2013, p. 133).

La primera es la Resolución 1373 (2001) aprobada por el Consejo de Seguridad. Dicha resolución condena los ataques del 11-S pues, al igual que todos los actos de terrorismo internacional, “constituyen una amenaza a la paz y seguridad internacionales”. Por ello, los estados tienen el derecho de “legítima defensa individual o colectiva” que reconocen la Resolución 1368 (2001) y la Carta de las Naciones Unidas. Finalmente, reconoce la necesidad de adoptar ciertas medidas preventivas y punitivas que complementen la cooperación internacional. Mientras que la segunda es la Resolución 1566, que determina que los actos terroristas son:

los actos criminales, inclusive contra civiles, cometidos con la intención de causar la muerte o lesiones corporales graves o de tomar rehenes con el propósito de provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en determinada persona, intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto, o a abstenerse de realizarlo, que constituyen delitos definidos en los convenios, las convenciones y los protocolos internacionales relativos al terrorismo y comprendidos en su ámbito, no admiten justificación en circunstancia alguna por consideraciones de índole política, filosófica, ideológica, racial, étnica, religiosa u otra similar e insta a todos los Estados a prevenirlos y, si ocurren, a cerciorarse de que sean sancionados con penas compatibles con su grave naturaleza (...).

Asimismo, de acuerdo con esta resolución, los Estados, en la lucha antiterrorista deben adoptar aquellas medidas que sean conformes a las obligaciones derivadas del derecho internacional y, especialmente, del derecho internacional de los derechos humanos, el derecho de los refugiados y el derecho humanitario.

En último lugar, las Naciones Unidas han aprobado un total de 19 Convenios sectoriales sobre terrorismo. Destacan el Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas con bombas (1997), el Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo (1999), o el Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear (2005).

## Ámbito comunitario

Previamente a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (2007), el funcionamiento de la UE se basaba en la distinción de tres pilares de acuerdo con el Tratado de Maastricht (1993): las Comunidades Europeas, la política exterior y de seguridad común (PESC) y la cooperación en los ámbitos de la justicia y los asuntos de interior (JAI). Siendo el primer pilar de ámbito comunitario y los otros dos de carácter intergubernamental. La lucha contra el terrorismo se enmarcaba en el tercer pilar, por lo que la UE no tenía gran margen de maniobra en este ámbito. Con el Tratado de Lisboa tienen lugar una serie de avances a nivel de integración europea. Primero, los pilares se unifican, permitiendo enmarcar la lucha antiterrorista en el ámbito comunitario. Segundo, el Tribunal de las Comunidades Europeas pasa a denominarse Tribunal de Justicia de la UE (TJUE). Tercero, los derechos plasmados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea se consolidan como los principios generales del derecho de la Unión y, en consecuencia, son vinculantes para la UE y para todos sus miembros.

El Tratado de las Comunidades Europeas deja paso, con el Tratado de Lisboa, al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). En este se expresa como el respeto a los derechos fundamentales es necesario para garantizar la libertad y la seguridad. Así, el Artículo 67 del TFUE sostiene que:

*1. La Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros.*

*3. La Unión se esforzará por garantizar un nivel elevado de seguridad mediante medidas de prevención de la delincuencia, el racismo y la xenofobia y de lucha en contra de ellos, medidas de coordinación y cooperación entre autoridades policiales y judiciales y otras autoridades competentes, así como mediante el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal y, si es necesario, mediante la aproximación de las legislaciones penales.*

Además, el TJUE adquiere competencia para las cuestiones prejudiciales en relación al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia y, pese a que la PESC, de acuerdo con el artículo 275 TFUE, siga rigiéndose por normas particulares según el Título V del TUE y, por tanto, el TJUE carezca de competencia en dicho ámbito, el juez comunitario, conforme al mismo artículo, sí tiene competencia en lo referente a los recursos de

anulación contra las decisiones del Consejo en las cuales se impongan medidas restrictivas antiterroristas. (Rapoport, 2013, p. 147-148).

En este ámbito destacamos, en primer lugar, la Decisión marco sobre la lucha contra el terrorismo (2002), que, en su primer artículo expresa la posibilidad de los Estados miembros de aprobar las medidas que consideren necesarias para luchar contra los delitos de terrorismo que puedan causar grave perjuicio y con la finalidad de:

- intimidar gravemente a una población,
- obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo,
- desestabilizar gravemente o destruir las estructuras fundamentales políticas, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional;

Posteriormente, dicha Decisión Marco elaboró una lista de aquellos delitos que pueden enmarcarse en la tipología penal del terrorismo –fabricación de armas, interrupción del suministro de agua, secuestro...-. Y, finalmente, expresa que los Estados miembros deben garantizar el respeto a los derechos del hombre. No obstante, es necesario destacar la incompleta definición del terrorismo, pues no intenta realizar una definición de éste si no una enumeración de actos que serán considerados como tales. Por consiguiente, vemos como la UE no ha sabido crear una definición de terrorismo consensuada entre todos los Estados Miembros.

#### ***2.1.4. Aproximación conceptual al Estado de Derecho***

La Constitución Española de 1978 en su artículo primero expresa que *España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político*. El Estado de Derecho es, en consecuencia, aquel en el que tanto ciudadanos como poderes públicos se encuentran sometidos al imperio de la ley (artículo 9.1 CE), “cuya enérgica pretensión de validez se asegura mediante el control judicial (art.106), la cláusula de oro del Estado de Derecho” (Herrero y Rodríguez de Miñón, 1999, p. 83).

Deducimos cómo, por un lado, la doctrina liberal del Estado de Derecho pretende “la defensa frente a los abusos y arbitrariedades del poder, de los derechos y libertades individuales” (Serrano, Piedecosas y Demetrio, 2010, p. 255). De forma que

*la propia noción de la libertad que el liberalismo fundamentaba en una concepción iusnaturalista, se altera en el sentido de ser considerada como consecuencia de un determinado estado de cosas. Es decir, el resultado de organizar adecuadamente el Estado (garantías individuales y separación de poderes) (Serrano, Piedecosas y Demetrio, 2010, p. 255).*

Y, por otro lado, los derechos fundamentales deben estar recogidos en una ley, que, a su vez, la misma ley puede modificarlos bajo la justificación de defender “el bien común”, “los valores superiores” del ordenamiento jurídico o proteger la democracia (Serrano, Piedecosas y Demetrio, 2010, p. 255). No obstante, en caso de que eliminemos la libertad, cabe plantearnos la pregunta de García Amado (2010, p. 96): “¿qué sentido tiene afirmar que se han extirpado los peligros para la misma?”. De igual manera, “¿qué cambios en la cultura política dominante son tan graves como para que (...) pueda concluirse que la restricción específicamente agravada de la libertad personal queda justificada de manera suficiente?” (Paredes Castañón, 2010, p. 202).

Dicho lo anterior, los derechos humanos se constituyen como el fundamento del Estado de Derecho. Así lo expresa el artículo 10 de la CE, al afirmar, primero, que son el fundamento del orden político español, al igual que de la paz social; y, segundo, que las normas contenidas en la Carta Magna habrán de interpretarse a la luz de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH). Siendo, de esta forma, los derechos humanos, el resultado del cambio de paradigma político introducido por el racionalismo. Dicho paradigma consiguió la transformación del “siervo o vasallo en ciudadano” a través de un proceso que se basó, para empezar, en proyectar políticamente la libertad como valor – “frente a las libertades”-; después, en convertir a la persona en autónoma –“frente a las determinaciones estamentales”-; y, finalmente, en proporcionarle soberanía bajo la condición de ciudadano –“frente al poder que se justifica al margen de la propia comunidad”-. (Herrero y Rodríguez de Miñón, 1999, p. 80). En consecuencia, la formulación del Estado de Derecho implica la creación de un instrumento que garantiza “la coexistencia de diferentes ámbitos de libertad” (Herrero y Rodríguez de Miñón, 1999, p. 83) en contraste con el Estado de Naturaleza de Hobbes. Así, según Hobbes, existe una

“guerra de todos contra todos” donde no hay poderes públicos ni existen valores comunes si no que cada cual busca satisfacer sus intereses y, para ello, la guerra resta legitimada. Así, tal y como expone en su obra *Leviatán* (p. 223), tres son los motivos que mueven a los individuos a estar en constante conflicto: la rivalidad, la desconfianza mutua y las ansias de riqueza, honor y autoridad.

Además, el Estado de Derecho se caracteriza por responder de forma reactiva a los delitos que puedan producirse para, con ello, garantizar el cumplimiento de los garantías y principios penales como el principio de proporcionalidad y el de culpabilidad (Serrano, Piedecabras y Demetrio, 2010, p. 259). El primero “requiere que la pena por un delito no sea desproporcionalmente mayor que la gravedad de éste, que el daño que la acción delictiva comporta para el bien que la respectiva norma penal protege” (García Amado, 2010, p. 88). Por tanto, la pena ha de ser “idónea y necesaria” (Perello, 1997, p.70). El segundo “presupone la libertad del delincuente como fundamento de su culpabilidad” pues el que realice la acción tipificada como delito de modo culpable ha de ser dueño de sus actos (García Amado, 2010, p. 86-87). El Código Penal, en el artículo 5, recoge este principio cuando establece que *no hay pena sin dolo ni imprudencia*. Por tanto, para mantener la vigencia del Estado de Derecho es necesario aplicar una pena proporcional a la acción delictiva por parte de un culpable.

Por todo ello, según el Secretario General de Naciones Unidas,

*el estado de derecho exige que los procesos judiciales, las instituciones y las normas sustantivas sean compatibles con los derechos humanos, incluidos los principios fundamentales de igualdad ante la ley, rendición de cuentas ante la ley y equidad en la protección y reclamación de los derechos. De tal forma que no hay estado de derecho en una sociedad si no se protegen los derechos humanos y, viceversa, los derechos humanos no pueden protegerse en una sociedad que carece de un estado de derecho sólido. El estado de derecho es el mecanismo por el cual se hacen efectivos los derechos humanos, ya que permite que estos principios se materialicen. Pues, sin un marco de derechos humanos, el estado de derecho es un mero “gobierno por decreto”, término que describe los marcos jurídicos o basados en normas que carecen de un fundamento normativo para impartir justicia. Y, aún peor, un supuesto estado de derecho en el que no se respeten los derechos humanos puede utilizarse como instrumento para el ejercicio arbitrario y opresivo del poder (NNUU, 2004).*

### **2.1.5. Aproximación conceptual a la seguridad**

El siglo XXI ha traído consigo el valor cada vez mayor de la seguridad, definida como la ausencia de peligro o riesgo (RAE). Siendo ésta, frecuentemente, la prioridad del legislador sin importar que ello suponga la reducción del catálogo de derechos y libertades imprescindibles para poder hablar de Estado de Derecho. La principal causa de esta sensación de inseguridad es, principalmente, la difusión del terror por parte de los grupos terroristas a través de los medios de comunicación. Con titulares como *Bush Declares “One Victory in a War on Terror”* (New York Times, 2003), la guerra contra el terror resta legitimada por parte de los ciudadanos que complacientemente se someten al control de los Estados en busca de mayor seguridad y menor libertad. Misión cumplida para los terroristas, quienes atacan de forma indiscriminada a la población con el fin de mandar un mensaje claro: nadie escapa al terror y, por tanto, cualquiera puede ser el próximo. Mientras que es bastante más probable que nos caiga un rayo encima a estar involucrados en un ataque terrorista y, no por ello, permanecemos en nuestras casas siempre que llueve. Lo dijo claramente Theresa May (2017), quien expresó la necesidad de “hacer más para restringir la libertad y los movimientos de sospechosos de terrorismo, y que, si nuestras leyes de derechos humanos nos lo impiden, cambiaremos las leyes para poder hacerlo”. En consecuencia, podemos observar como la seguridad ya no se circunscribe a la persona de forma individual y a los bienes de su propiedad. Ahora, la seguridad se extiende a colectivos de alcance supranacionales debido al nacimiento de un peligro de alcance global: las organizaciones terroristas transfronterizas (Pérez Cepeda, 2010, p.54).

No obstante, tal y como afirma la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 tres son los pilares del Estado de Derecho: la paz y la seguridad, los derechos humanos y el desarrollo. Estos pilares deberán articularse alrededor de las tres libertades fundamentales promovidas por las NNUU:

*la libertad para vivir sin temor, a fin de dar solución a las dificultades relativas a la paz y la seguridad; la libertad para vivir sin miseria, a fin de promover el desarrollo; y la libertad para vivir con dignidad, a fin de promover los derechos humanos y el estado de derecho* (NNUU, 2004).

En este mismo sentido, el artículo 17.1 de nuestra Constitución establece que todos tenemos el derecho a la libertad y a la seguridad. Así como el artículo 104.1 de la misma que expresa que las *Fuerzas y Cuerpos de seguridad, (...) tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana.*

Por tanto, ¿en qué medida es legítima la supresión de garantías y libertades para obtener una mayor seguridad? ¿es real el dilema libertad-seguridad? O ¿no es más que un discurso construido como justificación a las violaciones de derechos humanos? ¿es la seguridad, pues, un argumento que justifica los fines realistas de los Estados? ¿no son, acaso, libertad y seguridad compatibles? Finalmente, tal y como un día expresó Gandhi, “la causa de la libertad se convierte en una burla si el precio a pagar es la destrucción de quienes deberían disfrutar la libertad”.

#### ***2.1.6. Garantías del Derecho Penal***

La amenaza del terrorismo internacional puede provocar, y provoca, un debilitamiento progresivo de las garantías penales. Las garantías penales se constituyen, así, en un instrumento de salvaguarda de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Y, ¿cuáles son estas garantías? Pues bien, el Código Penal las recoge en sus nueve primeros artículos.

El artículo 1 establece la garantía criminal. Según ésta, para poder castigarse una acción u omisión, ésta debe de ser anterior a la Ley que la tipifica. De igual forma que una medida de seguridad se adoptará siguiendo los requisitos que la Ley a establecido con anterioridad.

El artículo 2 expresa la garantía penal basada en el principio de irretroactividad de la ley penal y su excepción. El fundamento reside en que no podrá aplicarse una pena o una medida de seguridad prevista en una ley a un delito cometido antes de su promulgación. En contraposición y excepcionalmente sí serán retroactivas las normas penales favorables al reo.

El artículo 3 expresa la garantía jurisdiccional y ejecutiva. El objetivo es dejar claro que toda pena o medida de seguridad necesita de sentencia firme del Juez o Tribunal competente, para poder ser ejecutada. Y, además, su ejecución se realizará conforme a la Ley y bajo control jurisdiccional.

El artículo 4 establece la prohibición de analogía, las exposiciones al Gobierno y la petición de indulto. Primero, no cabe la analogía de la ley penal para otros casos no contemplados en éstas. Segundo, si un Juez o Tribunal, de oficio, estime que es necesario castigar una acción u omisión no prevista como delito, expondrá al Gobierno los motivos por los que debería reprimirse. Tercero, expondrá, el Juez o tribunal, al Gobierno también sus motivos en caso de petición de indulto.

El artículo 5 establece el principio de culpabilidad ya explicado y el artículo 6 expresa el fundamento y las limitaciones de las medidas de seguridad. De este modo, el fundamento de este tipo de medidas es el grado de peligrosidad del individuo en cuestión, las cuales deben ser proporcionales a la gravedad del hecho cometido.

El artículo 7 muestra la aplicación de la ley penal en el tiempo: *(...) los delitos se consideran cometidos en el momento en que el sujeto ejecuta la acción u omite el acto que estaba obligado a realizar*. Posteriormente, el artículo 8 expone los principios para determinar la norma aplicable en caso de concurso de normas. Finalmente, el artículo 9 dice que *las disposiciones de este Título se aplicarán a los delitos que se hallen penados por leyes especiales. Las restantes disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en lo no previsto expresamente por aquéllas*.

De todo lo anterior se deduce que estos preceptos deben regir la forma en que serán aplicadas las normas contenidas en el Código Penal y que se aplicarán en todos los procedimientos penales, sin importar el individuo en cuestión. No obstante, el artículo 55.2 CE establece un régimen excepcional de suspensión de garantías mediante Ley Orgánica. Según éste,

*una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos*

*para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes.*

De esta forma, esta suspensión afecta a las garantías penales que la Constitución recoge en el artículo 17.2 sobre la detención preventiva, que

*no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.*

Y en el artículo 18 sobre la inviolabilidad del domicilio, sin el consentimiento del propietario o resolución judicial –excepto en caso de flagrante delito-, y el secreto de las comunicaciones, sobre todo en *las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.*

Sin embargo, las medidas antiterroristas suelen limitar los derechos fundamentales expuestos como las garantías de detención preventiva o la protección de datos. Ciertamente es que el terrorismo genera inseguridad y se constituye como una seria amenaza para la sociedad internacional. No obstante, es discutible si causa perjuicio grave o si representa un riesgo para la estabilidad institucional o para la subsistencia del Estado de Derecho (Carrasco, 2017). Esta situación de emergencia que Rosenfeld identifica como “tiempos de tensión” (2005) ha desembocado en la utilización del régimen penal excepcional como regla general en el día a día de la lucha antiterrorista.

*Conflicto de baja intensidad significa que miles de personas mueren pero más lentamente que si lanzases una bomba sobre ellos de una sola vez. Significa que infectas el corazón del país, que estableces un tumor maligno y observas el desarrollo de la gangrena.*

H.PINTER (2005)

## 2.2. Análisis Práctico

### 2.2.1. *Impacto del terrorismo sobre el Estado de Derecho (DESAFÍOS)*

El “binomio terrorismo y Estado de Derecho” implicaría que solo está legitimada la represión del terrorismo a través de los medios de los que dispone el Estado de Derecho, es decir, de las normas y límites vigentes en éste. No obstante, en el momento en el que los Estados llevan a cabo medidas para *combatir* el terrorismo entramos en una dimensión distinta del binomio, pues, nos orientamos hacia las normas vigentes en el derecho de la guerra (Serrano, Piedecosas y Demetrio, 2010, p. 259). Esta transformación que ha sufrido el Estado de Derecho ha llevado hasta su conversión en un “Estado preventivo”, en palabras de Denninger (Serrano, Piedecosas y Demetrio, 2010, p. 258). El fundamento del Estado preventivo consistiría, en consecuencia, en la disminución de la libertad de las personas a través de una actuación proactiva frente a los riesgos de ataques terroristas y no a través de actuaciones reactivas conforme a ciertos principios y límites que definirían al Estado de Derecho (Serrano, Piedecosas y Demetrio, 2010, p. 259).

Puesto que el terrorismo tiene importantes consecuencias sobre el Estado de Derecho y, puesto que nos encontramos en una lógica de Estado Preventivo, deducimos que el antiterrorismo también impacta de forma importante sobre el Estado de Derecho a través de la excepción de los derechos humanos de primera generación (Zaffaroni, 2010, p. 369-370). Todo ello se manifiesta en una serie de desafíos que el terrorismo representa sobre el Estado de Derecho y que analizaremos a continuación.

En primer lugar, Zaffaroni (2010, p. 370), explica que uno de los primeros impactos del terrorismo y de la lucha antiterrorista sobre el Estado de Derecho es la expansión de los poderes policiales excepcionales. Vemos, por tanto, como las competencias de los policías de seguridad, investigación, migración e inteligencia aumentan a un ritmo imparable. Si bien es cierto que la policía debe contar con cierto margen de discrecionalidad para poder realizar su trabajo de forma eficaz “pues su función no es la

de individualizar culpables sino sospechosos: se supone que la policía individualiza posibles culpables, porque a los culpables los individualizan los jueces” (Zaffaroni, 2010, p. 370). Sin embargo, resulta poco frecuente que coincidan ambos ámbitos, sospechosos y culpables. Por ello, aquellos afectados por la investigación y que, al final, no han sido declarados culpables resultarían en lo que se conoce como efectos negativos de la investigación y prevención criminal. Además, la policía no siempre actúa movida por el servicio a la justicia y según lo considerado como correcto. Si no que muchas veces “actúa burocráticamente y a las cúpulas les atemoriza la imputación de ineficacia” dando lugar a comportamientos dolosos, corrutos o negligentes (Zaffaroni, 2010, p. 371).

En segundo lugar, tiene lugar una reducción de las garantías procesales. Pese a que no existe riesgo real de desestabilización política, tal y como analizaremos a lo largo del presente escrito, las autoridades consiguen legitimar, a través del recurso al miedo, lo que Joel Feinberg denomina el *conservadurismo moral*. De acuerdo con éste, los valores esenciales de las sociedades y culturas han de ser protegidos por medios coactivos, aunque ello signifique la restricción de la libertad de los individuos. (Paredes, 2010, p.201). En consecuencia, veremos como no solo los terroristas ven mermados sus derechos y libertades debido a la reducción de sus garantías procesales. Si no que, además, toda la sociedad en su conjunto verá como se obvian, en numerosas ocasiones, sus derechos fundamentales. Finalmente, en el presente marco de garantías cabe destacar la diferencia que se produce entre los ciudadanos y los extranjeros. Así, numerosas políticas antiterroristas, caracterizadas por su racismo y xenofobia, dan lugar a un desafío a la hora de conseguir un nivel de garantías similar para ciudadanos y extranjeros (Viganò, 2010, p. 81). Pese a que el artículo primero de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que *todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia (...)*; la realidad es otra. La razón es que la mayoría de los terroristas provienen de terceros países o son adoctrinados a través de éstos. Este hecho sumado a la retórica de los gobiernos para convertir a los extranjeros en enemigos provoca que el *derecho de la inmigración* sea utilizado como un arma antiterrorista, “eludiéndose así las garantías de los derechos humanos normalmente protegidos por el derecho y el proceso penal” (Viganò, 2010, p. 82). Asimismo, no solo se les niega las garantías procesales a los enemigos de combate presentes en nuestro país si no también, y más gravemente, a aquellos presentes en los países bajo operaciones de

*peace keeping* o *peace enforcement*, donde, los países ejercen de facto sus jurisdicciones (Viganò, 2010, p. 82). Es el caso de la prisión de Abu Ghraib.

En tercer lugar, hemos afirmado como la sociedad en su conjunto resulta afectada directa o indirectamente por el terrorismo y el antiterrorismo. Pues bien, resulta alarmante la falta de consenso, aún hoy en día, sobre el alcance “de la protección de los derechos humanos en situaciones de emergencia” (Viganò, 2010, p. 82). No hay duda de que la gran mayoría de tribunales tanto nacionales como internacionales han reconocido la peligrosidad excepcional inherente a la amenaza terrorista. Lo cual implica una respuesta extraordinaria del ordenamiento jurídico de los países afectados. No obstante, no es fácil delimitar en qué medida pueden derogarse los derechos fundamentales de las personas en tales situaciones. En este sentido, el artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos establece que:

*1. En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la medida estricta en que lo exija la situación, y supuesto que tales medidas no estén en contradicción con las otras obligaciones que dimanen del Derecho internacional.*

*2. La disposición precedente no autoriza ninguna derogación al artículo 2, salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra, y a los artículos 3, 4 (párrafo 1) y 7.*

Del artículo anterior se deduce que queda prohibida la derogación de los derechos a la vida, a no ser torturado o sometido a esclavitud y al principio de legalidad en materia penal, aunque nos encontremos en situaciones excepcionales o de guerra. Sin embargo, no aclara la extensión de las vulneraciones legítimas a los demás derechos fundamentales. En referencia a Viganò (2010, p. 83), el problema más grave lo encontramos en la vulneración de la libertad personal y el derecho a un proceso equitativo de los artículos 5 y 6 del Convenio respectivamente. Un ejemplo de ello será el de las *listas negras* (caso Kadi) que estudiaremos a continuación.

En último lugar, se deduce aquel desafío que la lucha antiterrorista supone para el derecho penal “material” (Viganò, 2010, p. 83). Defendemos, de esta forma, que la única

forma de luchar contra el terrorismo, es decir, en situaciones de emergencia, es a través del Derecho penal como método

para limitar la libertad personal del individuo por razones de tutela de los bienes jurídicos amenazados por la criminalidad, resistiendo a toda tentativa de desjurisdiccionalizar –sobre la base del modelo inaugurado por la administración Bush- la lucha contra el terrorismo. Esto es así porque el Derecho penal es la rama del ordenamiento asistida por el máximo nivel de garantías individuales, gracias a un sistema entrecruzado de controles, transparente, que garantiza en cualquier momento a la persona limitada en sus derechos la posibilidad de defenderse contra las acusaciones que se le dirigen (Viganò, 2010, p. 83).

No obstante, cabe preguntarse qué tipo de Derecho penal es el adecuado. ¿el Derecho penal ordinario o la denominada *tercera velocidad* (Sánchez, n.d.) o *Derecho Penal del enemigo*?

### **2.2.2. Aproximación filosófica del dilema libertad Vs. Seguridad**

Para comenzar, el dilema entre libertad y seguridad no es nuevo, si no que ha sido tratado históricamente desde la filosofía política. Nuestro propósito no es un análisis exhaustivo del pensamiento de los principales filósofos en la materia, si no mostrar en líneas generales cómo ha sido la evolución de la concepción del binomio libertad-seguridad.

En primer lugar, Aristóteles, en su obra *La Política* (S.IV a.C.), plantea como el hombre debe ser libre para poder participar en la vida social pues es un ser político por naturaleza. Al necesitar vivir en comunidad, el hombre se subordina a la ley que es la plasmación de la razón. Así, puesto que no se subordina a un igual si no a la colectividad, la obediencia a la autoridad es compatible con la dignidad del ser humano.

En segundo lugar, Hobbes en su obra *Leviatán* (1979, p. 229), expresa que el ser humano tiene, siempre que no contradiga la ley natural, total libertad en el *Estado de Naturaleza*, es decir, en ausencia de un poder institucionalizado. La razón es que el poder

radica en el “propio hombre”. El problema llega cuando el conflicto quiebra esa armonía. Para Hobbes el conflicto constituye la regla general, mientras que para Locke éste se da en ocasiones. Pese a la divergencia descrita, ambos autores coinciden en que son las consecuencias que se derivan del conflicto las que justifican que se constituya el contrato social para salvaguardar la vida y la paz, aunque ello conlleve renunciar a la libertad. Por tanto, tal y como expresa Locke (1990), “aunque en el estado de naturaleza tiene el hombre todos esos derechos está, sin embargo, expuesto a la incertidumbre y la amenaza de ser invadido por otros”. En este nuevo estado, la libertad se caracteriza, por un lado, por ser un abanico de posibilidades de actuar que no está regulado por el poder político; y, por otro lado, por someterse voluntariamente al poder. (Puigpelat, 2005, p. 85-88).

En tercer lugar, Montesquieu explica, en su obra el *Espíritu de las Leyes*, que es necesario un “régimen moderado” que permita a los ciudadanos ser libres, en el que “el poder frene al poder, pues incluso la virtud necesita límites” (EL, XL, 4). Vemos, de esta forma, como Montesquieu defiende la participación estatal para asegurar “la paz y la seguridad individual” a través de su célebre formulación de la separación de poderes. (Vallejo, 2000).

En cuarto lugar, Kant, en su obra *La paz perpetua* (1795), explica como el contrato social, es decir, el paso del Estado de Naturaleza al Estado de Derecho, legitima la institución del derecho público que es el que garantiza el respeto a los derechos naturales del ser humano. Por tanto, es en el Estado de Derecho donde se pueden ejercer los derechos naturales con seguridad, a diferencia del Estado de Naturaleza, donde éstos existían, pero no había seguridad y, por tanto, su ejercicio no estaba garantizado. Vemos, aquí, el paso del Estado absoluto de Hobbes al Estado liberal-democrático de Kant.

En quinto lugar, en *El contrato social* (I, 6-7; II, 1-10), Rousseau afirma que los derechos naturales del ser humano podrán ser disfrutados tras un figurado contrato de asociación en el que la soberanía reside en el pueblo y todos los ciudadanos se unen como iguales. Por ello, puesto que impera la voluntad general, la seguridad queda garantizada

y los ciudadanos no cometerán injusticias ya que ello sería atentar contra uno mismo. (Vallejo, 2000).

A modo de conclusión, observamos como históricamente libertad y seguridad no se concebían como ideas antagónicas o incompatibles, si no todo lo contrario. Sin embargo, hoy en día, los debates que giran en torno a la lucha antiterrorista nos llevan a defender dicha incompatibilidad y, en consecuencia, a desconectar la función preventiva del Derecho Penal y la legitimación liberal del orden social (García Amado, 2010, p. 82). Por ello,

el orden por el orden justifica una praxis punitiva del Estado que, por tanto, ya no va a tener su límite constitutivo en la compatibilidad con las libertades básicas de cada uno, incluido el delincuente, y con una idea de dignidad individual cargada históricamente de contenido normativo bien preciso. Si la justificación del orden antecede a la justificación de la libertad y es independiente de ella, el respeto a la libertad ya no es condición válida y legítima defensa del orden. (García Amado, 2010, p. 82).

Por todo ello, el objetivo, ahora, es la salvaguarda del orden social.

Más aún, cuanto menos un orden pretende legitimarse por la libertad, por el contrato social que lo asegure, tanto más ese orden se pensará en riesgo por obra misma de la libertad y tanto más se querrá defender, precisamente, frente al desorden derivado de las libertades, frente al riesgo que la libertad representa para el orden. El orden absoluto sólo cabe en ausencia total de libertad, y de ahí que el orden liberal sólo puede concebirse como orden provisional, tentativo, inestable y en permanente riesgo. Mas esa asunción de su riesgo esencial es definitoria de dicho orden liberal y, con ello, del Estado de Derecho: en el momento en que ese orden liberal quiere eliminar el riesgo de su crisis o disolución, se niega a sí mismo y se retrotrae a formas anteriores históricamente acontecidas: a un orden basado en un poder no sometido a normas jurídicas, por encima del Derecho: a un Estado absoluto. (García Amado, 2010, p. 82-83).

Asimismo, en referencia a Zaffaroni (2005, p. 157), si para garantizar la seguridad de los bienes jurídicos reducimos el nivel de garantías, inevitablemente, la población queda “a merced de la arbitrariedad policial, lo que importa una amenaza estatal a todos los bienes jurídicos, incluyendo la propia vida”. En otras palabras, asistimos a un cambio de paradigma en el que el orden era necesario para asegurar la libertad a uno en el que la libertad constituye el principal peligro para el orden (García Amado, 2010, p. 83).

### 2.2.3. *¿Un acto terrorista representa un acto de guerra o un delito penal?*

En 2001 el presidente de la Administración de EEUU declaró la *War on Terror* o Guerra contra el Terror. No obstante, no fue el presidente George Bush el primer presidente en realizar esta declaración de guerra. De hecho, fue Theodore Roosevelt al hablar de “una cruzada para exterminar el terrorismo en todo el mundo” (Scheuerman, 2009, 15). Con esta declaración de guerra, los terroristas entraron en la categoría de combatientes enemigos, y, por tanto, el terrorismo ya no era considerado un crimen si no un acto de guerra. Las consecuencias jurídicas de esta nueva calificación son enormes como veremos, pues, pasa de regirse por el Derecho Penal a regirse por el *Ius ad Bellum*, el Derecho Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, destacando, en este sentido, las Convenciones de la Haya y de Ginebra. Nuestra tesis es, en este ámbito, que el presidente George W. Bush, como tantos otros jefes de Estado después de él, utilizaron la guerra al terrorismo como justificación a su política antiterrorista, al igual que a las invasiones de Afganistán e Irak.

De acuerdo con la Teoría de la guerra de Clausewitz (1815), un acto de guerra es un “acto de violencia para obligar al contrario a hacer nuestra voluntad”, con el fin de “dejar indefenso al enemigo” (Paredes, 2010, p. 152). En este mismo sentido, podemos definir el acto de guerra como un acto que procede de actos previos debidos a un enfrentamiento entre dos partes enemigas con determinados objetivos políticos, resultando, ambos bandos, en actores políticos (Paredes, 2010, p. 152). Por ello, decir que un acto terrorista es un acto de guerra es reconocer a los terroristas como actores políticos, lo que tiene unas consecuencias muy peligrosas para los gobiernos de los Estados, y, por tanto, para su legitimidad política. Esto es así porque el “enemigo en una guerra tiene la capacidad de amenazar al sistema político o la misma supervivencia del Estado” (Ackerman, 2007, p.25). No obstante, los ataques terroristas, como norma general carecen de esa capacidad (Paredes, 2010, p.192).

En segundo lugar, el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la Protección de las víctimas de los Conflictos Armados Internacionales de 1977 establece en su artículo 4 que

*las fuerzas armadas de una Parte en conflicto se componen de todas las fuerzas, grupos y unidades armados y organizados, colocados bajo un mando responsable de la conducta de sus subordinados o por una autoridad no reconocidos por una Parte adversa. Tales fuerzas armadas deberán estar sometidas a un régimen de disciplina interna (...).*

Con este artículo, el Derecho Internacional Humanitario elimina la distinción entre combatientes regulares e irregulares (Paredes, 2010, p. 153) –los terroristas-. Pues, estos últimos no están amparados en el *Ius ad Bellum*, y, por tanto, no son parte en un conflicto armado. Si bien es cierto, que la frontera entre conflicto armado y terrorismo es difícil de trazar debido a que este último es utilizado en numerosas ocasiones como arma de guerra o en el marco de un conflicto. En consecuencia, nos remitimos a Paredes (2010, p. 208-209), cuando explica que lo que verdaderamente diferencia a un acto de subversión armada de otros que no lo son es el “efecto objetivo” que el actor en cuestión ejerce “sobre la identidad política de los miembros de la comunidad política”. De forma que el acto bélico hace cuestionar rasgos importantes que han nacido del consenso de las sociedades –la democracia-, al mismo tiempo que puede ser capaz de disolver la identidad en cuestión (Paredes, 2010, p. 207). Vemos, como este requisito, salvo en casos de verdadero control territorial por parte de los terroristas –piénsese en Raqa y Mosul conquistados por el ISIS- los ataques terroristas son hechos aislados que buscan difundir el terror al máximo nivel posible. Para ilustrar, George Bush, exageró la amenaza terrorista en el año 2001 con el fin de justificar a la sociedad americana la cultura de la tortura y, es precisamente esa sobre-reacción de un estado liberal la que al mismo tiempo mina la legitimidad moral y política y alimenta el sentimiento ganador de los terroristas (Scheuerman, 2009).

En realidad, los actos de terrorismo son aquellos que violan las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario (Paredes, 2010, p. 158). Luego, de acuerdo con Steinhoff,

Terrorismo es la estrategia de influir sobre el comportamiento, las percepciones, las creencias o las actitudes de otros distintos de las víctimas inmediatas o blancos de la violencia, a través de la amenaza (hecha creíble mediante la realización de un acto o serie de actos en consonancia con la misma) de llevar a cabo de forma reiterada homicidios, daños graves a personas inocentes o destrucción o daños graves a sus propiedades. Son “actos terroristas” esos ataques graves contra inocentes o contra sus propiedades, que formen parte de tal estrategia. (Paredes, 2010, p. 159).

#### **2.2.4. Consecuencias de calificar a los actos terroristas como actos bélicos.**

La calificación política de crímenes de terrorismo como actos bélicos conlleva una serie de consecuencias que comienzan con el “endurecimiento de la sociedad y del sistema político”. La causa es que se reduce la predisposición y la sensibilidad hacia la pluriculturalidad y al diálogo, reduciendo, en consecuencia, la calidad de la democracia (Paredes, 2010, p. 213).

Por un lado, puesto que el terrorismo internacional que más presente está hoy en día en nuestras televisiones y periódicos es el terrorismo yihadista-islamista, lo que se propicia es lo que Huntington (1993) denominaba el choque de civilizaciones. Este autor defendía que el islam tiene *bloody lines* y que, por tanto, la lucha entre el mundo islámico y el occidental es inevitable. No obstante, encontramos como la religión no es más, en este caso, que el discurso de los líderes terroristas con el fin de captar seguidores a sus causas para ganar más poder y/o desestabilizar otras potencias. Siendo, por tanto, la religión una forma de obtener legitimación y, por lo no podemos decir que verdaderamente exista un choque de civilizaciones cuando, además, el islam tiene un gran número de subentidades y, no todas son violentas. Este tema, sin embargo, se escapa del alcance de este ensayo y necesitaría de otro para profundizar en él. Así que nos quedaremos en lo que el propio Barack Obama (2009) expresó sobre que EEUU “*is not and will never be at war with Islam*”. “*The United States has been enriched by Muslim-Americans*”. “*Many other Americans have Muslims in their family, or have lived in a Muslim-majority country. I know, because I am one of them*”.

Por otro lado, decir que un acto criminal-terrorista es un acto de guerra conlleva una serie de consecuencias bastante graves. En primer lugar, se equipara a lo sucedido en las Guerras Mundiales en lo referente a las medidas restrictivas de derechos humanos. La razón es que, al no existir ningún tipo de graduación en estas calificaciones de guerra, las medidas restrictivas, como la USA Patriot Act, que pueden utilizarse en caso de ataque terrorista, como tras el 11-S, serán las mismas que en una guerra clásica por el peligro que representan estos “actos de guerra” (Senes, n.d., p. 158). En segundo lugar, al no

tratarse de una “guerra clásica”, será complicada su terminación a través de tratados de paz o ceses de hostilidades. Como consecuencia, queda legitimada la utilización del régimen excepcional de forma indefinida (Senes, n.d., p. 158). En tercer lugar, se motiva a la opinión pública a pensar que los terroristas disponen de capacidades suficientes para acabar con un Estado, incrementando, así, el nivel de miedo (Ackerman, 2007, p. 25 y ss).

Por último, tienen lugar una serie de consecuencias jurídicas. Significa aplicar las disposiciones del Derecho de la Guerra a unos crímenes que no son actos bélicos en realidad. Como demostraremos a continuación, raros son los casos en que estas disposiciones del *Ius ad Bellum*- artículo 13 del Convenio III de Ginebra y artículo 6 del Protocolo II de Ginebra- se cumple en relación con la lucha antiterrorista. De forma que no podemos encuadrar estos crímenes ni en el Derecho Penal ni en el Derecho de la guerra. La razón es el nacimiento de un nuevo tipo de derecho de carácter excepcional que denominamos el Derecho Penal del Enemigo (Jakobs, 1985).

### **2.2.5. Derecho Penal del Enemigo**

El terrorismo actual representa una “nueva forma de conflicto bélico” en la que ya no pueden aplicarse las tradicionales disposiciones del derecho de guerra (Scheuerman, 2009, p. 11). En este sentido, el presidente George W. Bush (2002) afirmó que “nos enfrentamos a un nuevo paradigma al que han abierto la puerta los terroristas, no nosotros”. Las “nuevas guerras” de las que hablamos serían aquellas protagonizadas por actores no estatales sin uniformes y/o insignias y que dependen de la ayuda de estados fallidos como Afganistán. No obstante, la calificación de nuevas guerras no resulta del todo acertada pues ya en época de Napoleón existieron combatientes sin uniforme e incluso, en la guerra de Argelia, el Frente de Liberación Nacional realizaba ataques aislados sobre civiles para obligar a Francia a contraatacar y, con ello, movilizar a más seguidores. (Scheuerman, 2009). Por tanto, tal y como expresó Copeland, parece que “es demasiado pronto para declarar que el paradigma ha cambiado”. Pese a lo anterior, la teoría imperante en nuestros días es que si los actores internacionales no respetan las

disposiciones del *Ius ad Bellum*, “¿por qué habríamos de hacerlo nosotros?”. (Scheuerman, 2009, p. 14).

Los Estados Unidos de América no fueron los primeros en decir que el derecho de guerra había sido sobrepasado. Tiempo atrás, los Nazis, argumentaron que el Ejército Rojo llevaba a cabo acciones que no se adecuaban al derecho de guerra convencional. Su objetivo fue dejar a los soldados soviéticos sin las garantías básicas que el Derecho Internacional Humanitario les proporcionaba, bajo la justificación de que los soviéticos actuaban con prácticas “bárbaras e ideológicas”. (Scheuerman, 2009, p. 15). No obstante, sí se están produciendo cambios importantes que no deben ser obviados. De esta forma, Kaldor (1999), elaboró la teoría de las “nuevas guerras”, caracterizada por un nivel altísimo de atrocidades por parte de milicias, paramilitares, mercenarios y criminales (Scheuerman, 2009, p. 16) que, con frecuencia, actúan a través de las fronteras y en las que la identidad étnica o racial tiene un rol muy importante. No obstante, el requisito del territorio de las guerras de Clausewitz sí que se cumple. Es el caso del Califato islámico que el ISIS ha intentado establecer en Siria e Irak. Kaldor, en adición, explicó como a través de la hipérbole sobre las nuevas guerras se legitima la no utilización de los Convenios de la Haya y de Ginebra pues dejan de diferenciarse las categorías de combatiente y no combatiente (Scheuerman, 2009, p. 18). De forma que “el crecimiento de las prácticas de guerra irregulares y la decadencia del derecho de guerra convencional parecen indisolublemente unidos” (Scheuerman, 2009, p. 18).

La consecuencia principal de todo lo que estamos afirmando es el nacimiento de un nuevo derecho de excepción que justifica el no cumplimiento del *Ius ad Bellum* por parte de los Estados para luchar contra el terrorismo. Se trata del Derecho Penal del Enemigo. De modo que Maresca se pregunta “¿qué ha sido de la modernidad?, ¿qué proyecto es el que se ha cumplido con ese nombre? (...) ¿dónde hay que situar hoy las líneas de resistencia a la barbarie?” (Portilla, 2010, p. 227).

Asistimos a la inauguración de ámbitos sin derechos, a la resurrección de los campos de concentración en la versión de Guantánamo, a la existencia de vuelos furtivos, barcos “cárceles” en los que se trasladan ilegalmente detenidos sin cargos con destino a prisiones secretas –algunas de ellas ubicadas en Europa-, a la expansión de los centros de internamiento para extranjeros “ilegales”, etc. La excusa del terrorismo ha generado espacios que Beck (2005, pp. 195 y 203) califica de ajurídicos donde está permitido un desenfreno jurídico y una

descivilización de la violencia estatal; ahora, en su opinión, cada cual puede combatir a sus enemigos internos como “terroristas” con la bendición de la comunidad de Estados que consiente que las violaciones de los derechos humanos de nuestros aliados se releguen con discreción. (Portilla, 2010, p. 228).

En efecto, surge como consecuencia del 11-S una legislación caracterizada por el uso de la violencia para conservar el Derecho, de acuerdo con la teoría de Benjamin (2001). Surge, así, un Derecho que niega al propio Derecho y un “Derecho penal militarizado que suspende las garantías de manera generalizada para conservar el no-derecho instituido”. Ha nacido, pues, un Derecho que “se suspende a sí mismo cuando ‘el príncipe’ decide la existencia de un peligro para la conservación del Estado”. (Portilla, p.228). En consecuencia, pasamos del modelo liberal al despótico y autoritario con la vuelta al poder absoluto del príncipe. Siendo, el presidente de EEUU, aquel monarca absoluto que posee los poderes soberanos que Hobbes explicaba: “inalienable, juez de la paz, distribuidor de la propiedad privada, juez y árbitro, encargado de recompensar y castigar” (Portilla, 2010, p. 232). La suspensión de las garantías del derecho de guerra y del derecho penal, adquiriendo el soberano el derecho de “hacer morir o dejar vivir” –de Foucault-, ya no se realiza para defender al soberano y su estatus, si no para defender los derechos del hombre (Portilla, 2010, p. 233), lo cual resulta contradictorio. Constituye, de hecho, una paradoja el que para defender los derechos humanos de unos haya que suspender los derechos humanos de otros. En esta línea, y siguiendo el pensamiento de Bauman (Portilla, 2010, p. 234), el uso del terror y de la tortura “han pasado de ser instrumentos de las pasiones a convertirse en instrumentos de la racionalidad política”.

Ahora, toca preguntarnos ¿qué es exactamente el Derecho Penal del Enemigo? Pues bien, fue Jakobs quien planteó este concepto refiriéndose a que, posiblemente, en casos de grave peligro para la “seguridad cognitiva”, resulta necesario recurrir a un Derecho especial, un “Derecho penal de excepción”, cuyo propósito no es el de luchar contra delincuentes si no contra enemigos (Muñoz, 2008, p. 16). Este nuevo Derecho Penal, se caracteriza por tres rasgos principales. Primero, la agravación de las penas no proporcionales, llegando hasta a aplicar “penas draconianas”. Segundo, la supresión o reducción de las garantías sustanciales y procesales del investigado. Tercero, la criminalización de acciones que normalmente no suponen un peligro para ciertos bienes jurídicos; pasando de un Estado de Derecho a un Estado preventivo en el que se

criminalizan conductas aún antes de haberse producido el perjuicio (Muñoz, 2008, p. 17). Todo ello de la mano de métodos de investigación extremadamente invasivos de la privacidad de los ciudadanos (Viganò, 2010, p. 84).

Por consiguiente, no podemos decir que hayamos vuelto al Estado de Naturaleza de Hobbes. Si bien es cierto que las democracias liberales modernas están marcadas seriamente por la concepción política de la distinción entre amigos y enemigos (Portilla, 2010). Constituyendo, tal y como afirman Adorno y Korkheimer, el terrorista un enemigo caracterizado por representar el mal absoluto y, por tanto, se puede disponer de él sin ningún tipo de límites (Portilla, 2010, p.238). Consiguiendo, de este modo, la exclusión jurídica de los que Schmitt denominaba como “enemigos”. De este modo, se constituirían dos derechos penales: un derecho penal “para la generalidad” de la población y un derecho penal especial para los terroristas que se aplicará sin ningún tipo de límite (Muñoz, 2008, p. 21). Para Jakobs, la existencia de esta doble vía penal es imprescindible en cualquier tipo de Estado –autoritario o democrático- para mantener el funcionamiento del sistema social (Viganò, 2010, p. 24). La razón es que todas las sociedades tienen como derecho el mantenimiento de la “seguridad cognitiva” de Jakobs o nivel mínimo de seguridad a través de todos los medios necesarios, llegando incluso a descalificar a los terroristas como sujetos de derecho (Muñoz, 2008, p. 24). De esta manera, Jakobs (2003) explica a raíz del 11-S que

quien considere poco claras estas palabras, debería reflexionar sobre los sucesos del 11 de septiembre del 2001...El delito sigue siéndolo, aunque sus autores lo cometan con intenciones radicales o a gran escala. Pero entonces hay que preguntarse si a través de esta estricta fijación en el concepto de delito, no se está imponiendo al Estado la obligación de respetar al autor de estos hechos como persona, lo que desde luego no es un calificativo bastante inapropiado respecto a un terrorista que no ofrece la expectativa general de conducta personal. Dicho en otras palabras: quien considere al enemigo como un delincuente ciudadano, no debe sorprenderse luego si los términos “guerra” y “proceso penal” llegan a confundirse. (Muñoz, 2008, p. 27-28).

Por lo tanto, Jakobs inspirándose en la obra de Kant, *Sobre la paz perpetua*, al explicar que existen ciertos individuos que no se pueden considerar “personas” socializadas debido a su negativa de participar en la comunidad política. Es decir, aquellos individuos que no quieren aceptar el contrato social o el régimen legal imperante. Consiguiendo, con ello, lesionar a los demás individuos y aumentar el nivel de inseguridad. (Paredes, 2010, p. 185).

Es decir, el Derecho Penal de Excepción se constituye en un Derecho Penal de Autor pues la agravación de la pena no es el resultado del especial desvalor de la acción si no del especial interés del terrorista o de su pertenencia a un grupo terrorista.

En el caso de la legislación española, el artículo 55.2 de la Constitución Española es el encargado de legitimar este Derecho Penal de Excepción. Este artículo permite, de este modo, una interpretación “oportunista” de los enormemente amplios artículos 571 a 579 del Código Penal. (Gómez Martín, 2010, p. 26-27). Permitiendo interpretar extensivamente dichos artículos cuando haya que acabar con algún enemigo. Finalmente, denominar enemigos a los terroristas es colocarlos, según Ferrajoli, bajo la lógica de la guerra, la cual niega al mismo Derecho (Serrano-Piedecabras y Demetrio, 2010, p.266).

#### **2.2.6. Medidas Punitivas vs. Preventivas:**

Las medidas que llevan a cabo los Estados para luchar contra el terrorismo convierten al Derecho Penal en un Derecho preventivo. El objetivo del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos, tanto individuales como colectivos. A lo largo de su evolución se ha demostrado como, a veces, para proteger estos bienes jurídicos es necesario evitar que el acto delictivo tenga lugar, es decir, castigar la puesta en peligro del bien jurídico y no la acción. ¿Pero cuál es el límite para castigar los denominados *delitos de peligro abstracto*? Procederemos ahora a analizar algunas de estas medidas antiterroristas con el fin de demostrar su carácter preventivo.

### 2.2.6.1. La tortura

El artículo 3 del CEDH afirma que *nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes*. Para aclarar, la tortura es definida por la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes como:

todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia (...)

Pese a estar prohibida por el derecho internacional para todos los Estados, según estadísticas de Amnistía Internacional, se han registrado torturas en 141 países durante los últimos años (Amnistía Internacional). España no es una excepción. El TEDH ha dictado varias sentencias condenatorias por no haber investigado suficientemente casos de torturas y malos tratos –caso Martínez Sala (2004/65)- principalmente por torturas cometidas en régimen de incomunicación de las víctimas y principalmente contra inmigrantes y terroristas. Se deduce que los Estados no solo tienen una obligación negativa –no torturar- si no que también tienen una obligación positiva –proteger de la tortura e investigar- para velar por el cumplimiento del artículo 3 del CEDH.

El caso estadounidense es determinante al hablar de tortura. El anterior presidente de la Administración estadounidense, Barak Obama, años atrás, desclasificó un gran número de documentos hasta entonces secretos dejando a la luz los métodos interrogatorios empleados por el presidente G. W. Bush. Aunque, quizás, lo más impactante sea la poca sensibilidad que adoptan los ciudadanos al conocer estos hechos. De hecho, un 37% de la población consideró esta práctica como “potencialmente permisible” y el 62% del Congreso de EEUU se opone a que esos crímenes sean investigados (Scheuerman, 2009, p. 10). Mostrando, claramente, una cultura de la tortura

pues, en referencia a Luban, “parece que las raíces del aborrecimiento americano por la tortura son ahora extraordinariamente superficiales” (Scheuerman, 2009, p. 10). La causa es lo que Dershowitz denominó como la

*bomba con la cuenta atrás activada, que se ha vuelto omnipresente en el discurso popular, con los medios de comunicación reproduciendo diligentemente la peligrosa fantasía de que la tortura constituye una vía de acción sucia pero en ocasiones indispensable si uno quiere prevenir ataques catastróficos* (Scheuerman, 2009, p. 10).

Y, es que, en efecto, G. W. Bush, en el año 2006 firmó la Military Commissions Act – MLC- con el fin de “autorizar los juicios por parte de comisiones militares para las violaciones de la Ley de la guerra y para otros propósitos” (la traducción es nuestra). Con esta Ley se legalizan los métodos instaurados tras el 11-S. En consecuencia, G.W. Bush, para legalizar la tortura exageró la peligrosidad del fenómeno terrorista provocando un miedo mayor del creado por el propio 11-S y creando, así, una cultura de la tortura en EEUU.

La tortura responde a la “reciprocidad incivilizada” de Holmes (Scheuerman, 2009, p. 18), pues si nuestros enemigos no actúan conforme al derecho humanitario de la guerra ¿por qué nosotros si tenemos que cumplirlo? Pues bien, el Estado ya cuenta con suficientes métodos coactivos que no son alcanzables para los ciudadanos (Terradillos, 2010, p. 289) sin necesidad de emplear la tortura, al igual que los resultados de ésta no están garantizados –no hay ningún estudio que acredite lo contrario-. Por tanto, “la guerra sucia” pretende legitimarse a través del discurso bélico cuyo objetivo es justificar la utilización de una violencia mayor por parte del poder punitivo que la que ha de ser neutralizada (Terradillos, 2010, p. 289). En este sentido,

combatir al crimen a través del crimen se identifica con el terrorismo, puesto que la violencia criminal ejercida desde el poder potencia extraordinariamente la amenaza de ataque a los derechos personales y sociales propios del Estado de Derecho. Y el terror es precisamente eso: el miedo a que lo esencial, lo que define a la persona y al ciudadano, pueda ser violentamente negado. Con tanta contundencia cuanto mayor es el poder de lo público. Y con tanta impunidad cuanta puede garantizar la evidencia de que *el ius pudiendi* difícilmente se tornará contra su titular monopolista (Terradillos, 2010, p. 289).

En suma, resulta vital la reforma de las legislaciones antiterroristas con el fin de prohibir la tortura y otros tratos degradantes de la dignidad de los seres humanos además de añadir la esencial obligación de los poderes públicos de investigar las denuncias debido a las torturas. Resulta evidente que el incumplimiento de los instrumentos humanitarios con respecto a yihadistas o talibanes detenidos no implica, ni de lejos, un método de disuasión si no todo lo contrario. Significa luchar contra el terrorismo a través del terrorismo de Estado. Significa una caída de la moral y legitimidad del poder punitivo, y, en consecuencia, de Occidente y los valores wilsonianos que países como EEUU tratan de difundir, que, paradójicamente, resulta ser el objetivo último del terrorismo.

#### 2.2.6.1. Medidas Restrictivas

Las medidas restrictivas o *smart sanctions* (Salinas, 2011, p. 74) son sanciones de carácter preventivo cuya finalidad es la privación de los fondos y activos financieros pertenecientes a una persona física o jurídica, a un grupo o una entidad no estatal a través de una decisión administrativa con el fin de congelarlos (Rapoport, 2013, p. 132). Dos son los tipos de medidas restrictivas existentes: aquellas que provienen de la ONU y aquellas que son adoptadas de forma autónoma por la UE. La finalidad de las *smart sanctions* es luchar contra el terrorismo a través de la elaboración de una lista común en la que figuran los titulares de fondos y recursos económicos terroristas que deben ser confiscados.

En primer lugar, las medidas restrictivas implican la congelación de fondos y recursos financiero y las restricciones de movimiento en la UE. Pues bien, uno de los logros más importantes conseguidos por la Unión es la creación de un área de libertad de movimiento que se traduce en cuatro libertades. La aplicación de estas medidas restrictivas llevaría a la vulneración de dos de ellas. Primero, se vulnera la libertad de circulación de personas puesto que impide el desplazamiento y residencia de un Estado Miembro a otro por parte de los nacionales para desarrollar una actividad económica. Segundo, se vulnera la libre circulación de capitales, pues impide la posibilidad de realizar inversiones o la prestación de servicios financieros (Kadi II). Sin embargo, en tanto que

la amenaza terrorista atenta gravemente contra el contenido de los artículos 2 y 3 del TUE, la UE está legitimada a llevar a cabo siempre y cuando se respete el principio de proporcionalidad del artículo 5 TUE, según el cual *el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados*. Además, de acuerdo con el artículo 222 TFUE los Estados miembros actuarán conjuntamente en caso de amenaza terrorista sirviéndose de los medios necesarios disponibles –principio de solidaridad-. No obstante, puesto que se trata de una privación muy grave de estas libertades y otras más que se expondrán más adelante es necesario un control jurisdiccional efectivo y unas garantías suficientes para los perjudicados.

De esta forma, el Tribunal General de la UE es competente para el control de la legalidad interna del reglamento comunitario. Previamente, con la sentencia Kadi I (2005), el Tribunal defendía su falta de jurisdicción para controlar la legalidad de las medidas restrictivas que transponen al derecho comunitario las Resoluciones del CS de la ONU salvo en los casos de violación de las normas internacionales de *ius cogens* al constituir “principios inviolables del Derecho internacional consuetudinario” (opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 8 de julio de 1996, *Licitud de la amenaza o del uso de armas nucleares*, Rec. 1996, p. 226, apartado 79). Esta sentencia fue impugnada por el perjudicado a través de un recurso de casación ante el Tribunal de Justicia de la UE. La resolución del Tribunal (Kadi II, 2008) cambió la jurisprudencia que se había sentado con Kadi I. Así, de acuerdo con Kadi II, el control jurisdiccional por parte de los jueces comunitarios de las medidas de la Unión es imprescindible para velar por los derechos fundamentales que la Unión Europea promueve, por tanto, se trata de una garantía que los tribunales europeos han de ofrecer a los perjudicados sin importar si esas medidas transponen o no otras de la ONU. Es, pues, un control jurisdiccional completo de la legalidad y validez de las actuaciones de la UE. Solo así podrá darse cumplimiento al artículo 47 de la Carta *-derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial-*. (Rapoport, 2013, p. 161-162).

Asimismo, tal y como expone el Tribunal de Primera Instancia, el principio de confidencialidad no podrá justificar la restricción a los derechos de defensa (Madden, 2014, p. 105). Un logro de la sentencia Kadi fue la elaboración del artículo 105 del Reglamento del Procedimiento. Se trata de un procedimiento de control de estos datos que implica una protección exhaustiva de éstos durante su transporte, a la vez que, una

vez en el Tribunal, solo están autorizados para conocer de ellos el juez y uno de los letrados.

En segundo lugar, para que una inscripción de un individuo, grupo o entidad en la lista sea válida es necesario que esté válidamente motivada. Se trata, tal como expone la sentencia *Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran/Conseil*, de proporcionar al interesado información suficiente. Pues, en caso de no hallarse motivación suficiente tendría lugar una violación de su derecho de defensa (T-228/02).

En tercer lugar, es necesario evitar la violación de los derechos fundamentales en ambos ámbitos, nacional y en el comunitario. De acuerdo con el asunto *Kadi I*, el “efecto sorpresa” inicial de la medida de congelación de fondos está justificado. Sin embargo, las decisiones posteriores deben de estar precedidas por la posibilidad de ser oído el perjudicado y por la comunicación de los nuevos elementos existentes en su contra. (Martin, 2010, p. 123).

En cuarto lugar, de acuerdo con *Kadi II* (2010), el TJUE debe ejercer un “control jurisdiccional adecuado” de la legalidad sustantiva de una medida restrictiva de la UE, principalmente en lo que respecta a la “verificación de los hechos y elementos de prueba e información invocados” con el fin de asegurar un equilibrio entre la búsqueda de la seguridad y el respeto a los derechos humanos. Pues es obvio que las medidas de congelación de fondos tienen repercusiones claramente negativas sobre la vida familiar y profesional y sobre la reputación y el honor de las personas incluidas en la lista (*Abdurlrahim c/Conseil et Commission*, p.70), ello debido a la falta de confianza que resulta. Así pues, un control jurisdiccional efectivo es siempre necesario para evitar que se violen estos derechos.

Finalmente, debido a que el terrorismo constituye una amenaza a la paz y seguridad internacionales las medidas restrictivas y sus consecuentes efectos negativos sobre las

personas inscritas en la lista están justificados siempre y cuando respeten el principio de proporcionalidad –*Arrêt Kadi II*- y el de solidaridad.

### 2.2.6.3. Agente Encubierto

El agente encubierto es un medio extraordinario de investigación cuyos rasgos principales son el engaño y la falsa identidad que el Estado proporciona a un policía que de forma voluntaria se convierte en infiltrado (Gómez de Liaño, 2010, p. 421) en la organización terrorista.

En primer lugar, según la jurisprudencia alemana su presencia implica la vulneración del derecho a la autodeterminación informativa, expresado por Gascón en 2001, a causa de la imposibilidad de ejercer el derecho a relacionarse con los poderes públicos sin la existencia de engaños (Gómez de Liaño, 2010, p. 422). En cuanto a nuestra legislación, es el artículo 18.1 CE el que resulta violado al estar vinculado el derecho a la intimidad con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la dignidad y la calidad de vida (SSTC 119/2001, de 24 de mayo).

En segundo lugar, “cuando el confidente y el arrepentido actúan a instancia de las autoridades penales, quien realmente acomete la infiltración es el poder público” (Gómez de Liaño, 2010, p. 424). Por ello resulta necesaria la concesión de autorización del Juez de Instrucción o del Ministerio Fiscal. Y, así, poder justificar las restricciones al derecho a la intimidad. Sin embargo, existen las “entradas por invitación”, las cuales ocurren debido al vicio en el consentimiento –por engaño- del propietario del domicilio (Gómez de Liaño, 2010, p. 429). De acuerdo con Gómez de Liaño (2010, p. 429) la autorización inicial no puede extender sus efectos hasta este supuesto pues no existe habilitación expresa en el ordenamiento español. Por tanto, debería castigarse a estos sujetos por las entradas ilícitas del artículo 534 del Código Penal. (Gómez de Liaño, 2010, p. 429).

En tercer lugar, resultan problemáticos los *hallazgos casuales*. Por un lado, éstos habrán de comunicarse al juez *–notitia criminis–* que iniciará –o no– un procedimiento sin que pueda autorizar una infiltración de un agente (Gómez de Liaño, 2010, p. 431). Por otro lado, la información que el agente recoja en un procedimiento no puede ser utilizada en otros procedimientos pues supondría

una merma de las garantías exigibles en la limitación de derechos. De un lado, porque el Juez de Instrucción tuvo la oportunidad de autorizar una infiltración, y, si no lo hizo, pudo ser debido a la ausencia de la debida proporcionalidad. De otro, porque tendría lugar un quebranto del derecho de defensa, al no poder rebatir las partes el control de legitimidad de la medida del agente encubierto en atención a su causa concreta. (Gómez de Liaño, 2010, pp. 432-433).

Por tanto, el agente encubierto es un instrumento que ha de utilizarse de forma excepcional y siempre bajo un control jurisdiccional efectivo para que pueda medirse la proporcionalidad e idoneidad de la medida.

#### 2.2.6.4. La Patriot Act

La Patriot Act es una ley que recoge una serie de medidas aprobadas por la Administración de Bush tras el 11-S aceleradamente y sin debate. El principal efecto fue el aumento de poderes de la policía y la inteligencia. De hecho, con esta ley comienza a obviarse la IV Enmienda y la “expectativa razonable de privacidad” que protege. La razón es que ya no se necesita demostrar la existencia de “causa probable” de la comisión de algún delito terrorista para efectuar registros, entregar documentos a terceras personas o intervenir comunicaciones. Es más, en 2009, se añade la posibilidad de detener a un sospechoso de terrorismo sin existir “causa probable”. (Pérez, 2010, pp.480-482). *Por tanto, cualquier sujeto puede ser sospechoso de ser un terrorista ya que no es necesario que existan indicios de delito.* (Pérez, 2010, pp. 496). Con todo ello, vemos como pierde fuerza la presunción de inocencia.

### 2.2.6.5. Análisis de los principales derechos fundamentales afectados

Por un lado, *todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona* (artículo 3 DUDH). Asimismo, todos tienen derecho a la vida y a la integridad física, sin que puedan ser sometidos a penas o tratos inhumanos o degradantes (artículo 15 CE). Estos dos artículos son constantemente violados al retirar del terrorista la condición de ser humano. Difícilmente se puede justificar la incomunicación de los acusados de terrorismo, que viola los artículos 530 y 531 de nuestro Código Penal, o la tortura de Guantánamo. Cárcel que nos recuerda a los campos de concentración y exterminio nazis, quienes arrebataron a los judíos la condición de personas. Incluso Alemania, en 2005, aprobó una ley que permitía derribar un avión con pasajeros civiles siempre y cuando fuera éste el único medio para salvar la vida de un grupo mayor de personas –medida que un año después sería abolida por el Tribunal Constitucional alemán-. Aquí se estaba utilizando la vida humana como un instrumento susceptible de ser ponderado y sacrificado por el Estado para un bien mayor. (Terradillos, 2010, p. 289). Sin embargo, el Estado no tiene el derecho inherente a “hacer morir o dejar vivir”, mientras que todo ser humano si tiene el derecho inherente a vivir.

Por otro lado, en los artículos 511 y 512 del Código Penal se prohíbe a las autoridades que denieguen a una persona un servicio público o prestación *por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia o raza, su origen nacional* (...). No obstante, es el mismo Estado el que, a través de la figura del “partisano” de Schmitt –enemigo político absoluto (Paredes, 2010, p.149) del Estado-, acaba creando unos perfiles o estereotipos de terroristas que normalizan a una parte de la sociedad –el *pueblo decente* (Rawls, 2001, pp. 45-48) y excluyen a otra parte –los *enemigos* de Jakobs. Por tanto, aquel que acaba llevando a cabo una conducta discriminatoria es el propio Estado.

Esta misma dinámica sucede con un sin fin de derechos como hemos venido expresando a lo largo del presente escrito: derecho de libre asociación, la libertad de

expresión, derecho a la vida privada, derecho al honor... Todos ellos superados por la Razón de Estado (Terradillos, 2010, p. 288).

*No existe tiranía peor que la ejercida a la sombra de las leyes y con apariencias de justicia.*

MONTESQUIEU

### 3. CONCLUSIONES

Después de los atentados del 11-S la lucha contra el terrorismo internacional ha pasado a tener carácter bélico y preventivo. Los gobiernos, bajo la justificación del terrorismo, se sienten legitimados para recortar el catálogo de los derechos que nos pertenecen como seres humanos y como ciudadanos. Ello se debe al aumento de la autonomía del Estado respecto de la sociedad civil pues el consenso legitimador de las instituciones democráticas no se pierde (Serrano-Piedecasas y Demetrio, 2010, p.246). En consecuencia, entramos en una democracia al estilo *orwelliano* o “un sistema de decisión elitista y ocasional ratificación por el público” (Serrano-Piedecasas y Demetrio, 2010, p.249). La finalidad del Gobierno parece ser, de la misma forma que en 1986 planteó De Cabo, conseguir ventajas políticas a través del derecho, dejando, así, relegados los avances jurídicos” (Serrano-Piedecasas y Demetrio, 2010, p. 251).

De esta forma, el Derecho Penal ha sufrido un gran número de desviaciones que promueven el llamado Derecho Penal del Enemigo. Estas desviaciones “no se han demostrado eficaces para combatir el terrorismo sino sólo para producir millones de víctimas inocentes y socavar las bases del Estado de Derecho” (Serrano-Piedecasas y Demetrio, 2010, p.266). Fue Paredes (2010, p. 139), quien afirmó que criticar la tortura o las prácticas llevadas a cabo en Guantánamo es fácil. Mientras que “movilizarse (...) contra los abusos graves de derechos humanos, contra las políticas criminales autoritarias y contra los discursos que los disculpan o justifican no es tan sencillo”. En esta misma línea Ulrich Beck afirmaba que el comportamiento de preocuparse excesivamente para luego no adoptar ninguna medida constituye la “enfermedad europea”.

No obstante, es cierto que las peculiaridades que presenta el terrorismo yihadista implican tomar una serie de medidas que inevitablemente se apartan de la vía normal de represión criminal. La razón es que, a veces, para impedir la repetición de atentados como el 11-S, es necesaria la represión de los actos preparatorios de delitos de terrorismo. La clave está, en consecuencia, en vislumbrar cuál es el límite al que estas desviaciones

pueden llegar. (Viganò, 2010, p.84). Pues bien, el límite habrá de encontrarse caso por caso a través de los métodos que nos ofrece el Derecho Penal y no a través de los métodos de guerra y la consecuente distinción entre amigo y enemigo. Estos métodos son el principio de proporcionalidad en cuanto a la gravedad del acto u omisión, la idoneidad y la necesidad de las penas (Viganò, 2010, p.85) y el principio de culpabilidad. A su vez, los medios del Derecho Penal deberán ser aplicados a la vez que se protege que el núcleo esencial de los derechos fundamentales de los ciudadanos no se vea mermado. La razón es que este núcleo es lo que cimienta al Estado de Derecho y, por tanto, es el objetivo primordial de los terroristas. (Viganò, 2010, p.85). Por ello, el control jurisdiccional tiene un papel determinante en el control de las medidas antiterroristas.

Puesto que hemos demostrado como la tipología delictiva del terrorismo resulta excesivamente amplia, llegando, incluso, a producirse inseguridad jurídica; será necesaria la consecución de una definición internacional consensuada del delito de terrorismo. Y no una mera enumeración de los delitos que se consideran como terroristas. Así, se

potenciaría la cooperación internacional y la eficacia preventiva de la respuesta penal a este fenómeno, puesto que con ello se incrementaría notablemente la presión para negar a quienes recurren al terror contra la población como estrategia política el apoyo financiero, el acceso a las armas (...), las comunicaciones y el proselitismo vía internet, y la movilidad entre Estados para alcanzar sus objetivos (Pérez Cepeda, 2010, p. 68).

La razón es que cesaría la “utilización oportunista e interesada del término” terrorismo (Pérez Cepeda, 2010, p.56) que ocurre cuando las leyes dependen del “ambiente social” de cada momento (Cancio, 2010, p.394). Y, finalmente, para establecer

una clara distinción con el concepto de guerra o de conflicto y no pueda interpretarse en un sentido que restrinja el alcance de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de los principios de libertad, democracia, igualdad y solidaridad tal como se definen en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. (Hormazábal, 2010, p. 562).

No solo los tipos penales de terrorismo son demasiado amplios, si no también el concepto de orden público o seguridad nacional. Con la justificación de defensa del orden o la paz pública, los derechos fundamentales de las personas se ven obviados hasta el punto de dudar si nos encontramos en el *Estado de Naturaleza* de Hobbes. Por tanto, para que

estos “bienes jurídicos supraindividuales” puedan ser protegidos ha de manifestarse “su conexión de lesividad con otros auténticos bienes jurídicos” (Paredes, 2010, p. 169). Siendo, en consecuencia, necesaria la existencia de un bien jurídico susceptible de protección y una acción u omisión que impacte de forma importante en el bien protegido (Paredes, 2010, p. 191).

Para concluir, no vemos mejor manera de combatir a aquellos que tratan de destruir el Estado de Derecho con aquello que le hace grande: la dignidad del hombre (Owada, 2009). Además, tal y como expresa Ferrajoli (2006), la razón y el Estado de Derecho son vitales para la salvaguarda de las garantías penales y, principalmente, para asegurar el “futuro de la democracia” (Serrano-Piedecabras y Demetrio, 2010, p. 266). Siendo, de esta forma, la libertad y la seguridad dos conceptos compatibles. Pues, como expresó el Nobel de la Paz, Desmond Tutu, la “represalia contra el terrorismo no trae la paz. Hay un atacante suicida, una represalia y luego una contra-represalia. Y simplemente sigue y sigue”.

## 4. BIBLIOGRAFÍA

### *Legislación*

- Carta de las Naciones Unidas, de 26 de junio de 1945 (Naciones Unidas, 24 de octubre de 1945).
- Constitución Española de 1978 (BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978)
- Decisión marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo (2002/475/JAI) (Diario Oficial de las Comunidades Europeas, de 22 de junio de 2002).
- El fortalecimiento y la coordinación de las actividades de las Naciones Unidas orientadas a la promoción del estado de derecho (A/68/213/Add.1), aprobada por la Asamblea General el 11 de julio de 2014 (Naciones Unidas).
- Instrumento de Ratificación del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente (BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979).
- Ley desarrollada por el Manual for Military Commissions (Edición 2010), presentado por el Secretario de Defensa ante el Congreso de Estados Unidos que lo adoptó el 18 de enero del 2007.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995).
- Resolución de 5 de noviembre de 2001, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica la Resolución 1373 (2002) sobre medidas para combatir el terrorismo, aprobada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en su 4385.ª sesión, celebrada el 28 de septiembre de 2001 (BOE núm. 281, de 23 de noviembre de 2001).
- Resolución 1566 (2004), aprobada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en su 5053ª sesión, celebrada el 8 de octubre de 2004.

- Versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea - Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea - Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea - Protocolos - Anexos - Declaraciones anejas al Acta Final de la Conferencia intergubernamental que ha adoptado el Tratado de Lisboa firmado el 13 de diciembre de 2007 - Tablas de correspondencias (Diario Oficial de la Unión Europea, nº C 326, de 26 de octubre de 2012).

### *Jurisprudencia*

- Auto del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional de 26 de octubre de 2007.
- Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 8 de julio de 1996, Licitud de la amenaza o del uso de armas nucleares, Rec. 1996, p. 226, apartado 79.
- STC 119/2001, de 24 de mayo.
- STS 2/1997, de 29 de Noviembre.
- TJUE (2008, Septiembre). Abdurrahim c/Conseil et Commission, C-402/05.
- TPI (2006, Diciembre). Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran, T-228/02 (OMPI).
- TPI (2010, Septiembre). T-85/09 (Kadi II)

### *Recursos de internet*

- AMNISTÍA INTERNACIONAL. (n.d.). TORTURA. Obtenida el 15/03/2019 de <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/temas/tortura/>.
- Brooks, J. (2009). Truth on the Cutting Room Floor. FACTCHECK.ORG. Obtenida el 01/03/2019 de <https://www.factcheck.org/2009/12/truth-on-the-cutting-room-floor/>.

- Panizza, R. (2018). El Tratado de Lisboa. *Fichas Temáticas sobre la Unión Europea*, Obtenida el 04/03/2019 de <http://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/5/el-tratado-de-lisboa>.
- Sokolska, I. (2018). Los Tratados de Maastricht y Ámsterdam. *Fichas Temáticas sobre la Unión Europea*, Obtenida el 04/03/2019 de <http://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/3/los-tratados-de-maastricht-y-amsterdam>.
- ONU. (n.d.). Estado de Derecho y Derechos Humanos. *La ONU y el ESTADO DE DERECHO*. Obtenida el 12/03/2019 de <https://www.un.org/ruleoflaw/es/rule-of-law-and-human-rights/>.
- ONU. (n.d.). Instrumentos Jurídicos Internacionales. *OFICINA DE LUCHA CONTRA EL TERRORISMO*. Obtenida el 12/03/2019 de <https://www.un.org/es/counterterrorism/legal-instruments.shtml>.
- Vela, A. (2018). Las fronteras del delito de terrorismo. *Noticias de actualidad*, Obtenida el 04/03/2019 de <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/12896-las-fronteras-del-delito-de-terrorismo/>.
- (n.d.). Garantías Penales y aplicación de la Ley Penal. *Vlex*. Obtenida el 04/03/2019 de <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/garanta-as-penales-ley-penal-507540170>.
- (2010). MONTESQUIEU BARÓN DE LA BREDE. Obtenida el 22/03/2019 de <http://ateneomulticultural.blogspot.com/2010/01/montesquieu-baron-de-la-brede.html>.

### **Informes**

- Fundación ABOGACÍA ESPAÑOLA. (2016). ESPAÑA ANTE LA TORTURA Y LOS MALOS TRATOS. Obtenida el 16/03/2019 de [https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2016/12/Informe\\_Espana-ante-la-tortura-y-los-malos-tratos.pdf](https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2016/12/Informe_Espana-ante-la-tortura-y-los-malos-tratos.pdf).

## **Libros**

- Herrero y Rodríguez de Miñón, M. (1999). *LOS DERECHOS HUMANOS Y LA LUCHA POR LA DEMOCRACIA*. En Consejo General del Poder Judicial (ed). En Consolidación de derechos y garantías: Los grandes retos de los Derechos Humanos en el Siglo XXI. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- Hobbes, T. (1979). *Leviatán*, Madrid: Editora Nacional.
- Kant, I. (1795). *La Paz Perpetua*. Trad. J. Abellán. TECNOS.
- Martin, J. C. (2010). *Le respect des droits fondamentaux dans la lutte contre le terrorisme: le contentieux des mesures restrictives antiterroristes devant le juge de l'Union européenne*. En Martin, J. C. (coord.). *L'Union européenne et la lutte contre le terrorisme* (107-130). LARCIER.
- Muñoz, F. (2008). *¿ES EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL UN “DERECHO PENAL DEL ENEMIGO”?* En Puig, M. (ed.), *DERECHO PENAL DEL SIGLO XXI* (13-37). Barcelona: Consejo General del Poder Judicial.
- Rapoport, C. (2013). *LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE ET LES MESURES RESTRICTIVES DANS LE CADRE DE LA LUTTE ANTITERRORISTE. QUELLES ÉVOLUTIONS APRÈS LISBONE?* En Flaesch-Mougín, C. Y Serena, L. (coord.). *La dimensión exterior de l'espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union Européenne après le traité de Lisbonne*. Bruselas: Éditions Bruylant.
- RAWLS, J. (2001). “El derecho de gentes”, en *El derecho de gentes y “Una revisión de la idea de razón pública”*. Trad. H. Valencia. Barcelona: Paidós.
- Viganò, F. (2010). *Lucha contra el terrorismo y protección de los derechos fundamentales*. En Muñoz de Morales, M. y Bailone, M. (coord.), *Piratas, mercenarios, soldados, jueces y policías: nuevos desafíos del Derecho penal europeo e internacional* (77-85). Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- Zaffaroni, E. R. (2005). “El Derecho penal liberal y sus enemigos”, en Zaffaroni, E.R., *En torno de la cuestión penal* (153-177). Buenos Aires: B DE F

### *Artículos de Revistas*

- García, N. (2010). Las garantías penales tras el Tratado de Lisboa. *EL CRONISTA* (14), 1-17.
- Madden, M. (2014). Kadi II: Judicial Review of Counter Terrorism Sanctions, the “Russian DOLL” of Legal Conflicts? En Kadi II: Judicial Review of Counter-Terrorism Sanctions (1), 99-108.
- Salinas, S (2011). Medidas restrictivas dirigidas a personas y entidades asociadas a Usamah Bin Ladin, la red Al-Qaida y los Talibanes Comentario a la STJCE de 11 de octubre de 2007. *Noticias de la Unión Europea* (314) , 73-80.
- Scheuerman, W. (2009). Sobre la tortura y las “nuevas guerras”. *EL CRONISTA*, (7), 10-19.

### *Artículos periodísticos*

- Caparros, M. (2017, 13 de junio). El terror nos está ganando. *The New York Times*. (Obtenida el 12/03/2019 de <https://www.nytimes.com/es/2017/06/13/el-terror-nos-esta-ganando/>).
- Domingo, J. (2016, 25 de junio). El animal político de Aristóteles. *EL ESPAÑOL*. (Obtenida el 12/03/2019 de <https://diariodeavisos.elespanol.com/2016/06/el-animal-politico-de-aristoteles/>).
- Redacción. (2011, 15 de diciembre). La invasión a Irak en cifras. *BBC Mundo*. (Obtenida el 01/03/2019 de [https://www.bbc.com/mundo/noticias/2011/12/111215\\_eeuu\\_irak\\_cifras\\_disputa\\_debate](https://www.bbc.com/mundo/noticias/2011/12/111215_eeuu_irak_cifras_disputa_debate)).
- Sanger, D. (2003, 2 de mayo). AFTEREFFECTS: THE PRESIDENT; Bush Declares 'One Victory in a War on Terror'. *The New York Times*. (Obtenida el 02/03/2019 de <https://www.nytimes.com/2003/05/02/world/aftereffects-the-president-bush-declares-one-victory-in-a-war-on-terror.html>).

- (2011, 11 de septiembre). Los atentados más sangrientos del siglo XXI. *RT*. (Obtenida el 01/03/2019 de <https://actualidad.rt.com/actualidad/view/32011-Los-atentados-mas-sangrientos-del-siglo-XXI>).

### Artículos doctrinales

- Ackerman, B. (2016). “The War Against ISIS is Unconstitutional”, en *Lawfare*. Obtenida el 16/03/2019 de <https://www.lawfareblog.com/war-against-isis-unconstitutional>.
- Cancio, M. (2006). DE NUEVO: ¿”DERECHO PENAL” DEL ENEMIGO? (Obtenida el 05/03/2019 de [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a\\_20080526\\_26.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_26.pdf)).
- Carrasco, M. (2017). LAS GARANTÍAS PROCESALES EN CASO DE TERRORISMO: DISTINTOS MODELOS, EN PERSPECTIVA COMPARADA, en *REVISTA DE DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO*, (27). Obtenida el 05/03/2019 de [https://www.ugr.es/~redce/REDCE27/articulos/01\\_CARRASCO.htm](https://www.ugr.es/~redce/REDCE27/articulos/01_CARRASCO.htm).
- Huntington, S. P. (1993). The Clash of civilizations? *Foreign Affairs*. Obtenida el 16/03/2019 de <http://www-personal.umich.edu/~satran/Ford%2006/Wk%204-1%20Clash%20of%20Civilizations%20Huntington.pdf>.
- Perello Domenech, I. (1997). El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional, en *Jueces para la democracia*, (28), 69-74. Obtenida el 05/03/2019 de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/174691.pdf>.
- Puigpelat, F. (2005). Libertad y seguridad en un nuevo contrato social. Obtenida el 11/03/2019 de [https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjQpaaqnb7hAhXtz4UKHa87CocQFjAAegQIABAC&url=https%3A%2F%2Fwww.boe.es%2Fpublicaciones%2Fanuarios\\_derecho%2Ffabrir\\_pdf.php%3Fid%3DANU-F-2005-10008300112\\_ANUARIO\\_DE\\_FILOSOF%25CDA\\_DEL\\_DERECHO\\_Libertad\\_y\\_seguridad\\_en\\_un\\_nuevo\\_contrato\\_social&usg=AOvVaw0A1qXjuWV70auFTltXMq3Z](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjQpaaqnb7hAhXtz4UKHa87CocQFjAAegQIABAC&url=https%3A%2F%2Fwww.boe.es%2Fpublicaciones%2Fanuarios_derecho%2Ffabrir_pdf.php%3Fid%3DANU-F-2005-10008300112_ANUARIO_DE_FILOSOF%25CDA_DEL_DERECHO_Libertad_y_seguridad_en_un_nuevo_contrato_social&usg=AOvVaw0A1qXjuWV70auFTltXMq3Z).

- Rosenfeld, M. (2005). ¿Es apropiada la ponderación judicial en la lucha contra el terrorismo? Contrastando tiempos normales, emergencias y tiempos de tensión, en *REAL INSTITUTO Elcano*. Obtenida el 05/03/2019 de [http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano\\_es/contenido!/ut/p/a1/04\\_Sj9CPykssy0xPLMnMz0vMAfGjzOKNQ1zcA73dDQ38\\_YKNDRwtfN1cnf2cDf1DjfULsh0VAepxmvsl/?WCM\\_GLOBAL\\_CONTEXT=/elcano/Elcano\\_es/Zonas\\_es/ARI%20109-2005](http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido!/ut/p/a1/04_Sj9CPykssy0xPLMnMz0vMAfGjzOKNQ1zcA73dDQ38_YKNDRwtfN1cnf2cDf1DjfULsh0VAepxmvsl/?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/Elcano_es/Zonas_es/ARI%20109-2005).
- Vallejo, J.M. (2010). Poder y libertad en Montesquieu y Rousseau. *Revista de libros*. Obtenida el 11/03/2019 de [https://www.revistadelibros.com/articulo\\_imprimible\\_pdf.php?art=2423&t=articulos](https://www.revistadelibros.com/articulo_imprimible_pdf.php?art=2423&t=articulos).
- SENES, E. (n.d.). La lucha contra el terrorismo en el Estado de Derecho: dilemas legales, morales y estratégicos. Obtenida el 16/03/2019 de <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/12/la-lucha-contra-el-territorio-en-el-estado-de-derecho.pdf>.
- Owada, H. (2009). Terrorismo internacional y Estado de Derecho. *REAL INSTITUTO Elcano*. Obtenida el 17/03/2019 de [http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano\\_es/contenido?WCM\\_GLOBAL\\_CONTEXT=/elcano/elcano\\_es/zonas\\_es/00040](http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/00040).