



Cuadernos de Estrategia 188
Seguridad global y derechos
fundamentales

Instituto
Español
de Estudios
Estratégicos

ieeo.es



MINISTERIO DE DEFENSA

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

España



MINISTERIO DE DEFENSA



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

© Autores y editores, 2017

ISBN: 978-84-2021-322-4 (edición papel)

ISBN: 978-84-2021-322-4 (edición papel)

Decreto Legal M 21466/2017

Fecha de edición: diciembre 2017

Imprenta: Ministerio de Defensa

ISBN: 978-84-2021-322-4 (edición b/w-e)

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

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

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



ÍNDICE

	Página
Prólogo	4
Índice	11
Introducción	11
Capítulo primero	
Una metodología para el análisis de las amenazas a la seguridad, la evaluación de las respuestas y su impacto sobre los derechos fundamentales	13
José L. Sánchez Cusán Alejandro Flores Gómez	13
Plantamiento aproximado conceptual y metodológico	17
Diferenciación del concepto de Seguridad Integral	17
¿Se puede dar una respuesta integral a la seguridad?	20
La necesidad de un método	23
Riesgos y amenazas	24
Las respuestas del Estado	24
Las políticas públicas	24
Las normas jurídicas	27
El impacto sobre el Estado de Derecho y los derechos fundamentales	28
Un paso previo: la necesidad particularización de las diferentes áreas de seguridad	30
Metodología	31
Análisis de la amenaza	34
Identificación de las amenazas	35
Cuantificación de la amenaza: indicadores y medidores	38
Bienes protegidos en riesgo e intereses estratégicos. Daños y efectos	39
Determinación de la respuesta del Estado y de los organismos internacionales frente a las amenazas y los riesgos	47
La inmediatez: un arma de doble filo	42
La peligrosidad de la amenaza	44
Eficacia y eficiencia de las políticas de seguridad	44
Influencia e impacto de las respuestas sobre los derechos y libertades fundamentales	48

	Página
Los derechos fundamentales no son absolutos, pueden limitarse por causa de la seguridad.....	49
Los derechos o libertades afectadas por los riesgos.....	52
Los criterios para medir la igualdad del impuesto.....	56
Conclusión.....	59
Bibliografía.....	60
Capítulo segundo	
Terrorismo y contraterrestros.....	65
Padre José Agustín Fernández Montoya	
Elementos del terrorismo	67
El terrorismo es un instrumento de la política.....	68
La violencia como elemento consustancial del terrorismo.....	71
El terrorismo como actividad económica.....	72
Valoración de la amenaza	74
Identificación y seguridad.....	76
Caracterización de la amenaza.....	78
El riesgo ideológico del terrorismo.....	82
El yihadismo.....	83
Valoración del terrorismo en Europa. Los libros rojos.....	87
Lucha contra el terrorismo	91
Democracia y constitucionalidad del Estado.....	93
Seguridad y cooperación.....	97
El papel de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.....	107
La colaboración internacional como eje de la respuesta. La OTAN.....	108
El espacio europeo como espacio de cooperación.....	109
Los Estados Unidos y el yihadismo.....	109
La lucha contra el terrorismo yihadista	111
Bibliografía.....	117
Capítulo tercero	
Contraterrorismo: problemática legislativa reciente e impacto en los derechos y libertades fundamentales.....	121
Ricardo Ferrás-Díaz	
Elena M. García-Rayo	
Una aproximación al contraterrorismo frente a las amenazas a la seguridad	123
Medidas antiterroristas y límites a la privacidad	129
La vigilancia masiva de datos y los derechos a la privacidad y la autodeterminación de la información.....	136
La excepción a las garantías de la privacidad de las comunicaciones y de los datos personales.....	137
El rol de las empresas privadas propietarias de bases de datos en la lucha contra el terrorismo. El intercambio de datos.....	137
La libertad de conciencia y sus manifestaciones externas. Libertades de opinión e informativas	141
Obstáculos a la circulación de información y a la actividad de los profesionales de la información.....	142
Los límites a la libertad de opinión y expresión para evitar la apología y ensalzamiento del terrorismo y la difusión de instrucciones terroristas.....	142
Límites a determinados tipos de injerencia. El conflicto entre la expresión religiosa y la protección seguridad.....	143
Las libertades de reunión y asociación y la lucha antiterrorista.....	147

	Página
Libertad personal y de movimiento	150
La deriva de las legislaciones penales contraterroristas, hacia el Derecho penal del enemigo.....	152
Las penales legislaciones contraterroristas: en especial, la legislación penal española	153
España.....	154
Alemania.....	163
Italia.....	167
Límites a la libertad antiterrorista de individuos respecto de territorio	171
Límites al cruce de fronteras o a la permanencia en el interior de las mismas. La elaboración de perfiles y listas negras de presuntos terroristas y la libertad personal.....	174
Conclusiones.....	174
Capítulo cuarto	
La violencia política en Colombia y la paz que está por venir. ¿Por qué las desafecciones a los acuerdos de 2017 y su implementación?.....	181
Andrés González-Novo	
El drama de la violencia y la guerra en Colombia	183
El precio de la satisfacción de las víctimas.....	186
Cultura política y sus efectos.....	194
Las FARC-EP son enemigas de la democracia.....	200
El resquebrajamiento de los acuerdos de paz.....	208
Capítulo quinto	
Las respuestas de la comunidad internacional a los conflictos internacionales contemporáneos: el caso de Siria.....	219
Josefa García-Ramery	
Introducción	225
El caso sirio: ¿Responde Ocaso a toda indignación?	226
El Consejo de Seguridad en fricción.....	228
El fundamento de la Responsabilidad de Proteger.....	231
Un nuevo procedimiento para enfrentar la ineficacia de las sanciones obligatorias.....	233
Siria: ¿un referendo del Consejo de Seguridad a las soluciones unilateralmente a través de una definición ajustada de la legítima defensa?.....	234
De la Inoperancia de la Asamblea General a la Creación de un Nuevo Mecanismo de Control.....	240
Las Influencias del Secretario General.....	244
El Consejo de Derechos Humanos.....	245
Conclusiones.....	247
Composición del grupo de trabajo.....	249
Contornos de Estrategia.....	251

Prólogo

Miguel Ángel Ballesteros Martín
Director del Instituto Español De Estudios Estratégicos

Fiel a la aproximación a los problemas de la Seguridad y la Defensa desde una pluralidad de ángulos y referencias, el Instituto Español de Estudios Estratégicos no podía dejar de abordar una cuestión tan relevante y novedosa como la seguridad jurídica en el contexto de la lucha contra la violencia. Esta labor se acomete en el marco del Proyecto Seguridad Global y Derechos Fundamentales, DER2015-65286-B (MINECO/FEDER) mediante la presentación de una metodología para acercarse a la Seguridad y la Defensa sin perder la garantía de los derechos y libertades fundamentales, factores fundamentales de legitimidad que, por pertenecer al acervo de Occidente, no pueden obviarse y cuya restricción debe ser siempre objeto de especial cautela y estudio.

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

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

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

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

Este Cuaderno de Estrategia¹ presenta una metodología para acertarnos a la seguridad y la defensa sin perder de vista el respeto al Estado de derecho y la garantía de los derechos y libertades fundamentales. Se trata de una metodología que considera que solo puede hablarse apropiadamente de seguridad integral si, en el proceso que va desde el conocimiento y análisis de las amenazas a esa misma seguridad hasta la determinación de las respuestas estatales e internacionales para neutralizarlas, se considera el impacto que estas respuestas pueden tener sobre el orden constitucional y los derechos fundamentales. No hay seguridad integral si el factor jurídico-constitucional no ha sido integrado en la configuración de la misma.

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

¹ «Este cuaderno ha sido realizado en el marco del Proyecto Seguridad Integral y Derechos Fundamentales, DER2015-42196-R (BAG2015/00000)».

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

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

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

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

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

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

Capítulo primero

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

José L. González Cussari
Fernando Flores Galdames
Facultad de Derecho - Universidad de Chile

Resumen

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

Palabras clave

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

Abstract

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

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

Keywords

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

Planteamiento: aproximación conceptual y metodológica

Reformulación del concepto de Seguridad integral

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

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

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

¹ ZWEIF, Stefan, *El mundo de ayer Memorias de un tiempo*, Barcelona, Acantilado, 2001, p.11.

² SALMON, Zygmunt, *Modernidad líquida*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000.

³ BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Paidós, 2000.

Dició parecer una referencia menor, pero la verdad es que no lo es. Debe tenerse muy presente que la referencia a la protección de los derechos fundamentales (bien como objetivo de la actuación del Estado en la defensa de la seguridad, bien como elemento susceptible de ser vulnerado por esa misma actuación) no comporta exclusivamente una valoración ética, que puede ser confrontada en su sentido con las necesidades de seguridad por medio de argumentos de la misma naturaleza, sino que incorpora también la perspectiva jurídico-constitucional, sometida a reglas propias y vinculantes, reglas sin duda más precisas y alejadas de la variable (y más «insegura») distorsión política mayorías-minorías. En un contexto en el que, por ejemplo, una parte (cierto que todavía muy minoritaria) de la ciudadanía defiende la incompatibilidad entre la identidad musulmana y la ciudadanía democrática⁷¹, mientras que otra (también poco numerosa pero creciente) propugna la limitación de la democracia para salvar el liberalismo⁷², el pilar que para el Estado constitucional supone la garantía de las libertades fundamentales ha de ser tenido muy en cuenta.

Lo cierto es que en la actualidad, los Estados, individualmente o en el marco de organizaciones regionales, están implementando nuevas respuestas para detectar, controlar o subvertir las nuevas amenazas contra la seguridad, nuevas respuestas que provocan impactos hasta ahora desconocidos y poco valorados en el ámbito de los derechos fundamentales. De esta suerte nos enfrentamos a una paradoja: para proteger a los ciudadanos de las amenazas que ponen en peligro sus derechos, los Estados recurren a políticas y leyes que a su vez recorren estos mismos derechos y, en consecuencia, provocan la erosión del Estado democrático de Derecho. Es decir, estamos ante una reacción que, si es desproporcionada, puede suponer una apuesta, consciente o inconsciente, por la liquidación del propio modelo que se trata de defender. Así, podría producirse el sinsentido de que la demolición del Estado de Derecho no procediera fuera de los factores externos que trata de neutralizar, sino más bien de la desmedida reacción interna ante las amenazas a la seguridad⁷³.

Incluyendo el Consejo de Seguridad, y hace un instrumento a los miembros del Consejo a no buscar acciones dirigidas a prevenir o poner fin a atrocidades» (CSBADA § 41).

⁷¹ RICHARDS, Fernando «Yihadismo en Europa: mirar para adelante». *Comentario Jurídico*, 33/2017, 5 de julio de 2017. http://www.rainaldomateo.com/wp/wp-content/uploads/2017/07/RICHARDS_RICHARDS_CONTEXT-yihadismo-en-europa-mirar-adelante

⁷² BERKELEY, Steve «Some argue that the West should limit democracy to save liberalism. Here's why they're wrong». *The Washington Post*, 18 junio, 2017. <https://www.washingtonpost.com/news/monkey-cage/wp/2017/06/18/some-argue-that-the-west-should-limit-democracy-to-save-liberalism-heres-why-theyre-wrong/?hpid=hp-top-articles%3AUS%3Ahomepage%2Fstory%3Fhpid=hp-top-articles%3AUS%3Ahomepage%2Fstory&hpid=hp-top-articles%3AUS%3Ahomepage%2Fstory>

⁷³ En este sentido, Federico AZNAR afirma en este mismo Cuaderno de Estrategia (Capítulo 5: «Características y consecuencias») del *Instrumento*... tratando instrumentar la respuesta

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

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

La necesidad de un método

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

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

El Estado en su propio beneficio, incluso contra sus constituciones... se puede decir a los ciudadanos, en el 11, pero si pueden, ellos gobernan, cambian un gobierno y subvierten el orden constitucional de un país, sus estructuras y afección, sus comportamientos, sus valores que rigen su vida» (AZNAR § 1.3).

Claramente, debe aceptarse como premisa que, al menos en el campo de las ciencias sociales, no puede alcanzarse un nivel de certeza absoluta por lo que, consecuentemente, no se puede aspirar, al menos en el plano científico, a la «verdad». Menos aun cuando discutimos (y así sucede con la seguridad en un tiempo es ante, es decir, en el de la predicción y por consiguiente en el de la anticipación, nadie puede asegurar que coincide con exactitud el futuro, la evolución de un fenómeno social¹⁵. Todo lo más podemos aspirar a formar consensos estables, esto es a seguir el camino trazado por HABERMAS de una racionalidad procedimental de tipo débil, suficientemente conocida y desarrollada desde hace años¹⁶. A todo ello hay que añadir que incluso en tiempo presente, la concreción de alguna amenaza resulta imprevisible y de difícil acceso¹⁷.

Sin embargo, a pesar de estos límites inherentes a la ciencia social, hemos de coincidir con INHERENTLY en que «nuestras principales discusiones futuras van a girar en torno a esta cuestión de cómo valoramos los riesgos y qué conductas recomendamos en consecuencia»¹⁸. Siendo esto así, y asumiendo las limitaciones de las ciencias sociales, lo que se requiere como punto de partida es un acercamiento prudente y riguroso, tanto a las amenazas como a las propuestas de conductas que deben adoptarse frente a ellas.

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

Riesgos y amenazas

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

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

¹⁵ Esta discusión debe mantenerse en una medida más amplia como es el entendimiento de la ciencia como verdad. Véase entre otros, VIVES ANTON, Tomás: Fundamentos del sistema penal, Valencia, Trant de Blanch, 2ª ed. 2011, especialmente pp. 931 y ss.; RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio: Ciencia, libertad y derecho penal, Valencia, Trant de Blanch, 2012, pp. 161 y ss.

¹⁶ ANTON MELLÓN / MIRALLES / SERRA DEL PNO: Inseguridad (González Casase, J.L., coord.), Valencia, Trant de Blanch, 2012, pp. 387 y ss.

¹⁷ HABERMAS, Jürgen: La teoría de las ciencias sociales, Madrid, Tecnos, 1994.

¹⁸ ENCINOMENDOR, María Magaña: «El peligro radical». Ensayo sobre los horizontes del terror. Barcelona (Anagrama), 2ª ed., 2015, pp. 104-14.

¹⁹ INHERENTLY, David, SOLANA, Javier (eds.): La humanidad amenazada: prevenir los riesgos globales (del Protocolo de Montreal). París, Barcelona, 2011, pp.12-13.

contingencia o probabilidad de que una amenaza se materialice produciendo un daño». Es decir, los trata como conceptos relacionados pero diferentes. Sin embargo, en la ESN (2011) ambos términos se entremezclan y confunden hasta igualarlos. La creciente literatura sobre seguridad abunda en esta confusión conceptual, y esa confusión no siempre resulta inocua a la hora de medir las respuestas aplicables. Es por ello que, salvo que hablamos de forma general, en los análisis sobre los casos concretos resulta aconsejable distinguir cuando una amenaza supone un riesgo.

Tampoco existe absoluta coincidencia sobre las circunstancias o fenómenos que deben ser catalogados como amenazas. Las diferentes estrategias de seguridad nacionales, tanto en el ámbito europeo continental como en el anglosajón, difieren más o menos tímidamente en este punto, pues cada Estado tiene su propia visión sobre cuáles son sus principales desafíos en materia de seguridad (algunos consideran el terrorismo como una amenaza, pero no perciben la misma intensidad de peligro ante el «riesgo nuclear»¹⁹, el cambio climático o la «avalancha migratoria»²⁰). De hecho, para algunos autores, la propia consideración de algunos fenómenos como amenazas contra la seguridad (así los flujos migratorios irregulares en la ESN) debería ser reconsiderada²¹.

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

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

²⁰ Si es considerado por Francia en su Libro Blanco de la Defensa y Seguridad Nacional de Francia (abril de 2013), pero no así por España o ELIEN LAUREN, Marie: «Las estrategias de seguridad nacional de Francia y España: un análisis comparativo». Documento de análisis, WPL 42/2013, 17 de junio de 2013. http://www.ree.eu/files/analisis/analisis2013/CRISIS442-2013_LibroBlancoFrancia2013_WL.pdf

²¹ Véase especialmente el comentario y la nota 5 en el Capítulo 5 de este Cuaderno: SERRA, Roberto y GÓMEZ, Elena: «Contraterrorismo: planeación legislativa reciente e impacto en los derechos y libertades fundamentales» (GT).

²² FLORES, Fernando: «La inmigración no debe ser un tema de seguridad». El País y el Derecho, 3 de marzo de 2014. <http://blogs.elpais.com/observatorio/2014/03/03/>

las percepciones globales del riesgo abren espacio a nuevas oportunidades transnacionales de poder¹⁶.

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

Las respuestas del Estado

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

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

Las políticas públicas

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

Por política pública de seguridad nacional podemos entender al tipo de necesidad colectiva que se busca satisfacer; el modo en que esta se realiza y desarrolla; y el resultado obtenido. De esta forma se facilita una evaluación de los resultados y se accede al conocimiento de los errores o desviaciones que permitirán emprender las modificaciones oportunas para mejorarlos. Es así como podemos aproximarnos al proceso de formalización, aplicación y valoración de una política pública de seguridad¹⁷.

¹⁶ BECK, Ulrich: *Poder y contrapoder en la era global*. Barcelona, Paidós, 2004, p. 27.

¹⁷ LAZARO PALMIA, Eugenio: *Introducción a las Políticas Públicas*. Santiago de Chile, Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 17.

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

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

Es común medir las políticas públicas conforme a una serie de condiciones generales para que puedan tener éxito: coordinación y coherencia entre los sectores competentes; la capacidad de adaptación al contexto en el que se aplican y a los cambios; la estabilidad de las mismas, esto es, su duración y permanencia en el tiempo; la eficiencia¹⁸.

Las normas jurídicas

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

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

¹⁸ SANCHEZ RAMÍREZ, Carolina: «Democracia, política pública de inteligencia y desafíos en materia de inteligencia y seguridad: revisión de análisis y propuestas», *op. cit.*, 11, 2012, pp. 72-73.

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

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

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

Llegados a este punto, y antes de proponer con más detalle una metodología de análisis tal y como se ha indicado en los epígrafes anteriores, quizás sea necesario plantear algo que ya ha sido señalado en otro punto y que pueda parecer una obviedad. Es lo siguiente: para realizar un análisis correcto de las medidas para proteger la seguridad y su impacto sobre el Estado de derecho es fundamental la diferenciación de áreas, necesidades y políticas de seguridad²¹.

Como punto de partida, es indudable que la seguridad es «una radical necesidad antropológica humana»²². A partir de esta idea común, se ramifica en varios aspectos, ámbitos o sectores, donde debe ir especificándose su contenido para adecuarlo a las necesidades respectivas. De modo que en el sector vital, la seguridad requerirá un análisis y unas acciones determinadas, muy diferentes de las que la misma idea de seguridad precisará en el ámbito de la seguridad en el trabajo, en la seguridad ciudadana o en el de la seguridad ante riesgos catastróficos (nuclear, químico, bacteriológico).

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

En efecto, como se ha destacado ya en un sector tan sensible como el derecho penal²³, en numerosas ocasiones ni siquiera se distingue entre necesidades

²¹ GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis: «El Derecho penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas», en *Terrorismo y justicia penal* (coord. José L. Simón Gómez y J. L. González Cussac), Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 59-70.

²² HÉREZ RUÑO, Inés: *La seguridad jurídica*, Barcelona, Ariel, 1991, p. 8.

²³ ARGENTIERRA NAVARRO CÁDIZO, Fernando: «El Derecho penal del riesgo y la idea de seguridad en el Libro de Memorias de Rosendo Barata», Universidad de Salamanca, 2004, pp. 1128 y siguientes.

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

Sin embargo, desde hace unos años el concepto ha evolucionado hasta llegar al emergente y a la vez consolidado de seguridad nacional. Comenzaremos con la explicación de lo que REVENGA SÁNCHEZ ha llamado «un intento de categorización». Y precisamente así lo denomina porque, como igualmente rezama, no existen construcciones nacionales de la que en cada caso se entienda por seguridad nacional o seguridad del Estado. De ahí que, en primer lugar, las diferentes concepciones surgidas en varias naciones acausa de la coexistencia de los sistemas de derechos con el límite de la seguridad, se asemejan como dos gotas de agua. Y, en segundo término, porque nos encontramos ante una nación subdesarrollada en el plano conceptual, que en su plasmación práctica estaba muchas veces convertida en una suerte de herramienta multivusa, cargada de emotividad e irracionalismo, o como pondríamos, sin más, con la idea de poder²⁴.

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

²⁴ REVENGA SÁNCHEZ, Miguel: «Razonamiento judicial, seguridad nacional y secreto de Estado», en «Anales jurídicos y la creación de leyes», Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, núm. 25, Madrid, CDF, 1997, p. 1.

cada al interés individual. Cuando así se plantea el conflicto, inevitablemente desemboca en la perversa lógica del «todo o nada». Es por ello que la tercera línea de razonamiento acude al conocido canon de la ponderación de valores. Sin embargo, en su aplicación se observa a menudo que finalmente acude a los anteriores criterios o bien termina haciéndose teoría constitucional desde fuera de la Constitución. Ahora bien, esta forma de argumentar no permite, en sentido estricto, ni una renuncia total al control judicial ni un sacrificio incondicionado de los derechos fundamentales proclamados en el seno de los Estados democráticos. En todo caso, lo cierto es que hay pocos problemas tan necesitados de desarrollo normativo, jurisprudencial y doctrinal como la elaboración de un concepto de seguridad nacional compatible con el sistema de derechos fundamentales¹⁷.

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

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

Metodología

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

¹⁷ VÉSTIGA LÁRCHEZ, Miguel. Razonamiento judicial de CI, de FyF.

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

Señala SUBIRATS que uno de los retos más complicados a los que se enfrentan en la actualidad los Estados es que sus gobiernos están obligados a «articular políticas orientadas a resolver problemas globales interconectados, complejos, difusos y muchas veces contradictorios»¹⁸. Si los problemas son complejos y están interconectados, su estudio y solución deben estar, consecuentemente, relacionados y coordinados. Si son contradictorios, habrá que buscar la solución ponderada menos onerosa para el interés público. La aplicación de esta idea al campo de la seguridad y las libertades constitucionales es fundamental. De este modo, una correcta evaluación de las amenazas y de la probabilidad o riesgo de que las mismas actúen deberá proporcionar información y conocimiento procedente de distintos ámbitos, que sirva para determinar unas intervenciones (respuestas) que en muchas ocasiones habrán de ser complejas.

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

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

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

¹⁸ SUBIRATS, Joan. INCERTID, Peter; LARROU, Carlos y VARELA, Federico. Análisis y Gestión de Políticas Públicas. Barcelona, Ariel, 2002.

Más allá de su eficacia y su eficiencia, la acción política securitaria —sea en virtud de políticas públicas o de normas jurídicas— se legitima por el grado de apertura de la Administración, institución u organismo que la adopta, por la transparencia de los procedimientos que la configuran, por la calidad de las leyes que la determinan, así como por la aptitud de la información que los ciudadanos reciben acerca de ella. La información, tanto de los motivos que sustentan las decisiones en el ámbito de la seguridad como de los resultados que obtienen tendrán una repercusión directa sobre la intensidad y calidad de la implicación de la sociedad (organizaciones civiles y corporativas, empresas, universidades...) en la discusión y configuración de esas decisiones²⁵. En este sentido, no puede dejar de señalarse que, en el caso español, cabe una consideración más decidida en este punto²⁶.

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

Análisis de la amenaza

El diagnóstico de una situación es importante para determinar el comportamiento a seguir para hacerle frente²⁷. Cuando, además, la pauta a seguir afecta o puede afectar a los derechos fundamentales o al orden constitu-

²⁵ En este sentido, FÚJZ MARTÍNEZ, Ana, «Participación ciudadana en la evaluación de las políticas públicas», *Presupuesto y Gasto Público*, 68/2012, Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, p. 14.

²⁶ En efecto, el texto de la Estrategia de Seguridad Nacional ha perdido, respecto de su antecesor de 2011, un párrafo que, a este respecto, no deja de tener importancia: «El libre acceso a la información y el desarrollo de una política de comunicación transparente son cruciales para la seguridad. Las autoridades públicas deben fomentar la transparencia informativa en todas sus acciones y hacer consciente a la ciudadanía de los riesgos y riesgos a la seguridad, pero sin fomentar el discurso del miedo ni favorecer a las visiones distorsionadas y ampliando el uso de sus actividades». En efecto, ha desaparecido cualquier referencia a la transparencia y el derecho de acceso a la información en materia de lo que podríamos denominar «cultura de seguridad y defensa». En tanto a esto es recomendable el Cuadro de Estrategia núm. 153 del CSE: «La cultura de Seguridad y Defensa, un proyecto en marcha», noviembre 2011.

²⁷ «Como primera y fundamental premisa, cada riesgo o amenaza requiere un proceso de análisis de factores con la finalidad de identificarlos y describirlos con el mayor detalle posible en sus múltiples facetas». BALLETTERÓN, Miguel Ángel, *En busca de una Estrategia de Seguridad Nacional*, op. cit., p. 186.

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

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

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

Identificación de las amenazas

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

La definición de una amenaza no resulta fácil para todos los casos. Así tenemos el terrorismo²⁸, la guerra²⁹, el extremismo violento³⁰, el espionaje³¹... Incluso el término ciberamenaza, el cual, salvo en un ámbito bastante reducido (el relativo al peligro que puede verse sobre el mismo ciberespacio y sus actores), no indica en sí mismo una amenaza sino un medio —ese ciberespacio— a través del cual actúan otros peligros como el terrorismo, el crimen organizado o el mismo espionaje. En este sentido, parece exigible

²⁸ Sobre el concepto de terrorismo y la inflexión que sufre el TTS, véase infra Cap. 6, SCARL y GONZÁLEZ (3).

²⁹ Véase infra Cap. 6, AZNAR (3) y, también véase Cap. V, CEBADA (3).

³⁰ FRIEL, Félix, *Sépt. Annt.*, «The Human Rights Basis of Countering Violent Extremism Programs», *Just Security*, Thursday, April 7, 2014, <http://www.justsecurity.org/20409/human-rights-basis-countering-violent-extremism-programs/>

³¹ BALLETTERÓN, Antonio M., *Conceptos fundamentales de inteligencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

un esfuerzo que delimita con la mayor precisión posible tanto el contorno básico de los riesgos como el de los elementos vinculados a ellos. Y también la definición de los derechos a los que pueden afectar las medidas que se adoptan contra las amenazas. Como ha destacado el Relator de Naciones Unidas sobre el derecho a la privacidad, su reconocimiento por el Derecho Internacional⁶⁴ no es suficiente para impedir la ineficacia de normas internacionales que protegen una privacidad cuyo alcance y comprensión (qué es lo que se debería proteger) no es clara.

Como en la novela, aquí la pregunta clave es quién decide, en un determinado momento, lo que significan las palabras: por ejemplo, quién define lo oportunamente deja sin definir lo que es un «terrorista transnacional», o cuando debe de hablarse rigurosamente de «guerra»⁶⁵. Ésta es importante, porque la flexibilización y la falta de delimitación de los conceptos juega de forma favorable a la discrecionalidad de las respuestas estatales ante las amenazas, reduce o concreción necesaria de las normas jurídicas y bloquea las posibilidades de control del Derecho nacional e internacional sobre esas respuestas. Esa flexibilidad puede extenderse, además, a otros elementos que definen una amenaza, como pueden ser sus actores⁶⁶, con las mismas consecuencias indeseables desde la perspectiva del Derecho⁶⁷.

En segundo lugar, debe decidirse que la amenaza existe, que afecta a una entidad determinada y que lo hace con determinada intensidad. Obviamente, «ningún ser vive en la naturaleza con plena seguridad... la que en la práctica implica la aceptación de un cierto umbral de riesgo...»⁶⁸. Pero una vez asumido esto hay que dar peso al juego de las percepciones y a la idea de cuánto riesgo razonable debe aceptarse en una sociedad avanzada. Tratándose de riesgos globales —caracterizados por la deslocalización (espacial, temporal y social), la inevitabilidad y la no compensabilidad⁶⁹—, la dificultad de de-

⁶⁴ En el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y en el artículo 17 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

⁶⁵ Se pregunta BODJ, Ulrich, «Convivir con el riesgo global: La humanidad amenazada...», op. cit., p. 23. Y en este mismo volumen, AZNAR (p. 2-5) afirma «las acciones jihadistas en Occidente tienen un gran valor político y en términos de seguridad, pero deben de ser una guerra y de constituir una amenaza existencial».

⁶⁶ Sobre los nuevos actores en el escenario internacional de la seguridad, véase por ejemplo infra Cap. V (OSNDA) (p. 6).

⁶⁷ Señala BODJ, referendado a este punto, que «la flexibilización del concepto de enemigo desestabilizado, desdramatizado, permite, primero, el uso universal de la violencia armada con fines y la «defensa interior»... segundo, la declaración universal de guerra contra Estados que no fueron atacados previamente, tercero, la normalización e institucionalización del «estado de excepción en el interior y exterior», cuarto, la deslocalización no sólo de las relaciones internacionales y los enemigos terroristas, sino también de propio Estado de derecho y de los terroristas extranjeros. BODJ, Ulrich, Poder y amenazas en el era global, op. cit., p. 37.

⁶⁸ AZNAR, infra (p. 2-3).

⁶⁹ BODJ, Ulrich, «Convivir con el riesgo global: La humanidad amenazada...», op. cit., p. 23.

terminar la intensidad con la que tales peligros afectan a un colectivo específico en un momento determinado puede ser alta, y los actores interesados en construir esa percepción pueden ser muchos, muy variados, con diferentes grados de poder y, a no olvidar, con diferentes (y no siempre legítimos) objetivos, todo lo cual no deja de complicar el problema. En último término, concluye INHERANTY, no cabe duda de que «no hacen falta acuerdos en torno a los riesgos aceptables»⁷⁰.

Por lo demás, una identificación y caracterización correcta de la amenaza y su grado de riesgo exige también un análisis de sus actores⁷¹, de su contexto y ámbito geográfico⁷², de sus causas, de sus vectores y potenciadores⁷³, así como de los medios utilizados para llevarla a efecto⁷⁴: esa caracterización será imprescindible para configurar las respuestas adecuadas. Sobre todo ahí existe abundante material (en el ámbito de esas amenazas más que en otras), que se actualiza constantemente y que debe ser puesto en relación con el resto de elementos del análisis.

⁷⁰ INHERANTY, Daniel, «La naturaleza amenazada: ¿gobierno los riesgos globales? La humanidad amenazada...», op. cit., pp. 12-13.

⁷¹ Por ejemplo, a partir de la caracterización sociodemográfica de los actores que protagonizan las amenazas. En este ámbito, existen perfiles bastante detallados de las personas pertenecientes en España por su vinculación al terrorismo yihadista. «Una sencilla caracterización sociodemográfica de los delincuentes indica que la gran mayoría son varones, tres cuartos partes de ellos de entre 18 y 38 años en el momento de su detención, y vive frecuentemente casado que vive en un matrimonio muy sencillo, sobre todo de nacionalidad española y española. Alrededor de la mitad son segundas generaciones descendientes de inmigrantes procedentes de países mayoritariamente musulmanes y en un porcentaje algo menor la mitad de inmigrantes de primera generación con ese mismo origen. Uno de cada 10 de los delincuentes es consuegro. Muchos han cursado estudios de educación secundaria trilingüe a los que, sin embargo, no parecen de una escolarización primaria...» en BELLARÉS, Fernando; GARCÍA-CALVO, Carlos y VICENTE, Álvaro, «Los factores que explican la radicalización yihadista en España», IRI, ACCIÓ, 8 de agosto de 2017. http://www.iri-accio.net/files/accioaccio.org/esp/contenidocana_pda/amenaza/WHOM_SURVIVE_CONTEXT/variables/eterna_variables_enerio2017/amenaza-garcia-calvo-vicente-los-factores-explican-radicalizacion-yihadista-042014

⁷² A modo de ejemplo, sobre yihadismo, véase, recientemente BALLESTEROS, Miguel Ángel, Yihadismo, MADRID, La Nueva Prensa, 2016; o BODJ, Ulrich, «Who are the new jihadis?», The Guardian, 13 de abril de 2017. https://www.theguardian.com/news/2017/apr/13/who-are-the-new-jihadis?CMP=share_btn_tw. Sobre ámbito geográfico, VERA, «África, Cuernavaca de Estrategia», núm. 144, IRI, febrero 2015 y sobre ámbito de seguridad, VERA, «Desafíos estratégicos del sector marítimo», Documento de Seguridad y Defensa, núm. 47, IRI, marzo 2015.

⁷³ La OSN, en su Capítulo 3, identifica seis potenciadores del riesgo globalización de la proliferación, desigualdades demográficas, pobreza y desigualdad, cambios climáticos, peligros tecnológicos e ideologías religiosas y no democráticas. Sobre esta tema puede verse VERA, «Los potenciadores del riesgo», Cuernavaca de Estrategia, núm. 144, IRI, octubre 2015.

⁷⁴ Importancia de la remuneración y la utilización de redes sociales (en yihadismo cuentan más de 400.000 cuentas de Facebook y producen vídeo-casos en forma de más de 1.000 vídeos y tienen más de 70.000 cuentas abiertas en Instagram, Twitter, Facebook, ...)

Cuantificaciones de la amenaza: indicadores y medidas

¿Cómo se mide la amenaza? ¿Y la probabilidad / riesgo de que se lleve a cabo? La contestación a estas interrogantes, aunque sea aproximativa, resulta muy difícil de concretar, pero es de enorme importancia porque determina el tipo de prevenciones que los poderes públicos adoptan al respecto.²² Como apunta BALLESTEROS, para llevar a cabo las líneas de acción que diseñan las estrategias de seguridad, «es conveniente atender a las probabilidades de materialización de cada riesgo y, más importante aún, las consecuencias que estas tienen para los intereses nacionales. En este análisis se deberá prestar especial atención a la hipótesis más peligrosa y a la más probable...».²³ Sin duda, la experiencia y la información procedente de las averiguaciones de inteligencia y policiales dan lugar a la adopción de aquellas líneas de acción y de un tipo de decisiones esenciales para la defensa contra la amenaza, pero la percepción del peligro viene determinada también por otros factores distintos a esas investigaciones.

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

En este sentido, la medición de cómo se siente el riesgo terrorista está directamente relacionada con el hecho de la «manipulación emocional»²⁴ que los actos terroristas pretenden, al tratar por esa vía de obtener un fuerte eco mediático y de influir en las reacciones y decisiones políticas (sean políticas públicas o normas jurídicas) que deben adoptarse. Sin embargo, la vigilancia masiva o espionaje a gran escala (tan invasiva en el derecho a la privacidad de los ciudadanos: en su derecho a la intimidad, a la protección de datos, al secreto de las comunicaciones), al aparecer como «vindictas» para las personas y merecer una mayor atención de los medios de información, no es percibida como especialmente dañina.²⁵

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

²² Sobre la cuantificación de las amenazas en materia de terrorismo, AZNAR § 2.2.

²³ BALLESTEROS, M.A.: *En busca de una Estrategia de Seguridad Nacional*, op. cit., p. 29.

²⁴ Véase infra AZNAR § 1.1.

²⁵ Véase el Cap. II, SEPPA y GÓRRIZ § 21. Más concretamente, al respecto puede consultarse GÓRRIZ RICO, Elena M.: «Investigaciones prospectivas y secreto de las comunicaciones: respuestas jurídicas» en González Cuasac, José Luis y Cuasac, María M. Lucha (Dir.) *Nuevas amenazas a la seguridad nacional*, Valencia: Tróika la Blawh, 2013, pp. 242-243.

cuantificación de la amenaza y su riesgo por exceso²⁶, pues esta provocará una respuesta excesiva y, probablemente, menos respetuosa con el orden constitucional y la garantía de las libertades públicas. En este sentido, «el conocimiento extrínseco de la experiencia añadimos la imaginación, la sospecha, la ficción y el miedo»²⁷, nuestra percepción no se corresponderá con la realidad y nuestra reacción adolecerá de falta de eficacia, sacrificando innecesariamente bienes públicos valiosos.

Si tomamos como objeto la amenaza del terrorismo, comprobaremos cómo «las lecciones que hemos de extraer de las alarmas excesivas es que los programas para excluir absolutamente el riesgo generan efectos contraproducentes», porque, por ejemplo, «la construcción de imágenes terroristas del enemigo matan la pluralidad de la sociedad y de la racionalidad de los expertos, de la independencia de los tribunales y la validez incondicional de los derechos humanos».²⁸

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

Bienes protegidos en riesgo e intereses estratégicos. Daños y efectos

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

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

²⁶ Si esa cuantificación y percepción es por defecto, la seguridad y, consiguientemente, los derechos de los ciudadanos sufrían por el impacto que la realización de la amenaza tal medida los afecte directamente.

²⁷ ROCK, STEPH, «Convivir con el riesgo global. La humanidad amenazada...», op. cit., p. 21.

²⁸ ROCK, STEPH, *Feel y comprender en el era global*, op. cit., p. 30.

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

De este modo, con carácter general, el orden público, la fortaleza de las instituciones democráticas, los derechos y libertades de los ciudadanos, el crecimiento económico, la información sensible, las infraestructuras críticas y servicios esenciales, la paz y seguridad internacional... son activos intereses estratégicos, bienes protegidos, que los Estados deben salvaguardar de los riesgos y amenazas globales y locales. Todos ellos se acaban concretando, cuando la amenaza es cierta, en bienes individualizados, como el transporte aéreo o ferroviario, la seguridad marítima, la privacidad de los ciudadanos, el buen funcionamiento en el abastecimiento de energía a las poblaciones, o la protección de grupos vulnerables (jóvenes⁶⁵, mujeres⁶⁶, inmigrantes⁶⁷...). Esa acción de causalidad (relación clara entre el peligro y el bien a proteger) y precisión (reconocimiento del mismo bien, no una mera apelación abstracta al mismo) es esencial en la metodología que aquí se propone.

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

⁶⁵ GARCÍA-CALVO, Carla; ROMERO, Fernando. «Procesos de radicalización violenta y terrorismos vinculados en España: ¿quién? ¿cómo? ¿por qué?». Documento de Trabajo, 14/2013. 11 de noviembre de 2013. http://www.cepal.int/hotspot/cepal.org/webcontent/indicators_es/contenidos/INDICADORES_CONTEXTO+espanola+es/tema+internacional+2013+es+espanola+radicalizacion+terrorismo+y+otros+espanola

⁶⁶ GARCÍA-CALVO, Carla. «Notas de un viaje y no tan viaje en hélice: la movilización y el terrorismo en España, 2014-2016». *AP* 28/2017. 29 de marzo de 2017. http://www.realinstitutoelcano.org/webportal/indicators_es/contenidos/INDICADORES_CONTEXTO+espanola+es/tema+internacional+2017+espanola+movilizacion+y+terrorismo+espanola

⁶⁷ Aunque en el caso de los inmigrantes en papelón (en España la ESN los considera extranjeros), no queda claro que una posible conflictividad social (producto de su precaria marginalidad y falta de identidad, los guetos urbanos) la sea que al generar un serio riesgo (seriamente agravado los inmigrantes), o la vulnerabilidad de los propios inmigrantes que su exposición a la radicalización extremista sean argumentos suficientes para convertir a los flujos migratorios irregulares en una amenaza equiparable al terrorismo que genera un peligro, se entienda el bien público «seg. social». Véase FLORES, Fernando. «La inmigración de debe ser un tema de seguridad», op. cit.

público, la seguridad económica, los derechos de los ciudadanos... y otros, en cambio, muy tangibles (el transporte aéreo, la privacidad, la integridad física de las personas, las reservas o el abastecimiento de gas...). Pues bien, la concreción por las autoridades del intento protegido, así como su verificación real con el peligro a combatir y los efectos y daños que este puede provocar⁶⁸, resultan esenciales para realizar una correcta configuración de las medidas que deben adoptarse. La indeterminación del bien a proteger debilita la garantía de los derechos fundamentales frente a las respuestas y, en consecuencia, el Estado de derecho.

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

La existencia de amenazas y riesgos determina la adopción de respuestas por parte del Estado dirigidas a impedir que los peligros contra la seguridad se eleven a efecto, o para reaccionar a su concreción. Resulta imprescindible evaluar estas respuestas, pues la banalización de las mismas o una insuficiente respuesta puede generar una agravación del fenómeno en sí mismo y, además, favorecer la escalada de la violencia y la aparición de movimientos populistas⁶⁹. Pero igualmente inapropiada puede ser una respuesta excesiva o desproporcionada, porque como reiteradamente expone (NITENBERGER en relación al terrorismo islámico, «la más peligrosa de las consecuencias del terror es la infección del adversario»⁷⁰).

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

⁶⁸ Como ejemplo de perjuicios o daños sobre los bienes a proteger, una vez descargada «la infección del terrorismo», ciertamente, muestra la vulnerabilidad de las sociedades que si debiesen, genera incertidumbre (estructura la comunidad, falta de los roles religiosos e identitaria necesaria, vulnerando a las creencias y sembrando la desconfianza hacia los musulmanes, en la esperanza de que una intervención del Estado o de la propia sociedad, sirva definitivamente a los musulmanes que viven ella con su relato propiciando un virtud entre comunidades». ACHAB, s/vu [13].

⁶⁹ Así se expresa, en relación al adversario islámico (NITENBERGER, «El peligro real», p. 10-11, ss. 10-11).

⁷⁰ Op. cit., ss. 10-11.

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

Sobre la naturaleza de las respuestas ya se ha indicado que pueden adoptar la forma de políticas públicas o normas jurídicas¹⁰. Ahora es pertinente subrayar un par de ideas en torno a la peligrosidad de la amenaza que se desea conjurar, a la cuestión de la pertinencia de la inmediatez de las respuestas para conseguirla, y a la eficacia y eficiencia de las mismas. Empecemos con la inmediatez.

La inmediatez: un arma de doble filo

«Mientras el mal viaja por autopistas, el bien lo hace por carreteras secundarias», dice con ingenio BOLAÑO. Algo así sucede en el mundo de las amenazas a la seguridad y las garantías de los derechos. Uno de los rasgos de los procesos democráticos es que, con frecuencia, son demasiado «lentos» frente a la urgencia (política-medática y, en consecuencia, de la opinión pública) para configurar las respuestas a peligros muy presentes en la realidad y en el imaginario social. Este aspecto es utilizado por algunos actores «vitales» de las amenazas en beneficio propio: fundamentadamente por el terrorismo, aunque también para el crimen organizado. Así, afirma AZNAR, «el atentado terrorista... busca su sobrepolitización, y con ella una respuesta inadecuada al reto planteado. Se trata de imponer al Estado la necesidad de una reacción y provocar con ello respuestas emocionales, irracionales y contraproducentes que no respondan a una estrategia, desenmascaren al Estado y puedan ser utilizadas en beneficio del grupo. El peligro del terrorismo se sitúa habitualmente en la respuesta que se da a los retos que plantea». De modo que para una amenaza como el terrorismo resulta imprescindible el manejo de la iniciativa, no dar tregua ni reposo al Estado para la reflexión y determinación de las políticas adecuadas, pues su lucha contra la democracia solo puede prosperar cuando el Estado de derecho comete errores en su batalla contra él¹¹. Muchos errores se cometen, precisamente, por el deseo de responder «comunicativamente» de forma inmediata —con ella a veces precipitada— a la provocación de los agresores. «Una de las lecciones

¹⁰ Véase supra Cassar (1) § 3.10.

¹¹ Véase infra AZNAR (1) § 1.3.

del 11S —afirma el exrelator especial de la ONU sobre Derechos Humanos y la lucha contra el terrorismo, MARTIN SCHENON— es que el pánico produce una legislación deficiente», pues se suele aprobar sin analizar debidamente si legislación vigente en el momento del atentado es o no eficaz¹².

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

Por último, cabe también la pregunta sobre si existe, en ciertas ocasiones o para determinadas amenazas, una lentitud innecesaria e incluso cierta inercia en las respuestas por parte de los poderes públicos. En un mundo tan complejo como el actual, con hegemonías múltiples, con tantos intereses estatales y público-privados involucrados, se puede constatar la dificultad de los Estados y de las organizaciones internacionales para adoptar medidas contra determinados riesgos bien ciertos. No obstante, resulta llamativo la incapacidad de los mismos para, por ejemplo, proteger la privacidad de las personas de amenazas como la vigilancia masiva que ejercen los servicios de inteligencia de los propios Estados sobre ciudadanos propios y de otros países¹³; o para defenderlos de las consecuencias de potenciadores de los riesgos como el cambio climático¹⁴, igualmente presente y con conse-

¹² RIGHTS INTERNATIONAL SPAIN (entrevista a MARTIN SCHENON del 1 de agosto) tras artículo terrorista, 10 de junio de 2015. <https://www.youtube.com/watch?v=q-4erW0g8e8>

¹³ FLORES, Ferrnando: «Nos vigilan sin saber por qué ni denunciarnos». *El Surco y el Sembrar*, 17 de marzo de 2016. <http://blogs.inmohre.es/revistas/sembrar/16-4-2016/>

¹⁴ AZNAR, E.La Injusticia y los derechos humanos son esenciales para actuar contra el cambio climático, 20 de octubre de 2014. <http://www.elfch.org/DF/News/ver.asp?Id=16&url=16.htm>

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

Eficacia y eficiencia de las políticas de seguridad

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

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

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

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

ajado previsible y prevenible, constituiría una violación de las obligaciones de Italia. La relatora concluye que esta posición «sugiere que Italia, la Comisión Europea y los países de la UE consideraron el riesgo y la realidad de las muertes en el mar en precio menor a cambio de disuadir a los inmigrantes y refugiados de cruzar de Libia a Italia». Por su parte, en Francia se está poniendo de manifiesto una oposición importante a la «criminalización de la solidaridad» que, desde 2015, supone la penalización a los ciudadanos que ayudan a inmigrantes en situación irregular⁶¹. El Defensor de los Derechos Humanos, la Comisión Consultiva de los Derechos Humanos —con la unanimidad de las sesenta asociaciones que respaldó—, y ONG tan diversas como Amnistía Internacional, Cruzada, Médico del Mundo, Médicos sin Fronteras y el Secours Catholique, han declarado contra lo que consideran una norma de clara efectos contraproducentes (con su aplicación no se está reduciendo el flujo migratorio y, en cambio, sí podría provocar fractura social, además de ser francamente contraria a la garantía de los derechos fundamentales, tanto de los inmigrantes como de los ciudadanos europeos. En España se discute, con razón, sobre el impacto disuasorio que para los terroristas yihadistas que se temen amenazar en los atentados puede tener una sanción como la prisión permanente revisable, cuya sospecha de inconstitucionalidad, sin embargo, no carece de fundamento⁶². En estos casos, nos encerraríamos ante medidas ineficaces (no solucionarían el problema para el que son adoptadas), o ineficientes, pues pondrían en cuestión activa la acción de las organizaciones humanitarias, la autonomía de los ciudadanos, los principios constitucionales del ordenamiento jurídico sin sacar provecho alguno de ello.

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

⁶¹ OHCHR, «Italy-EU pact and rescue code could increase Mediterranean deaths, UN expert warns», 15 de agosto de 2017, <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=21911&LangID=E>.

⁶² Por ejemplo, DÉFENSEURS DES DROITS — Tribunal de Bourges en appel en matière pénale jugé sans effet sur un acte de terrorisme envers une jeune fille algérienne, 14 de marzo de 2016, <https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/actualites-de-presses/2016/03/tribunal-de-bourges-car-mgr-un-citoyen-afghan-ne-peut-entrer-en-france>. Más recientemente, 2014 el tribunal aplicó la Ley Herta, que exige inmigrantes para acceder a 2007 Herta para votar RASSEM, En: «Droits de asile et droit de l'Union», 102, 30 de agosto de 2017, <https://www.lesdroits.org/fr/actualites/14440/france-droits-solidarites-migrants-Droits-Herta-En-France-Hera-Ma-hellEspa-hellEspa>.

⁶³ CÁRDENAS, MARIO. Juan Carlos: «Día del voto sobre la reforma penal», el voto y el derecho 27 de agosto de 2015, <http://blogs.elpais.com/areas/comunicacion/2015/08/27/>.

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

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

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

«Buena muestra del poder de la percepción del riesgo es que incluso dentro de las democracias desarrolladas hay derechos civiles y políticos fundamentales que de pronto resultan revocables (y revocados), y encima con el asentimiento de la arrolladora mayoría de una población democráticamente experimentada. Ante la alternativa entre seguridad y libertad, los gobiernos, parlamentos, partidos y población (que, si no, compiten y se bloquean recíprocamente) se deciden, tan unánime como rápidamente, a la restricción de las libertades fundamentales»⁶⁶. Esta idea de BECK centra con claridad la realidad que experimentan los Estados democráticos de derecho cuando se enfrentan a la gestión de las amenazas y riesgos contra la seguridad, y es que se ven «obligados» a limitar los derechos fundamentales, por lo del

⁶⁶ BECK, Ulrich, Poder y percepción en la era postmoderna, p. 29.

sistema político que constituyen nada menos que la «expresión del supremo orden de valores de la conciencia»⁶⁷.

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

Ciertamente existe una percepción muy antigua en el que la seguridad material, la paz pública y en general las libertades civiles son bienes primarios que satisfacen necesidades obvias y tangibles para cualquier ciudadano. Por el contrario, las libertades constitucionales conllevan un refinamiento cultural que las hace menos accesibles al conocimiento y valoración por la sociedad, salvo cuando se pierden o en situaciones críticas⁶⁸. Pero en escenarios de graves amenazas a la seguridad su defensa resulta impopular y hasta se reclama abiertamente que sean sacrificadas.

En cualquier caso, aun partiendo de estos principios, debe admitirse que los derechos fundamentales pueden ser limitados, es decir, que no son absolutos ni han de prevalecer necesariamente inamovibles en toda situación. Es más, puede decirse que la seguridad es uno de los bienes que tanto el Legislador como la jurisprudencia constitucional ha contemplado como justificador de políticas públicas y normas jurídicas que les afectan de forma restrictiva. Este aspecto, el de los límites a los derechos, y en concreto el de las restricciones a los mismos por razones de seguridad, va a ser descrito brevemente en los siguientes puntos. Más adelante nos dedicaremos en detalle a aquellas libertades que se ven impactadas (limitadas) con mayor fuerza por las respuestas securitarias que se venen adoptando frente a las amenazas. Para finalizar se establecerán los criterios que, desde el Derecho, deberán cumplir esas respuestas contra las amenazas para poder ser consideradas legítimas desde la mirada legal.

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

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

⁶⁷ CIC 2/81 de 29 de enero.

⁶⁸ VIVES ANTÓN, Tomás, Fundamentos del sistema penal, 2ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 676.

artículo 53 CE¹⁷. Por su parte, y para lo que aquí pretendemos explicar, se definen como «límites de los derechos fundamentales» aquellas acciones jurídicas que «entrañen o hagan posible una restricción de las facultades que, en cuanto derechos subjetivos, constituyen el contenido de dichos derechos»¹⁸.

Nos dice el Tribunal Constitucional que no existen derechos ilimitados. En unas ocasiones es la propia Constitución la que establece sus límites mientras que, en otras, «el límite deriva de una manera medata e indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no solo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionales protegidos»¹⁹. Es decir, las restricciones a los derechos pueden derivar directamente del texto constitucional²⁰, o pueden derivarse de una especie de «competencia general» para limitar derechos atribuida al legislador. Y aquí es donde aparece la verdadera dificultad, matizada según haya sido establecido el derecho. Si la Constitución define claramente el contenido del derecho fundamental, ese contenido es intangible para el legislador (aunque el propio texto fundamental le habilite para hacerlo), pero si no le da contenido lo en la medida que no se le da, deja la configuración del derecho en manos de la mayoría cualificada²¹ de los representantes y, al cabo, de las decisiones del Tribunal Constitucional.

Así que, llegados a este punto es natural que la cuestión que se plantea sea «hasta dónde puede el Estado —el legislador y, tras él, el resto de los poderes públicos— restringir o poner límites a los derechos fundamentales sin menoscabar el Estado Democrático de Derecho»²². No se trata de una cuestión fácil pues, como se ha dicho, el legislador, aun estando limitado por la forma en que la propia Constitución regula los derechos y libertades,

¹⁷ Véase el desarrollo de esta cuestión en OTAZ SUÁREZ, Pedro: «Formación e evolución de los derechos fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25, 1990, p. 41.

¹⁸ AZCÓN DE LUQUE, Luis: «Los límites de los derechos fundamentales», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 14, 1992, p. 13.

¹⁹ STC 2180, de 29 de enero.

²⁰ «La Constitución española se encuentra entre los pocos que ya prevén la suspensión individual de los derechos de las personas investigadas por pertenecer a organizaciones terroristas, permitiendo que la ley establezca una limitación mayor a determinados derechos frente a las el resto de las remuneraciones cuando un individuo fuera investigado por terrorismo (artículo 55.2 CE), en Caso H. 3239A y 3239B § 2.2».

²¹ Los derechos fundamentales necesitan para su desarrollo legislativo la forma de ley orgánica (art. 81 CE) la cual requiere para ser aprobada la mayoría absoluta de los miembros de ambas cámaras.

²² En este sentido AZCÓN: «La lucha contra el terrorismo requiere de prevención e incluso de medidas específicas. La cuestión se sitúa en los límites en que se debe desarrollar esta. El margen será mayor o menor en función de la naturaleza de la amenaza, precisándose la tutela judicial como una garantía legitimadora, aunque sabiendo que, con todo, se dejará parte de la legitimidad en la lucha, porque la imposición de restricciones aquí a su limitación», *ibid.* § 2.2.

es el recipiente de una soberanía popular que le obliga a tomar decisiones normativas que pueden restringirlos y, aunque, llegado el caso, el Tribunal Constitucional puede anular tales normas, solo puede delimitar el camino dentro del cual la interpretación política que aquí hace de la Constitución resulta admisible o no arbitraria²³.

Para tener a cabo esta tarea —la delimitación del alcance de las decisiones normativas (y por extensión las políticas públicas)— es menester someter tales decisiones a un test de legitimidad que nos ayude a determinar esos límites. De entrada, comenzando por la aplicación de la necesaria «intelligibilidad» —o taxatividad— de la norma, que nos indica que ha de evaluarse el qué está prohibido y el por qué está prohibido. A continuación ha de enjuiciarse la corrección de la norma, un juicio que, partiendo de la idea básica de maximizar la libertad, precisamente exige valorar la autenticidad de los daños que aquella pueda producir, para después desarrollar su jerarquización y finalmente examinar la proporcionalidad de la respuesta. La respuesta incierta e desproporcionada no solo recorta innecesariamente nuestras libertades, sino que nos deslegitima, el remedio es peor que la enfermedad. En el § 21 de este mismo epígrafe se desarrollará esta idea con más detalle.

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

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

²³ FERRER SANCHEZ, Luis: «Hacia una la interpretación constitucional», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 5, 1991, p. 107.

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

En Francia, desde hace dos años se vienen tomando medidas para evitar el avance del islam más radical. El Gobierno ha ordenado el cierre de numerosas mezquitas y salas de rezar por considerárselas radicales, así como la investigación como sospechosos y expulsión de decenas de imanes¹⁰². Es un tema que en España, tras el atentado de Barcelona de agosto de 2017, está en el escenario del debate y que, sin duda, afecta a la libertad religiosa y de culto (art. 14 CE). ¿Se pueden cerrar centros de culto religioso por ser transmisores de ideas radicales? ¿Solo los islámicos? ¿Se puede impedir la financiación de los mismos procedente de países u organizaciones salafitas? ¿Es constitucional la elaboración de un registro de imanes radicales? El bien protegido aquí es la misma libertad religiosa, así como el derecho a mantener lugares de culto y a practicarlos, tanto en el interior de los recintos como en el exterior, con el límite del orden público y los derechos de los demás.

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

¹⁰¹ Véase la Directiva (UE) 2016/742 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2016, por la que se refuerza en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio. La finalidad de la Directiva consiste en reforzar en el proceso penal el derecho a un juicio justo, estableciendo unas normas mínimas comunes relativas a determinados aspectos de la presunción de inocencia y al derecho a estar presente en el juicio. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32016L0242>

¹⁰² TERUEL, Ana. «Francia toma medidas para frenar al avance del islam radical». El País, 1 de agosto de 2014. http://www.comunicacion.es/2014/08/01/francia-toma-medidas-1478884433_728983440

¹⁰³ AGENCIA EUROPEA. «La Abogacía Europea logra que la Justicia holandesa entere al cese de las escuchas a abogados». 3 de julio de 2014.

a noticia transmitida por el medio. Mediamente el derecho protegido era el de defensa.

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

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

¹⁰⁴ HUMAN RIGHTS WATCH. «EE.UU.: Denunciado informe del Senado sobre torturas y métodos de la CIA». 11 de diciembre de 2014. <http://www.hrw.org/es/news/2014/12/11/ee-uu-denunciado-informe-del-senado-sobre-torturas-y-metodos-de-la-cia>. El informe completo puede consultarse aquí: <http://www.documentcloud.org/documents/117711-human-rights-watch>

¹⁰⁵ FLORES, Fernando. «Torturas sin resultados». *Al Red y Al Derecho*, 14 de diciembre de 2014. <http://blogs.elpais.es/alredyalderecho/14-12-14>

¹⁰⁶ Definición de la STC 120/98, de 27 de junio (Caso Puigga de Ferrán de los GRAPO).

¹⁰⁷ Sobre medidas antiterroristas y «libertad de circulación», véase infra Cap. II, DOPRA y DOPRI (q. d.).

¹⁰⁸ Sobre medidas antiterroristas y «libertad de información y la actividad de los profesionales de la información», véase infra Cap. II, DOPRA y DOPRI (q. d.).

¹⁰⁹ Véase infra Cap. II, DOPRA y DOPRI (q. d.).

Los criterios para medir la legalidad del impacto

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

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

Así así, la regulación parlamentaria de la medida proseguridad que limita los derechos no significa haber superado necesariamente el test de legitimidad al que debe someterse. Ciertamente, existe la que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos llama doctrina del «margen nacional de apreciación», lo que lleva a que este Tribunal (y también a los internacionales) sea extraordinariamente prudente cuando tiene que decidir asuntos que afectan a la seguridad nacional de los Estados, y/o estos aducen circunstancias excepcionales justificatorias de un régimen legal de «emergencia»¹¹⁴. Sin embargo, ese margen discrecional de apreciación concedido al legislador (y en su caso, al Ejecutivo), no puede dejar sin efecto la efectividad de los derechos. Es por eso que, además de la exigencia de que la norma reguladora de la medida securitaria limitadora de los derechos tenga un rango legal específico, se requiere que la ley tenga una «calidad» mínima, que tenga una «singular precisión», es decir, es exigible no sea tan flexible como para dar cobertura a cualquier acción gubernativa, y que tenga la claridad suficiente para que los ciudadanos puedan comprender los casos y las condiciones en que la autoridad puede legítimamente aplicar aquella medida¹¹⁵.

¹¹⁴ REYDONA IZQUIER, Miguel, «Derecho a la intimidad y servicios de inteligencia», op. cit., p. 70.

¹¹⁵ Sin estas características, en esa «singular precisión legal» para la interceptación de comunicaciones, no puede reconocerse la exigible disposición de garantías suficientes con-

El segundo criterio a aplicar allí donde sea necesario, es el de la intervención judicial cuando las medidas afecten a determinados derechos fundamentales: «los preceptos constitucionales y leyes de desarrollo de las libertades constitucionales contienen expresamente esta garantía»¹¹⁶. Sin embargo, remana el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, esa protección judicial no será suficiente si los jueces no ejercen un control garantista durante la ejecución de las medidas de seguridad propuestas por los poderes públicos. Por ejemplo, para autorizar una interceptación de las comunicaciones (más aún si esta se plantea de forma masiva) no es suficiente la sola justificación a partir de una abstracta «seguridad nacional», sino que se debe justificar (por el propio juez) la existencia de una sospecha razonable que justifique la aplicación de la medida securitaria¹¹⁷.

En cuanto al TEST DE CRITERIOS para determinar la legitimidad de las respuestas, pueden conducirse, en principio, a la separación del ya mencionado juicio de proporcionalidad¹¹⁸, método que se desglosa en tres componentes: la idoneidad de las medidas, la necesidad de las mismas, y la proporcionalidad entre su objetivo y el daño que producen.

En cuanto respecto a la idoneidad, Esta podría definirse como la adecuación entre la restricción impuesta al derecho y la finalidad que con ella se persigue, es decir, se refiere a si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto, si es efectiva¹¹⁹.

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

En los últimos años parlamentarios. Así para el TSDJ, los mismos contenidos ilegítimos para que se pueda hablar de una violación de los derechos que pueden justificar una orden de interceptación, el tipo de personas susceptibles de que sus teléfonos sean interceptados, el límite temporal de la intromisión de la comunicación (las grabaciones que deben ser eliminadas para la transferencia de los datos obtenidos) el modo en que los grabados deben ser almacenados o destruidos... Puede ser el caso de esta exigencia para el caso de leyes que dan cobertura para la vigilancia en FLORES, F., «La privacidad sensible: vigilancia masiva e derecho a la privacidad en la era digital», op. cit.

¹¹⁶ Así lo establece el art. 16.3 CE y, por ejemplo, la Ley Orgánica 2/2000, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia (véase infra Cap. III, SEPIA y GÓMEZ, G. J. J.).

¹¹⁷ Así en el Caso *Román Zambrano contra Italia* de 4 de diciembre de 2015 (Gran Sala).

¹¹⁸ Las STC 46/1995, 55/1994 y 20/1994 armonizan, entre otros, los criterios para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad.

¹¹⁹ Véase infra el Capítulo 4, AZNAR, G. J. J.

los objetivos, los límites de los métodos de trabajo, así como la rendición de cuentas y el control externo, se encuentren claramente perfilados¹⁷⁴.

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

Por ejemplo, resulta dudoso que un dispositivo administrativo como el que los Estados europeos establecen para cumplir con el Convenio para el Estatuto de los Refugiados, repleto de medidas restrictivas de derechos (y que deja sin efecto la figura del asilo, sea «necesario» para frenar los flujos migratorios irregulares (admitiendo que estos deben ser considerados como amenaza)¹⁷⁵. De igual manera pueden entenderse las medidas de vigilancia masiva, inefectivas si en su «deber» incluimos tanto los costes económicos como el impacto que producen en los derechos de la privacidad, el de asociación e información de sociedades enteras¹⁷⁶.

(iii) En cuanto a la proporcionalidad en sentido estricto, esta significa que, ponderando en conjunto la gravedad de la intervención (la respuesta securitaria en los derechos fundamentales, y la imperiosidad de los motivos que la justifican, ha de verse por el mantenimiento constante de los márgenes de lo que es razonablemente exigible¹⁷⁷, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

Este recurso a la ponderación es, sin ningún lugar a dudas, uno de los criterios de interpretación más frecuentemente empleados por los operadores jurídicos y, sobre todo, por los tribunales de justicia¹⁷⁸. Sin embargo, se trata de un recurso sumamente discutible por muchas razones que se han expuesto en la doctrina jurídica. Así, resulta comprobable que

¹⁷⁴ REYNOLDA SÁNCHEZ, *Seguro: «Derecho a la vivienda y servicios de integración»*, cit. p. 81.

¹⁷⁵ Sobre este tema puede verse DE LUCA, Javier, *Meditaciones. El naufragio de Europa viciosa*, Trócaire (la Barch), 2015; NÚÑ, Sam, *Refugiados. Frente a la crisis humanitaria una solución real*, Madrid Editorial Oikos, 2014. Sobre la gestión inhumana de la UE frente a la tragedia humana de la tragedia en Siria, véase otra Cas. C. CEBALLOS (j. 5).

¹⁷⁶ Véase el Caso Román Zabala contra España de 4 de diciembre de 2015 (Gran Sala). Sobre este punto también, véase otra Cas. C. SERRA y GÓMEZ (j. 2).

¹⁷⁷ STC 136/1991, de 20 de julio (Caso de la Mesa de Herri Batasuna).

¹⁷⁸ GONZÁLEZ BELTRUSS, Hernán, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Thomson-Aranzadi, *Diario (Revista)*, 2003, p. 13.

cuando se aplica entre derechos fundamentales y seguridad nacional, el resultado siempre es favorable a la restricción del derecho, en beneficio de aquella¹⁷⁹. Pero incluso cuando la técnica de la ponderación se utiliza en hipotéticos o reales supuestos de conflictos entre derechos o libertades, este criterio muestra una alta indeterminación y por consiguiente aboca a la inseguridad jurídica¹⁸⁰. En realidad, podría decirse que la ponderación es el reconocimiento de que el Derecho ha renunciado a expresar una regla para solventar un conflicto abandonándolo a la decisión de juez en cada caso. Así expuesto es una «no regla». De ahí que nos sumemos a quienes consideran preferible recurrir a un razonamiento jurídico de clase interpretativo-subsumivo¹⁸¹.

Conclusión

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

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

¹⁷⁹ REYNOLDA SÁNCHEZ, *Seguro: «Razonamiento jurídico, seguridad nacional y derecho de Estado»*, en «Análisis jurídico a la luz de la doctrina de GARCÍA GONZÁLEZ y Estudios de Derecho Jurídico» n.º 23, *Revista CUP*, 3 1997, pp. 7 y 44.

¹⁸⁰ VIVES ANTÓN, Ferrán, «La libertad como principio», Valencia, *Trócaire (la Barch)*, 1995, pp. 387 y ss.

¹⁸¹ SARRA AMADO J. A., «Conflictos de derechos: así son y cómo se resuelven», en *Revisión sobre derechos*, Valencia, *Trócaire (la Barch)*, 2014, pp. 15 y ss.

Bibliografía

- ANTON MELLÓN, J. (ed.): *Islamismo yihadista: radicalización y contraradicalización*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- ARTEAGA, F.: «La lucha contra el terrorismo en Europa: no se trata sólo de libertad y seguridad, sino también de medios», *AR - Ética*, 11/2014.
- ARTEAGA, F.: «La defensa europea: hagan jueces», *Comentario Ético*, 36/2017.
- BALLESTEROS, M.A.: *Yihadismo*, Madrid, La Huerta Grande, 2014.
- BALLESTEROS, M.A.: *En busca de una Estrategia de Seguridad Nacional*, Madrid, IREE-Ministerio de Defensa, 2014.
- BERMAN, S.: «Some argue that the West should limit democracy to save liberalism. Here's why they're wrong», *The Washington Post*, 18 julio, 2017.
- BECK, U.: *Poder y contrapoder en la era global*, Barcelona, Paidós, 2004.
- BECK, U.: «Convivir con el riesgo global», en *Innerarity*, Daniel Solana, Javier (eds.), *La humanidad amenazada: gobernar los riesgos globales*, Barcelona, Paidós, 2011.
- CARBONELL, J.C.: «Otra vez sobre la reforma penal», *Al Révís y al Derecho*, 25 de enero de 2015.
- CEBADA ROMERO, A.: «Las misiones integradas de Naciones Unidas: un intento de organizar una comunicación eficaz entre los actores de construcción de la paz», en *VCAA: Los nuevos paradigmas de la seguridad*, OIT-paz-Ministerio de Defensa, Madrid, 2009.
- CRUZ VILLALÓN, P.: «Formación y evolución de los derechos fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25, 1989.
- DE OTTO, L.: «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades», en MARTÍN RETORTILLO, L. y DE OTTO, L.: *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, 1988.
- DE LUCAS, J.: *Mediterráneo. El naufragio de Europa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- DEL ÁGUILA, R.: «La senda del mal. Política y razón de Estado», Madrid (Taurus), 2000.
- GÍZ FERNÁNDEZ, A.M.: *Conceptos fundamentales de inteligencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.
- ENZENSBERGER, H. M.: *El pendular radical. Ensayo sobre los nombres del terror*, Anagrama, Barcelona, 2015.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J.J. y SANJO-RUBERT PASCUAL, B. (coord.): *Internet: un nuevo horizonte para la seguridad y la defensa*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2010.
- FLORES, F.: «La inmigración no debe ser un tema de seguridad», *Al Révís y al Derecho*, 3 de marzo de 2014.

- FLORES, F.: «Nos vigilan en masa: ¿por qué no denunciámos?», *Al Révís y al Derecho*, 17 de marzo de 2014.
- FLORES, F.: «La paranoia razonable: vigilancia masiva y derecho a la privacidad en la era digital», en *The European Convention on Human Rights in a Global World*, Strasbourg, 2017.
- GARCÍA AMADO, J. A. (coord.): «Razonar sobre derechos», Valencia (Tirant) 2016.
- GARCÍA-CALVO, C.: «No hay vida sin yihad y no hay yihad sin héroe: la movilización yihadista de mujeres en España, 2014-2016», *AR* 28/2017, 29 de marzo de 2017.
- GARCÍA-CALVO, C. y REMARES, F.: «Procesos de radicalización violenta y terrorismo yihadista en España: ¿cuándo? ¿dónde? ¿cómo?», *Documentos de Trabajo*, 16/2013, 18 de noviembre de 2013.
- GONZÁLEZ BELPUSS, M.: *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Thomson-Aranzadi, Euzko (Navarra), 2003.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: «El Derecho penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas», en *Terrorismo y proceso penal acusatorio* U. L. Gómez Colomer y J. L. González Cussac, coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (coord.): *Inteligencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
- GÓRRIZ ROYO, E.M.: «Investigaciones prospectivas y secreto de las comunicaciones: respuestas jurídicas», en González Cussac, José Luis y Cuenda Arnes, M. Luisa (dir.), *Nuevas amenazas a la seguridad nacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- HABERMAS, J.: *La lógica de las ciencias sociales*, Madrid, Tecnos, 1996.
- HABERMAS, J.: *En la espiral de la tecnocracia*, Madrid, Trotta, 2014.
- INNERARITY, D., SOLANA, J. (eds.): «La humanidad amenazada: gobernar los riesgos globales (del Prefacio de Innerarity)», Barcelona (Paidós), 2011.
- LABORIE, M.: «La evolución del concepto de seguridad», *Documento marzo del IREE*, núm. 05/2011.
- LABORIE, M.: «Las estrategias de seguridad nacional de Francia y España: un análisis comparado», *Documentos de Análisis*, IREE, 42/2013.
- LAHERA PARRADA, E.: *Introducción a las Políticas Públicas*, Santiago de Chile, Fondo de Cultura Económica, 2002.
- MARSH, D. y STOKER, G. (ed.): *Teoría y métodos de la ciencia política*, Madrid, Alianza, 1998.
- NAÏR, S.: *Refugiados. Frente a la catástrofe humanitaria una solución real*, Madrid, Editorial Crítica, 2014.

- MOH HARRI, Y: *Homo Deus. Breve historia del mañana*. Barcelona, Debate, 2014.
- PATEL, K., Singh, A.: «The Human Rights Risks of Countering Violent Extremism Programs», *Just Security*, Thursday, April 7, 2014.
- PRIETO SANCHES, Luis: «Notas sobre la interpretación constitucional», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 8, 1991.
- RAMOS VÁZQUEZ, J.A.: *Ciencia, libertad y derecho penal*. Valencia, Tirant la-Blanch, 2013.
- REINARES, F.: «Yihadismo en Europa: matar para dividírnos», *Comentario Ético*, 33/2017, 8 de julio de 2017.
- REINARES, F., GARCÍA-CALVO, C. y VICENTE, A.: «Dos factores que explican la radicalización yihadista en España», *ARJ* 42/2017, 8 de agosto de 2017.
- REVENGA SÁNCHEZ, M.: «Razonamiento judicial, seguridad nacional y secreto de Estado», en «Acceso judicial a la obtención de datos», *Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial*, n.º 25, Madrid (COPJ) 1997.
- REVENGA SÁNCHEZ, M.: «Derecho a la intimidad y servicios de inteligencia», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 61, 2001.
- REVENGA SÁNCHEZ, M.: *Terrorismo y derecho bajo la estela del 11 de septiembre*. Valencia, Tirant 2014.
- RIGHTS INTERNATIONAL SPAIN: Entrevista a MARTIN SCHÉNNY (II) - Legislar tras ataques terroristas, 10 de junio de 2015.
- RODRÍGUEZ BARTOLOMÉ, V.: «El terrorismo internacional es lo que la política estadounidense ha hecho de él», *Revista Académica de Relaciones Internacionales*, núm. 6, abril de 2007.
- ROY, O.: «Who are the new jihadis?», *The Guardian*, 13 de abril de 2017.
- RUIZ MARTÍNEZ, A.: «Pasarela actual de la evaluación de las políticas públicas», *Presupuesto y Gasto Público*, 68/2012, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, pp.13-23.
- SANCHEZ HIRANE, C.: «Democracia, política pública de inteligencia y desafíos actuales», *Inteligencia y Seguridad. Revista de análisis y prospectiva*, núm.11, 2012.
- SERRA CRISTÓBAL, R.: «La opinión pública ante la vigilancia masiva de datos. El difícil equilibrio entre acceso a la información y seguridad nacional», *Revista de Derecho Político*, núm. 92, 2015.
- SUBIRATS, J., KNOEPFEL, P., LARRUE, C. y VARONE, F.: *Análisis y Gestión de Políticas Públicas*. Barcelona, Ariel, 2008.
- VIVES ANTÓN, T.: *La libertad como pretexto*. Valencia, Tirant la Blanch, 1995.
- VIVES ANTÓN, T.: *Fundamentos del sistema penal*. 12.ª ed. Valencia, Tirant la-Blanch, 2011.

- VCAA: *Los nuevos paradigmas de la seguridad*. COTpas-Ministerio de Defensa, Madrid, 2009.
- VCAA: «La cultura de Seguridad y Defensa, un proyecto en marcha», *Cuadernos de Estrategia*, núm.155, IEE, noviembre 2011.
- VCAA: «Los potenciadores del riesgo», *Cuadernos de Estrategia*, núm.154, IEE, febrero 2012.