

## Capítulo primero

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

José L. González Cussac  
Fernando Flores Giménez  
*Facultad de Derecho - Universidad de Valencia*

### Resumen

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

### Palabras clave

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

### Abstract

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

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

**Keywords**

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

## Planteamiento: aproximación conceptual y metodológica

### *Reformulación del concepto de Seguridad integral*

A finales de los años treinta del siglo pasado, Stefan Zweig describía cómo la época anterior a la Primera Guerra Mundial, en la que «todo parecía asentarse sobre el fundamento de la duración, y el propio Estado parecía la garantía suprema de la estabilidad», esa «edad de oro de la seguridad», se había derrumbado como un castillo de naipes<sup>1</sup>. Cien años después, ya instalados en el siglo XXI, asistimos de nuevo a la descomposición del contexto de seguridad europeo que poco a poco y con muchas dificultades se fue construyendo tras la segunda gran contienda y la desconfianza de la Guerra Fría. Desde hace unos años, tras una época de cierta estabilidad y solidez social, política y económica, Europa redescubre la incomodidad del desequilibrio y la incertidumbre, integra en su vocabulario los conceptos de «modernidad líquida»<sup>2</sup> y «sociedad del riesgo»<sup>3</sup>, y trata de gestionar confusamente su miedo a la inseguridad.

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

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

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

<sup>2</sup> BAUMAN, Zygmunt, *Modernidad líquida*, México, Fondo de Cultura Económica, 2003.

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

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

En la actualidad, los Estados son conscientes de que el poder y la fuerza por sí mismos no se traducen en seguridad, por lo que su aproximación a esta se realiza, o trata de realizarse, a través de una perspectiva integral y multifuncional. Esta perspectiva se refiere, de una parte, a la necesidad de llevar a cabo acciones conjuntas y coordinadas por parte de los Estados, para hacer frente con eficacia a los riesgos y amenazas globales más relevantes. De otra, suscribe un enfoque de la seguridad en el que se conjugan muchos elementos de diferente naturaleza; en el que, por ejemplo, la diplomacia, la inteligencia y la ayuda humanitaria comparten protagonismo con el enfoque puramente militar y policial. Se trata de un planteamiento comprensivo de la seguridad, que reconoce tanto una permeabilidad fronteriza entre las distintas áreas tradiciones de la seguridad (exterior-interior), como un equilibrio entre sus dimensiones políticas, económicas, social-culturales y ambientales<sup>4</sup>.

Naciones Unidas es un ejemplo de este planteamiento multidisciplinar. Así, sus «misiones integradas» están lejos de abordar exclusivamente la vertiente militar de los conflictos, atendiendo igualmente a los desafíos de carácter humanitario, político (construcción y/o consolidación de sistemas democráticos) y económico<sup>5</sup>. También la Alianza Atlántica, que desde la Cumbre de Lisboa (2010) adopta sin ambages un enfoque integral para la reforma y gestión de la seguridad, es decir, asumiendo que cualquier solución estable a los conflictos solo puede obtenerse si se conciertan las acciones y efectos de los ámbitos diplomático, militar, económico, político y civil. Y la Unión Europea, la cual, más allá de las dificultades prácticas para desarrollar una

---

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

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

política exterior y de seguridad común<sup>6</sup>, afirma en su Estrategia Global de Política Exterior y de Seguridad (2016) la necesidad de consolidarse como comunidad de seguridad en el «marco de un enfoque integrado en relación con los conflictos y las crisis»<sup>7</sup>.

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

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

---

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

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

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

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

### *¿Se puede dar una respuesta integral a la seguridad?*

Resulta obvio que los fenómenos que hoy se consideran oficialmente riesgos y amenazas tienen un impacto lesivo directo sobre los derechos y las libertades de los individuos, además del que comportan para la seguridad. Este «primer nivel de impacto» ha recibido desde hace tiempo y recibe hoy una atención puntual y omnicomprensiva, por lo que su estudio se encuentra muy desarrollado, tanto en la esfera académica como en la jurisprudencial. Además, es precisamente esa circunstancia (la afectación de los derechos y libertades por fenómenos como el terrorismo o el crimen organizado) la que sirve de justificación para llevar adelante las políticas públicas de defensa y seguridad, a la vez que se utiliza para fundamentar importantes modificaciones legislativas, especialmente en el área del derecho penal material y procesal. Sin embargo, junto a esta perspectiva sin duda esencial, que atiende al impacto inmediato, también ha de analizarse el efecto que las respuestas políticas y sobre todo normativas tienen justamente sobre el sistema de derechos y libertades<sup>9</sup>. Veamos por qué.

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

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

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

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

<sup>10</sup> Véase *infra* § I.4 de este mismo Capítulo.

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

En España, la Estrategia de Seguridad Nacional, marco de referencia global y omnicomprensivo en materia de seguridad que integra la respuesta estatal a los riesgos y amenazas, identifica como tales al terrorismo, las cibera-menazas<sup>11</sup>, el crimen organizado, la inestabilidad económica y financiera, la vulnerabilidad energética, los flujos migratorios irregulares, la proliferación de armas de destrucción masiva, el espionaje, las emergencias y catástrofes naturales, la vulnerabilidad del espacio marítimo<sup>12</sup>, y la vulnerabilidad de las infraestructuras críticas y los servicios esenciales. Después, para cada riesgo y amenaza, la ESN define un objetivo y traza unas líneas de acción estratégica, de prevención, precaución, responsabilidad y anticipación. Este enfoque, en principio correcto, adolece sin embargo de una falta de referencia al respeto a los derechos fundamentales<sup>13</sup>, es decir, a la consideración «jurídica» según la cual las líneas de acción estratégica para proteger la seguridad deben enmarcarse rigurosamente en el marco del Estado de derecho y la legalidad internacional.

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

---

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

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

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

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

Quizás parezca una referencia menor, pero la verdad es que no lo es. Debe tenerse muy presente que la referencia a la protección de los derechos fundamentales (bien como objetivo de la actuación del Estado en la defensa de la seguridad, bien como elemento susceptible de ser vulnerado por esa misma actuación) no comporta exclusivamente una valoración ética, que puede ser confrontada en su tensión con las necesidades de seguridad por medio de argumentos de la misma naturaleza, sino que incorpora también la perspectiva jurídico-constitucional, sometida a reglas propias y vinculantes, reglas sin duda más precisas y alejadas de la variable (y más «insegura») dicotomía política mayorías-minorías. En un contexto en el que, por ejemplo, una parte (cierto que todavía muy minoritaria) de la ciudadanía defiende la incompatibilidad entre la identidad musulmana y la ciudadanía democrática<sup>15</sup>, mientras que otra (también poco numerosa pero creciente) propugna la limitación de la democracia para salvar el liberalismo<sup>16</sup>, el pilar que para el Estado constitucional supone la garantía de las libertades fundamentales ha de ser tenido muy en cuenta.

Lo cierto es que en la actualidad, los Estados, individualmente o en el marco de organizaciones regionales, están implementando nuevas respuestas para detectar, controlar o subvertir las nuevas amenazas contra la seguridad, nuevas respuestas que provocan impactos hasta ahora desconocidos y poco valorados en el ámbito de los derechos fundamentales. De esta suerte nos enfrentamos a una paradoja: para proteger a los ciudadanos de las amenazas que ponen en peligro sus derechos, los Estados recurren a políticas y leyes que a su vez recortan estos mismos derechos y, en consecuencia, provocan la erosión del Estado democrático de Derecho. Es decir, estamos ante una reacción que, si es desproporcionada, puede suponer una apuesta, consciente o inconsciente, por la liquidación del propio modelo que se trata de defender. Así, podría producirse el sinsentido de que la demolición del Estado de derecho no procediera tanto de los factores externos que trata de neutralizar, sino más bien de la desmedida reacción interna ante las amenazas a la seguridad<sup>17</sup>.

---

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

<sup>15</sup> REINARES, Fernando: «Yihadismo en Europa: matar para dividirnos», *Comentario Elcano*, 33/2017, 5 de julio de 2017. [http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano\\_es/contenido?WCM\\_GLOBAL\\_CONTEXT=/elcano/elcano\\_es/zonas\\_es/comentario-reinares-yihadismo-europa-matar-dividirnos](http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/comentario-reinares-yihadismo-europa-matar-dividirnos)

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

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

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

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

### *La necesidad de un método*

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

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

---

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

Ciertamente, debe aceptarse como premisa que, al menos en el campo de las ciencias sociales, no puede alcanzarse un nivel de certeza absoluto por lo que, consecuentemente, no se puede aspirar, al menos en el plano científico, a la verdad<sup>18</sup>. Menos aun cuando discurrimos (y así sucede con la seguridad) en un tiempo *ex ante*, es decir, en el de la predicción y por consiguiente en el de la anticipación. Nadie puede asegurar que conoce con exactitud el futuro, la evolución de un fenómeno social<sup>19</sup>. Todo lo más podemos aspirar a formar consensos estables, esto es a seguir el camino trazado por HABERMAS de una racionalidad procedimental de tipo ético, suficientemente conocida y desarrollada desde hace años<sup>20</sup>. A todo ello hay que añadir que incluso en tiempo presente, la concreción de alguna amenaza resulta imprevisible y de difícil acceso<sup>21</sup>.

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

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

### Riesgos y amenazas

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

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

---

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

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

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

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

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

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

Tampoco existe absoluta coincidencia sobre las circunstancias o fenómenos que deben ser catalogados como amenazas. Las diferentes estrategias de seguridad nacionales, tanto en el ámbito europeo continental como en el anglosajón, difieren más o menos tímidamente en este punto, pues cada Estado tiene su propia visión sobre cuáles son sus principales desafíos en materia de seguridad (todos consideran el terrorismo como una amenaza, pero no perciben la misma intensidad de peligro ante el «riesgo nuclear»<sup>23</sup>, el cambio climático o la «avalancha migratoria»)<sup>24</sup>. 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 reconsiderada<sup>25</sup>.

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

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

<sup>23</sup> Sí es considerado por Francia en su Libro Blanco de la Defensa y Seguridad Nacional de Francia (abril de 2013), pero no así por España o EE.UU. LABORIE, Mario: «Las estrategias de seguridad nacional de Francia y España: un análisis comparado», *Documento de análisis*, IEEE, 42/2013, 12 de julio de 2013. [http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs\\_analisis/2013/DIEEEA42-2013\\_LibroBlancoFrancia2013\\_MLI.pdf](http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_analisis/2013/DIEEEA42-2013_LibroBlancoFrancia2013_MLI.pdf)

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

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

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

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

### Las respuestas del Estado

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

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

### Las políticas públicas

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

Por política pública de seguridad nacional podemos entender el tipo de necesidad colectiva que se busca satisfacer; el modo en que esta se realiza y desarrolla; y el resultado obtenido. De esta forma se facilita una evaluación de los resultados y se accede al conocimiento de los errores o desviaciones que permitirán emprender las modificaciones oportunas para mejorarlos. Es así como podemos aproximarnos al proceso de formalización, aplicación y valoración de una política pública de seguridad<sup>27</sup>.

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

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

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

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

Es común medir las políticas públicas conforme a una serie de condiciones generales para que puedan tener éxito: coordinación y coherencia entre los sectores competentes; la capacidad de adaptación al contexto en el que se aplican y a los cambios; la estabilidad de las mismas, esto es, su duración y permanencia en el tiempo; la eficiencia<sup>28</sup>.

### *Las normas jurídicas*

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

---

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

a una sobreabundancia de tipos penales, sobre todo para hacer frente al terrorismo<sup>29</sup>.

El segundo aspecto a tener en cuenta en el momento de analizar las respuestas de los Estados y entes supranacionales frente a las amenazas a la seguridad, si se aspira a una metodología que configure seriamente una idea de seguridad integral, se refiere a la medición de su eficacia y eficiencia. Se trata de un ámbito que debe estudiarse a caballo entre el segundo momento del proceso securitario (las respuestas o medidas adoptadas para conjurar los peligros) y el tercero (el impacto de esas medidas sobre el Estado de derecho y las libertades de las personas) pues, como se verá más adelante<sup>30</sup>, se implican de manera directa.

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

Sea como fuere, en una metodología como la que aquí se pretende diseñar, es imprescindible la introducción de mecanismos de supervisión (medición) que acompañen la ejecución de las medidas, valorar su impacto y ajustar la mezcla de libertad y seguridad a las circunstancias cambiantes en un proceso dinámico distinto del actual<sup>31</sup>.

### El impacto sobre el Estado de derecho y las libertades fundamentales

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

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

<sup>30</sup> Vid. *Infra* Capítulo II.

<sup>31</sup> ARTEAGA, Félix: «Lucha contra el terrorismo en Europa: no se trata sólo de libertad y seguridad, sino también de medios», *ARI-Elcano*, 12/2016. [http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano\\_es/contenido?WCM\\_GLOBAL\\_CONTEXT=/elcano/elcano\\_es/zonas\\_es/comentario-arteaga-lucha-contra-terrorismo-europa-libertad-seguridad-medios](http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/comentario-arteaga-lucha-contra-terrorismo-europa-libertad-seguridad-medios)

En materia de seguridad las prevenciones suelen implicar prohibiciones o limitaciones que impactan bien en el desarrollo digamos «normal» del Estado de derecho (piénsese en el estado de excepción), bien en la autonomía de las personas que viven en él. Estos impedimentos, en sociedades democráticas, deben establecerse a su vez de forma restrictiva. No se trata solo de un deseo bienintencionado, es reiterada jurisprudencia de los tribunales constitucionales e internacionales de nuestro entorno<sup>32</sup>.

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

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

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

---

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

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

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

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

Llegados a este punto, y antes de proponer con más detalle una metodología de análisis tal y como se ha indicado en los epígrafes anteriores, quizás sea necesario plantear algo que ya ha sido señalado en otro punto y que puede parecer una obviedad. Es lo siguiente: para realizar un análisis correcto de las medidas para proteger la seguridad y su impacto sobre el Estado de derecho es fundamental la diferenciación de áreas, necesidades y políticas de seguridad<sup>33</sup>.

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

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

En efecto, como se ha destacado ya en un sector tan sensible como el derecho penal<sup>35</sup>, en numerosas ocasiones ni siquiera se distingue entre *necesidades*

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

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

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

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

Sin embargo, desde hace unos años el concepto ha evolucionado hasta llegar al emergente y a la vez consolidado de *seguridad nacional*. Comenzaremos con la exposición de lo que REVENGA SÁNCHEZ ha llamado «un intento de categorización». Y precisamente así lo denomina porque, como agudamente razona, no existen construcciones *nacionales* de lo que en cada caso se entiende por seguridad nacional o seguridad del Estado. De ahí que, en primer lugar, los diferentes conflictos surgidos en varias naciones acerca de la coexistencia de los sistemas de derechos con el límite de la seguridad, se asemejan como dos gotas de agua. Y, en segundo término, porque nos encontramos ante una noción subdesarrollada en el plano conceptual, que en su plasmación práctica acaba muchas veces convertida en una suerte de herramienta multiusos, cargada de emotividad e irracionalismo, o correspondiéndose, sin más, con la idea de poder<sup>36</sup>.

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

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

*tado*, al interés individual. Cuando así se plantea el conflicto, inevitablemente desemboca en la perversa lógica del «todo o nada». Es por ello que la tercera línea de razonamiento acuda al conocido canon de la ponderación de valores. Sin embargo, en su aplicación se observa a menudo que finalmente acude a los anteriores criterios o bien termina haciéndose teoría constitucional desde fuera de la Constitución. Ahora bien, esta forma de argumentar no permite, en sentido estricto, ni una renuncia total al control judicial ni un sacrificio incondicionado de los derechos fundamentales proclamados en el seno de los Estados democráticos. En todo caso, lo cierto es que hay pocos problemas tan necesitados de desarrollo normativo, jurisprudencial y doctrinal como la elaboración de un concepto de seguridad nacional compatible con el sistema de derechos fundamentales<sup>37</sup>.

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

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

## Metodología

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

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

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

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

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

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

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

---

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

Más allá de su eficacia y su eficiencia, la acción política securitaria —sea en virtud de políticas públicas o de normas jurídicas— se legitima por el grado de apertura de la Administración, institución u organismo que la adopta, por la transparencia de los procedimientos que la configuran, por la calidad de las leyes que la determinan, así como por la aptitud de la información que los ciudadanos reciben acerca de ella. La información, tanto de los motivos que sostienen las decisiones en el ámbito de la seguridad como de los resultados que obtienen tendrán una repercusión directa sobre la intensidad y calidad de la implicación de la sociedad (organizaciones civiles y corporativas, empresas, universidades...) en la discusión y configuración de esas decisiones<sup>39</sup>. En este sentido, no puede dejar de señalarse que, en el caso español, cabe una consideración más decidida en este punto<sup>40</sup>.

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

### *Análisis de la amenaza*

El diagnóstico de una situación es importante para determinar el comportamiento a seguir para hacerle frente<sup>41</sup>. Cuando, además, la pauta a seguir afecta o puede afectar a los derechos fundamentales o al orden constitu-

---

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

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

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

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

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

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

### *Identificación de las amenazas*

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

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

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

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

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

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

un esfuerzo que delimite con la mayor precisión posible tanto el contorno básico de los riesgos como el de los elementos vinculados a ellos. Y también la definición de los derechos a los que pueden afectar las medidas que se adoptan contra las amenazas. Como ha destacado el Relator de Naciones Unidas sobre el derecho a la privacidad, su reconocimiento por el Derecho internacional<sup>46</sup> no es suficiente para impedir la ineficacia de normas internacionales que protegen una privacidad cuyo alcance y comprensión (qué es lo que se acuerda proteger) no es claro.

Como en la novela, aquí la pregunta clave es quién decide, en un determinado momento, lo que significan las palabras; por ejemplo, quién define (u oportunamente deja sin definir) lo que es un «terrorista transnacional», o cuando debe de hablarse rigurosamente de «guerra»<sup>47</sup>. Esto es importante, porque la flexibilización y la falta de delimitación de los conceptos juega de forma favorable a la discrecionalidad de las respuestas estatales ante las amenazas, reduce a concreción necesaria de las normas jurídicas y bloquea las posibilidades de control del Derecho (nacional e internacional) sobre esas respuestas. Esa flexibilidad puede extenderse, además, a otros elementos que definen una amenaza, como pueden ser sus actores<sup>48</sup>, con las mismas consecuencias indeseables desde la perspectiva del Derecho<sup>49</sup>.

En segundo lugar, debe decidirse que la amenaza existe, que afecta a una sociedad determinada y que lo hace con determinada intensidad. Obviamente, «ningún ser vive en la naturaleza con plena seguridad... lo que en la práctica implica la aceptación de un cierto umbral de riesgo...»<sup>50</sup>. Pero una vez asumido esto hay que dar paso al juego de las percepciones y a la idea de cuánto riesgo razonable debe aceptarse en una sociedad avanzada. Tratándose de riesgos globales —caracterizados por la deslocalización (espacial, temporal y social), la incalculabilidad y la no compensabilidad<sup>51</sup>—, la dificultad de de-

---

<sup>46</sup> 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.

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

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

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

<sup>50</sup> AZNAR *infra* (§ 2.1)

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

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

Por lo demás, una identificación y caracterización correcta de la amenaza y su grado de riesgo exige también un análisis de sus actores<sup>53</sup>, de su contexto y ámbito geográfico<sup>54</sup>, de sus causas, de sus vectores y potenciadores<sup>55</sup>, así como de los medios utilizados para llevarla a efecto<sup>56</sup>; esa caracterización será imprescindible para configurar las respuestas adecuadas. Sobre todo ello existe abundante material (en el ámbito de unas amenazas más que en otros), que se actualiza constantemente y que debe ser puesto en relación con el resto de elementos del análisis.

---

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

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

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

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

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

### Cuantificadores de la amenaza: indicadores y medidores

¿Cómo se mide la amenaza? ¿Y la probabilidad / riesgo de que se lleve a cabo? La contestación a estos interrogantes, aunque sea aproximativa, resulta muy difícil de concretar, pero es de enorme importancia porque determina el tipo de prevenciones que los poderes públicos adoptan al respecto<sup>57</sup>. Como apunta BALLESTEROS, para llevar a cabo las líneas de acción que diseñan las estrategias de seguridad, «es conveniente atender a las probabilidades de materialización de cada riesgo y, más importante aún, las consecuencias que estos tienen para los intereses nacionales. En este análisis se deberá prestar especial atención a la hipótesis más peligrosa y a la más probable...»<sup>58</sup>. Sin duda, la experiencia y la información producto de las averiguaciones de inteligencia y policiales dan lugar a la adopción de aquellas líneas de acción y de un tipo de decisiones esenciales para la defensa contra la amenaza, pero la percepción del peligro viene determinada también por otros factores distintos a esas investigaciones.

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

En este sentido, la medición de cómo se siente el riesgo terrorista está directamente relacionada con el éxito de la «manipulación emocional»<sup>59</sup> que los actos terroristas pretenden, al tratar por esa vía de obtener un fuerte eco mediático y de influir en las reacciones y decisiones políticas (sean políticas públicas o normas jurídicas) que deben adoptarse. Sin embargo, la vigilancia masiva o espionaje a gran escala (tan intromisiva en el derecho a la privacidad de los ciudadanos: en su derecho a la intimidad, a la protección de datos, al secreto de las comunicaciones), al aparecer como «indolora» para las personas y merecer una menor atención de los medios de información, no es percibida como especialmente dañina<sup>60</sup>.

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

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

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

<sup>59</sup> Véase *infra* AZNAR (§ 1.1).

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

cuantificación de la amenaza y su riesgo por exceso<sup>61</sup>, pues esta provocará una respuesta asimismo excesiva y, probablemente, menos respetuosa con el orden constitucional y la garantía de las libertades públicas. En este sentido, «si al conocimiento extraído de la experiencia añadimos la imaginación, la sospecha, la ficción y el miedo»<sup>62</sup>, 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»<sup>63</sup>.

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

### Bienes protegidos en riesgo e intereses estratégicos. Daños y efectos

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

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

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

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

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

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

De este modo, con carácter general, el orden público, la fortaleza de las instituciones democráticas, los derechos y libertades de los ciudadanos, el crecimiento económico, la información sensible, las infraestructuras críticas y servicios esenciales, la paz y seguridad internacional... son activos, intereses estratégicos, bienes protegidos, que los Estados deben salvaguardar de los riesgos y amenazas globales y locales. Todos ellos se acaban concretando, cuando la amenaza es cierta, en bienes individualizados, como el transporte aéreo o ferroviario, la seguridad marítima, la privacidad de los ciudadanos, el buen funcionamiento en el abastecimiento de energía a las poblaciones, o la protección de grupos vulnerables (jóvenes<sup>64</sup>, mujeres<sup>65</sup>, inmigrantes<sup>66</sup>...). Esa acción de causalidad (relación clara entre el peligro y el bien a proteger) y precisión (concreción del mismo bien, no una mera apelación abstracta al mismo) es esencial en la metodología que aquí se propone.

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

---

<sup>64</sup> GARCÍA-CALVO, Carola, REINARES, Fernando: «Procesos de radicalización violenta y terrorismo yihadista en España: ¿cuándo? ¿dónde? ¿cómo?», *Documento de Trabajo*, 16/2013, 18 de noviembre de 2013. [http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano\\_es/contenido?WCM\\_GLOBAL\\_CONTEXT=/elcano/elcano\\_es/zonas\\_es/terrorismo+internacional/dt16-2013-reinares-gciacalvo-radicalizacion-terrorismo-yihadista-espana](http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/terrorismo+internacional/dt16-2013-reinares-gciacalvo-radicalizacion-terrorismo-yihadista-espana)

<sup>65</sup> GARCÍA-CALVO, Carola, «No hay vida sin yihad y no hay yihad sin hégira: la movilización yihadista de mujeres en España, 2014-2016», *ARI* 28/2017, 29 de marzo de 2017. [http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano\\_es/contenido?WCM\\_GLOBAL\\_CONTEXT=/elcano/elcano\\_es/zonas\\_es/ARI28-2017-GarciaCalvo-movilizacion-yihadista-mujeres-Espana-2014-2016](http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/ARI28-2017-GarciaCalvo-movilizacion-yihadista-mujeres-Espana-2014-2016)

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

público, la seguridad económica, los derechos de los ciudadanos...) y otros, en cambio, muy tangibles (el transporte aéreo, la privacidad, la integridad física de las personas, las reservas o el abastecimiento de gas...). Pues bien, la concreción por las autoridades del interés protegido, así como su vinculación real con el peligro a combatir y los efectos y daños que este puede provocar<sup>67</sup>, resultan esenciales para realizar una correcta configuración de las medidas que deben adoptarse. La indeterminación del bien a proteger debilita la garantía de los derechos fundamentales frente a las respuestas y, en consecuencia, el Estado de derecho.

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

La existencia de amenazas y riesgos determina la adopción de respuestas por parte del Estado dirigidas a impedir que los peligros contra la seguridad se lleven a efecto, o para reaccionar a su consecución. Resulta imprescindible evaluar estas respuestas, pues la banalización de las mismas o una insuficiente respuesta puede generar una agravación del fenómeno en sí mismo y, además, favorecer la escalada de la violencia y la aparición de movimientos populistas<sup>68</sup>. Pero igualmente inapropiada puede ser una respuesta excesiva o desproporcionada, porque como certeramente expone ENZENSBERGER en relación al terrorismo islámico, «*la más peligrosa de las consecuencias del terror es la infección del adversario*»<sup>69</sup>.

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.

---

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

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

<sup>69</sup> Op. cit., pp. 64-65.

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

Sobre la naturaleza de las respuestas ya se ha indicado que pueden adoptar la forma de políticas públicas o normas jurídicas<sup>70</sup>. Ahora es pertinente subrayar un par de ideas en torno a la peligrosidad de la amenaza que se desea conjurar, a la cuestión de la pertinencia de la inmediatez de las respuestas para conseguirlo, y a la eficacia y eficiencia de las mismas. Empecemos con la inmediatez.

#### La inmediatez: un arma de doble filo

«Mientras el mal viaja por autopistas, el bien lo hace por carreteras secundarias», decía con ingenio BOLAÑO. Algo así sucede en el mundo de las amenazas a la seguridad y las garantías de los derechos. Uno de los rasgos de los procesos democráticos es que, con frecuencia, son demasiado «lentos» frente a la urgencia (político-mediática y, en consecuencia, de la opinión pública) para configurar las respuestas a peligros muy presentes en la realidad y en el imaginario social. Este aspecto es utilizado por algunos actores «titulares» de las amenazas en beneficio propio; fundamentalmente por el terrorismo, aunque también para el crimen organizado. Así, afirma AZNAR, «el atentado terrorista... busca su sobrepolitización, y con ella una respuesta inadecuada al reto planteado. Se trata de imponer al Estado la necesidad de una reacción y provocar con ello respuestas emocionales, irracionales y cortoplacistas que no respondan a una estrategia, desenmascaren al Estado y puedan ser utilizadas en beneficio del grupo. El peligro del terrorismo se sitúa habitualmente en la respuesta que se da a los retos que plantea». De modo que para una amenaza como el terrorismo resulta imprescindible el manejo de la iniciativa, no dar tregua ni reposo al Estado para la reflexión y determinación de las políticas adecuadas, pues su lucha contra la democracia solo puede prosperar cuando el Estado de derecho comete errores en su batalla contra él<sup>71</sup>. Muchos errores se cometen, precisamente, por el deseo de responder «comunicativamente» de forma inmediata —con ello a veces precipitada— a la provocación de los agresores. «Una de las lecciones

<sup>70</sup> Véase *supra* Capítulo I (§ 3.b).

<sup>71</sup> Véase *infra* AZNAR (§ 1.3).

del 11S —afirma el exrelator especial de la ONU sobre Derechos Humanos y la lucha contra el terrorismo, MARTIN SCHEININ— es que el pánico produce una legislación deficiente», pues se suele aprobar sin analizar debidamente si legislación vigente en el momento del atentado es o no eficaz<sup>72</sup>.

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

Por último, cabe también la pregunta sobre si existe, en ciertas ocasiones o para determinadas amenazas, una lentitud innecesaria o incluso cierta inacción en las respuestas por parte de los poderes públicos. En un mundo tan complejo como el actual, con hegemonías múltiples, con tantos intereses estatales y público-privados interconectados, se puede constatar la dificultad de los Estados y de las organizaciones internacionales para adoptar medidas contra determinados riesgos bien ciertos. No obstante, resulta llamativo la incapacidad de los mismos para, por ejemplo, proteger la privacidad de las personas de amenazas como la vigilancia masiva que ejercen los servicios de inteligencia de los propios Estados sobre ciudadanos propios y de otros países<sup>73</sup>; o para defenderlas de las consecuencias de potenciadores de los riesgos como el cambio climático<sup>74</sup>, igualmente presente y con conse-

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

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

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

cuencias más que visibles; o para, como la ONU en el caso de Siria, ser incapaz de atajar la crisis después de dos años y cientos de miles de muertos y desplazados<sup>75</sup>.

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

### La peligrosidad de la amenaza

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

Ya se vio, al hablar de la «cuantificación de las amenazas»<sup>76</sup>, la dificultad de medir la percepción sobre las mismas, pues se trata de un cálculo en buena parte subjetivo. En este sentido, parece bastante claro que los ciudadanos europeos sienten como muy cercano el peligro del terrorismo; sin embargo, parece traerles sin cuidado la violación «indolora» que sobre su privacidad supone la generalización de la vigilancia y la monitorización masiva de sus vidas<sup>77</sup>.

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

<sup>76</sup> Véase *supra* Capítulo II (§ 1.b).

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

En cuanto a la vulnerabilidad, debe entenderse que aparece cuando existe una debilidad o falta de control que puede permitir o facilitar que una amenaza actúe contra un bien protegido o un interés estratégico. Si aceptásemos los flujos migratorios irregulares como amenaza a la seguridad, la permeabilidad de las fronteras constituiría una vulnerabilidad. También lo sería la falta de medios de defensa adecuados para repeler un ataque cibernético (que podría dañar la red eléctrica, interrumpir el acceso a Internet o bloquear páginas web oficiales)<sup>78</sup>, o la ausencia de una legislación armonizada en materia de ciberseguridad<sup>79</sup>. Y lo serían unas inadecuadas normas jurídicas para luchar contra la trata de seres humanos, una falta de transparencia de la Administración, o una carencia de cultura de seguridad y defensa por la sociedad, carencia que la inhabilita para comprender por qué es necesaria una política de seguridad y, consecuentemente, para hacer el seguimiento y control de la misma. Cada bien protegido tiene sus fortalezas y vulnerabilidades, y es misión del Estado identificarlas y adoptar las medidas para que las primeras superen a las segundas, aunque, como se verá, no a cualquier precio.

Sin duda, la probabilidad de que la amenaza fructifique (el riesgo en sentido estricto) tiene una relación directa con la peligrosidad de la misma y con las respuestas que los poderes públicos deben llevar a cabo. La determinación de esa probabilidad, es decir, el cálculo de las posibilidades que existen de que la amenaza se realice (o se siga realizando), está en manos de los servicios de inteligencia y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, así como en los especialistas en los distintos campos desde los que se puede analizar cada amenaza. Como en el resto de elementos, un buen análisis del riesgo determinará una respuesta eficaz y ponderada en relación con la buena salud del Estado de derecho y la garantía de las libertades fundamentales<sup>80</sup>.

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

---

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

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

<sup>79</sup> Tal y como reconoce nuestra ESN, op. cit., p. 27.

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

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

### Eficacia y eficiencia de las políticas de seguridad

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

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

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

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

siendo previsible y prevenible, constituiría una violación de las obligaciones de Italia». La relatora concluye que esta posición «sugiere que Italia, la Comisión Europea y los países de la UE consideran el riesgo y la realidad de las muertes en el mar un precio menor a cambio de disuadir a los inmigrantes y refugiados» de cruzar de Libia a Italia<sup>81</sup>. Por su parte, en Francia se está poniendo de manifiesto una oposición importante a la «criminalización de la solidaridad» que, desde 2015, supone la penalización a los ciudadanos que ayuden a inmigrantes en situación irregular<sup>82</sup>. El Defensor de los Derechos Humanos, la Comisión Consultiva de los Derechos Humanos —con la unanimidad de las sesenta asociaciones que reagrupa—, y ONG tan diversas como Amnistía Internacional, Cimade, Médicos del Mundo, Médicos sin fronteras y el Secours Catholique, han declarado contra lo que consideran una norma de claros efectos contraproducentes (con su aplicación no se está impidiendo el flujo migratorio y, en cambio, sí podría provocar fractura social), además de ser frontalmente contraria a la garantía de los derechos fundamentales, tanto de los inmigrantes como de los ciudadanos europeos. En España se discute, con razón, sobre el impacto disuasorio que para los terroristas yihadistas que no temen inmolarse en los atentados puede tener una sanción como la prisión permanente revisable, cuya sospecha de inconstitucionalidad, sin embargo, no carece de fundamento<sup>83</sup>. En estos casos, nos encontraríamos ante medidas ineficaces (no solucionarían el problema para el que son adoptadas), e ineficientes, pues pondrían en cuestión activos (la acción de las organizaciones humanitarias, la autonomía de los ciudadanos, los principios constitucionales del ordenamiento jurídico) sin sacar provecho alguno de ello.

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ciertamente existe una percepción muy antigua en el que la seguridad material, la paz pública y en general las *libertades civiles* son bienes primarios que satisfacen necesidades obvias y tangibles para cualquier ciudadano. Por el contrario, las *libertades constitucionales* conllevarían un refinamiento cultural que las hace menos accesibles al conocimiento y valoración por la sociedad, salvo cuando se pierden o en situaciones críticas<sup>86</sup>. Pero en escenarios de graves atentados a la seguridad su defensa resulta impopular y hasta se reclama abiertamente que sean sacrificadas.

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

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

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

<sup>85</sup> STC 2/82, de 29 de enero.

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

artículo 53 CE<sup>87</sup>. 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»<sup>88</sup>.

Nos dice el Tribunal Constitucional que no existen derechos ilimitados. En unas ocasiones es la propia Constitución la que establece sus límites mientras que, en otras, «el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no solo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionales protegidos»<sup>89</sup>. Es decir, las restricciones a los derechos pueden derivar directamente del texto constitucional<sup>90</sup>, o pueden derivarse de una especie de «competencia general» para limitar derechos atribuida al legislador. Y aquí es donde aparece la verdadera dificultad, matizada según haya sido establecido el derecho. Si la Constitución define claramente el contenido del derecho fundamental, ese contenido es intangible para el legislador (salvo que el propio texto fundamental le habilite para hacerlo); pero si no le da contenido (o en la medida que no se lo da), deja la configuración del derecho en manos de la mayoría cualificada<sup>91</sup> de los representantes y, al cabo, de las decisiones del Tribunal Constitucional.

Así que, llegados a este punto es natural que la cuestión que se plantee sea «hasta dónde» puede el Estado —el legislador y, tras él, el resto de los poderes públicos— restringir o poner límites a los derechos fundamentales sin resquebrajar el Estado Democrático de Derecho<sup>92</sup>. 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,

---

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

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

<sup>89</sup> STC 2/82, de 29 de enero.

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

<sup>91</sup> 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.

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

es el recipiente de una soberanía popular que le obliga a tomar decisiones normativas que pueden restringirlos y, aunque, llegado el caso, el Tribunal Constitucional puede anular tales normas, *solo* puede delimitar el camino dentro del cual la interpretación política que aquel hace de la Constitución resulta admisible o no arbitraria<sup>93</sup>.

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

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

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

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

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

En España, la seguridad nacional, concepto «de contornos imprecisos y genéricos»<sup>97</sup>, se define por la Ley de Seguridad Nacional como la «acción del Estado dirigida a proteger los derechos, libertades y bienestar de los ciudadanos y a garantizar la defensa de España y de sus principios y valores constitucionales», una acción que englobaría, según la STC 104/1989, «un conjunto plural y diversificado de actuaciones, distintas por su naturaleza y contenido, aunque orientadas a una misma finalidad tuitiva del bien jurídico así definido». Estas acciones para preservar la seguridad, como cualesquiera que hayan de limitar los derechos fundamentales, habrán de someterse, además de a la inteligibilidad y corrección ya comentadas, al llamado *juicio de proporcionalidad*, que no es sino el método para comprobar si aquellas acciones son lesivas o no para los derechos. Como se verá en el § c) de este mismo epígrafe, dicho juicio se desglosa en tres componentes: (i) adecuación entre la restricción impuesta al derecho, y la finalidad que con ella se persigue; (ii) indispensabilidad del límite, y (iii) proporcionalidad en sentido estricto<sup>98</sup>. Pero antes de someter las medidas *securitarias* a estos test, hay que identificar los derechos impactados por ellas.

### Los derechos y libertades afectados por las respuestas

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

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

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

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

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

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

libertad que de alguna manera van a sufrir (en principio legítimamente) el impacto de esas medidas. Una vez determinado el derecho o derechos afectados, se procederá a un examen jurídico detallado de los mismos, que tome en consideración su contenido (titularidad, objeto, garantías que lo protegen, contenido esencial), pues ese contenido delimitará el «coto vedado» de cada derecho<sup>99</sup>, sus características principales y el modo de relacionarse con las acciones de los poderes públicos. Esta identificación sustantiva es muy relevante.

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

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

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

---

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

<sup>100</sup> GARCÍA JAÉN, Braulio (y otros): «La Justicia solo ha condenado a uno de cada diez detenidos por terrorismo islamista desde 2004», *InfoLibre*, 9 de abril de 2014. [https://www.infolibre.es/noticias/politica/2014/03/30/justicia\\_preventiva\\_fracaso\\_que\\_dura\\_diez\\_anos\\_15025\\_1012.html](https://www.infolibre.es/noticias/politica/2014/03/30/justicia_preventiva_fracaso_que_dura_diez_anos_15025_1012.html). Para este autor, «el relato oficial de la lucha contra el terrorismo islamista, y el del ministro del Interior en particular, ha sido a menudo desmentido por los hechos. La inmensa mayoría de los detenidos en operaciones preventivas eran inocentes»; cfr. ORTEGA DOLZ, Patricia: «Un 21 % de los acusados de yihadismo desde 2016 fueron absueltos», *El País*, 10 de junio de 2017. [https://politica.elpais.com/politica/2017/06/10/actualidad/1497117952\\_613789.html](https://politica.elpais.com/politica/2017/06/10/actualidad/1497117952_613789.html); también «La propaganda preventiva de Fernández Díaz», *Ctxt*, núm. 35, 21 de octubre de 2015. <http://ctxt.es/es/20151021/Politica/2689/Al-Qaeda-Fernandez-Diaz-ONU-operacion-plomo-justicia-preventiva-wikileaks-EEUU.htm>. Véase *infra* el Cap. III, SERRA y GÓRRIZ (§ 4.2).

incluso años en prisión antes de ser liberados por falta de pruebas. Aquí las preguntas podrían ser: ¿Existe una especie de «justicia preventiva» en casos de sospechosos de terrorismo? ¿Es eficaz esa medida o provoca —vía internamiento en cárceles— más radicalización de los detenidos y de su entorno? El bien jurídico protegido en este caso es la libertad y la seguridad de las personas, que no pueden ser privadas de ella salvo lo establecido por la Constitución y la propia ley, y nunca de forma arbitraria<sup>101</sup>.

En Francia, desde hace dos años se vienen tomando medidas para evitar el avance del Islam más radical. El Gobierno ha ordenado el cierre de numerosas mezquitas y salas de rezo por considerarlas radicales, así como la investigación como sospechosos y expulsión de decenas de imanes<sup>102</sup>. Es un tema que en España, tras el atentado de Barcelona de agosto de 2017, está en el escenario del debate y que, sin duda, afecta a la libertad religiosa y de culto (art. 16 CE). ¿Se pueden cerrar centros de culto religioso por ser transmisor de ideas radicales? ¿Solo los islámicos? ¿Se puede impedir la financiación de los mismos procedente de países u organizaciones salafistas? ¿Es constitucional la elaboración de un registro de imanes radicales? El bien protegido aquí es la misma libertad religiosa, así como el derecho a mantener lugares de culto y a practicarlo, tanto en el interior de los recintos como en el exterior, con el límite del orden público y los derechos de los demás.

En los Países Bajos una sentencia del Tribunal regional de La Haya determinó que la vigilancia (sin intervención judicial y con fines antiterroristas) por parte de agencias de inteligencia a abogados constituía una infracción de sus derechos fundamentales (directamente el secreto de las comunicaciones, y de forma mediata el derecho a la defensa) y ordenó al Estado holandés que cesase en la vigilancia de las comunicaciones de los abogados<sup>103</sup>. ¿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

---

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

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

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

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

En Estados Unidos, las conclusiones del Informe sobre el Programa de Detención e Interrogación de la CIA presentadas por el Comité de Inteligencia del Senado de los EE.UU. en 2014 demostraron que, durante varios años, y tal y como se denunciaba desde diferentes organizaciones de derechos humanos, cientos de personas fueron *torturadas*, y algunas de ellas *asesinadas*, con el legítimo objetivo de «detener ataques y salvar vidas»<sup>104</sup>. Una de las conclusiones más llamativas del Informe destacaba que las torturas no habían producido resultados (habían sido ineficaces, es decir, ni habían detenido ataques ni habían salvado vidas), como si haberlos producido las hubiera justificado<sup>105</sup>. En este caso el bien protegido era la vida, la integridad física y psíquica de las personas, y el derecho es el de no ser sometido bajo ninguna circunstancia a «la causación, sean cuales fuere los fines, de padecimientos físicos o psíquicos ilícitos, infligidos de modo vejatorio para quienes los sufre y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto»<sup>106</sup>.

Podrían sumarse muchos más ejemplos de medidas securitarias que impactan, además de contra el principio de legalidad, contra derechos como la libertad de circulación<sup>107</sup>, el derecho a no ser discriminado por cuestión de raza, la libertad de información<sup>108</sup>, las libertades de reunión y asociación<sup>109</sup>, los derechos políticos, el derecho a un proceso con todas las garantías o el derecho al refugio... Si la valoración de estas medidas se lleva a cabo desde la consideración de la seguridad como bien fundamental al que necesariamente deben someterse los derechos y libertades constitucionales, estaremos ante un planteamiento equivocado. Ese apriorismo, que toma fuerza en los últimos años (y que probablemente siga creciendo), debe ser rechazado y sustituido por una mirada más acorde con el respeto al Estado de derecho y la garantía de los derechos fundamentales. Esa mirada pasa por tener muy presentes, y aclarar o reforzar en su caso, unos criterios rigurosos que midan la legalidad de las respuestas estatales contra las amenazas a la seguridad.

---

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

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

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

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

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

<sup>109</sup> Véase *infra* Cap. III, SERRA y GÓRRIZ (§ 3.3).

### Los criterios para medir la legalidad del impacto

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

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

Aún así, la regulación parlamentaria de la medida proseguridad que limita los derechos no significa haber superado necesariamente el test de legitimidad al que debe someterse. Ciertamente, existe lo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos llama doctrina del «margen nacional de apreciación», lo que lleva a que este Tribunal (y también a los internos) sea extraordinariamente prudente cuando tiene que decidir asuntos que afectan a la seguridad nacional de los Estados, y/o estos aducen circunstancias excepcionales justificadoras de un régimen legal de emergencia<sup>110</sup>. 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 medida<sup>111</sup>.

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

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

El segundo criterio a aplicar, allí donde sea necesario, es el de la intervención judicial cuando las medidas afecten a determinados derechos fundamentales; varios preceptos constitucionales y leyes de desarrollo de las libertades constitucionales contienen expresamente esta garantía<sup>112</sup>. Sin embargo, remarca el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, esa protección judicial no será suficiente si los jueces no ejercen un control garantista durante la ejecución de las medidas de seguridad propuestas por los poderes públicos. Por ejemplo, para autorizar una interceptación de las comunicaciones (más aún si esta se plantea de forma masiva) no es suficiente la sola justificación a partir de una abstracta «seguridad nacional», sino que se debe justificar (por el propio juez) la existencia de una sospecha razonable que justifique la aplicación de la medida securitaria<sup>113</sup>.

En cuanto al resto de criterios para determinar la legitimidad de las respuestas, pueden conducirse, en principio, a la superación del ya mencionado juicio de proporcionalidad<sup>114</sup>; método que se desglosa en tres componentes: la idoneidad de las medidas, la necesidad de las mismas, y la proporcionalidad entre su objetivo y el daño que producen.

(i) Con respecto a la idoneidad. Esta podría definirse como la adecuación entre la restricción impuesta al derecho y la finalidad que con ella se persigue, es decir, se refiere a si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto, si es efectiva<sup>115</sup>.

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

---

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

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

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

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

<sup>115</sup> Véase *infra* el Capítulo II, AZNAR (§ 2.c).

los objetivos, los límites de los métodos de trabajo, así como la rendición de cuentas y el control externo, se encuentren claramente perfilados<sup>116</sup>.

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

Por ejemplo, resulta dudoso que un dispositivo administrativo como el que los Estados europeos establecen para cumplir con el Convenio para el Estatuto de los Refugiados, repleto de medidas restrictivas de derechos (y que deja sin efecto la figura del asilo), sea «necesario» para frenar los flujos migratorios irregulares (admitiendo que estos deban ser considerados como amenaza)<sup>117</sup>. De igual manera pueden entenderse las medidas de vigilancia masiva, inefectivas si en su «debe» incluimos tanto los costes económicos como el impacto que producen en los derechos de la privacidad, el de asociación e información de sociedades enteras<sup>118</sup>.

(iii) En cuanto a la proporcionalidad en sentido estricto, esta significa que, ponderando en conjunto la gravedad de la intervención (la respuesta securitaria) en los derechos fundamentales, y lo imperioso de los motivos que la justifican, ha de velarse por el mantenimiento constante de los márgenes de lo que es razonablemente exigible<sup>119</sup>, 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 justicia<sup>120</sup>. Sin embargo, se trata de un recurso sumamente discutible por muchas razones que se han expuesto en la doctrina jurídica. Así, resulta comprobable que

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

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

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

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

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

cuando se aplica entre derechos fundamentales y seguridad nacional, el resultado siempre es favorable a la restricción del derecho, en beneficio de aquella<sup>121</sup>. 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 jurídica<sup>122</sup>. 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-subsuntivo<sup>123</sup>.

### Conclusión

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

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

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

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

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

## Bibliografía

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

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

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

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

