

Este texto es la versión pre-print del trabajo publicado con el mismo título en el libro colectivo **GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.) / LEÓN ALAPONT (Coord.), *Estudios Jurídicos en memoria de la Profesora Doctora Elena Górriz Royo, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 513 – 531***. Por error, el trabajo aparecido en esa obra no contiene la relación de referencias bibliográficas, razón por la cual se ofrece aquí la versión completa, que sí la incluye. **Se ruega citar por la versión publicada.**

Terrorismo, proporcionalidad, seguridad y derechos fundamentales

Lucía Martínez Garay

Profesora Titular de Derecho Penal, Universidad de Valencia¹

Desde que conocí a Elena Górriz en 1998, cuando coincidimos brevemente en el *Institut für Kriminologie und Wirtschaftsstrafrecht* de Freiburg, compartí con ella a lo largo de los años muchos momentos importantes: tuvimos becas similares cada una en la Universidad de la otra, nos habilitamos juntas el mismo año, nos incorporamos ambas como Titulares a la Universidad de Valencia el mismo día, y allí hemos tenido los despachos uno frente al otro en el mismo pasillo. Con Elena, además, sólo se compartían los buenos momentos: los malos los llevaba ella por dentro, con su elegancia característica, su increíble fortaleza, y por supuesto, una sonrisa.

Ahora que ya no puedo, desgraciadamente, seguir disfrutando de su compañía, quiero contribuir a esta obra en su homenaje volviendo a compartir algo con ella: esta vez, el tema. Porque el significado de los derechos fundamentales en el Derecho penal, y en concreto en relación con el terrorismo, es una de las cuestiones que a ambas nos han preocupado a lo largo de nuestra vida académica; de hecho, a ella dedicó Elena su última publicación. Ojalá en vez de tener que ser sólo por escrito pudiera haberlo hablado y discutido con ella, tal como eran siempre los debates con Elena: apasionados, cordiales, y con una sonrisa.

1. Introducción

Desde hace algún tiempo está cambiando el discurso acerca de la relación que existe entre los derechos fundamentales² y el Derecho penal. Es un cambio que va

¹ Este trabajo es fruto de la investigación llevada a cabo en el marco del Proyecto de I+D DER2017-86336-R (AEI/FEDER, UE). Abreviaturas utilizadas: CIDH (Corte Interamericana de Derechos Humanos), TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos), CADH (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969), CEDH (Convenio Europeo de Derechos Humanos, 1950), PIDCP (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966)

² En este trabajo me voy a referir indistintamente a ‘derechos humanos’ y a ‘derechos fundamentales’ como sinónimos, aun siendo consciente de que cada expresión tiene un significado parcialmente distinto, porque hablaré de los derechos reconocidos bien sea en las Constituciones de los distintos Estados nacionales, o bien en las Declaraciones Internacionales de derechos, y por tanto en todo momento me referiré a derechos positivizados en una u otra esfera, cuyo contenido además se solapa en gran medida.

acompañado, a su vez, de transformaciones en las nociones de proporcionalidad y de seguridad, y que se proyecta sobre ámbitos muy distintos, como por ejemplo la seguridad ciudadana, la violencia de género, la incriminación penal del denominado “discurso del odio”, y el que va a ser objeto de atención en las líneas que siguen: la política penal contra el terrorismo.

El cambio a que me refiero ha sido impulsado especialmente por la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales de protección de los derechos humanos. La CIDH y el TEDH han ido construyendo en los últimos veinte años una línea jurisprudencial según la cual, de los derechos proclamados en las Cartas y Pactos internacionales emanan obligaciones para el Estado de garantizar a sus ciudadanos una protección eficaz de sus derechos más básicos frente a las agresiones de que pueden ser objeto por parte de terceros. Dicha protección debe articularse a través de distintas vías (jurídicas y extrajurídicas) pero también (y, en ocasiones, parece que ante todo) a través del Derecho penal. Vaya por delante que comparto plenamente la idea de que de los derechos humanos emanan no sólo obligaciones de no hacer para el Estado (que debe abstenerse de lesionarlos) sino también obligaciones de hacer (pues debe desarrollar medidas y políticas que garanticen su efectiva protección). Sin embargo, en la jurisprudencia a la que me refiero se ha ido consolidando la idea de que ese deber de protección ha de instrumentarse necesariamente a través del Derecho penal. Es esta última tesis la que analizaré críticamente en las líneas que siguen, en la medida en que supone una nueva forma de entender el principio de proporcionalidad, que a su vez implica una nueva forma de concebir la legitimidad del *ius puniendi*.

Para contextualizar adecuadamente el problema y entender su trascendencia es importante recordar que todos estos cambios se han producido en paralelo a una evolución en el ámbito de la lucha contra el terrorismo (especialmente a partir de los atentados del 11 de septiembre de 2001, aunque la tendencia tiene antecedentes desde al menos los años setenta del siglo XX) en la que los Estados adoptan medidas que limitan drásticamente varios derechos fundamentales en aras de garantizar seguridad a los ciudadanos, una seguridad que cada vez más tiende a concebirse como un derecho, y en la que las fronteras antes nítidas entre seguridad interior y exterior (o defensa nacional) están cada vez más difuminadas (por todos, Górriz Royo, 2020). Y que, a su vez, esta política criminal antiterrorista se inserta en el marco más amplio que caracteriza la política criminal del pensamiento neoliberal o neoconservador de los últimos decenios: el “gobernar a través del delito” (Simon, 2011) buscando calmar las ansiedades de una población sometida a todo tipo de inseguridades (económicas, laborales, ecológicas, sanitarias, etc.) como si el principal problema fuera el crimen, y la solución, su control a través de políticas criminales cada vez más duras.

La tesis que sostengo es que en este contexto el cambio en la concepción de los derechos fundamentales, aunque está animado por loables intenciones de acabar con prácticas absolutamente arbitrarias y abusivas de los Estados, puede sin embargo terminar siendo instrumentalizado por los propios Estados para incrementar sin límites la intensidad de la coerción penal, no necesariamente en favor de los derechos humanos de colectivos vulnerables, sino en detrimento de los derechos fundamentales de libertad de todos los ciudadanos. Y que para evitarlo sería necesario, según creo, revisar la fundamentación y los límites de esa jurisprudencia de las cortes internacionales de derechos humanos, y de esas obligaciones de tutela penal que han ido desarrollando.

2. Planteamiento tradicional de la relación entre terrorismo, derechos fundamentales y principio de proporcionalidad.

Para advertir mejor hasta qué punto el discurso actual supone un cambio, conviene recordar brevemente el modo en que tradicionalmente se había analizado esta problemática.

Los Estados normalmente reaccionan frente al terrorismo implementando medidas especialmente contundentes. Es frecuente por ejemplo que para esta clase de delincuencia se amplíen los plazos de la detención preventiva o de la prisión provisional, se flexibilicen los requisitos para la interceptación de comunicaciones, se prevean medidas de vigilancia, seguimiento y rastreo excepcionales para poder obtener información y pruebas incriminatorias, se aumenten notablemente las penas para los crímenes cometidos con finalidades o en el marco de organizaciones terroristas, se castiguen conductas meramente preparatorias con sanciones muy duras, etc. Todas estas medidas se justifican en el discurso político apelando a la enorme gravedad de los atentados terroristas, y a la necesidad de defender la seguridad de los ciudadanos y el orden público frente a esta terrible amenaza.

Estas medidas evidentemente recortan el ámbito de algunos derechos fundamentales (a la libertad personal, intimidad, secreto de las comunicaciones, integridad, derecho a un proceso con todas las garantías, etc.). La forma en que tradicionalmente la doctrina y la jurisprudencia han enfrentado esta situación es advirtiendo del conflicto que aquí se plantea: se subraya que existe una contraposición entre lo necesario para garantizar la prevención de delitos y la seguridad pública de un lado, y el respeto a los derechos fundamentales del individuo de otro. Y se intentan trazar las fronteras entre aquello que todavía puede permitirse, y aquello que ya no puede tolerarse porque comporta un sacrificio excesivo de derechos y libertades.

El criterio que se utiliza para delimitar esta frontera es el principio de proporcionalidad, entendido como prohibición de exceso según el conocido análisis en tres niveles o escalones: sólo son admisibles las limitaciones de derechos fundamentales en aras de la protección frente a los crímenes de terrorismo cuando, a) se demuestren idóneas para proteger los bienes jurídicos afectados, b) no exista otro medio alternativo menos drástico para otorgar una protección eficaz (lo que se conoce como principio de intervención mínima), y c) se respete la proporcionalidad en sentido estricto entre gravedad de la injerencia o sanción penal y gravedad de la conducta sancionada en términos de injusto y culpabilidad (si se trata de la tipificación como delito de alguna conducta), o en términos de la utilidad que con la misma se obtiene (si se trata de otro tipo de medidas).

Pues bien, el discurso jurídico actual se ajusta cada vez menos a esta descripción, porque ya no se conciben de la misma manera ninguno de los tres elementos centrales del problema: ni los derechos fundamentales, ni el principio de proporcionalidad, ni el concepto de seguridad.

3. Evolución del concepto de derechos fundamentales en la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales de derechos humanos: de derechos 'frente al Estado', a derechos 'a obtener protección del Estado' frente a las agresiones de terceros

Desde finales de la década de 1990 tanto la CIDH como el TEDH han elaborado una jurisprudencia según la cual la tutela efectiva de los derechos humanos exige el castigo penal de los responsables de las violaciones más graves de dichos derechos. Es decir, que en determinados supuestos muy graves no es suficiente, para decir que un derecho está protegido, con prever medidas de otra índole (regulaciones administrativas, reparaciones o compensaciones de carácter civil, reconocimiento oficial de los hechos, políticas sociales, etc.), sino que es obligado que intervenga el Derecho penal. Con matices diferentes en cuanto a la fundamentación, y con alcance también distinto en cuanto a las consecuencias de la declaración de vulneración de un derecho (sobre todo lo que sigue, cfr. con detalle Viganò, 2014; Tomás-Valiente Lanuza, 2016), los pronunciamientos de ambas Cortes comparten unos presupuestos teóricos similares, que sintetizados muy brevemente serían los siguientes.

El punto de partida es el reconocimiento de que de los derechos humanos emanan obligaciones negativas para el Estado, que debe abstenerse de lesionarlos, pero también obligaciones positivas de tutela, que incluyen la protección a través del Derecho penal.

Estas obligaciones de tutela penal que recaen sobre el Estado incluyen las de criminalizar como delitos las violaciones más graves de los derechos humanos más importantes, investigar con diligencia los supuestos en que se denuncie una violación de los mismos, imponer una pena (suficientemente grave) al responsable, y ejecutarla.

La fundamentación jurídica de estas obligaciones, a las que no hay referencia expresa en los textos de las Declaraciones de derechos que cada Corte protege, se hace radicar – de modo bastante impreciso – tanto en el deber general que incumbe a los Estados de “respetar” los derechos (deber que ambas Cartas de derechos sí establecen, art. 1.1. CADH y art. 1 CEDH), en relación a su vez con el derecho en cada caso vulnerado, como también en los derechos al debido proceso y a ser oído y a un recurso efectivo contra las violaciones de los derechos reconocidos (arts. 8 y 25 CADH, y art. 13 CEDH). La idea central (más explícita en la jurisprudencia de la CIDH, pero también subyacente en la del TEDH) es que la impunidad de estas graves conductas propicia su repetición crónica, y la indefensión de las víctimas.

Como puede advertirse, los argumentos centrales para defender que es obligado tutelar los derechos humanos a través del Derecho penal son, de un lado, de tipo preventivo-general negativo: si no se castigan, y con severidad, estas conductas, se seguirán repitiendo por la sensación de impunidad que tendrán los responsables. Y, por otro lado, se apela a la necesidad de otorgar una satisfacción y reparación suficientes a la víctima. Reparación que en los fallos del TEDH se concreta en la obligación de indemnización pecuniaria a cargo del Estado, pero que para la CIDH incluye la obligación de abrir investigaciones o reabrir las ya cerradas, pasando por encima de eventuales obstáculos jurídicos como leyes de amnistía, indultos, prescripción, o cosa juzgada. En este marco es frecuente, especialmente en las sentencias de la CIDH, que la obligación de tutela penal se justifique también en el derecho de las víctimas a conocer la verdad (Silva Sánchez, 2009; Gil Gil, 2016).

Las sentencias en este sentido son numerosas, y algunas de ellas muy conocidas: en la CIDH, por ejemplo, los casos *Almonacid Arellano vs Chile* (2006); *Barrios Altos vs. Perú* (2001); *González y otras o “Campo Algodonero” vs. México* (2009); *Gelman vs. Uruguay* (2011); por lo que respecta al TEDH, desde las iniciales X e Y contra Países Bajos (1985), *A. vs Reino Unido* (1998), y *Osman vs Reino Unido* (1998), hasta las más recientes *Mastromatteo vs Italia* (2002), *Maiorano vs Italia* (2009), *Branko Tomasic vs Croacia* (2009) o *Talpis vs Italia* (2017). En general esta doctrina se ha construido, especialmente en Latinoamérica, en relación con casos encuadrados en graves violaciones masivas de derechos humanos de colectivos vulnerables, y que además se habían producido bien con la autoría o colaboración directa, o bien al menos con abierta tolerancia o indiferencia, de los órganos estatales. Y en la jurisprudencia del TEDH las obligaciones de tutela penal se han desarrollado sobre todo respecto de delitos de tortura, homicidios o desapariciones en los que había también implicación de órganos estatales (especialmente agentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad). Sin embargo, la misma doctrina se ha aplicado también a (es más, se inició con) casos de agresiones entre particulares.

Lo dicho hasta aquí es un resumen muy apretado, y por lo tanto groseramente simplificador, de una jurisprudencia que es muy rica en contenido y que merece una valoración diferenciada según los casos, pero en la que no me es posible entrar habida cuenta de las limitaciones de espacio de la presente contribución (cfr. Viganò, 2014; Tomás-Valiente Lanuza 2016; Silva Sánchez 2009; Gil Gil 2016; muy crítico Pastor 2005).

Por otra parte, y por supuesto, junto con estas sentencias en que se condena a los Estados por no haber utilizado el Derecho penal, dejando por ello desprotegidos los derechos humanos de ciertas víctimas, ambas Cortes continúan condenando también a los Estados cuando estos abusan del Derecho penal, aplicando una coerción excesiva, que vulnera también derechos fundamentales: por referirme sólo ahora a la situación en Europa, el TEDH sigue condenando a los Estados por infligir torturas o malos tratos a detenidos (caso *Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal vs España* 2018, entre otros muchos), por haber colaborado en las detenciones ilegales practicadas por los Estados Unidos de América en las “cárceles secretas” radicadas en suelo europeo (caso *Abu Zubaydah vs Lituania* 2018, entre otros), por no respetar suficientemente la libertad de expresión al castigar penalmente el discurso político disidente (*Stern Taulats y Roura Capellera vs España* 2018, por ejemplo).

Es resumen, en estos momentos coexisten dos líneas jurisprudenciales: la más tradicional, que condena a los Estados por vulnerar derechos humanos cuando abusa del Derecho penal, y la más reciente, que lo condena también cuando los viola por prescindir (indebidamente) de él. En cada uno de estos contextos los derechos humanos o derechos fundamentales exigen un comportamiento diferente al Estado, lo que tiene consecuencias en el principio de proporcionalidad.

4. Evolución del principio de proporcionalidad: desde la prohibición de exceso, a contener también una prohibición de desprotección por defecto

Cuando se entiende que de los derechos fundamentales emanan obligaciones de abstención para el Estado, lo que se prohíben son injerencias estatales que limiten en exceso esos derechos: el principio de proporcionalidad funciona, lo hemos dicho al

inicio, como una prohibición de exceso, que impide regulaciones penales excesivamente severas o invasivas.

Pero cuando se entiende que de los derechos fundamentales emanan (también) obligaciones positivas de tutela penal (de incriminar, de castigar, de imponer una pena suficientemente grave), el principio de proporcionalidad funciona al revés: como una prohibición de infraprotección. Es decir, en este caso es la ausencia de medidas penales lo que propicia la vulneración del derecho, porque lo deja desprotegido, de modo que lo que resulta obligado es más Derecho penal. La idea es que el Derecho penal no puede quedar por debajo de cierto nivel de intervención, porque es ese déficit de protección lo que viola el derecho.

Podríamos entonces preguntarnos: bien, ¿y qué problema hay en esto? Simplemente tenemos un principio de proporcionalidad digamos más complejo, que en lugar de agotarse en la dimensión negativa de la prohibición de exceso incorpora una segunda dimensión, la prohibición de infraprotección. De hecho, esta categoría existe en la ciencia jurídica desde hace al menos 20 años: su origen teórico está en Alemania en los años 80, y fue aplicada por primera vez en la segunda sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre el aborto en 1993 (Martínez Garay, 2017).

Sin embargo, yo creo que sí hay algún problema. Y es que este entendimiento de los derechos fundamentales como fuentes de obligaciones positivas para los Estados, y en concreto de obligaciones de intervenir con regulación penal, lleva implícito un cambio de paradigma. Porque el entendimiento tradicional del principio de proporcionalidad como prohibición de exceso implica que la intervención penal en cualquier ámbito no se justifica por sí sola. Sobre el Estado que pretende ampliar o instaurar la intervención penal sobre una determinada materia pesa una carga de argumentación y legitimación, porque ha de superar las tres barreras o tests que hemos recordado *supra*: ha de estar en condiciones de justificar que la intervención penal será apta para tutelar el derecho fundamental (idoneidad), que ninguna otra forma de tutela será igualmente eficaz (necesidad o intervención mínima), y que la injerencia penal no es desproporcionada en sentido estricto.

Sin embargo, si de los derechos fundamentales emana una obligación positiva de tutela penal lo anterior cambia radicalmente: en este caso la tutela penal es por principio obligada, y no tiene que justificarse; goza de una presunción de legitimidad *ab initio*. Y lo que tendrá que justificarse entonces es la ausencia de protección penal del derecho fundamental o los obstáculos que se opongan a la misma. Y como es sabido los obstáculos o los límites que se ponen al *ius puniendi* son, entre otros, los derechos fundamentales de los individuos: la presunción de inocencia, el derecho a la legalidad penal, el derecho a la libertad ambulatoria, la prohibición de tortura, el mandato de intervención mínima, etc. Es decir, si aceptamos la existencia de una prohibición de infraprotección en el Derecho penal son los límites al *ius puniendi* lo que deviene, por principio, cuestionable. Y esto puede suponer, creo yo, un importante cambio de paradigma.

5. Evolución del concepto de seguridad

Como he comentado al inicio, esta evolución en el concepto de los derechos fundamentales y del principio de proporcionalidad se ha producido en paralelo a un cambio también en el concepto de seguridad y en las estrategias para su consecución dentro de la lucha contra el terrorismo. Veámoslo brevemente.

A) Cambio de sentido de la seguridad como derecho fundamental

La seguridad es un concepto que aparece mencionado en muchas declaraciones nacionales e internacionales de derechos fundamentales. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) proclama en su artículo 7 el "Derecho a la Libertad Personal" y afirma que "1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las constituciones políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. [...]"). Son muy similares los arts. 5 del CEDH ("Derecho a la libertad y a la seguridad. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley: [...]") y 9 del PIDCP ("Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. [...]").

Ahora bien, el significado de la seguridad en estas declaraciones no es autónomo, es decir, no se está proclamando un derecho fundamental a la seguridad al lado de un derecho fundamental a la libertad, sino que el contenido de esa seguridad a la que se hace referencia es el de asegurar la libertad personal frente a las injerencias arbitrarias del Estado. Así lo ha interpretado unánimemente la doctrina, y se percibe con claridad en los propios preceptos citados, donde la mención a la seguridad va seguida inmediatamente de la enumeración de una serie de garantías frente a la privación indebida de la libertad (Lascuráin Sánchez, 2018)

Pero la seguridad siempre ha tenido también otro significado: designa la función estatal de proporcionar protección a los ciudadanos frente a agresiones de terceros. Si nos remontamos al origen teórico del concepto de Estado moderno en las doctrinas contractualistas en los siglos XVII y XVIII, la función de proporcionar seguridad es casi la primera y más básica de entre los cometidos que legitiman la existencia del Estado. En la formulación de Hobbes, los hombres renuncian a la libertad absoluta de que gozan en el estado de naturaleza para someterse al poder del Leviatán porque sólo de esta manera obtienen protección frente a la anarquía y las agresiones mutuas incesantes que de otro modo amenazan la existencia cotidiana. Es el miedo al caos y a la guerra de todos contra todos lo que motiva a las personas a celebrar el pacto social y someterse a la autoridad del Estado.

Pues bien, esta segunda dimensión de la seguridad, como función esencial de Estado o bien colectivo que el Estado debe garantizar en cierta medida, está sufriendo un cambio en su conceptualización, que aunque no arranca estrictamente del 11 de septiembre de 2001 sí se ha intensificado desde entonces: la seguridad se empieza a entender, especialmente en el contexto de la lucha contra el terrorismo, como un derecho, o incluso un derecho fundamental. Pero ya no aquel derecho fundamental (tradicional) a no ser privado arbitrariamente de la libertad, es decir, ya no es la seguridad como garantía frente a agresiones indebidas por parte del Estado, sino la seguridad como

derecho fundamental a recibir protección del Estado frente a las agresiones provenientes de terceros.

Al igual que ocurre respecto del principio de proporcionalidad, también la defensa de la existencia de un derecho fundamental a la seguridad cuenta con antecedentes desde al menos los años 80 del siglo XX (básico, Isensee, 1983). Pero lo característico de la evolución en los últimos tiempos es la rapidez y la amplitud con que se ha extendido en muy diversos ámbitos lo que hace años era, en el mejor de los casos, una opinión doctrinal minoritaria. Ya no resulta insólito encontrar declaraciones de políticos, documentos oficiales de diversos organismos públicos, y también aportaciones de la doctrina, en las que se habla de ese supuesto "derecho fundamental a la seguridad" en el marco de regulaciones, propuestas o discursos relacionados con la lucha contra el terrorismo: por no extenderme habida cuenta de las limitaciones de espacio, señalaré sólo un ejemplo, significativo porque emana de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos:

"La seguridad del individuo es un derecho humano fundamental y, en consecuencia, la protección de los individuos es una obligación fundamental del gobierno. Los Estados, en consecuencia, tienen la obligación de velar por los derechos humanos de sus nacionales y de otros mediante la adopción de medidas positivas para protegerlos contra la amenaza de actos terroristas y para llevar ante la justicia a los autores de esos actos." (cursiva añadida)³

Es fácil apreciar la cercanía que existe entre esta evolución del concepto de seguridad, y la que antes hemos comentado sobre las obligaciones positivas de tutela penal de los derechos humanos: no hay mucha diferencia entre decir que de mis derechos fundamentales a la vida y a la integridad física deriva una obligación del Estado de arbitrar medidas penales para protegérmelos frente a agresiones de terceros, o decir que tengo un derecho fundamental a la seguridad y que por ello el Estado está obligado a protegérmelo a través del Derecho penal frente a las agresiones de terceros. Por una u otra vía parece que llegamos a un resultado parecido.

Sin embargo, quizá cuando se presenta la seguridad como derecho fundamental es cuando se advierte con más claridad cómo esas obligaciones positivas de tutela penal pueden terminar erosionando los mismos derechos fundamentales que en teoría se quieren proteger con ellas. Podemos estar de acuerdo en que la seguridad, o cierto grado de seguridad entendida como posibilidad del disfrute de los derechos humanos sin temor a padecer agresiones de terceros, es un bien. Pero una cosa es reconocer que la seguridad es un bien, y otra muy distinta que tenga que ser considerada un derecho (Lazarus, 2015). Repárese en que el derecho a la seguridad no es un derecho con contenido propio, autónomo, sino que consiste en el derecho a que se me aseguren los demás derechos fundamentales (especialmente la vida y la integridad) frente a los ataques que yo pueda sufrir por parte de terceros. Pues bien, si se considera que la seguridad así entendida es un derecho, incluso un 'súperderecho' porque consiste el

³ Oficina del alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: *Los Derechos Humanos, el Terrorismo y la Lucha contra el Terrorismo*, Folleto informativo nº 32, 2008, p. 1 (<https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Factsheet32sp.pdf>).

asegurar el disfrute de todos los demás, desaparece el conflicto entre derechos fundamentales y seguridad.

En efecto, visto así, como garantizar la seguridad es garantizar el disfrute de los derechos, todo aquello que contribuya a la seguridad es beneficioso para los derechos fundamentales. No hay ya contraposición entre seguridad y derechos, y por tanto no hay por qué preocuparse tanto por establecer límites o fronteras a lo que el Estado puede hacer en aras de garantizar la seguridad. El resultado de este tipo de discurso es, a mi juicio, la eliminación artificial de los conflictos reales que siempre han existido y siguen existiendo entre esferas de libertad del ciudadano y necesidades de seguridad, y por ello dificulta el análisis crítico de las estrategias de seguridad⁴. Como dijera Hassemer (2002), “disolver las tensiones de manera precipitada, y armonizar las contradicciones ocultándolas, es un rasgo distintivo del pensamiento holístico, o incluso totalitario. Es un instrumento de la política ideológica exponer armonizaciones allí donde en realidad se tendría que estar discutiendo con polémica”.

B) Aproximación entre seguridad interior y seguridad exterior

A este cambio que se está produciendo en cuanto a la naturaleza jurídica de la seguridad (la tendencia a conceptualizarla como un derecho individual) hay que añadir otra evolución que también está teniendo lugar, en este caso en cuanto a su contenido, y que se percibe también especialmente en el contexto de las estrategias de lucha contra el terrorismo.

Una de las consecuencias más decisivas de los ataques a las torres gemelas de Nueva York el 11 de septiembre de 2001 es que el terrorismo dejó de ser considerado un crimen grave, competencia de las agencias de policía (FBI) para pasar a ser conceptualizado como un acto de guerra, y en consecuencia tratado como tal: como es sabido los Estados Unidos de América reaccionaron con una estrategia bélica frente a los atentados, con la invasión de Afganistán y el resto de medidas que se adoptaron.

Aunque en el resto del mundo no se ha llegado tan lejos en cuanto a la militarización de la respuesta frente al terrorismo como en los Estados Unidos, sí se ha producido también en ellos un acercamiento notable entre las estrategias de seguridad y las de defensa. El terrorismo ya no se considera sólo un crimen grave, sino una amenaza a la seguridad del Estado que proviene del exterior, y en la respuesta frente a este fenómeno se combinan las tradicionales estrategias policiales y judiciales con las propias de la defensa nacional. Esto redundaba en un acercamiento de los tradicionales conceptos de seguridad pública o seguridad ciudadana, y el de defensa nacional, seguridad nacional o seguridad exterior (Alcoceba Gil, 2017; González Cussac / Flores Jiménez, 2017). Esto es fácilmente apreciable en numerosos documentos de organismos gubernamentales y organizaciones internacionales, de los que puede servir como ejemplo España. Ya la primera Estrategia Española de Seguridad en 2011 afirmaba que "Los límites entre la seguridad exterior y la interior se han difuminado. La seguridad hoy no se puede compartimentar, con amenazas y riesgos que se retroalimentan unos a otros y

⁴ Hay autores que sostienen que el problema no es afirmar la existencia de un derecho fundamental o un derecho humano a la seguridad, pues éste existe y debe ser reconocido, sino que lo cuestionable son las consecuencias – indebidas – que el poder extrae a partir de dicha afirmación para justificar injerencias excesivas en los derechos (Paredes Castañón). Es un tema complejo, en el que merece la pena profundizar, pero no es posible hacerlo en esta sede.

transcienden fronteras"⁵, y la vigente Estrategia de Seguridad Nacional adoptada en 2017 habla con toda claridad de un concepto integral de seguridad que incluye la defensa nacional y la seguridad pública:

"La Estrategia de Seguridad Nacional adopta una *visión integral de la seguridad*, entendida esta como servicio público objeto de una acción del Estado dirigida a proteger la libertad, los derechos y bienestar de los ciudadanos, a garantizar la defensa de España y sus principios y valores constitucionales, así como a contribuir junto a sus socios y aliados a la seguridad internacional en el cumplimiento de los compromisos acordados.

Son componentes fundamentales de la Seguridad Nacional la *Defensa Nacional, la Seguridad Pública y la Acción Exterior*, apoyados por los Servicios de Inteligencia e Información del Estado" (cursivas añadidas)"⁶

¿Qué problema añade esta circunstancia a lo que venimos comentado? La defensa nacional o la seguridad exterior del Estado funciona con parámetros distintos a los clásicos de la seguridad pública o seguridad ciudadana. Para empezar, no regula las relaciones entre ciudadanos de un mismo Estado con los mismos derechos y libertades, sino que protege a los ciudadanos de un Estado frente a amenazas del exterior. Funciona por tanto (y con todas las salvedades que se quiera) esencialmente con la lógica amigo-enemigo. Además, no se preocupa por el riesgo de comisión de delitos procedente de individuos o grupos particulares, que nacen por tanto de focos concretos, sino que analiza amenazas difusas, globales, y potencialmente de muy elevada gravedad (agresiones militares, conflictos armados), frente a las cuales la estrategia no consiste en reaccionar, porque cualquier reacción llegará demasiado tarde, sino que hay que prevenir. Es un concepto mucho más amplio y ambiguo que el tradicional entendimiento de la seguridad pública, y funciona con una acusada lógica de prevención y anticipación frente a las amenazas y los riesgos.

Bien puede ser que la seguridad interior o seguridad pública esté inextricablemente unida en nuestros días a riesgos procedentes del exterior, aunque no estoy segura de que ello haga necesario ese 'enfoque integral' o global que adoptan los Estados, justificándolo en consideraciones operativas y de eficacia; en todo caso, no es el propósito de estas líneas analizar esa evolución. Lo que sí me interesa poner de manifiesto es la inabarcable amplitud que alcanzaría un 'derecho fundamental a la seguridad', para quienes defienden que tal cosa existe, si nos damos cuenta del vastísimo contenido que el término 'seguridad' tiene en nuestros días. Es decir, si la seguridad se convierte (indebidamente, a mi juicio) en un derecho fundamental, del que emanan obligaciones positivas de tutela penal, podríamos llegar a entender: a) que el Estado está *a priori* obligado a actuar positivamente – también a través del Derecho penal – para protegernos frente a todas estas amenazas (exteriores e interiores, próximas y lejanas, concretas y difusas, etc. etc.), y b) que dicha protección no puede

⁵ GOBIERNO DE ESPAÑA: *Estrategia Española de Seguridad. Una responsabilidad de todos*, Madrid, 2011, p. 15 (accesible online en:

<http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/c06cac0047612e998806cb6dc6329423/EstrategiaEspañolaDeSeguridad.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=c06cac0047612e998806cb6dc6329423>)

⁶ GOBIERNO DE ESPAÑA: *Estrategia de Seguridad Nacional 2017*, Presidencia del Gobierno, España, p. 14. (accesible online en:

http://www.dsn.gob.es/sites/dsn/files/Estrategia_de_Seguridad_Nacional_ESN%20Final.pdf)

quedar por debajo de determinado umbral so pena de vulnerar el principio de proporcionalidad, entendido como prohibición de protección insuficiente de ese pretendido derecho fundamental a la seguridad (o de los demás derechos básicos que a través de éste se asegurarían). A mi juicio una construcción de este tipo es susceptible de proporcionar legitimidad a prácticamente cualesquiera restricciones de las libertades a través del *ius puniendi*, y tiene por tanto un enorme potencial para erosionar los ámbitos de libertad individual que tradicionalmente han garantizado los derechos fundamentales.

6. Consecuencias

La obligación de protección penalmente derechos humanos básicos, especialmente el derecho a la vida, se ha construido tanto en la doctrina de la CIDH como en la del TEDH sobre todo – aunque no sólo – en relación con supuestos de criminalidad grave directamente o indirectamente relacionada con el propio Estado: no investigación ni sanción eficaz de homicidios, torturas o desapariciones cometidos por agentes estatales, o por grupos que actuaban en connivencia con las fuerzas de seguridad; no investigación de delitos muy graves cometidos de manera sistemática contra minorías o grupos vulnerables; amnistías o perdones para prácticas calificables como terrorismo de Estado etc.

Pero una vez creada la idea de las obligaciones de tutela penal frente a crímenes graves que vulneran derechos fundamentales básicos, el Estado puede perfectamente decir que tiene no ya la facultad, sino la obligación, de aumentar el arsenal punitivo (sustantivo y procesal) como medio de protección de esos mismos derechos básicos, no solo frente a violaciones que provengan por acción o por pasividad deliberada del propio Estado, sino frente a crímenes graves de terceros, pues también estos pueden lesionar gravemente los derechos fundamentales (así ocurre con cualquier crimen violento grave: homicidios, asesinatos, violaciones, secuestros, etc.). Y dentro de la criminalidad grave destaca especialmente el terrorismo.

Aplicar la doctrina de las obligaciones positivas de tutela penal al terrorismo, como hemos visto que hace por ejemplo el documento de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos citado *supra*, es ciertamente paradójico, porque difícilmente puede afirmarse que los Estados (ningún Estado) estén haciendo dejación de sus funciones por lo que respecta a la represión penal de este fenómeno. Antes al contrario, ya desde las repuestas al terrorismo de las décadas de 1970 y 80, y más aún con todas las reformas penales que han ido acumulándose en los diversos países tras los atentados del 11 de septiembre y los demás atentados de corte yihadista que los han seguido, no queda prácticamente resquicio alguno relacionado con el terrorismo que no esté ya castigado en todos los códigos penales, y con penas muy graves. Por poner el ejemplo de España, se castigan por supuesto y con penas muy severas los atentados con fines terroristas, pero también la pertenencia y la colaboración en cualquier modo con cualquier organización o grupo terrorista, así como el enaltecimiento, el autoadoctrinamiento, la provocación, conspiración y proposición para cualquier delito de terrorismo, etc. E igualmente en el ámbito de la investigación judicial y en el del cumplimiento de las condenas relacionadas con este tipo de delincuencia, el Estado español ha mostrado un notable celo, hasta el punto de que

hemos sido reiteradamente condenados por el TEDH por no investigar suficientemente denuncias de torturas policiales sobre acusados por delitos de terrorismo, y por haber recurrido a vías no legítimas para aumentar el tiempo de cumplimiento de las penas ("doctrina Parot", caso Del Río Prada vs España, 2013).

En un ámbito entonces donde es ya difícil imaginar qué más podría castigarse o perseguirse, ¿qué sentido tiene la apelación a la necesidad de protección de los derechos fundamentales para justificar un mayor incremento de la extensión e intensidad de la respuesta penal? Pues, a mi juicio, conseguir que los derechos fundamentales dejen de poder ser esgrimidos como límite de la política antiterrorista, como defensa del ciudadano frente a este poder inmenso del Estado. En efecto, apelar a la necesidad de defender penalmente los derechos humanos en el marco de la lucha contra el terrorismo para justificar la necesidad de mayor intervención penal sirve en realidad para legitimar medidas que recortan tremendamente el alcance de esos mismos derechos: vigilancia masiva de comunicaciones; restricciones de la libertad a través de expulsiones, detenciones prologadas, internamientos preventivos; criminalización con penas graves de toda clase de actos preparatorios; limitación drástica de la libertad de expresión a través de la incriminación de la apología o el enaltecimiento etc. Y este efecto legitimador aumenta todavía más si se acepta considerar a la propia seguridad (de todos los derechos fundamentales) como un derecho fundamental que hay que proteger, a través del Derecho penal.

¿Cómo ha sido posible este 'salto', en apariencia paradójico, de unas obligaciones de tutela penal formuladas para un contexto muy diferente, hasta llegar a convertirse en legitimación del abuso del Derecho penal en la lucha contra el terrorismo? Considero que ello se explica, al menos en parte, por la manera en que está formulada la propia doctrina de las obligaciones de tutela penal. En primer lugar, es una doctrina construida de forma muy genérica: se ha establecido respecto a las violaciones muy graves de derechos humanos esenciales. Pero aunque en su inicio se estuviera pensando en la protección de colectivos vulnerables o minorías frente a la inacción o a la complicidad del Estado ante agresiones de terceros, es evidente que esa definición abarca cualquier supuesto de criminalidad grave, en absoluto relacionado con el apartado represivo del Estado (ni por acción, ni por omisión deliberada o tolerancia consciente), como asesinatos, violaciones, secuestros, etc. Lo que permite incluir, fácilmente, el terrorismo. Y en segundo lugar, las obligaciones de tutela penal están fundamentadas en consideraciones que son aplicables igualmente a cualquier supuesto de criminalidad grave, incluyendo el terrorismo: los argumentos de prevención general negativa ("la impunidad propicia la repetición de las conductas"), y la necesidad de reparación o satisfacción de la víctima o su derecho a ser oída, pueden esgrimirse con el mismo poder de convicción en estos casos.

En consecuencia, si se quisiera mantener esta doctrina, me parece necesario que sus partidarios elaboren una fundamentación más específica y mejor articulada tanto del origen de estas obligaciones como del alcance de las mismas, de manera que al menos se limite su aplicación a los supuestos para los que fueron pensadas, y se evite que sean instrumentalizadas por el Estado, no ya para no actuar, sino para justificar el abuso del Derecho penal e incrementar sin límites la intensidad de la coerción, particularmente en ámbitos como el terrorismo, y por tanto no en favor de los derechos humanos de colectivos vulnerables, sino en detrimento de los derechos fundamentales de libertad

de todos los ciudadanos. Es decir, para vulnerar los mismos derechos fundamentales que con la mencionada doctrina se pretenden proteger.

7. Consideraciones finales

De los derechos humanos derivan en mi opinión, desde luego, obligaciones positivas de tutela para los Estados, pero creo que sólo en muy pocos supuestos se trata de obligaciones de tutela *penal*. Y aun en los casos en que sí pudiera considerarse que existen estas últimas – cosa que, como acabo de subrayar, necesita en todo caso de una fundamentación más sólida que la que hasta ahora se ha ofrecido – estimo que no todas merecerían la misma valoración. Mientras que las obligaciones de investigar con diligencia los delitos denunciados caben sin problemas en los artículos de las Cartas de derechos que recogen el derecho a la tutela judicial efectiva, me suscitan muchas más dudas las obligaciones de criminalización, y especialmente las de necesaria aplicación de la pena y cumplimiento ineludible de la condena.

No se me escapa que la doctrina de las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales tiene aspectos muy atractivos. Por ejemplo, suscita sentimientos de solidaridad e identificación con quienes han sido víctimas de gravísimos atropellos desde los poderes del Estado, y también cuando éste deliberadamente omite intervenir o incluso dificulta las investigaciones en lugar de promoverlas. Sin embargo, ello no me parece suficiente para superar las objeciones que he ido señalando en las páginas anteriores, y otras críticas que también se han formulado, como por ejemplo el desprestigio que supone para los derechos humanos convertirlos en instrumentos del neopunitivismo imperante (así, Pastor 2005).

Hay no obstante una ventaja de la doctrina de las obligaciones positivas de tutela penal que merece una breve reflexión antes de finalizar. Gracias a ella los derechos humanos han recibido indudablemente un nuevo impulso: en lugar de quedarse como derechos sólo formales, en el papel de las constituciones y declaraciones internacionales, esta doctrina los revitaliza y amplía su eficacia, pues impone obligaciones crecientes a los poderes públicos y les exige responsabilidad en caso de incumplimiento. Y ello, qué duda cabe, es en principio una buena cosa. Sin embargo, también aquí me parece necesario un examen más cauteloso de la cuestión. Porque si bien la doctrina de las obligaciones de tutela penal pone el foco sobre la responsabilidad de los Estados por no proteger adecuadamente a los ciudadanos, a la vez desplaza ese foco, que no alumbraba otros incumplimientos ni otras responsabilidades.

Porque existen diversas maneras de conectar la protección de los derechos humanos y la seguridad. De hecho, existe otra concepción también ‘integral’ o ‘global’ de la seguridad, recogida en diversos documentos de las Naciones Unidas: la denominada “seguridad humana”, que subraya que la seguridad no consiste sólo en poder vivir libres del miedo a posibles agresiones, sino también libres del miedo a la miseria. Según esta perspectiva la seguridad humana y la seguridad nacional no son equivalentes, y la seguridad humana engloba el derecho de las personas a vivir en libertad y con dignidad, libres de la pobreza y la desesperación: “la seguridad humana reconoce la interrelación de la paz, el desarrollo y los derechos humanos, y tiene en cuenta igualmente los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales” (Faleh Pérez, 2017; la cita, extraída de la Resolución 66/290 de la Asamblea General, en la p. 81).

No es posible en esta sede profundizar en este otro significado de la seguridad, pero sí interesa destacar, siguiendo el hilo argumental con el que hemos comenzado este trabajo, que en materia de derechos sociales existen obligaciones positivas de protección consagradas al más alto nivel internacional (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966), que sin ninguna duda vinculan a los Estados, que sin embargo se incumplen de manera bastante generalizada, y las posibilidades de reacción de los ciudadanos frente a estos incumplimientos a través de reclamaciones judiciales son mínimas. Si estas obligaciones positivas se realizaran en mayor medida, conducirían a una mejora de las condiciones de seguridad de los ciudadanos a distintos niveles (económico, laboral, sanitario y educativo), y quizá incluso dificultarían las graves violaciones de los otros derechos humanos básicos frente a las que pretende reaccionarse (a mi modo de ver, indebidamente) con la doctrina de las obligaciones positivas de tutela penal. No deja de resultar llamativo, en mi opinión, que el éxito que están alcanzando a nivel internacional las obligaciones positivas de protección a cargo de los Estados no se haya producido en el ámbito de los derechos sociales, donde su existencia es indiscutible, y donde garantizarlas no recorta derechos de nadie, sino en el ámbito de los derechos civiles y políticos, y con especial incidencia en el Derecho penal, donde dichas obligaciones son extrañas, su fundamentación poco clara, y donde pugnan con otro tipo de derechos cuyo reconocimiento y garantía se ve amenazado si se quieren asegurar aquéllas.

Referencias bibliográficas

ALCOCEBA GIL, Juan Manuel: "Contraterrorismo en el siglo XXI: de "seguridad" a "defensa"", en MORENO CATENA / ARNÁIZ SERRANO (Dir.), *El Estado de derecho a prueba: seguridad, libertad y terrorismo*, Tirant lo Blanch, Valencia 2017

FALEH PÉREZ, Carmelo: "La seguridad humana en la práctica del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales", en *El derecho humano a la paz y la (in)seguridad humana. Contribuciones atlánticas*, Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos – Velasco Ediciones, 2017

GIL GIL, Alicia: "Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena", *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 4/2016

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis / FLORES JIMÉNEZ, Fernando: "Una metodología para el análisis de las amenazas a la seguridad, la evaluación de las respuestas y su impacto sobre los derechos fundamentales", *Cuadernos de estrategia*, Nº. 188, 2017 (Ejemplar dedicado a: Seguridad global y derechos fundamentales)

GÓRRIZ ROYO, Elena: "Contraterrorismo emergente a raíz de la reforma penal de LO 1/2019 de 20 de febrero y de la Directiva 2017/541/EU: ¿europeización del Derecho penal del enemigo?", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 22-0, 2020

HASSEMER, Winfried: "Zum Spannungsverhältnis von Freiheit und Sicherheit. Drei Thesen", *Vorgänge*, nº 159 (Heft 3/2002), pp. 10-15

ISENSEE, Josef: *Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*, Berlin, De Gruyter, 1983 (hay traducción al castellano de Juan Carlos Gemignani y Teresa Manso Porto: *El derecho constitucional a la seguridad: sobre*

los deberes de protección del Estado constitucional liberal, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2014)

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio: "El derecho a la libertad", en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER / CASAS BAAMONDE (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española. XL Aniversario*, BOE – Ministerio de Justicia – Wolters Kluwer, Madrid, 2018

LAZARUS, Liora: "Positive Obligations and Criminal Justice: Duties to Protect or Coerce?", en ZEDNER / ROBERTS (eds.), *Principles and Values in Criminal Law and Criminal Justice. Essays in Honour of Andrew Ashworth*, Oxford University Press, 2012

LAZARUS, Liora: "The Right to Security", en CRUFT / LIAO / RENZO (eds.), *Philosophical Foundations of Human Rights*, Oxford University Press, 2015

MARTÍNEZ GARAY, Lucía: "¿Seguridad jurídica o seguridad de los bienes jurídicos? Sobre el nuevo papel de los derechos fundamentales en el discurso jurídico-penal", en VIVES ANTÓN / CUERDA ARNAU / GÓRRIZ ROYO (eds.), *Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal (dos seminarios)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel: "Libertad, seguridad y delitos de amenazas", *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXIX, 2009.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel: "Terrorismo y antiterrorismo como estrategias político militares", en PÉREZ CEPEDA / RUIZ ARIAS (eds.), *El terrorismo en la actualidad: un nuevo enfoque político criminal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018

PASTOR, Daniel R.: "La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos", *Nueva Doctrina Penal*, nº 1, 2005

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: "Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la 'lucha contra la impunidad' y del 'derecho de la víctima al castigo del autor'", en GARCÍA-PABLOS DE MOLINA (Ed.), *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*, Comares, Granada, 2009

SIMON, Jonathan, *Gobernar a través del delito*, Gedisa, Barcelona, 2011

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen: "Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH", *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 3/2016

VIGANÓ, Francesco: "La arbitrariedad del no punir. Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales", *Política criminal*, Vol. 9, Nº 18, 2014