

LUCHA CONTRA EL TERRORISMO Y DERECHOS HUMANOS: APORÍAS DE UNA RELACIÓN

por NOÉ CORNAGO

Profesor Titular de Relaciones Internacionales
Universidad del País Vasco

Abstract

In the context of the new global fight against terrorism one of the most important concerns is that of the disputable compatibility of some exceptional counter-terrorist measures with the due protection of human rights. In spite of the cautionary voices raised by some important non-governmental institutions, such as Human Rights Watch or the International Commission of Jurists, ensuring respect for human rights in this context has proven to be a difficult task due to the frequent inclination, by the side of states, to accept, and even promote actively, some measures such as torture, arbitrary detention, or unfair trials, among many others, which overly defy existing international regulations in the human rights field. This article explores the aporetic dimensions of this reality and concludes that expectations for a full consistence of counter-terrorism policies with the human rights obligations is an important theoretical principle but one that, as result of the intrinsic imperfection of our existing States of Law and democratic political systems, will be impossible to experience actually.

Resumen

En el contexto de la nueva lucha global contra el terrorismo una de las cuestiones más preocupantes es la de la muy discutible compatibilidad de algunas medidas anti-terroristas con el debido respeto de los derechos humanos. A pesar de las expresiones de preocupación de organizaciones tales como Human Rights Watch o la Comisión internacional de Juristas, lo cierto es que asegurar el respeto de los derechos humanos en este contexto se ha revelado un objetivo muy difícil de lograr, debido a la inclinación por parte de los Estados a tolerar, e incluso a promover activamente, algunas medidas que como la comisión de la tortura, la detención arbitraria, o la celebración de juicios sin las debidas garantías, desafían abiertamente el régimen internacional de protección de los derechos humanos. El presente artículo explora las aporías que encierra este problema, y concluye que las expectativas de que la lucha contra el terrorismo pueda ser perfectamente consistente con el debido respeto de los derechos humanos es sin duda un principio teórico irrenunciable, pero que, dada la naturaleza imperfecta de nuestros Estados de derecho y nuestras democracias, muy difícilmente podemos experimentar en la práctica.

1.

Los organizadores de esta mesa redonda nos invitan a reflexionar sobre el enunciado «lucha contra el terrorismo y derechos humanos». Formulado de ese modo el tema propuesto parece interrogarnos no tanto sobre el fenómeno del terrorismo mismo, como sobre otra cuestión igualmente importante, aunque se diría que mucho más precisa, a saber: el modo en que la gramática y la pragmática de la lucha contra el terrorismo puedan vertebrarse, de manera digamos fluida, con aquella otra que da forma y sentido a la protección internacional de los derechos humanos. Sin embargo, la noción de terrorismo incluida en ese enunciado, sin mayor acotación empírica, resulta quizás demasiado imprecisa, dificultando ese esfuerzo de reflexión. Las formas del terrorismo son tan diversas, su etiología tan heterogénea, sus manifestaciones tan variadas, y sus pretendidas justificaciones tan dispares, que sin mayor concreción resulta ciertamente difícil centrar nuestra discusión. Con ocasión de afrontar un desafío similar en una reciente visita a Madrid, el actual Presidente de la Corte Internacional de Justicia, Hisashi Owada, haciendo gala del conocimiento y la elocuencia que corresponde a su importante responsabilidad, ha resumido el núcleo mismo de esa cuestión, formulada en términos genéricos, de una manera que nos parece irreprochable, en su elocuente sencillez. Aquí, nos dice, el desafío consiste en compatibilizar dos inquietudes que no deben ser excluyentes entre sí aunque en ocasiones lo puedan parecer. En palabras del Juez Owada:

«Al abordar la cuestión del terrorismo es importante recordar los dos aspectos en los que el Estado de Derecho es relevante en la cuestión del terrorismo: en primer lugar, la idea de que el Estado de Derecho debe prevalecer para proteger a la sociedad de atentados terroristas, tratando al terrorismo como un crimen, y, en segundo lugar, la idea de que el Estado de Derecho debe mantenerse estrictamente a la hora de explorar medidas antiterroristas efectivas»¹

Claro que una cosa es afirmar ese principio, de tan sencilla invocación, y otra muy distinta asegurar su aplicación en la práctica. Por un lado, y en contra de la impresión que se desprende del abordaje del problema que propone el Juez Owada, es bastante discutible que el Estado de Derecho, con sus garantías procedimentales y sustantivas, sea la forma más característica del Estado que conoce una buena parte de la población de nuestro planeta, lo cual es preciso tener bien presente cuando se contemplan las dimensiones internacionales del problema. Por otro, incluso los Estados de Derecho más caracterizados han dado numerosas muestras, tanto en el presente como en el pasado, de que no siempre se comportan como cabría esperar y correspondería a su naturaleza constitucional.² Desafortunadamente, en muchos

¹ Owada, H. *Terrorismo internacional y Estado de Derecho*, Discurso del Presidente de la Corte Internacional de Justicia en la apertura del Taller sobre la sociedad civil frente a las consecuencias del terrorismo, 15 de junio de 2009, Madrid. Disponible en: <http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/>

² Vid. Wilson, R. (ed) *Human Rights in the 'War on Terror'*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005 y Ramraj, R. et al (eds) *Global Anti-Terrorism Law and Policy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

casos la violación de los derechos humanos en la persecución del terrorismo es tan flagrante, que resulta indiscutible en razón de su violencia desproporcionada o arbitraria, o su desprecio de los derechos humanos, que su consideración rebasa el objeto de nuestra reflexión en esta mesa. Por lo tanto, partiendo del enunciado que se nos ha sugerido, y pese a la existencia indiscutible de obligaciones de derecho imperativo en materia de Derechos Humanos que afectarían a todos los Estados por igual,³ nos parece razonable centrar nuestra reflexión en aquellos casos en los que la existencia de un Estado de Derecho que se presenta como consolidado –ya sea, por ejemplo, Alemania, Italia, España, Reino Unido o Estados Unidos– parecería asegurar las condiciones mínimas de partida para una exigencia, la del respeto efectivo de los derechos humanos en la persecución del terrorismo, interno e internacional, que de otro modo –así por ejemplo en los casos de Pakistán, China, Egipto o Sudán–, resultaría, al menos formulada en esos términos, ilusoria. Claro que siempre quedarían otros muchos casos que no sería tan fácil ubicar.

La cuestión, en suma, se plantea de una manera especialmente compleja cuando afecta al Estado de Derecho, y de aquí surge una primera paradoja del problema sobre el que nos proponemos reflexionar. Pues es en la medida en que un Estado se presenta no bajo cualquier forma, sino como Estado de Derecho, que cabe ser más exigentes en su observancia del respeto de los derechos humanos en cualquier circunstancia, y de manera específica, en el caso de la lucha contra el terrorismo. Esa exigencia primordial no puede sin embargo quedarse en mera exigencia de principio, y darse luego por supuesta, sino que, en un verdadero Estado de Derecho, debería desplegar todo un sistema de celosa vigilancia, y mostrarse implacable en la exigencia del respeto escrupuloso de los derechos humanos. Además, dado que su propia naturaleza presupone la existencia de una sociedad civil activa, debe apoyarse no solamente en las instituciones formales de protección de derechos del Estado, sino también en la acción de denuncia de las asociaciones de defensa de derechos humanos, o de cualesquiera organizaciones que puedan representar, en todo su pluralismo, su realidad social. Eso es al menos lo que esperaría la tradición más respetable del liberalismo político de un Estado democrático y de derecho. No quiere decirse con esto que la exigencia de respeto de los derechos humanos en otros casos deba relajarse, sino que las condiciones fácticas en las que esta se configura son completamente diferentes, y el repertorio de medios que despliegue a la fuerza debe ser completamente otro. De igual modo que la violación de los derechos humanos adquiere formas características según las formas del Estado, también son radicalmente distintas las expectativas sociales que moviliza, dentro y fuera del estado afectado, la significación política que adquiere el problema, y las respuestas políticas que despierta. Aquí, en suma, nos guste o no, son inevitables los dobles raseros, tanto entre quienes dicen defender a ultranza de los derechos humanos como los de aquellos que están dispuestos a ignorar por completo su importancia, a la manera de algunos sangrientos dictadores, sin ningún asomo de vergüenza ni incomodidad.

³ Vid. Carrillo Salcedo, J.A. *Soberanía de los Estados y derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 2001.

2.

Así las cosas, y frente a las perspectiva que adopta el formalismo jurídico, ya sea en su vertiente positivista o en su expresión más idealista, nos atrevemos a señalar, desde la perspectiva del análisis político, que por encima de las disposiciones de los tratados, y de tantas otras previsiones que se desprenden del ordenamiento jurídico internacional, son las condiciones fácticas de cada Estado las que explican, en última instancia, las formas de reaccionar a la cuestión del terrorismo, tanto en el ámbito interno como internacional. Ciertamente, tales formas habrán de encontrar tarde o temprano alguna solución de compromiso con ese marco legal, pero el marco mismo, por si solo, difícilmente determinará por si solo la respuesta que el Estado pueda ofrecer. Generalmente sólo la podrá condicionar, y muy excepcionalmente limitar.

De este modo serán las condiciones fácticas de los Estados, en cuanto a la organización de su sistema político, la separación de poderes, la fortaleza de sus instituciones democráticas, o su desarrollo económico, las que prefigurarán en gran medida no sólo las formas e intensidad de las violaciones de derechos que resultarán características en cada caso, sino incluso, la reacción social que éstas puedan provocar, el ciclo de acontecimientos que pueda sucederse, e incluso las respuestas que el sistema político pueda ofrecer ante el desafío, unas veces sostenido en el tiempo, otras solamente ocasional, del terror. Es por ello, y no tanto por la fortaleza o la debilidad de sus sistemas de protección, que las violaciones de derechos humanos en los años ochenta en Guatemala y El Salvador, fueran estas cometidas por las fuerzas subversivas o por los órganos Estado mismo en sus políticas de represión, se parecían tanto entre sí. Al igual que se parecen hoy las que acontecen en Siria y Egipto, las que caracterizaron la lucha contra el terrorismo en Alemania e Italia, en décadas pasadas, y las que hoy puedan acontecer, por ejemplo, en Australia o Canadá. Es más, ese isomorfismo institucional entre Estados prefigura a su vez las expectativas de una cooperación internacional efectiva en materia de terrorismo, pues esta es siempre más compleja cuando mayor es la asimetría, o la diferencia política e institucional, entre aquellos que puedan verse ante el problema, o la necesidad, de cooperar. Un aspecto que viene a señalar también las razones del excepcionalismo de Estados Unidos en su peculiar *guerra contra el terror*.

Sin embargo, al considerar la relación entre terrorismo y Estado de Derecho conviene recordar, y aquí tenemos una nueva paradoja, que la idea moderna del terror y los derechos del hombre y el ciudadano nacieron de un mismo movimiento. Un movimiento revolucionario que al menos por un momento histórico creyó encontrar en el despliegue del terror no sólo un instrumento perfectamente válido de la política, sino un instrumento virtuoso, perfectamente compatible con la defensa a ultranza de los derechos del hombre que la Revolución Francesa, no sin graves convulsiones, vendría a alumbrar. Por lejanos que resulten esos antecedentes de nuestros actuales sistemas políticos democráticos lo cierto es que seguramente sin ese precedente histórico, así como sin el recuerdo de sus muchos epígonos, algunos todavía más sangrientos y desde luego mucho más recientes,

difícilmente habría catalizado jurídicamente la idea de que incluso en esos casos en los que por necesidad imperiosa algunos de los derechos humanos puedan quedar en suspenso –a la manera de las disposiciones derogatorias recogidas en los instrumentos de protección de los derechos humanos–, algunos otros no deberían suspenderse jamás. Claro que es ahí donde de nuevo vuelven a colisionar la lógica jurídica inspirada en un compromiso de defensa a ultranza de los derechos humanos, como bien primordial a proteger, y aquella otra, que amparándose en la *legítima defensa* para los efectos del derecho internacional, el *estado de excepción* para el derecho constitucional, o en el *derecho del enemigo* en el caso del derecho penal, no vacila, por el contrario, en subordinar la protección de aquél bien a un objetivo –por ejemplo, la *seguridad nacional*, que se presenta como de importancia mayor.⁴ De la primera inquietud puede encontrarse una elocuente ilustración en la importante declaración elaborada en 2004 por la Comisión Internacional de Juristas en la que vino en señalar los principios que los Estados deberían siempre respetar en su combate contra el terrorismo, y que dada su interés hemos incluido como anexo a esta breve contribución. De la segunda, bastaría con examinar los argumentos que dieron forma en Estados Unidos a la adopción de la controvertida *Patriot Act*, así como a las siniestras implicaciones que su aplicación práctica ha podido tener.⁵ Expresando su inquietud sobre este problema el Juez Owada ha señalado aquí la pregunta fundamental:

«¿Hasta qué punto pueden permitirse tales suspensiones? ¿Dónde establecer el límite? Si el objetivo que buscamos en la lucha antiterrorista es proteger a la sociedad de las consecuencias del terrorismo, la supresión de derechos humanos fundamentales de individuos en la sociedad, incluso con el propósito de combatir el terrorismo, puede caer en un contrasentido si se permite sin una extrema cautela. Sólo esta extrema precaución ofrecería una solución válida cuando se trata de hacer frente a la amenaza que supone el terrorismo. En mi opinión, las medidas que se adoptan para luchar contra el terrorismo podrían ser en última instancia contraproducentes si desembocan en la negación total del principio básico del Estado de Derecho, así como la negación de la protección de los derechos humanos fundamentales como ingrediente esencial del Estado de Derecho.»⁶

Pero aquí de nuevo estamos hablando de la cristalización jurídica de un principio. Algo que solo se relaciona indirectamente, y desde luego no necesariamente,

⁴ Una perspectiva crítica sobre el alcance de ese problema en cada uno de esos tres ámbitos del derecho nos la ofrecen, respectivamente, Sánchez Rodríguez, L.I. «Una cara oscura del Derecho Internacional: legítima defensa y terrorismo internacional», en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2002*, UPV-EHU, 2003, pp. 217-266; Fitzpatrick, P. y Joyce, R. «The normality of the exception in democracy's empire». *Journal of Law and Society*, vol. 34, n°1, 2007, pp. 65-76; y Muñoz Conde, F.J. ¿Es el Derecho penal internacional un «Derecho penal del enemigo»? en *Revista penal*, n° 21, 2008, pp. 93-102.

⁵ Vid. Zulaika, J. y Douglass, W. A. (2004) «Imperio sin ley: Guantánamo, Patriot Act y Abu Ghraib», en Beriain, J. (ed.) *Modernidad y violencia colectiva*, Pamplona, Razquin, pages. 343-353.

⁶ Owada, op. cit. p.5.

con su aseguramiento fáctico, tal y como viene poniendo de manifiesto la práctica internacional de los Estados, en sus formas abiertas o encubiertas de la lucha contra el terrorismo, y conocen muy bien los especialistas. Al menos eso es lo que se desprende del examen de la ingente bibliografía publicada en los últimos años sobre la cuestión que nos ocupa y en la que las expresiones de preocupación por cuestiones tales como la legislación discriminatoria, la detención indebida, la suspensión del *habeas corpus*, la violación de las garantías procesales, la comisión de torturas, la ausencia de tutela judicial efectiva, la extradición sin garantías, se multiplican, tal y como señaló con preocupación la Comisión Internacional de Juristas en el documento mencionado en el párrafo anterior, y que dado su interés nos permitimos reproducir aquí:

«Desde septiembre de 2001 muchos Estados han adoptado nuevas medidas contra el terrorismo que contravienen sus obligaciones internacionales. En algunos países, el clima de inseguridad post-septiembre de 2001 ha sido explotado con el propósito de justificar violaciones a los derechos humanos cometidas desde hace tiempo en nombre de la seguridad nacional. Al adoptar medidas orientadas a eliminar los actos de terrorismo, los Estados deben observar estrictamente los principios del estado de derecho –incluyendo los principios generales del derecho penal y del derecho internacional– y las normas y obligaciones específicas del derecho internacional de los derechos humanos, del derecho de los refugiados y, cuando sea aplicable, del derecho humanitario. Estos principios, normas y obligaciones definen los límites permisibles y legítimos de la acción estatal contra el terrorismo. La naturaleza odiosa de los actos terroristas no puede servir como base o pretexto a los Estados para desconocer sus obligaciones internacionales, en particular en cuanto a la protección de los derechos humanos fundamentales. Un dominante discurso fuertemente orientado hacia la seguridad promueve el sacrificio de los derechos y libertades fundamentales en el nombre de la erradicación del terrorismo. No existe conflicto entre el deber de los Estados de proteger los derechos de las personas amenazadas por el terrorismo y su responsabilidad de garantizar que la protección de la seguridad no menoscabe otros derechos. Por el contrario, tanto la salvaguarda de las personas contra actos terroristas, como el respeto a los derechos humanos forman parte de una red de protección que le corresponde al Estado asegurar. Tanto el derecho contemporáneo de los derechos humanos, como el derecho humanitario, otorgan a los Estados un margen de flexibilidad razonablemente amplio para combatir el terrorismo sin contravenir las obligaciones jurídicas de derecho humanos y humanitarias. Los esfuerzos internacionales y nacionales encaminados a la realización de los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales de todas las personas sin discriminación, y que apuntan a hacer frente a la exclusión política, económica y social, son en sí mismos herramientas esenciales para la prevención y erradicación del terrorismo.»⁷

⁷ Vid. Comisión Internacional de Juristas «Declaración sobre la defensa de los derechos humanos y el estado de derecho en la lucha contra el terrorismo» de 2004. Tales inquietudes se han visto confirmadas después en el informe: *Assessing Damage: Urging Action: An initiative of the International*

Sin embargo, al abordar ese problema no podemos adoptar una posición ingenua. Aunque podamos reconocer que el respeto de los derechos de humanos en la lucha contra el terrorismo es una preocupación fundamental de los Estados, al menos en la medida en que afecta de manera muy significativa a su legitimidad política y a su reputación internacional, no es desde luego la principal de sus inquietudes. No en vano, es interesante recordar que los numerosos convenios internacionales contra el terrorismo sólo excepcionalmente se refieren a ello, señalando en su lugar objetivos tan dispares como el aseguramiento de la navegación aérea o marítima, o la persecución del blanqueo de dinero. En realidad, el respeto de los derechos humanos aparece siempre como una constricción, asumida en el mejor de los casos como una carga de la que el Estado puede mostrarse orgulloso, pero sobre las que siempre cabe hacer algunas precisiones, tanto en cuanto afecta a sus precisiones jurídicas, como sobre todo, a sus implicaciones operativas.

De este modo, constreñidos por sus propios compromisos en materia de derechos humanos los Estados acaban encontrando en las definiciones expansivas del terrorismo y en el recurso a la legislación especial la mejor manera más operativa de responder. Así ocurrió en décadas pasadas en Alemania e Italia, o España, y de manera todavía más notoria en el Reino Unido y en los Estados Unidos. Además, ese tipo de legislaciones especiales que se presentaban como excepcionales han acabado estabilizadas, formando una suerte de régimen que si bien sigue siendo especial tiene ahora vocación de durabilidad. Esa pretensión sin embargo compromete en gran medida su legitimidad. Retrospectivamente, es como si nuestros sistemas políticos hubieran sobreestimado su capacidad de observar los compromisos que asumieron en materia de derechos humanos, y a la vez subestimado el celo con el que algunos sectores de la sociedad civil especialmente concienciados y activos, a la manera de Amnistía Internacional o Human Rights Watch, se mostrarían como vigilantes implacables en la denuncia de las violaciones que los Estados pudieran cometer.

Pero incluso cuando la preocupación por los derechos humanos pasa al primer plano el Estado de derecho se encuentra aquí con una importante dificultad. Los mecanismos internacionales de protección de derechos humanos no fueron diseñados para la persecución del terrorismo cometido por organizaciones criminales por lo que resulta inevitable su relativa incapacidad para afrontar los desafíos que plantea. Con la excepción de algunos ámbitos, tales como los crímenes contra la humanidad, y algunos aspectos de jurisdicción universal, el derecho internacional de los derechos humanos está, en general, mucho mejor equipado para constreñir las respuestas de los Estados al terrorismo que para controlar la conducta de los terroristas. Así las cosas, el derecho penal interno y la cooperación penal internacional siguen siendo las herramientas preferidas por los Estados, siempre recelosos de su soberanía, en la lucha contra el terrorismo a nivel internacional. Pero ese principio de eficacia, tan importante para los Estados, no es garantía en modo alguno de un respeto efectivo de los derechos humanos. Por el contrario, cuánto mayor es la

discrecionalidad que el Estado retiene menores son las garantías de respeto de los derechos humanos en un ámbito tan especial como el de la lucha contra el terrorismo. Por ello, seguramente, al reflexionar sobre este problema el Juez Owada concluye:

«La internacionalización del terrorismo ya no se puede tratar adecuadamente con respuestas meramente nacionales basadas en la definición tradicional de terrorismo como un delito dentro del ámbito del sistema jurídico penal de un Estado-nación; el terrorismo global requiere respuestas globales basadas en la consideración del orden público internacional de la comunidad internacional con su imperativo irrenunciable del respeto a los derechos humanos fundamentales de los individuos como parte de la justicia universal de esta comunidad.»⁸

Pese a su innegable consistencia las palabras del Juez Owada son sin embargo de difícil aplicación. A la imposibilidad de un consenso pleno sobre lo que el terrorismo pueda ser, dada la complejidad y heterogeneidad de su etiología, objetivos y manifestaciones, se unen otras muchas controversias entre los especialistas que no dejan de sorprender al profano y que revelan que incluso en su términos estrictamente jurídicos la cuestión del terrorismo es particularmente espinosa. Surge así la controversia entre aquellos que defienden que el terrorismo debe ser considerado como una forma de violación de los derechos humanos, y en ocasiones, crimen contra la humanidad incluso, que vendría a finalizar con el monopolio del Estado en esa desgraciada materia y quienes proponen entenderlo como crímenes comunes que han de ser juzgados por los tribunales nacionales. Entre quienes sugieren la necesidad de mantener la lucha contra el terrorismo despolitizada, como si se tratara de una forma de crimen asimilable a cualquier otra, y quienes prefieren subrayar su vertiente política, desplazando su consideración al campo semántico de un nuevo derecho de la guerra. Entre quienes insisten en comprenderlo como un desafío a los Estados y aquellos que ven en él un instrumento del Estado también.⁹

3.

Así las cosas, y pese al importante compromiso de los juristas, resulta muy difícil abordar la problemática del terrorismo con las categorías del derecho,¹⁰ a menos que se acepte que la lógica del terror tiene la propiedad de exacerbar las contradicciones que nuestros sistemas de protección de derechos humanos puedan mostrar, cuando por obra del terrorismo, y de su reacción, el contraterrorismo, la

⁸ Owada, op. cit. p.7.

⁹ Para un muy instructivo contraste de enfoques sobre este problema cfr. Alcalde, J. «Derechos humanos y terrorismo: límite, fundamento y solución», en Soroeta, J. (ed.) *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. 5, Bilbao, UPV/EHU, 2005, pp. 11-48 y Jiménez García, F. «Derecho Internacional Penal y terrorismo: historia de una relación incapaz de materializarse estatutariamente», en Soroeta, J. (ed.) *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. 6, Bilbao, UPV/EHU, 2006, pp. 303-348.

¹⁰ Al respect vid.: Fitzpatrick, J. «Speaking Law to Power: The War Against Terrorism and Human Rights», *European Journal of International Law*, vol. 14, n°2, 2003, pp. 241-264.

situación se tensiona, y nuestros sistemas políticos democráticos, pese a sus pretensiones virtuosas, acaban por mostrar que el Estado de Derecho sólo existe de manera imperfecta, y nunca como realización plena, ni «sustantiva ni institucional»,¹¹ de su descripción formal.

Pues no en vano, en su persecución del terrorismo, los Estados, o por decirlo con propiedad los gobiernos, órganos judiciales, y cuerpos de seguridad, siempre intentan establecer la delimitación precisa del espacio donde pueda converger la restricción de derechos y libertades admisible en términos jurídicos, la necesaria legitimación social, y su esperada funcionalidad en el plano operativo de la lucha contra el terrorismo. Pero su interpretación tiende a ser siempre extensiva y por ello implica a menudo la adopción de algunas medidas de carácter excepcional que a menudo resultan controvertidas. Se ha sugerido incluso que en esas situaciones extremas se produce una inversión, y la defensa primordial de los derechos humanos parece desplazarse hacia la defensa de un orden público para cuyo disfrute sería condición, aunque su aseguramiento implique, paradójicamente, su limitación.¹² Por ello precisamente es en el momento de establecer las implicaciones sobre los derechos humanos de esas medidas donde la controversia surge con especial rotundidad. Cuándo está se mantiene en términos jurídicos dentro de un sistema institucionalizado de administración de justicia se diría que la controversia se resuelve, en última instancia, por la autoridad de la decisión, preferiblemente unánime, de un órgano judicial. Pero incluso en esos casos la controversia no queda resuelta. Más bien se reformula, pues las partes en conflicto sostienen invariablemente entendimientos tan dispares del problema que, cualquiera que sea el resultado que nos ofrezca la sentencia en cuestión, rara vez se reconoce desautorizada. Surge así una pugna por la legitimidad de la que el Estado no puede disponer a su antojo, pues escapa a su capacidad asegurar que toda la población habrá de adherirse, en conciencia y sin desacuerdos, a los fundamentos de la comunidad política. De este modo, se diría, cuánto más exigente sea el Estado de Derecho en la adhesión plena a sus principios, y por así decirlo, mayor identidad con sus fundamentos exija, mayor determinación tendrán en su rechazo quienes quieran expresar en razón de sus convicciones más profundas, por dogmáticas e irracionales que estas puedan parecer, su desacuerdo radical. Llegado este punto, y frente a los extremos que el nuevo pensamiento post-humanista gusta explorar,¹³ Habermas nos ofrece una muy elaborada reflexión, que describe un panorama complicado para el Estado de Derecho, pero en el que éste todavía no habría quedado privado de su razón de ser, y que conviene recordar aquí:

¹¹ Un acercamiento al tema en Von Schorlemer, S. «Human Rights: Substantive and Institutional Implications of the War on Terror». *European Journal of International Law* vol. 14, n°2, 2003, pp. 265-282.

¹² Una presentación clásica sobre la genealogía de ese problema puede encontrarse en Hinkelammert F.J., «La inversión de los derechos humanos: el caso de John Locke» en Herrera, J. (ed). (2000) *El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica de la razón liberal*, Bilbao, Desclee de Brouwer, pp. 79-113.

¹³ Vid. respectivamente. Badiou, A. *L'Ethique, essai sur la conscience du mal*, Paris, Hatier, 1994 y Ranciere, J. *La mesentente: politique et philosophie*, Paris, Galilee, 1995.

«El surgimiento de la legitimidad a partir de la legalidad sólo puede aparecer como paradoja a partir de la premisa de que al sistema jurídico hubiera que representárselo como un proceso circular que retorna recursivamente sobre sí mismo y se legitima a sí mismo. A esto se opone ya la evidencia de que las instituciones jurídicas de la libertad decaen y se arruinan sin las iniciativas de una población adecuada a la libertad. La espontaneidad de esta población no es algo que precisamente el derecho pueda forzar. Se regenera a partir de tradiciones que mantengan vivo el sentido de la libertad y que promuevan el ejercicio de la libertad, y se mantiene vivo en el tejido asociativo de una cultura política liberal (...) La comprensión del sistema de derechos se dirige hacia ambos lados. Por una parte la carga de la legitimación de la producción del derecho se desplaza y no se hace recaer tanto sobre las cualificaciones o virtudes de los ciudadanos como sobre los procedimientos jurídicamente institucionalizados de formación de la opinión y la voluntad comunes. Por otra parte, la juridificación de la libertad comunicativa significa también que el derecho ha de abrirse a fuentes de legitimación de las que no puede disponer a voluntad.»¹⁴

Si esa articulación entre legalidad y legitimidad es siempre compleja, forzosamente lo será todavía mucho más en aquellos ámbitos en los que el Estado de derecho debe vérselas ante lo que se presenta como su impugnación, aunque frente a ello no pueda renunciar a lo que dice ser. Esa misma inquietud es sin duda la misma que alienta al TEDH en la producción de su reciente sentencia de 30 de Junio de 2009 referida a la ilegalización de partidos políticos en España en el contexto de la lucha contra el terrorismo. Sentencia que lejos de sacrificar la seguridad la libertad y la justicia, como sus críticos reprochan, habría venido más bien a delimitar «un territorio democrático de mínimos, una reglas de juego imperativas, a modo de frontera, que no cabe superar, a riesgo, en caso contrario de quedarse fuera del propio marco democrático por parte de quienes desprecian tales bases mínimas de convivencia democrática.»¹⁵ Claro que al proceder de ese modo la sentencia no resuelve el conflicto en sus dimensiones propiamente políticas, sólo lo reformula, modificando los términos del discurso, y los posicionamientos tácticos, en una contienda política que tarde o temprano, con mayor o menor intensidad, reapercerá.

Pues para quien se sitúa en oposición frontal a lo instituido, una sentencia adversa difícilmente modificará su convicción. Muy al contrario, seguramente la reforzará. Pues el recurso a la violencia es antes que nada la expresión de una impotencia, por rotunda y sangrienta que esta sea. Quienes asumen orgullosos su convicción terrorista tienen en la exacerbación de esas contradicciones que a menudo atenazan al Estado uno de sus mejores incentivos. La represión indiscriminada por parte del Estado reforzará sin duda la cohesión entre sus partidarios, aunque estos disminuyan, y su determinación en el uso de la violencia como único recurso.

¹⁴ Habermas, J. *Facitividad y validez: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 1998, p. 197.

¹⁵ Vid. Álvarez, J.J. «TEDH/Ley de Partidos: cuenta atrás de un proceso irreversible...», en *Noticias de Alava*, 6 de Julio de 2009, disponible en <http://www2.noticiasdealava.com/edicione/>

Pero si el Estado flaquea en su combate, les dejará abierto un espacio de impunidad que el terrorista ocupará rápidamente con nuevas y más espectaculares acciones. Lo más difícil para el Estado de Derecho es no verse desplazado de su misión, pero dado su carácter imperfecto, difícilmente podrá sustraerse a las inercias que le conducen en una u otra dirección. Después de todo, quizás sea este el verdadero objetivo del terrorismo. Su más temible habilidad.

Organizado como una red invisible de activistas dogmáticos que viven intensamente su militancia, dispuestos a consagrar su vida en comprometer la de los demás, persuadidos de la grandeza de su misión. Decididos a poner en entredicho, con desconcertante eficacia, la confortable sensación de seguridad en que vivimos los demás. Orgullosos en sus limitaciones, sabedores de que nunca logrará la victoria que anuncia como segura pero también de que nadie podrá infringirle nunca, por su propia naturaleza post-militar, una derrota final. El terrorismo, en su inabarcable generalidad, es un desafío internacional que el Estado de Derecho realmente existente, con todas sus limitaciones, difícilmente puede ganar. Tal sería la aporía que encierra el enunciado que quisiera asegurar la compatibilidad de la lucha contra el terrorismo y derechos humanos. Una compatibilidad perfecta que podemos imaginar en teoría, pero que en la práctica siempre resultará imposible experimentar. Claro que esta comprensión digamos epistémica de la situación no puede llevarnos a cerrar los ojos, ignorando el desafío ético que se plantea, negando la tragedia que encierra el terrorismo, ni a aceptar en modo alguno las deformaciones del Estado de Derecho que la lucha contra el terrorismo mismo pueda peligrosamente producir.¹⁶

¹⁶ Sobre la articulación siempre compleja de esas tres dimensiones del terror y el contra-terror vid. Der Derian, J. «Imaging terror: logos, pathos and ethos», *Third World Quarterly*, vol. 26, nº1, 2007, pp. 23-37.

Anexo 1: **Principios de la Comisión Internacional de Juristas (CIJ) que los Estados deben cumplir al combatir el terrorismo**

1. Deber de Proteger: Todos los Estados tienen la obligación de respetar y garantizar los derechos y libertades fundamentales de las personas sujetas a su jurisdicción, lo que incluye cualquier territorio bajo su ocupación o control. Los Estados deben tomar medidas para proteger estas personas contra actos terroristas. Para tal efecto, las medidas antiterroristas siempre deben ser tomadas en el marco del estricto respeto a los principios de legalidad, necesidad, proporcionalidad y no discriminación.

2. Judicatura Independiente: En el desarrollo e implementación de las medidas antiterroristas, los Estados tienen la obligación de garantizar la independencia de la judicatura y su competencia en materia de control de las medidas estatales. Los gobiernos no deben interferir con los procesos judiciales o socavar la integridad de las decisiones judiciales, las cuales deben acatar.

3. Principios de Derecho Penal: Los Estados deben evitar abusar de las medidas antiterroristas, garantizando que las personas sospechosas de estar involucradas en actos terroristas sean acusadas únicamente de delitos definidos de forma estricta y precisa por la ley, en conformidad con el principio de legalidad (*nullum crimen sine lege*). Los Estados no pueden aplicar la ley penal retroactivamente. No pueden criminalizar el ejercicio legal de los derechos y libertades fundamentales. La responsabilidad penal por actos de terrorismo debe ser individual y no colectiva. En el combate contra el terrorismo, los Estados deben aplicar y, cuando sea necesario, adaptar las leyes penales existentes, en lugar de crear nuevos delitos, definidos de una forma muy general, o de recurrir a medidas administrativas extremas, especialmente las que involucren privación de la libertad.

4. Derogaciones: Los Estados no deben suspender derechos que conforme el derecho de los tratados o el derecho consuetudinario son no derogables. Los Estados deben garantizar que cualquier derogación de un derecho sujeto a suspensión durante tiempos de emergencia sea temporal, estrictamente necesaria y proporcional a la amenaza específica a la que pretende hacer frente y no entrañe discriminación por motivos de raza, color, género, orientación sexual, religión, idioma, opinión política o de otra índole, origen nacional, social o étnico, situación económica, nacimiento o cualquier otra condición.

5. Normas perentorias: Los Estados deben observar en todo momento y en toda circunstancia la prohibición contra la tortura y tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Los actos en contravención de ésta y otras normas perentorias del derecho internacional de los derechos humanos, incluyendo las ejecuciones extrajudiciales y las desapariciones forzadas, no pueden nunca ser justificados. Cuando dichos actos ocurran, deben ser investigados de una forma efectiva y sin demora, y aquellos responsables de su comisión deben ser llevados rápidamente ante la justicia.

6. Privación de la libertad: Los Estados no pueden mantener detenida a una persona secretamente o incomunicada y deben mantener un registro de todos los detenidos. Deben proporcionar a todas las personas privadas de libertad, donde quiera que se encuentren detenidas, un acceso rápido a sus abogados, a los miembros de su familia y al personal médico. Los Estados tienen el deber de garantizar que los detenidos sean informados de las razones de su detención y de los cargos y evidencia en su contra y de que sean presentados prontamente ante los tribunales. En todo tiempo y circunstancia, todos los detenidos tienen el derecho a un habeas corpus o a procedimientos judiciales equivalentes para impugnar la legalidad de su detención. La detención administrativa debe ser una medida excepcional, estrictamente limitada en tiempo y sujeta a supervisión judicial frecuente y periódica.

7. Juicio Justo: Los Estados deben garantizar, en todo tiempo y circunstancia, que los presuntos delincuentes sean juzgados sólo por tribunales independientes e imparciales establecidos por ley y que cuenten con todas las garantías de un juicio justo, incluyendo la presunción de inocencia, el derecho a examinar y controvertir las pruebas, el derecho de defensa -especialmente el derecho a una asesoría jurídica efectiva- y el derecho de apelación judicial. Los Estados deben garantizar que los civiles acusados sean investigados por autoridades civiles y juzgados por tribunales civiles y no por tribunales militares. Las pruebas obtenidas mediante la tortura u otros medios que constituyan violaciones graves a los derechos humanos contra un acusado o un tercero, nunca son admisibles y no pueden ser utilizadas en un proceso. Los jueces encargados de juzgar y los abogados defensores de los acusados de crímenes terroristas, deben poder desempeñar sus funciones profesionales libres de intimidación, obstáculos, acoso o interferencias indebidas.

8. Derechos y Libertades Fundamentales: En la implementación de medidas antiterroristas, los Estados deben respetar y salvaguardar los derechos y libertades fundamentales, incluyendo la libertad de expresión, religión, conciencia o creencia, de asociación y de reunión, y el ejercicio pacífico del derecho a la autodeterminación; así como el derecho a la privacidad, que es de especial preocupación en la esfera de la recolección y diseminación de información de inteligencia. Toda restricción a los derechos y libertades fundamentales debe ser necesaria y proporcional.

9. Recursos y Reparaciones: Los Estados deben garantizar que cualquier persona afectada de forma adversa por medidas antiterroristas estatales o por los actos de un actor no estatal, cuya conducta es apoyada o tolerada por el Estado, disponga de un recurso efectivo y pueda obtener reparación efectiva y que los responsables de violaciones graves a los derechos humanos sean justiciables ante un tribunal de justicia. Una autoridad independiente debe ser facultada para supervisar las medidas antiterroristas.

10. No Devolución: Los Estados no pueden expulsar, devolver, transferir o extraditar a una persona sospechosa o condenada por actos terroristas a un Estado donde exista el riesgo real de que la persona pueda ser sometida a graves violaciones a los derechos humanos, incluyendo torturas o penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, desaparición forzada, ejecución extrajudicial, o un juicio manifiestamente injusto, o ser sujeto a pena de muerte.

11. Complementariedad del Derecho Humanitario: En tiempos de conflicto armado y situaciones de ocupación, los Estados deben aplicar y respetar las reglas y principios tanto del derecho humanitario internacional, como del derecho internacional de los derechos humanos. Estos regímenes jurídicos son complementarios y se refuerzan mutuamente.

Fuente: «Declaración sobre la defensa de los derechos humanos y el estado de derecho en la lucha contra el terrorismo»(CIJ: 2004)

