

Stefan Huster  
Ernesto Garzón Valdés  
Fernando Molina

*Terrorismo y Derechos  
Fundamentales*





**Presidente**

Ernesto Garzón Valdés

**Secretario**

Antonio Pau

**Secretario Adjunto**

Ricardo García Manrique

**Patronos**

María José Añón

Manuel Atienza

Francisco José Bastida

Paloma Biglino

Pedro Cruz Villalón

Jesús González Pérez

Liborio L. Hierro

Antonio Manuel Morales

Celestino Pardo

Juan José Pretel

Carmen Tomás y Valiente

Fernando Vallespín

Juan Antonio Xiol

**Gerente**

M<sup>a</sup> Isabel de la Iglesia

*Terrorismo y Derechos  
Fundamentales*



Stefan Huster  
Ernesto Garzón Valdés  
Fernando Molina

*Terrorismo y Derechos  
Fundamentales*



FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO  
MADRID

© 2010 FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

© Stefan Huster, Ernesto Garzón Valdés y Fernando Molina

I.S.B.N. : 978-84-613-8160-9

Depósito Legal: M-5709-2010

Imprime: J. SAN JOSÉ, S.A.

Manuel Tovar, 10

28034 Madrid

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

## ÍNDICE

TERRORISMO Y DERECHOS FUNDAMENTALES ( <i>Stefan Huster</i> ) .....	9
I.- Introducción.....	9
II.- La nueva normalidad del derecho de la seguridad en la sociedad del riesgo .....	12
III.- ¿La amenaza terrorista como un estado de emergencia? .....	24
IV.- Conclusión .....	28
EL TERRORISMO POLÍTICO NO INSTITUCIONAL ( <i>Ernesto Garzón Valdés</i> ) .....	33
TERRORISMO Y DERECHOS FUNDAMENTALES: LA PERSPECTIVA PENAL ( <i>Fernando Molina Fernández</i> ) .....	73

I.- Introducción: el nuevo terrorismo frente a la criminalidad clásica ....	73
II.- ¿Estamos ante una situación nueva? .....	76
III.- ¿Por qué surge la percepción de que algo ha cambiado hasta el punto de requerir la renun- cia o preterición de algunas de las clásicas garantías del Estado de Derecho? .....	86
IV. - La respuesta jurídica frente a situaciones excepcionales .....	93
V.- Justificación y estado de necesidad: ¿podría justificarse la tortura en casos excepcionales? ...	102

# TERRORISMO Y DERECHOS FUNDAMENTALES<sup>1</sup>

*Stefan HUSTER\**

## I. Introducción: Respuestas al 11 de septiembre y el Estado (constitucional) fundado en el imperio de la ley

Como consecuencia de las respuestas que se dieron a los ataques del 11 de septiembre de 2001 y a los sufridos posteriormente, muchos observadores han mostrado su preocupación por que los Estados constitucionales liberales occidentales corran el peligro de sacrificar sus principios constitucionales básicos en la “lucha” –o incluso “guerra”– contra el terrorismo.

Por ejemplo, en Alemania, inmediatamente después de los ataques a Nueva York, se aprobaron apresuradamente dos proyectos de ley antiterrorista en el año 2001. Estos proyectos de ley abren la posibilidad de grandes restricciones a las libertades civiles, así como de medidas de vigilancia. A estas leyes segui-

---

<sup>1</sup>/\* Traducción de Ana Colomer Segura.

rían otras, que particularmente darían a los organismos gubernamentales la posibilidad de recopilar datos. Algunas de estas leyes y proyectos de ley han sido finalmente bloqueados por el Tribunal Constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht*). Esto ha sucedido con el Proyecto alemán de Ley de Seguridad Aérea (*Luftsicherheitsgesetz*), que habría permitido por primera vez al Ministerio de Defensa ordenar a las fuerzas armadas que disparasen contra aviones de pasajeros, en caso de que existiesen amenazas de utilización de las aeronaves contra las vidas de otros seres humanos. En los debates sobre política jurídica, se han propuesto otras reformas drásticas. Por ejemplo, de acuerdo con la opinión más extendida, debería permitirse, en particular, el despliegue de las Fuerzas Armadas de Alemania (*Bundeswehr*), en defensa de la seguridad interior; de esta forma, la distinción entre actuación policial y militar quedaría, en parte, obsoleta. Incluso se considera la posibilidad de permitir legalmente el uso de la tortura en casos de amenaza contra la vida. Todo lo anterior queda, sin embargo, superado por los poderes especiales que la “Ley Patriótica de los EEUU” ha otorgado a las autoridades estadounidenses, bajo la impresión inmediata de los ataques del 11 de septiembre.

Estos acontecimientos resultan problemáticos, pero no porque la relación inevitablemente tensa entre libertad y seguridad pueda, en algunos casos, desembocar en una reducción de las libertades civiles. Esto es posible y ha sucedido una y otra vez, véase en los albores de la lucha contra el terrorismo de izquierdas en los 70 en algunos países europeos. Después del shock sufrido por las sociedades occidentales que resultó de los ataques del 11 de septiembre, apenas puede sorprendernos que el tema de la seguridad esté en boga en este momento, mientras que las libertades civiles estén perdiendo terreno. Los problemas reales tienen raíces más profundas: la estructura de la nueva amenaza terrorista es tal que las salvaguardas constitucionales tradicionales corren peligro de verse minadas. Resumiendo, esto se debe al hecho de que el nuevo terrorismo no es (sólo) un peligro concreto, sino (también) un peligro difuso y que, además, percibimos esta amenaza como una especie de estado de emergencia. De esta forma, se unen dos elementos que se encuentran en estrecha conexión: por una parte, tenemos la nueva “normalidad” del derecho de la seguridad en una sociedad del riesgo y, por otra, está el hecho de que los fundamentos constitucionales se están viendo desafiados por una situación aparentemente excepcional, es decir, similar a una emergencia. De esta forma, nos vemos tentados a contemplar

–resumiendo una vez más– el estado de emergencia como la normalidad y a orientar el derecho hacia esta “nueva normalidad”. Las incómodas consecuencias que este enfoque puede tener para una comunidad liberal son difíciles de evitar, porque ninguno de los dos elementos nos es ajeno, sino que, como vamos a demostrar, ambos son elementos intrínsecos de la historia del Estado constitucional moderno.

## II. La nueva normalidad del derecho de la seguridad en la sociedad del riesgo

### 1. La expansión de la responsabilidad del Estado en aras de la seguridad pública

La aparición del Estado y la evolución de sus funciones pueden, en general, reconstruirse a partir de la relación entre libertad y seguridad.

#### a) El Estado constitucional liberal

Esta evolución se inició, sin duda, con la garantía de la seguridad. La aparición del Estado territorial moderno es una respuesta a las guerras civiles confesionales de los inicios de los tiempos modernos. El final de dichas guerras exigía una autoridad central a quien conferir el monopolio del poder. Los primeros teóricos de la soberanía –Bodino y, en

especial, Hobbes– han descrito en sentido figurado esta evolución como un contrato, en virtud del cual los ciudadanos se someten a este poder para así recibir seguridad y protección, y a fin de superar el estado natural de inseguridad, la guerra de todos contra todos. Incluso hoy en día, esta intención es relevante y fundamental a la hora de legitimar el poder de las autoridades del Estado, “La seguridad del Estado como poder constitucional de paz y orden y la seguridad que este Estado debe proporcionar a sus ciudadanos son valores constitucionales iguales a otros en rango e indispensables porque el Estado como institución deriva de ellos su justificación”.

Pero pronto hubo que poner freno al poder absolutista, con el fin de evitar una limitación excesiva y paternalista de las libertades civiles y sociales. Era el turno del Estado constitucional: las actividades del Estado fueron sometidas a la ley, tanto desde el punto de vista formal (con base en la ley o proyecto de ley, que tenía que ser acordado por los representantes de la sociedad) como material (con base en las libertades civiles). La relación entre libertad y seguridad ha sido definida claramente en el sentido del principio constitucional de distribución: una restricción de las libertades por parte de las autoridades del Estado únicamente estaba permitida cuando, y en la medida en que, fuese necesaria para la

protección de estas libertades frente a las violaciones llevadas a cabo por terceros, es decir, con el fin de salvaguardar la seguridad.

b) El Estado de bienestar

La idea sobre la que se basa el modelo liberal, a saber, que las autoridades del Estado únicamente actúan con el fin de proteger de los ataques violentos, mientras que la sociedad liberal se autorregula en todas las restantes materias en aras del bienestar de todos, comenzó a mostrarse inapropiada tardíamente con el empobrecimiento masivo de los comienzos de la era industrial. De esta forma, el Estado ya no podía abdicar de su responsabilidad de proporcionar también las condiciones previas materiales que permitiesen hacer uso de los derechos civiles, salvaguardando así no sólo la seguridad interior sino, en cierta medida, también una seguridad social.

Sin embargo, esta evolución hacia un Estado social y de bienestar trae consigo una tremenda expansión de responsabilidades y ámbitos de actuación de las autoridades del Estado, lo cual supone a su vez cambios en los fundamentos constitucionales clásicos, como han enfatizado particularmente los críticos alemanes de esta evolución. La libertad de intervención del Estado se ha transformado considerablemente en libertad para participar

en, y beneficiarse de, los servicios sociales básicos del Estado. Las posibilidades de intervención del Estado que se han creado de esta forma y la dependencia de los ciudadanos hacia el Estado han llevado a una nueva materialización del concepto de Estado constitucional.

### c) El Estado preventivo

Esta expansión de las responsabilidades del Estado en aras de la seguridad pública está adquiriendo una nueva calidad en las sociedades industriales altamente complejas, globalizadas y tendentes a rupturas. Debido a la posible dimensión de los daños y debido a la complejidad de los vínculos, en este tipo de sociedades no es suficiente simplemente con reaccionar ante los peligros existentes; estos peligros deben, más bien, prevenirse de antemano. De ahí que, en la sociedad moderna, el término “riesgo” se esté convirtiendo en un concepto clave, mientras que el concepto de “precaución” o de “prevención” determina la responsabilidad del Estado con respecto a la seguridad de sus ciudadanos.

Al principio, este llamado Estado preventivo evoluciona en los ámbitos del derecho medioambiental y tecnológico, es decir, en ámbitos en los que la complejidad y los posibles daños son incontestables. Este campo del

derecho es el primero en abordar la cuestión del potencial riesgo constitucional de esta evolución. Se postula el evitar, incluso, los riesgos derivados del desarrollo científico, técnico y económico. Sin embargo, en una situación en la que no se conoce ni el origen exacto de estos peligros ni quiénes los originan, esta demanda exige a las autoridades del Estado que controlen y supervisen totalmente a la sociedad. De esta forma, las autoridades del Estado solicitarán la autorización para controlar incluso aquellas conductas y actitudes de sus ciudadanos que no sean en absoluto sospechosas.

## 2. La amenaza terrorista como un problema de riesgo

### a) La estructura de la amenaza terrorista

La nueva amenaza terrorista agrava esta tendencia, porque tiene una estructura que nos recuerda más a los riesgos técnicos importantes que a las formas habituales de delito. A continuación se indican cinco observaciones a este respecto:

(1) La amenaza es, en gran medida, *no individualizada*. Incluso a diferencia de las amenazas terroristas de los años 70, que podían asociarse a personas individuales (“la banda Baader-Meinhof”), la nueva amenaza

únicamente puede ser descrita como una “red de terrorismo”, cuyos miembros no son visibles en absoluto hasta que comienzan sus sangrientas actividades y que, por este motivo, son adecuadamente descritos como “durmientes”.

(2) La amenaza *no puede localizarse*, ya que nos enfrentamos a una red “internacional”. Como si se tratase de una emisión tóxica, la amenaza terrorista puede golpear a sus enemigos en cualquier parte y puede cruzar todas las fronteras.

(3) *Las dimensiones de los daños* causados por el terrorismo pueden compararse a las de los accidentes industriales graves. Al menos tal y como lo percibe el público, no existen actos criminales singulares y selectivos, sino sucesos similares a catástrofes. El derribo de las Torres Gemelas de Nueva York fue una demostración simbólica de ello, y esto será también aplicable, más incluso, a los ataques potenciales contra centrales nucleares o al uso de armas atómicas, químicas y bacteriológicas.

(4) Frente a la delincuencia normal, que se esfuerza en conseguir un beneficio propio, los miembros de las redes terroristas actuales *no se intimidan ante ninguna amenaza de condena por parte de las autoridades estata-*

*les*. En particular, el asesino suicida no se ve afectado por el efecto disuasorio de un castigo por parte del Estado. En consecuencia, su conducta no sólo es irracional –medida conforme a los criterios habituales– sino que, por ello, es tan incalculable como los desastres naturales. En particular, esta observación puede llevar a la conclusión de que las amenazas terroristas no pueden combatirse mediante la represión, sino sólo mediante la prevención.

(5) La amenaza terrorista tiene un *carácter sistémico*, que no se debe exclusivamente a su estructura de red. La amenaza terrorista no va en interés de ningún grupo social excluido que pudiera luchar contra la (supuesta) injusticia del orden político gobernante, sino que pretende atacar directamente al propio orden e incluso a la forma de vida occidental en su conjunto. A diferencia del terrorismo clásico, para esta nueva manifestación, el modo de actuación preferido no es el asesinato por motivaciones políticas, dirigido contra los dirigentes que toman las decisiones o contra las elites sociales, sino que prefiere la muerte de ciudadanos corrientes. La nueva manifestación es el asesinato a gran escala que puede, y pretende, afectar a todo el mundo –como un desastre natural–, porque todos los miembros de la sociedad participan de la forma de vida que ellos aborrecen. Este

carácter difuso de la amenaza agrava el sentimiento de inseguridad y despierta en la población el deseo de aceptar limitaciones excesivas de los derechos civiles con el fin de permitir al Estado que actúe con determinación.

b) La traslación del concepto de prevención del riesgo al derecho de la seguridad interna

Resumiendo estas observaciones, nos encontramos con que la forma actual de terrorismo es una amenaza que no se puede identificar claramente ni con personas ni con lugares, con unas dimensiones de daños desconocidas hasta el momento y contra la que sólo se puede hacer frente mediante la prevención, y no la represión. Finalmente, presenta un carácter difuso y sistémico. El nuevo terrorismo tiene estas características en común con los grandes riesgos técnicos y, de esta forma, apoya la tendencia de transferir el concepto de prevención de riesgos del derecho medioambiental y de la tecnología al derecho de la seguridad interna, que es un campo constitucional muy sensible. Esta tendencia era claramente visible de antemano: durante bastante tiempo, el interés no sólo en luchar contra el delito, sino en prevenirlo, ha sido la característica fundamental de la legislación actual y del discurso de la política de seguridad.

Esta evolución, a la que se está dando un enorme estímulo como consecuencia de la actual amenaza terrorista, está desencadenando una serie de problemas constitucionales.

(1) El Estado constitucional se caracteriza por códigos claros de conducta y por la garantía de la seguridad jurídica, que permite a los ciudadanos *mantener al Estado a distancia mientras muestre una conducta que cumpla con los estándares*. Este principio ya no es aplicable al Estado preventivo. En éste, cualquier ciudadano constituye un riesgo potencial y, en consecuencia, puede ser objeto de supervisión y control por parte del Estado. Como demuestra el fenómeno de los denominados “durmientes”, una forma de vida no sospechosa puede despertar especiales sospechas.

(2) Además, el Estado constitucional se caracteriza por contentarse con una conducta por parte de sus ciudadanos que cumpla los estándares y por no preocuparse de su vida privada, de sus actitudes. En términos clásicos, esto se expresa en la *distinción entre legalidad y moralidad* de Kant. Frente a esto, el Estado preventivo se orienta a detectar y luchar contra cualquier actitud que sea “hostil frente a la ley”, incluso antes de que esta actitud se materialice en actos de imprevisibles consecuencias. Esto conduce a una tras-

lación de la política de seguridad a un ámbito cercano al de las opiniones de los ciudadanos, lo cual es constitucionalmente problemático. La legislación alemana posterior al 11 de septiembre ha mitigado, por ejemplo, la prohibición de organizaciones religiosas dirigidas contra el orden constitucional o contra la idea del entendimiento internacional. Este enfoque puede no ser crítico como tal, pero muestra la tendencia de la política jurídica a no limitarse a reaccionar frente al incumplimiento de los estándares de conducta, sino cada vez más a tener acceso a la propagación de los respectivos pensamientos, lo cual es siempre muy delicado en el contexto de un orden democrático que se basa en la libertad de opinión y en el proceso de toma de decisiones.

(3) El principio de *igualdad de todos los ciudadanos* –sea cual sea su origen o sus creencias religiosas– es uno de los logros constitucionales que se expresa en la práctica totalidad de las declaraciones de derechos fundamentales, bajo la forma de los respectivos principios de no discriminación. Frente a él, el carácter difuso de la amenaza terrorista casi está pidiendo a las autoridades encargadas de la seguridad que hagan uso de tales criterios, por ejemplo, en la denominada investigación *dragnet*. Las investigaciones se centran en el “grupo de riesgo” de los ciuda-

danos de creencias islámicas y origen árabe. La intimidada mayoría de la gente aceptará fácilmente el carácter discriminatorio de este enfoque –por ejemplo, en redadas en mezquitas con el fin de identificar a los visitantes, como recientemente se ha hecho en Alemania en varias ocasiones–, ya que es muy improbable que ellos mismos sean objeto de estas medidas. La supervisión con el fin de prevenir el riesgo –que tiene que vincularse a criterios estereotípicos– también corre el peligro de socavar el imperativo de la igualdad cívica, sin citar los efectos políticos de esta sospecha generalizada sobre las respectivas comunidades.

(4) Antes que nada, la prevención del riesgo y la precaución frente al mismo tienen por finalidad el *adquirir información*. Las autoridades encargadas de la seguridad tienen que intentar saber, con la mayor antelación posible, cuándo y dónde se planean los ataques terroristas, e incluso dónde existe un medio social cuyos miembros sean propensos a ese tipo de actividades. Esto conduce al deseo de poder controlar a los ciudadanos de la forma más amplia posible, por ejemplo, mediante la denominada investigación *dragnet* o el método de supervisión de área de las comunicaciones. De esta forma, la demanda de seguridad cuestiona duramente la justificación de los fundamentos constitucionales de

protección de datos e inviolabilidad de la intimidad.

(5) En el Estado constitucional, siempre ha sido necesario correlacionar libertad y seguridad. La herramienta clásica de la correlación es el *principio de proporcionalidad*, que puede encontrarse en todos los ordenamientos constitucionales. De acuerdo con dicho principio, las intervenciones del Estado en las libertades de sus ciudadanos únicamente están autorizadas en la medida en que sean adecuadas, necesarias y apropiadas para protegerlos de peligros. Sin embargo, una condición previa para un control judicial efectivo del principio de proporcionalidad es que el respectivo objeto de protección sea conocido de forma precisa, de manera que se pueda relacionar con la correspondiente intervención en las libertades civiles. Pero difícilmente esto es posible en el actual debate sobre la seguridad, y puede constituir un problema constitucional de suma importancia. Al no tratarse de la defensa contra un peligro concreto, sino contra un riesgo abstracto al que no se le puede dar claramente un nombre ni asociar individualmente, pero cuyas dimensiones son incluso más amenazadoras, no existe una medida para comprobar y controlar la proporcionalidad. La garantía de la seguridad será entonces un término sin sustancia, que no podrá ser disciplinado desde

el punto de vista constitucional sin ser definido de una forma precisa.

III. ¿La amenaza terrorista como un estado de emergencia?

1. La percepción de la amenaza

La “normalidad” de las leyes relativas a la seguridad en la sociedad del riesgo y su traslación al área de la seguridad interior constituye un problema constitucional del que es consecuencia el siguiente: la nueva amenaza terrorista a menudo se percibe como una situación próxima a una emergencia, como una amenaza existencial contra la sociedad. Esto no se debe únicamente al carácter difuso de dicha amenaza, que puede afectar a todo el mundo en cualquier momento, ni tampoco a las hasta ahora impensables dimensiones de los daños. La intención declarada del nuevo terrorismo resulta también importante.

El terrorismo europeo de izquierdas de los años 70 trataba de provocar. Con sus ataques, los terroristas querían provocar al sistema político para que tuviese una reacción exagerada e histérica y, de esta forma, desenmascarar su auténtica cara como Estado policial y de vigilancia dispuesto a desafiar los derechos civiles. De forma muy distinta, el terrorismo actual trata de demostrar la escualidez moral

y la indefensión de la forma de vida occidental, así como la superioridad de su propia ideología. En esta situación de ataque generalizado a la propia forma de vida –a la “libertad”– resulta comprensible e incluso racional que las sociedades occidentales no permitan que las intimiden y quieran demostrar fortaleza y decisión. No obstante, esta misma actitud genera el peligro de que se consideren en situación de emergencia –especialmente cuando se enfrentan a agresores que son extremadamente hostiles contra el Estado– y en consecuencia, no van a mostrarse muy exigentes a la hora de seleccionar los medios de protección. La idea de encontrarse en un estado de emergencia o algo peor no es ajena a la teoría del gobierno. La aparición y la justificación del Estado nación moderno es consecuencia de una situación excepcional, a saber, las guerras civiles confesionales. Desde Hobbes a Carl Schmitt, ha constituido una estrategia argumental común para justificar los poderes de las autoridades del Estado –que en este caso eran de muy largo alcance– a partir de esta situación excepcional.

## 2. El ejemplo, la obtención forzada de declaraciones

En la literatura judicial alemana, para el caso de la denominada “bomba que hace tic-tac” (un terrorista ha depositado una bomba

atómica en una ciudad importante y no dice dónde se encuentra), se estudia la legalidad de la denominada “*tortura de rescate*” *de lege lata* (de ley vigente), o –considerando que la situación jurídica es claramente contraria a tal propuesta– al menos *de lege ferenda* (de ley a establecer). Este caso tan espectacular demuestra claramente cómo los límites constitucionales que hasta ahora habían sido considerados indiscutibles –por ejemplo, la prohibición de la tortura– se ponen en cuestión mediante la elaboración de escenarios de catástrofes reales o ficticios, ya que entonces la interpretación de la ley o las exigencias de la política legal se orientan a hacer frente a aquellos escenarios.

Indudablemente, uno tiene que ser un deontólogo convencido para negarse a mostrar cierta comprensión hacia las autoridades investigadoras que no quieren tratar a los terroristas detenidos con demasiada benevolencia, cuando se enfrentan a una situación en la que miles de personas inocentes se ven amenazadas de muerte. Pero la cuestión es si esta clase de actitud *moral* ante un caso extremo debe llevarnos a relativizar la prohibición *legal* general de la tortura. La experiencia –por ejemplo, de Israel o, recientemente, de las Fuerzas Armadas estadounidenses en Irak– de permitir métodos para forzar una declaración (incluso aunque estén estrictamente prohibidos)

tamente limitados) demuestra que esta puerta se abrirá de par en par si aquí la dejamos entreabierta. Necesariamente, la ley se mantiene vaga y general y siempre deja lugar a decisiones, interpretaciones y juicios. Sería muy sorprendente, dada la posibilidad de llevar a cabo investigaciones con éxito, que esta clase de métodos pudieran limitarse y controlarse con claridad. “Los casos difíciles hacen malas leyes” y, por tanto, es muy elogiabile el mantener vigente la prohibición de la tortura sin ninguna excepción.

Hay que reconocer que este resultado no puede satisfacer en las situaciones excepcionales expuestas. No obstante, esta debilidad no puede remediarse comprometiendo a la ley, sino admitiendo que no todo “peor caso” puede resolverse legalmente sin dañar al ordenamiento jurídico en su núcleo esencial. Si la bomba está verdaderamente haciendo tic-tac, tenemos que confiar en que “pueda haber alguien que –bajo la impresión de una situación tan excepcional– esté dispuesto a hacer lo que se precisa y a hacer un sacrificio personal”. Los teóricos clásicos del Estado siempre supieron que podían existir situaciones que no podían regirse por la ley. El ejemplo paradigmático es el del derecho de los ciudadanos a la resistencia: al final de su segundo tratado sobre el gobierno, John Locke, el gran teórico de la normalidad constitucio-

nal, únicamente pudo declarar con resignación que, en este caso de violencia entre seres humanos en que no se acepte un juez mundano, únicamente se podría apelar al Cielo y que, entonces, todo el mundo juzgase por sí mismo si deseaba hacerlo.

#### IV. Conclusión. Seguridad en el Estado constitucional

Es incuestionable que el Estado constitucional es responsable de la seguridad de sus ciudadanos. Y tampoco cabe ninguna duda de que, en momentos de graves amenazas contra esta seguridad, como en el caso de los ataques terroristas, puede resultar admisible que el poder del Estado adopte otras medidas. Sin embargo, al mismo tiempo tenemos que tener cuidado de que la combinación de la histeria ante situaciones excepcionales con la necesidad de una seguridad total no abra de par en par todas las compuertas constitucionales, lo que modificaría también el carácter de la sociedad liberal de forma imperceptible, pero fundamental. ¿Cómo podemos mantener este equilibrio? Finalizo con cinco consideraciones a este respecto:

(1) Con el fin de prevenir un ejercicio cuasi automático de poderes políticos de largo alcance en materia de seguridad acordados bajo la impresión de una amenaza actual,

podría resultar razonable *establecer a priori un límite de tiempo* para el otorgamiento legal de esos poderes. La validez de partes esenciales de la Ley alemana de Lucha contra el Terrorismo (*Terrorismusbekämpfungsgesetz*) ya ha sido limitada a cinco años.

(2) Resulta esencial que se adopten medidas *que no desemboquen en una intervención directa sobre las libertades civiles*. Con este espíritu, para combatir el terrorismo internacional, debe hacerse mucho hincapié en la mejora de la cooperación internacional, y europea en particular, entre autoridades encargadas de la seguridad.

(3) La presión para alcanzar el éxito a que están sometidas las autoridades políticas y de seguridad implica el peligro de que las competencias y responsabilidades existentes se interpreten de forma excesivamente amplia, e incluso que se transgredan. Por ello, tiene que existir la posibilidad ordinaria del *control judicial*, en la medida en que éste sea compatible con las respectivas medidas. Esto no sólo tiene una importancia fundamental en interés de los individuos respectivamente afectados, sino que también sirve, en general, para disciplinar constitucionalmente las actuaciones del Estado.

(4) A efectos de justificar la intervención en las libertades civiles, *deberán especificarse de la forma más exacta posible los intereses relacionados con la seguridad y las amenazas contra los mismos*. La seguridad no debe convertirse en un término vago que sirva para dar cobertura y justificación a una legislación que no esté relacionada con problemas fácticos, sino que se mantenga en un plano meramente simbólico. Puesto que este peligro no puede descartarse, debe evitarse el generalizar las cargas de responsabilidad del Estado con respecto a la seguridad de sus ciudadanos –por ejemplo, con un “derecho fundamental a la seguridad” o mediante la elaboración de una obligación constitucional de protección de largo alcance–, ya que esto puede destruir el equilibrio entre libertad y seguridad.

(5) Finalmente, tenemos que recordar que el *concepto de seguridad* no describe ninguna situación claramente definida. En muchos aspectos, este concepto es más bien una construcción social que depende de nuestra percepción de la realidad. Por ejemplo, todavía es mucho más probable ser víctima de un accidente de tráfico que de un ataque terrorista. Sin embargo, a pesar de este hecho, el terrorismo crea una percepción de amenaza mucho mayor. Este hecho resulta explosivo desde el punto de vista político, porque la percepción y el sentimiento de seguridad de la

gente y su confianza en la garantía de seguridad del Estado son decisivamente significativos a efectos de la legitimación política. De ahí que tengan su propio peso y dinámica y que el Estado no deba mantenerse neutral ante ellos.

Al mismo tiempo, esta percepción de la seguridad exige una reflexión crítica, con el fin de no perder la conexión con las situaciones reales. A este respecto, el Estado que garantiza la seguridad depende de un funcionamiento público democrático que “purifique” la necesidad de seguridad de los ciudadanos y nos salvaguarde de ser presas del pánico y de la histeria. El derecho, por sí solo, no nos lo puede proporcionar; sólo puede garantizar que va a continuar siendo posible un debate público libre y diferenciado.



# EL TERRORISMO POLÍTICO NO INSTITUCIONAL

Una propuesta de definición

*Ernesto GARZÓN VALDÉS*

El terrorista actual no tiene rostro, no  
tiene nombre.  
Es un fantasma que un día se entrena  
como mecánico,  
aprende a manejar un Boeing, sube con  
un cortapapeles  
a un vuelo comercial y cambia la histo-  
ria del mundo.  
Carlos Fuentes<sup>1</sup>

0. Thomas C. Schelling, en un artículo sobre terrorismo internacional, publicado en 1991, afirmaba:

No es muy claro que la actividad terrorista sea muy significativa por lo que respecta al miedo y la ansiedad que provoca. Rabia y frustración, sí; drama y diversión, por cierto; pero pocas ve-

---

<sup>1</sup> "La muerte de un sueño de poder" en *El País* del 23 de septiembre de 2001.

ces pánico y comportamiento motivado por miedo, ansiedad o consideraciones prudenciales.<sup>2</sup>

Después del 11 de septiembre de 2001, esta frase resulta trágicamente falsa. Pocos hechos de la historia de los últimos 50 años han tenido un efecto universal tan conmovedor y provocado reacciones tan serias y de consecuencias de tan largo alcance como los de la destrucción de las Torres Gemelas en Nueva York y el ataque al Pentágono en Washington. Universal ha sido también su calificación como expresión criminal del terrorismo internacional. Sin embargo, la reacción unánime de desconcierto y espanto<sup>3</sup> no se no se corresponde con una interpretación única de las causas de estos hechos, de las estrategias adecuadas para evitar su reiteración y, mucho menos, existe consenso acerca de cómo definir el

---

<sup>2</sup> Thomas C. Schelling, "What purposes can 'international terrorism' serve?" en R. G. Frey y Christopher W. Morris, *Violence, terrorism and justice* (eds.), Cambridge: University Press 1991, págs. 18-32, págs. 19 s.

<sup>3</sup> En 1987 Eric Morris y Alan Hoe (*Terrorism. Threat and Response*, Londres: Macmillan, pág. 28), formularon una trágica profecía: "Probablemente en los Estados Unidos hay extremistas islámicos durmientes (*sleepers*), esperando el toque de clarín para iniciar la guerra santa con actos de terrorismo." Lo que posiblemente no imaginaron fue la magnitud de la tragedia y habrán compartido el desconcierto y el espanto.

terrorismo. Esto último no puede sorprender si se tiene en cuenta que ya en 1988 la literatura especializada registraba 109 definiciones diferentes de terrorismo político.<sup>4</sup> Mientras tanto su número es probablemente mucho mayor.

Si tal es la situación, podría pensarse que todo nuevo intento de definir el terrorismo político es o bien una reiteración inútil de lo ya sabido o bien un vano ejercicio teórico<sup>5</sup> que sólo sirve para aumentar la confusión. Vistas así las cosas parecería que lo mejor es callar. Sin embargo, dado que se trata de la definición de una figura delictiva, es decir, de precisar las condiciones que deben darse para su condena y sanción, la cuestión no es puramente teórica sino que tiene consecuencias prácticas de enorme relevancia. Por otra parte, cabe recordar que no toda reiteración es inútil. La insistencia en precisar el núcleo de

---

<sup>4</sup> Véase Alex P. Schmidt y Albert I. Jongman et al., *Political Terrorism*, SWIDOC, Amsterdam and Transaction Books, 1988, pág. 5, citado según Boaz Ganor, "Defining Terrorism" (The International Policy Institute for Counterterrorism - [www.ict.org.il](http://www.ict.org.il)).

<sup>5</sup> Ésta es la opinión, por ejemplo, de Walter Laqueur (*Terrorismus*, Kronberg/Ts.: Athenäum 1977, pág. 78): "Con gran probabilidad puede predecirse que la polémica acerca de una definición amplia y detallada del terrorismo habrá de prolongarse por un largo tiempo, que no conducirá a ningún consenso y no aportará nada digno de ser tenido en cuenta para la comprensión del terrorismo."

denotación de una palabra que designa una actividad signada por una gran carga emotiva puede servir para dilucidar los límites de su significado y, como los contextos cambian, puede también suceder que lo supuestamente conocido sea visto entonces desde una óptica diferente.

En lo que sigue, animado por la sensata intención de no ser excesivamente reiterativo y de contribuir a la discusión de un fenómeno político calamitoso que habrá de condicionar nuestra existencia cotidiana en un largo trecho de la historia que nos tocará vivir, me interesa proponer una definición del terrorismo político no institucional.

1. En una primera aproximación, podría sugerirse la siguiente definición de terrorismo en sentido amplio:

D<sub>1</sub>:

*El terrorismo es un método o una forma de comportamiento capaz de provocar en un grupo social o en la sociedad en general el temor generalizado, con miras a obtener un objetivo mediato, cualquiera que éste sea.*<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> En este sentido amplio de terrorismo, es posible hablar también de "terrorismo familiar o doméstico", por

Por lo pronto, es importante subrayar que el terrorismo es un método o un modo de comportamiento. Consiste precisamente en la realización de un acto o una actividad cuyo resultado intencionado es la creación de un estado psicológico de temor generalizado. En este sentido, podría decirse que existe una relación intrínseca o *lógica* entre terrorismo y la obtención de este determinado estado psicológico; cuando este último no se produce, no cabe hablar de terrorismo. En cambio, las motivaciones u objetivos que conducen al uso de este método están extrínseca o *causalmente* vinculados con el terrorismo. Ellos pueden ser de variada naturaleza: políticos, religio-

---

ejemplo, cuando un padre impone indiscriminadamente "castigos" o daños a miembros de su familia con miras a acrecentar su autoridad infundiendo el temor en los miembros del núcleo familiar. La esposa de un colega de la Universidad de Berlín me contó hace unos años que en cada comida ella y sus dos hijas se preguntaban "¿a quién le tocará hoy?" haciendo referencia a las recriminaciones infundadas con las que el *pater familiae* intentaba reforzar su poder doméstico. También existe, por ejemplo, el terrorismo burocrático del jefe de oficina que "castiga" a sus empleados sin otra razón que su cambiante humor y la necesidad de compensar sus frustraciones (véase al respecto, Grant Wardlaw, *Political Terrorism. Theory, tactics, and counter-measures*, Cambridge: University Press, 2ª edición 1989, pág. 9). Si el "pater" y el "jefe" hubieran leído a Maquiavelo (*Discorsi sulla prima deca di Tito Livio*, III, I) se habrían sentido confirmados en sus estrategias de aterrorizar para asegurar su poder doméstico u oficinesco.

sos, económicos o sociales. Su eventual plausibilidad, al igual que el éxito o fracaso en la obtención de los objetivos perseguidos, no altera en absoluto el carácter terrorista del comportamiento en cuestión. Pero son relevantes en la medida en que el método terrorista es utilizado justamente como medio para lograrlos. El acto o la actividad terrorista cumplen una función instrumental con respecto a esos objetivos que, a su vez, son invocados para explicar o hasta justificar el terrorismo. Lo que está en juego aquí es su supuesta eficacia y la alegada existencia de situaciones y fines cuya relevancia sería tal que 'santificarían' el medio empleado. Sobre la dimensión instrumental del terrorismo volveré más adelante.

De acuerdo con esta definición, terrorista es toda persona o institución que recurre a este método. Cuando es utilizado con fines políticos, cabe hablar de terrorismo político. El uso institucional del método terrorista con fines políticos, suele ser llamado "terrorismo de Estado". Llamaré "terrorismo no institucional" al que es utilizado por individuos o grupos no gubernamentales.

2. Si el resultado obtenido, es decir, el temor generalizado, es lo que define al comportamiento terrorista, éste ha de ser de una naturaleza tal que sea apto para generarlo.

Tiene, por lo pronto, que implicar un daño; sólo tememos lo que nos puede dañar. Nadie 'teme' recibir un premio o un beneficio. Todo daño implica la privación o la destrucción violenta de algún bien en contra de la voluntad de quien lo posee. Muchas de las acciones y omisiones de las personas están motivadas por el temor de recibir un daño en caso de actuar u omitir de forma tal que se creen las condiciones necesarias y suficientes para sufrirlo. Toda regla de convivencia tiende a reducir la desorientación social, delimitando, justa o injustamente, el ámbito de lo permitido y lo prohibido. La amenaza<sup>7</sup> y aplicación condicionada de un daño es la forma predilecta de la regulación del comportamiento social; podría así hablarse también de un temor generalizado ante la aplicación de una sanción jurídica. Pero este tipo de daño es evitable, y quien lo evita con su comportamiento conforme a las reglas imperantes (aquí es irrelevante el que sean justas o injustas) sabe que no cae

---

<sup>7</sup> La amenaza de un daño infunde temor cuando se sabe que quien la formula tiene la suficiente capacidad como para hacerla efectiva. Esto vale tanto para la amenaza de una sanción como para la amenaza terrorista. Por ello, tiene razón Jan Narveson ("Terrorism and morality" en R. G. Frey y Christopher W. Morris (eds.), op. cit., págs. 116-169, págs. 116 s.) cuando afirma que el terrorismo consiste "no sólo en la realización directa de actos violentos sino también en la *amenaza* de su realización."

dentro de la categoría de las personas 'dañables'. En cambio, dado que la amenaza terrorista es una amenaza *incondicionada*, la víctima potencial del acto terrorista carece de pautas seguras cuyo cumplimiento podría garantizarle su seguridad. Se convierte en un ser desorientado y, por ende, amedrentado: "En el proceso de terror, nadie puede estar seguro [...]. Cualquiera puede ser una víctima, sin que importe la acción que elija."<sup>8</sup> El terrorista asume la posición de un soberano inescrutable que, al manejar la violencia con intencionada discrecionalidad, promueve en la sociedad una actitud de alerta compartida y desconfianza recíproca siempre ineficaces ante la agresión terrorista. El miedo se transforma así en un estado de ánimo racionalmente insuperable y "socava el juicio para tomar decisiones".<sup>9</sup> Entre el temor generalizado ante la sanción reglada y el temor generalizado que provoca el comportamiento terrorista existe, pues, la decisiva diferencia entre lo voluntariamente evitable y lo inevitable. Es su inevitabilidad voluntaria lo que nos asusta.

---

<sup>8</sup> Raymond D. Duvall y Michael Stohl, "Governance by Terror" en Michael Stohl (comp.), *The Politics of Terrorism*, Nueva York/Basilea: Marcel Dekker 1983, págs. 171-219, pág. 185.

<sup>9</sup> Luis Rojas Marcos, responsable de la sanidad pública en Nueva York, citado según Herman Tertsch y Pablo X. de Sandoval, "La era del miedo total" en *El País* del 21 de octubre de 2001, pág. 10.

El acto terrorista se presenta como inevitable por ser un comportamiento orientado a infligir *intencionalmente* daños a personas *inocentes*. La imposición intencional de daños a personas inocentes es lo que llamamos delito. El terrorista es, en este sentido, un delincuente. Pero terrorismo y delito no son términos equivalentes: si bien es cierto que todo terrorista es un delincuente, no todo delincuente es un terrorista. La diferencia reside en que para el terrorista el delito es siempre un medio destinado a provocar temor no sólo en la víctima directa de su acto sino en todo el grupo social al que la víctima pertenece. Y a este temor el terrorista atribuye una función *instrumental*: la de influir para que sus intereses (económicos, políticos, religiosos o sociales) sean satisfechos.<sup>10</sup> Podría así

---

<sup>10</sup> En esto se diferencia tanto el terrorista institucional como el no institucional del delincuente que con sus delitos reiterados a veces atemoriza a la población. Jack el Destripador provocaba un miedo generalizado pero no pretendía con ello influir en la sociedad para que satisficiera algún interés personal. Por otra parte, conviene tener en cuenta que no todo acto de terrorismo consiste en lesionar gravemente o matar inocentes, sino que también puede centrarse en la lesión o destrucción de bienes materiales de importancia para la sociedad. Por ejemplo, la destrucción del Museo del Prado sin causar una sola víctima, ¿podría ser calificada como un acto de terrorismo? ¿O sería más bien un acto de ‘vandalismo’? La respuesta depende, nuevamente, de la intención con la que fue cometido el acto. Si ella era la de crear temor

decirse que en el caso del terrorismo siempre hay dos tipos de víctimas: las que padecen directamente el crimen y su entorno social (que, desde luego, puede ser amplísimo y rebasar las fronteras nacionales) que resulta extorsionado a través del daño infligido y la amenaza de su reiteración.<sup>11</sup> A diferencia, pues, de lo que sucede en otros ejercicios de la violencia política centrada en uno o varios detentadores del poder a quienes se les imputa responsabilidad suprema por un régimen de opresión, como sucede en el caso del tiranicidio o del magnicidio<sup>12</sup>, "la mayoría de los ataques terroristas apuntan a individuos que se encuentran distantes de las posiciones de poder y autoridad: pasajeros de aeronaves, por ejemplo, o niños jugando"<sup>13</sup> y también a empleados de oficina sin competencia alguna para tomar

---

social generalizado con miras a obtener objetivos políticos, estaríamos frente a un acto de terrorismo político.

<sup>11</sup> Con respecto al carácter de extorsión del terrorismo, véase también Jan Narveson, op. cit., pág. 119.

<sup>12</sup> Hasta qué punto existe una tendencia a identificar el magnicidio con el terrorismo político lo pone de manifiesto el hecho de que la Convención para la prevención y castigo del terrorismo de 1937 fue formulada a raíz del asesinato en Marsella en 1934 del rey Alejandro I de Yugoslavia y del presidente del Consejo de Estado francés Louis Barthou. La Convención fue firmada por 24 países pero no entró nunca en vigencia.

<sup>13</sup> Loren E. Lomasky, "The political significance of terrorism" en R. G. Frey y Christopher W. Morris, op. cit., págs. 86-115, pág. 88.

decisiones políticas, como en el caso de las víctimas del ataque a las Torres Gemelas.

No es casual que quienes practican el terrorismo no se autodenominen terroristas; ello equivaldría a autocalificarse de criminales, es decir, a incurrir en una contradicción pragmática. El terrorista aducirá siempre motivaciones o fines que puedan abrirle la posibilidad de la evasión justificante. Quienes en la Argentina dictatorial del siglo pasado intentaban justificar el terrorismo de Estado solían recurrir a la difusa excusa del "por algo será" con lo que negaban a las víctimas su carácter de inocentes. Las motivaciones de Osama bin Laden son de sobra conocidas y no he de reiterarlas aquí. Intentar *justificar* el terrorismo por las razones que lo motivan es echar agua para el molino de este comportamiento criminal que, en última instancia, resultaría así justificado por la alegada legitimidad moral de sus causas u objetivos. Por ello es que no sirve de mucho para una dilucidación conceptual de este método en el ámbito político la distinción entre terrorista y combatiente por la libertad de un pueblo o una región.<sup>14</sup> Lejos

---

<sup>14</sup> Como es sabido, la discusión acerca de la condena del terrorismo político internacional se inició en el foro de las Naciones Unidas en 1972 a raíz de la masacre en el Aeropuerto Lod de Tel Aviv y del desastre en los Juegos Olímpicos de Múnich. En aquella oportunidad, en

de aclarar las cosas, esta distinción las confunde, pues olvida que cuando quien combate por la libertad de su pueblo *utiliza el método* terrorista, convierte una causa cuya legitimidad podría ser objeto de evaluación moral positiva en una empresa inexcusable. Dado que el terrorismo es un método de ejercicio de

---

la Sexta Comisión, los países árabes sostuvieron que el terrorismo era una respuesta al "terror gubernamental" y que, por lo tanto, no debería ser condenado. El terrorismo del dominante y el del dominado, se adujo, no podían ser juzgados con una misma pauta ética ya que sus motivaciones eran diferentes. El delegado de Indonesia expresó con insuperable claridad esta posición: "Sería injusto esperar que tales pueblos (los dominados, EGV) adhieran al mismo código ético que aquéllos que poseen medios más sofisticados para promover sus intereses." La introducción del elemento 'motivación' en la calificación moral del terrorismo apuntaba no sólo al establecimiento de pautas éticas diferentes para calificar el terrorismo del dominante y el del dominado sino que intentaba reactualizar la doctrina medieval de la guerra justa. Ambos objetivos son moralmente inaceptables. La Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos adoptó el 30 de junio de 1970 una resolución según la cual "Los pretextos políticos e ideológicos utilizados como justificación de estos crímenes (actos de terrorismo, EGV) no mitigan en modo alguno su crueldad e irracionalidad o la naturaleza innoble de los medios empleados y en modo alguno eliminan su carácter de actos de violación de derechos humanos esenciales." Véase John Dugard, "International Terrorism and the Just War" en David C. Rapoport y Yonah Alexander (eds.), *The Morality of Terrorism. Religious and Secular Justifications*, Nueva York: Columbia University Press, 2ª edición 1989, págs. 77-88.

la violencia, *toda* persona o grupo de personas que lo utilice se transforma en terrorista, ocasional o permanente, en el respectivo ámbito de su actuación.<sup>15</sup>

Si se tienen en cuenta estas consideraciones, podría sugerirse la siguiente definición de terrorismo político:

D<sub>2</sub>:

*El terrorismo político es un método o una forma instrumental de comportamiento violento capaz de provocar en un grupo social o en la sociedad en general el temor generalizado e inevitable, infligiendo intencionalmente daños a personas inocentes con miras a influir en el comportamiento de terceros en favor de determinados objetivos políticos.*

3. Conviene detenerse en el análisis de algunos aspectos del terrorismo político a los

---

<sup>15</sup> Ejércitos regulares pueden cometer también actos terroristas. Tal fue el caso de no pocas actuaciones de la *Wehrmacht* durante la Segunda Guerra Mundial, sobre todo en Europa Oriental. El bombardeo de Dresde en febrero de 1945 o el lanzamiento de la bomba atómica en Japón han sido calificados como actos terroristas por no pocos autores. Véase al respecto, por ejemplo, Alan Ryan, "State and private; Red and White" en R. G. Frey y Christopher W. Morris (eds.), op. cit., págs. 230-255, pág. 251.

que hace referencia  $D_2$  y que valen tanto para el terrorismo político institucional como para el no institucional. Son los siguientes:

a) los actos terroristas son actos intencionales;

b) la clase de los destinatarios de los actos terroristas es omnicomprensiva, difusa y cambiante;

c) los actos terroristas son impredecibles;

d) como consecuencia de lo anterior, no existe método seguro para su prevención o la defensa de sus posibles víctimas.

4. La intencionalidad del acto terrorista diferencia sus daños de los llamados "daños colaterales" o de aquéllos que pueden caer bajo la categoría del "doble efecto". Tanto los daños colaterales como los del doble efecto son incluidos por quienes los provocan en la categoría de "accidentes" y son, por ello, utilizados como excusa por no ser intencionalmente causados. En cambio, en el caso del método terrorista, los daños son intencionales y tienen una función definitoria. Se trata de la "comisión deliberada de atrocidades que suponen una violación masiva de los derechos humanos".<sup>16</sup>

Dejando de lado la aceptabilidad moral de la invocación excusante de los "daños colaterales" o del "doble efecto"<sup>17</sup>, es obvio que su producción habitual arroja serias dudas acerca de su carácter no intencional. Un accidente reiterado deja de ser un suceso eventual e incontrolable, es decir, un accidente, y se transforma en la ejecución sistemática de un comportamiento querido. La destrucción sucesiva de las Torres Gemelas y del ataque al Pentágono fueron actos intencionales cuidadosamente planificados. Nadie, ni quienes los proyectaron ni la sociedad que sufre sus efectos, podría considerar a estos actos como "accidentes". Si los primeros lo hicieran, se privarían de toda posibilidad de justificación moral: los accidentes provocados por una acción humana pueden ser excusables, pero no justificables; si quienes sufren sus efectos así los interpretaran, equiparándolos a una especie de "catástrofe llovida del cielo", no tendrían por qué sentirse atemorizados, y mucho menos podrían intentar condenarlos. Las catástrofes se padecen, pero no cabe condenarlas o castigarlas.

---

<sup>16</sup> David Held y Mary Kaldor, "Aprender las lecciones del pasado" en *El País* del 8 de octubre de 2001.

<sup>17</sup> Con respecto a la insostenibilidad moral de la doctrina del "doble efecto", véase G. E. M. Anscombe, "War and Murder" en James Rachels (ed.), *Moral Problems*, Nueva York: Harper & Row 1971, págs. 285-297.

5. El calificativo "omnicomprensiva" debe ser entendido en el sentido literal de la palabra, es decir, puede incluir hasta al propio terrorista o a las personas de su entorno inmediato. El terrorista potencial o realmente suicida extiende con su autosacrificio los límites de la clase de las posibles víctimas al máximo concebible: en aras del terror que desea provocar está dispuesto a renunciar a la defensa o conservación de la propia vida y, como desconoce la distinción entre inocentes y culpables, no hay nadie que no pueda caer dentro del ámbito del ejercicio de su violencia.

La clase de las víctimas del terrorismo es potencialmente omnicomprensiva pero, por lo que respecta a la ejecución concreta del acto terrorista es difusa y cambiante.<sup>18</sup> Ello dificulta también la evasión individual o colectiva del ámbito de los ataques terroristas.

La incapacidad de evasión contribuye decididamente a aumentar el temor colectivo con su secuela de la humillación moral que puede significar tener que renunciar al comportamiento debido, en un vano intento de escapar

---

<sup>18</sup> Véase también David Held y Mary Kaldor, op. cit., quienes califican a la violencia terrorista de "dispersa y fragmentada".

a la acción del terrorista.<sup>19</sup> En una sociedad amenazada por el terrorismo no hay nada que pueda hacer un miembro de ella para garantizar su inmunidad. El terrorismo apunta justamente a esta *desinmunización social*.

6. Impredecibilidad no significa que se desconozca la posibilidad de un ataque terrorista. Por el contrario, la amenaza real o probable de un acto terrorista contribuye a aumentar su poder de gestación del temor colectivo.

Impredecibilidad significa que todo acto terrorista es sorpresivo. Lo es por una doble razón: a) el carácter anónimo de su autor o de sus autores y b) la imposibilidad de anticipar su localización temporal o espacial.

En el caso del terrorismo no institucional, la anonimidad del terrorista está estrecha-

---

<sup>19</sup> Francisco Laporta en su ensayo "El honor de los vascos" (*El País* del 3 de agosto de 2000, pág. 16) ha analizado agudamente el efecto perverso del terrorismo de ETA, sobre la base de ejemplos del comportamiento de ciudadanos que no se atreven a expresar sus sentimientos de solidaridad con las víctimas en un intento, vano por cierto, de evadir la violencia terrorista. Saben que moralmente deberían hacerlo, pero el miedo los inhibe de comportarse debidamente. Podría así decirse que el terrorismo político tiene un efecto "des-moralizante" en el más estricto sentido de la palabra.

mente vinculada con su forma de comportamiento. El terrorista actúa o bien solo o bien en grupos muy pequeños camuflados como miembros "normales" de la sociedad a la que aterrorizan. El terrorista no porta uniforme ni recurre a ningún signo que pueda permitir su identificación.

La súbita y no prevista interrupción de la "normalidad" de un comportamiento o del curso natural de los eventos por un individuo externamente considerado como "normal" es justamente lo que sorprende. Una sorpresa concretamente previsible es una *contradictio in termini*. Cuando esta sorpresa es el resultado de un acto de violenta e indiscriminada criminalidad la sorpresa se convierte en terror.

La identificación del terrorista no institucional es siempre posterior a la comisión del acto y suele hasta ser proclamada por los miembros del propio grupo terrorista que, de esta manera, testimonia su existencia, hace conocer sus motivaciones y objetivos políticos<sup>20</sup> y da una vuelta más a la tuerca del temor generalizado con la amenaza de nuevos actos igualmente sorprendidos. Este interés publicitario diferencia al terrorista no

---

<sup>20</sup> Véase Jan Narveson, op. cit., pág. 122.

institucional no sólo del delincuente común, cuya identificación constituye uno de los objetivos centrales de toda pesquisa policial, sino también del terrorista institucional:

El terrorismo de grupos no oficiales es a menudo mucho más dramático que el terrorismo de Estado. Los grupos no oficiales emprenden raptos y colocación de bombas dramáticos en parte porque necesitan 'el oxígeno de la publicidad'. El terrorismo de Estado suele florecer en la clandestinidad.<sup>21</sup>

7. En  $D_2$  se afirma que el terrorismo político tiene como objetivo "influir en el comportamiento de terceros en favor de determinados objetivos políticos". El terrorista político no institucional no es un sádico; el daño que inflige a inocentes no es un fin en sí mismo sino que tiene una función instrumental: influir en el comportamiento de quienes detentan el poder de forma tal que promuevan los intereses del terrorista, es decir, eliminen lo que considera motivo de humillación o explotación discriminatoria. Con su violencia indiscriminada y el terror que de ella resulta,

---

<sup>21</sup> Jonathan Glover, "State terrorism" en R. G. Frey y Christopher W. Morris (eds.), op. cit., págs. 256-275, pág. 273.

el terrorista pretende reducir el espectro de opciones del destinatario *mediato* de su accionar y colocarlo en una posición tal que tenga que ceder a sus exigencias. Desde este punto de vista, la actividad terrorista no institucional presenta rasgos de extorsión.

Loren E. Lomasky rechaza esta interpretación instrumental y subraya lo que denomina el "carácter expresivo" del terrorismo no institucional. El fin que perseguiría el terrorista al provocar el temor generalizado no sería primordialmente influir en las decisiones políticas sino más bien expresar públicamente sus "ideales políticos", "dar testimonio" de la opresión (supuesta o real) que padece el grupo social, étnico o religioso al que pertenece. Según Lomasky, el terrorista suele no lograr con su comportamiento el fin político que persigue sino todo lo contrario: mayor represión y menor disposición gubernamental a escuchar sus demandas. El terrorista, entendido como alguien que persigue un fin ulterior, sería una especie de extorsionador necesariamente condenado al fracaso. Por lo tanto, toda concepción utilitarista o instrumental del terrorismo, como la sostenida en  $D_2$ , tendría que conducir a la conclusión de que el terrorista es un psicópata incapaz de comprender las relaciones causales entre un

acto y sus consecuencias. La única forma de evitar esta conclusión sería sostener que

el terrorismo debería ser entendido como una actividad de *apoyo* a ideales políticos que no necesita estar deliberadamente orientada a *producir* resultados queridos.<sup>22</sup>

Es decir:

El terrorismo es políticamente significativo a causa de lo que *representa* y no a causa de lo que *produce*.<sup>23</sup>

La tesis de Lomasky parece a primera vista sugestiva y uno podría sentirse inclinado a suscribirla plenamente y a eliminar la última frase de D<sub>2</sub>, colocando un punto final después de "personas inocentes". Pero esta conclusión sería apresurada. En efecto, la tesis de Lomasky se apoya en datos empíricos y, desde luego, podría invocar a su favor casos paradigmáticos tales como el de la dictadura

---

<sup>22</sup> Loren E. Lomasky, op. cit., págs. 92 s. También Thomas C. Schelling (op. cit., pág. 21) considera que "el terrorismo ha demostrado ser notoriamente ineficaz como medio para obtener algo. [...] La mayor parte del terrorismo internacional del que hemos sido testigos ha sido [...] ineficaz y difícilmente ha tenido otro objetivo como no sea la realización de un acto expresivo."

<sup>23</sup> Loren E. Lomasky, op. cit., pág. 96.

militar argentina de 1976-1983 que implantó el terrorismo de Estado como alegada respuesta al terrorismo de izquierda, es decir, este último provocó consecuencias totalmente contrarias a las que supuestamente buscaba. Pero también hay una serie de contraejemplos: en la terminación del Mandato británico en Palestina y en la retirada francesa de Argelia el terrorismo jugó un papel decisivo, al igual que en las luchas contra tropas de ocupación en Kenia, Chipre, Aden y Vietnam.<sup>24</sup> Por lo tanto, la conclusión según la cual la importancia política del terrorismo debería ser vista en su carácter expresivo y no en la intención de producir resultados políticos es sólo circunstancialmente correcta y no afecta esencialmente a  $D_2$  ya que en ella se hace referencia sólo a la intención de "influir en el comportamiento de terceros en favor de determinados objetivos políticos", intención que, como lo demuestra la historia, unas veces tiene éxito y otras no. Esto sucede en no pocos actos intencionales; pero lo relevante es tener en cuenta que el fracaso de un acto intencionado no altera su carácter intencional, e intentar un resultado problemático no es sin más síntoma de irracionalidad.

---

<sup>24</sup> Véase Martha Crenshaw, "Reflections on the Ethics of Terrorism" en Martha Crenshaw (ed.), *Terrorism, Legitimacy and Power*, Middletown, Conn.: Wesleyan University Press 1982, págs. 1-37, especialmente págs. 7 ss.

Lomasky tiene razón cuando señala la dimensión expresiva del acto terrorista y su notoria publicidad en apoyo de un ideal político. Pero quien procura dar publicidad a su ideal político lo hace persiguiendo algún fin que va más allá de la mera expresión de las propias convicciones; desea, al menos, poner de manifiesto un estado de cosas que requiere ser modificado y que tiene que serlo a través de la intervención de quienes detentan el poder suficiente. En este sentido, la expresión terrorista intenta ejercer influencia, con variado éxito según la experiencia histórica.

8. La realización individual del acto terrorista y su enorme poder de atemorización se ha visto en nuestro tiempo favorecida por la fácil disponibilidad de medios de destrucción portátiles o individualmente manejables de relativamente fácil acceso. La historia del terrorismo ha estado siempre vinculada con el aumento del poder destructivo de elementos manuales de destrucción. Viacheslav Molotov, el terrorista químico de Bakú en 1907, con su famoso "cocktail" es un buen testimonio al respecto. Los terroristas químicos de 2001 recurren al ántrax.<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> El miedo provocado en la sociedad estadounidense por la utilización terrorista del ántrax trajo como consecuencia una crisis del servicio postal americano: ya a comienzos de noviembre de 2001 la caída del volumen

Cuando los actos terroristas se producen en el ámbito internacional, quienes los realizan suelen aducir que ésta es la "única forma" de luchar contra el sistema internacional.<sup>26</sup> Inician entonces lo que ha sido llamado "guerra de cuarta generación", "conflicto no estatal" o "guerra asimétrica":

El concepto de asimetría debe distinguirse del de disimetría: este último indica una diferencia cuantitativa entre las fuerzas o la potencia de los beligerantes: un Estado fuerte frente a un Estado débil. [...] En cambio la asimetría subraya las diferencias cualitativas en los medios empleados, en el estilo y en los valores de los nuevos enemigos.<sup>27</sup>

Dado que la "guerra" que practica el terrorista no institucional es una guerra que pres-

---

postal había significado pérdidas por valor de 500 millones de dólares (véase *El País* del 8 de noviembre de 2001).

<sup>26</sup> Tal es la interpretación del terrorismo internacional de Luigi Bonanate (*Dizionario di politica* a cargo de Norberto Bobbio y Nicola Matteucci, Turín: UTET 1976, pág. 1037): "en el ámbito internacional (el terrorismo, EGV) constituye la única vía que le queda abierta a quienes no se identifican con la estructura existente del orden internacional."

<sup>27</sup> Marwan Bishara, "La era de los conflictos asimétricos" en *Le Monde Diplomatique*, edición española, año VI, N° 72 (octubre de 2001), págs. 10 s., pág. 10.

cinde de las masas uniformadas que integran los ejércitos, elementos necesarios de toda guerra interestatal, suele no ser fácil determinar cuándo el terrorismo internacional está respaldado por un Estado determinado. En el caso de las Torres Gemelas y del Pentágono parece no haber duda acerca de la responsabilidad del régimen talibán afgano, pero no siempre se da esta situación. Es de suponer, además, que todo Estado que promueva una acción terrorista internacional negará su participación ya que responde a su interés mantener la "asimetría" de la lucha terrorista. Por otra parte, no deja de ser interesante recordar que desde 1945 hasta la fecha sólo el 15 por ciento de los conflictos bélicos han sido interestatales. El 85 por ciento han sido luchas intraestatales provocadas por razones étnicas, religiosas o regionales. Se habla, por ello, de una "privatización de la guerra".<sup>28</sup> La "guerra" terrorista podría ser considerada como una subclase de este tipo de conflictos cuya peligrosidad guarda una relación directa con la dificultad de evadir sus ataques.<sup>29</sup> En este sentido, Sami Naïr afirma:

---

<sup>28</sup> Expresión utilizada por Herfried Münkler en su artículo "Die brutale Logik des Terrors" en *Süddeutsche Zeitung* del 29/30 de septiembre de 2001, pág. 1.

<sup>29</sup> Con respecto al tipo de "guerra" que practica el terrorista, véase también Peter Waldmann, *Terrorismus. Provokation der Macht*, Múnich: Gerling Akademie Verlag 1998, págs. 13 s.

En el ámbito de un conflicto que opone un Estado a sujetos particulares (grupos o individuos), no identificables y sin territorio localizado, la amenaza del débil al fuerte (aquí, de los individuos frente al Estado) se vuelve más peligrosa –y devastadora– que la potencia del fuerte frente al débil. Dicho de otro modo, la inseguridad posible es siempre superior a la seguridad real.<sup>30</sup>

Cuando esta "guerra" es llevada a cabo contra sociedades democráticas y liberales, los ataques terroristas no sólo destruyen bienes y vidas (algo que por definición de "guerra" siempre sucede) sino que ponen en peligro la estructura política de aquéllas.

9. En efecto: sea que se acepte la versión instrumentalista de  $D_2$  o la tesis del carácter expresivo del terrorismo, es innegable que el terrorismo político corroe siempre las instituciones políticas. En el caso del terrorismo institucional, lo que se produce es la negación de los requisitos mínimos cuya satisfacción permite iniciar la vía de la justificación del Estado. Por ello, el *rule of terror* contradice directamente el *rule of law*. El terrorismo no

---

<sup>30</sup> Sami Naïr, "Seguridad y justicia" en *El País* del 16 de septiembre de 2001.

institucional contribuye a la radicalización de las posiciones ideológicas y apunta a la reducción y hasta eliminación del ámbito de la política democráticamente estructurada.

Una sociedad atemorizada por la agresión terrorista es impulsada a refugiarse ideológicamente en posiciones radicalizadas que reducen las posibilidades del diálogo político.<sup>31</sup> Las actitudes se polarizan y no pocos prefieren manifestar su lealtad incondicionada a quienes detentan el poder político a fin de no ser tildados de "culpables por asociación", es decir, "simpatizantes de los terroristas".<sup>32</sup> Pero la lealtad incondicionada reduce necesariamente la capacidad de crítica –virtud de-

---

<sup>31</sup> "Lo último que Bush y sus consejeros desean es una auténtica discusión pública que pudiera hacer tambalear la concepción que ellos desean reforzar incondicionadamente: la concepción según la cual nos encontramos ya 'en guerra' y que, por ello, el Presidente debería tener los mismos poderes que Roosevelt en la Segunda Guerra Mundial y estar liberado de toda responsabilidad frente a cualquiera." (Richard Rorty en "Der unendliche Krieg" en *Süddeutsche Zeitung* del 7/8 de septiembre de 2002, pág. 11.)

<sup>32</sup> Véase Martha Crenshaw, op. cit. pág. 16. Como señala William Safire: "la posibilidad de ser acusados de no estar suficientemente indignados con los sospechosos, de tener alguna conexión con los terroristas, calla la boca de la mayoría de los políticos. Y la necesidad de exhibir fervor patriótico convierte a los detractores liberales de Bush en modelos de imparcialidad." (Véase *El País* del 28 de noviembre de 2001, pág. 8.)

mocrática por excelencia– y promueve aquella pereza intelectual que, no sin razón, Montesquieu consideraba que cuando ella impera en una sociedad conduce fatalmente al despotismo.

Si, a diferencia de lo que postulaba Carl Schmitt en tiempos de la República de Weimar, se considera, como creo que es correcto, que el ámbito de la política democrática no es el de la confrontación amigo-enemigo sino el de la negociación y el compromiso, no cuesta mucho inferir que el maniqueísmo político, con su secuela de sospechas recíprocas, denunciaciones y pretendida posesión de la verdad absoluta, es una ladera resbaladiza que conduce a lo que David Held llama "abdicación de la política".<sup>33</sup>

Afirmar que la democracia dentro del marco del Estado social de derecho es el mejor sistema de convivencia no es, por cierto, nada novedoso pero conviene no olvidar que es también un sistema normativamente sujeto a reglas muy exigentes por lo que respecta a la

---

<sup>33</sup> Véase David Held, "Violencia y justicia en una era mundial" en *El País* del 19 de septiembre de 2001. No muy diferente es la formulación de Loren E. Lomasky (op. cit., págs. 98 s.): "[El terrorismo] es el uso deliberado de principios del lenguaje y del comportamiento corrosivos del orden político [...] En el fondo, el terrorismo es esencialmente antipolítico."

celosa garantía de los derechos individuales que son los que permiten el despliegue de la autonomía de cada ciudadano, es decir, de su dignidad. Es justamente esta dignidad –no negociable por no ser cuantificable, como diría Kant<sup>34</sup>– la que el terrorismo lesiona al utilizar a sus víctimas como medios para el logro de sus objetivos. Al hacerlo, trastoca también el ámbito de lo negociable democráticamente y tiende lo que acertadamente ha sido llamado "una trampa de deslegitimación"<sup>35</sup>

---

<sup>34</sup> Con respecto a la no cuantificabilidad de la dignidad humana y a los dilemas morales que el terrorismo plantea a un kantiano coherente, véase Thomas E. Hill, Jr., "Making exceptions without abandoning the principle: or how a Kantian might think about terrorism" en R. G. Frey y Christopher W. Morris (eds.), op. cit., págs. 196-229.

<sup>35</sup> Klaus Dieter Wolf, ponencia presentada en un coloquio sobre "Terror - Seguridad - Civilización" realizado en la Universidad Técnica de Darmstadt el 8 de noviembre de 2001. El hecho de que el uso de la tortura como medio para obtener información de sospechosos de terrorismo sea objeto actual de polémica en los Estados Unidos y que funcionarios del FBI hayan planteado la posibilidad de que los detenidos "fueran extraditados a un país aliado más o menos dictatorial, cuya policía pudiera interrogarles utilizando 'métodos contundentes'" (Véase Enric González, "EE.UU. debate sobre el uso de la tortura para arrancar información a los detenidos" en *El País* del 7 de noviembre de 2001) es un testimonio del peligro de la "trampa de deslegitimación". Con respecto al tema de la permisibilidad moral de la tortura de terroristas, véase, por ejemplo, Robert S. Gerstein, "Do Terrorists have Rights?" en David C. Rapoport y Yonah

difícilmente eludible cuando comienza a extenderse el maniqueísmo político que, desde luego, reduce el espectro de opciones gubernamentales y ciudadanas.<sup>36</sup> Ésta es una forma

---

Alexander (eds.), op. cit., págs. 290-307, especialmente págs. 296 ss.).

<sup>36</sup> No son pocas las medidas dictadas por el gobierno estadounidense desde el 11 de septiembre que reducen los derechos de sus ciudadanos y habitantes. Baste mencionar algunas de ellas: la llamada "Ley patriótica estadounidense" que recorta gravemente los derechos de los extranjeros y permite su detención indefinida si el ministro de Justicia certifica que tiene "bases razonables para creer" que un extranjero pone en peligro la seguridad nacional; el establecimiento de tribunales militares especiales con poderes extraordinarios para transgredir derechos procesales básicos en contra también de la Convención Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos ratificada por los Estados Unidos en 1992. La "Ley patriótica posibilita que agentes del gobierno allanen la casa de cualquier persona en su ausencia, realicen un cateo o impidan por tiempo indefinido al ciudadano averiguar si se emitió una orden judicial para ello. Pueden obligar a los bibliotecarios a revelar qué libros han sido solicitados en préstamo. Si el bibliotecario o bibliotecaria se niega, puede ser sujeto a cargos criminales. También pueden recoger los reportes de crédito y otra información confidencial sin aprobación judicial ni permiso del ciudadano afectado." (Gore Vidal, "Somos los patriotas" en *La Jornada*, México D.F. del 28 de mayo de 2003, pág. 32.) Algunos políticos y expertos en justicia penal han sostenido que "los tiempos extraordinarios exigen medidas extraordinarias", una frase que se aproxima peligrosamente al argumento de los defensores del terrorismo de Estado cuando se referían a la necesidad de combatir el terrorismo al margen de las disposiciones del Estado de derecho (Véase Reed Brody,

eficaz de extorsionar ya que la presión terrorista puede inducir al gobierno democrático a tomar medidas que restrinjan considerablemente las libertades ciudadanas a fin de reducir una vulnerabilidad estrechamente vinculada con la plena vigencia de aquéllas.<sup>37</sup>

10. El terrorista considera que su accionar es ejemplar, es decir, que tiene el poder de

---

director adjunto de Human Rights Watch. "El recorte de las libertades públicas" en *El País* del 10 de diciembre de 2001, págs. 15 s.) El 5 de diciembre de 2001, 300 profesores de derecho de universidades norteamericanas enviaron una carta de protesta al Comité Judicial del Senado en la que, entre otras consideraciones, se decía: "No podemos permitir que el ataque del 11 de septiembre de 2001 nos haga sacrificar nuestros valores constitucionales y abandonar nuestro compromiso con el Estado de derecho. En nuestra opinión, las medidas adoptadas son legalmente deficientes, innecesarias e insensatas." Lo que importa, en definitiva, es no aceptar la "manipulación del miedo" (Stanley Hoffmann, "America goes background" en *The New York Review of Books* del 12 de junio de 2003, págs. 74-80, pág. 74.

<sup>37</sup> "Un factor obvio pero extremadamente importante (de la vulnerabilidad de las sociedades liberales, EGV) son los derechos y libertades civiles inherentes a los Estados liberales que las organizaciones terroristas pueden explotar. La libertad de movimiento entre y dentro de los Estados liberales, la libertad de asociación y la libertad del estilo totalitario de vigilancia policial son con razón muy apreciadas por los ciudadanos de los Estados liberales occidentales. Sin embargo, los terroristas pueden muy fácilmente sacar ventajas de ellas." (Paul Wilkinson, *Terrorism & the Liberal State*, Londres: Macmillan, 2ª edición 1986, pág. 103).

convencer a otros para que imiten su comportamiento. Para ello tiene no sólo que ofrecer su "ejemplo" sino invocar convicciones compartidas, muchas de las cuales no son meramente subjetivas sino que resultan de una evaluación de la realidad social que puede resultar plausible para otros miembros de su sociedad (opresión política, miseria, humillaciones). Sostener que el atentado terrorista está "movido por el puro odio y el nihilismo"<sup>38</sup> significa simplificar indebidamente la problemática de las causas del terrorismo.

Después del 11 de septiembre mucho es lo que se ha escrito acerca de las causas sociales, políticas, económicas y hasta religiosas que podrían explicar el terrorismo internacional que actualmente padecemos. No hay duda que ellas deben ser analizadas y tomadas en cuenta si se quiere dar una respuesta que cale más profundamente en la solución del problema que la reacción bélica con su costo de vidas también inocentes. El antiterrorismo tiene que ser la negación interna del terrorismo y no meramente un terrorismo de signo contrario como fue el terrorismo de Estado.

---

<sup>38</sup> Tal es la opinión de Thomas L. Friedman, "En la guerra civil del Islam, reforcemos a los buenos" en *El País* del 20 de septiembre de 2001.

Justamente porque el "puro odio" no es su única causa, el terrorismo posee su propio dinamismo expansivo<sup>39</sup> y una enorme capacidad de reclutamiento perversamente reforzada por cada acto de destrucción del ámbito de la polémica razonable entre distintos puntos de vista. El terrorismo se autoalimenta así de la reducción que él mismo provoca de todo posible diálogo político.

El acto terrorista se les presenta a no pocos partidarios de supuestas verdades absolutas, es decir, no negociables, como la vía más adecuada para lograr su imposición. Cuando ella parece ofrecer, además, la posibilidad de ser incluido en la categoría del héroe o del santo, el terrorista considera que lo más gratificante que puede hacer es promover su

---

<sup>39</sup> Es un "fenómeno contagioso" con efectos, a veces, transnacionales como lo demuestra la influencia que el accionar de los tupamaros uruguayos tuvo en el terrorismo urbano de Alemania e Italia (véase al respecto Martha Crenshaw, op. cit., pág. 17). "El "Pequeño manual del guerrillero urbano" del brasileño Carlos Marighella tuvo gran influencia en la táctica de la *Rote Armee Fraktion*." (Wolfgang J. Mommsen, "Nichtlegale Gewalt und Terrorismus in den westlichen Industriegesellschaften. Eine historische Analyse" en Wolfgang J. Mommsen y Gerhard Hirschfeld (eds.), *Sozialprotest, Gewalt, Terror. Gewaltanwendung durch politische und gesellschaftliche Randgruppen im 19. und 20. Jahrhundert*, Stuttgart: Ernst Klett 1982, págs. 441-463, pág. 455).

propio ideal, también a costa de su propia vida, y ganar para sí, al mismo tiempo, la memoria eternizante de la historia o la ventura celestial (en el caso del terrorista que alienta convicciones religiosas<sup>40</sup>). El terrorista dispuesto a imponer sus 'ideales' a costa de la propia vida y de la de personas inocentes ingresa en la categoría del fanático, es decir, de quien está dispuesto a sufrir "los mismos males que para lograr sus propios fines se propone infligir a otros".<sup>41</sup>

11. Desde luego, una cosa es explicar un comportamiento y otra justificarlo. Mientras lo primero se mueve en un plano descriptivo, lo segundo transcurre a nivel normativo. Todo comportamiento puede ser explicado con mayor o menor plausibilidad pero no todo comportamiento es justificable, a menos que se adopte la difícilmente sostenible posición ética del solipsismo o de que "todo vale" en cuyo caso todo (o nada) es justificable. En la actual discusión sobre el terrorismo es frecuente no distinguir claramente entre explica-

---

<sup>40</sup> Con respecto a la influencia de las creencias religiosas en el terrorismo político, véase, por ejemplo, Richard C. Martin, "The Study of Religion and Violence" en David C. Rapoport y Yonah Alexander (eds.), op. cit., págs. 349-373.

<sup>41</sup> R. M. Hare, *Freedom and Reason*, Oxford: Clarendon Press 1963, pág. 197.

ción y justificación. No pocas veces, las propuestas de explicación son percibidas por una opinión pública, comprensiblemente sensibilizada a raíz de los ataques en Nueva York y Washington, como un velado intento de justificación. Se olvida entonces que no existe ninguna vía lógicamente admisible que permita pasar del ámbito descriptivo al normativo. Pero como, por lo general, las reacciones psicológicas tienen poco que ver con la lógica, conviene analizar brevemente la relación que pueda haber entre explicación y justificación del terrorismo no institucional, sobre todo a nivel internacional.

Por lo pronto, pienso que no hay mayor inconveniente en aceptar un ya viejo diagnóstico de Walter Laqueur:

El terrorismo es una consecuencia de la injusticia. Si existiera una justicia política y social, no habría terrorismo. El único medio conocido para reducir la probabilidad del terrorismo consiste en la reducción de las causas que a él subyacen, males y frustración.<sup>42</sup>

No puede negarse que el actual sistema internacional contiene no pocas reglas de

---

<sup>42</sup> Walter Laqueur, *op. cit.*, pág. 6.

comportamiento político y económico que suelen lesionar los intereses legítimos de la mayor parte de la humanidad. Este diagnóstico tampoco es nuevo: no sólo existe una abundantísima literatura al respecto sino que también ya desde hace decenios se perciben reacciones de protesta con diferentes grados de indignación y violencia. Común a todas ellas es la imputación de responsabilidad por este estado de cosas a las grandes potencias, sobre todo las occidentales, después de la terminación de la Guerra Fría.

Desde el punto de vista ético, esta imputación –si bien es cierto que deja de lado el hecho de que buena parte de la miseria y la injusticia en los llamados países del Tercer Mundo se debe a la acción de sus propios gobiernos corruptos, dictatoriales y celosos guardianes de la ignorancia colectiva– no es totalmente gratuita. En efecto, dado que las potencias occidentales han sido las que con mayor énfasis han subrayado la necesidad de mantener la vigencia universal de los derechos humanos, también a nivel social y económico, tendrían que ser, por razones de coherencia ética, las más indicadas para cumplir con su catálogo de deberes negativos y positivos más allá de las fronteras nacionales. El cosmopolitismo económico de la globalización, cuando no va acompañado del cosmopolitismo moral, se convierte en la

sombría versión de un imperialismo postmoderno. Si se admite, como creo que es correcto, que las fronteras nacionales no tienen relevancia moral, todo defensor honesto de los derechos humanos y de los postulados de la Ilustración tan invocados en este tiempo tendrá que asumir las obligaciones morales que ellos implican. Para hacerlo no es necesario adoptar "una versión más heroica del universalismo" como sostiene David Miller<sup>43</sup>, sino que basta asumir la parte de responsabilidad que pesa sobre los individuos y Estados económica y socialmente mejor situados.

Todo esto puede y debe aceptarse. Pero una cosa es describir una situación deficitaria y otra inferir que ella tiene que conducir necesariamente a la reacción terrorista. No hay duda que *una* de las causas del terrorismo es la indignada constatación de una situación moralmente inaceptable, pero de aquí no se infiere que el terrorismo sea la única vía posible para superarla. Existen, por ejemplo, formas más o menos pacíficas de protesta que presentan características similares a las de la desobediencia civil.

Lo relevante para el surgimiento del terrorismo no institucional es, pues, no sólo la

---

<sup>43</sup> David Miller, *On Nationality*, Oxford: Clarendon Press, 1995, pág. 65.

existencia de una situación injusta sino la forma como se reacciona ante ella: el *método* de comportamiento elegido. Cuando éste consiste en la violación intencional de los derechos de personas inocentes, la reacción se vuelve insalvablemente injustificable. Ningún intento de explicación causal del terrorismo puede tender un puente para su justificación moral. Esto no exime, desde luego, de la responsabilidad moral de eliminar sus causas reales y de procurar así frenar el dinamismo expansivo del terrorismo y sus calamitosas consecuencias. Lo que importa es reducir la *probabilidad* del terrorismo. Y ello debe hacerse oponiendo a su expansión criminal aquello que Peter Singer llamara el "círculo expansivo de la ética", es decir, aplicando un *método* de salvaguarda y vigencia universal de los derechos humanos civiles, políticos y económicos.

Explicar no significa justificar pero sí explicitar razones. Conocerlas es el primer paso para intentar evitar comportamientos moralmente condenables.

12. Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, podría ahora proponerse la siguiente definición de terrorismo político no institucional:

D<sub>3</sub>

*El terrorismo político no institucional es un método expansivo de la amenaza o del uso intencional e imprevisible de la violencia por parte de individuos o grupos no gubernamentales destinado a provocar en una sociedad el temor generalizado infligiendo daños inevitables a personas inocentes con miras a influir en el comportamiento de terceros a fin de obtener objetivos políticos fanáticamente percibidos como no negociables.*

Si se acepta esta definición, pienso que no cabe duda alguna acerca de que quienes practican el terrorismo político no institucionalizado son autores de comportamientos criminales en ningún caso excusables y de una de las calamidades más graves que se ciernen sobre el destino de la humanidad.



TERRORISMO Y DERECHOS  
FUNDAMENTALES:  
LA PERSPECTIVA PENAL  
*Fernando MOLINA FERNÁNDEZ*

I. Introducción: el nuevo terrorismo frente a la criminalidad clásica.

Los atentados del 11-S en Estados Unidos o el 11-M en Madrid han vuelto a poner sobre la mesa de la forma más trágica posible el clásico conflicto jurídico entre libertad y seguridad. Seguramente es en el Derecho penal donde este conflicto alcanza su mayor intensidad, y por eso mi intención en esta ponencia es presentar un enfoque del problema desde una perspectiva jurídico-penal.

La parte central de la argumentación que el profesor Huster acaba de exponer se centra en la idea de que estamos ante un nuevo tipo de terrorismo que se aparta de los esquemas de la criminalidad tradicional, un terrorismo definido por la existencia de amenazas o riesgos difusos y a la vez sistémicos, que afectan a la forma de vida occidental en su conjunto, que

no pueden identificarse ni personal ni espacialmente, de una magnitud extraordinariamente grave y hasta ahora desconocida. Frente a él no cabría represión, sino solamente prevención, y no por medio de la amenaza penal, que funciona a fin de cuentas sobre la represión del delito, porque este mecanismo puede resultar por completo ineficaz, como es evidente en el caso de los terroristas suicidas. Se trataría de un riesgo que tiene claras afinidades con los riesgos técnicos de la actualidad –riesgos ambientales, tecnológicos, etcétera,– y frente al que se respondería con medidas preventivas de carácter similar, medidas que podrían entrar en colisión con los derechos fundamentales.

Creo que es cierto que el esquema esbozado no refleja sólo la opinión singular de muchos especialistas, sino que a la vez se corresponde con una extendida visión en amplias capas de la sociedad, y ello ha trascendido a la propia discusión jurídica en todos los ámbitos relacionados con la seguridad. El Derecho penal no es ajeno a este debate, como demuestra la intensa discusión y auténtica avalancha de publicaciones relacionadas con el denominado "derecho penal del enemigo", para referirse precisamente a un Derecho penal en el cual el otro no es ya una persona en el sentido clásico de la teoría política, sino que es un enemigo al que se puede tratar como

tal, y privar de una serie de derechos que hasta ahora eran absolutamente básicos<sup>1</sup>.

Sin embargo, a pesar de estas propuestas y el eco que han tenido, lo cierto es que la mayor parte de la doctrina penal se ha mostrado muy crítica con el planteamiento, y el debate casi ha servido más para reafirmarse en la necesidad de mantener a toda costa los principios y garantías básicos de un Derecho penal liberal.

Mi exposición se centrará en tres puntos. En primer lugar, intentaré mostrar por qué, en mi opinión, no estamos ante una situación tan nueva como se pretende, en el sentido que podría justificar una nueva respuesta jurídica. Hay algunos retos difíciles, pero que la historia ya ha afrontado en el pasado, y para los que hay recetas que han funcionado y deben seguir haciéndolo. En segundo lugar, intentaré explicar, muy brevemente, por qué, pese a ello, son muchos los que creen que efectivamente las cosas han cambiado: qué razones están detrás de lo que, si estoy en lo cierto, no sería más que una apreciación en alguna medida distorsionada de la realidad. Por último, analizaré qué se puede hacer en situaciones como

---

<sup>1</sup> Por todos, véase Jakobs / Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*. Thomson/ Civitas, 2003, y Cancio / Gómez-Jara (coords.). *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*. (Vols, I y II). Edisofer, 2006.

éstas, e intentaré además ejemplificarlo con un caso muy concreto al que ha aludido también el profesor Huster, que es el tema de la justificación posible de la tortura.

## II. ¿Estamos ante una situación nueva?

Si por nueva se entiende una situación que no conozca antecedentes en el pasado remoto o próximo, creo que no; nada de lo que está pasando desde los atentados del 11 de septiembre bajo el denominado "nuevo terrorismo", es desconocido para la humanidad. Hay algún rasgo novedoso, derivado principalmente de las nuevas posibilidades de acción a escala global que brindan las nuevas tecnologías, pero, en lo que nos importa a efectos de la discusión moral y jurídica, creo que no hay nada esencialmente nuevo. Es más, casi con seguridad vivimos, no ya en el mejor de los mundos posibles, pero sí en el mejor de los que hasta ahora lo han sido, al menos en occidente. Basta mirar al pasado o al presente fuera de nuestras fronteras, para sonrojarnos frente a nuestros miedos actuales a males que, estadísticamente, son insignificantes.

Seguramente, sí que es nuevo para una parte de la sociedad; en concreto, para una parte de los ciudadanos de Estados Unidos, pero sólo para una parte (todavía es muy reciente el racismo, con toda la carga de

insuportable dolor que le acompañaba, y con amenazas para una parte significativa de la población estadísticamente muy superiores a las que en este momento pueden sentir algunos norteamericanos por la posibilidad de un atentado). Y ello de alguna manera contagia la percepción de los demás, aunque posiblemente de forma desigual, dependiendo de la experiencia propia. En España, por ejemplo, desgraciadamente habituada a los ataques terroristas, el impacto emocional en la sociedad de los objetivamente terribles atentados del 11-M ha sido sin duda menor que el sufrido por los estadounidenses. Por no hablar de otros países en los que la violencia es moneda diaria no ya de décadas, sino de siglos.

Frente a ello, el profesor Huster se hace eco de las razones que se han barajado para afirmar la novedad del conflicto: la idea central es que nos encontramos ante un nuevo riesgo parecido a los graves riesgos de la tecnología y de la ciencia, que hay que prevenir. Veamos los argumentos que ha utilizado en su análisis:

1. En primer lugar, se afirma que no hay un concreto peligro, sino un **riesgo difuso** que percibimos como una situación de emergencia. La amenaza, por tanto, se desindividualiza, no puede concretarse en personas. Frente al terrorismo clásico, como

el de la banda Baader-Meinhof en Alemania o el de ETA en España, que puede asociarse a personas individuales, ahora tendríamos una red de terrorismo con miembros no visibles, los "sleepers", las células durmientes.

¿Es de verdad esto un rasgo nuevo?, ¿o se está tomando por novedoso lo que no es más que uno de los rasgos característicos del terrorismo, precisamente el que le confiere especial capacidad letal? En España, al menos, el terrorismo a la antigua usanza de ETA siempre fue así, e imagino que no habrá sido muy distinto con la Baader-Meinhof. Así, se habla de comando 'legales' para aludir a los terroristas que conviven entre nosotros y que no han sido todavía detectados por la policía, por lo que su capacidad de llevar a cabo acciones por sorpresa es mucho mayor, lo que expresa la misma idea que los "sleepers".

Incluso en la criminalidad ordinaria, no terrorista, algunos de los peores delincuentes, como los psicópatas, son a menudo personas con una apariencia normal que conviven entre nosotros y pueden planear y cometer las mayores atrocidades en la casa de al lado. Basta citar uno de los crímenes individuales más inhumanos que puedan concebirse, el denominado 'monstruo de Amstetten', que llevó a cabo sus atrocidades en el sótano de su casa, haciendo por lo demás una vida comple-

tamente normal. Creo que una parte de la delincuencia más grave reúne desde siempre estas características.

2. En segundo lugar, la amenaza, se dice, no puede localizarse en el espacio, opera a **escala global**.

Es cierto que las nuevas tecnologías permiten acciones a gran escala y a distancia. Internet, por ejemplo, permite que una injuria que antes quedaba en el ámbito local se convierta en una injuria global, y ello requiere sin duda respuestas coordinadas; pero tampoco esto es algo que desconozca el Derecho Penal clásico. Desde hace mucho tiempo existen instrumentos específicos de cooperación para combatir los delitos que presentan estructura transfronteriza: la trata de personas, el tráfico de drogas, el blanqueo de capitales, la contaminación, las guerras agresivas. La extensión del principio de justicia penal universal, hasta hace poco meramente testimonial, y la creación de Tribunales internacionales, con la Corte Penal Internacional a la cabeza, son buena muestra de que las dimensiones espaciales de los delitos han cambiado, y también las respuestas, pero sin que éstas planteen problemas de legitimidad constitucional.

3. En tercer lugar, la **dimensión extraordinaria del daño**, equiparable a los

grandes accidentes industriales, que contrastaría con los actos criminales selectivos e individualizados del pasado.

De nuevo, creo que se toma por novedoso algo que ha existido desde siempre. El peligro no procede de la nueva estructura del terrorismo, sino de la extensión de la capacidad lesiva de los nuevos instrumentos tecnológicos. Y de nuevo aquí se olvida lo importante. La cuestión, en éste y en cualquier delito, es cuánto o cuan poco esfuerzo hay que poner para lograr un determinado efecto trágico. Con tiempo, una sola persona puede, desde luego, degollar a cien mil, pero es difícil que se dé la ocasión, salvo en actuaciones del poder institucional, como muestran genocidios en el pasado. Pero hay vías de acción que, con muy poco esfuerzo, consiguen grandes efectos. Siempre las ha habido en la criminalidad clásica, no es una peculiaridad del terrorismo moderno, y siempre han sido combatidas con una severidad acorde al riesgo que comportan.

Baste citar un ejemplo: los estragos, y en particular el incendio en zona habitada, un delito clásico, que, en tiempos históricos –calles estrechas, casas de madera, acumulación de residuos, hogares abiertos con fuego, etcétera–, podía provocar efectos devastadores con una energía criminal mínima –recuérdese,

por ejemplo, el famoso incendio de Londres de 1666–, lo que explica que siempre fuera castigado con penas severísimas<sup>2</sup>.

Lo único que ha cambiado en este terreno, es que, primero, las nuevas tecnologías han aumentado mucho el tipo de acciones ‘baratas’ –poco esfuerzo, mucho resultado–; y, segundo, por primera vez la amenaza podría llegar a ser casi global. De hecho es genuinamente global, o sea para la toda la especie humana, en ciertos casos que, sin embargo, hasta ahora no están a disposición de los terroristas: manejo de un arsenal nuclear como el que tienen a su disposición Estados Unidos o Rusia.

Desde luego, y por muchas razones, el atentado de las Torres Gemelas es especialmente llamativo, pero en muchos países lleva muriendo mucha más gente de manera tan atroz desde hace décadas. En el atentado de Bali murieron muchos cientos de personas, y no se le prestó tanta atención. En 2006 murieron en la India por atentados terroristas clásicos, en un conflicto local podrido por el tiempo, 2.765 personas, de las cuales el 40% de ellos murieron sólo en Cachemira. El

---

<sup>2</sup> El Código de 1848 castigaba el incendio en edificio, buque o lugar habitado con la pena de cadena perpetua a muerte (art. 467, tras la reforma de 1850).

mismo día en que se celebraba este seminario morían en Jaipur al menos 80 personas, y hubo cientos de heridos. Por no hablar de Israel y Palestina o de las distintas guerras civiles o no civiles que diezman la población.

Es más, y de ello me ocuparé después, la historia ha mostrado hasta la saciedad que los crímenes masivos de mayor gravedad son prácticamente monopolio del poder establecido, único que cuenta con medios y ocasión para cometer ciertas atrocidades. Y es precisamente el control de la actividad del Estado lo que, paradójicamente, se quiere reducir en las propuestas actuales frente al terrorismo global.

4. En cuarto lugar, los nuevos crímenes **no responderían a la represión y a la amenaza de pena**, como demostraría, entre otras cosas, la existencia de **terroristas suicidas** con un comportamiento irracional.

Creo que tampoco aquí hay ninguna novedad reseñable. Por un lado, una buena parte de la peor criminalidad ha sido siempre inmune a la amenaza de pena, incluso cuando lo que está en juego es la propia vida del delincuente. Lo es, en general, la delincuencia por convicción, pero no sólo. Por otro lado, el fenómeno de los delincuentes suicidas no es tampoco novedoso, y, contra lo que a veces se

pretende, no parece responder a esquemas de fanatismo religioso, aunque pueda ser un componente adicional. Estudios modernos, como los llevados a cabo por Pape<sup>3</sup>, que analizó 187 actos de terrorismo suicida cometidos entre los años 1980 y 2001, parecen mostrar que sus motivaciones responden a un perfil altamente homogéneo, en el que la nota característica es la lucha organizada para liberar una tierra de los que son considerados ocupantes extranjeros. El sentimiento nacionalista, muy arraigado en el ser humano, sumado a una situación de represión grave, parece explicar en la mayor parte de los casos el recurso a esta medida extrema. En cualquier caso, no se trata de una novedad del terrorismo surgido en el 11-S, sino de un fenómeno ya conocido, que ciertamente requiere medidas especiales, como en general las requiere toda esa amplia capa de delincuencia grave que es inmune a la amenaza de pena. Pero hace ya mucho tiempo que el Derecho penal es consciente de que la intimidación es sólo parte de su *modus operandi*.

5. Por último, el **carácter sistémico** de la amenaza terrorista. Supuestamente, este terrorismo no operaría a favor de un determina-

---

<sup>3</sup> Robert A. - Pape, "The Strategic Logic of Suicide Terrorism", *American Political Science Review*, vol 97, nº 3, agosto de 2003, págs. 1 y ss.

do grupo social contra las injusticias de un concreto orden político, sino que atacaría directamente todo el orden, y por extensión todo el modo occidental de vida. Así, en lugar de acciones selectivas, habría asesinatos a gran escala que pueden afectar a cualquiera, igual que puede afectarnos un desastre natural.

Creo que esta percepción tampoco es exacta. En todas las sociedades hay sentimientos xenófobos que en su manifestación más extrema conducen al desprecio del otro: de otro color, otra raza, otra familia, otra religión. Las luchas fratricidas entre los tutsis y los hutus, entre católicos y protestantes en el pasado, entre los hindúes y los musulmanes, entre el norte y el sur en Estados Unidos, etcétera, son el pan nuestro de cada día, y lo han sido desde que la humanidad existe. Tienen seguramente una base genética: se manifiestan con una intensidad similar en los animales, en los que no cabe atribuirlo a razones culturales. La criminalidad convencional ha tenido en cuenta estos hechos, que no presentan nada estrictamente novedoso que vaya más allá de un fenómeno tan antiguo como el ser humano. Basta con echar un vistazo al antiguo testamento.

La imagen que a veces se difunde de que el moderno terrorismo tomaría su combustible

de una extendida aversión del mundo musulmán hacia occidente es una generalización que ni el sentido común ni la experiencia de cualquiera que conozca mínimamente dichas sociedades autoriza a extraer. El modo de vida occidental, y es dudoso que tenga suficiente homogeneidad para tratarlo como un bloque, puede molestar a algunos, seguro que lo hace, pero no a otros. Habrá aspectos que se rechacen, pero otros han mostrado tener una extraordinaria fuerza expansiva, como por otra parte ha sido siempre la tónica en los intercambios culturales. El que haya terroristas cuya acción vaya dirigida contra el modo de vida occidental no es cualitativamente distinto de que haya otros grupos criminales que intentan imponer sus ideas racistas, sexistas, políticas, etc. Es, desgraciadamente, parte de nuestra forma de ser, y no una peculiaridad que emerja en el moderno terrorismo.

En **resumen**, ninguna de las notas que se suponen diferentes en la situación actual lo son en realidad. El Derecho, y en particular el Derecho penal ha lidiado siempre con situaciones de este tipo, y si sus recetas eran correctas antes (algo que, desde luego, se puede discutir), también lo serán ahora.

Pero antes de analizar alguna de esas recetas es necesario plantear una cuestión previa.

III. ¿Por qué surge la percepción de que algo ha cambiado hasta el punto de requerir la renuncia o preterición de algunas de las clásicas garantías del Estado de Derecho?

Apuntaré cuatro razones interconectadas, sin descartar que pueda haber otras.

1. Sesgos psicológicos en la percepción del riesgo.

A pesar de la importancia que los estudios sobre sesgos psicológicos en la percepción del riesgo han adquirido en otras áreas, como la economía, en la discusión jurídica la atención ha sido menor, pese a su trascendencia, al ser el peligro un elemento central de muchas construcciones legales y teóricas.

El propio lenguaje ordinario da cuenta de la frecuente sobrevaloración del riesgo. Un simple ejemplo, pero que es significativo, así como hay varios términos para referirse a la probabilidad de un mal –peligro; riesgo; amenaza–, no es fácil encontrar uno correlativo, que sea claro, para expresar la probabilidad de un bien, pese a que ambas situaciones tienen una estructura evidentemente simétrica. Y si de las palabras pasamos a las percepciones psicológicas, se percibe también esta asimetría. Así como cualquiera tiene una percepción psicológica muy viva de lo que es

estar en peligro, no hay nada correlativo para una sensación de estar en (y aquí faltan hasta las palabras) una situación de que algo bueno nos ocurra. Como frente a estas situaciones no hay que reaccionar en defensa, no necesitamos ni palabras ni siquiera sentimientos que lo reflejen, salvo el genérico de euforia o felicidad anticipada.

Y este sesgo en la percepción del riesgo coincide con los resultados de trabajos experimentales que han demostrado que no sólo somos, en ciertos contextos, muy limitados en la estimación de probabilidades<sup>4</sup>, sino que nuestro razonamiento en este campo funciona mediante heurísticos que frecuentemente dan lugar a sesgos como, entre otros, la sobrestimación del peligro en la medición de probabilidades, o la aversión al riesgo<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Un ejemplo sencillo de esta incapacidad lo pone de relieve de la manera más cruda la denominada 'paradoja del cumpleaños'. Prácticamente nadie acierta, ni aproximadamente, cuando se le pide que estime cuánta gente debe haber en un grupo para que la probabilidad de que dos integrantes cumplan años el mismo día supere el 50%. Las estimaciones que hacen los preguntados suelen situarse en torno a grupos de 150 personas (más o menos la mitad de los días del año), cuando en realidad sólo hacen falta 23 para alcanzar el 50'7%, 30 para llegar al 70% y 60 para que la probabilidad sea superior al 99%.

<sup>5</sup> En una serie de interesantísimos trabajos experimentales, que les valió el reconocimiento internacional y, al primero de ellos (porque el segundo había fallecido) el

En qué medida la percepción actual del riesgo del terrorismo entraña algún tipo de sesgo no me atrevería afirmarlo con rotundidad, pero intuyo que hay algo de ello, que las frías estadísticas podrían sacar a la luz.

Es cierto que, en el mundo del derecho, ya las propias apariencias tienen algún valor, así que la percepción social de amenaza merece ser tomada en cuenta incluso si no se corresponde con una situación objetiva de base. Pero, ante todo, la labor legislativa debe tener un componente de racionalidad. Las medidas que se adopten tienen que responder a necesidades reales y ser funcionales a la hora de

---

Nobel de economía en 2002, Kahneman y Tversky mostraron cómo nuestras limitaciones cognitivas nos llevan a recurrir a 'atajos' de razonamiento –heurísticos– que nos permiten procesar información rápidamente, pero que a la vez provocan frecuentes errores (sesgos) en la apreciación de la probabilidad o del riesgo. Véase, entre otros, los siguientes trabajos, "Judgement under uncertainty: Heuristics and biases"; "Subjective probability: A judgement of representativeness"; "Judgements of and by representativeness"; "Availability: A heuristic for judging frequency and probability"; "Intuitive prediction: Biases and corrective procedures"; "On the study of statistical intuitions", "Variants of uncertainty"; todos ellos recogidos en el libro colectivo, *Judgement under uncertainty: Heuristics and biases*, editado por Daniel Kahneman, Paul Slovic y Amos Tversky. Cambridge University Press, Nueva York, 1982.

prevenir efectos lesivos, y para ello debe hacerse una evaluación objetiva del riesgo a la luz de los mejores conocimientos disponibles, y no basarse exclusivamente en percepciones subjetivas no contrastadas, que muchas veces pueden ser erróneas.

## 2. Impacto visual excepcional del atentado del 11-S.

Una explicación que también puede tener importancia, y que se mueve en una línea similar a la anterior, es el concreto impacto visual, excepcional sin duda, del atentado de las Torres Gemelas, que pudo ser presenciado en directo por el mundo entero. Como operación de guerra terrorista, en la que importa tanto el resultado como su efecto propagandístico en la sociedad, hay que reconocer que realmente fue casi perfecta, y ha quedado impresa de manera indeleble en nuestra memoria visual, algo que no sucede con otros atentados similares, como el de Madrid o, en el mismo 11-S, el que sufrió el Pentágono.

A ello se añade el lugar donde se cometieron los hechos. No sólo en el país más poderoso del mundo, sino en su ciudad más importante, y a la vez la más significativa del planeta. La situación de todos los días en Bagdad, o en palestina, o en los países africanos arrasados por la guerra es absolutamente

dramática, pero, al menos en occidente, pensamos en las Torres Gemelas. Quizás, para la actual generación de Estados Unidos ha habido efectivamente algo especial, porque no habían padecido nada similar, y desde luego nunca en su territorio, pero, en una visión global, se trata de hechos habituales; especialmente simbólicos, si se quiere, pero nada más.

### 3. Hipersensibilidad al infortunio.

Una característica de las sociedades desarrolladas, en las que los ciudadanos gozan de una vida fácil, basada en una buena posición económica y una larga esperanza de vida, es la hipersensibilidad al infortunio, algo que difícilmente se da en sociedades en las que la desgracia ronda a la población a diario.

Esta sensibilidad especial puede tener un alcance más o menos general. En España, desgraciadamente, su umbral es relativamente alto en lo que se refiere al terrorismo, y ello ayuda a explicar el desigual impacto de los atentados del 11-M y el 11-S en las poblaciones de Estados Unidos y España. Naturalmente, ello puede provocar a su vez un efecto, también sesgado pero de dirección contraria, de insensibilidad o entumecimiento frente al riesgo.

De nuevo, sólo el examen desapasionado de los hechos permite una apreciación racional del peligro, que permita adoptar las medidas jurídicas adecuadas, sin excesos ni defectos.

4. Olvido de quién es el enemigo principal.

Un último factor que seguramente tiene importancia, y que puede llevarnos a proponer inadecuadas medidas de reducción de las garantías básicas, es el olvido de quién es el enemigo principal. Los terroristas, como en general cualquier organización criminal ‘privada’ pueden causar mucho daño, pero difícilmente pueden cometer ni siquiera un ápice de lo que el Estado ha demostrado ser capaz de hacer si no se somete a los límites y garantías adecuadas.

Con toda su locura criminal, los nazis no hubieran podido matar a seis millones de personas si no acceden al poder del Estado con todos sus recursos; ni Pol Pot, al mando de los Jemeres Rojos, hubiera podido eliminar a la cuarta parte de la población de Camboya en otra situación que no fuera el abuso del poder del Estado; y así en cualquiera de los grandes genocidios de la historia, invariablemente asociados al ejercicio del poder superior en un territorio.

Desgraciadamente, esto es algo que hoy, en nuestras sociedades avanzadas, regidas por un Estado de derecho, y dotadas de sistemas jurídicos celosos de los derechos individuales, tendemos a olvidar<sup>6</sup>. Es difícil ver al Estado, que nos protege y nos da bienestar, como una posible fuente de peligro, porque hace años que no lo es. Pero con ello estamos olvidando que si el Estado no es hoy en occidente una fuente de peligro es precisamente debido a las garantías que luego queremos erosionar para evitar otro tipo de riesgos que, cuantitativa y cualitativamente, son mucho menores.

Esto se percibe especialmente bien al explicar en clase, a jóvenes que han vivido toda su vida en un sistema democrático, el origen histórico del actual delicado equilibrio entre libertad y seguridad. Cuesta hacerles entender que los principios del Derecho penal moderno surgieron principalmente como límites al *ius puniendi*, como garantías para el ciudadano frente al peor criminal posible, que es el Estado cuando se organiza para delin-

---

<sup>6</sup> No así quienes han padecido de cerca el terrorismo del Estado. Un lúcido análisis del mismo, ejemplificado en el caso argentino, puede verse en Ernesto Garzón Valdés, "El terrorismo de estado (El problema de su legitimación e ilegitimidad). *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n° 65, julio-septiembre 1989, págs. 35-55.

quir. El abandono o el debilitamiento de las garantías asociadas al Estado de derecho tendría el mismo trágico efecto que abrir la jaula del león para confinar en ella al perro que nos ataca.

Con las anteriores reflexiones no quiero dar la impresión de que considero las actividades asociadas al nuevo terrorismo como algo intrascendente. Más bien he querido destacar la necesidad de valorar racionalmente el riesgo, evitando sesgos que nos puedan llevar a ponderarlo en exceso; advertir sobre los riesgos alternativos que entraña la adopción de ciertas respuestas a este problema, que podría eventualmente abrir la puerta a otros más graves; y, por último, proponer mantenernos firmes en las recetas tradicionales de lucha contra la criminalidad, ya que no hay nada en la actual situación que sea esencialmente novedoso, que nos obligue a proponer un vuelco esencial en nuestra forma de entender la justicia o las garantías y principios asociados al Estado de Derecho.

IV. La respuesta jurídica frente a situaciones excepcionales.

La teoría jurídica no siempre se ajusta a la buena práctica científica de buscar la simplicidad. Hay una cierta tendencia a multiplicar

los entes, ya sea al interpretar la realidad, ya al proponer respuestas jurídicas para ella.

Los desafíos que plantea al derecho el ‘nuevo’ terrorismo no son más que otro episodio, entre otros muchos, del clásico conflicto de intereses entre libertad y seguridad para preservarla. Su estructura es, por tanto, la propia de las situaciones de necesidad: restringimos ciertos derechos para asegurar otros, o ciertas facetas de un interés para preservar otras. Y en este punto, la racionalidad se resume en una regla enormemente simple: si el conflicto es inevitable, sacrifica lo menos para preservar lo más; una regla que en el Derecho Penal está expresamente recogida en la circunstancia de estado de necesidad, del artículo 20.5 del Código Penal, que permite cometer un hecho típico cuando ello sea un mal menor, necesario para preservar intereses superiores.

Es sorprendente que esta regla tan simple, cuya validez incondicionada se pone de relieve con sólo imaginar la plausibilidad de su contraria, haya sido tan frecuentemente oscurecida con polémicas que en algunos casos no encierran más que meras disputas terminológicas, y en otros la pervivencia de la, ciertamente difícil de erradicar del plano científico, metafísica.

En la tarea concreta de enfrentarse a los nuevos retos del terrorismo, en la medida en que los haya, la acción legislativa debe guiarse por el simple y viejo principio de racionalidad de que el remedio para el problema no acabe siendo peor que éste. Y ello requiere valorar todo lo que está en juego.

En mi opinión, la mejor forma de afrontar este proceso es elaborando una teoría de respuestas jurídicas para situaciones extraordinarias o excepcionales. Aquí van una serie de ideas en esa dirección, la mayor parte de ellas casi triviales:

1. En la medida de lo posible, **anticiparse** a los problemas excepcionales legislando en frío, combatiendo la habitual tendencia a hacerlo con la imagen de las víctimas delante y el corazón encogido, algo que casi siempre propicia malas soluciones. La Patriot Act, aprobada en Estados Unidos como reespuesta al 11-S, es un ejemplo casi perfecto de los inconvenientes de legislar en caliente.

2. Adoptar una legislación de respuestas **escalonadas**, porque la excepcionalidad, como casi todo, admite diversos grados. La línea es la marcada en las Constituciones modernas por la regulación de los estados de alarma, excepción, y sitio, donde hay distintos niveles de excepcionalidad. De una legislación de

este estilo debería poder deducirse, por exclusión, una determinación clara del estado de normalidad, caracterizado por el respeto más amplio a los derechos y garantías fundamentales. Basta un vistazo a la legislación española en la materia<sup>7</sup> para apreciar lo medidas que están las soluciones y cómo puede razonablemente buscarse un equilibrio entre libertad y seguridad también en situaciones excepcionales.

3. Para lo menos excepcional, lo que todavía permanece en el marco de la **normalidad criminal**, debería bastar con **ajustes menores** en la legislación.

Por ejemplo, si el terrorismo es un fenómeno transnacional, la celebración de convenios internacionales de ayuda mutua y de persecución universal de los delitos. Si su frecuencia aumenta, el incremento correlativo de los medios policiales. Si hay alguna amenaza especialmente grave, como puede ser el uso de armamento o materiales nucleares, la anticipación de la tutela mediante la prohibición de actos preparatorios, algo que desde siempre contempla nuestra legislación, que sanciona la mera posesión de material radioactivo (art. 345 CP), y, en la medida en que este tipo

---

<sup>7</sup> Especialmente la muy ponderada Ley 4/1981, de 1 de junio de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio.

de armas requieran medios que normalmente sólo pueden obtenerse en el mercado internacional, la celebración de convenios específicos. En este sentido, por ejemplo, hace algo menos de un año, ratificó España el Convenio Internacional para la Represión de los Actos de Terrorismo Nuclear, que fue realizado el 13 de abril del 2005 en Nueva York, en el que precisamente se trata de crear una normativa internacional que trate de anticipar la respuesta penal en el caso de peligros nucleares.

4. En cualquier caso, incluso para **ajustes** de menor entidad, hay una serie de reglas que deberían ser tenidas en cuenta.

a. La primera, y que es fundamental, tiene que ver con la **evaluación de lo que está en juego**: qué intereses se ven comprometidos por los ataques y por nuestras posibles respuestas y en qué grado.

En esta evaluación deben tenerse en cuenta todos los intereses en juego, los directos y los indirectos, los próximos y los remotos, los conspicuos y los más ocultos. Un ejemplo de valoración inadecuada es la que subyace a las medidas antiterroristas ya incorporadas al Código penal español. El que, sistemáticamente, se establezcan excepciones para los terroristas en la aplicación de beneficios penitenciarios o en otras instituciones que tratan

de favorecer el mandato constitucional de resocialización es algo a lo que nos hemos acostumbrado, pese a que falta una explicación convincente de cuál es el elemento singular que hace que lo se puede conceder a cualquier criminal, por aberrante que sea su delito (a un violador de niños o a un asesino en serie) no se pueda aplicar, o sólo con restricciones, al terrorista. La razonable prevención de ataques terroristas se hace a costa de una irrazonable quiebra en el principio de igualdad<sup>8</sup>.

Los riesgos deben evaluarse de manera racional, tomando en consideración también los sesgos psicológicos que ha puesto de relieve la psicología cognitiva. Del mismo modo que los economistas construían erróneamente su teoría sobre la base del compor-

---

<sup>8</sup> Es notorio el poco respeto al principio de igualdad del legislador español cuando se trata de combatir hechos de gran impacto social. Es el caso también de las muy polémicas reformas introducidas por la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género en los artículos 148.4, 153.1, 171.4 y 172.2 del Código penal, por la que se sancionan más ciertas agresiones cometidas por varones contra mujeres en el ámbito de una relación de pareja que si se cometen a la inversa o en otras circunstancias. Sobre ello puede verse mi trabajo “Desigualdades penales y violencia de género”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 13 (2009), págs. 57-88.

tamiento racional del *homo economicus*, desconociendo que en la realidad nuestro comportamiento está psicológicamente sesgado, a los juristas puede pasarnos lo mismo, y olvidar que esos mismos sesgos pueden llevarnos a sobrevalorar los peligros del ‘nuevo’ terrorismo y proponer medidas desproporcionadas para atajarlos. Seguramente los gigantes no son inocuos molinos, pero tampoco gigantes.

Es verdad que contamos con el inconveniente de que la teoría jurídica no sólo atiende a la realidad, sino también a la percepción de los ciudadanos de ella, y sus normas son dictadas por agentes especialmente sensibles a esta percepción, como son los que forman la clase política, pero, igual que hay que intentar explicar y convencer a la sociedad de las indudables ventajas de contar con garantías como el efecto de cosa juzgada, la prescripción de los delitos, o la invalidez de las pruebas ilícitamente obtenidas, también es conveniente marcar un contrapunto racionalmente fundado frente a percepciones erróneas del riesgo que puedan derivar en medidas legales desproporcionadas, y en último extremo, más limitativas de derechos fundamentales de lo que la situación requiere.

Un buen instrumento auxiliar en esta tarea es valerse de la **experiencia histórica**, buscando afinidades con casos pasados, las res-

puestas que se dieron y los efectos de éstas. En España un buen ejemplo es el de los GAL, que pretendieron atajar el grave problema de una actividad terrorista especialmente intensa recurriendo a los mismos métodos que combatían, con el resultado de todos conocido. En el derecho comparado un buen ejemplo es, precisamente, el de las medidas jurídicas adoptadas en Estados Unidos a raíz del 11-S. Guantánamo o las restricciones derivadas de la Patriot Act han causado con seguridad un daño más profundo a la lucha contra el terrorismo internacional que los propios atentados. Es una buena muestra de que en estos temas no hay ‘atajos’ milagrosos.

En este punto, mi opinión, (que, naturalmente, puede estar parcialmente condicionada por un sesgo personal de optimismo), es que, hoy por hoy, los riesgos del terrorismo islámico son infinitamente menores que los que proceden de otras fuentes naturales o provocadas, y no justifican más que ajustes menores en la legislación. Desde luego no ajustes gruesos, como Guantánamo, o la permisón de la tortura, pero ni siquiera otros menores que erosionan principios básicos, como es el caso de las sistemáticas excepciones al régimen ordinario de responsabilidad penal en materia de terrorismo que salpican nuestro Código penal.

7. **Limitar temporalmente** cualquier medida, y someterla a un sistema de **revisión** periódica para evaluar si alcanza sus objetivos, y descartar la aparición de posibles efectos colaterales no tenidos en cuenta al adoptarla.

8. Establecer el **control jurisdiccional** de las nuevas medidas, salvo que sea rigurosamente imposible sin desvirtuar su eficacia.

9. Adoptar subsidiariamente una **regla de prudencia**: *in dubio pro* Estado de Derecho y garantías. Si las sociedades que han alcanzado un nivel superior en el respeto de los derechos humanos básicos son las que han adoptado este modelo, debe ser por algo. El control jurídico de la actuación del estado que caracteriza al Estado de Derecho es, finalmente, una regla universal de prudencia. Es cierto que algunas de sus medidas pueden propiciar soluciones inadecuadas en casos concretos, pero a la larga alcanzan siempre resultados óptimos.

10. Por último, y esta es la parte final de la exposición que quería desarrollar, establecer un sistema de **principios generales de justificación** para afrontar las situaciones nuevas. Ello enlaza con la teoría del estado de necesidad, que puede ejemplificarse en el moderno debate sobre la posible justificación

de la tortura a detenidos para obtener informaciones vitales en la lucha contra el terrorismo.

V. Justificación y estado de necesidad: ¿podría justificarse la tortura en casos excepcionales?

El problema general que quiero abordar en este apartado es el siguiente: además de la legislación especial que pueda eventualmente aprobarse para dar respuesta a un singular problema criminal, como el moderno terrorismo o cualquier otra amenaza grave para la seguridad, todo ordenamiento jurídico tiene que contar con un sistema de principios y reglas generales lo suficientemente amplio como para afrontar la solución de problemas nuevos o excepcionales, y ello obliga a prestar especial atención a cómo se configura y delimita dicho sistema de justificación ya que, invocándolo, podrían adoptarse lícitamente medidas singulares que limiten o lesionen de forma grave derechos básicos.

En Derecho penal, el peligro proviene de la extrema generalidad de algunas causas de justificación: en particular del estado de necesidad.

Como es sabido, las causas de justificación permiten realizar lícitamente comportamien-

tos típicos que, en otras circunstancias, serían punibles. Entre ellas destaca, por su generalidad, el estado de necesidad (art. 20.5 CP), que no es sólo una causa de justificación básica del Derecho penal, ni sólo una causa de justificación del ordenamiento en su conjunto, sino que enuncia un *principio elemental de racionalidad* en la solución de cualquier conflicto: en la elección inevitable entre dos males debe optarse por el menor<sup>9</sup>.

Con este contenido, el estado de necesidad puede aplicarse a cualquier conflicto de intereses, lo que lo convierte en la regla general de justificación<sup>10</sup>. El problema surge a la hora de determinar qué es un mal menor. ¿Lo es

---

<sup>9</sup> Como ha expresado Carlos Nino, “si no hay controversia acerca de qué es lo que constituyen males y acerca de la relativa importancia de los distintos males implicados, sería simplemente irracional tratar de proteger algo contra cierto mal usando una medida que implicara un daño mayor a la misma cosa, o que fuera inefectiva o innecesaria” -*Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*. Buenos Aires: Astrea, 1980, pág. 210.

<sup>10</sup> Detalladamente, Fernando Molina Fernández, “El estado de necesidad como ley general: Aproximación a un sistema de causas de justificación”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología* (2ª época). N.º extraordinario 1 (2000), págs. 199-260. Ahora también en *Estado de necesidad y justificación penal. ¿Es lícita la tortura en situaciones extremas?* Gustavo Ibáñez, Bogotá: 2009, págs. 13-82.

torturar en ciertos contextos?; ¿llevar a cabo escuchas sin autorización judicial en supuestos excepcionales?

En 1977, la prensa alemana destapó el conocido como caso Traube. Se trataba de un físico nuclear que fue sometido a escuchas, sin autorización judicial, por la sospecha de que podía estar pasando información sensible a grupos terroristas. La actuación era, inicialmente ilegal, pero se invocó para su justificación el estado de necesidad, alegación que la mejor doctrina penal consideraba inaceptable, pero que, en una primera aproximación, pudiera parecer justificada: la lesión del derecho fundamental se hacía a cambio de evitar un posible atentado nuclear por parte de terroristas. Como demostró el debate social y jurídico a raíz del caso, muchos estimaban que la intervención era un mal menor.

Otro tanto ha sucedido modernamente con un tema mucho más sensible, que hasta hace poco tiempo se consideraba zanjado: la eventual justificación de la tortura para obtener una confesión que pueda evitar un grave atentado terrorista. A pesar de que de manera casi unánime la doctrina entendía que no cabe tal justificación, y a pesar de que la Convención de Naciones Unidas Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, de 1984, en su artículo 2 apar-

tado 2 dice, de manera tajante, “En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales, tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura”<sup>11</sup>, y añade en el apartado 3: “No podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura”, lo cierto es que modernamente el debate se ha reabierto, y la barrera legal y doctrinal aparentemente sólida que parecía impedir cualquier justificación de la tortura ha demostrado tener una grieta: la justificación de la tortura invocando un estado de necesidad.

Tres casos recientes muestran hasta qué punto se trata de un problema jurídico de primer orden.

1. En Israel, durante años, y especialmente a partir del informe de la Comisión Landau de 1987, se practicó en los interrogatorios por terrorismo lo que, eufemísticamente, se denominó “presión física moderada”. Ello abarcaba conductas como el *Shaking* –sacudir con fuerza y reiterada-

---

<sup>11</sup> En la misma línea, el art. 15 de la Constitución española dispone: “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral sin que, *en ningún caso*, puedan ser sometidos a tortura o penas crueles inhumanas o degradantes.”

mente al detenido en el torso superior haciendo que la cabeza se balancee rápidamente, lo que puede producir daños cerebrales-; permanecer durante un largo periodo de tiempo en la posición “Shabach”, -sentado en una silla pequeña y baja con el asiento inclinado hacia delante, con las manos atadas a la espalda y un saco cubriendo la cabeza hasta los hombros y escuchando música a alto volumen-; “Frog Crouch”, -permanecer en cuclillas sobre las puntas de los dedos del pie-; esposas o ligaduras excesivamente apretadas durante largos periodos de tiempo; privación prolongada del sueño, etc.

En 1999, el Tribunal Supremo de Israel dictó una sentencia memorable<sup>12</sup> en la que, con una excelente argumentación, se declararon ilegales tales prácticas, sobre la base de lo que es permisible en un Estado de derecho. Sin embargo, al final, la sentencia deja un resquicio peligroso: si bien no podría legislarse autorizando la tortura, nada impide que en algún caso se pueda *ex post* esgrimir un estado de necesidad para excluir la responsabilidad por una tortura practicada en situaciones extremas, como las que configuran el denominado *ticking time bomb scenario*, -en el que la única forma de obtener información para

---

<sup>12</sup> *Public Committee Against Torture v. Israel*, de 6 de septiembre de 1999.

desactivar una bomba que va a explotar en una zona concurrida de personas es torturando a quien la ha puesto-.

2. En Estados Unidos, a raíz de los atentados del 11-S, ha vuelto a plantearse la discusión sobre la tortura. Además de algunas propuestas teóricas para legalizarla y protocolizarla, como las del profesor de Harvard Alan Dershowitz<sup>13</sup>, los asesores del presidente G.W. Bush, y en particular el que luego fuera Fiscal General, Alberto Gonzáles, elaboraron un Memorandum<sup>14</sup> en el que se justificaba la legalidad de ciertos actos que podrían constituir tratos crueles, inhumanos o degradantes, sobre la base de varios argumentos, entre los que el más sólido invocaba el estado de necesidad para evitar un mal que se describía como netamente superior al causado.

---

<sup>13</sup> *Why Terrorism Works: Understanding the Threat, Responding to the Challenge* (New Haven: Yale University Press, 2002. Hay traducción al castellano: *¿Por qué aumenta el terrorismo?: para comprender la amenaza y responder al desafío*. Madrid: Encuentro, 2004).

<sup>14</sup> *Memorandum for Alberto Gonzales. Counsel to the President. Re: Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C. §§ 2340-2340A*. El documento puede consultarse en Internet en: <http://www.washingtonpost.com/wp-srv/nation/documents/dojinterrogationmemo20020801.pdf>

3. Por último, en Alemania, país en el que la respuesta contraria a justificar cualquier tipo de tortura parecía sólidamente asentada, se reabrió el debate, y además en toda la sociedad, a causa del caso Daschner, subdirector de la policía de Frankfurt, que amenazó con torturar a un detenido, Magnus Gäfgen, que había secuestrado a un joven, hijo de un banquero, para que confesara dónde lo tenía encerrado. Ante la amenaza creíble de tortura, el secuestrador confesó, aunque en realidad ya era tarde porque previamente había dado muerte a su secuestrado. Con celo germánico, Daschner había hecho constar en el expediente la amenaza y ello motivó su procesamiento, que una parte importante de la sociedad y algunos juristas consideraban inadecuado por concurrir precisamente un estado de necesidad<sup>15</sup>.

Lo que estos tres casos muestran es que de poco sirve ser muy estrictos a la hora de no aprobar legislación que permita injerencias no justificadas en derechos de los ciudadanos, si luego no limitamos la aplicación de causas de justificación generales, como el estado de

---

<sup>15</sup> En la sentencia del *Landgericht Frankfurt am Main*, de 20 de diciembre de 2004, se condenó finalmente a Daschner a una pena de multa por la coacción, pero se le aplicó la excepcional medida prevista en el § 59 del Código Penal Alemán (SEGB), por lo que no tuvo que cumplir la pena.

necesidad, que puedan invocarse para justificar hechos inadmisibles. En los ejemplos seleccionados, el estado de necesidad era el instrumento para ‘legalizar’ la ilegal tortura.

En mi opinión, y muy resumidamente<sup>16</sup>, sólo puede atajarse esta falsa salida sobre la base de una reelaboración de los principios básicos de las causas de justificación, que aquí resumo en dos ideas centrales:

a. En primer lugar, es necesario refinar el modo en que se realiza la *ponderación de intereses* en el estado de necesidad, mostrando que lo que aparentemente es un mal menor, puede ser en ocasiones un mal mayor cuando se valora todo lo que está en juego, y no sólo los intereses más conspicuos del conflicto. Esto es lo que pasa con la tortura. El

---

<sup>16</sup> Con más detalle, Fernando Molina Fernández, “La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema: ¿es justificable la tortura?”, en Antonio Cuerdo Riezu (dir.): *La respuesta del Derecho penal ante los nuevos retos. IX Jornadas de profesores y estudiantes de Derecho Penal de las Universidades de Madrid, celebradas en la Universidad Rey Juan Carlos los días 8, 9 y 10 de marzo de 2005*. Servicio de Publicaciones de la Universidad Rey Juan Carlos /Dykinson. Madrid, 2006, págs. 265-284 (Ahora también en *Estado de necesidad y justificación penal. ¿Es lícita la tortura en situaciones extremas?* Gustavo Ibáñez, Bogotá: 2009, págs. 107-131), y en general los tres trabajos de esta última recopilación.

argumento de necesidad se ha invocado sistemáticamente por los que la practican, y los resultados siempre han sido los mismos. Basta con citar el caso reciente de las torturas llevadas a cabo por soldados de Estados Unidos en la cárcel de Abu Grahib, o en Guantánamo, para darse cuenta de que lo que en un análisis tosco del conflicto puede parecer un mal menor, es en realidad muy superior al evitado. Al debilitar de forma notoria la lucha general contra la tortura, estos actos han provocado un efecto nocivo muy superior a los seguramente exiguos beneficios que se hayan podido obtener con la confesión de los torturados.

Por ello, quienes redactaron y aprobaron la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura, o los Convenios de Ginebra, que califican sin excepción de crimen de guerra el maltrato a prisioneros, o la doctrina penal mayoritaria, que se ha pronunciado insistentemente contra cualquier justificación de la tortura, no eran suicidas o necios, que optaban por un mal mayor, sino gente que ha aprendido las lecciones de la historia en este punto, y han valorado en la ponderación todo lo que está en juego.

b. Ahora bien, el contraste entre la apariencia de justificación que parece resultar de una primera aproximación a estas situaciones

de necesidad y la respuesta negativa que se desprende de una ponderación compleja, hace aconsejable crear una regla especial que zanje la polémica. Creo que, en el caso de la tortura, esto es exactamente lo que ha hecho el art. 2 de la citada Convención de las Naciones Unidas contra la tortura, o el art. 15 de nuestra Constitución, y en otros casos, como por ejemplo en las escuchas ilegales del caso Traube o similares, la regulación específica que determina cuándo se puede y cuándo no intervenir una comunicación.

Contra lo que a veces se ha defendido, es necesario asumir que la existencia de estas reglas especiales cierra el paso a la invocación de la regla general del estado de necesidad (lo que se ha denominado el *efecto oclusivo* de las causas de justificación<sup>17</sup>). En sentido estricto, no es que la regla especial cierre el paso a la general, sino que la interpreta para un caso concreto, cerrando un debate que, de otra manera, podía estar indefinidamente abierto, lo que no es más que aplicación de un principio elemental de economía en la resolución de conflictos.

---

<sup>17</sup> Sobre ello, puede verse el trabajo citado en la nota 10; y, ahora, mucho más pormenorizadamente, Francisco Tomás-Valiente Lanuza, *El efecto oclusivo ente causas de justificación*. Comares. Granada: 2009.

*Concluyo.* Las acciones del terrorismo actual plantean sin duda retos jurídicos, pero, al menos por lo que se refiere a la respuesta penal, no hay en ellas nada esencialmente nuevo que no pueda abordarse con los instrumentos tradicionales del Derecho penal garantista. Con ajustes menores en los tipos penales y con una adecuada interpretación de las causas de justificación, y en particular del estado de necesidad, puede darse una respuesta satisfactoria a los nuevos retos sin una merma sustancial en las garantías y principios básicos que limitan el *ius puniendi* del Estado. Hasta ahora, el Estado de Derecho, edificado sobre el respeto a los Derechos fundamentales del ciudadano, ha desempeñado mejor que ningún otro la tarea de permitir la mejor convivencia en paz de los seres humanos. Nada hace pensar que esta vieja receta haya dejado de funcionar.