

ESTADO DE DERECHO Y CONTRATERRORISMO EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL: IMPLICACIONES, RETOS Y PERSPECTIVAS¹

RULE OF LAW AND COUNTER-TERRORISM AT INTERNATIONAL LEVEL: IMPLICATIONS, CHALLENGES AND PERSPECTIVES

*Cesar A. Villegas Delgado**

RESUMEN: La promoción y el respeto del Estado de derecho, entendido, en términos generales, como aquél principio a la luz del cual el ejercicio del poder –público o privado– debe estar sometido al imperio de la ley, se ha visto severamente cuestionado, tanto en el plano interno como en el ámbito internacional, dentro del marco de la lucha mundial contra el terrorismo. La percepción de la amenaza terrorista como una amenaza a escala global, por un lado, y las controvertidas medidas que han adoptado algunos Estados para luchar contra este tipo concreto de delincuencia transnacional, por otro lado, han sometido las laboriosas construcciones del Estado de derecho a una fortísima presión. Una presión que se pretende justificar por la necesidad de acomodar el Estado de derecho a las nuevas exigencias de la seguridad. Tomando como punto de partida lo anterior, proponemos analizar en el presente estudio los límites que el Estado de derecho en conexión con la protección de los derechos fundamentales y el respeto de la legalidad, tanto en el plano interno como en el ámbito internacional, imponen a la legítima reacción de los Estados frente a la amenaza del terrorismo global.

ABSTRACT: The promotion and respect of the Rule of Law, understood as a principle of governance in which all persons, institutions and entities, public and private, including the State itself, must be subject to the preeminence of law –both internally and internationally– faces a grave challenge in the framework of the global fight against terrorism. The perception of the terrorist threat as a threat on a global scale, on the one hand, and the controversial measures adopted by some States adopted to combat this threat, on the other hand, have faced the laborious constructions of the Rule of Law to a very strong pressure. Based on the aforementioned, this paper analyzes those limits that the Rule of Law in connection with the protection of fundamental rights and respect for legality, both internally and internationally, impose on the legitimate reaction of States to the threat of global terrorism.

PALABRAS CLAVE: Estado de Derecho, terrorismo internacional, contraterrorismo, legalidad internacional.

KEYWORDS: Rule of Law, International Rule of Law, terrorism, counter-terrorism, International legality.

¹ Artículo recibido el 11 de noviembre de 2017 y aprobado para su publicación el 14 de diciembre de 2017.

* El presente artículo se ha elaborado en el marco del Proyecto PAPIIT IN-308809 “Hacia un Estado de Derecho Internacional”, financiado por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). El autor es Doctor en Derecho y Máster en Jurisdicción Penal Internacional por la Universidad de Sevilla. Profesor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Investigador visitante en las Universidades Robert Schuman de Estrasburgo, Universidad de Ámsterdam, Universidad de Leiden, Universidad de Helsinki, Universidad de Bolonia, Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad de Xalapa, Universidad Nacional de La Plata, Universidad de Buenos Aires, Pontificia Universidad Católica del Perú, Academia de Derecho Internacional de La Haya, Instituto René Cassin de Estrasburgo, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado e Internacional de Heidelberg. Miembro de la *European Society of International Law*. Miembro de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. El presente artículo fue elaborado durante la estancia de investigación realizada por el autor en el Instituto de Investigaciones de la Universidad de Xalapa, México. Correo electrónico: cvillegas@us.es

I. INTRODUCCIÓN

En los albores del nuevo milenio, la comunidad internacional ha tenido que hacer frente a un duro periodo marcado por la violencia indiscriminada cometida contra la población civil por parte de distintos grupos terroristas radicales a lo largo y ancho del planeta. La naturaleza virulenta de los atentados, la sofisticación de los medios utilizados para su comisión, las numerosas vías empleadas para su financiación, así como la difícil localización de sus perpetradores, promotores y organizadores, han dificultado, objetivamente, la reacción de los Estados frente a este nuevo tipo de amenaza tanto para su estabilidad interna, como para la paz y la seguridad en el ámbito internacional.

Los Estados, como es sabido, tienen la obligación, consagrada tanto por el Derecho interno como por el Derecho internacional, de adoptar las medidas que resulten necesarias para prevenir y reprimir la comisión de actos de violencia terrorista. Al adoptar dichas medidas, no obstante, deben respetar tanto el Estado de derecho como ese núcleo duro de derechos humanos absolutos e inderogables que se opone como límite infranqueable a la acción y voluntad de todo Estado. Los actos de violencia terrorista radical que hemos venido padeciendo en la última década y media aspiran a destruir lo que nos define como civilización: Estado de derecho, democracia y derechos humanos. Resulta paradójico, en este sentido, que la respuesta que la mayor parte de las potencias occidentales han dado hasta el momento al fenómeno del terrorismo haya adoptado una lógica simétrica a la de los propios terroristas, en detrimento de lo que nos define como civilización. Esta situación, muy a nuestro pesar, ha supuesto una victoria para la barbarie del terror toda vez que el uso de la fuerza indiscriminada al margen de la legalidad internacional, la violación masiva y sistemática de los derechos humanos en aras de la seguridad nacional y el menosprecio del multilateralismo y el Derecho internacional, han generado aún más terror.

Desde la más profunda convicción de que la respuesta de los Estados al desafío de la violencia terrorista debe ser consistente con los valores y principios que nos definen como civilización, proponemos analizar a lo largo del presente artículo los límites que el Estado de derecho en conexión con la protección de los derechos fundamentales y el respeto de la legalidad, tanto en el plano interno como en el ámbito internacional, imponen a la legítima reacción de los Estados frente a la amenaza del terrorismo global.

Ahora bien, y partiendo de la base de que las medidas o planes de acción para luchar en contra del terrorismo internacional se definen regularmente en el seno de foros diplomáticos multilaterales –como la Organización de las Naciones Unidas–, pero se materializan, en última instancia, en el interior de cada Estado, consideramos necesario analizar el alcance y contenido del principio del Estado de derecho, tanto en su vertiente interna como en la internacional (apartados II y III), para poner de relieve que entre ambas vertientes de dicho principio existe una ínsita relación de influencia recíproca que limita la actuación de los Estados.

En sentido, y al hilo de lo anterior, analizaremos los límites específicos que ambas vertientes del Estado de derecho imponen a la legítima reacción de los Estados frente a la amenaza del terrorismo radical, tanto al interior de sus fronteras como en su proyección internacional (apartado IV).

Finalmente, y a manera de conclusión (apartado V), nos referiremos a los retos que debe afrontar la comunidad internacional para preservar los principios y valores que definen las fronteras de lo permisible y de lo legítimo de la acción de los Estados contra el terrorismo, sin sucumbir a la tentación de garantizar su seguridad a toda costa y en detrimento de lo que nos define como civilización: Estado de derecho, democracia y derechos humanos.

II. EL ESTADO DE DERECHO EN EL PLANO INTERNO

Desde el punto de vista del orden jurídico estatal interno, el sometimiento del poder público al Derecho ha sido objeto de estudio en las distintas tradiciones jurídicas existentes en el mundo. Por cuestiones metodológicas y en virtud de los límites materiales del presente estudio, centraremos nuestra atención en las dos principales tradiciones jurídicas de Occidente, es decir, la tradición jurídica Continental y la del Common Law. Dentro de la tradición jurídica Continental, la sumisión del poder estatal al Derecho se manifestó a través de la institución jurídica del Rechtsstaat o Estado de derecho –conceptualmente elaborada, por vez primera, en Alemania²–, mientras que en el Common Law la idea del sometimiento del poder público al Derecho se expresó mediante el principio denominado Rule of Law³.

Con la expresión Estado de derecho, como asegura el profesor Ferrajoli, se entienden, habitualmente en el uso corriente, dos cosas diferentes que es oportuno distinguir con rigor. En sentido lato, débil o formal –al que el autor denomina Estado legislativo de Derecho–, la expresión designa a cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas y con los procedimientos legalmente establecidos. Desde esta perspectiva, serían Estados de derecho todos los ordenamientos jurídicos modernos, incluso los más antiliberales, en los que los poderes públicos tienen una fuente y una forma legal. En un segundo sentido, fuerte, material o sustancial –al que el autor denomina Estado constitucional de Derecho–, se refiere, en cambio, sólo a aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos están, además, sujetos a la ley (y, por tanto, limitados o vinculados por ella), no sólo en lo relativo a las formas, sino también a los contenidos. En este significado más restringido, que es el que defiende dicho autor, se ubicarían únicamente aquellos ordenamientos en los que todos los poderes, incluido el

² Al margen de que, como señala el profesor Pérez Luño, exista un amplio acuerdo, entre quienes han abordado el estudio del Estado de Derecho en su dimensión histórica, en cifrar el origen moderno de esta idea en la filosofía política de Immanuel Kant, lo cierto es que la paternidad del término *Rechtsstaat* suele ser atribuida a Robert Von Mohl, de quien se afirma haberlo utilizado, por primera vez, en su obra “*Staatsrecht des Königreichs Württemberg*”, publicada en 1829 y, asimismo, haberlo incluido en el título de una obra posterior, “*Die deutsche Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*”, que vio la luz en 1833. En este sentido, véase PÉREZ LUÑO, E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 10ª ed., Tecnos, Madrid, 2010, Págs. 220 y 225. Sobre el origen del Estado de derecho dentro de la ciencia jurídica alemana véase, entre otros, BÖCKENFÖRDE, E. W., *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, Trotta, Madrid, 2000.

³ Dicho término fue atribuido a Albert Venn Dicey, quien lo introdujo, por vez primera como un concepto debidamente estructurado, en su obra titulada *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* publicada en 1885. Al respecto, véase DICEY, A.: *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 9ª ed., McMillan, Londres, 1956, Págs. 183 y ss.

legislativo, están vinculados al respeto de principios sustanciales, establecidos por las normas constitucionales, como la división de poderes y los derechos fundamentales⁴.

El aspecto formal del Estado de derecho ha sido defendido por autores como Fromont, quien lo concibe como aquella idea según la cual la acción del Estado no es legítima más que si obedece al Derecho, es decir, a un conjunto de normas preestablecidas⁵. Como podemos advertir, la legalidad de la actuación del poder del Estado depende, para este autor, de la observancia de un determinado cuerpo normativo, con la condición de que haya sido previa y formalmente establecido. Esta posición formal, no prejuzgaría respecto al hecho de que el marco jurídico que rige la acción del Estado haya sido legítimamente establecido. En este sentido, el Estado de derecho será meramente formal cuando los típicos elementos formales del Derecho reglamenten la vida pública, pero sin estar planteada la exigencia de una orientación de su contenido según un orden superior de normas⁶.

Por otra parte, juristas como el profesor Pérez Luño no parecen compartir la idea formal del Estado de derecho, y sostienen que se trata no sólo de un Estado de legalidad formal, sino de aquel Estado en el que la legalidad se funda en la soberanía popular y se dirige a la tutela de los derechos fundamentales. El Estado de derecho es, por tanto, una expresión de legalidad política⁷. Desde esta perspectiva, el pensamiento del profesor Pérez Luño se ajustaría, precisamente, al sentido material del Estado de derecho, toda vez que, como defiende dicho autor, la legalidad a la que se encuentra sometido el poder dentro de un Estado de derecho está orientada por un orden superior de normas, fundamentadas sobre la base de la soberanía popular y la protección de los derechos fundamentales. Por tanto, se considerará un Estado de derecho –sustancial– aquel Estado que también garantice el compromiso del contenido de la legislación con normas superiores y lo asegure con una Constitución que normativice los derechos fundamentales del individuo mediante una legislación subordinada a esa Constitución⁸.

⁴ Aparte de estos dos modelos, y ante la crisis por la que ambos atraviesan, Ferrajoli identifica un tercer tipo ampliado de Estado de Derecho, cuyas formas y contornos, como él mismo reconoce, son todavía inciertos. Se trataría de un nuevo paradigma: el Estado constitucional de Derecho ampliado al ámbito internacional a partir del proceso de integración experimentado en el seno de la Unión Europea. Tomando como referencia este proceso, el autor propone la construcción de una democracia internacional, inspirada en el modelo teórico del Estado constitucional de Derecho, para hacer frente a lo que denomina un gobierno mundial, es decir, a la concentración de decisiones trascendentales para la vida internacional en una cúspide planetaria, no necesariamente democrática ni vinculada por límites y garantías. Sobre este punto, véase FERRAJOLI, L., “Pasado y Futuro del Estado de Derecho” en CARBONELL, M. Y OROZCO, W. (eds.), *Estado de Derecho, Concepto, Fundamentos y Democratización en América Latina*, UNAM-Siglo XXI, México, 2002, Págs. 187-188. Para un estudio particular sobre la propuesta de un tercer paradigma de Estado de derecho ampliado al ámbito internacional, véase RUIZ VALERO, J., “¿Hacia un nuevo modelo de Estado de Derecho? El Estado de Derecho internacional en la visión de Luigi Ferrajoli”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XI, 2011, Págs. 119-146. En todo caso, debemos señalar que aunque el título del artículo haga referencia al “Estado de Derecho internacional”, Ferrajoli no emplea dicho término en su propuesta sino que se refiere a una hipotética “democracia internacional”.

⁵ FROMONT, M., “République fédérale d’Allemagne. L’État de Droit”, *Revue du Droit Public*, 1984, Págs. 1203-1226.

⁶ STEIN, T., “Estado de Derecho, Poder público y Legitimación desde la perspectiva alemana”, *Working Papers*, nº 88, 1994, Institut de Ciències Polítiques i Socials, Pág. 11.

⁷ PÉREZ LUÑO, A., *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1999, Pág. 59.

⁸ STEIN, T.: “Estado de Derecho, Poder público y Legitimación desde la perspectiva alemana”, *op. cit.*, Págs. 11 y ss.

Con la distinción entre Estado de derecho formal y Estado de derecho sustancial, intentamos poner de manifiesto que para la existencia de un auténtico Estado de derecho no basta con asegurar la sumisión del poder ejecutivo a la ley, sino que es necesario garantizar también la del legislador a un orden superior de normas, pues como ha manifestado en reiteradas ocasiones el profesor Elías Díaz no todo Estado es un Estado de derecho⁹.

Ahora bien, dentro de la institución del Rule of Law, y tal como sucede con el Estado de derecho, es posible distinguir también tanto una categoría formal como otra material. Para autores como Craig, las teorías formales del Rule of Law son aquellas que centran toda su atención en los aspectos formales de la ley, esto es, en cómo la norma es creada y en sus atributos esenciales (generalidad, claridad, irretroactividad, etc.), esto es, atienden a que la ley sea suficientemente clara para poder guiar la conducta de los individuos, pero no prejuzgan su contenido. Las teorías sustanciales, continua argumentando dicho autor, son aquellas que ponen el acento en el contenido de la norma que, además de los elementos formales, debe responder a ciertos principios como la justicia y la moral¹⁰.

A pesar de que generalmente suele considerarse al Rule of Law y al Estado de derecho como expresiones equivalentes a la hora de enunciar la idea general de la sumisión del poder al Derecho, debemos señalar que entre ambas instituciones jurídicas existen apreciables diferencias no sólo de forma sino, también, de fondo. Dichas diferencias quedarían sintetizadas en las conclusiones a la que llegaba el profesor Zagrebelsky después de haber realizado un análisis comparativo entre ambas instituciones jurídicas, para este autor:

«El Rule of Law [...] se orienta originalmente por la dialéctica del proceso judicial [...]; la idea del Rechtsstaat, en cambio, se reconduce a un soberano que decide unilateralmente. Para el Rule of Law, el desarrollo del Derecho es un proceso inacabado [...]; el Rechtsstaat [...] tiene en mente un Derecho universal y atemporal. Para el Rule of Law, el Derecho se origina a partir de experiencias sociales concretas. Según el Rechtsstaat, por el contrario, el Derecho tiene la forma de un sistema en el que a partir de premisas se extraen consecuencias. Para el Rule of Law, el estímulo para el desarrollo del Derecho proviene de la constatación de la insuficiencia del Derecho existente, es decir, de la prueba de su injusticia en el caso concreto. La concepción del Derecho que subyace al Rechtsstaat tiene su punto de partida en el ideal de justicia abstracta. La preocupación por la injusticia da concreción y vida al Rule of Law. La tendencia a la justicia aleja al Estado de derecho de los casos¹¹».

En definitiva, las diferencias existentes entre el Rule of Law y el Estado de derecho derivarían, precisamente, de su pertenencia a contextos socio-jurídicos distintos en los que ambos modelos se han gestado y desarrollado siendo el resultado, por tanto, de experiencias

⁹ Díaz, E.: *Estado de Derecho y Sociedad democrática*, Taurus, Madrid, 1998, Pág. 29.

¹⁰ CRAIG, P., "Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework", *Public Law*, 1997, Pág. 473.

¹¹ ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, Derechos, Justicia*, Trotta, Madrid, 1995, Pág. 26.

históricas diferentes que se traducen en lo concreto, prudencial y judicialista del primero frente a lo abstracto, sistemático y legalista del segundo¹².

No obstante lo anterior, es preciso señalar que tanto el Estado de derecho como el Rule of Law persiguen un mismo fin: el sometimiento del poder al Derecho y a la legalidad. A partir de esta común esencia, sería posible elaborar un estudio del imperio de la ley que integre los postulados comunes entre ambas instituciones jurídicas. A través de esta fusión, obtendremos un modelo que, aunando la idea continental y la anglosajona, sea susceptible de aplicación en el ámbito interno para enunciar la sumisión del poder al Derecho.

Ahora bien, al margen de esta posibilidad, debemos reconocer que no existe actualmente en el plano internacional una definición concreta de Estado de derecho que sea generalmente aceptada por los Estados, muy por el contrario, cada Estado tendría su concepción particular de la idea relativa a la sumisión del poder al Derecho. Para encontrar una definición expresa de este principio tendríamos que acudir a la práctica internacional de la Organización de las Naciones Unidas, concretamente a la de su Secretaría General. En efecto, para el Secretario General de las Naciones Unidas, el Estado de Derecho o Rule of Law, dado que lo utiliza como sinónimo, se refiere a:

«Un principio de gobierno según el cual todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están sometidas a unas leyes que se promulgan públicamente, se hacen cumplir por igual y se aplican con independencia, además de ser compatibles con las normas y los principios internacionales de derechos humanos. Asimismo, exige que se adopten medidas para garantizar el respeto de los principios de primacía de la ley, igualdad ante la ley, rendición de cuentas ante la ley, equidad en la aplicación de la ley, separación de poderes, participación en la adopción de decisiones, legalidad, no arbitrariedad, y transparencia procesal y legal»¹³.

Tal como podemos apreciar, el Secretario General de las Naciones Unidas adopta en su definición una postura material del Estado de derecho, en el sentido de que, además de los elementos formales de la norma, exige que su contenido sea compatible con una serie de valores y principios jerárquicamente superiores como lo es, entre otros, el principio de la dignidad intrínseca del ser humano del que derivan el reconocimiento y la protección internacional de los derechos humanos.

Para los efectos del presente artículo, es decir, el análisis de los límites que el Estado de derecho impone a la legítima reacción de los Estados frente a la amenaza del terrorismo global, tomaremos como marco conceptual de referencia la definición elaborada por el Secretario General de las Naciones Unidas toda vez que, como antes hemos señalado, no existe actualmente ninguna definición expresa del Estado de derecho en el ámbito internacional que podamos emplear como punto de partida para nuestro análisis.

¹² PEREIRA MENAUT, C., *Rule of Law o Estado de Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2003, Pág. 58.

¹³ Al respecto, véase el parágrafo 6 del informe titulado *El Estado de Derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*. Documento S/2004/616, de 3 de agosto de 2004.

Será a partir de este marco conceptual de referencia que nos plantaremos hasta qué punto y en qué medida los elementos estructurales del Estado de derecho interno, contenido en la definición propuesta por el Secretario General¹⁴, resultan extrapolables al escenario internacional para enunciar la sumisión del poder al derecho o el imperio de la ley en las relaciones internacionales y, por otro lado, cuáles serían los límites que la legalidad internacional, en el marco del Estado de derecho, impondría a los Estados y demás sujetos de Derecho internacional a la hora de adoptar medidas para luchar contra la amenaza del terrorismo radical.

III. EL ESTADO DE DERECHO EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

A pesar de que es frecuente encontrar referencias expresas al principio del Estado de derecho en el ámbito internacional, debemos señalar, como antes mencionábamos, que no existe consenso en torno a lo que dicho principio implica y comprende.

Para algunos autores, el germen de la aplicación de este principio a las relaciones interestatales podría remontarse hasta mediados del siglo XVIII¹⁵. Sin embargo, no sería sino hasta hace escasos años que el análisis de la sumisión del poder público al Derecho, desde un punto de vista estrictamente internacional, comenzaría a tomar impulso.

En este sentido, es posible comprobar que el análisis de la sumisión del poder público al Derecho, fuera del ámbito jurídico estatal interno, ha sido objeto de atención constante en la práctica internacional. En el marco institucional, por ejemplo, el principio del Estado de derecho –como expresión de la sumisión del poder al Derecho– ha constituido una parte fundamental del contenido de determinadas resoluciones adoptadas en el seno de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas¹⁶. Asimismo, ha ocupado un

¹⁴ Esto es, a) la irretroactividad, generalidad, publicidad, claridad y estabilidad de la norma; b) la igualdad de todos los sujetos ante la ley; c) la aplicación independiente y efectiva del ordenamiento jurídico y, por último, d) compatibilidad del ordenamiento jurídico con las normas y principios relativos a la protección internacional de los derechos humanos.

¹⁵ En efecto, desde 1758, año en que Emmerich de Vattel publicara su obra titulada *Droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, los juristas que se han encargado de estudiar y analizar las distintas materias que conforman la disciplina internacional han contemplado la posibilidad de extender la aplicación de los principios liberales de la Ilustración y su corolario lógico, el Estado de Derecho, a la organización de la sociedad en el ámbito internacional, del mismo modo en que dichos principios resultan aplicables dentro del orden interno. Sobre el tema, véase KOSKENNIEMI, M., “The Politics of International Law”, *European Journal of International Law*, Vol. 1, n° 4, 1990, Pág. 4.

¹⁶ En este sentido, véase, por ejemplo, la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 24 de octubre de 1970, que contiene la Declaración sobre *los principios del Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*, que en su preámbulo original, en inglés, señala, textualmente, que: “emphasizing the paramount importance of the Charter of the United Nations for the maintenance of international peace and security and for the development of Friendly relations and Co-operation among States, Deeply convinced that the adoption of the Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations on the occasion of the twenty-fifth anniversary of the United Nations would contribute to the strengthening of world peace and constitute a landmark in the development of international law and of relations among States, in promoting *the Rule of Law among nations* and particularly the universal application of the principles embodied in the Charter”. Más

lugar destacado en varios de los informes de su Secretario General¹⁷. En esa misma línea, el Estado de derecho se ha convertido en los últimos años en un tema recurrente de estudio para la doctrina¹⁸.

La ausencia de una definición expresa del Estado de derecho en su vertiente internacional ha originado, como señalábamos en el apartado anterior, que al analizar la sumisión del poder al Derecho más allá de las fronteras nacionales nos encontremos ante una amplia gama de nociones e interpretaciones en torno a lo que dicho principio significa y comprende.

Para algún sector de la doctrina, por ejemplo, la utilización del término International Rule of Law o Estado de derecho internacional, como expresión de la sumisión del poder público al Derecho en el ámbito internacional, genera cierto escepticismo¹⁹. Para estos autores, las diferencias estructurales que existen entre el orden jurídico estatal interno y el internacional²⁰, constituyen un gran obstáculo para la construcción de una teoría del Estado de derecho o del Rule of Law en el plano internacional. Dichas diferencias quedarían reflejadas, por ejemplo, en la ausencia de un poder ejecutivo, un legislativo y un judicial a nivel internacional, en la naturaleza eminentemente política de la solución de las controversias internacionales y en la falta de jurisdicción contenciosa obligatoria de la Corte Internacional de Justicia. Del mismo modo, la relación asimétrica y vertical que existe entre el Estado y sus gobernados en el plano nacional –esencial dentro de las teorías del Estado de derecho y del Rule of Law–, se configura, dentro del medio jurídico-social internacional, de una forma horizontal entre Estados soberanos²¹. En este sentido, como asegura Higgins, la

recientemente, véase la Resolución de fecha 18 de diciembre de 2006, documento A/RES/61/39 titulada *El Estado de Derecho en los planos nacional e internacional*.

¹⁷ A modo de ejemplo, véase el Informe que el Secretario General de las Naciones Unidas remitió a la Asamblea General, con fecha 14 de diciembre de 2006, documento A/61/636–S/2006/980 bajo el título *Aunar nuestras fuerzas para fortalecer el apoyo de las Naciones Unidas al Estado de Derecho*.

¹⁸ En este sentido, véanse, entre otros, BEAULAC, S., “An Inquiry into the International Rule of Law”, *European University Institute Working Papers*, n° 14, 2007, Págs. 1-29. CHESTERMAN, S., “An International Rule of Law”, *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, paper n° 70, 2008, Págs. 1 y ss. JACOBS, D., “What is an International Rule of Law?”, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 30, n° 1, 2007, Págs. 3-6. MORIN, J-Y., *L’État de Droit: émergence d’un principe du Droit international*, Recueil des Cours Académie de Droit International, Tomo 254, 1995, Págs. 1-462. PALOMBELLA, G., “The Rule of Law at Home and Abroad”, *Hague Journal on The Rule of Law*, vol. 8, 2016, Págs. 1-23. WATTS, A., “The International Rule of Law”, *German Yearbook of International Law*, vol. 36, 1993, Págs. 15-45.

¹⁹ Sirva como ejemplo de este sector de la doctrina, entre otros, ENDICOTT, T., “The impossibility of the Rule of Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 19, 1999, Págs. 1-18. FRANK, T., *Political Questions Judicial Answers: Does the Rule of Law apply to Foreign Affairs*, Princeton University Press, New Jersey, 1992. MARMOR, A., “The Rule of Law and its limits”, *Law and Philosophy*, Vol. 23, 2004, Págs. 1-43. SILVERSTEIN, G., “Globalization and the Rule of Law: a machine that runs of itself?”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 1, n° 3, 2003, Págs. 427-445. WALDRON, J., “Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)?”, *Law and Philosophy*, Vol. 21, n° 2, 2002, Págs. 137-164. WILLIAMS, S., “Indeterminacy and the Rule of Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 24, n° 3, 2004, Págs. 539-562.

²⁰ Para un estudio detallado en torno a estas diferencias, véase, entre otros, SAMPFORD, C., “Reconceiving the Rule of Law for a Globalizing World”, en ZIFCAK, S., (ed.), *Globalisation and the Rule of Law*, Routledge, London, 2005, Págs. 20-21.

²¹ Esta relación horizontal se ve reflejada, por ejemplo, dentro de la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 24 de octubre de 1970, que contiene la *Declaración sobre los principios de Derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*, según la cual todos los Estados gozan de igualdad soberana, tienen iguales derechos e iguales deberes y son, por igual, miembros de la comunidad internacional, pese a las diferencias de orden económico, social, político o de otra índole.

concepción de un Estado de derecho internacional o International Rule of Law resultaría, por lo menos, complicada²².

En efecto, desde un punto de vista estrictamente terminológico, el empleo de los conceptos de Estado de derecho y Rule of Law para enunciar la sumisión del poder al Derecho en el ámbito internacional resultaría poco viable, como se ha venido insistiendo en la doctrina²³, toda vez que, como es sabido, ambas instituciones jurídicas se han nutrido de una realidad social sustancialmente distinta a la internacional. Las teorías del Estado de derecho y del Rule of Law presuponen, en este sentido, la existencia de un Estado, es decir, de una organización política estatal centralizada e institucionalizada, inexistente en el ámbito jurídico internacional.

Al margen de lo anterior, es posible identificar –a nivel doctrinal– otra corriente de pensamiento cuyas tesis defenderían y justificarían la aplicación de la idea subyacente a ambas instituciones jurídicas –la sumisión del poder al Derecho– en el ámbito de las relaciones internacionales²⁴. Desde su particular apreciación, la preeminencia del Derecho en Derecho internacional, cumpliría, básicamente, con los mismos objetivos que el Estado de derecho y el Rule of Law en el ámbito jurídico estatal interno, pero adaptando su contenido a la realidad socio-jurídico internacional²⁵.

En primer lugar, la preeminencia del Derecho actuaría como un freno al ejercicio del poder arbitrario de los Estados. Por un lado, el Derecho internacional limita la soberanía externa de los Estados a través de un conjunto de normas jurídicas que restringen determinados actos que un Estado puede ejecutar en contra de otro o en contra de los intereses generales de la comunidad internacional de Estados en su conjunto. Como ejemplo de lo anterior, podríamos señalar la prohibición general del recurso a la fuerza o a la

²² HIGUINS, R.: “The ICJ and the Rule of Law”, discurso pronunciado por la entonces Presidenta de la Corte Internacional de Justicia, United Nations University, con fecha 11 de abril de 2007, p. 15. Disponible en: http://www.unu.edu/events/files/2007/20070411_Higgins_speech.pdf, visitada el 20 de noviembre de 2017.

²³ VILLEGAS DELGADO, C., “La promoción del Estado de Derecho en el ámbito internacional: de la internacionalización de un modelo interno a la postulación de un modelo internacional”, en BECERRA RAMÍREZ, M., GONZÁLEZ MARTÍN, N., *Estado de Derecho Internacional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2012, Págs. 28 y ss.

²⁴ En este sentido, véanse, entre otros, BEAULAC, S., “An Inquiry into the International Rule of Law”, *op. cit.*, Págs. 1-29. CHRISTENSON, G., “World Civil Society and the International Rule of Law”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 19, n° 4, 1997, Págs. 724-737. GOODIN, R., “Toward an international Rule of Law: distinguishing international Law-breakers from World-be Law-makers”, *The Journal of Ethics*, Vol. 9, 2005, Págs. 225-246. JACOBS, D., “What is an International Rule of Law?”, *op. cit.*, Págs. 3-6. JIELONG, D., “Statement on the Rule of Law at the National and International levels”, *Chinese Journal of International Law*, Vol. 6, n° 1, 2007, Págs. 185-188. Köchler, H., “The United Nations, the International Rule of Law and Terrorism”, *Fourteenth Centennial Lecture: Supreme Court of the Philippines & Philippine Judicial Academy*, Department of Foreign Affairs, National Security Council, Foundation for Social Justice, National Defence College of the Philippines, Manila, 2002. PETERSMANN, E., “How to Promote the International Rule of Law? Contributions by the World Trade Organization Appellate Review System”, *Journal of International Economic Law*, Vol. 1, 1998, Págs. 25-48. TEITEL, R., “The Alien tort and the Global Rule of Law”, *International Social Science Journal*, Vol. 57, n° 185, 2005, Págs. 551-560. WATTS, A., “The International Rule of Law”, *op. cit.*, Págs. 15-45.

²⁵ Para un estudio detallado sobre la preeminencia del Derecho como expresión de la sumisión del poder al Derecho en el ámbito internacional, véase VILLEGAS DELGADO, C., *La Preeminencia del Derecho en Derecho Internacional*, Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2013, particularmente Págs. 129 y ss.

amenaza del uso de la fuerza en las relaciones internacionales regulada por la Carta de las Naciones Unidas, desarrollada por la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General y consagrada como norma imperativa de Derecho internacional general. Por otro lado, el Derecho internacional limita la soberanía interna de los Estados mediante una serie de disposiciones jurídicas que circunscriben el ejercicio del poder de los Estados sobre sus nacionales –o sobre cualquier otra persona sujeta a su jurisdicción– al respeto de determinados derechos fundamentales²⁶.

En segundo lugar, la preeminencia del Derecho mantendría el orden y coordinaría el comportamiento de los Estados y de otros sujetos de Derecho internacional. Es decir, la idea de la preeminencia del Derecho en el plano internacional aumentaría la seguridad, contribuyendo a que las relaciones que se entablan entre los distintos sujetos del Derecho internacional sean más previsibles y estables. Al hacer más predecibles las relaciones internacionales, se restringiría la discrecionalidad y, por tanto, se reduciría la arbitrariedad de los Estados, favoreciendo, así, la existencia de un orden social más justo y pacífico en el ámbito internacional²⁷.

Desde esta perspectiva, resultaría viable extrapolar al ámbito internacional la idea subyacente a las instituciones jurídicas del Estado de derecho y del Rule of Law, es decir, la sumisión del poder al imperio de la ley en las relaciones internacionales.

Ahora bien, como se ha venido defendiendo en la doctrina iusinternacionalista contemporánea, los presupuestos básicos del Estado de derecho, tal como ha sido definido por el Secretario General de las Naciones Unidas, extrapolables al ámbito internacional, en el marco de la preeminencia del Derecho, serían los cinco siguientes: a) un orden internacional basado en el Derecho, b) la aplicación uniforme del Derecho internacional a todos los sujetos en un plano de igualdad, c) la prevención del ejercicio arbitrario del poder de los Estados, y d) la aplicación independiente y efectiva de las normas jurídicas internacionales y, por último, e) la compatibilidad de las normas internacionales con el principio de la dignidad intrínseca del ser humano, del que se deriva la protección internacional de los derechos humanos²⁸. Estos cinco elementos capturarían, a nuestro entender, la esencia del principio de la preeminencia del Derecho en el ámbito internacional.

Tomando como punto de partida estos cinco elementos básicos, la preeminencia del Derecho en Derecho internacional, podría ser definida como:

²⁶ Dentro del plano internacional, los instrumentos convencionales, universales y regionales, en materia de derechos humanos, han contribuido a precisar qué derechos humanos son fundamentales y, por tanto, absolutos y no susceptibles de limitaciones ni derogaciones. En este sentido, tanto el artículo 3 común de las Convenciones de Ginebra de 1949 (de Derecho internacional humanitario, pero de indudable relevancia en derechos humanos), como los artículos 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, han contribuido significativamente a precisar un núcleo duro de derechos humanos inderogables y, por ello, absolutos. CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho internacional contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 2004, Pág. 133.

²⁷ BEAULAC, S., “An Inquiry into the International Rule of Law”, *op. cit.*, Págs. 9-11.

²⁸ En virtud de los límites materiales del presente artículo será imposible analizar dichos elementos en profundidad. En todo caso, para un estudio detallado, véase VILLEGAS DELGADO, C., “La preeminencia del Derecho en Derecho Internacional: elementos para una definición”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XIII, 2013, Págs. 280 y ss.

“Aquel principio a la luz del cual el ejercicio del poder estatal, y el de los demás sujetos del Derecho internacional, estaría sometido a un ordenamiento jurídico destinado a aplicarse a todos ellos, de manera independiente y efectiva, en un plano de igualdad, siendo sus disposiciones compatibles con las normas y principios internacionales derivados de la dignidad intrínseca del ser humano. Asimismo, exigiría este principio que se adoptasen, en el seno de la comunidad internacional de Estados en su conjunto, las medidas necesarias para garantizar el respeto de los principios de la primacía de las normas imperativas de derecho internacional general, de la obligación de rendición de cuentas, de la equidad en la aplicación de las disposiciones del ordenamiento jurídico internacional, de la legalidad internacional, de la no arbitrariedad y de la transparencia”²⁹.

Entendido así, el principio de la preeminencia del Derecho en Derecho internacional, representaría las dos caras de una misma moneda, estando, por un lado, la sumisión del poder al Derecho en su aspecto formal –es decir, que el Derecho internacional sea creado conforme a los cauces previstos en el propio ordenamiento jurídico internacional– y, del otro, la sumisión del poder al Derecho en un sentido material, esto es, orientándose su contenido por una serie de principios de rango jerárquico superior –como el de la dignidad intrínseca del ser humano– que sería, precisamente, la gran aportación de la Organización de las Naciones Unidas a la conceptualización del imperio de la ley en las relaciones internacionales. A pesar de su carácter difuso y embrionario, el imperio de la ley en las relaciones internacionales se habría venido configurando, dentro de la práctica constante de la Organización de las Naciones Unidas relativa a su invocación y empleo, como un principio vertebrador del orden internacional de alcance universal y de naturaleza instrumental. Dicho principio, por último, serviría de base e informaría la práctica totalidad del ordenamiento jurídico internacional, es decir, tendría un alcance sistémico³⁰.

En virtud de su alcance sistémico y su carácter instrumental, podríamos hablar, precisamente, de la incidencia de este principio en sectores tan diversos del orden internacional como el de la protección internacional de los derechos humanos, el Derecho internacional humanitario, el Derecho del mar, el Derecho de los tratados, el de la responsabilidad internacional del Estado, el del trato debido a los extranjeros, el de los refugiados y solicitantes de asilo, el de la protección internacional del medio ambiente, el de las relaciones económicas, financieras y comerciales internacionales, el de la promoción del desarrollo, el de la coexistencia pacífica entre los Estados, el del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, entre otros.

Ahora bien, partiendo de la base de que en la lucha contra el terrorismo no todo está permitido, centraremos la atención, como adelantábamos en la introducción del presente artículo, en los límites que la preeminencia del Derecho o el imperio de la ley, tal como ha sido definido en el presente apartado, impondría a los Estados a la hora de adoptar medidas para hacer frente a la amenaza global del terrorismo radical. Esta situación nos llevará a analizar, indefectiblemente, la denominada “Estrategia Global de las Naciones Unidas contra el Terrorismo”, toda vez que en ella se resumen los límites específicos que el Estado de derecho en conexión con la protección de los derechos humanos y el respeto de la

²⁹ *Ibidem*, Pág. 303.

³⁰ VILLEGAS DELGADO, C., *La Preeminencia del Derecho en Derecho Internacional*, op. cit., Págs. 177-178.

legalidad internacional imponen a la legítima reacción de los Estados contra los actos de violencia terrorista³¹.

IV. LÍMITES –INTERNOS E INTERNACIONALES– DERIVADOS DEL ESTADO DE DERECHO EN EL MARCO DEL CONTRATERRORISMO.

La aplicación arbitraria del marco normativo internacional y su quebrantamiento doloso a la hora de adoptar medidas tendentes a prevenir y reprimir los actos de violencia terrorista – sobre todo a partir de los atentados de Nueva York, desde una lógica simétrica a la del propio terrorismo y opuesta, en cambio, a la lógica del Derecho como reconocen los profesores Carrillo Salcedo³² y Ferrajoli³³–, han venido a debilitar considerablemente la –ya de por sí frágil– legalidad internacional.

Un claro y grave ejemplo de esta aplicación selectiva, estaría reflejado en la posición que, aún hoy día, mantiene el Gobierno de los Estados Unidos en torno a las personas recluidas en la base militar de dicho país en la Bahía de Guantánamo, a quienes calificó *a priori* como terroristas y criminales, considerándolas únicamente como combatientes ilegales y negándoles, en consecuencia, la protección prevista por el Derecho internacional humanitario y por el Derecho internacional de los derechos humanos³⁴.

El inicio de la Administración Trump, lamentablemente, ha supuesto una involución cualitativamente hablando en esta materia pues, como ya manifestó en su discurso de investidura –el 20 de enero de 2017–, una de las prioridades de su gobierno ha sido la de

³¹ Al respecto, véanse las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/RES/57/219, de 18 de diciembre de 2002, A/RES/58/187, de 22 de diciembre de 2003, y A/RES/59/191, de 20 de diciembre de 2004, A/RES/60/158, de 28 de febrero de 2006. En el mismo sentido, las Resoluciones del *Consejo de Derechos Humanos* 10/15, de 26 de marzo de 2009, y 13/26, de 26 de marzo de 2010. Esta exigencia, ha sido igualmente compartida y respaldada por algunas Organizaciones internacionales regionales como, por ejemplo, el Consejo de Europa y la Organización de Estados Americanos. Sobre esta cuestión, véase el documento *Guidelines on Human Rights and the Fight against Terrorism*, adoptado por el Consejo de Ministros del Consejo de Europa el 11 de julio de 2002 y el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos denominado *Terrorismo y Derechos Humanos*, de 22 de octubre de 2002.

³² CARRILLO SALCEDO, J. A., “Terrorism and General Principles of International Law”, en FÉRNANDEZ SÁNCHEZ, P. A. (ed.), *International Legal dimension of Terrorism*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2009, Pág. 11.

³³ FERRAJOLI, L., *Razones jurídicas del pacifismo*, Trotta, Madrid, 2004, Pág. 55.

³⁴ Para un estudio en torno a la situación jurídica de las personas recluidas en la base militar norteamericana de la Bahía de Guantánamo, véanse, entre otros, ALDRICH, G., “The Taliban, Al Qaida and the Determination of Illegal Combatants”, *American Journal of International Law*, vol. 96, 2002, Págs. 891-898. CHLOPAK, E., “Dealing with the detainees at Guantánamo Bay: Humanitarian and human rights obligations under the Geneva Conventions”, *Human Rights Brief*, vol. 9, 2002, Págs. 6-9. NAQVI, Y., “Doubtful prisoner of war status”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 847, 2002, Págs. 571-595. PÉREZ GONZÁLEZ, M., RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J. L., “El caso de los detenidos en Guantánamo ante el Derecho internacional humanitario y de los derechos humanos”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LIV, 2002, Págs. 11-40. POZO SERRANO, P., “El estatuto jurídico de las personas detenidas durante el conflicto armado internacional en Afganistán”, *Anuario de Derecho Internacional*, (XVIII), 2002, Págs. 171-204. SASSÓLI, M., “La guerra contra el terrorismo, el Derecho internacional humanitario y el estatuto de prisionero de guerra”, *Lecciones y Ensayos. Derecho Internacional Humanitario y Temas de Áreas Vinculadas*, vol. 78, 2003, Págs. 549-583. VILLEGAS DELGADO, C., “El marco jurídico de las personas que participan en actos de violencia: una respuesta desde el Derecho internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VII, 2007, Págs. 703-735. WECKEL, P., “Le statut incertain des détenus sur la base américaine de Guantanamo”, *Revue Générale de Droit International Publique*, vol. 2, 2002, Págs. 359-360.

“erradicar el terrorismo islámico de la faz de la tierra”. Esta promesa electoral implicará, en concreto, endurecer las medidas destinadas a controlar los flujos migratorios, mantener abierta e incluso reactivar la recepción de más personas en la base militar de la Bahía de Guantánamo y recuperar los centros clandestinos de detención de la CIA en el extranjero.

De hecho, durante la primera semana de su mandato el mundo contemplaba atónito cómo el recién llegado Presidente de los Estados Unidos adoptaba, a través de decretos y órdenes presidenciales, una serie de medidas para poner en marcha su lucha particular contra el terrorismo internacional. Entre estas medidas podemos destacar –por su dudosa consistencia con la legalidad, tanto interna como internacional– la prohibición general de entrada al país a ciudadanos de determinados países que profesen el credo islámico (Siria, Irak, Irán, Libia, Somalia, Sudán y Yemen), independientemente de que sean solicitantes de refugio o asilo³⁵, de igual forma, el Presidente se ha pronunciado a favor de la utilización de la tortura como medio para obtener información de aquellas personas sospechosas de participar o haber participado en actos de violencia terrorista o de pertenecer o haber pertenecido a células de algún grupo criminal transnacional ligado a dichas actividades. Las medidas adoptadas por la Administración Trump, que han dado lugar a un aluvión de críticas a nivel mundial, han vuelto a centrar el debate de la lucha contra el terrorismo internacional en la encrucijada de garantizar, como algo antitético, la seguridad del Estado frente a la libertad de las personas, tensión que ha sido una constante en el escenario internacional, al menos, desde el 11 de septiembre de 2001.

Partiendo de la base de que en la lucha contra el terrorismo internacional no todo está permitido, centraremos la atención, como antes señalábamos, en los límites específicos que el imperio de la ley impondría a los Estados a la hora de adoptar medidas para hacer frente a la amenaza global del terrorismo radical. Para tal finalidad analizaremos la “Estrategia Global de las Naciones Unidas contra el Terrorismo”, toda vez que en ella se resumen los límites específicos que el Estado de Derecho en conexión con la protección de los derechos humanos y el respeto de la legalidad internacional imponen a la legítima reacción de los Estados contra los actos de violencia terrorista. En el marco de dicha estrategia, la Organización de las Naciones Unidas ha venido instando a los Estados para que su respuesta contra el terrorismo sea consistente con las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho internacional, incluida la Carta de las Naciones Unidas, en particular los propósitos y principios enunciados en ella, y los convenios y protocolos internacionales, específicamente las normas relativas a la protección internacional de los derechos humanos, el Derecho internacional de los refugiados y el Derecho internacional humanitario³⁶.

³⁵ Véase, FISHER, M., “Immigration Order Tests Limits of Law and Executive Power”, *The New York Times*, New York, 31 de enero de 2017, Pág. 10.

³⁶ Al respecto, véanse las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/RES/57/219, de 18 de diciembre de 2002, A/RES/58/187, de 22 de diciembre de 2003, y A/RES/59/191, de 20 de diciembre de 2004, A/RES/60/158, de 28 de febrero de 2006. En el mismo sentido, las Resoluciones del *Consejo de Derechos Humanos* 10/15, de 26 de marzo de 2009, y 13/26, de 26 de marzo de 2010. Esta exigencia, ha sido igualmente compartida y respaldada por algunas Organizaciones internacionales regionales como, por ejemplo, el Consejo de Europa y la Organización de Estados Americanos. Sobre esta cuestión, véase el documento *Guidelines on Human Rights and the Fight against Terrorism*, adoptado por el Consejo de Ministros del Consejo de Europa el 11 de julio de 2002 y el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos denominado *Terrorismo y Derechos Humanos*, de 22 de octubre de 2002.

De no actuar conforme a este marco normativo, los Estados incurrirían en responsabilidad internacional –tal como ha determinado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sus sentencias relativas a los asuntos *Al-Skeini y otros contra Reino Unido* y *Al-Jedda contra Reino Unido*, ambas de 7 de julio de 2011, al establecer que dicho país había violado el artículo 5.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos por la detención en Irak de algunas personas sospechosas de haber participado en actos terroristas, sin cargos, sin garantías judiciales y de forma indefinida–.

La compatibilidad entre las medidas adoptadas por los Estados para la lucha contra el terrorismo y las obligaciones derivadas de la protección internacional de los derechos humanos, junto al respeto irrestricto del Estado de Derecho constituyen, pues, el eje central de la antes mencionada “Estrategia global de las Naciones Unidas contra el terrorismo”, misma que fue aprobada por la Asamblea General en su Resolución 60/288³⁷.

Dicha estrategia está basada en cuatro pilares fundamentales:

1. hacer frente a las condiciones que propician la propagación del terrorismo;
2. prevenir y combatir el terrorismo;
3. aumentar la capacidad de los Estados para prevenir el terrorismo y fortalecer el papel del sistema de las Naciones Unidas en la materia y, por último,
4. asegurar el respeto de los derechos humanos y el Estado de Derecho como la base fundamental de la lucha contra el terrorismo.

Para efectos del presente artículo, vamos a centrar la atención en el último apartado: “asegurar el respeto de los derechos humanos y el imperio de la ley como la base fundamental de la lucha contra el terrorismo”. Tal como reconociera el antiguo Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo –Martti Scheinin–, en su informe de 22 de diciembre de 2010³⁸, las medidas eficaces para combatir el terrorismo, el respeto del Estado de Derecho y la protección de los derechos humanos son complementarias y se refuerzan mutuamente. En dicho informe, el Relator Especial de las Naciones Unidas identificaba una serie de mejores prácticas destinadas a garantizar los derechos humanos y el imperio de la ley en la lucha contra el terrorismo internacional³⁹. De forma particular, el Relator Especial se refería a:

- a) la compatibilidad de la legislación antiterrorista con las normas de derechos humanos, Derecho internacional humanitario y Derecho de los refugiados,
- b) la compatibilidad de las actividades antiterroristas con las normas de derechos humanos, Derecho internacional humanitario y Derecho de los refugiados,

³⁷ En este sentido, véase la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/RES/60/288, de 8 de septiembre de 2006.

³⁸ En este sentido, véase el Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo titulado *Diez esferas de mejores prácticas en la lucha contra el terrorismo*, documento A/HRC/16/51, de 22 de diciembre de 2010.

³⁹ Por mejores prácticas el Relator Especial entendía los marcos jurídicos e institucionales de promoción y protección de los derechos humanos, las libertades fundamentales y el Estado de Derecho en todos los aspectos de la lucha contra el terrorismo internacional. Sobre este particular, véase *idem*, párrafo 10.

- c) la aplicación ordinaria y revisión periódica de la legislación y las actividades antiterroristas,
- d) la disposición de vías de recurso efectivas en caso de violación de los derechos humanos,
- e) la reparación del daño causado a las víctimas del terrorismo y a las víctimas de actos antiterroristas,
- f) una definición de terrorismo internacional precisa, no discriminatoria ni retroactiva,
- g) la revisión independiente de las listas de entidades terroristas y, por último,
- h) al respeto irrestricto de los derechos humanos en la detención e interrogatorio de los sospechosos de haber perpetrado actos terroristas”.

Esta serie de disposiciones, en su conjunto, constituyen los límites que el imperio de la ley impone a la legítima reacción de los Estados frente al terrorismo internacional. En efecto, el imperio de la ley exige que las disposiciones normativas adoptadas por los Estados para combatir el terrorismo –tanto a nivel interno como en el ámbito internacional– sean compatibles con el principio de la dignidad intrínseca del ser humano y, por tanto, con las normas derivadas de la protección internacional de los derechos humanos, del Derecho internacional humanitario y del Derecho de los refugiados.

Desde esta perspectiva, las disposiciones legislativas aprobadas por el Gobierno de Estados Unidos y algunos de sus aliados para combatir el terrorismo, tras los atentados perpetrados en territorio americano en 2001, que, en términos generales, rebajaban los estándares internacionales de protección de los derechos humanos, especialmente de los inmigrantes y solicitantes de asilo y refugio, que permitían utilizar barcos de guerra o bases militares en el extranjero como sedes de tribunales marciales –que actuaban en estricto secreto sin respetar los más elementales principios del debido proceso, contemplando incluso la aplicación de la pena capital⁴⁰–, resultaban claramente incompatibles con las exigencias del imperio de la ley en la lucha contra el terrorismo internacional⁴¹.

Consciente de esta situación, el 12 de junio de 2008 el Tribunal Supremo de Estados Unidos reconoció el derecho de estos detenidos a acudir a las cortes federales americanas para reclamar su puesta en libertad. Por cinco votos a cuatro, el Tribunal Supremo tomó esta decisión que supuso la anulación de una ley, promovida en 2006 por el entonces presidente George W. BUSH, mediante la cual se denegaba el derecho al *habeas corpus* a los sospechosos de terrorismo y, por tanto, su derecho a revisar judicialmente su detención. Los magistrados dictaminaron que los extranjeros detenidos en Guantánamo sí tenían derechos que debían ser protegidos a la luz de la Constitución americana, con esta decisión el Tribunal Supremo de Estados Unidos dio un paso a favor del respeto del imperio de la ley en la lucha contra el terrorismo internacional⁴².

⁴⁰ FLETCHER, B., “The Rule of Law, terrorism and countermeasures including the USA Patriot Act 2001”, *Florida Journal of International Law*, vol. 16, 2004, Pág. 43.

⁴¹ KHEIT, D., “On the name of national security or insecurity?: the potential indefinite detention of noncitizen certified terrorists in the United States and the United Kingdom in the aftermath of September 11, 2001”, *Florida Journal of International Law*, vol. 16, 2004, Pág. 405.

⁴² Al respecto, véanse las decisiones del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, de 12 de junio de 2008, en los asuntos 06–1195 (Lakhdar Boumediene, *et. al.*, vs. George W. Bush, President of the United States, *et. al.*) y 06–1196 (Khaled Al Odah, next friend of Fawzi Khalid Abdullah Al Odah, *et. al.*, vs. United States *et. al.*)

Por otra parte, el imperio de la ley en las relaciones internacionales, además de requerir la compatibilidad de la legislación antiterrorista con los estándares internacionales relativos a la protección del ser humano⁴³, exige que las facultades discrecionales conferidas por dichas normas a las autoridades del Estado para combatir el terrorismo estén sometidas a control – especialmente judicial⁴⁴– para prevenir que las mismas sean ejercidas arbitrariamente por las autoridades y órganos del Estado⁴⁵.

A pesar de que, como es sabido, los instrumentos internacionales universales y regionales para la protección de los derechos humanos permiten la suspensión temporal de ciertos derechos en circunstancias excepcionales, el imperio de la ley exigiría, por un lado, que esta posibilidad no afectase al núcleo duro de derechos humanos inderogables y absolutos⁴⁶ y, por otro lado, que las medidas de excepción alegadas hubiesen sido oficialmente proclamadas por las autoridades del Estado.

A mayor abundamiento, dichas medidas de excepción, como ha dejado claro el Comité de Derechos Humanos, deben limitarse a situaciones verdaderamente graves en las que exista una auténtica amenaza para la vida de la nación –que en algunos casos puede ser causada por el terrorismo⁴⁷–, deben circunscribirse estrictamente a las exigencias de la situación y ser necesarias y proporcionales, deben ser compatibles con las demás obligaciones de los Estados en el ámbito internacional, en especial con aquellas derivadas del Derecho de los refugiados, del Derecho internacional humanitario, del Derecho internacional de los derechos humanos y de las normas imperativas de Derecho internacional general, por último, las medidas de excepción no deben entrañar discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social⁴⁸.

Otra de las exigencias del imperio de la ley en el marco de la lucha contra el terrorismo internacional, está relacionada con la tutela judicial efectiva. A la luz de este principio, todas aquellas personas cuyos derechos hayan sido vulnerados por la legislación o las actividades

Disponibles en: <http://www.supremecourtus.gov/opinions/07pdf/06-1195.pdf>, consulta de noviembre 20 de 2017.

⁴³ CARRILLO SALCEDO, J. A., “Terrorism and General Principles of International Law”, *op. cit.*, Pág. 9.

⁴⁴ ROSAS, A., “Counter-Terrorism and the Rule of Law: Issues of Judicial Control”, en SALINAS DE FRÍAS, A. (ed.), *Counter-Terrorism: International Law and Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2012, Págs. 83-110.

⁴⁵ En este sentido, véase el anexo al documento E/CN.4/2002/18, de 27 de febrero de 2002, titulado *Criterios para equilibrar la protección de los derechos humanos y la lucha contra el terrorismo*, parágrafos 3 b) y 4 j). Además, véase, sobre esta misma cuestión, el documento *Guidelines on Human Rights and the Fight against Terrorism*, adoptado por el Consejo de Ministros del Consejo de Europa el 11 de julio de 2002.

⁴⁶ En efecto, tanto el artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra de 1949 –de Derecho internacional humanitario, pero de indudable relevancia para la protección de los derechos humanos–, como los artículos 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, han permitido identificar un núcleo duro de derechos humanos inderogables y absolutos que limitan la actuación de todo Estado, más aún si cabe en circunstancias de excepción.

⁴⁷ Sobre este particular, véanse, entre otras, la sentencia clásica del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 1 de julio de 1961, *caso Lawless c. Irlanda*, parágrafo 28. Más recientemente, la sentencia de 26 de mayo de 1993, *caso Brannigan y McBride c. Reino Unido*, parágrafo 54.

⁴⁸ Al respecto, véase la Observación General nº 29 del *Comité de Derechos Humanos*, de 24 de julio de 2001. Documento CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, de 31 de agosto de 2001.

antiterroristas deben disponer libremente de un recurso efectivo para obtener una reparación del daño causado, ya sea a través de una instancia judicial o a través de un órgano de supervisión como, por ejemplo, una comisión de derechos humanos o una institución nacional de derechos humanos⁴⁹.

Por otro lado, y a pesar de que actualmente no existe una definición de terrorismo internacional generalmente aceptada por los Estados, la Organización de las Naciones Unidas ha venido promoviendo el desarrollo progresivo de un marco jurídico internacional para la lucha contra el terrorismo. Este marco normativo se nutre esencialmente, por un lado, de principios contenidos en el Derecho internacional tradicional adaptados para la prevención y represión de los actos y actividades de terrorismo internacional –los relativos a los daños ocasionados sobre el territorio de un Estado y a los daños ocasionados a otros Estados por bandas armadas que actúan desde el territorio de un Estado–, y, por otro lado, de los desarrollos normativos contenidos en los tratados multilaterales adoptados específicamente a tales efectos⁵⁰.

A pesar de las imperfecciones de este marco normativo –dado su carácter fragmentario, como señala el profesor Alcaide Fernández⁵¹–, la idea fuerza del imperio de la ley cumple con la misión fundamental de guiar los pasos de la comunidad internacional hacia su perfeccionamiento. Como ejemplo de lo anterior, podríamos destacar los trabajos que actualmente se vienen desarrollando en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas tendentes a la elaboración de un proyecto de convención general sobre terrorismo internacional.

Ahora bien, en este mismo orden de ideas, el imperio de la ley demanda que hasta en tanto no exista dentro de la Organización de las Naciones Unidas una revisión independiente de la lista consolidada de entidades terroristas, establecida y mantenida por el Comité de sanciones del Consejo de Seguridad en virtud de la Resolución 1267 (1999), toda medida adoptada por los Estados en el plano interno en relación con las personas incluidas en la misma, debe ser recurrible ante una instancia jurisdiccional⁵².

⁴⁹ En este sentido, véase el parágrafo 16 del Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo titulado *Recopilación de buenas prácticas relacionadas con los marcos y las medidas de carácter jurídico e institucional que permitan garantizar el respeto de los derechos humanos por los servicios de inteligencia en la lucha contra el terrorismo, particularmente en lo que respecta a su supervisión*. Documento A/HRC/14/46, de 17 de mayo de 2010. Además, véase el preámbulo de la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos número 1993/50, de 9 de marzo de 1993, titulada *Fortalecimiento del Estado de Derecho*.

⁵⁰ ALCAIDE FERNÁNDEZ, J., *Las actividades terroristas ante el Derecho internacional contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 2000, Pág. 83.

⁵¹ ALCAIDE FERNÁNDEZ, J., “La guerra contra el terrorismo: ¿una opa hostil al Derecho de la comunidad internacional?”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LIII, 2016, Pág. 290.

⁵² Tal como lo determinó el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 21 de septiembre de 2005, en el asunto *Kadi c. el Consejo y la Comisión Europea*, (T/315-01) y la sentencia de casación del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 3 de septiembre de 2008, en el asunto *Yassin Abdullah Kadi y Al Baraka-at International Foundation c. el Consejo de la Unión Europea*, en los asuntos acumulados C-402/05 y C-415/05P.

A pesar de que el proceso para la inclusión de entidades y personas en la lista del Comité de sanciones haya sido mejorado en 2009, con el nombramiento de un *Ombudsman*⁵³, las deficiencias formales del mecanismo de inclusión y exclusión de la lista consolidada, como afirma el Relator Especial, constituyen un motivo de preocupación para la comunidad internacional toda vez que siguen sin existir mecanismos específicos que garanticen, a lo largo de dicho proceso, los derechos de defensa de las personas registradas⁵⁴. A la luz del imperio de la ley en las relaciones internacionales, todas aquellas personas o entidades que hayan sido calificadas como terroristas, ya sea como resultado de su inclusión en la lista consolidada del Comité de sanciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas o por un procedimiento interno similar, deberán ser informadas a la brevedad de las actuaciones resultantes de dicha inclusión y tendrán, por otro lado, derecho a conocer los cargos que pesan en su contra y a ser oídas dentro de un plazo razonable por el órgano decisorio competente⁵⁵.

En esta misma línea, resulta particularmente inquietante para el imperio de la ley –que apuesta decididamente por el respeto de la legalidad internacional– el hecho de que el sistema actual de imposición de sanciones a personas y entidades sospechosas de participar o haber participado en actos de violencia terrorista por parte del Consejo de Seguridad, como ha puesto de manifiesto el Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, excede las atribuciones conferidas a dicho órgano en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas⁵⁶.

Para cumplir con las exigencias de la legalidad internacional, el sistema actual de imposición de sanciones debe ser sustituido por un régimen que prevea la intervención de las Naciones Unidas, por ejemplo, a través de asistencia y asesoramiento, dejando en manos de los Estados miembros la confección de las listas con las debidas garantías procesales.

Finalmente, el imperio de la ley en las relaciones internacionales demanda que las autoridades del Estado respeten la dignidad y los derechos fundamentales de toda persona sospechosa de haber participado en actos terroristas⁵⁷. Lamentablemente, en el contexto de la lucha contra el terrorismo internacional, dos de las formas más insidiosas de vulneración de los derechos humanos han sido, por un lado, la detención no informada en un lugar secreto y, por otro, la práctica de la tortura, tratos inhumanos, crueles y degradantes durante la detención y el interrogatorio de los sospechosos⁵⁸.

⁵³ En este sentido, véase la Resolución del Consejo de Seguridad S/RES/1904 (2009), de 17 de diciembre de 2009.

⁵⁴ Al respecto, véanse los párrafos 33 a 35 del Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, titulado *Diez esferas de mejores prácticas en la lucha contra el terrorismo*, documento A/HRC/16/51, de 22 de diciembre de 2010.

⁵⁵ Sobre esta cuestión, véanse los documentos A/HRC/4/88, párrafos 17 a 22, A/HRC/4/26/Add.2, párrafo 90 e), y A/63/223, párrafos 16 y 45 a).

⁵⁶ *Vid.*, párrafo 33 del Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, titulado *Diez esferas de mejores prácticas en la lucha contra el terrorismo*, documento A/HRC/16/51, de 22 de diciembre de 2010.

⁵⁷ CARRILLO SALCEDO, J. A., “Terrorism and General Principles of International Law”, *op. cit.*, Pág. 13.

⁵⁸ *Vid.*, párrafos 36 a 38 del Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, de 22 de diciembre de 2010, *doc. cit.*

Dichas prácticas, como es sabido y habrá que recordarle al nuevo Presidente de los Estados Unidos, están prohibidas por las normas derivadas del Derecho internacional de los derechos humanos, del Derecho internacional humanitario, e incluso, por las normas imperativas de Derecho internacional general. La prohibición de la tortura, de tratos inhumanos, crueles y degradantes durante la detención e interrogatorio de los presuntos terroristas forma parte del núcleo duro de derechos humanos inderogables y, por ello, absolutos que se opone como límite infranqueable a la actuación y voluntad de todo Estado, obligándole incluso sin su consentimiento y aun en contra de su voluntad⁵⁹.

El incumplimiento de estas obligaciones, como reconociera la Corte Internacional de Justicia en su Opinión consultiva relativa a las “consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado”, genera la responsabilidad agravada del Estado por la violación de normas imperativas de Derecho internacional general, y las consecuencias jurídicas concretas que derivan de dicha violación imponen obligaciones para la comunidad internacional de Estados en su conjunto⁶⁰.

En suma, podemos afirmar que la existencia de estas normas y principios básicos, esenciales o estructurales que en su dimensión axiológica, como señala el profesor Pérez Luño, pueden ser entendidos como los *prima principia*, axiomas o postulados éticos que deben inspirar todo el orden jurídico, bien porque el Derecho se remite a ellos como término o canon de aspiración o porque forman parte integrante del ordenamiento⁶¹, y que en el ámbito del Derecho internacional gozan de la cualidad de normas imperativas, supone un límite sumamente importante a la legítima reacción de los Estados frente al terrorismo global en el marco del imperio de la ley en las relaciones internacionales. Esta serie de limitaciones, en definitiva, no solo sería aplicable a los Estados, sino que también resultaría exigible a los demás sujetos del Derecho internacional e incluso, como ha sugerido el grupo internacional de expertos contra el terrorismo, a particulares y actores no estatales⁶².

El respeto del Estado de derecho y de la legalidad internacional no puede ni debe ser visto como un obstáculo para luchar contra el terrorismo, los derechos inherentes a todo ser humano no son, por otra parte, ningún lujo costoso, propio de tiempos pasados –como llegó a defender el expresidente de los Estados Unidos George W. Bush y como parece que ha venido a reafirmar la Administración Trump–, sino todo lo contrario.

V. A MANERA DE CONCLUSIÓN: RETOS Y PERSPECTIVAS.

La principal amenaza para el imperio de la ley en las relaciones internacionales, e incluso para la paz y la seguridad, no proviene actualmente de las organizaciones terroristas

⁵⁹ TOMUSCHAT, C., *Obligations arising for states without or against their will*, Recueil des Cours Academie de Droit International, Tomo 241, 1993, Pág. 195.

⁶⁰ Sobre esta cuestión, véase CIJ, *Recueil*, 2004, Págs. 159 y 160.

⁶¹ PÉREZ LUÑO, A., “Los principios generales del Derecho ¿un mito jurídico?”, *Revista de Estudios Políticos*, 1997, Pág. 9.

⁶² En este sentido, véase el Informe elaborado por el Grupo Internacional de Expertos contra el Terrorismo bajo el título *UN Reform, the Rule of Law and Counter-Terrorism: How Can Past Lessons Inform Future Responses?*, Universidad de Nottingham, 2012, disponible en http://www.clubmadrid.org/img/secciones/un_reform_report_march_2012-final.pdf, consulta de noviembre 20 de 2017.

transnacionales, sino, desafortunadamente, de la repuesta que a los actos cometidos por dichas organizaciones vienen dando algunas de las principales potencias mundiales, empleando una lógica simétrica a la de los propios terroristas en detrimento de lo que nos define como civilización, traicionando la lógica del Derecho, del Estado de derecho y del imperio de la ley en las relaciones internacionales.

En el ámbito estatal interno, debemos evitar a toda costa caer en la tentación de sucumbir ante el falso dilema de garantizar la seguridad del Estado a costa de la libertad de los ciudadanos. En el seno de una auténtica sociedad democrática debe plantearse y resolver de manera adecuada cómo preservar la seguridad, individual y colectiva, en un contexto en el que las limitaciones y las garantías no son elementos extraños y contrapuestos a la seguridad, sino parte sustancial de la misma. Los estados de emergencia y excepción, como hemos mencionado dentro del apartado IV del presente artículo, pueden estar plenamente justificados, pero siempre con el límite que impone la legalidad tanto interna como internacional: justificación estricta de toda medida restrictiva de derechos, un plazo definido y preciso de su duración, proporción de las medidas excepcionales y control judicial de toda privación o restricción de derechos.

En el plano internacional, la legítima reacción de los Estados frente a la amenaza del terrorismo radical, como recuerda la Organización de las Naciones Unidas dentro de su Estrategia Global contra el Terrorismo, debe respetar plenamente las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho internacional, incluida la Carta de las Naciones Unidas, en particular los propósitos y principios enunciados en ella. En concreto, el imperio de la ley en las relaciones internacionales exigiría, en el contexto de la lucha contra el terrorismo, la compatibilidad de la legislación antiterrorista con las normas de derechos humanos, Derecho internacional humanitario y Derecho de los refugiados, la compatibilidad de las actividades antiterroristas con las normas de derechos humanos, Derecho internacional humanitario y Derecho de los refugiados, la aplicación ordinaria y revisión periódica de la legislación y las actividades antiterroristas, la disposición de vías de recurso efectivas en caso de violación de los derechos humanos, la reparación del daño causado a las víctimas del terrorismo y a las víctimas de actos antiterroristas, la revisión independiente de las listas de entidades terroristas y, por último, el respeto irrestricto de los derechos humanos en la detención e interrogatorio de los sospechosos de haber perpetrado actos terroristas.

Estas medidas, junto al respeto irrestricto del Estado de derecho –tanto en su vertiente interna como internacional– se complementan y refuerzan mutuamente para luchar contra el terrorismo global, toda vez que, como señalábamos en la introducción del presente trabajo, a pesar de que las estrategias o planes de acción para luchar contra el terrorismo internacional se negocian en el seno de foros diplomáticos multilaterales –algunos de ellos universales como la Organización de las Naciones Unidas–, lo cierto es que tales acciones se materializan, al final del día, en el interior de cada Estado, de allí que la promoción y consolidación del Estado de derecho, tanto en su vertiente interna como en su proyección internacional, resulten esenciales para luchar contra la amenaza del terrorismo radical.



**Número 1
2017**