

LIMITACIONES ESPECÍFICAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES *

TOMMASO NICOLA POLI **

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN
2. LA SEGURIDAD: UN PRINCIPIO-VALOR EN EL CONSTITUCIONALISMO INTEGRADO EUROPEO
3. EL TERRORISMO Y LAS RESTANTES EMERGENCIAS CONSTITUCIONALES
4. TERRORISMO Y DERECHOS FUNDAMENTALES ANTE LA PRUEBA DE LA PONDERACIÓN
5. LAS LIMITACIONES DE LOS DERECHOS EN LA GESTIÓN DE LA EMERGENCIA DEL TERRORISMO
6. OBSERVACIONES CONCLUSIVAS

1. INTRODUCCIÓN

La emergencia del terrorismo islámico, desatada el 11 de septiembre de 2001 con el ataque a las Torres Gemelas en Nueva York y al Pentágono en Washington, ha marcado una nueva etapa en la concepción constitucional de la relación entre autoridad y libertad, entre soberanía y derechos fundamentales. Incluso antes de esta fecha la mayor parte de los ordenamientos occidentales había establecido, por motivos diversos, regulaciones específicas para la represión de masacres y de actos terroristas así como para la prevención de los mismos. Sin embargo, desde hace poco más de un decenio, el fenómeno terrorista, especialmente aquel de matriz islamista, ha asu-

* Traducido del italiano por Leonardo Sánchez-Mesa Martínez.

** Investigador. Universidad de Bari y Universidad de Granada. Colaborador de la Fundación Peter Häberle.

mido dimensiones que rebasan los límites nacionales hasta el punto de inducir a los Estados a buscar soluciones compartidas a escala interestatal e internacional, tratándose de un sector que presenta una necesidad objetiva de coordinación. A pesar de ello, no siendo posible la identificación de una única respuesta, se examinarán las diversas soluciones que han sido dispuestas en las diferentes escalas (estatal, europea e internacional), en virtud del carácter global de la nueva amenaza y, sobre todo, de la dimensión integrada de los ordenamientos constitucionales nacionales¹.

Como es conocido, las medidas previstas para responder a la emergencia terrorista se proyectan sobre la relación entre autoridad y libertad² y, por

¹ Sobre la dimensión integrada de los ordenamientos nacionales v. I. PERNICE, F. MEYER, «La Costituzione integrata dell'Europa», en G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Laterza, Roma-Bari, 2003, pp. 43-68, quienes acuñan la noción de «Constitución integrada europea», fundada sobre un contrato social europeo, cuyo poder constituyente está representado por los ciudadanos de los Estados miembros y es ejercido a través de las negociaciones y los procedimientos de ratificación previstos por las constituciones nacionales, unas veces de forma indirecta, en virtud del poder de representación de los gobiernos y de los parlamentos, otras de forma directa, por vía de referéndum. Se debe también al autor la fórmula del «multilevel constitutionalism» con la que subraya la proliferación de los niveles constitucionales: I. PERNICE, «Multilevel constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: european Constitution-making revisited?», en *Com. Mark. Law Rev.*, 1999, 4, 703-750, habiendo sido nuevamente propuesta primero en ID., «Multilevel constitutionalism in the European Union», en *Eur. Law Rev.*, 2002, 5, 511-529, y más recientemente en ID., «The Treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action», en *Col. Law. Journ.*, 2009, 3, 349-408. Contra P. HÄBERLE, «El Estado constitucional europeo», en *ReDCE*, n. 11, 2009, pp. 413-434, pone de manifiesto la fuerte interacción entre los ordenamientos, generadora de un desarrollo constitucional tanto a escala europea como en los diferentes Estados miembros, creadora de un único derecho constitucional de matriz europea. Sobre la concepción häberliana se reenvía a la reconstrucción de F. BALAGUER CALLEJÓN, «La contribución de Peter Häberle a la construcción del derecho constitucional europeo», en *ReDCE*, n. 12, 2010, pp. 189-208.

² Se trata de una cuestión que ha sido definida como «antigua y moderna» por C.H. MCILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno, il Mulino*, Bologna, 1990; cfr. también M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Laterza, Roma-Bari, 2009.

tanto, sobre las posibles limitaciones de los derechos fundamentales en nombre de la garantía de la seguridad colectiva que, incidiendo sobre la forma de Estado y, por qué no, también sobre los equilibrios internos propios de la forma de gobierno³, plantean dudas teóricas que no han sido nunca definitivamente despejadas⁴, y provocan, quizás, una mutación de los fines que el ordenamiento persigue.

De hecho, hasta el 11 de septiembre de 2001 las intervenciones militares conducidas por los Estados occidentales sobre suelo extranjero⁵ no habían provocado repercusiones sobre el régimen de las libertades y derechos de los individuos residentes dentro de los mismos. Ahora, por el contrario, el peligro del terrorismo yihadista ha determinado la construcción de un sistema de seguridad dirigido no sólo a la represión de los crímenes sino también a su prevención⁶ a través de la predisposición de medidas restrictivas dentro de los concretos países amenazados y la intervención armada contra los llamados «Stati canaglia» en el exterior.

En el nuevo contexto, la «dimensión espacial» de la Constitución, conformada por el derecho a la salud y por las condiciones materiales de subsistencia (distintas de la retribución), como núcleos de intereses para vivir

³ Al respecto se alude al reforzamiento, especialmente en los Estados Unidos de América y en el Reino Unido, de los poderes del Ejecutivo en detrimento del Parlamento para hacer frente a la lucha contra el terrorismo.

⁴ La referencia afecta a la relación entre Estado de Derecho y previsiones constitucionales derogatorias de las libertades y derechos fundamentales con el fin de garantizar la seguridad de la colectividad.

⁵ Es el caso de las guerras del Golfo, Kosovo o Afganistán.

⁶ E. DENNINGER, «Stato di prevenzione e diritti dell'uomo», en *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 1, 1996, pp. 47-59. Sobre la nueva concepción de las relaciones internacionales tras los ataques terroristas de 2001 S. ORTINO, «Ripensare lo Stato nel ripensare le forme politiche», en S. LABRIOLA (a cura di), *Ripensare lo Stato, Quaderni della Rassegna parlamentare*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 189, considera que el ataque del 11 de septiembre de 2001 en Nueva York ha inaugurado una nueva forma de intervención en las relaciones internacionales. Los Estados Unidos de América, de hecho, en vez de utilizar exclusivamente el instrumento tradicional del derecho penal, han elaborado «una nueva doctrina jurídica según la cual se pueden perseguir este tipo de delitos con el instrumento de la guerra».

una existencia digna⁷, quedaría ampliada con la seguridad, la cual se convierte, con toda razón, en un «derecho social», propedéutico con respecto al resto de derechos⁸. Esto se halla en sintonía con el constitucionalismo liberal democrático⁹, nacido de las cenizas de la Segunda Guerra Mundial, según el cual los poderes públicos no deberían intervenir solamente *ex post* en la defensa de los derechos sino también *ex ante*, promoviendo las condiciones para la participación activa de los individuos en el desarrollo económico y social del país¹⁰.

De cualquier modo, sin embargo, dicho modelo de democracia incluyente no justificaría la adopción de medidas extralegales para la defensa de la democracia, las cuales pondrían en peligro el modelo del Estado constitucional de Derecho, caracterizado por el doble principio de legalidad, cons-

⁷ A. BALDASSARRE, voz «Diritti sociali», en *Enc. giur. Treccani*, Vol. XI, 1989, p. 25.

⁸ G. CERRINA FERRONI, G. MORBIDELLI, «La sicurezza: un valore superprimario», en *Percorsi costituzionali*, n. 1, 2008, p. 34. También P. TORRETTA, ««Diritto alla sicurezza» e (altri) diritti e libertà della persona: un complesso bilanciamento costituzionale», en A. D'ALOIA (a cura di), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 454, pone de manifiesto los perjuicios de la seguridad con respecto a la pacífica convivencia de los individuos. Una dimensión compartida por la Corte Constitucional italiana que, en la Sentencia de 16 de julio de 1970, n. 144, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1970, p. 1650, subrayó que el concepto de seguridad se pone como «garantía de un normal vivir civil en un orden democrático».

⁹ Como es evidente, de hecho, tras el segundo conflicto mundial, la previsión de los derechos sociales en las Constituciones ha llevado a un nuevo equilibrio entre libertad e igualdad, dirigido a asegurar a todos las mismas posibilidades de realización personal, lo que equivale a las mismas condiciones de partida. Sobre la transformación del Estado Liberal en Estado Democrático Social v. A. BALDASSARRE, *op. cit.*; E. FORSTHOFF, *Stato di diritto in trasformazione*, Giuffrè, Milano, 1973.

¹⁰ T.F. GIUPPONI, «La sicurezza e le sue «dimensioni» costituzionali», en S. VIDA (a cura di), *Diritti umani. Teorie, analisi, applicazioni*, Bologna, 2008, pp. (también en www.forumcostituzionale.it); ID., «Sicurezza personale, sicurezza collettiva e misure di prevenzione. La tutela dei diritti fondamentali e l'attività di intelligence», Intervención en el Seminario «Sicurezza collettiva e diritti fondamentali». Università di Ferrara, Dipartimento di Scienze giuridiche, 26 de octubre de 2007, en www.forumcostituzionale.it.

titucional y legislativo, como garantía de las libertades individuales¹¹. En caso contrario, de hecho, el Ejecutivo podría concentrar los poderes y ejercerlos discrecionalmente, probablemente determinando la cronificación del estado de emergencia. Pero ni siquiera el Parlamento podría delegar y consentir una excesiva contracción de las libertades y de los derechos de las personas, figurando en la Constitución límites al ejercicio del poder legislativo, no superables por ninguna mayoría parlamentaria y que, por otra parte, quedarían sometidos al control de legitimidad de la justicia constitucional¹². De hecho, como garantía de la rigidez de las Constituciones, se ha fijado en algunos países incluso una prohibición de reforma constitucional durante períodos de emergencia¹³.

La perspectiva de una limitación de los derechos y libertades para salvaguardar la supervivencia del ordenamiento replantea, por tanto, el «antiguo» debate entre quienes sostenían que la libertad jamás podía ser negada¹⁴ y aquéllos otros que, por el contrario, promovían un «liberalismo armado» que justificaría las restricciones de la esfera individual para la protección de la democracia¹⁵. Pero la reducción del *agere* libre del individuo

¹¹ Paradigmáticas resultan las palabras de C.H. MCILWAIN, *op. cit.*, p. 44, para el cual «el más antiguo, el más persistente y más duradero de los caracteres esenciales del verdadero constitucionalismo es aún aquel que era desde el inicio, la limitación del gobierno merced al derecho». De hecho, recientemente, G. SILVESTRI, «Lo Stato di diritto nel XXI secolo», en *www.rivistaaic.it*, n. 2, 2011, pp. 1-9, ha subrayado que como la llegada del Estado Social no ha cancelado los principios del Estado de Derecho sino que ha determinado su renovación en un nuevo contexto; lo mismo ocurre hoy con la crisis del Estado nacional, encontrando, por el contrario, los principios del Estado de derecho nuevos espacios de expansión más allá de los confines estatales.

¹² N. MATTEUCCI, voz «Costituzionalismo», en N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO (a cura di), *Dizionario di politica*, Vol. I, Istituto Geografico De Agostini, Novara, 2006, p. 445.

¹³ Véanse el art. 16 de la Constitución francesa de la V República, el art. 169 de la Constitución española, el art. 289 de la Constitución portuguesa, los arts. 228 y 233 de la Constitución polaca, y el art. 148 de la Constitución rumana.

¹⁴ L. EINAUDI, *Il buongoverno*, Laterza, Roma-Bari, 2004, pp. 85 ss.

¹⁵ B. CROCE, *Scritti e discorsi politici (1943-1973)*, Laterza, Bari, 1973, II, pp. 159 ss.; C. ESPOSITO, *La Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1954.

también se pondría en contraposición con la concepción contemporánea del constitucionalismo, la cual, como ya se ha dicho, impone al poder político la indisponibilidad de los derechos fundamentales, constituyendo el núcleo intangible de los principios supraconstitucionales que, como tales, resultan inmodificables¹⁶.

A escala internacional, sin embargo, ante la falta de un aparato político, los Estados de mayor potencial económico y militar han adquirido un papel dominante en las relaciones internacionales. Los Estados Unidos de América han liderado la «cruzada» occidental en nombre de una nueva «ideología-religión», la tutela de los derechos del Hombre¹⁷.

Las democracias occidentales, en nombre de la propia seguridad, han acuñado una nueva doctrina sobre la guerra¹⁸ frente a la tradicional, que

¹⁶ Considera que la religión se ha convertido en un instrumento de reivindicación autoritaria C. PIEMONETESE, «Ragioni della forza e ragioni del diritto nelle norme in materia di terrorismo internazionale», en *Diritto penale e processo*, n. 8, 2006, p. 1032. Cfr. también C. BASSU, «Le risposte democratiche all'emergenza terrorismo. Il giusto equilibrio tra tutela della pubblica sicurezza e garanzia dei diritti individuali: chimera od obiettivo raggiungibile?», en *Quaderni regionali*, n. 2, 2009, p. 665.

¹⁷ Cfr. D. ZOLO, *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*, Laterza, Roma-Bari, 2004, pp. 129-130; ID., voce «Globalizzazione», en *Dig. disc. pubbl.*, Vol. II, Aggiornamento, 2005, pp. 397-398; F. LATTANZI, «La protezione internazionale della democrazia», en *Democrazie protette e protezione della democrazia*, pp. 19-21. La instrumentalización de las ideologías ha determinado también la formulación consiguiente del concepto de «guerra justa», combatida en nombre de los valores por las dos partes implicadas: por un lado, los países occidentales en nombre de la tutela de los derechos humanos; por otro, por el movimiento yihadista en nombre de un mandato divino incluso a costa del sacrificio de la propia vida. Cfr. M. WALZER, *Guerre giuste e ingiuste. Un discorso morale con esemplificazioni storiche*, Laterza, Roma-Bari, 2009; M. TONDINI, «Il diritto del nemico. Se la guerra diventa ideologia», en *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 2007, p. 245.

¹⁸ Sobre la transformación del concepto de guerra en el ordenamiento constitucional italiano y en una perspectiva comparada se reenvía a G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione. Nuovi conflitti e sfide della democrazia*, il Mulino, Bologna, 2004. El autor pone de manifiesto que, en el ordenamiento constitucional italiano, la fuente constitucional para intervenciones armadas de policía internacional, no calificables como guerra defensiva frente a ataques externos, puede hallarse en la segunda parte del

quedaba circunscrita a la defensa nacional (que debía afrontarse conforme a las directrices provenientes de las organizaciones internacionales). En primer lugar, la guerra cambia sus connotaciones propias por una doble serie de razones y necesita nuevos instrumentos para hacerles frente. La guerra contra el terror ya no es una guerra tradicional de un Estado contra otro sino aquella dirigida contra un poder enemigo no fácilmente identificable, la de una ideología contra otra¹⁹. En segundo lugar se transforma de dicho modo en guerra de prevención²⁰, favorecida por una interpretación extensiva del derecho a la autodefensa, previsto en el art. 51 de la Carta de la ONU, que podría justificar el conflicto desarrollado en Afganistán, culpable de proteger, ayudar y dar alojamiento a las organizaciones terroristas²¹.

A escala interna, la nueva concepción *post* 11 de septiembre impone la afirmación de una nueva relación entre soberanía y derechos fundamenta-

art. 11 de la Constitución, el cual, previendo la participación de Italia en organizaciones internacionales con el fin de favorecer la paz y la justicia entre las naciones, ha permitido superar el obstáculo del repudio de la guerra enunciado en la primera parte del mismo artículo. Algunas consideraciones del autor se pueden recabar en Guerra e Costituzione, en *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2002, pp. 19-34. Cfr. También, con carácter más general B. ACKERMAN, «The Emergency Constitution», en *Yale Law Journal*, Vol. 113, 2004, pp. 1033-1036; D. ZOLO, *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*, cit., pp. 113-139; A. GIARDINA, «Diritto internazionale e uso della forza», en P. CARNEVALE (a cura di), *Guerra e Costituzione*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 13-35. Si bien la denominada «War on Terror» no es efectivamente una guerra, O. FISS, «Law is Everywhere», en *Yale Law Journal*, n. 2, 2007, p. 258, pone de manifiesto que los Estados Unidos de América han declarado tres guerras: las dos primeras contra dos naciones, Irak y Afganistán, y la tercera contra Al Qaeda. Para una comparación diacrónica de la disciplina de las situaciones de emergencia en Italia v. G. BASCHERINI, «L'emergenza e i diritti. Un'ipotesi di lettura», en *Rivista di diritto costituzionale*, 2003, pp. 3-62.

¹⁹ D. ZOLO, *op. cit.*, pp. 129-130.

²⁰ C. PINELLI, «Grozio e la dottrina dell'intervento preventivo», en *www.associazionedeicostituzionalisti.it*.

²¹ P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e Costituzioni democratiche*, il Mulino, Bologna, 2006, p. 73.

les, debiendo identificar hasta qué punto pueden ser limitados los derechos y las libertades²².

2. LA SEGURIDAD: UN PRINCIPIO-VALOR EN EL CONSTITUCIONALISMO INTEGRADO EUROPEO

Que la seguridad constituya uno de los principios fundamentales del constitucionalismo es un dato que emerge desde las primeras declaraciones de derechos²³. El art. 1 de la Declaración de Derechos de Virginia de 1776 prevé que «todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes, y tienen ciertos derechos inherentes, de los cuales, cuando entran en un estado de sociedad, no pueden ser privados o postergados; en esencia, el gozo de la vida y la libertad, junto a los medios de adquirir y poseer propiedades, y la búsqueda y obtención de la felicidad y la seguridad». Y, todavía al otro lado del océano, la IV enmienda constitucional de la Constitución americana establece «el derecho de los ciudadanos a la seguridad de sus personas, domicilios, papeles y efectos».

En Europa la garantía de la seguridad se incluye en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. De hecho, el art. 2 establece que «La meta de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión».

El reconocimiento del valor de la seguridad, sin embargo, es previo a la propia formación del Estado liberal, constituyendo uno de los principios que han incentivado el nacimiento de las sociedades feudales y favorecido la creación del *ius publicum europeum* donde el orden internacional era garantizado por los Estados nacionales²⁴.

²² Es la pregunta que también se plantean G. DI COSIMO, «Costituzione ed emergenza terroristica», en *www.forumcostituzionale.it*; T.E. FROSINI, C. BASSU, «La libertà personale nell'emergenza costituzionale», en *Democrazie protette e protezione della democrazia, op. cit.*, p. 75.

²³ G. CERRINA FERRONI, G. MORBIDELLI, *op. cit.*, pp. 31-44.

²⁴ P. RIDOLA, «Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo», en P. RIDOLA, R. NANIA (a cura di), *I diritti costituzionali, Giappichelli*, Torino, 2006.

Se convirtió, por tanto —según la opinión de Gregorio Peces-Barba Martínez—, en uno de los valores más importantes de la Revolución francesa junto a la libertad, la igualdad y la fraternidad²⁵. La Constitución española no lo menciona como uno de los principios fundantes del ordenamiento jurídico. En el art. 9.3. aparece, sin embargo, el derecho a la seguridad jurídica junto a todos sus corolarios (principio de legalidad, jerarquía normativa, publicidad de las normas, irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos subjetivos, responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos). En cualquier caso, con el objetivo de garantizar una mayor protección individual, el mismo queda previsto en el art. 17, junto al derecho a la libertad. En la misma línea, el derecho a la seguridad queda reconocido en el art. 27 de la Constitución portuguesa. Con una definición más incisiva, el art. 1 de la Ley francesa n. 1062 de 15 de noviembre de 2001 establece que «La seguridad es un derecho fundamental. La misma constituye una condición para el ejercicio de la libertad y para la reducción de las desigualdades»²⁶. Por el contrario, el art. 23 de la Constitución belga lo comprende entre los derechos capaces de garantizar una vida conforme a la dignidad humana, valorizando —casi smendianamente— la actitud de la Constitución para desempeñar un papel de integración social²⁷.

En la Constitución italiana, por el contrario, el principio de la seguridad, aun no resultando formulado de forma explícita en la relación entre ciudadanos y Estado, emerge del principio de igualdad sustancial que, como ya se ha dicho, impone a los poderes públicos el deber de eliminar obstá-

²⁵ G. PECES-BARBA MARTINEZ, «La Constitución española y la seguridad», en M. CAVINO, M.G. LOSANO, C. TRIPODINA (a cura di), *Lotta al terrorismo e tutela dei diritti costituzionali, Atti del Convegno dell'Associazione di Diritto pubblico comparato ed europeo*. Alessandria, Università degli Studi, 9 maggio 2008, Giappichelli, Torino, 2009, p. 39.

²⁶ La definición legislativa recepciona la orientación del Conseil constitutionnel que ya había comprendido la seguridad entre los valores fundamentales. Se reenvía a la Decisión n. 94-352 DC de 18 de enero de 1995. Cfr. M.A. GRANGER, «Existe-t-il un «droit fondamental à la sécurité»?», en www.droitconstitutionnel.org.

²⁷ R. SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale*, trad. it. F. FIORE, J. LUTHER, Giuffrè, Milano, 1988.

culos de orden económico y social que impidan el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país²⁸. A pesar de la interpretación literal del art. 13 de la Constitución según el cual la seguridad constituye un límite al ejercicio de las libertades²⁹, la Corte constitucional italiana ha intentado reconstruir el fundamento constitucional del principio de seguridad. Con ocasión de un reciente pronunciamiento sobre el secreto de Estado, ha recordado su jurisprudencia precedente³⁰ y ha calificado la seguridad como «supremo interés [...] del Estado en su personalidad internacional y, esto es, el interés del Estado-comunidad a su propia integridad territorial, a su propia independencia y —en última instancia— a su propia supervivencia»³¹. Pero la sucesiva afirmación en virtud de la cual —según el juez constitucional— la seguridad deba ser un interés preeminente sobre cualquier otro en todos los ordenamientos estatales no justifica indebidas restricciones de los derechos fundamentales que puedan anular las garantías del Estado de Derecho³².

²⁸ P. TORRETTA, *op. cit.*, p. 454.

²⁹ La Corte Constitucional, ya en la Sentencia de 23 de junio de 1956, n. 2 (cons. in dir. n. 5), había excluido «la interpretación, inadmisiblemente angosta, de que la «seguridad» se refiera sólo a la incolumidad física, parece racional y conforme al espíritu de la Constitución dar a la palabra «seguridad» el significado de situación en la cual se asegure a los ciudadanos, en la medida en que sea posible, el ejercicio pacífico de aquellos derechos de libertad que la Constitución garantiza con tanta fuerza. La seguridad se tiene cuando el ciudadano puede desarrollar su propia actividad lícita sin ser amenazado por agresiones a su propia personalidad física y moral; es el «ordenado vivir civil», que constituye, sin duda, la meta de un Estado de Derecho, libre y democrático». Para una reconstrucción de la seguridad como límite al ejercicio de las libertades constitucionales v. M. RUOTOLO, «La sicurezza nel gioco del bilanciamento», en *www.astridonline.it*.

³⁰ Cfr. Corte Constitucional 1982 n. 15.

³¹ Corte Constitucional, Sentencia de 3 de abril de 2009, n. 106 (cons. in dir. n. 2), en *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1, 2009, pp. 984-985. Cfr. también Constitucional, Sentencia 1998, n. 110.

³² Una reconstrucción en línea con el principio personalista, punto cardinal de la Constitución consagrado en el art. 2, en virtud del cual, tal y como ha afirmado C.

Constituyendo un valor común a las tradiciones constitucionales de los países europeos, la seguridad ha sido transpuesta en los Tratados constitutivos de la Unión Europea. De este modo, se ha convertido en uno de los principios que la Unión pretende tutelar dentro del espacio jurídico interno junto a la libertad y la justicia (art. 3 TUE)³³ y queda reconocido, junto con la libertad, como derecho, tanto en el art. 6 de la Carta de los Derechos Fundamentales como en el art. 5 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre³⁴. No de forma casual, el Consejo europeo, mediante la adopción del Programa de Estocolmo, ha insertado, entre las orientaciones legislativas de la programación plurianual para el período 2001-2014 en el espacio de libertad, seguridad y justicia, el fin de desarrollar una estrategia de seguridad interna contra los ataques provenientes del terrorismo y del crimen organizado³⁵.

MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico* (reedición al cuidado de F. MODUGNO, A. BALDASSARRE, C. MEZZANOTTE), Tomo I, Cedam, Padova, 1991, p. 158, «No existe el hombre en función del Estado sino éste último en función del hombre, en el sentido de que su fin es el de asegurar el desarrollo de la persona humana y garantizarle los derechos, y que, por tanto, los mismos son inviolables, de modo que, si se reconocen expresamente o son en cualquier caso deducibles de la Constitución, no pueden decaer ni siquiera recurriendo al procedimiento de reforma constitucional, en la medida en que forman el núcleo intangible, destinado a marcar la especie de agregación estatal a la que se ha querido dar vida».

³³ La seguridad constituye, además, según el art. 21.2 TUE, uno de los objetivos generales de la Unión en la definición y ejecución de políticas comunes y acciones en todos los sectores de las relaciones internacionales.

³⁴ A causa de la atención que poco a poco ha dedicado la UE a la seguridad se ha difundido la opinión de una dimensión constitucional europea de la seguridad. Cfr. K. TUORI, «European Security Constitution», en M. SCHEINEN ET AL., *Law and security. Facing the dilemmas*, EUI Working Paper, Law 2009/11, pp. 1-6; G. AMATO, «Sicurezza. Un bene comune europeo», en www.astridonline.eu; E. CHITI, B.G. MATTARELLA, «La sicurezza europea», en *Rivista trimestrale di diritto pubblico europeo*, n. 2, 2008, pp. 305-349.

³⁵ El Programa de Estocolmo puede consultarse en el sitio <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:115:0001:0038:it:PDF>.

3. EL TERRORISMO Y LAS RESTANTES EMERGENCIAS CONSTITUCIONALES

El terrorismo, más allá de aquél de origen islámico manifestado recientemente que, por otro lado, constituye una amenaza proveniente del exterior, siempre ha representado un peligro para los países europeos. El terrorismo rojo (las Brigadas Rojas) y negro (las fuerzas de extrema derecha) en Italia, aquél guiado por los grupos independentistas republicanos norirlandeses (el *Irish Republican Army*) en el Reino Unido, el argelino en Francia, el separatista vasco (el movimiento *Euskadi ta Askatasuna* o *Euskadi y Libertad*) en España y el de extrema izquierda (*Rote Armee Fraktion* y *Gruppo Bader - Meinhof*) en Alemania han comprometido la estabilidad de las democracias europeas. Junto al terrorismo de carácter ideológico se hallan las organizaciones criminales de impronta mafiosa que, aún no totalmente erradicadas, especialmente en Italia, desafían continuamente a las instituciones, causando víctimas y provocando un extendido sentimiento de inseguridad entre la ciudadanía.

Como ha observado Silvio Gambino, el terrorismo no puede combatirse con la disciplina constitucional del estado de guerra, tratándose de una de aquellas situaciones intermedias entre el estado de paz y el estado de guerra³⁶. A ello se añade la dificultad de converger hacia un sistema uniforme de seguridad, debida también a la incertidumbre que pesa sobre una definición común de terrorismo³⁷. Solo el art. 55.2 de la Constitución española menciona expresamente el fenómeno terrorista, confiando a la Ley orgánica la previsión de las limitaciones de los derechos de determinadas

³⁶ S. GAMBINO, A. SCERBO, «Diritti fondamentali ed emergenza nel costituzionalismo contemporaneo. Un'analisi comparata», en *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 4, 2009, pp. 29-87.

³⁷ Se reenvía al respecto a las diversas definiciones de terrorismo que han sido ofrecidas en el ámbito legislativo para hacer frente a la emergencia. Cfr. C MURGIA, «Meno libertà più sicurezza», en S. LABRIOLA (a cura di), *Studi per Giovanni Motzo, Quaderni della Rassegna Parlamentare*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 298-299; A. VEDASCHI, *À la guerre comme à la guerre? La disciplina della guerra nel diritto costituzionale comparato*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 504-510.

personas en relación con investigaciones ligadas a las acciones de bandas armadas y elementos terroristas. Se trata de un *unicum* en el panorama constitucional, habiendo introducido la Constitución un mecanismo especial, desvinculado de la declaración de los estados de emergencia³⁸ para la suspensión individual de derechos, el cual se refiere solamente a las bandas armadas y a los terroristas, no a cualquier asociación criminal³⁹.

La Constitución portuguesa, por el contrario, menciona tres veces el fenómeno del terrorismo, también como consecuencia de actualizaciones del texto constitucional. El art. 33.3 se refiere al terrorismo como excepción a la prohibición de extradición; el art. 34.3, introducido por la Ley constitucional n. 1 de 12 de noviembre de 2001, consiente el acceso nocturno al domicilio privado en casos flagrantes o su autorización por parte de la autoridad judicial ante hipótesis de crímenes de terrorismo; el art. 207.1 prevé que el jurado no sea competente para juzgar los crímenes de terrorismo.

Por el contrario, los textos constitucionales de los restantes países europeos no contienen referencia explícita alguna al terrorismo ni a las organizaciones similares que pongan de manifiesto actividades subversivas contra el orden constituido. De este modo, entre las Constituciones de los países miembros de la Unión pueden identificarse ejemplos opuestos. De un lado, la prohibición de suspensión en todo o en parte de la Constitución en Bélgica⁴⁰, la ausencia de previsiones de limitación de los derechos fundamen-

³⁸ Se trata, sin embargo, según F. FERNÁNDEZ SEGADO, «La suspensión individual del ejercicio de derechos constitucionales», en *Revista de Estudios Políticos*, n. 35, 1983, p. 134 - de un medio de lucha contra el terrorismo más eficaz que cualquier estado de excepción de los referidos en el art. 116 de la Constitución.

³⁹ La interpretación del Tribunal constitucional (STC 199/1987, FJ 4) ha excluido, de hecho, que el art. 55.2 de la Constitución española pueda referirse a la delincuencia común. La disposición, por tanto, encuentra aplicación ante cualquier organización, sea o no terrorista, peligrosa para el mantenimiento del orden democrático. Se remite a E. VIRGALA FORURIA, «La suspensión de derechos por terrorismo en el ordenamiento español», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 40, 1994, p. 77; A.M. CARMONA CONTRERAS, «El ordenamiento jurídico español frente al terrorismo», en *Lotta al terrorismo e tutela dei diritti costituzionali*, cit., p. 151.

⁴⁰ El art. 187 de la Constitución belga dispone: «La Constitución no puede ser suspendida, ni en todo ni en parte». A pesar de ello, el Ejecutivo belga adoptó

tales y de una disciplina de las situaciones de emergencia en Luxemburgo; de otro, la hipótesis hiperracionalizada de las situaciones de emergencia en la Ley fundamental alemana.

La Constitución italiana (art. 78) disciplina sólo la hipótesis de la guerra externa, previendo que las Cámaras confieran al Gobierno los poderes necesarios y atribuyendo al Presidente de la República el deber de la respectiva declaración⁴¹.

La disciplina constitucional francesa sobre el estado de guerra, aun conteniendo una cláusula elástica, no es susceptible de abarcar las medidas antiterroristas⁴². Se ha afirmado, de hecho, que una eventual declaración de guerra contra unos terroristas o contra el terrorismo, enemigos no identifica-

una disciplina derogatoria con ocasión de la Primera Guerra Mundial. Cfr. A. BENNAZZO, *L'emergenza nel conflitto tra libertà e sicurezza*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 12-13.

⁴¹ Sobre la disciplina del estado de guerra en la Constitución italiana v. G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizione e modelli*, Giuffré, Milano, 2003, pp. 253-316; G. DE VERGOTTINI, «Necessità, Costituzione materiale e disciplina dell'emergenza. In margine al pensiero di Costantino Mortati», en *Diritto e società*, n. 2, 1994, pp. 217-259; ID., *Guerra e costituzione, op. cit.*, pp. 199 ss. También las constituciones de Bélgica, Noruega, Islandia y Dinamarca que, al igual que Italia, tenían la concentración de poder en las manos de un único órgano constitucional, no disciplinan las situaciones de emergencia. Cfr. A. VEDASCHI, *op. cit.*, p. 331.

⁴² El art. 16 de la Constitución francesa prevé que «Cuando las instituciones de la República, la independencia de la Nación, la integridad de su territorio o el cumplimiento de sus compromisos internacionales estén amenazados de manera grave o inmediata y el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales esté interrumpido, el Presidente de la República tomará las medidas exigidas por tales circunstancias, previa consulta oficial con el Primer Ministro, los Presidentes de las asambleas y el Consejo Constitucional». Como subraya A. VEDASCHI, *op. cit.*, p. 304, se trata de una cláusula elástica «de carácter muy general, focalizada sobre la eventual violación de bienes jurídicos esenciales, cuya concurrencia comporte una tal alteración del normal funcionamiento de los poderes públicos capaz de legitimar la activación del ordenamiento de excepción constitucional». Más adelante, la autora pone de manifiesto que la disposición de qua más que disciplinar la emergencia pretende investir al Jefe del Estado con el poder-deber de defender el orden democrático con cualquier medio que considere necesario.

bles con un territorio, equivaldría a «déclarer la guerre à un ennemi invisible reviendrait à déclarer la guerre à des pays entiers sans distinction, ce qui porterait atteint aux principes du droit international et au droit humanitaire»⁴³. Del mismo modo, el peligro inminente de una invasión extranjera o de una insurrección armada, condiciones necesarias para la declaración del estado de sitio y para el consiguiente reconocimiento de poderes a la autoridad militar para el mantenimiento del orden público, no resultan asimilables al fenómeno terrorista⁴⁴.

Las mismas consideraciones pueden extenderse al resto de ordenamientos constitucionales, como el griego, el portugués, el irlandés y el alemán, los cuales, sin embargo, han asimilado el estado de guerra a situaciones de crisis provenientes de peligros externos y de circunstancias de grave desorden interno. El art. 19.2 de la Constitución portuguesa, de hecho, prevé que el estado de sitio pueda ser declarado en los casos de agresión efectiva o inminente de fuerzas extranjeras, grave amenaza o perturbación del orden constitucional democrático o de catástrofes naturales⁴⁵; el art. 48 de la Cons-

⁴³ K. ROUDIER, «Le droit constitutionnel et la légalité de l'infraction de terrorisme», en *Democrazie protette e protezione della democrazia*, cit., p. 121.

⁴⁴ El art. 36 de la Constitución francesa prevé que el estado de asedio es decretado por el Gobierno, prorrogable más allá de doce días por el Parlamento. En fin, entre los regímenes excepcionales resulta posible considerar el estado de urgencia previsto por una Ley precedente a la entrada en vigor de la Constitución de la V República y posteriormente legitimado por el legislador y el Conseil constitutionnel. Éste último, por el contrario, puede ser declarado por el Gobierno, para todo el territorio o sólo una parte del mismo, por causa de un peligro inminente derivado de atentados graves contra el orden público o por catástrofes naturales. Sobre la disciplina de emergencias en Francia cfr. C. BONTEMPS DI STURCO, «Francia», en P. PASSAGLIA (a cura di), *Poteri emergenziali e deroghe al principio di legalità*, marzo 2011, pp. 5-19, en http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/CC_SS_Poteri_emergenziali_10052011.pdf; P. BONETTI, «Terrorismo, emergenza e principi fondamentali», en <http://www.news.unina.it/tmpPDF/PaoloBonetti.pdf>, pp. 30-32. Sobre la reconducibilidad del terrorismo a los estados de emergencia v. K. ROUDIER, *op. cit.*, pp. 121-122.

⁴⁵ El art. 19.3 de la Constitución portuguesa contempla también el estado de emergencia que es declarado cuando los presupuestos para el estado de sitio resultan de menor gravedad.

titución griega contempla la eventualidad del estado de guerra o de movilización por peligros externos o bien por graves desórdenes o amenaza inmediata contra el orden público y la seguridad del estado, así como por manifestaciones de un movimiento armado que tenga por fin desbancar el ordenamiento democrático; el art. 28.1 de la Constitución irlandesa regula la disciplina de la situación de guerra y de la rebelión armada. La Ley fundamental alemana, en virtud del desafortunado precedente weimariano⁴⁶, concentra especial atención en la previsión de las diversas situaciones de crisis tanto externas como internas⁴⁷ sin citar al terrorismo.

Del mismo tenor son las Constituciones recientes de los países del Este europeo que unas veces reenvían a genéricas situaciones de peligro para el ordenamiento constitucional del Estado o para la seguridad de los ciudadanos⁴⁸, y otras sólo a la disciplina de los poderes en las situaciones inmediatamente previas al estallido de la guerra⁴⁹. En el extremo contrario la vaga formulación del art. 51.2 de la Constitución eslovaca (que se refiere a la Ley constitucional competente para la disciplina de las restricciones de los derechos fundamentales para las situaciones de guerra, estado de excepción o de emergencia) podría ser utilizada en caso de emergencia terrorista.

El resultado es la ausencia explícita de cualquier referencia constitucional al terrorismo a menos que, salvando el caso español, no se quieran in-

⁴⁶ El art. 48 de la Constitución de Weimar establecía que «el presidente del Reich podrá tomar las medidas necesarias que lleven a restablecer el orden, interviniendo con la asistencia de las fuerzas armadas, de ser necesario». La única condición impuesta al Jefe de Estado es la obligación de dar noticia al Reichstag, que puede revocar las medidas dispuestas. Se reenvía a A. VEDASCHI, *op. cit.*, pp. 293-294. Para una comparación diacrónica entre la disciplina de las situaciones de emergencia en la Constitución de Weimar y en la Ley Fundamental V. GÖTZ, «La Costituzione dell'emergenza nella Legge fondamentale tedesca», en *Diritto e società*, n. 4, 1991, pp. 545-549.

⁴⁷ Sobre la disciplina de las distintas situaciones de crisis en el ordenamiento constitucional alemán v. A. VEDASCHI, *op. cit.*, pp. 308-314; F. PALERMO, J. WOELK, *Germania, il Mulino*, Bologna, 2005, pp. 76-78; A. BENAZZO, *op. cit.*, p. 45.

⁴⁸ Cfr. el art. 230 de la Constitución polaca y el art. 5 de la Ley constitucional 110/98 de la República Checa.

⁴⁹ Tal es el caso del art. 92 de la Constitución eslovena.

interpretar extensivamente algunos presupuestos de las emergencias constitucionales, como la amenaza para el orden público y la seguridad, para incorporar allí el terrorismo⁵⁰. Sin embargo, se terminaría por poner en valor, más allá de sus intenciones, aquellas disposiciones que, a fin de cuentas, se revelarían inadecuadas e incapaces para hacer frente a un fenómeno desconocido hasta el momento de la redacción de los textos constitucionales, cuya complejidad e imprevisibilidad requerirían, en cambio, libertad de espacios a la ideación política dentro de los límites de los principios fundamentales inviolables y de las garantías del Estado de Derecho.

Una prueba de la corrección de un planteamiento semejante surge de la praxis constitucional a la que se ha recurrido para hacer frente a la emergencia del terrorismo en los últimos años. De hecho, se registra un mínimo común denominador en la respuesta a la emergencia terrorista que se distingue por tres órdenes de razones. Como ya se ha anticipado, la solución a la crisis internacional ha impuesto soluciones concertadas entre sujetos de derecho internacional que, por sí solos, no habrían podido afrontar adecuadamente la «guerra contra el terror». En segundo lugar, las soluciones se han confiado a la legislación ordinaria, especialmente al derecho penal, introduciendo nuevos tipos de delito con el convencimiento de que los mismos pudiesen desplegar una mayor carga inhibitoria frente a potenciales terroristas y de que los episodios de criminalidad común y aquellos de terrorismo no pudiesen ser tratados uniformemente⁵¹. Sin embargo, el papel decisivo ha sido protagonizado por la jurisprudencia, que ha acordado las medidas sometiénolas a un juicio de ponderación entre principios-

⁵⁰ A favor de la utilización de la cláusula contenida en el art. 19 de la Constitución portuguesa incluso en la lucha contra el terrorismo se expresa G. DE VERGOTTINI, «La difficile convivenza fra libertà e sicurezza. La risposta delle democrazie al terrorismo. Gli ordinamenti nazionali», en *Rassegna Parlamentare*, n. 2, 2004, p. 427-454. El mismo ensayo puede consultarse en Boletín Mexicano de derecho comparado, n. 111, 2004, pp. 1185-1211, y, en lengua española, en *Revista de Derecho Político*, n. 61, 2004.

⁵¹ Por este motivo se ha afirmado que, en el plano interno, se ha difundido un «derecho penal del enemigo», lo que equivale a un «derecho penal excepcional (extra ordinem), que conlleva la neutralización preventiva de determinados autores considerados peligrosos, actuando netamente fuera de la legalidad constitucional». Sobre la cuestión v. S. GAMBINO, A. SCERBO, *op. cit.* La tesis de una distinción entre un dere-

valores, impidiendo una sobrevaloración de la seguridad que habría podido conducir a la negación de los principios fundamentales del Estado constitucional de Derecho.

En línea general, por tanto, se pueden delinear dos modelos frente a la nueva emergencia y las limitaciones a los derechos fundamentales: el anglosajón y el continental de los países de *civil law*. Los Estados Unidos de América y el Reino Unido han predispuesto medidas de carácter excepcional: los primeros han proclamado el estado de emergencia nacional concentrando el poder en las manos del Presidente⁵²; el Reino Unido no ha adoptado la *martial law*, el modelo institucional de gestión de las emergencias aplicado durante las guerras coloniales y la revolución irlandesa de 1920-1921⁵³, prefiriendo, por el contrario —y también para la emergencia del terrorismo—, la adopción de leyes que, preventivamente, disciplinasen las hipótesis de excepción, incluida la previsión de los casos en los que el Go-

cho penal del ciudadano y un derecho penal del enemigo se reconstruye en G. JAKOBS, «Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo», en G. JAKOBS, M. CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2003.

⁵² A diferencia de los países de la Unión Europea, los Estados Unidos de América son el único país que ha proclamado el estado de emergencia con la Presidential Declaration of National Emergency by Reason of Certain Terrorist Attacks, cuyos poderes han sido disciplinados por la Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001 (USA PATRIOT ACT), H.R. 3162, P.L. 107 - 56, 26 de octubre de 2001. Sobre las medidas aprobadas por USA v. C. BASSU, *Terrorismo e costituzionalismo. Percorsi comparati*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 161-227; M. MIRAGLIA, «La tutela processuale dei diritti dopo l'11 settembre negli Stati Uniti», en *Lotta al terrorismo*, cit., pp. 45-60; A. BENAZZO, *op. cit.*, pp. 111-193; G. ROMEO, «Inter arma silent iudices? L'habeas corpus al tempo della lotta al terrorismo», en *Diritto pubblico comparato e europeo*, IV, 2008, pp. 1801-1817.

⁵³ La *martial law* atribuía el mando de las fuerzas armadas a la Corona y sus funcionarios. En este caso, las facultades ejercidas por el Gobierno no están sometidas al control judicial, que puede juzgarlas tan sólo en el caso de que superen los límites impuestos por la common law o por la Ley del Parlamento. En tal caso, el control queda pospuesto con respecto a la gestión de la emergencia por parte del Ejecutivo, interviniendo el Parlamento para convalidar la acción del Gobierno.

bierno pudiese emanar medidas infralegislativas⁵⁴. Pero, al mismo tiempo, el Reino Unido ha sido el único país europeo que ha presentado una declaración de derogación a la Convención de los Derechos del Hombre, introduciendo un régimen excepcional⁵⁵.

Al contrario, los países de *civil law* han afrontado el terrorismo con la predisposición de medidas ordinarias a través de la introducción de nuevos tipos de delito, la creación y potenciación de los órganos de inteligencia, competentes en la valoración de las informaciones referidas a la seguridad social, y la previsión de mayores poderes reconocidos a la policía en detrimento de la persona sometida a investigación.

4. TERRORISMO Y DERECHOS FUNDAMENTALES ANTE LA PRUEBA DE LA PONDERACIÓN

A la luz de estas consideraciones, a pesar de que en la mayor parte de los textos constitucionales la seguridad no haya sido diseñada en los términos de un derecho, la misma constituye uno de los principios-valores del ordenamiento constitucional europeo.

Más recurrente resulta la referencia genérica a la seguridad como límite al ejercicio de los derechos constitucionalmente garantizados, ligada, por lo demás, a una función de prevención criminal que encuentra su disciplina en la normativa penal. Es en estas disposiciones constitucionales, entonces, donde se puede buscar el fundamento de las medidas legislativas adoptadas por los países europeos para combatir los ataques terroristas y las

⁵⁴ J.O. FROSINI, S. PENNICINO, «La lotta al terrorismo nella patria dell’*habeas corpus*. Evidenze del dinamismo costituzionalismo britannico», en *Lotta al terrorismo*, cit., pp. 62-63; P. BONETTI, *op. cit.*, pp. 18-20.

⁵⁵ La derogación es llevada a cabo a través de la Human Rights Act Designated Derogation (decreto n. 3644/2001) en ejecución del art. 15 CEDH que permite «en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la estricta medida en que lo exija la situación, y a condición de que tales medidas no estén en contradicción con las restantes obligaciones que dimanen del derecho internacional».

organizaciones criminales. Pero, si es así, los derechos constitucionales fundamentales no son reglas absolutas⁵⁶. Condicionados por el resto del ordenamiento jurídico, unas veces en virtud de la previsión de reservas de Ley y otras por su naturaleza programática, se colocan en una relación de tensión con el resto del ordenamiento jurídico⁵⁷. Ello constituye una afirmación coherente con las adquisiciones de la jurisprudencia de la Corte constitucional italiana que, ya en su primera decisión, había establecido que en el concepto de derecho se halla ínsito aquél de límite, sobre todo con el fin de garantizar una convivencia civil ordenada⁵⁸. Pero si ello resulta válido en las situaciones de normalidad, la exigencia de seguridad surge con aun con más intensidad en aquellas de crisis, donde la función represiva del Estado se refuerza en detrimento de las garantías constitucionales.

4.1. Análisis de la cuestión en las Constituciones

La mayor parte de las Constituciones de los países europeos, sin embargo, no contienen una cláusula general derogatoria de los derechos funda-

⁵⁶ A. VEDASCHI, *op. cit.*, p. 458, pone de manifiesto que la mayoría de las Constituciones no excluyen explícitamente limitaciones a los derechos fundamentales, refiriéndose tanto a las Constituciones que no fijan prohibiciones expresas o puntuales como a aquellas que articulan derogaciones específicas.

⁵⁷ R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 16; F. MODUGNO, *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 101.

⁵⁸ Corte Constitucional, Sentencia de 14 de junio de 1956, n. 1. La decisión precisa que «una disciplina de las modalidades de ejercicio de un derecho, en modo que la actividad de un individuo dirigida a la persecución de sus propios fines se concilie con la persecución de los fines de los demás, no debería de ser considerada por sí misma como una violación o negación del derecho. Y aunque se pensara que de la disciplina del ejercicio puede también derivarse indirectamente un cierto límite al propio derecho, convendría recordar que el concepto de límite resulta ínsito en el concepto de derecho y que, en el ámbito del ordenamiento, las distintas esferas jurídicas deben por necesidad limitarse recíprocamente para que puedan coexistir en la ordenada convivencia civil». Para una profundización sobre el concepto de límite como principio esencial de la convivencia civil y, por tanto, del ejercicio de la libertad individual, se reenvía a L. RONCHETTI, *Il nomos infranto: globalizzazione e costituzioni. Del limite come principio essenziale degli ordinamenti giuridici*, Jovene, Napoli, 2007.

mentales en las situaciones de crisis⁵⁹. Son, por el contrario, las disposiciones sobre los derechos fundamentales las que reenvían a la Ley ordinaria la disciplina de las restricciones de los derechos fundamentales para la protección de la seguridad, del orden público o de otros derechos⁶⁰. En cualquier caso, ello no excluye que sea la Ley la que regule las limitaciones de los derechos incluso en los casos en los que la Constitución no regule (pero tampoco excluya) eventuales suspensiones de los derechos⁶¹ o no discipline los estados de emergencia⁶². De hecho, es una opinión extendida que, si bien los textos constitucionales no prevén disposiciones suspensivas de los derechos, las situaciones de emergencia (y, entre las mismas, la motivada por el terrorismo) legitiman la adopción de medidas restrictivas o suspensivas de los derechos⁶³.

Para la Constitución italiana⁶⁴ la libertad personal y la libertad de domicilio pueden recibir restricciones por parte de la autoridad de seguridad pública «en casos excepcionales de necesidad y urgencia» taxativamente establecidos por la Ley⁶⁵. La libertad de circulación puede ser limitada «por

⁵⁹ Para una panorámica general de sobre las cláusulas suspensivas de los derechos v. E. CECCHERINI, *La codificazione dei diritti nelle recenti Costituzioni*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 85-99.

⁶⁰ Paradigmática resulta la Sentencia de 2 de julio de 2001 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa al partido turco Refah Partisi, o Partido de la Prosperidad, la cual ha observado que el derecho de asociación política puede ceder frente a la seguridad nacional o la seguridad pública.

⁶¹ Tal es el caso de la Constitución de la V República francesa. El art. 23 de la Constitución finlandesa, por el contrario, simplemente reenvía a la Ley la regulación de las limitaciones de los derechos, causadas por un ataque armado o por una situación de emergencia asimilable a la guerra.

⁶² Fuera de la UE pero dentro de la Europa geográfica es el caso de Noruega.

⁶³ G. MORBIDELLI, «Le dinamiche della Costituzione», en G. MORBIDELLI, L. PEGORARO, A. REPOSO, M. VOLPI, *Diritto pubblico comparato*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 100.

⁶⁴ Como Italia, Polonia y Eslovaquia especifican el elenco de las libertades limitables. Para Polonia, la libertad personal (art. 41.1, 3 e 5), la inviolabilidad del domicilio (art. 50), la libertad de circulación y residencia en el territorio nacional (art. 52.1), la libre iniciativa económica (art. 22) y el derecho de propiedad (art. 64).

⁶⁵ Arts. 13 y 14 de la Constitución.

motivos sanitarios o de seguridad»⁶⁶; la libertad de reunión, con una fórmula casi idéntica «por motivos comprobados de seguridad o de salvaguardia de bienes públicos»⁶⁷; la iniciativa económica privada en los casos en los que pueda causar daño «a la seguridad, a la libertad, a la dignidad humana»⁶⁸.

Sin embargo, las previsiones constitucionales confían a la discrecionalidad del legislador la disciplina de los casos en los que puedan tener lugar las limitaciones de tales derechos constitucionales. Por ejemplo, el art. 13 de la Constitución reserva a la Ley ordinaria la predeterminación taxativa de los casos en los que la autoridad de seguridad pública puede adoptar restricciones provisionales sobre el ejercicio de las libertades personales que deberán ser comunicadas en todo caso dentro del plazo de cuarenta y ocho horas a la autoridad judicial, la cual deberá ratificarlas en las siguientes cuarenta y ocho horas. En caso contrario, la medida se entenderá revocada y privada de cualquier efecto. Pero aún hay más. La reserva legislativa comprende no sólo la previsión de la duración máxima del encarcelamiento preventivo sino también la regulación de la duración en función de los motivos del propio encarcelamiento.

Un rasgo común de los textos constitucionales de los países de la Unión Europea es la previsión de límites concretos al ejercicio de las libertades colectivas: la libertad de reunión⁶⁹ debe desarrollarse de manera pacífica y

⁶⁶ Art. 16 de la Constitución.

⁶⁷ Art. 17 de la Constitución.

⁶⁸ Art. 41 de la Constitución.

⁶⁹ Art. 17 de la Constitución italiana, art. 8 de la Ley Fundamental, art. 21 de la Constitución española, art. 45 de la Constitución portuguesa, art. 26 de la Constitución belga, art. 79 de la Constitución danesa, art. 11 de la Constitución griega, art. 25 de la Constitución de Luxemburgo. En España, la disciplina de los partidos políticos fue enriquecida por la Ley Orgánica 6/2002 (LOPP) que prevé, junto a las previsiones de ilícito penal relativas a todas las asociaciones y casos de violación de las normas internas de los propios partidos, la posibilidad de que un partido sea declarado ilegal en el caso de que proponga, con actos graves y reiterados, destruir o mermar el ordenamiento democrático. Cfr. A. MASTROMARINO, «Spagna: una democrazia “quasi protetta”? La legge organica n. 6 del 2002 e la questione nazionale dei Paesi Baschi», en *Democrazie protette*, cit., pp. 143-162; A.M. CARMONA CONTRERAS, *op. cit.*, pp. 166-177.

sin armas; la libertad de asociación impone la prohibición de la asociación para la persecución de objetivos vetados por la Ley⁷⁰ o de asociaciones que persigan fines políticos contando con una organización de tipo militar⁷¹. Se prevén disposiciones para garantizar el pluralismo de partidos o el recurso a la libertad de elección⁷² con la exclusión de las asociaciones que se dirijan contra el principio de la concordia entre los pueblos o que amenacen la convivencia pacífica entre los pueblos⁷³, así como disposiciones que prohíben la constitución del disuelto partido fascista y racista⁷⁴.

Más allá de estas restricciones concretas, la Ley Fundamental alemana establece la posibilidad de limitar mediante Ley un derecho fundamental siempre que dicha restricción presente carácter general y no individual y que no resulte afectado su contenido esencial⁷⁵. No obstante, no falta la previsión, encomendada al *Bundesverfassungsgericht*, de un mecanismo sancionador que pueda afectar individualmente a quien, con el fin de combatir el ordenamiento liberal-democrático, haya abusado de algunas de las libertades constitucionales⁷⁶. A parte de este mecanismo especial, el art. 10.2 de la Ley fundamental establece que pueden ser introducidas limitaciones a la libertad de comunicaciones en función de una Ley para la salvaguardia del ordenamiento liberal-democrático o de la estabilidad o seguridad del Estado federal o de un *Land*.

⁷⁰ Art. 78 de la Constitución danesa, art. 22 de la Constitución española, art. 9 de la Ley Fundamental, art. 18 de la Constitución italiana.

⁷¹ Art. 18 de la Constitución italiana, art., 46 de la Constitución portuguesa, art. 14, cap. II, de la Constitución sueca.

⁷² Art. 4 de la Constitución francesa, art. 6 de la Constitución española, art. 49 de la Constitución italiana, art. 29 de la Constitución griega.

⁷³ Respectivamente art. 9.2 y art. 26.1 de la Ley Fundamental.

⁷⁴ Respectivamente el art. XII disp. trans. fin. de la Constitución italiana y el art. 60 de la Constitución portuguesa.

⁷⁵ Art. 19 de la Ley Fundamental.

⁷⁶ Art. 18 de la Ley Fundamental. Los derechos mencionados son la libertad de manifestar el propio pensamiento y, en particular, la libertad de prensa (art. 5.1), la libertad de enseñanza (art. 5.3), la libertad de reunión (art. 8), la libertad de asociación (art. 9), el secreto de la correspondencia, del correo y de las comunicaciones (art. 10), el derecho de propiedad (art. 14) y el derecho de asilo (art. 16a).

En estas disposiciones de la Ley fundamental se ha hallado una suerte de antecedente histórico de la cláusula española sobre las limitaciones específicas de los derechos fundamentales, regulada por el art. 55.2 de la Constitución española⁷⁷. Marcada desde su nacimiento por el carácter endémico del terrorismo vasco, la disciplina de la suspensión individual del ejercicio de los derechos constitucionales queda regulada en el citado artículo, encargando a la Ley orgánica la determinación de la forma y casos en los que la libertad personal, la libertad de domicilio y de correspondencia —mediante procedimientos concretos, con la preceptiva intervención judicial y con el adecuado control parlamentario— puedan resultar suspendidas para personas determinadas, relacionadas con investigaciones ligadas a la acción de bandas armadas o de terroristas. Al contrario de cuanto pueda parecer, la cláusula española no encuentra parangón en el derecho constitucional comparado. La misma, de hecho, presenta un alcance más circunscrito con respecto al ámbito de aplicación de la cláusula alemana que, por el contrario, se refiere de forma genérica a la protección del ordenamiento liberal-democrático, a la estabilidad o a la seguridad de la Federación o de un *Land*. Además, la disciplina española, a diferencia de la alemana y la italiana, no sustituye el control judicial: el art. 10 de la Ley fundamental confía dicho control a órganos, incluso de carácter auxiliar, designados por el órgano representativo del pueblo; el art. 13 de la Constitución italiana delega la autoridad de seguridad pública, previendo una intervención de ratificación por parte del órgano judicial⁷⁸.

Las experiencias constitucionales de estos países europeos, sin embargo, ponen de manifiesto un dato común: la predisposición de un control parlamentario preventivo sobre las medidas que eventualmente —allí donde se verifiquen los presupuestos indicados por la Ley— encuentren aplicación. El control parlamentario, sin embargo, no resulta uniforme en todos los Estados: algunas constituciones requieren la aprobación de una Ley ordi-

⁷⁷ En esta línea, F. FERNÁNDEZ SEGADO, *op. cit.*, p. 125.

⁷⁸ Sobre las limitaciones específicas de los derechos fundamentales en España y en clave comparada con el Reino Unido, Alemania e Italia, se reenvía a J.C. REMOTTI CARBONELL, *Constitución y medidas contra el terrorismo. La suspensión individual de derechos y garantías*, Colex, Madrid, 1999, pp. 29-67.

itaria ⁷⁹ (Italia, Alemania, Austria, Bélgica, Holanda, Dinamarca, Finlandia, República Checa, Hungría, Polonia, Rumania, Letonia, Estonia, Lituania, Irlanda, Malta, Portugal, Suecia), otras, por el contrario, una Ley orgánica (España) o una Ley constitucional (Eslovaquia) ⁸⁰.

4.2. Las derogaciones internacionales y los derechos inderogables

De la eventualidad de una limitación de los derechos también se encuentran rastros a escala internacional. El art. 15 CEDH consiente a los Estados adheridos, por razones de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, adoptar medidas derogatorias de obligaciones previstas en la Convención. Análogamente, el art. 4 del Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos de 1966 establece que « En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que [...] suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto».

En cualquier caso, la aplicación de la derogación establecida en el art. 15 CEDH no se consiente para algunos derechos que son clasificados por la propia Convención como inderogables: el derecho a la vida (art. 2), la prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos y degradantes (art. 3),

⁷⁹ Para una panorámica general sobre las diversas hipótesis de limitaciones de los derechos fundamentales en los países miembros de la UE se reenvía a A. CELOTTO, *Lezioni di diritto costituzionale comparato*, Giappichelli, Torino, 2010. Cfr. también los dos volúmenes de la *ReDCE*, n. 14, 2010, y n. 15, 2011.

⁸⁰ El art. 51 de la Constitución eslovaca establece que una Ley constitucional puede disciplinar las restricciones impuestas por una emergencia bélica o por otros estados de excepción. La Constitución, sin embargo, no prevé una cláusula derogatoria de los derechos de carácter general sino que prevé, para cada una de las disposiciones relativas a algún derecho fundamental, la referencia a algunas derogaciones o limitaciones por exigencias de restablecimiento del orden público o de mantenimiento de la seguridad nacional: es el caso de la libertad de circulación y de residencia (art. 23.3), de la libertad de pensamiento (art. 26.4), de la libertad de reunión (art. 28.2), de la libertad de asociación (art. 29.4).

la prohibición de la esclavitud (art. 4.1), el principio de legalidad y de irretroactividad en materia penal (art. 7). Sin embargo, la cláusula no permite excepciones que no hayan sido admitidas por los textos constitucionales, aún cuando la Convención haya sido incorporada a las fuentes constitucionales (Austria, Holanda) o colocada por encima de las fuentes ordinarias (Francia, Bélgica, España, Portugal y algunos países del Este de Europa).

La lista de los derechos inderogables aparece más limitada con respecto a la del Pacto de los Derechos Civiles y Políticos. Éste último, además de indicar los derechos inderogables previstos por la CEDH, veta también la prohibición de encarcelamiento por incumplimiento de una obligación contractual (art. 11), el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 16) y el derecho al ejercicio de las libertades de pensamiento y conciencia, así como de la libertad religiosa (art. 18).

También las Constituciones más recientes prestan atención a la mención de algunos derechos inderogables. Así ocurre de forma especial en las constituciones de reciente formación. Los textos de los países miembros del Este indican una serie de derechos absolutos: el derecho a la vida⁸¹, el derecho a la dignidad humana⁸², el derecho al honor y a la reputación⁸³, el derecho a la ciudadanía⁸⁴ y a la capacidad jurídica⁸⁵, el derecho a la libertad personal⁸⁶, el derecho a la libertad de pensamiento⁸⁷, de conciencia y de culto⁸⁸, el derecho de petición⁸⁹.

⁸¹ Art. 28 de la Constitución búlgara, art. 38 de la Constitución polaca, art. 54 de la Constitución húngara y art. 17 de la Constitución eslovena.

⁸² Art. 30 de la Constitución polaca, art. 54 de la Constitución húngara, art. 21 de la Constitución eslovena. También prevén la prohibición de tratos inhumanos y degradantes el art. 29 de la Constitución búlgara, los arts. 39-41.4 de la Constitución polaca, el art. 54 de la Constitución húngara y el art. 18 de la Constitución eslovena.

⁸³ Art. 71 de la Constitución polaca.

⁸⁴ Arts. 34 y 36 de la Constitución polaca y art. 39 de la Constitución húngara.

⁸⁵ Art. 56 de la Constitución húngara.

⁸⁶ Art. 55 de la Constitución húngara y art. 21 de la Constitución eslovena.

⁸⁷ Art. 37 de la Constitución búlgara y art. 60 de la Constitución húngara.

⁸⁸ Art. 37 de la Constitución búlgara, art. 53 de la Constitución polaca, art. 60 de la Constitución húngara y art. 41 de la Constitución eslovena,

⁸⁹ Art. 63 de la Constitución polaca.

El art. 19 de la Constitución portuguesa menciona las situaciones jurídicas que no son susceptibles de restricción: el derecho a la vida, a la identidad y a la integridad personal, a la capacidad civil y a la ciudadanía, a la libertad de conciencia y de religión. Se excluyen, además, limitaciones al principio de irretroactividad de la Ley penal y al derecho a la defensa de los imputados. El art. 55.3 de la Constitución española, por el contrario, se preocupa de sancionar penalmente la eventual utilización injustificada o abusiva de la facultad reconocida en la Ley orgánica limitativa de los derechos constitucionales⁹⁰.

A diferencia de cuanto se prevé en los textos anteriormente citados, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea no prevé derechos inderogables. El art. 52 contempla un mecanismo general de limitación de los derechos que, por una parte, por tanto, aparenta ser indiscriminado y, por otra, más bien exigente para las garantías a respetar. Requiere, de hecho, que las eventuales limitaciones al ejercicio de los derechos y libertades reconocidos estén previstas por la Ley; respeten el contenido esencial de los derechos y libertades; sean evaluadas desde el respeto del principio de proporcionalidad; resulten necesarias y respondan efectivamente a los fines de interés general reconocidos por la Unión o bien que respondan a la exigencia de proteger los derechos y libertades de otros. Falta, sin embargo, una disciplina de los derechos y de las libertades que puedan ser derogados en los estados de emergencia y de necesidad. Para colmar la laguna, la versión enmendada de la explicación del art. 52 integra la Carta con la disposición del art. 15 CEDH, dejando imprejuizada la posibilidad de que los Estados miembros puedan derogar los derechos reconocidos por la CEDH en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la existencia de la nación⁹¹.

⁹⁰ A. VEDASCHI, *op. cit.*, p. 463.

⁹¹ Sobre las limitaciones de los derechos y las libertades previstas por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea v. V. SCIARABBA, *Tra fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati negli sviluppi sovranazionali*, Cedam, Padova, 2008, pp. 162-166.

5. LAS LIMITACIONES DE LOS DERECHOS EN LA GESTIÓN DE LA EMERGENCIA DEL TERRORISMO

La emergencia del terrorismo ha impuesto la predisposición de medidas comunes que, dictadas primero a escala internacional, han sido recibidas después por las diversas organizaciones internacionales «regionales» y por los Estados. De este modo, se estipularon la Convención internacional para la represión de los atentados terroristas mediante la utilización de explosivos, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 15 de diciembre de 1997, y la Convención de Nueva York de 9 de diciembre de 2002 para la represión de la financiación del terrorismo.

Por su parte, el Consejo de la Unión Europea, con el fin de armonizar la legislación de los Estados miembros en la materia, ha acuñado, con la Decisión marco 2002/475/GAI, una determinación común del delito de terrorismo y de asociación terrorista⁹².

Tal y como se ha auspiciado, esta última medida europea ha provocado un efecto inducido en los países miembros que han introducido nuevos tipos de delito ligados a la comisión de un hecho de naturaleza terrorista⁹³.

⁹² Sobre las medidas adoptadas pro al Unión Europea en la lucha contra el terrorismo v. M.E. BARTOLINI, «Articolazione delle competenze e tutela dei diritti nelle misure UE contro il terrorismo», en *Diritto dell'Unione Europea*, n. 1, 2009, pp. 50-55.

⁹³ La adecuación francesa de la legislación ordinaria ante la lucha contra el terrorismo ha sido realizada con la Ley de 15 de noviembre de 2001, n. 1062, sucesivamente modificada por la denominada loi Perben y por la Ley de 24 de enero de 2006, n. 64. En el Reino Unido, el nuevo tipo relativo al terrorismo fue introducido en la primera sección del art. 1 de la del Terrorism Act de 2000, precursor de las instancias represivas que se desencadenarían a raíz de los episodios del 11 de septiembre de 2001. En Italia, la extensión de la aplicación del tipo penal del art. 270 bis c.p. a los casos de terrorismo transnacional se produjo con el Decreto-ley. de 18 de octubre de 2001, n. 374, convertido, con modificaciones, en la Ley de 15 de diciembre de 2001, n. 438. Disposiciones específicas ligadas a episodios de naturaleza terrorista se encuentran también en Portugal, Austria, Bélgica y Dinamarca. Otros países (Holanda, Finlandia, Noruega y Suecia), por el contrario, se han limitado a recibir las Convenciones internacionales sobre la lucha contra el terrorismo. Para una panorámica general de las medidas adoptadas por países europeos tras los atentados del 11 de septiembre de 2001 se re-

En el Reino Unido, Alemania e Italia, además, la previsión del hecho ligado a motivos terroristas ha asumido una dimensión internacional con una dilatación de la eficacia de la medida que comprende también los actos de violencia que se dirigen contra un Estado extranjero, una institución o un organismo internacional⁹⁴. Aparecen nuevas figuras criminales en los diversos ordenamientos estatales como la asociación con fines terroristas (incluyendo el terrorismo internacional) y la asistencia a los asociados, el alistamiento y adiestramiento con fines terroristas, la propaganda y la apología de los delitos de terrorismo o de crímenes contra la humanidad⁹⁵.

envía a H. GONZÁLEZ, «Legislación antiterrorista comparada después de los atentados del 11 de septiembre», en D. JOSÉ PEÑA GONZÁLEZ (dir. y coord.), *Homenaje a D. Iñigo Cavero Lataillade*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 973-997. En relación con las medidas adoptadas en USA, Reino Unido, Italia y Alemania v. M. TONDINI, J.P. PIERINI, «Tavole di legislazione e giurisprudenza comparata sul fenomeno del terrorismo internazionale», en *www.forumcostituzionale.it*, julio de 2007.

⁹⁴ En Alemania, el art. 129b, introducido por la Ley de 22 de agosto de 2002, n. 3390, extiende a las organizaciones operantes en el extranjero la aplicación de los arts. 129 y 129.^a, respectivamente referidos al delito de asociación criminal y a aquél de asociación terrorista. En el Reino Unido, la cuarta sección del art. 1 de la Terrorism Act de 2000 da una definición más bien amplia de organización terrorista. Sobre la cuestión v. A.M. SANZ HERMIDA, «Medidas procesales contra el terrorismo en el Reino Unido y limitación de derechos fundamentales: aspectos conflictivos», en J. RAMÓN SERRANO (dir.), *Terrorismo y Estado de derecho*, Iustel. En Italia, el art. 270 bis, párrafo 3, c.p. ha extendido el ámbito de aplicación del delito de asociación con finalidad terrorista a sujetos externos al ordenamiento.

⁹⁵ Por ejemplo, en Italia, el art. 15 de la Ley 155/2005 introdujo en el Código Penal los siguientes tipos: el art. 270 quater (Reclutamiento con fines de terrorismo, incluso, incluido el internacional); el art. 270 quinquies (Adiestramiento en actividades con fines de terrorismo, incluido el internacional); el art. 270 sexies (Conductas con finalidad terrorista). Para un marco completo de las medidas introducidas en Italia a raíz de la emergencia del terrorismo por el «pacchetto sicurezza» (Decreto-ley 144/2005, convertido en Ley n. 155/2005) se reenvía a P. BONETTI, «Terrorismo e stranieri nel diritto italiano. Disciplina legislativa e profili costituzionali», en *Diritti, immigrazione e cittadinanza*, n. 3/4, 2005, p. 13; I. PELLIZZONE, «Le misure anti-terrorismo internazionale e la “normalizzazione dell’emergenza”», en *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, pp. 1765- 1791.

Además de la previsión de tipos penales contra los terroristas, los Estados miembros han adoptado, con el fin de prevenir los eventuales atentados, las medidas más diversificadas incidiendo sobre la normativa procesal. En líneas generales, sin embargo, la peculiar connotación del terrorismo ha impuesto la adopción de una legislación limitativa de las modalidades de arresto y detención, de la duración del encarcelamiento preventivo, de la posibilidad de defensa de los sujetos sometidos a investigación y de los procedimientos de expulsión, generándose tensiones con respecto a algunos principios fundamentales del Estado de Derecho como la libertad personal, el derecho a la defensa, el derecho a la tutela judicial y el derecho a la intimidad.

Más allá de estas medidas, las instituciones europeas, en vez de restringir el derecho a la libertad personal (que en el estado actual no es posible en virtud de las limitadas competencias de la UE en el campo del derecho penal y procesal penal), han intentado neutralizar el terrorismo de raíz privando a las organizaciones terroristas de los instrumentos necesarios para el desarrollo de sus actividades⁹⁶. En este sentido, se ha dado actuación a la Resolución n. 1373 de la ONU con la Posición Común 2001/931/PECS, que ha previsto la congelación de los capitales y otros recursos económico-financieros a disposición de sujetos y grupos implicados en actividades terroristas⁹⁷ y ha establecido una acción coordinada de los Estados miem-

⁹⁶ Se trata de una estrategia opuesta a la de USA que, por el contrario, han actuado identificando y arrestando a los individuos sospechosos de ser materialmente responsables de la ejecución de actividades terroristas. Sobre este aspecto cfr. F. FABBRINI, «Silent enim leges inter arma? La Corte Suprema degli Stati Uniti e la Corte di giustizia europea nella lotta al terrorismo», en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 3, 2009, pp. 591 ss. Para algunas referencias a la disciplina europea en la lucha contra la financiación del terrorismo v. M. SAVINO, «La disciplina italiana della lotta al finanziamento del terrorismo», en *Giornale di diritto amministrativo*, n. 5, 2008, pp. 497-505.

⁹⁷ Se trata del Reglamento del Consejo 2580/2001 que define las obligaciones de información impuestos a bancos e intermediarios financieros y establece las modalidades de cooperación e intercambio informativo entre los Estados miembros y las instituciones comunitarias. El otro acto europeo en materia es el Reglamento n. 881/2002/CE de 27 de mayo de 2002, GU 2002, L 139/9, que ejecutaba la Posición Común adoptada en el segundo pilar (2002/402/PESC, GU 2002, L 139/4), la cual, a su vez, daba

bros, en el ámbito de la cooperación policial y judicial, encaminada hacia la asistencia recíproca y colaboración de las respectivas autoridades estatales en lo referente a las investigaciones y acciones penales a conducir contra las personas y entidades incluidas en las respectivas *black lists* por parte de Naciones Unidas o, directamente, por la Unión Europea.

5.1. La disciplina de la detención y del arresto

Según la concepción del derecho penal del enemigo, la naturaleza de la emergencia impondría, como anticipo, un tratamiento para el terrorista diferente con respecto al criminal común. En consecuencia, en relación con la disciplina del encarcelamiento preventivo no resultaría suficiente la normativa ordinaria prevista para los inmigrantes irregulares, limitada al período necesario para deportarles y expulsarlos del país. En algunos países de la Unión Europea se ha procedido, por tanto, a restringir las garantías de la persona sospechosa de terrorismo en comparación con los criminales comunes:

- en el Reino Unido la sec. 21 y la sec. 23 de la *Anti-Terrorism, Crime and Security Act* de 2001 (ATCSA) reconocen al Secretario de Estado el poder de «certificar» el arresto en vía preventiva de un sospechoso de actividad terrorista sin la intervención de la autoridad judicial por un tiempo indefinido en el caso de que la expulsión del presunto terrorista choque con las garantías establecidas por la CEDH y lo exponga a tratamientos inhumanos y degradantes⁹⁸;

eficacia a una Resolución del Consejo de Seguridad de la ONU, la n. 1390 (2002) de 28 de enero de 2002, aprobada conforme al Capítulo VII de la Carta de la ONU (sobre el mantenimiento de la paz y de la seguridad internacional). Por el contrario, ésta última presenta contenido específico refiriéndose solamente a las medidas restrictivas a adoptar contra Al-Qaeda y los Talibanes.

⁹⁸ Se trata de una medida similar a la establecida en USA donde se atribuye al Presidente el poder de retener a los «combatientes enemigos» sin que se formalice contra ellos ningún tipo de pliego de cargos, sin la asistencia de un defensor y sin que la detención sea convalidada por parte de un Juez en observación del due process of law. Dicho trato, en violación de la tutela acordada por el derecho internacional y de la le-

- en Francia, el art. 706-88 c.p.p., modificado por la denominada *loi Perben* y por la Ley 63/2006, consiente una disciplina más bien restrictiva del arresto de los sujetos investigados por actividad terrorista que autoriza al juez a disponer para el mismo, en caso de serio peligro de atentado que esté por cometerse en Francia o en el exterior, mediante una serie de prórrogas, una duración máxima de 144 horas⁹⁹;
- en España, en aplicación de la cláusula contenida en el art. 55.2 de la Constitución, la Ley Orgánica 4/1988 permite a la autoridad de policía requerir al juez una prórroga de la duración de la detención preventiva de 48 horas con tal de que la dilación se produzca dentro del plazo de las 72 horas iniciales, lo que equivale al plazo máximo de detención previsto para las situaciones ordinarias¹⁰⁰;
- en Italia, el art. 349 c.p.p., modificado por la Ley 155/2005, ha previsto una dilatación de la duración máxima del arresto para fines identificativos, prolongándolo en 12 horas más, llevándolo, por tanto, a un total de 24 horas, además de haber contemplado la posibilidad de disponer, por parte de la policía judicial, la comprobación de la identidad personal a través de la extracción coactiva de muestras de cabello y saliva sin el consentimiento del interesado¹⁰¹;

gislación federal, resultaba justificado sobre en función de la circunstancia de que los talibanes y los afiliados a Al-Qaeda, por una parte, no podían ser calificados como prisioneros de guerra y, por tanto, quedaban sustraídos de la disciplina prevista por las convenciones internacionales y, por otra, no podían acceder a la tutela judicial estadounidense al hallarse en la base militar de Guantánamo, fuera de la jurisdicción federal. Sobre la respuesta estadounidense al terrorismo v. C. BASSU, *op. cit.*; M. MIRAGLIA, *op. cit.*; A. BENAZZO, *op. cit.*; ID., «Libertà civili, politica della sicurezza e lotta al terrorismo nell'America di Obama», en *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, n. 3-4, 1009, pp. 99-123. Sobre el caso Guantamano y las decisiones del Tribunal Supremo v. M.E. DE FRANCISCIS, «In margine alle sentenze sul caso dei detenuti di Guantamano: la ragion di Stato e le garanzie processuali negli Stati Uniti d'America», en *Rassegna parlamentare*, 2005, pp. 427-450.

⁹⁹ V. BROCHOT, «L'exception en droit ou le droit a l'exception en materie de lute contre le terrorisme: garde a vue, incrimination et jurisdiction competente en droit francais», en <http://www.juridicas.unam.mx/wcccl/ponencias/6/90.pdf>.

¹⁰⁰ Cfr. A.M. CARMONA CONTRERAS, *op. cit.*, pp. 154-157.

— en Alemania, el legislador ha modificado la disciplina de la inmigración mediante la aprobación de la Ley de 1 de enero de 2005 (*Aufenthaltsgesetz*)¹⁰² que, aun manteniendo las tutelas previstas en el art. 53 de la *Aliens Act* de 1990, ha previsto medidas particularmente restrictivas de la libertad de movimiento para los extranjeros sospechosos de actividad terrorista, confiriendo a las fuerzas del orden el poder de someter a dichos sujetos a medidas de libertad vigilada.

En el caso del Reino Unido, sin embargo, el encarcelamiento por tiempo indefinido ha sido objeto de censura, primero ante la *Special Immigration Appeals Commission* (SIAC), la Comisión competente para recibir los recursos de los sujetos investigados contra los actos de *certification*, y, sucesivamente, ante la *House of Lords* por violación de los arts. 5.1 y 14 CEDH¹⁰³. La medida, de hecho, estableciendo una detención *sine die*, no quedaría comprendida en ninguna de las hipótesis derogatorias previstas por el art. 5.1 CEDH y provocaría una discriminación indebida sobre la base de la nacionalidad de la persona sospechosa de terrorismo, diferenciando el trato reservado a los extranjeros de aquel que afectaría a los ciudadanos británicos¹⁰⁴. Ante dicha circunstancia, el Parlamento, mostrando una actitud de deferencia ante el poder judicial, ha enmendado la medida según las in-

¹⁰¹ Dicha posibilidad ha sido prevista por el art. 10 de la Ley 155/2005. Sobre algunos aspectos críticos de la medida en lo que respecta a la reserva de jurisdicción prevista por el art. 13 de la Constitución v. I. PELLIZZONE, *op. cit.*, pp. 1774-1775.

¹⁰² Cfr. Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit u. die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (*Aufenthaltsgesetz - AufenthG*) (Ley sobre el permiso de residencia, sobre el derecho al empleo y sobre la integración de los extranjeros en Alemania).

¹⁰³ *House of Lords, A and others v. Secretary of State for the Home Department*, caso n. C2/2004/0516, 18 de marzo de 2004. El caso también es conocido bajo el nombre de *Belmarsh Case*, nombre de la cárcel londinense donde los sospechosos de terrorismo estuvieron detenidos.

¹⁰⁴ Sobre el *Belmarsh Case v. M. ELLIOT*, «The ‘war on terror’ and the United Kingdom’s constitution», en *European Journal of Legal Studies*, Issue 1, 2007; C. BASSU, «Il ruolo delle Corti nella lotta al terrorismo: una comparazione angloamericana», en *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2006, pp. 471-477. Sobre la Decisión de 19 de febrero de 2009 del TEDH en el caso *Belmarsh* en relación con la incompatibilidad de

dicaciones de la *House of Lords*. De este modo, en 2005 el Parlamento aprobó la *Prevention of Terrorism Act* (PTCA) distinguiendo las *derogating control orders* y las *non-derogating control orders* según se adopten o no en derogación del art. 5 CEDH y previendo la preventiva autorización judicial. Las dos medidas se diferencian por la duración temporal y por el nivel de prueba requerido: para las *derogating control orders*, eficaces por un período máximo de 12 meses, es suficiente que el sospechoso resulte *prima facie* implicado en actividades terroristas; para las *non-derogating control orders*, que cesan en su eficacia pasados 6 meses, debe darse la sospecha razonable de que haya estado implicado en actividades terroristas o que la *order* haya resultado ser necesaria para tutelar y garantizar la seguridad¹⁰⁵.

Con la excepción de la hipótesis mencionada, la duración del encarcelamiento preventivo ha sido objeto de numerosas correcciones. En un primer momento, el plazo es aumentado por la sec. 41, par. 3, TA de 2000 hasta 48 horas, doblando las 24 horas ordinarias, con el simultáneo reconocimiento de la facultad de prórroga por un máximo de 7 días desde la fecha del arresto. En 2003, la *Criminal Justice Act* modificó una vez más en sentido restrictivo la disciplina del arresto, que alcanzó el límite de 14 días. En 2006, finalmente, la *Terrorism Act* (TA) fijó el límite de 28 días como plazo para retener al sospechoso a los meros efectos de investigación y tras una convalidación judicial¹⁰⁶.

5.2. La expulsión preventiva de los extranjeros

Una medida más bien controvertida fue introducida en Italia por el art. 3 de la Ley n. 155 de 2005, que confiere al Ministro del Interior (o, con su

la normativa antiterrorista con la CEDH v. C. BASSU, «Corte europea dei diritti umani e piani antiterrorismo nazionali. Perché l'emergenza non legittima l'oblio dei diritti», en *Diritto pubblico comparato ed europeo*, III, 2009, pp. 1041-1051.

¹⁰⁵ Cfr. A. VEDASCHI, *op. cit.*, pp. 541-542.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 537-538; A.M. SANZ HERMIDA, *op. cit.*, p. 504. A

delegación, al Prefecto) el poder de disponer la expulsión del extranjero con respecto al cual existan fundados motivos para considerar que su permanencia pueda en algún modo favorecer organizaciones o actividades terroristas, incluso de carácter internacional¹⁰⁷. En tal caso, por otra parte, la eficacia de la medida, eventualmente adoptada de forma discrecional por la autoridad administrativa, no resulta susceptible de ser suspendida en sede cautelar. Por el contrario, allí donde las actas estén cubiertas por el secreto de sumario o de Estado, el eventual recurso jurisdiccional de expulsión ante el Tribunal Administrativo Regional competente resultaría suspendido por un plazo no superior a dos años. De este modo, la medida no quedaría sometida a tipo alguno de intervención de la autoridad judicial, lo que viola la reserva jurisdiccional prevista por el art. 13.3 de la Constitución y entra en conflicto, considerada la naturaleza inmediatamente ejecutiva del acompañamiento coactivo a la frontera, con el derecho a la defensa, establecido por el art. 24 de la Constitución¹⁰⁸. Sobre la legitimidad de la medida de expulsión adoptada contra presuntos terroristas, condenados incluso en el propio país de origen, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido que la exigencia de seguridad se debe detener frente al riesgo de que el expulsado pueda sufrir tortura o ser sometido a tratos degradantes e inhumanos¹⁰⁹.

¹⁰⁷ La disposición es una de las tres previsiones con eficacia limitada en el tiempo, cuyo plazo caduca el 31 de septiembre de 2007, contenidas en la Ley 155/2005. Las otras dos se refieren a la destrucción de los ficheros que contienen los datos de tráfico telefónico, que ha sido suspendida hasta el 31 de diciembre de 2007, y la apertura de los servicios de telefonía e Internet por la cual, hasta la misma fecha, resulta necesaria la licencia por parte del Jefe de Policía.

¹⁰⁸ En la doctrina, algunos autores han puesto de manifiesto que las consideraciones elevadas por la Corte Constitucional referidas a la expulsión del extranjero privado de permiso de residencia o con permiso de residencia caducado, expresadas en dos pronunciamientos (n. 105 de 2001 y 222 de 2004), también resultan útiles para la medida temporal contra el extranjero sospechoso de terrorismo, cuya expulsión debe producirse en todo caso bajo la observancia de la reserva de Ley y de jurisdicción. Cfr. A. VEDASCHI, *op. cit.*, pp. 545-546; I. PELLIZZONE, *op. cit.*, pp. 1780-1781.

¹⁰⁹ Gran Sala del TEDH, Sentencia 28-2-2008, recurso n. 37201/06, Saadi c. Italia. Para un comentario de la Sentencia v. B. CONCOLINO, «Divieto di tortura e sicurezza

5.3. Las limitaciones en el derecho a la defensa

La normativa europea de ejecución de la Resolución n. 1267 de 1999 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en materia de congelación de fondos contra personas físicas y jurídicas ha suscitado reflexiones controvertidas en relación con la comprensión de la tutela jurisdiccional y del derecho de propiedad. De hecho, la inclusión en las *black lists* se producía en ausencia de condenas previas y, más aún, sin una acción penal.

En este caso, las limitaciones del derecho de propiedad se producían sin que fuesen respetadas las garantías del *due process of law* en nombre de una reconstrucción de las relaciones entre el ordenamiento de las Naciones Unidas y el ordenamiento europeo en clave monista que impedía juzgar las medidas europeas, adoptadas en ejecución de la resolución de la ONU, si no era dentro de los límites del *ius cogens*, entendido como ordenamiento público internacional. De este modo, el Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea, en una primera fase, ha demostrado mayor deferencia frente a los poderes políticos reduciendo al mínimo el control sobre los instrumentos utilizados para combatir el terrorismo y terminando por sacrificar los derechos fundamentales a favor del interés de la seguridad¹¹⁰.

nazionale: il no della Corte europea dei diritti dell'uomo al bilanciamento nei casi di espulsione di presunti terroristi», en *Diritto pubblico comparato e europeo*, III, 2008, pp. 1109-1117; M.C. LOCCHI, «I limiti alla espulsione dello straniero tra lotta al terrorismo e diritti fondamentali non derogabili», 7 de enero de 2010, en www.diritticedu.unipg.it; M. PACINI, «Il controllo della Cedu sul rispetto dei diritti umani da parte di Stati terzi», en *Giornale di diritto amministrativo*, n. 10, 2008, pp. 1081-1087. Sobre la posición del TEDH en relación con las medidas de expulsión y sobre el riesgo de que el expulsado sea objeto de tratos inhumanos y degradantes en violación del art. 3 CEDH v. P. BONETTI, «Problemi e prospettive costituzionali nella lotta al terrorismo in Italia», en *Lotta al terrorismo*, cit., pp. 113-116.

¹¹⁰ Ex multis Asunto T-351/01 Yassin A. Kadi c. Consejo de la UE y Comisión de la CE, Sentencia de 21 de septiembre de 2005; Asunto T-362/04, Leonid Minin c. Comisión de las Comunidades Europeas, Sentencia de 31 de enero de 2007. Sobre ésta última v. M.D. POLI, «Un'altra pronuncia in tema di congelamento dei fondi: il Tribunale persiste nell'abbassare «la guardia» sui diritti», en *Diritto pubblico comparato e europeo*, II, 2007, pp. 679-684.

Sucesivamente, por el contrario, una vez superada la emergencia, el Tribunal de Primera Instancia y el Tribunal de Justicia han mostrado progresivamente mayor rigor frente a las exigencias de justicia¹¹¹. De este modo, la jurisprudencia europea ha afirmado que los derechos fundamentales deben ser salvaguardados incluso en los supuestos de ejecución de medidas de Naciones Unidas dirigidas a combatir el terrorismo. Ha declarado que, con el fin de salvaguardar el efecto sorpresa, la comunicación de las imputaciones y la audiencia a los sospechosos, si bien no pueden producirse preventivamente, deben asegurarse en todo caso en el momento en que se decide la inclusión de los interesados en los listados de terroristas¹¹².

El derecho de defensa ha estado expuesto a violación también por parte de las normativas estatales. Merecen una mención aquellas medidas introducidas en el Reino Unido y en Francia que han postergado, en los casos de terrorismo, el primer contacto del sospechoso con su defensor con respecto a las previsiones contenidas en la disciplina ordinaria.

¹¹¹ Asunto T-228/02 Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran (Ompi) c. Consejo de la UE y Asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P Yassin A. Kadi & Al Barakaat International Foundation c. Consejo de la UE y Comisión de la CE, Sentencia de 3 de septiembre de 2008.

¹¹² Sobre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de medidas de bloqueo contra la financiación de las organizaciones terroristas v. Los comentarios de F. FABBRINI, *op. cit.*; O. POLLICINO, V. SCARABBA, «Lotta al terrorismo, diritti e principi fondamentali, rapporti tra ordinamenti: un importante capitolo della giurisprudenza «costituzionale» europea», en *Diritto pubblico comparato e europeo*, I, 2009, pp. 159-174. Sobre la Sentencia Kadi del tribunal de Justicia v. A. SANDULLI, «Terrorismo internazionale e principi di diritto. Una sentenza della Corte di giustizia che fa storia», en *Giornale di diritto amministrativo*, n. 10, 2008, pp. 1088-1090; S. CASSESE, «Ordine comunitario e ordine globale», en *ivi*, pp. 1091-1092; E. CHITI, «I diritti di difesa e di proprietà nell'ordinamento europeo», en *ivi*, pp. 1093-1095; M. SAVINO, «Libertà e sicurezza nella lotta al terrorismo: quale bilanciamento?», en *ivi*, pp. 1096-1099; G. VESPERINI, «Il principio del contraddittorio e le fasi comunitarie di procedimenti globali», en *ivi*, pp. 1100-1102; G. DELLA CANANEA, «Un nuovo nomos per l'ordine globale», en *ivi*, pp. 1102-1104; L. CAPPUCCIO, «Il controllo della Corte di Giustizia sugli atti comunitari tra tutela giurisdizionale dei diritti e lotta al terrorismo internazionale», en *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2008, pp. 903-906.

A este respecto la *Terrorism Act* de 2000 ha previsto que, en el caso de que exista riesgo de que las garantías ordinarias puedan obstaculizar la prevención de atentados, la comunicación del sujeto investigado con su propio abogado pueda ser diferida 48 horas y ha excluido su derecho a informar sobre su situación inmediatamente a un familiar o amigo¹¹³. Además, parece particularmente limitativa la disposición que impone, en determinados casos, que las comunicaciones deban producirse en presencia de personal de policía cualificado en una violación de la intimidad, principio que debe caracterizar las relaciones entre el asistido y el abogado en garantía del derecho a la defensa¹¹⁴. A ello se añade la *Criminal Justice Act* de 2003, que ha excluido la participación del sujeto investigado en la audiencia en la que se discute sobre la eventual concesión de la prórroga de la detención, concediéndole la posibilidad de presentar una instancia oral o escrita¹¹⁵.

Menos invasiva pero, en cualquier caso, lesiva de las prerrogativas defensivas del sujeto investigado resulta la normativa francesa. El art. 706-88 c.p.p. posterga a la conclusión del plazo de 120 horas la facultad del sujeto en estado de detención para poder requerir una entrevista con un defensor que no podrá superar, según lo dispuesto en el art. 63-4 c.p.p., la duración de 30 minutos¹¹⁶.

5.4. Otros casos de limitaciones de los derechos en los ordenamientos de los países miembros de la Unión Europea

Además de las medidas ya indicadas que presentan algunos perfiles comunes, cada Estado ha adoptado medidas que han suscitado controversias en relación con la lesión de algunos derechos en garantía de los cuáles ha intervenido la autoridad judicial.

¹¹³ Se trata de una disposición que ha sido objeto de censura por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Murray c. Reino Unido*, Sentencia de 28 de octubre de 2004. Cfr. A. VEDASCHI, *op. cit.*, p. 547.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 547.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 548.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 549.

De particular interés resulta la normativa alemana, escrutada por el Tribunal Constitucional Federal, que ha previsto la destrucción por parte de la aviación militar de un aeromóvil civil desviado de rumbo por terroristas con el fin de utilizarlo como instrumento para amenazar la seguridad de toda la colectividad ¹¹⁷. En el caso en cuestión, el sacrificio de civiles para salvar la vida de otras personas que puedan ser amenazadas por la aeronave fue considerado contrario al derecho a la vida (art. 2.2 LF) y al derecho a la dignidad humana (art. 1.1 LF). Según el *Bundesverfassungsgericht* los pasajeros se transformarían en verdaderos «objetos» tanto para los secuestradores como para el Estado, perdiendo la posibilidad de decidir sobre su propia existencia ¹¹⁸.

Con el objetivo de prevenir la comisión de delitos de especial gravedad y alarma social se han adoptado excepciones a la disciplina de las escuchas y del derecho de acceso a la información personal.

En Italia esto ha tenido lugar con la introducción de la facultad reconocida a sujetos indicados taxativamente por la Ley (Ministro del Interior o, por delegación, los responsables de los servicios de seguridad), previa autorización del Procurador de la República, de realizar escuchas preventivas. Aunque esta medida no consienta la utilización de las informaciones obtenidas en el proceso penal, la disposición viola en cualquier caso el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones ¹¹⁹.

Análoga resulta la respuesta legislativa adoptada por el legislador orgánico español (Ley Orgánica 9/1984) que subordina la limitación del secreto de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas a una decisión judicial por un período máximo de tres meses, prorrogables por otros

¹¹⁷ Sentencia de 15 de febrero de 2006 (1 BvR 357/05).

¹¹⁸ Sobre este pronunciamiento v. R. ARNOLD, «La sicurezza come oggetto del diritto: la situazione in Germania», en *Percorsi costituzionali*, n. 1, 2008, p. 176; J. LUTHER, L'antiterrorismo giuridico nell'esperienza tedesca, en *Lotta al terrorismo*, cit., pp. 89-90; A. DE PETRIS, «Tra libertà e sicurezza prevale la dignità umana, dice il Bundesverfassungsgericht», en *www.associazionedeicostituzionalisti.it*; T. WEIGEND, «Combatiendo el terrorismo en Alemania», en *Terrorismo y Estado de derecho*, cit., pp. 547-548.

¹¹⁹ I. PELLIZZONE, *op. cit.*, pp. 1777-1779.

tres. En casos excepcionales, sin embargo, se prevé la facultad del Ministerio del Interior o, por delegación, del Director de la Seguridad del Estado, de realizar escuchas sobre las comunicaciones de los sospechosos con tal de que sean comunicadas a la autoridad judicial en un plazo máximo de 72 horas ¹²⁰. Del mismo modo, la Ley consiente a la autoridad gubernativa la entrada en el domicilio privado de los sospechosos sin la autorización previa del Juez, a quien debe comunicársele en todo caso sin dilación ¹²¹.

Más incisiva resulta la disciplina alemana en relación con el método de investigación denominado como *reticular* (*Rasterfahndung*) que, ya utilizado en los años 70 para combatir el terrorismo, fue reactivado en 2001 para investigar a potenciales terroristas islámicos, generando una base de datos de personas sospechosas a partir de informaciones requeridas a entidades públicas y privadas. La normativa, sin embargo, ha sido objeto de censura por parte del Tribunal Constitucional Federal, el cual ha condicionado el recurso a las investigaciones a peligros que presentan no una amenaza potencial sino concreta, la cual, por otra parte, tal y como establece el art. 13 de la Ley Fundamental, debe ser valorada por la autoridad judicial ¹²².

La creación de una base de datos de terroristas ha sido prevista también en el Reino Unido con la *Counter Terrorism Act* (CTA) de 2008, la cual, por el contrario, ha levantado problemas en relación con la tutela de los derechos individuales de aquellos que hubiesen resultado ajenos a cualquier actividad ilícita.

6. OBSERVACIONES CONCLUSIVAS

Una vez puesto de manifiesto que, en línea de principio, no existen libertades o derechos absolutos, debiendo limitarse la capacidad de actuar de cada individuo frente a aquélla del resto de sujetos del ordenamiento, el

¹²⁰ A.M. CARMONA CONTRERAS, *op. cit.*, p. 160.

¹²¹ *Ibidem*, p. 158.

¹²² V. BALDINI, «L'incostituzionalità della Rasterfahndung, ovvero, alla perenne ricerca di un (difficile...) equilibrio tra Stato di diritto e "stato di prevenzione"», en www.associazionedeicostituzionalisti.it.

conflicto entre valores y, en el caso que nos afecta, entre libertad y seguridad, no puede determinar un vuelco injusto a favor de uno o de otro. Es necesario alcanzar un equilibrio dentro del marco de la legalidad sin sacrificar los fundamentos del Estado constitucional de Derecho ¹²³.

De este modo, la ausencia de encaje del terrorismo en el seno de las situaciones de emergencia previstas por las Constituciones induce a afrontar la *war on terror*, a la vista de la naturaleza imprevisible de la emergencia, con la disciplina ordinaria, más elástica en comparación con la rigidez de las disposiciones constitucionales. Sin embargo, tal y como se ha puesto de manifiesto, frente a una actitud de intransigencia manifestada en los países de *common law* que han adoptado una verdadera legislación de emergencia, lanzándose más allá de la legalidad constitucional o presentado una declaración de derogación a la CEDH, aquéllos de *civil law* han preferido mantenerse dentro del marco constitucional. A las respuestas individuales de cada país se han sumado aquéllas coordinadas en la comunidad internacional y en las diversas organizaciones regionales a causa del carácter transnacional de la emergencia.

A veces, sin embargo, la legislación se ha manifestado demasiado restrictiva, solicitando la intervención de los órganos judiciales como baluarte de los principios del Estado de Derecho. Los Tribunales, en los casos en los que han sido llamados a pronunciarse sobre la relación entre seguridad y derechos fundamentales (y aún a pesar de que resulte posible identificar una primera fase en la que la representación de la amenaza ha inducido a una cierta deferencia hacia los poderes públicos), han puesto de manifiesto que la exigencia de la seguridad no puede minar la arquitectura constitucional. De hecho, sólo a través de la observación de los preceptos y procedimientos es posible —como ha teorizado Rudolf Smend— que las Constituciones desempeñen aquella función de integración político-social también frente a sus propios opositores, no pudiendo impulsarse las restricciones de los derechos fundamentales hasta el punto de comprometer o negar los mismos derechos amenazados por el terrorismo.

¹²³ Sobre esta cuestión v. Las consideraciones de A. BARAK, «Democrazia, terrorismo e Corti di giustizia», en *Giurisprudenza costituzionale*, n. 5, 2002, pp. 3385-3395.

Resumen:

El autor analiza las limitaciones específicas de los derechos fundamentales en los países de la UE concentrándose, en particular, en la reciente emergencia del terrorismo internacional. Con la excepción del caso español, en ausencia de cualquier referencia constitucional al terrorismo, la solución a la emergencia internacional ha impuesto, de un lado, respuestas consensuadas entre los Estados en las organizaciones internacionales y «regionales» que fuesen capaces de neutralizar de raíz la comisión de delitos a través de la congelación de los fondos dirigidos a la financiación de las actividades terroristas; de otro, la introducción en cada uno de los Estados de tipos penales que inhibiesen a los potenciales terroristas de la comisión de los delitos y la adopción de una legislación limitativa de las modalidades de arresto y detención, de la duración del encarcelamiento preventivo, de la posibilidad de defensa de los sujetos investigados y de los procedimientos de expulsión. A este respecto, la atención se concentra sobre algunos casos en los que las limitaciones de los derechos fundamentales ha entrado en conflicto con algunos principios del Estado de Derecho como la libertad personal, el derecho a la defensa, el derecho a la tutela judicial y el derecho a la intimidad, en cuya custodia han intervenido las Cortes judiciales.

Palabras Clave: *Limitaciones específicas de los derechos fundamentales, seguridad, terrorismo, emergencia, derechos inderogables, Estado de Derecho.*

Abstract:

The author analyzes the specific restrictions of fundamental rights in EU countries, focusing in particular on the recent emergence of international terrorism. Except for the Spanish case, in the absence of any constitutional reference to the terrorism the solution to the emergency has imposed, on the one hand, concerted responses between the States in international and «regional» organizations to neutralize the root of the commission of crimes through the freezing of funds for the financing terrorist activities and, secondly, in each State the introduction of criminal cases to inhibit potential terrorists from the commission of crimes and the adoption of a law limiting the mode of arrest and detention, the length of preventive detention, the possibility defense of suspects and expulsion procedures. In this regard the attention is concentrated on a few cases where the limitation of fundamental rights came into tension with the rule of law principles such as individual freedom, the right of defense, the right to judicial protection and the right to confidentiality, guard who intervened judicial courts.

Keywords: *Specific restrictions of fundamental rights, security, terrorism, emergency, absolute rights, rule of law.*